



PIETRO COPPINI

Dottorando di ricerca – Università di Pavia

LA GARANZIA PER VIZI NELLA VENDITA: ATTUALITÀ DI UN DIBATTITO DOTTRINALE MAI SOPITO

SOMMARIO: 1. La centralità del contributo dottrinale sulla natura della garanzia per vizi nella sentenza Cass. SS.UU. 11748/2019. – 2. Inquadramento del problema: la garanzia per vizi di fronte al principio consensualistico. – 3. Storia dell'azione redibitoria e della garanzia per vizi: dal diritto romano alla ricostruzione del Pothier. – 4. L'elaborazione dottrinale in tema di garanzia per vizi e la non-risposta del codice del 1942. – 5. Notazioni sulla garanzia per vizi nell'ordinamento italiano. – 6. Le tesi dottrinali in tema di garanzia per vizi: le tesi legate alla falsa rappresentazione del compratore relativamente alle qualità del bene compravenduto. – 7. Segue: la tesi della c.d. culpa in contrahendo. – 8. Segue: la tesi della garanzia "in senso stretto". – 9. Segue: la tesi della violazione della lex contractus. – 10. Le conseguenze della qualificazione della garanzia per vizi compiuta dalla Cass. SS.UU. 11748/2019. – 11. Conclusioni (e incoerenze giurisprudenziali) sulla qualifica della garanzia per vizi.

1. – Luigi Mengoni, in un significativo contributo datato 1953¹, definiva la garanzia per vizi come la "croce della vendita"², a testimonianza delle incertezze che circondavano l'istituto. Il dibattito sul tema, tutt'altro che sopito nel tempo, è tornato di estrema attualità a seguito di una pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione³, la quale ha preso posizione riguardo all'onere della prova all'interno della suddetta garanzia.

La Suprema Corte è stata infatti chiamata a porre fine ad un dibattito scaturito da un

¹L. Mengoni, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in Riv. dir. comm., 1953, I, 5 ss.

²L'espressione è coniata traducendo *L. Raape, Sachmaengelhaftung und Irrtum beim Kauf*, in Archiv für die Civilistische Praxis, 1949, 483: "Diese Zwiespaeltigkeit is die crux des Kaufvertrages".

³Cass., Sezioni Unite, 3 maggio 2019 n. 11748, in *I Contratti*, 2019, 4, 373 ss., con nota di T. dalla Massara, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, in corso di pubblicazione, con nota di L. Regazzoni, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*, e in *Giur. it.*, 2019, 7, 1527 e ss., con nota di R. Calvo, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*.



orientamento giurisprudenziale creatosi con una sentenza del 2013⁴. Secondo tale pronuncia, essendo la garanzia per vizi un'obbligazione a carico del venditore, una coerente applicazione del principio di diritto affermato dalla sentenza a Sezioni Unite 13533 del 2001⁵, in tema di ripartizione dell'onere della prova, avrebbe dovuto portare alla conclusione che «all'acquirente (creditore) sarà sufficiente allegare l'inesatto adempimento ovvero denunciare la presenza di vizi o di difetti che rendano la cosa inidonea all'uso alla quale è destinata o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, essendo a carico del venditore (debitore), in virtù del principio della riferibilità o vicinanza della prova, l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di avere consegnato una cosa che sia conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene»⁶. Sebbene tale conclusione fosse stata seguita anche da alcune successive sentenze della Cassazione⁷, altre pronunce⁸ avevano invece disatteso il suddetto indirizzo, continuando ad affermare che nelle azioni edilizie (le azioni redibitoria ed estimatoria) l'onere della prova relativo all'esistenza dei vizi sarebbe dovuto gravare sul compratore. Da qui la necessità di una pronuncia delle Sezioni Unite, volta proprio a dirimere la questione creatasi all'interno del nostro panorama giurisprudenziale.

Nella pronuncia in esame, la Suprema Corte, consapevole del dibattito sul tema, sposta da subito la propria attenzione sul problema qualificatorio relativo alla previsione di cui all'art. 1476 numero 3 cod. civ. Trattandosi, infatti, della maggiore criticità sollevata dalla dottrina in tema di azione redibitoria e, più in generale, di garanzia per evizione e per vizi all'interno del contratto di vendita, in essa le Sezioni Unite individuano il princi-

⁴ Cass. 2 settembre 2013, n. 20110, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, 862.

⁵ Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *I Contratti*, 2002, 2, 113 ss., con nota di U. Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*, e in *Contratto e Impresa*, 2002, 3, 903 ss., con nota di G. Visintini, *La Suprema Corte interviene a dirimere il contrasto tra massime (in materia di onere della prova a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, la quale afferma che «il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460».

⁶ Cass. 2 settembre 2013, n. 20110, cit.

⁷ Cass. 2 dicembre 2016, n. 24731, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Vendita*, n. 18; Cass. 21 settembre 2017, n. 21927, *ivi*, 2017, voce *Vendita*, n. 48.

⁸ Cass. 25 settembre 2013, n. 21949, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Vendita*, n. 50; Cass. 16 febbraio 2015, n. 3042, in *CED*, 2015.



pale argomento col quale “scardinare” il ragionamento condotto dalla seconda sezione nella sentenza 20110 del 2013. A tal fine, il percorso argomentativo della Cassazione prende le mosse dal dibattito dottrinale sviluppatosi sin dal XVII – XVIII secolo, tutt’oggi irrisolto, relativo al corretto inquadramento della garanzia per vizi e delle tutele apportate dall’ordinamento. Come si intuisce, infatti, lo sforzo qualificatorio non è in tal caso un mero esercizio dottrinale, privo di risvolti pratici, né tantomeno un vano tentativo di ricondurre tutto all’interno di costringenti categorie giuridiche⁹, bensì un’utile attività esegetica volta a dare una disciplina più nitida ed unitaria alla tutela redibitoria. Qualificare la garanzia ex art. 1476 numero 3 cod. civ. come un’obbligazione stricto sensu avrebbe, infatti, immediate ricadute pratiche¹⁰, soprattutto ove, non ravvisando in tale obbligazione un contenuto di specialità, si volesse pedissequamente seguire il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite con la suddetta sentenza del 2001.

L’obiettivo del presente lavoro non è tanto quello di commentare le conclusioni cui è giunta la sentenza del 2019, quanto quello di ripercorrere il dibattito dottrinale sviluppatosi in tema di garanzia per vizi, essenziale al fine di ben comprendere il problema esaminato dalla Cassazione e, soprattutto, la conclusione a cui la medesima è pervenuta. Nel testo della sentenza, è infatti la stessa Corte a notare come l’opinione che riconduce la garanzia per vizi ad una “assicurazione contrattuale”¹¹ costituisca “solo una delle molteplici teorizzazioni che si registrano sul controverso tema della natura della garanzia per i vizi della cosa venduta”¹²: questo dimostra nuovamente il ruolo centrale che il contributo dottrinale ha assunto nella sentenza in esame.

2. – Inquadramento del problema: la garanzia per vizi di fronte al principio consensualistico.

⁹ Al riguardo, si veda quanto affermato da N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 11 ss. e spec. 26, il quale mette in guardia dal cadere in un “astratto schematismo intellettualistico della scienza del diritto”.

¹⁰ Si noti che però Bianca, pur qualificando, come vedremo meglio in seguito, la garanzia per vizi come un’obbligazione a carico del venditore, giunge ad una diversa conclusione in tema di onere probatorio, addossando comunque quest’ultimo sul compratore sulla base “del principio secondo il quale chi fa valere una pretesa deve provare fatti su cui la pretesa è fondata (art. 2697 cod. civ.)” (C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, 2 ed., Torino, 1993, 1042).

¹¹ Opinione, come vedremo meglio in seguito, da attribuire prevalentemente a A. di Majo Giaquinto, *L’esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 295 e ss. e G. Gorla, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, 88 ss.

¹² Cass., Sezioni Unite, 3 maggio 2019 n. 11748, cit.



L'interrogativo, che ha radici profonde nel nostro sistema, è dunque il seguente: è corretto parlare di obbligazione in capo al venditore relativamente alla garanzia per vizi? Nonostante prima facie la rubrica dell'art. 1476 cod. civ., che al numero 3 prevede la suddetta garanzia, lasci pochi dubbi, riportando proprio la dizione "obbligazioni principali del venditore", la risposta non può fermarsi al solo dato letterale¹³. Gli studiosi, che hanno affrontato il problema, hanno infatti incontrato difficoltà nel qualificare de plano l'istituto della garanzia per vizi come una vera e propria obbligazione contrattuale. La radice comune delle suddette difficoltà può essere da noi rintracciata e, per certi versi, sintetizzata nel principio consensualistico che governa l'intera materia dei contratti ad effetti reali e, nello specifico, il contratto di vendita¹⁴.

Non appena ci addentriamo nello studio della garanzia per vizi, ci si avvede come un'obbligazione avente ad oggetto l'assenza di vizi della cosa compravenduta mal si concili, anche sul piano logico, col suddetto principio consensualistico. La vendita, quale contratto ad effetti reali¹⁵, produce il suo principale effetto, quello del trasferimento, sin dalla sua stipulazione. Ciò comporta, pertanto, che effetto negoziale (quale creazione del vincolo) ed effetto finale (quale risultato cui le parti mirano) coincidano, sostanziandosi nel trasferimento del bene oggetto della vendita¹⁶. Come configurare, allora, un'obbligazione avente ad oggetto proprio la mancanza di vizi di ciò che è già stato trasferito? Si arriverebbe, in tal modo, al paradosso di dover costruire un'obbligazione avente ad oggetto non tanto un comportamento successivo ad opera del venditore, bensì uno stato materiale della cosa, per giunta preesistente alla conclusione del contratto stesso¹⁷.

L'aporia logica di una simile conclusione emerge in maniera ancora più evidente nel momento in cui ci si avvede della notevole differenza sussistente tra la garanzia per vizi

¹³ E questo è ben evidenziato da A. Luminoso, *La compravendita*, 9 ed., Torino, 2018, 259, il quale afferma come la "ricostruzione dogmatica di una situazione giuridica non può essere imposta dalla mera nomenclatura usata dalla legge".

¹⁴ Dall'opera di L. Cabella Pisu, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 1983, 1 e ss., che colloca tale ricostruzione in un'analisi storica, emerge in maniera ugualmente evidente la centralità che il principio consensualistico ha nel giustificare le difficoltà qualificatorie incontrate dalla dottrina nella ricostruzione della garanzia per vizi.

¹⁵ E fatti dunque salvi i casi di vendita avente ad oggetto cose generiche o le cc.dd. vendite obbligatorie.

¹⁶ Questo è ben osservato da numerosi Autori, tra i quali E. Russo, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, 187 – 189, L. Mengoni, *Gli acquisti «a non domino»*, 3 ed., Milano, 1994, 25 e A. di Majo Giaquinto, *op. cit.*, 255 ss. quest'ultimo in particolare evidenzia come ormai il momento programmatico e il momento esecutivo, per quel che riguarda il trasferimento, coincidano e, pertanto, il tradizionale schema *titulus – modus* sia ormai entrato in crisi.

¹⁷ E ciò comporterebbe l'ulteriore paradosso di dover costruire un'obbligazione che, seppur costituita col contratto, ma essendo relativa a fatti preesistenti allo stesso, dovrebbe nascere già inadempita.



ed evizione¹⁸, di cui al numero 3 dell'art. 1476 cod. civ., rispetto alle altre obbligazioni previste nel medesimo articolo, vale a dire quella di consegna e quella di far acquistare la proprietà, quest'ultima sussistente all'interno della vendita obbligatoria. Se relativamente al passaggio del godimento del bene (obbligo di consegna) o al pagamento del prezzo, il contratto di compravendita non può che costituire fonte di obbligazioni, pare difficile affiancare a queste anche un'obbligazione di trasferire un bene esente da vizi¹⁹. Mentre le prime due obbligazioni presuppongono infatti un comportamento del venditore successivo al momento della stipula del contratto, la garanzia per vizi non richiede alcuna ulteriore attivazione ad opera del venditore, alla luce della sopra affermata coincidenza tra effetto e risultato in sede di trasferimento del diritto²⁰.

3. – Storia dell'azione redibitoria e della garanzia per vizi: dal diritto romano alla ricostruzione del Pothier.

Nonostante il dibattito sulla qualifica della garanzia per vizi sia strettamente legato al principio consensualistico, è necessario esaminare la genesi di tale dibattito, il quale si poneva anche in ordinamenti a cui era sconosciuto questo principio come affermato

¹⁸ Seppur l'evizione non costituisca oggetto diretto del presente lavoro, ai nostri fini è interessante rilevare come la dottrina prevalente (per tutti, si rimanda a A. Luminoso, *op. cit.*, 268 e C.G. Terranova, *La garanzia per vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 74) noti come le due garanzie siano, a livello strutturale, riconducibili ad un unico modello, caratterizzato dalla peculiarità di tale "garanzia" e dall'irrelevanza dell'elemento soggettivo. La matrice comune di queste due garanzie è evidenziato anche dalla struttura che gli Autori hanno scelto di dare alle numerose monografie in tema di vendita, scegliendo prima di esaminare la "garanzia" in generale, riferendosi tanto all'evizione quanto ai vizi materiali, per poi trattare singolarmente i due istituti, nelle loro diverse declinazioni.

¹⁹ Questa è l'opinione che per primo è riconducibile a L. Mengoni, *Profili di una revisione*, cit., 5 e ss., che ha aspramente criticato chiunque (in particolare il Pothier) ravvisasse un'obbligazione di trasferire un bene scevro da vizi. In tal senso, anche P. Greco – G. Cottino, *Della vendita art. 1470 – 1547*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1981, 129.

A conferma A. Luminoso, *op. cit.*, 265, n. 32, sottolinea come, in tema di vendite obbligatorie, anche la dottrina più restia in tal senso non ha invece incontrato difficoltà a ricondurre anche la garanzia per vizi ad un'obbligazione contrattuale: in questo caso tale conclusione risulterebbe giustificata dalla mancata coincidenza tra effetto e risultato. Ciononostante, si rimanda alla riflessione del Nicolussi *infra* riportata, nella quale si rileva come, in ogni caso, la garanzia per vizi dovrebbe, anche in sede di vendita obbligatoria, tener conto del profilo traslativo della fattispecie.

²⁰ Ancora, A. di Majo Giaquinto, *op. cit.*, 255 e ss. L'aporia dell'accostamento tra vizi e consegna, inoltre, è ulteriormente sottolineata dal A. Luminoso, *op. cit.*, 264, nella parte in cui evidenzia che "l'obbligazione può avere ad oggetto un comportamento proiettato nel futuro con il quale il debitore dovrà procurare il bene promesso e non una situazione (giuridica) attuale o un modo di essere (materiale) della cosa negoziata nel momento in cui il vincolo viene assunto".



dall'art. 1376 cod. civ. La sola apparente contraddittorietà di questa affermazione è presto spiegata dalle parole di Nicolussi²¹, il quale evidenzia come gli attuali problemi relativi alla qualifica della garanzia per vizi discendono proprio da un “vizio della prospettiva della cultura romanistica”, all'interno della quale il contratto aveva esclusivamente effetti obbligatori e, pertanto, il giurista romano era portato a ricondurre all'interno dello schema obbligatorio tutti gli effetti ricollegabili al negozio. Tale prospettiva si mostrava, relativamente alla tematica che a noi interessa, insoddisfacente, in quanto ad essa sfuggiva “la particolarità del ‘dare’ come prestazione caratteristica della vendita”: secondo questa visione, uno schema basato esclusivamente sull'inadempimento di un'obbligazione sarebbe di per sé insufficiente a spiegare la mancata soddisfazione di tale interesse traslativo²².

Anche in un sistema come quello romano²³, incentrato su una vendita meramente obbligatoria²⁴, risultava particolarmente complesso qualificare la garanzia contro i vizi, in quanto restavano irrisolte numerose problematiche. Basti pensare, al riguardo, all'interrogativo che Ulpiano si pone sull'utilità della promessa avente ad oggetto “che lo schiavo venduto è sano, non è un ladro, eccetera”²⁵. Nuovamente, i commentatori che hanno esaminato questo passo si sono trovati davanti alla stessa contraddizione che abbiamo in precedenza esaminato relativamente al diritto italiano e al principio consensualistico: come può, infatti, un'obbligazione essere riferita ad atti che non dipendono in alcun modo dal comportamento delle parti, bensì essere incentrata sullo stato di fatto di un determinato bene²⁶? E, come corollario di tale ragionamento, ci si chiede se sia sensato pro-

²¹ A. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 531.

²² A. Nicolussi, *loc. cit.* Tali affermazioni sono successivamente riprese e confermate da L. Vacca, *Garanzia e responsabilità: concetti romani e dogmatiche attuali*, 2 ed. a cura di B. Cortese, Torino, 2015, 280.

²³ Per una completa disamina della garanzia per vizi nel diritto romano, si rimanda a L. Garofalo, *Studi sull'azione redibitoria*, Milano, 2000.

²⁴ In quanto, al fine di ottenere il trasferimento del diritto di proprietà, è necessaria la c.d. *traditio*.

²⁵ Ulpiano, D.21.2.31.

²⁶ L. Mengoni, *Profili di una revisione*, cit., 10, il quale riprende le parole dello R. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschaef*, Lipsia, 1879, 433 ss. nell'esaminare il passo di Ulpiano: lo studioso tedesco, infatti, aveva incentrato la propria analisi sull'oggetto del contratto. Tale tentativo si mostra insoddisfacente, in quanto, nota il Mengoni, gli unici riferimenti per individuare l'oggetto sono il luogo ed il tempo, ma, “una volta individuato l'oggetto in questa cosa – che è «qui» e «ora» –, io devo comprendere nella vendita tutte le qualità di essa, mai più posso propormi che l'oggetto abbia questa o quella qualità, non abbia questo o quel difetto”. Infatti “quel che è, è già, e dunque non può più divenire”.

Compie un ragionamento simile, incentrato sull'incapacità del profilo obbligatorio a soddisfare le esigenze richieste, il Nicolussi, *op. cit.*, 533.



mettere ciò che effettivamente non è. Infatti, la garanzia per vizi riguarda un risultato che non soltanto tendenzialmente esula dalla sfera di influenza del venditore, ma che deve inoltre sussistere sin dal momento in cui la presunta obbligazione è assunta, mettendoci di fronte alla netta alternativa tra bene conforme alle caratteristiche richiestegli (e dunque adempimento dell'obbligazione) e bene difforme dalle medesime (che comporterebbe un inadempimento definitivo). A questi interrogativi si riuscirebbe a dare una risposta coerente solo recuperando la dicotomia tra oggetto voluto ed oggetto effettivo del contratto, ed assumendo una prospettiva più incentrata sul profilo della garanzia contrattuale che su quello dell'inadempimento dell'obbligazione²⁷.

Questa lettura “obbligatoria” della garanzia per vizi – con tutte le conseguenze che ne derivano – viene fatta propria anche dai giuristi francesi del XVII e XVIII secolo. In particolar modo, le opere del Domat e del Pothier, i quali si mostrano sempre molto attenti alle fonti giustinianee, sono il *trait d'union* con la cultura romanistica, in quanto traggono da quest'ultima i principi che poi “trasportano” nell'ordinamento del proprio secolo. Se però il Domat si mostra per certi versi esitante nel configurare una vera e propria obbligazione relativamente alla garanzia per vizi²⁸, il Pothier non esita a parlare di obbligazione, e, anzi, lo fa con assoluta convinzione e coerenza col sistema romanistico. Lo studioso francese conia, in un contesto di rilettura delle fonti romane, la famosa espressione “*obligation de faire avoir la chose utilment*”, proponendo in maniera netta una lettura della garanzia per vizi sotto il profilo obbligatorio. Questa concezione venne accolta in toto, all'interno del code civil francese, nel quale, pertanto, le uniche “garanzie” che venivano configurate erano quelle relative all'evizione e al pacifico godimento²⁹.

La posizione del Pothier, che di fatto si rende portavoce della visione romanistica negli attuali sistemi giuridici, riadattando agli ordinamenti moderni i concetti enunciati dai romani (senza affatto stravolgerli), è oggetto di numerose prese di posizione da parte della civilistica italiana. È proprio in questo campo, infatti, che inizia la disputa relativa alla

²⁷ In tal senso, si pone nettamente L. Mengoni, *Profili di una revisione*, cit. 16. *Contra*, invece, per i motivi che esporremo di seguito, L. Vacca, *op. cit.*, 282 e ss.

²⁸ E questo è ben spiegato da L. Cabella Pisu, *op. cit.*, 6 – 13, la quale osserva come dai testi dello studioso francese emerga “un'innegabile oscillazione tra la fedeltà alle massime romanistiche e la registrazione delle spinte innovatrici della pratica”. Se, dunque, da una parte si configura la vendita meramente obbligatoria romana, il Domat ha l'innegabile merito di intuire l'importanza del consenso all'interno del contratto in questione, seppur poi non porti all'estremo la propria intuizione. D'altra parte, continua nella sua riflessione L. Cabella Pisu, *op. cit.*, 13, il Domat non parla mai di *garantie* per vizi redibitori, ma preferisce accostare la figura ad un dovere di informazione gravante sul venditore. Questa concezione si avvicina pertanto a quella lettura della garanzia per vizi quale responsabilità precontrattuale, di cui si dirà *infra*.

²⁹ Come osserva anche E. Russo, *op. cit.*, 151.



qualificazione della garanzia per vizi come un'obbligazione del venditore.

Al fine di comprendere le diverse posizioni assunte, preme nuovamente ricordare che il Pothier configura la vendita come fattispecie meramente obbligatoria³⁰, e di ciò risente in maniera netta la sua posizione: all'obbligazione di far avere la cosa "accede" l'obbligazione di far avere la cosa utilmente, e perciò che il bene sia idoneo allo scopo prefissato dalle parti e privo di ogni vizio materiale.

Si torna, dunque, nuovamente al punto di partenza. Ci si interroga se il principio consensualistico sia il motivo per il quale non si può parlare della garanzia per vizi quale mera obbligazione a carico del venditore. E, al riguardo, se le riflessioni di Pothier hanno suscitato le aspre critiche che vedremo in seguito, gli studiosi maggiormente attenti alla prospettiva romanistica e, per certi versi, più lontani dalle problematiche odierne³¹ hanno invece apprezzato il lavoro svolto dal giurista francese del XVIII secolo, ritenendo che l'obbligazione di far avere la cosa utilmente sia "la proiezione di una sua corretta interpretazione delle soluzioni dei giuristi romani". Secondo tale lettura, infatti, dai testi di Ulpiano risulterebbe chiaramente come la promessa relativa alle qualità dello schiavo (che non sia ladro, che sia sano, eccetera) sarebbe da qualificarsi quale stipulazione di garanzia dalla quale dovrebbero necessariamente sorgere "un'obbligazione ex contractu (ex stipulatione), sia pure non derivante direttamente dal contratto di compravendita, e una correlativa eventuale responsabilità per inadempimento"³².

In chiave completamente antitetica rispetto alla tesi appena esposta, si pongono invece gli studiosi che leggono il pensiero del Pothier in relazione alle conseguenze che lo stesso avrebbe all'interno del nostro ordinamento. Secondo tale lettura, non si potrebbe in nessun caso parlare di una specifica obbligazione contrattuale avente ad oggetto l'assenza di vizi relativamente ad un bene che viene trasferito così com'è e per effetto del

³⁰ E nelle parole degli Autori ben si evidenzia la differente prospettiva di J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, nuova edizione, Parigi, 1777, 48 che definisce la vendita come "une convention par laquelle l'un donne (corsivo nostro) une chose pour un prix d'argent en monnoie publique, & l'autre donne le prix pour avoir la chose", mentre R.J. Pothier, *Traité du contrat de vente*, in *Ouvres*, a cura di Dupin, Bruxelles, 1831, 285, ritiene che il venditore "s'oblige (corsivo nostro) envers l'autre de lui faire avoir librement, à titre de propriétaire, une chose, pour le prix d'une certaine somme d'argent, qui l'autre contractant, qui est l'acheteur, s'oblige (corsivo nostro) réciproquement de lui payer". È evidente che, se nel Domat la prospettiva obbligatoria è sfumata, nel Pothier la vendita è fattispecie esclusivamente obbligatoria.

³¹ L. Vacca, *op. cit.*, 272 e ss., spec. 298, la quale ritiene che negli anni sia stata data un'errata lettura delle fonti romane e che "il risultato del consolidarsi nella dottrina di queste interpretazioni spesso distorsive si è proiettato anche in alcune formulazioni apparentemente contraddittorie del nostro codice".

³² L. Vacca, *op. cit.*, 285.



solo consenso³³. Sebbene sia innegabile che la presenza di vizi della cosa venduta comporti una difformità rispetto al programma negoziale, ritenere che quest'ultima sia riferibile all'inadempimento di una specifica obbligazione contrattuale costituirebbe un immotivato irrigidimento, che porterebbe inoltre a risultati non soddisfacenti. Sarebbe preferibile allora parlare di inadempimento della c.d. *lex contractus*, e dunque del contratto in generale, quale fonte di un effetto traslativo che, per sua natura, deve soddisfare gli interessi di ambo le parti.

In una via intermedia si pone invece chi non contesta in generale la tesi dell'obbligazione sostenuta dal Pothier, ma ritiene che la medesima possa avere un senso soltanto in un ordinamento che conosca esclusivamente una vendita meramente obbligatoria. Per intendersi, secondo tale lettura³⁴, non sarebbe la visione della garanzia quale obbligazione ad essere necessariamente fallace, ma sarebbe il suo inserimento in un ordinamento che valorizza il c.d. effetto reale della vendita a rendere tale ricostruzione "coerente, ma del tutto antistorica". Pertanto, essendo il concetto di effetto traslativo già in primo piano all'interno dell'ordinamento napoleonico, l'obbligazione "de faire avoir la chose utilment" non può essere considerata come un approdo dottrinale soddisfacente. Il ragionamento appena svolto conferma, in sostanza, quanto in precedenza affermato relativamente alle incompatibilità tra principio consensualistico e obbligazione relativa all'assenza di vizi. Viene, infatti, evidenziato come la qualifica della garanzia in termini di obbligazione sia difficilmente collocabile in un ordinamento come il nostro, in cui il consenso dei contraenti comporta da subito il realizzarsi del risultato traslativo. La medesima radicale incompatibilità non pare invece ravvisabile nell'ipotesi di vendita obbligatoria, anche solo per la maggiore proiezione verso il futuro di questa fattispecie.

4. – Se quelle appena esposte risultano essere le opinioni maggiormente utili ai fini del nostro studio, sia per i risultati a cui la riflessione al riguardo ci conduce, sia per la vicinanza al nostro ordinamento, preme sottolineare come esse non costituiscano le uniche tesi sostenute in dottrina già prima del nostro codice del 1942. Basti citare, senza

³³ È questa la posizione molto critica assunta al riguardo da L. Mengoni, *Profili di una revisione*, cit., 5, il quale addirittura arriva a definire la teoria di Pothier come un "mostriciattolo", che serve esclusivamente "a meraviglia per ammanire ai pratici una comoda spiegazione della garanzia", senza però che esso abbia alcuna base.

³⁴ E. Russo, *op. cit.*, 149, il quale propone, anticipando la tesi che vedremo di seguito, di incentrare il sistema delle garanzie nell'inattuazione dell'effetto reale, essenziale nel contratto di vendita.



pretesa di completezza, le riflessioni della dottrina tedesca, la quale – considerate le teorizzazioni del Windscheid³⁵ e dello Jhering³⁶ – sembra rifuggire dalla qualifica della garanzia per vizi quale obbligazione, per privilegiare piuttosto una visione maggiormente “soggettiva”, in quanto improntata sulla volontà delle parti. Se questo, probabilmente, è dettato dall’incapacità della disciplina obbligatoria di spiegare le peculiarità della garanzia, i risultati a cui tali Autori sono arrivati non sono comunque soddisfacenti o scevri da criticità: basti pensare al fatto che il Windscheid incentra tutto sulla c.d. presupposizione, da intendersi come l’insieme degli effetti voluti dalle parti e che hanno determinato queste ultime a stipulare il contratto. Se da un lato è apprezzabile la maggiore attenzione prestata da questa tesi all’attuazione del risultato traslativo, centrale nel contratto di vendita, essa, dall’altro lato, presta il fianco alla facile opposizione d’incentrarsi esclusivamente su una “presunta” volontà, relativa alle qualità dei beni compravenduti, solitamente non manifestata dai contraenti e, soprattutto, che non è stata necessariamente determinante per le parti nella stipula del contratto³⁷. Del pari suo, lo Jhering³⁸ ipotizza per primo che tale responsabilità per vizi sia legata ad una *culpa in contrahendo*, dovuta ad un’ignoranza, sia essa scusabile o meno, del venditore in relazione al bene oggetto di trattativa. A parte le notazioni relative alla particolare struttura della figura teorizzata dallo Jhering, nella quale si ha una sorta di *culpa in re ipsa*, che dunque prescinde dallo stato soggettivo delle parti, questa tesi verrà successivamente ripresa anche dalla dottrina italiana³⁹ e, nei paragrafi seguenti, analizzeremo i risultati cui la stessa porta.

Questo ulteriore *excursus* di opinioni dottrinali è utile perché da esso emerge quanto già nel 1942 fosse radicata la problematica qualificatoria inerente alla garanzia per vizi. Il dibattito dottrinale non aveva infatti portato a risultati concreti veramente apprezzabili, essendosi piuttosto delineato un panorama molto frammentato. In tale contesto di incertezza, dunque, non sorprende il fatto che il codificatore del 1942 non abbia voluto prendere posizione al riguardo, limitandosi piuttosto a mantenere la disciplina previgente, con miglioramenti di tipo espositivo, ma senza compiere alcuno sforzo qualificatorio, che viene pertanto lasciato nelle mani della dottrina. Questo dato di fatto conferma quan-

³⁵ B. Windscheid, *Die Lehre des roemischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, 73.

³⁶ R. von Jhering, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione dal tedesco e note di lettura di F. Procchi, Napoli, 2005.

³⁷ Come bene osserva G. Gorla, *op. cit.*, 142 e ss.

³⁸ R. von Jhering, *op. cit.*, 73 – 81.

³⁹ Salv. Romano, *Vendita – Contratto estimatorio*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1960, I, 255 ss. e G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Milano, 1972, 155 ss.



to era già stato notato sopra relativamente al dato letterale dell'art. 1476 cod. civ. che parla sì di "obbligazioni", ma senza che tale scelta lessicale possa essere considerata in alcun modo decisiva ai nostri fini⁴⁰.

5. – Come sopra notato, i problemi legati alla garanzia per vizi sono, prevalentemente, legati alle difficoltà di conciliare il presunto profilo obbligatorio col principio consensualistico: il contratto di vendita nasce, infatti, già eseguito nella parte in cui trasferisce la proprietà e, pertanto, risulta difficoltoso intravedere nello stesso anche la fonte di un'obbligazione avente ad oggetto proprio il trasferimento di un bene scevro da vizi materiali. L'obiezione è dunque prima logica, che giuridica.

Al fine di qualificare in maniera corretta la garanzia, e pertanto orientarsi nel turbinio di opinioni dottrinali venutesi a creare nel tempo, non si può prescindere dalla disciplina delineata nello stesso codice in tema di vizi e di azione redibitoria. Le due notazioni necessarie, al fine di avere maggiore contezza del dibattito dottrinale che andremo *infra* ad esporre, riguardano proprio la peculiare disciplina delineata dal legislatore in tema di responsabilità del venditore per vizi.

Innanzitutto, infatti, il venditore, come afferma l'art 1490 cod. civ. nel tentativo di meglio precisare il contenuto di questa presunta obbligazione, è tenuto a *garantire* che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. La particolarità, dunque, è data dal fatto che il venditore è sì obbligato, ma non a compiere un'attività materiale, bensì a *garantire*. L'uso reiterato di questa espressione ha comportato, come naturale conseguenza, che alla tesi dell'obbligazione *tout court* si affiancasse anche la tesi della garanzia pura. Rimandando al prosieguo del lavoro la trattazione completa delle argomentazioni addotte da questa dottrina, è necessario esaminare la problematica chiarendo in primo luogo la dicotomia tra obbligazione e garanzia.

La definizione di garanzia è, infatti, senz'altro problematica e si caratterizza per una notevole genericità. Ciononostante, a livello descrittivo è possibile indicare come garanzia ogni strumento volto a rendere maggiormente sicura una determinata situazione giuridica, sia essa relativa al godimento di un diritto o all'adempimento di un obbligo⁴¹. Sgombrando da subito il campo da un possibile equivoco, si nota dunque che lo strumen-

⁴⁰ Questa conclusione è sostenuta anche da L. Cabella Pisu, *op. cit.*, 55.

⁴¹ G. Tucci, voce *Garanzia*, in *Digesto*, IV, *Discipline privatistiche (sezione civile)*, Torino, 1992, VIII, 581; A. Montel, *Garanzia*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, 742; V. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, II, 127.



to della garanzia non accede necessariamente ad un'obbligazione, potendo riguardare anche il godimento di un bene o di un diritto⁴². La funzione di colui che garantisce è quella di rendere più stabile una determinata situazione giuridica, attribuendo al beneficiario la certezza di ricevere o la prestazione garantita o un determinato risarcimento, ove l'interesse del garantito resti per qualunque causa disatteso. Del pari, il soggetto beneficiario ha la sicurezza che in ogni caso il rischio da cui è garantito non graverà, a livello economico, su di lui⁴³. In caso di realizzazione dell'interesse garantito, infatti, *nulla quaestio*, in quanto il rischio non si è realizzato. Nell'opposta ipotesi in cui, invece, l'interesse venga in qualche modo leso, il rischio, che inizialmente graverebbe sul soggetto beneficiario della garanzia, può essere immediatamente spostato a carico del soggetto garante⁴⁴. Questa è, in prima approssimazione, una definizione di garanzia c.d. pura⁴⁵, il cui più tipico esempio è quello del contratto assicurativo, dove la garanzia si sostanzia in una prestazione diversa dall'evento temuto e in cui, soprattutto, essa opera in maniera praticamente automatica, senza che a tal fine rilevi lo stato soggettivo o il comportamento del soggetto obbligato⁴⁶.

⁴² G. Tucci, *loc. cit.* e M. Fragali, *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir., Annali*, XVIII, Milano, 1969, 453 ss.

⁴³ E dunque, il concetto di garanzia è rintracciabile in “qualsiasi strumento previsto dall'ordinamento per apprestare un maggior grado di attuabilità all'aspettativa del creditore” (U. Stefani, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Milano, 2007, 4). Si veda inoltre quanto osservato da N. Rizzo, *Fideiussione e promessa di fatto altrui*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 45, il quale, nel trattare della natura dell'obbligazione di fatto altrui, evidenzia come qualificare la promessa del fatto altrui quale garanzia la renderebbe una sorta di “«prestazione di sicurezza», nel senso che il creditore viene sollevato dalla preoccupazione che si verifichi l'evento temuto. In questa ipotesi, infatti, l'onere economico del danno verrà trasferito sul promittente con la conversione dell'obbligazione di garanzia in prestazione di indennità”. Se volessimo fare un parallelismo con la figura in esame, come nell'art. 1381 cod. civ. il rischio del mancato realizzarsi dell'evento sperato (o del realizzarsi dell'evento temuto) viene “traslato” dal creditore al debitore, l'onere economico legato ai vizi della cosa compravenduta si sposta dal compratore, che originariamente risente degli stessi, al venditore.

⁴⁴ Questo è ben notato da B. Grazzini, *Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 2, 469, nella parte in cui afferma che “la garanzia, allora, realizza, rispetto alla responsabilità, un distinto assetto di interessi, avendo la funzione di accrescere la sicurezza dell'esatto adempimento e consistendo nell'accollo di un rischio a prescindere dai connotati dell'inadempimento, colposo o inimputabile”.

⁴⁵ Da tenere distinta, secondo quanto notato anche da F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 284, dalla garanzia in senso tecnico, che è invece un semplice mezzo di rafforzamento del credito. Il concetto di garanzia pura, invece, è concetto più ampio, in quanto “idoneo ad abbracciare anche forme di controllo del rischio che un interesse resti insoddisfatto”. Al riguardo, si evidenzia inoltre che l'Autore propone una rilettura della garanzia pura, non più come mero trasferimento del rischio mediante indennizzo, bensì come strumento consistente “nell'attribuzione di un determinato stato di fatto o giuridico non dipendente dalla cooperazione del garante e configura quindi un'utilità immediata” (p. 243).

⁴⁶ F. Marinelli, *I vizi dell'opera e la garanzia per i difetti*, in *Appalto privato*, a cura di M. Costanza, Torino, 2000, 119 ss. e P. Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 19.



Proprio questa possibilità di prescindere dallo stato soggettivo del soggetto “obbligato” ci porta alla seconda notazione necessaria *in limine* alla trattazione del dibattito dottrinale: il profilo dell’imputabilità al venditore dei vizi. Ai sensi dell’art. 1492 cod. civ., infatti, il compratore può domandare, a sua scelta, o la risoluzione del contratto (c.d. azione redibitoria) o la riduzione del prezzo (c.d. azione estimatoria o *quantum minoris*). Tale tutela, che può assumere le suddette declinazioni a seconda della volontà del debitore, non risente in alcun modo dello stato soggettivo del venditore. Quest’ultimo, infatti, si potrà sollevare da tale responsabilità non provando la propria mancanza di colpa, bensì, ex art. 1491 cod. civ., dimostrando che il vizio era conosciuto o facilmente riconoscibile dal compratore, salvo sempre il caso in cui il venditore non avesse espressamente dichiarato l’assenza di vizi. Il soggetto “obbligato”, pertanto, risponde a prescindere da una sua colpa o dal fatto che l’impossibilità della prestazione sia dipesa da un fatto a lui non imputabile⁴⁷. Ciò, in prima battuta, pare nuovamente smentire la lettura della garanzia per vizi quale obbligazione contrattuale, in quanto la risoluzione del contratto ex art. 1453 cod. civ. – a cui si farebbe ricorso in caso di inadempimento di detta obbligazione – dovrebbe fondarsi indissolubilmente su un comportamento colpevole del debitore⁴⁸. Nel tentativo, pertanto, di rifuggire pericolosi accostamenti come quello della “responsabilità oggettiva”, si è preferito avvicinare questo tipo di tutela a quella legata all’impossibilità sopravvenuta ai sensi dell’art. 1463 cod. civ., in cui non è richiesto alcun comportamento colposo ad opera della controparte⁴⁹. Neanche quest’ultima lettura sembra, in realtà, risolvere definitivamente la problematica sulla natura delle azioni redibitoria o estimatoria, quali rimedi svincolati *in toto* dalla colpa del venditore: i vizi, infatti, differentemente

⁴⁷ In tal senso, si veda la riflessione fatta da A. Luminoso, *La natura della garanzia per vizi e difformità nell’appalto*, in P. Perlingeri e S. Polidori, *Singole fattispecie negoziali, I maestri del diritto civile*, a cura di D. Rubino, Napoli, 2009, 957 e ss.

⁴⁸ Si rimanda al riguardo, al dibattito tra R. Sacco – G. De Nova, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, X, 2, 517, favorevoli alla rilevanza di un inadempimento incolpevole, e C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, 2 ed., 2000, Milano, 488, che invece critica tale presa di posizione.

Al riguardo, è senz’altro interessante notare come tale criticità sia avvertita dallo R. von Jhering, *op. cit.*, p. 81, il quale, nel proporre la propria visione di *culpa in contrahendo*, evidenzia come “grazie a questa visione, l’obbligo risarcitorio si iscrive nel regime di una norma generale della teoria dei contratti, secondo cui ogni parte è responsabile nei confronti dell’altro del danno che le ha cagionato per propria *culpa*. Senza questo punto di vista, ci troviamo in presenza di un’azione risarcitoria che non esige alcuna colpa in capo al convenuto; invece, con questo punto di vista, si evita questa stranezza e l’azione conserva il carattere normale di ogni azione risarcitoria”.

⁴⁹ Accostamento acutamente compiuto da D. Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 3 ed., Milano, 1971, 631.



dalle cause d'impossibilità sopravvenuta, non sono necessariamente estranei alla sfera di controllo del venditore, il cui comportamento potrebbe infatti essere stato decisivo ai fini della loro sussistenza.

Ci si trova di fronte al medesimo problema affrontato in tema di contratto di appalto, nel quale l'articolo 1668 cod. civ. stabilisce chiaramente che il committente può chiedere l'eliminazione dei vizi o la riduzione del prezzo, "salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore"⁵⁰. Lo schema di quest'ultimo articolo replica quello delineato in tema di garanzia per vizi: alle azioni redibitoria o estimatoria – previste dall'art. 1492 cod. civ. – si aggiunge, in caso di ignoranza colposa (*rectius*, mancata prova dell'ignoranza non colposa) dei vizi, il risarcimento del danno spettante *ex art.* 1494 cod. civ.

Tale somiglianza consentirebbe, con i dovuti aggiustamenti, di mutuare la soluzione al problema legato a questa presunta "responsabilità oggettiva" da quanto già delineato in dottrina in tema di garanzia per vizi nel contratto di appalto⁵¹. Coerentemente con la struttura normativa che distingue chiaramente le tutele apprestate⁵², si dovrebbero necessariamente tenere separati i diversi piani della responsabilità e del risarcimento del danno. Pertanto, il legislatore avrebbe compiuto la chiara scelta di scindere la garanzia in una tutela di "primo grado", rappresentante la responsabilità *stricto sensu* emergente in ogni caso in cui emergano vizi della cosa⁵³, e costituita dalle cc.dd. azioni edilizie delineate dall'art. 1492 cod. civ., ed una tutela di "secondo grado" – in quanto essa, da una parte, è meramente eventuale rispetto alla prima, ma, dall'altra parte, richiede necessa-

⁵⁰ Non è pertanto condivisibile la lettura adottata dalla giurisprudenza in tema di appalto, la quale ritiene che l'appaltatore non sia tenuto in alcun modo a garantire il committente per i vizi ove il primo provi la non imputabilità dei vizi all'appaltatore stesso. In tal senso, fra le altre, Cass. 31 maggio 2006, n. 12995 in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Appalto*, n. 59 e Cass. 13 luglio 2003, n. 11149, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1097. Tale interpretazione pare infatti snaturare la garanzia prevista dall'art. 1668 cod. civ., la quale assicura al committente l'eliminazione dei vizi o la diminuzione del prezzo e, *in aggiunta*, in caso di colpa dell'appaltatore, anche il risarcimento del danno.

⁵¹ Si fa riferimento a quanto affermato da N. Rizzo, *Il contratto d'opera*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, Milano, 2014, III, 571 ss. e spec. 586-587.

⁵² E questo viene fatto in maniera ancora più chiara dal legislatore in tema di appalto, in cui la presenza delle disposizioni relative, da una parte, alla garanzia dell'eliminazione per vizi o della diminuzione del prezzo e, dall'altra, al risarcimento del danno in caso di condotta colposa dell'obbligato, all'interno della medesima norma (art. 1668 cod. civ.) rende ancora più evidente la scissione su due piani della tutela apprestata al committente in caso di vizi dell'opera.

⁵³ E questo, anticipando quanto affermato nel prosieguo della trattazione, sarebbe dovuto alla necessità di ripristinare l'equilibrio perduto da parte del programma negoziale, non avendo il negozio prodotto il risultato traslativo voluto dalle parti.



riamente la presenza di quest'ultima – che si sostanzia appunto nel risarcimento del danno di cui all'art. 1494 cod. civ.

Tale lettura riesce, pertanto, a coniugare la “specialità” della responsabilità per vizi con la rilevanza dello stato soggettivo del compratore. Resta fermo che, se nel contratto d'appalto sarà necessario provare la colpa dell'appaltatore per ottenere il risarcimento del danno⁵⁴, nel contratto di vendita sarà molto più semplice per il compratore ottenere una tutela “piena” del proprio interesse – mediante l'ottenimento della tutela di “secondo grado” costituita dal risarcimento del danno – in quanto il venditore dovrà fornire la prova negativa di aver ignorato senza colpa la sussistenza dei vizi: prova che ben difficilmente potrà essere resa in giudizio dal precedente proprietario del bene trasferito.

La difficoltà con la quale potrà essere resa la prova liberatoria, il cui onere grava sul venditore, ci porta pertanto a concludere che la “regola” – in tema di garanzia per vizi nel contratto di compravendita – è quella del risarcimento del danno, mentre costituisce una mera eccezione il caso in cui il venditore provi la sua incolpevole ignoranza dei vizi e non sia pertanto tenuto al risarcimento del danno. Resta fermo, inoltre, che il compratore potrà comunque richiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, potendo i suddetti rimedi prescindere dal profilo risarcitorio⁵⁵.

In conclusione di queste premesse sostanziali allo studio appresso condotto, si può rilevare come il quadro appena delineato appaia effettivamente coerente tanto con lo schema normativo quanto con le esigenze pratiche inerenti alla garanzia per vizi. Risulta infatti chiara la volontà legislativa di fornire al compratore una tutela “sbilanciata” in suo favore, al fine di ottenere la soddisfazione dell'interesse positivo che la garanzia per vizi vuole tutelare⁵⁶.

⁵⁴ Sul tema si veda, però, il dibattito dottrinale tra chi (G. Musolino, *La responsabilità dell'appaltatore*, Rimini, 1997, 66 ss.; C. Giannattasio, *L'appalto*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu, G. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1967, 191 ss.; D. Rubino – G. Iudica, *Appalto*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 2007, 424) ritiene che la colpa dell'appaltatore sia presunta e pertanto costui dovrà soltanto provare la mancanza della propria colpa e coloro (G. Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 319 ss.; G. Cottino, *Diritto commerciale*, Padova, 1996, II, 240; E. Lucchini Guastalla, *La risoluzione di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, 86 ss.) che invece richiedono la più difficile prova consistente nel dimostrare anche l'esatto fatto (non imputabile all'appaltatore) da cui è dipeso il vizio.

⁵⁵ È questa la conclusione tratta da N. Rizzo, *op. ult. cit.*, 587, in tema di appalto e che si ritiene di poter estendere alla tematica della garanzia per vizi nella compravendita.

⁵⁶ La problematica dell'interesse tutelato nella garanzia per vizi verrà affrontata in seguito, in relazione alla tesi che inquadra tale tutela nell'ambito della *culpa in contrahendo*. Si anticipa però che non pare infatti accoglibile la lettura degli Autori (ivi inclusa la lettura di G. Gorla, *op. cit.*, 168, il quale però non sostiene che la garanzia per vizi sia da collocare nell'ambito della responsabilità precontrattuale) i quali ritengono



Prima di proseguire nella trattazione, è necessario compiere un'ultima notazione, di ordine metodologico. Si parlerà infatti, nel prosieguo, della garanzia per vizi: oltre ad essere consapevoli del fatto che tale tutela, per quanto attiene alla sua natura giuridica, è accostata a quella per evizione⁵⁷, preme ricordare che la questione della garanzia per vizi è ulteriormente complicata dalla differenza tra vizi, mancanza di qualità (promesse o essenziali) e, infine, *aliud pro alio*. Questa distinzione⁵⁸, che renderebbe la nostra ricostruzione dottrinale ancora più complessa, è stata volutamente omessa dalla trattazione, in

che la tutela dei vizi tuteli l'interesse negativo del compratore a non stipulare il contratto. Tale equivoco nasce, infatti, dalla lettura data da questa dottrina della garanzia per vizi quale tutela contro la *culpa in contrahendo*. È infatti proprio nell'area della responsabilità precontrattuale che si colloca, secondo la dottrina nettamente prevalente (tra gli altri, L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 360 ss., V. Roppo, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 179 e, più recentemente, proprio sul tema della responsabilità precontrattuale, B. Scumace, *Lucro cessante e interesse negativo*, in *I Contratti*, 2018, 4, 467 e ss.), l'ambito di applicazione del c.d. interesse negativo. Come si vedrà in seguito, però, la garanzia per vizi non può essere inscindibilmente legata ad una mancata informazione precontrattuale (e dunque ad un *culpa in contrahendo*), bensì ad un'inattuazione dell'effetto traslativo: essa si colloca, pertanto, nella fase di vita del contratto, e dunque all'interno di una responsabilità contrattuale (intesa in senso ampio, e non semplicemente come responsabilità per inadempimento di un'obbligazione assunta *ex contractu*). In tal caso, dunque, l'interesse tutelato non potrebbe che essere quello positivo alla stipula del contratto di compravendita.

Contra, per un rilettura dell'interesse negativo anche all'interno della responsabilità contrattuale, A. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 3, 792 ss.: in tale sede l'Autore ricomprende nell'area dell'interesse negativo tutti i casi in cui il soggetto, in mancanza di un determinato comportamento illecito, non avrebbe concluso il contratto, diversamente dall'interesse positivo, che tutelerebbe la controparte la quale, in mancanza del comportamento illecito della controparte, avrebbe concluso il contratto. Anche adottando tale visione, comunque, la nostra conclusione non pare cambiare: non si può infatti ritenere – se non inquadrando la responsabilità per vizi nell'ambito della responsabilità contrattuale (prospettiva, come si vedrà meglio in seguito, non soddisfacente) – che il compratore, ove fosse stato informato del vizio sul bene, non avrebbe concluso il contratto. A questa prospettiva soggettiva (in quanto incentrata sulla mancanza di volontà del compratore), è infatti da preferire la diversa lettura oggettiva (che invece valorizza l'interesse del compratore per il bene non difettoso), secondo la quale il compratore, in assenza dei vizi del bene, avrebbe senz'altro voluto concludere il contratto di compravendita originariamente stipulato col venditore.

⁵⁷ Si rimanda a quanto sopra esposto sul tema, in particolare alla nota 18.

⁵⁸ Al riguardo, e senza pretesa di esaustività, alcuni Autori (P. Greco – G. Cottino, *op. cit.*, 228 e ss.) hanno distinto i vizi (da intendersi come difetti strutturali del bene) dalla mancanza di qualità (intesi come requisiti che quella *species* di bene dovrebbe avere), i quali a loro volta sarebbero su un piano completamente diverso dall'*aliud pro alio* (in cui il bene appartiene ad un *genus* diverso da quello dedotto in contratto). Altri Autori (C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 279), invece, hanno accomunato vizi e mancanza di qualità essenziali, distinguendo però queste ultime dalle qualità promesse (in cui vi sarebbe un espresso e più forte impegno al riguardo), tenendo comunque il concetto ben separato dall'*aliud pro alio*, in cui la destinazione economico – sociale del bene è completamente diversa. Altri Autori ancora (G.B. Ferri, *La compravendita come negozio di scambio*, in G.B. Ferri e C. Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, 235 s.) hanno invece equiparato *in toto* vizi e mancanza di qualità essenziali, distinguendole soltanto dalla diversa ipotesi di *aliud pro alio*, nella quale però confluirebbero anche le qualità promesse.



quanto la natura della garanzia per vizi *in generale* prescinde dalla suddetta distinzione. Ciò, in ultima istanza, viene confermato dal fatto che tutti gli studi sul tema trattano, quale premessa logica, la natura della garanzia per vizi (e per evizione) e successivamente, come disciplina speciale, la distinzione tra vizi in senso stretto, mancanza di qualità promesse o essenziali e *aliud pro alio*.

6. – Una volta esposte le criticità della disciplina della garanzia per vizi, non sorprende che sul tema siano proliferate numerose letture, molto diverse tra loro, le quali cercano di risolvere i problemi affrontandoli anche da prospettive antitetiche. Il panorama che ne risulta è pertanto alquanto frastagliato: l’obiettivo del presente lavoro è quello di ricostruire le principali tesi sviluppatesi, concentrandosi anche sulle eventuali critiche alle stesse sollevate. Non dimentichiamo, infatti, che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nell’esaminare il tema, mostrano di avere cognizione del problema e delle soluzioni al medesimo proposte: anche per tale motivo, uno sguardo d’insieme alla dottrina sviluppata sul tema è senz’altro utile, se non addirittura fondamentale, per capire la conclusione a cui è arrivata la sentenza del maggio di quest’anno.

La prima lettura proposta al riguardo, in quanto sviluppatasi già in epoca anteriore al codice del 1942⁵⁹ e successivamente ripresa da autorevoli studiosi⁶⁰, prende le mosse dalla citazione sopra riportata di Ulpiano⁶¹, il quale sottolinea la possibile contraddittorietà che si nasconderebbe dietro ad una garanzia “che lo schiavo venduto è sano, non è un ladro, eccetera”. Come non sarebbe infatti possibile obbligarsi ad una situazione materiale preesistente alla stipula del contratto stesso, ugualmente, argomenta questa dottrina, non sarebbe possibile nemmeno dedurre in contratto un oggetto inesistente⁶² o, più

⁵⁹ In particolare, si veda sul tema G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1899, IV, 90-91.

⁶⁰ C. Grassetti, *Verità, errore ed opinione circa la paternità dell’opera d’arte compravenduta*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 193 ss. e F. Carnelutti, *Errore o inadempimento?*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 259 s.: entrambi gli Autori esaminano una fattispecie facilmente riconducibile, per molti fattori, a quella dell’errore, in quanto trattano il caso della vendita di un’opera attribuita (ingiustamente) ad un determinato artista.

⁶¹ Ulpiano, *loc. cit.*

⁶² Questa tesi ha portato parte della dottrina tedesca (K. Larenz, *Geschaeftsgrundlage und vertragseerfuellung*, Monaco e Berlino, 1951, 117) a sostenere che il contratto, ove non vi fosse la speciale disciplina dettata sul tema, sarebbe addirittura nulla per impossibilità dell’oggetto. In sostanza, questa teoria sostiene che la validità della vendita non dipende anche dalle qualità dell’oggetto. Si scinderebbe dunque tra oggetto della vendita (elemento essenziale del contratto, la cui impossibilità originaria determinerebbe senz’altro la nullità del contratto) e qualità del bene venduto (elemento accessorio, ma non intrinseco, dell’oggetto contrattuale, la cui mancanza pertanto non determina la nullità del contratto di compravendita). Al riguardo, la



precisamente, sprovvisto delle qualità che il compratore aveva erroneamente immaginato. Questa dottrina incentra dunque le proprie argomentazioni sulla (fallace) rappresentazione che il compratore ha avuto del bene oggetto del contratto, dilatando così la concezione di errore essenziale che, ai sensi dell'art. 1429 cod. civ., ricade sulle qualità dell'oggetto, fino a ricomprendervi l'intera fattispecie dei vizi⁶³. Il legislatore avrebbe pertanto costruito questa particolare disciplina con un duplice obiettivo: da una parte, estendere la tutela anche ai casi in cui l'errore non sia scusabile – soprattutto sotto la vigenza del codice civile del 1865⁶⁴ –, e, dall'altra, prevedere una sanzione diversa dalla semplice annullabilità, ritenuta correttivo non soddisfacente nel caso di specie.

Solo assumendo tale prospettiva che valorizza la “specialità” di questa disciplina, infatti, si potrebbe spiegare il suddetto accostamento. Se, infatti, questa costruzione dottrinale

dottrina ha però osservato come “lo schema legale della vendita non opera uno stralcio delle qualità contrattuali dal contenuto del contratto, ma al contrario le mette in luce come parte integrante del regolamento negoziale” (L. Mengoni, *Profili per una revisione*, cit., 13).

⁶³ Questa tesi è stata per primo sostenuta da G. Giorgi, *loc. cit.*, il quale afferma che si avrebbe una “falsa rappresentazione degli attributivi dell'oggetto”. Nello stesso senso, anche G. Mirabelli, *Dei singoli contratti*, Torino, 1960, IV, tomo III, 84 ss. e U. Grassi, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore: il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996, 93 ss.

Anche questa tesi è stata inoltre oggetto di un attento esame da parte di L. Mengoni, *Profili per una revisione*, cit., 11, il quale effettivamente sottolinea la bontà del tentativo di coloro che hanno incentrato la propria riflessione sulla rappresentazione dell'oggetto e delle sue qualità (il tutto in un contesto *unitario* e non scindibile, come affermato già da Larenz e dallo Zitelmann). Pur ritenendo che comunque “l'idea di un possibile riferimento dell'accordo alle qualità della cosa non è logicamente né psicologicamente assurda”, l'Autore conclude comunque che “l'errore non incide in sede di formazione del negozio, ma soltanto in sede di *esecuzione*, si traduce in una difformità fra il contenuto materiale della prestazione e il contenuto dell'accordo precedente, ossia della *lex contractus*”.

⁶⁴ Se infatti oggi la scusabilità non è più ricompresa tra i requisiti per la rilevanza dell'errore ai fini dell'annullamento, sotto la vigenza del codice civile del 1865 la dottrina e la giurisprudenza prevalenti erano arrivate a ritenere che l'errore, per essere causa di annullamento del contratto, sarebbe dovuto essere scusabile. In ossequio del c.d. principio di autoresponsabilità, si riteneva, infatti, che il contraente caduto in errore per sua mera negligenza non sarebbe stato meritevole di tutela. Da ciò discendeva dunque l'irrelevanza dell'errore imputabile al contraente (al riguardo, E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di G. Crifò, Camerino, 2002, 424 ss.). Il codice civile del 1942 ha invece sposato una diversa prospettiva, che non s'incentra tanto sulla diligenza dell'errante, quanto piuttosto sull'affidamento (giustificato o meno) che la controparte contrattuale ha riposto nel contratto: pertanto l'opinione oggi consolidata è nel senso di ritenere irrilevante la scusabilità, concetto da tenere ben distinto dai diversi requisiti dell'essenzialità e della riconoscibilità dell'errore. Al riguardo non mancano comunque letture di Autori (su tutti si veda G. Benedetti, *Commento ad art. 1428*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. Cendon, Torino, 1991, 750, e, più recentemente, E. Leccese, *La scusabilità dell'errore tra codice civile e principi sovranazionali del diritto dei contratti*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, I, 50 ss.) volte a recuperare detto concetto e a considerarlo pertanto rilevante non ai fini dell'annullabilità del contratto, bensì ai fini del giudizio di responsabilità delle parti, condotto ai sensi dell'art. 1338 cod. civ.



nasce proprio dall'identità di presupposti fattuali di errore e garanzia per vizi, in quanto in entrambi i casi vi è un'errata percezione delle qualità del bene oggetto di compravendita, è evidente che la disciplina dell'errore non potrebbe essere in tal caso applicata. In primo luogo, in quanto la disciplina dell'errore, quale norma generale, soccombe di fronte alla normativa speciale sui vizi, e dunque la prima potrà trovare applicazione soltanto in caso di errore ostativo, e non in caso di qualità mancanti⁶⁵. In secondo luogo, non sarebbe sostenibile il ricorrere di un errore inteso *stricto sensu*, in quanto la disciplina di cui agli articoli 1427 e ss. cod. civ. non è più incentrata sulla scusabilità dell'errore da parte del compratore, bensì sulla tutela dell'affidamento del venditore. Questo, dunque, andrebbe a confliggere con il sopra affermato carattere di *favor* verso il compratore dell'intera disciplina relativa ai vizi: non si potrebbe, infatti, sostenere che la garanzia per vizi possa essere attivata solo in presenza di una riconoscibilità dell'errore in cui è incorso il compratore. Da ultimo, l'applicazione dei principi generali in tema di errore sarebbe inconciliabile col dettato dell'art. 1491 cod. civ. anche in tema di onere probatorio. Il suddetto articolo, infatti, non richiede che il compratore provi *in positivo* la falsa rappresentazione, unitamente alla sua rilevanza e riconoscibilità, ma si accontenta che costui dia prova, *in negativo*, della propria ignoranza relativamente ai vizi e della sua non facile evitabilità⁶⁶. La difficoltà nel conseguire tale prova, come sottolineato in precedenza, porta inoltre a ritenere che il risarcimento del danno – in aggiunta alla scelta tra le azioni redibitoria o estimatoria – sia da considerare la “regola”, rispetto alla più difficile “eccezione” del caso in cui il venditore riesca a provare la propria ignoranza non colpevole dei vizi, sollevandosi pertanto dal risarcimento del danno (ma ferme restando le azioni edilizie).

In una simile prospettiva, seppur pervenendo a conclusioni diverse, si pone la lettura degli Autori che hanno ravvisato nella garanzia per vizi una manifestazione della c.d. presupposizione, da intendersi quale erroneo motivo che ha influenzato il momento genetico della volontà delle parti⁶⁷. Se però la presupposizione è da intendersi quale emer-

⁶⁵ È quanto osservato nella sua strutturata revisione di questo orientamento da G. Amorth, *Errore ed inadempimento nel contratto*, Milano, 1967, 85-111 e ss. Secondo altra visione, propugnata da P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 184, invece, le qualità di cui all'art. 1497 cod. civ. sarebbero esclusivamente quelle relative la funzione economica, mentre la disciplina generale sull'errore essenziale sull'oggetto e sulle sue qualità sarebbe riferibile al caso in cui il compratore riferisca al bene compravenduto qualità proprie di un diverso bene.

⁶⁶ Questa acuta notazione è fatta da L. Cabella Pisu, *op. cit.*, 74.

⁶⁷ Questa tesi è attribuita al F. Martorano, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, 177 ss., Id., *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 81 ss. Si riprende pertanto la tesi già formulata in Germania dal B. Windscheid, *loc. cit.*



sione, all'interno della struttura e del funzionamento del contratto, degli interessi concreti che entrambe le parti si erano prefigurate alla conclusione del negozio e che solitamente sarebbero invece stati estranei tanto alla sua causa astratta (intesa quale funzione socio-economica) quanto al suo contenuto letterale (inteso invece quali clausole contenute nel contratto stesso)⁶⁸, questa figura non pare ricorrere in pieno nella garanzia per vizi. In questo caso, infatti, l'interesse disatteso sarebbe unicamente riferito al compratore, in quanto la valutazione relativa alle qualità del bene compravenduto non fa necessariamente parte (anzi, tendenzialmente resta al di fuori) della sfera degli interessi del venditore. A questa obiezione⁶⁹ si potrebbe comunque rispondere rilevando la chiara scelta normativa di dare risalto alle qualità del bene che hanno spinto la parte acquirente a concludere il contratto. Pur trattandosi di una valutazione interna al solo compratore, essa avrebbe delle evidenti ricadute anche sull'intera fattispecie (basti pensare, alla determinazione del prezzo che, in mancanza di determinate qualità, sarebbe stata evidentemente diversa), e pertanto il legislatore avrebbe ritenuto tale motivo parte integrante della funzione svolta dalla compravendita. Una perturbazione alla rappresentazione delle qualità della cosa, dunque, impedirebbe alla vendita di realizzare l'assetto di interessi perseguito dalle parti⁷⁰ e dovrebbe necessariamente ripercuotersi sull'intera "economia dell'affare"⁷¹, consentendo pertanto di ricorrere alla figura della presupposizione⁷².

⁶⁸ È la ricostruzione data da M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova*, 2 ed., Milano, 1998, 278 e ss., il quale valorizza "gli interessi dei contraenti alla stregua del principio della sopportazione dei rischi dell'iniziativa economica", al fine di tutelare a pieno le esigenze dell'autonomia privata, e, a tal fine, ritiene che debbano essere considerate come facenti parte del contratto gli "interessi i quali non rientrano nella funzione del contratto e tuttavia costituiscono un apprezzabile elemento della sua economia". È evidente, come nota L. Cabella Pisu, *op. cit.*, 78, come tali concetti si intersechino, fino a sovrapporsi in alcuni punti, con quello di causa contrattuale.

⁶⁹ Aporia che viene rilevata anche da F. Martorano, *La tutela del compratore*, cit., 201, nella parte in cui afferma come "la considerazione delle qualità della cosa non è sufficiente ai fini della garanzia redibitoria, che sia rimasta circoscritta alla formazione di una sola delle parti, sia pure determinandola in modo tipicamente riconoscibile, ma deve essere stata assunta da entrambi i contraenti a base della valutazione dei rispettivi interessi".

⁷⁰ Come ben sintetizzato da C.G. Terranova, *op. cit.*, 77.

⁷¹ Sempre per utilizzare un concetto estremamente caro a M. Bessone, *loc. cit.*

⁷² Un'altra opposizione sollevata in dottrina (G. Visentini, *op. cit.*, 168), più legata al concetto di presupposizione in generale, è quella relativa al fatto che "manca nella presupposizione – quando sia concepita alla stregua di una condizione non sviluppata – il dubbio sull'esistenza o sul verificarsi di eventi presupposti e quindi manca la previsione – sia pur tacita – delle parti circa gli effetti che l'erroneità della rappresentazione dovrebbe produrre sull'efficacia del contratto". Per l'Autore, inoltre, ha un'importanza determinante il fatto che la tutela per vizi ricorra anche quanto il venditore abbia incolpevolmente ignorato l'importanza che le qualità del bene venduto avrebbero dovuto avere.



Per quanto le suddette tesi si basino su una somiglianza fattuale delle diverse fattispecie, la dottrina più moderna ha però osservato che esse valorizzerebbero eccessivamente l'elemento "soggettivo" della compravendita, soffermandosi sulla "rappresentazione" data dal compratore al bene oggetto di compravendita. In realtà tale prospettiva nasconderebbe un equivoco di fondo, in quanto fondata sulla sovrapposizione di due piani ben distinti. Un primo piano, nel quale appunto risiede l'errore come causa di annullabilità, sarebbe quello della rappresentazione della realtà ad opera del compratore, che pertanto s'ingannerebbe relativamente al bene compravenduto. Un secondo, distinto, piano avrebbe invece ad oggetto l'esecuzione del contratto (validamente formatosi) ad opera del venditore, il quale non avrebbe trasferito quanto promesso e sarebbe pertanto esposto alla garanzia per vizi.⁷³ Pertanto, solo recuperando questa prospettiva d'analisi si può arrivare ad un corretto inquadramento della garanzia per vizi.

7. – Seppur sconti l'importante opposizione legata alla sovrapposizione di due piani da tenersi distinti, la tesi sopra esposta, che individua nella garanzia per vizi una fattispecie normativa di presupposizione, ha un importante pregio: valorizzare la causa concreta della vendita, in quanto non guarda esclusivamente allo scambio "cosa contro prezzo", ma addirittura alla funzione del bene compravenduto⁷⁴.

Questa importante conclusione, che si "affaccia" nelle pagine di coloro che teorizzano la c.d. presupposizione, pone le basi per quelle che sono le altre tesi elaborate in dottrina. In particolare, una diversa lettura della garanzia per vizi, che riprende la *culpa in contrahendo* teorizzata per primo dallo Jhering⁷⁵, trae importanti spunti dalla tesi della presupposizione. Un primo punto di contatto è infatti ravvisabile nell'osservazione che il bene oggetto della compravendita è necessariamente quello che sussiste al momento della conclusione del contratto, non potendo essere un oggetto diverso da quello che effetti-

⁷³ In tal senso, G. Amorth, *op. cit.*, 87, le cui riflessioni sono riprese e sintetizzate da A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 260. Conforme l'analisi di C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 628, il quale evidenzia di come "il precetto contrattuale, in quanto impegna ad un certo risultato, non è senz'altro condizionato all'esistenza di una conforme situazione di fatto. Anzi, l'impegno negoziale risponde proprio all'esigenza di conferire una *pretesa* in ordine ad un risultato".

⁷⁴ Come ben sottolineato da L. Cabella Pisu, *op. cit.*, 80, la quale evidenzia come venga in questa prospettiva valorizzata la "causa concreta" della compravendita, sviluppando inoltre il ricorso alle tecniche di integrazione legate alla buona fede. Si veda, in tal senso, anche F. Martorano, *La tutela del compratore*, cit., 212, il quale sottolinea come, in caso di vizi, si assista alla "rottura dello equilibrio contrattuale, fondato appunto sulla comune considerazione della cosa come immune da vizi e fornita delle qualità richieste".

⁷⁵ R. von Jhering, *op. cit.*, 73 – 81.



vamente è. In sostanza, dunque, anche altri Autori hanno valorizzato l'erronea rappresentazione in cui è incorso il compratore, in quanto può essere oggetto del contratto solo il bene che effettivamente è (e non, dunque, quello che *dovrebbe essere*)⁷⁶. Il secondo presupposto, invece, da una parte avvicina questa tesi a quella della presupposizione, ma dall'altra la distanzia, in quanto le fa compiere un passo decisivo, che caratterizzerà poi anche le ulteriori prese di posizioni registrate di seguito. Questi Autori, infatti, danno particolare rilievo al fatto che si evidenzia nella fattispecie un vizio funzionale e obiettivamente valutabile della causa, essendo il medesimo estraneo alla sfera meramente soggettiva, cui afferiscono i motivi del contratto. Pertanto, riprendendo ciò che di buono era stato affermato dai sostenitori della c.d. tesi della presupposizione, questi Autori osservano come tale punto di vista sposti l'attenzione più sul profilo causale, che su quello dei meri motivi che hanno spinto il solo compratore a contrarre⁷⁷.

Nel domandarsi, allora, dove potesse ravvisarsi un inadempimento che, effettivamente, si sarebbe poi ripercosso sullo schema causale della compravendita, alcuni Autori hanno affermato che vi fosse sì un inadempimento, ma non di natura strettamente contrattuale, bensì pre-contrattuale. Non rileva, dunque, tanto la rappresentazione soggettiva di una delle parti relativamente alle qualità del bene, quanto piuttosto la c.d. "determinazione traslativa" e, dunque, la volontà di entrambe le parti di stipulare il contratto avente ad oggetto un bene idoneo alla sua funzione. La garanzia per vizi risiederebbe nel fatto che la vendita avrebbe dovuto avere ad oggetto un bene diverso da quello effettivamente dedotto in contratto: tale rischio (o meglio, onere informativo) verrebbe addossato al venditore, che per

⁷⁶ Questa riflessione riprende quanto detto da L. Mengoni, *Profili per una revisione*, cit., 5 ss.

⁷⁷ Sono queste le premesse poste da Salv. Romano, *op. cit.*, 259, alla propria tesi. Costui, comunque, sottolinea come mentre "il tema dell'errore è praticamente legato all'identità e alla sostanza, [...] il vizio qui è nella volontà, è soggettivo ed il contratto che di per sé, causalmente, è perfetto, non risponde al motivo di stipularlo di un contraente". A tal fine l'Autore adduce l'esempio della vendita di un cane da caccia, che tentiamo qui di sintetizzare al massimo, per fini esplicativi. Ove solo il venditore avesse inteso acquistare un cane da caccia, che poi si è invece rilevato da compagnia, si sarebbe avuto un contratto viziato da errore. Ove invece il contratto, nella comune intenzione delle parti, avesse ad oggetto un cane da caccia e successivamente si fosse trasferito un cane da compagnia (o, a prescindere dalla qualità del cane, un cane malato), il venditore avrebbe risposto per vizi.

Il pregio della suddetta ricostruzione è ravvisato anche dall'altro Autore che ha maggiormente sostenuto che la garanzia per vizi tutelasse in realtà un'ipotesi di *culpa in contrahendo*, G. Visintini, *op. cit.*, p. 171, la quale osserva come "la teoria della presupposizione adempie a una funzione quando tende a dar rilievo all'inesistenza originaria o al venir meno di circostanze esterne o altri dati di fatto ambientali, che, sin dal momento della conclusione del contratto, condizionavano la realizzazione della finalità perseguita con il contratto". Per questa Autrice, il fatto che l'erronea rappresentazione della condizione del bene venduto sia interno alla sola sfera del compratore rappresenta, però, un ostacolo insormontabile, che non consente di accogliere la tesi della c.d. presupposizione.



vicinanza è l'unico soggetto in grado di conoscere senz'altro lo stato materiale del bene. Pertanto, la tutela scatterebbe nel momento in cui il venditore non rendesse edotto il compratore dell'impossibilità per il contratto di realizzare gli interessi a cui lo stesso è preposto⁷⁸. Questa dottrina, che nota come essa sia, non a caso, la prima fattispecie per cui viene teorizzata la c.d. responsabilità pre-contrattuale⁷⁹, si trova in una posizione di maggior favore rispetto a quella in cui si era trovato a suo tempo lo Jhering, in quanto ormai tale concetto è assolutamente familiare al nostro ordinamento e, soprattutto, è stato oggetto di importanti prese di posizioni giurisprudenziali, relative alla sua natura contrattuale⁸⁰. Ciononostante, è evidente come il termine *culpa in contrahendo*, utilizzato dallo Jhering e ripreso da questi Autori, nasconda una possibile contraddizione: perché parlare di *culpa* quando, in realtà, abbiamo già notato come la garanzia per vizi prescindendo dallo stato soggettivo del venditore, quantomeno nella tutela apprestata dalle azioni edilizie? Non si tratta, come già sostenuto dal giurista tedesco e ribadito dagli studiosi italiani che hanno ripreso la sua visione della garanzia per vizi, di una colpa nel senso proprio del termine⁸¹, bensì di una colpa avente un carattere maggiormente oggettivo, che pertanto s'incentra sul mancato rispetto di una norma di comportamento da parte del venditore, senza che in alcun modo rilevi lo stato soggettivo di quest'ultimo. Il venditore, infatti, si trovava, rispetto alla cosa

⁷⁸ Salv. Romano, *op. cit.*, 260 e G. Visintini, *op. cit.*, 175.

⁷⁹ In tal senso G. Visintini, *op. cit.*, 175 che lo ha ribadito anche più recentemente in Id., *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2, 338.

⁸⁰ Ci si riferisce, nello specifico, alla recente sentenza della Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, 12, 2565, con nota di A. di Majo, *Il contatto sociale – la culpa in contrahendo tra contratto e torto*; in *Corr. giur.*, 2016, 12, 1504, con nota di C. Cicero, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*; in *I Contratti*, 2017, 1, 35, con nota di F. Piraino, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*; in *Danno e resp.*, 2016, 11, 1051, con nota di V. Carbone, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*; in *Diritto e Giustizia*, 2016, 32, 4, con nota di C. Coticelli, *Prescrizione decennale della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016, 6, 1950, con nota di C. Scognamiglio, *Responsabilità precontrattuale e "contatto sociale qualificato"*; in *Riv. Not.*, 2017, 4, 787, con nota di M. Rinaldo, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*; in *Europa e Diritto Privato*, 2017, 3, 1128, con nota di A. Albanese, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*. Questa Cassazione, che sposa la tesi della responsabilità precontrattuale quale responsabilità contrattuale, derivante dall'obbligazione che nasce dal "contatto sociale", aderisce alla visione per primo propugnata in dottrina da C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 3 ed., Milano, 2006, 443 ss.

⁸¹ Visione che viene ben descritta da questa domanda retorica, che si pone lo R. von Jhering, *op. cit.*, 73: "ma quando il giurista rimprovera al venditore la di lui ignoranza, quando gli rimprovera che avrebbe potuto e dovuto conoscere i difetti, e che motiva così la sua responsabilità, cos'altro è se non un rimprovero a titolo di *culpa*?". È qui evidente che la colpa non è da intendersi nel senso più "soggettivo" del termine, bensì in quello più oggettivo (come anche notato dalla G. Visintini, *op. cit.*, 177).



compravenduta, in una posizione tale per cui, anche se avesse incolpevolmente ignorato l'esistenza dei vizi, avrebbe comunque dovuto essere a conoscenza della situazione del bene, e pertanto la sua ignoranza non sarebbe scusabile⁸².

Un'altra importante obiezione a cui deve dare una risposta questa tesi è legata all'interesse sotteso della garanzia per vizi. Tale dibattito risulta addirittura decisivo al fine di qualificare la garanzia per vizi come una *culpa in contrahendo* ovvero come una forma di responsabilità contrattuale. Secondo la visione nettamente prevalente in dottrina⁸³, infatti, la tutela dell'interesse negativo potrebbe trovare applicazione esclusivamente nell'ambito della responsabilità precontrattuale. Ritenerne, pertanto, che la garanzia per vizi tuteli l'interesse del venditore a non stipulare il contratto di compravendita avente ad oggetto un bene viziato (e dunque l'interesse negativo) porterebbe come immediata conseguenza la qualificazione della garanzia come una responsabilità di tipo precontrattuale, nella quale vi è una *culpa in contrahendo* del venditore.

Pare invece molto più convincente⁸⁴ sostenere che la normativa voglia piuttosto proteggere il c.d. interesse positivo, vale a dire l'interesse del compratore (che infatti ha concluso il contratto) alla corretta produzione degli effetti contrattuali. A conferma di ciò, infatti, si è già in precedenza notato come la "regola" nella responsabilità per vizi sia quella del pieno risarcimento del c.d. interesse positivo, che viene infatti tutelato non solo con le azioni edilizie, ma anche con l'ulteriore risarcimento del danno, dovuto *ex art.* 1494 cod. civ., salvo il caso (improbabile) in cui il venditore riesca a provare la propria ignoranza non colposa dei vizi. Il risarcimento del danno da imperfetta esecuzione del contratto, infatti, dovrebbe necessariamente considerarsi come incompatibile rispetto al c.d. interesse negativo, essendovi piuttosto il chiaro intento di tutelare il compratore che vuole ricevere la corretta esecuzione del contratto di compravendita⁸⁵.

⁸² G. Visentini, *op. cit.*, 182. Nota, però, D. Rubino, *op. cit.*, 639, che non si impone necessariamente un obbligo di informazione, in quanto la responsabilità è esclusa anche per conoscenza o facile riconoscibilità dei vizi da parte del compratore, senza che in questi casi serva che il venditore adempia ad alcun onere informativo.

⁸³ È l'osservazione condotta da V. Roppo, *op. cit.*, 179, il quale inoltre individua proprio nell'interesse positivo il limite massimo fino al quale si può spingere il risarcimento dell'interesse negativo. L'Autore osserva, infatti, che i danni da mancata conclusione del contratto "potrebbero anche essere superiori [ai vantaggi collegati alla valida conclusione del contratto]: ma in tal caso è ragionevole che l'eccedenza non venga riconosciuta, per il principio che impedisce di collocare il danneggiato in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato senza illecito". *Contra*, A. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, cit., 792 ss.

⁸⁴ Si vedano in particolare le conclusioni cui si è giunti alla nota 56.

⁸⁵ Quest'obiezione è giustamente sollevata anche da A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 269 e da D. Rubino, *op. cit.*, 639.



Ben consapevoli di questa aporia, gli Autori che sostengono la tesi della *culpa in contrahendo* quale chiave di lettura della garanzia per vizi rispondono all'obiezione nell'unico modo possibile, e dunque sostenendo l'autonomia del risarcimento del danno rispetto alle azioni edilizie *ex art. 1492 cod. civ.* Secondo tale visione, la tutela apprestata dall'art. 1494 cod. civ. dovrebbe essere interpretata come risarcimento dell'*ulteriore* danno, diverso rispetto a quello legato alla *culpa in contrahendo*⁸⁶, avente il chiaro intento – ferma restando la tutela dell'interesse negativo – di tenere indenne il compratore da ogni eventuale pregiudizio procuratogli dall'immissione nel suo patrimonio di un bene difettoso⁸⁷. Pertanto, la tutela della c.d. *culpa in contrahendo* sarebbe apportata dal solo art. 1492 cod. civ., nella parte in cui contempla le azioni redibitoria ed estimatoria, mentre il successivo art. 1494 cod. civ. sarebbe invece legato alla messa in commercio di un bene difettoso o comunque non idoneo al suo utilizzo⁸⁸. L'azione di cui all'art. 1494 cod. civ. sarebbe, secondo questa visione, un'azione distinta rispetto a quelle edilizie, ed avrebbe carattere aquiliano, non essendo legata in alcun modo ad un'obbligazione, neanche di comportamento⁸⁹.

Una volta passata al vaglio questa tesi, relativamente alla quale gli Autori si sono dovuti premurare di risolvere obiezioni non di poco conto, è bene sottolineare come la visione appena esposta porta con sé un importante vantaggio: quello di ricondurre ad un'unica fattispecie gli interessi legati alla fase pre-contrattuale e alla fase di esecuzione del contratto⁹⁰. Il merito di questa tesi, inoltre, è quello, già sopra evidenziato, di porre in risalto la causa concreta del contratto di compravendita, intesa come funzione di trasferire un bene che abbia le caratteristiche individuate dalle parti.

Partendo, però, da questo condivisibile assunto, che pone al centro dell'analisi la causa concreta del contratto di vendita quale trasferimento di un bene idoneo al suo utilizzo in cambio della corresponsione del prezzo, la dottrina più moderna, oltre a notare che le

⁸⁶ G. Visintini, *op. cit.*, 184.

⁸⁷ G. Visintini, *loc. cit.* Questa tesi venne inizialmente sposata anche da L. Mengoni, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto «a non domino»*, in *Riv. dir. civ.*, 1949, I, 276, proprio per spiegare la disciplina dell'art. 1494 cod. civ.

⁸⁸ G. Visintini, *op. cit.*, 186, la quale adduce come dimostrazione il fatto che il legislatore avrebbe fatto espressa menzione di questa tutela nella *sedes materiae* della garanzia per vizi.

⁸⁹ G. Visintini, *op. cit.*, 187. Come vedremo in seguito, la qualificazione in termini di responsabilità aquiliana del risarcimento *ex art. 1490 cod. civ.* è incompatibile con la natura contrattuale dell'intera responsabilità per vizi. Tale "scissione interna" relativa alle fonti della tutela, infatti, oltre a sembrare eccessivamente artificiosa, porta a risultati non del tutto soddisfacenti.

⁹⁰ Come ben notato da C.G. Terranova, *op. cit.*, 79.



suddette obiezioni sono state risolte con una certa fatica, evidenzia come in realtà questa responsabilità dovrebbe essere inquadrata in un concetto ancora più ampio, legato all'attuazione dell'effetto reale⁹¹. Si tratta di un passaggio fondamentale nell'analisi della natura giuridica della garanzia: dal campo dei vizi del consenso l'attenzione si sposta infatti al campo dell'inattuazione⁹². Tale cambio di prospettiva è innanzitutto fondato sull'assenza di disposizioni normative dalle quali effettivamente emerga la volontà del legislatore di tutelare il compratore dalla mancata preventiva comunicazione dei vizi: quest'ultima è infatti solo una delle deviazioni che il programma negoziale, così come delineato dalle parti alla stipula del contratto, può incontrare nella sua attuazione⁹³. L'informazione precontrattuale può giocare un ruolo decisivo nel costruire la volontà delle parti alla stipula del contratto di compravendita, momento di formazione del programma negoziale, ma la sua mancanza non esaurisce il quadro delle possibili anomalie che si possono verificare nell'attuazione dell'effetto traslativo. Palesare al compratore lo stato del bene oggetto del trasferimento non avrebbe, infatti, la funzione di adempiere ad un (inesistente) onere informativo a carico del venditore, bensì comporterebbe che lo stesso compratore, al momento della stipula, sarebbe consapevole di acquistare un bene difettoso, e pertanto anche l'effetto traslativo prodotto non potrebbe che coincidere con quanto voluto dalle parti. Tale ricostruzione è inoltre coerente col disposto dell'art. 1491 cod. civ., il quale esclude la garanzia per vizi in caso di conoscenza o facile riconoscibilità degli stessi da parte dell'acquirente. Nel contesto di questo articolo, il comportamento del venditore viene espressamente preso in considerazione soltanto ove quest'ultimo prometta espressamente l'assenza di vizi e, dunque, inquadrare l'intera fattispecie come una *culpa in contrahendo* in capo al venditore costituirebbe un risultato insoddisfacente. La *ratio* dell'art. 1491 cod. civ. sarebbe piuttosto da ravvisare nella coincidenza tra quanto *voluto* (da entrambe le parti) e quanto *effettivamente attuato* col contratto.

In conclusione, parlare di imperfetta attuazione del risultato traslativo, invece che di

⁹¹ E. Russo, *op. cit.*, 222 e D. Rubino, *op. cit.*, 639.

⁹² A. Luminoso, *op. cit.*, 262. Questo punto di vista darebbe per giunta una risposta all'interrogativo, posto da Rubino ed esplicato alla nota 82, relativo alla mancanza di un obbligo di informazione, sostituito in alcuni casi da una sorta di "autoresponsabilità" del compratore in caso di vizi conosciuti o facilmente riconoscibili.

⁹³ Basti pensare al caso in cui anche il venditore ignorasse la sussistenza dei vizi. In questo caso, infatti, costui non avrebbe potuto informare il compratore di un fatto ad entrambi sconosciuto. Tale impossibilità non esclude la garanzia per vizi, in quanto il venditore sarà in ogni caso soggetto all'azione redibitoria o all'azione estimatoria. Ove, inoltre, l'ignoranza fosse stata addirittura colposa (nel senso che il venditore si sarebbe dovuto avvedere degli stessi), costui sarà anche tenuto al risarcimento del danno *ex art.* 1494 cod. civ.



informazione nella fase delle trattative, ha il decisivo merito di concentrare la nostra analisi sulla rispondenza degli effetti contrattuali al programma negoziale. Spostando la nostra attenzione su questo diverso piano – e dunque dal piano dell’informazione precontrattuale a quello degli effetti contrattuali – si riesce pertanto ad esaminare la fattispecie da una prospettiva più ampia, inquadrandola così nella sua interezza (e non soltanto sotto uno dei possibili profili, legato alle condizioni in cui i soggetti hanno stipulato). Ai fini della garanzia per vizi, infatti, non rilevano tanto le condizioni nelle quali le parti hanno contrattato o la rappresentazione che le stesse hanno avuto del bene, quanto l’effettiva corrispondenza tra il *voluto* e l’*attuato*, distinzione che spesso può sfuggire all’interprete nel contratto di compravendita, alla luce del principio consensualistico. La garanzia per vizi permea dunque l’intera fattispecie contrattuale, dalla sua genesi fino alla sua attuazione, e pertanto la medesima non può che collocarsi nell’ambito della responsabilità contrattuale.

8. – Arrivati a questo punto della nostra trattazione, due sono i punti fermi riguardo alla ricostruzione della garanzia per vizi. Il primo punto, quello di partenza, è la difficoltà nell’inquadrare la garanzia per vizi nella fattispecie obbligatoria, al pari delle altre obbligazioni contrattuali *stricto sensu*, come quelle di consegna o di pagamento del prezzo, in quanto vi sarebbe un’incompatibilità tra l’immediato trasferimento che si ha con la stipula del contratto e il sorgere di un’obbligazione che invece dovrebbe riguardare proprio lo stato preesistente del bene. Al secondo punto fermo, invece, siamo arrivati mediante la ricostruzione dei ragionamenti giuridici inerenti alla garanzia per vizi: essa, infatti, tutela il venditore da una discrasia tra momento programmatico e momento esecutivo. Alla stipula del contratto (momento programmatico) le parti convengono di compravendere un bene con determinate caratteristiche, che poi (momento esecutivo) si rivelano inesistenti. Non si tratta di due momenti distinti temporalmente, in quanto, in forza del principio consensualistico, questi due momenti, salvi i casi di vendita generica o obbligatoria, coincidono. Ciononostante, è evidente che la fase “esecutiva” del contratto può subire delle perturbazioni, a prescindere dal momento temporale in cui essa deve avvenire. Così come una parte potrebbe non adempiere l’obbligazione di consegna del bene o di pagamento del prezzo, del pari il bene potrebbe rivelarsi non idoneo all’utilizzo a cui il medesimo sarebbe destinato. In un caso (mancata consegna o mancato pagamento), la patologia del sinallagma contrattuale è evidente. Nell’altro caso, la patologia è meno evidente per il problema che il bene è trasferito così com’è. Per questo motivo, trattando-



si di un'esecuzione che nei fatti coincide con la genesi contrattuale, si sarebbe tentati, come fatto dalla suesposta dottrina⁹⁴, di individuare nella garanzia per vizi un vero e proprio *vizio del consenso* del contratto. Così facendo, però, la garanzia sarebbe, oltreché insoddisfacente, incentrata esclusivamente sul momento programmatico. Le parti, invece, hanno validamente voluto concludere il contratto, avendo inoltre ben in mente gli interessi che ciascuna di esse avrebbe voluto perseguire col medesimo. Il momento programmatico, pertanto, è scevro da vizi e il contratto si è validamente formato. Ove il contratto di compravendita non riesca a perseguire gli interessi che le parti si erano prefissati (senza che perciò si debba “scendere” nella categoria dei motivi), la patologia attiene evidentemente al momento esecutivo del contratto. Pertanto, il rimedio *generale* apportato dal nostro ordinamento sarebbe quello di cui agli artt. 1453 e ss. cod. civ., la risoluzione del contratto. Ma risoluzione del contratto per cosa? L'unica risposta plausibile sarebbe, evidentemente⁹⁵, la risoluzione per inadempimento, cadendo così, nuovamente, nella contraddizione dell'inadempimento senza obbligazione. Per questo motivo il legislatore ha dettato una disciplina *ad hoc*, con la quale ha previsto espressamente che si possa ricorrere tanto alla risoluzione del contratto, con l'azione redibitoria, quanto alla riduzione del prezzo, con l'azione estimatoria. Il resto, ivi inclusa tutta la problematica legata al risarcimento del danno ulteriore, è una disciplina volta a tutelare altri interessi, che rischierebbero di restare privi di un'adeguata protezione.

Uno dei pochi aspetti non disciplinati dal legislatore è proprio l'onere della prova nella garanzia per vizi in generale: in tale vuoto normativo sono appunto intervenute le Sezioni Unite, con la condivisibile presa di posizione del 2019.

A questo punto, nel nostro sforzo qualificatorio della garanzia per vizi, non resta che inquadrare esattamente questa discrasia tra momento esecutivo e momento programmatico. Da qui, infatti, si diramano le diverse teorie affermate dalla dottrina più moderna.

Una prima teoria, già elaborata sotto la vigenza del codice del 1865 da un Autore⁹⁶, ma successivamente ripresa da autorevole dottrina⁹⁷, qualifica la tutela come una garanzia in senso tecnico⁹⁸, collegata al realizzarsi di un determinato evento: infatti, il rischio

⁹⁴ C. Grassetti, *op. cit.*, 193 ss.; F. Carmelutti, *op. cit.*, 249 s.; F. Martorano, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, cit., 177 ss.

⁹⁵ Non potendo senz'altro configurarsi né una risoluzione per eccessiva onerosità né tantomeno per impossibilità sopravvenuta.

⁹⁶ G. Gorla, *op. cit.*, 88 e ss.

⁹⁷ A. di Majo Giaquinto, *op. cit.*, 287 e ss., spec. 295.

⁹⁸ Anche se, secondo la lettura sopra proposta da F. Piraino, *op. cit.*, 284 sarebbe forse più coerente parlare di garanzia pura, in quanto non accede ad un credito che è volta a rafforzare. Sul punto si tornerà a breve.



legato al trasferimento di un bene privo delle qualità richiestegli, che di fatto ricadrebbe inizialmente sul compratore, sarebbe piuttosto addossato al venditore, per il solo fatto che tale rischio, dal quale si vuole proteggere l'acquirente, si sia effettivamente realizzato. In realtà, la dottrina più risalente⁹⁹ sembra valorizzare maggiormente il profilo "assicurativo" della fattispecie, pur sottolineando le numerose differenze sussistenti tra il modello assicurativo e quello di garanzia. Si può infatti notare come il meccanismo congegnato da questa dottrina sia per certi versi somigliante a quello assicurativo, nella parte in cui parla di una "promessa di indennità" collegata al verificarsi di un determinato rischio¹⁰⁰. Diversamente, gli Autori successivi che riprendono questa tesi, la sviluppano in chiave nettamente differente¹⁰¹. Costoro, infatti, utilizzano il termine "garanzia" per raggiungere l'obiettivo che maggiormente sta loro a cuore: distanziare la responsabilità da vizi da qualsivoglia vincolo obbligatorio¹⁰². In presenza di una garanzia, la tutela pre-

⁹⁹ G. Gorla, *op. cit.*, 88 e R. Luzzatto, *La compravendita*, Torino, 1961, 256, il quale parla di *falsa assicurazione contrattuale*.

Interessante come il Gorla, già anticipi la conclusione sostenuta dalla Cassazione a Sezioni Unite del 2019, seppur passando per un percorso argomentativo del tutto differente. Trattandosi infatti di una vera e propria garanzia, l'Autore afferma (p. 92) che "la prova dell'evento dannoso, che fa funzionare la garanzia, deve essere data dal garantito. È il comune principio che chi invoca un'obbligazione deve provarne i presupposti, e così la condizione, da cui questa nel caso dipende". Come vedremo, tale ragionamento rispecchia quello compiuto dalle Sezioni Unite del 2019.

¹⁰⁰ G. Gorla, *op. cit.*, 89, in cui l'indennità è per un certo verso condizionata, seppur l'evento non sia futuro ed incerto. Tale espressione è criticata da A. di Majo Giaquinto, *op. cit.*, 298 n. 132, nella parte in cui osserva che in realtà la garanzia potrebbe "anche consistere nell'assunzione del rischio (economico), rispetto al quale l'obbligo di pagare una certa indennità ha soltanto funzione strumentale".

¹⁰¹ A. di Majo, *op. cit.*, 295; L. Mengoni, *Profili per una revisione*, cit., 16 s.; F. Piraino, *op. cit.*, 255.

¹⁰² Questo intento era già presente, seppur meno centrale, nella riflessione di Gorla (G. Gorla, *op. cit.*, 89), il quale, pur riconoscendo che una garanzia (c.d. supergaranzia) potrebbe affiancare un'obbligazione, la definisce, nel caso in cui invece acceda ad un mero rischio, senza che pertanto dipenda dal comportamento di uno dei soggetti coinvolti, come un "surrogato dell'obbligazione", ritenendo che "la garanzia è la negazione dell'obbligazione". Quest'idea riecheggia in realtà anche nel celebre scritto di Mengoni (L. Mengoni, *Profili per una revisione*, cit., *passim*), che invece, parla della garanzia per vizi come effetto del contratto e, inoltre, come "surrogato dell'azione di adempimento".

La tematica del problematico rapporto tra obbligazione e garanzia è invece ripresa da Luminoso (in A. Luminoso, *La compravendita*, *op. cit.*, 261 n. 18), il quale si chiede come debba qualificarsi una situazione giuridica in cui mancano i caratteri minimi del rapporto obbligatorio. Se parte della dottrina ritiene che, in mancanza dei requisiti soggettivi dell'obbligazione, il vincolo sorga dall'assunzione di una garanzia contro un rischio (P. Schlesinger, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1959, 1273 ss., spec. 1276 n. 12, che delinea la distinzione tra "il contratto costitutivo d'obbligazione e il contratto diretto ad attribuire ad un dato evento il ruolo di fattispecie costitutiva di un'obbligazione di indennizzo"), Luminoso ipotizza invece una distinzione tra i casi in cui il rischio è collegato ad un evento estraneo alla sfera di controllo dell'assuntore (parlando in tal caso di garanzia pura) e i casi in cui il risultato dipenda invece dal comportamento di colui che si assume il rischio (da qualificare,



scinde da un inadempimento e, dunque, tanto dal comportamento materiale del venditore, quanto dal suo stato soggettivo¹⁰³. In questo caso, tale responsabilità sarebbe un mero effetto contrattuale¹⁰⁴ e sorgerebbe dalla imperfetta realizzazione del risultato traslativo, senza richiedere la mediazione di un rapporto di tipo obbligatorio: questo “effetto di garanzia” sorge *naturalmente* dal contratto, senza che debba essere espressamente previsto nel testo dello stesso¹⁰⁵. In sintesi, la tutela per vizi sarebbe una garanzia, derivante direttamente dal contratto, che non vincola in alcun modo il venditore e la cui attivazione prescinde da ogni possibile inadempimento, trattandosi piuttosto di una responsabilità a sé stante, collegata dall'esterno col contratto mediante il riferimento al mancato dispiegarsi del programma negoziale della vendita¹⁰⁶.

invece, come responsabilità per violazione del contratto). Questo ragionamento, in particolare, viene utilizzato dal Luminoso per introdurre la responsabilità per violazione dell'impegno traslativo, lettura da lui proposta relativamente alla garanzia per vizi.

¹⁰³ La funzione della garanzia è spiegata chiaramente da A. di Majo Giaquinto, *op. cit.*, 300, il quale afferma che tale vincolo di garanzia serve in quanto “la regolare esecuzione del contratto non è oggetto di autonoma qualificazione giuridica in quanto si ricollega al contratto senza la mediazione dell'obbligazione. Quando invece il soggetto è obbligato, ossia quando l'esecuzione è garantita dall'obbligo, il comportamento esecutivo rappresenta diretta attuazione di quest'ultimo”. In mancanza della garanzia, dunque, “il comportamento del soggetto, pur essendo ricollegato *negativamente* al contratto, non sortirebbe alcun effetto giuridici”.

¹⁰⁴ In tal senso, sia A. di Majo Giaquinto, *op. cit.*, 292, sia L. Mengoni, *Profili per una revisione*, cit., 17. Sul punto, si veda anche F. Piraino, *loc. cit.*, il quale ha qualificato sì questa garanzia come effetto contrattuale, ma ha particolarmente accentuato l'autonomia della stessa, sostenendo che tale garanzia, quale effetto, debba collocarsi nel contratto dal punto di vista dinamico: si tratterebbe di un effetto che “si distacca dal contratto inteso come atto e si proietta nella dimensione del rapporto”. Questo pertanto distanzia tale posizione da quella assunta dal Di Majo, che invece sottolinea l'inscindibile rapporto tra garanzia e contratto.

¹⁰⁵ A. di Majo Giaquinto, *op. cit.*, 299, spiega infatti che il “risultato dedotto in contratto *non è affidato alla «rete di protezione» costituita dall'obbligo bensì ad un diverso strumento che è quello rappresentato dal rapporto di garanzia*”. Il ragionamento del Di Majo riecheggia nelle pagine di Piraino, nella parte in cui evidenzia che “dalla garanzia pura non discende un'aspettativa di qualcosa che sarà ma un effetto attuale che consiste nell'attribuzione di un determinato stato di fatto o giuridico non dipendente dalla cooperazione del garante e che configura quindi un'utilità immediata”.

¹⁰⁶ Se, però, il Di Majo utilizza molto la distinzione di momento programmatico e momento esecutivo, ponendola al centro del proprio ragionamento, Piraino mette in guardia dai possibili equivoci scatenati dal porre al centro del ragionamento il c.d. momento traslativo. Per l'Autore, tale espressione rappresenterebbe un mero espediente per superare le difficoltà nel qualificare il vincolo senza effettivamente risolvere il problema dell'inconciliabilità tra obbligazione e garanzia per vizi. Il concetto di attribuzione patrimoniale, infatti, avrebbe una finalità meramente descrittiva e, pertanto, non costituirebbe che un rinvio al programma o al contenuto contrattuale. L'Autore in questione sostiene che piuttosto il problema debba risolversi sul piano degli effetti del contratto, attenendo la garanzia soltanto alla dimensione dinamica del rapporto. Della stessa opinione è P. Corrias, *op. cit.*, 79, il quale afferma che la garanzia che sorge dal contratto di vendita attribuisca “rilevanza giuridica ad un fattore del tutto estraneo alla dinamica del contratto, quale l'evento dannoso, il quale, dal momento della manifestazione della volontà negoziale, assume irreversibilmente l'idoneità a determinare automaticamente la nascita di ulteriori effetti giuridici.”.



Proprio da quest'ultima affermazione, si muovono le critiche di parte della dottrina, che condivide sì il fatto che la garanzia debba essere tenuta ben distinta dal vincolo obbligatorio, ma critica invece l'astrazione compiuta dalla dottrina appena esposta: che la si intenda sia come garanzia in senso stretto, sia come un surrogato dell'azione di inadempimento, infatti, questa dottrina, nel tentativo di separare obbligazione e garanzia, eccede nel suo sforzo e separa, addirittura, la garanzia dalla sfera di controllo del venditore. Secondo questa obiezione, per quanto non si ponga in capo al venditore un'obbligazione di alienare un bene scevro da vizi, d'altra parte emerge un necessario coinvolgimento del venditore che deve attuare l'attribuzione traslativa: non un'obbligazione, bensì una responsabilità collegata al risultato traslativo, il cui raggiungimento passa necessariamente per la sfera d'influenza del venditore¹⁰⁷.

Le conseguenze di questa estraneità della garanzia dalla sfera di controllo del venditore non sono di poco conto: oltre a prescindere *in toto* dallo stato soggettivo del venditore¹⁰⁸, infatti, esula dalle finalità di garanzia quella risarcitoria e ciò pare difficilmente conciliabile con l'art. 1494 cod. civ., nella parte in cui pone in rilievo il comportamento colposo del venditore. I sostenitori della garanzia in senso stretto¹⁰⁹, nel ravvisare questa possibile aporia, rispondono che non sarebbe sostenibile che la presenza di colpa possa alterare la natura della tutela apprestata dall'ordinamento, tramutandola in un inadempimento di obbligazione: costoro la riterrebbero “semmai un residuo della antica responsabilità per *mala fides*”, ravvisando nella stessa un profilo latamente sanzionatorio¹¹⁰.

¹⁰⁷ Riprendendo infatti la problematica distinzione tra tipi di garanzie, secondo Luminoso sarebbe opportuno configurare una garanzia volta non a rafforzare un rapporto obbligatorio, quanto piuttosto a tutelare il soggetto da un rischio. In quest'ultima ipotesi, però, bisognerebbe scindere tra un rischio completamente estraneo alla sfera di controllo dei soggetti coinvolti e, come nel caso della garanzia per vizi, rischio che, perlomeno in parte, rientra nella sfera d'influenza del soggetto garante. Sempre A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 267, n. 35, critica la presa di posizione del Piraino, sostenendo che la stessa non dia il dovuto peso “al profilo effettuale costituito dall'inattuazione o imperfetta attuazione dell'attribuzione traslativa, che, come rileviamo nel testo, costituisce il fondamento della speciale responsabilità del venditore”.

Sulla stessa lunghezza si pone la critica mossa dal C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 630, il quale sottolinea come queste visioni cercherebbero semplicemente di sostituire l'obbligazione con un qualcosa di equivalente, la cui nozione resterebbe incerta. Quest'artificiosa sostituzione sarebbe, inoltre, secondo l'Autore “estranea alla realtà normativa”, perché escluderebbe ogni giudizio di imputabilità relativamente alla persona del venditore, il cui *impegno* traslativo è invece centrale nell'intera fattispecie.

¹⁰⁸ Fatto che, come sopra evidenziato, mal si concilia con la struttura della tutela delineata dal legislatore: se infatti la responsabilità per vizi prescinde dallo stato soggettivo del venditore, quest'ultimo è invece essenziale ai fini del risarcimento del danno.

¹⁰⁹ A. di Majo Giaquinto, *op. cit.*, 307.

¹¹⁰ Critica questo rilievo L. Mengoni, *Profili per una revisione*, cit., 18, il quale afferma che l'art. 1494 cod. civ. non ha nulla a che vedere con la regola della buona fede in sede contrattuale e che, addirittura, “la



9. – La tesi della garanzia, pertanto, comporta, come principale conseguenza, il fatto di estraniare *in toto* la responsabilità da vizi dalla fattispecie contrattuale: si tratterebbe, infatti, di un vincolo a sé stante, che, seppur nascente dal contratto, si collocherebbe immediatamente sul piano dinamico dei rapporti, prescindendo così dalla sua fonte¹¹¹. Questo non convince appieno buona parte della dottrina, che ritiene invece che si debba comunque configurare una fattispecie di responsabilità contrattuale. È però vero che per responsabilità contrattuale s'intende, tendenzialmente, una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione: non è dunque un caso che a tale soluzione giunga, seppur costruendo una particolare forma di obbligazione, autorevole dottrina¹¹². Il ragionamento fatto da altri Autori, invece, scinde la responsabilità contrattuale dalla responsabilità da inadempimento di un'obbligazione. Si parla piuttosto di una responsabilità legata alla violazione della *lex contractus*, e dunque alla mancata attuazione del risultato traslativo che le parti della compravendita si erano proposte. Tale responsabilità avrebbe una natura *speciale*¹¹³, in quanto da una parte non potrebbe essere qualificata come una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione inesistente, ma dall'altra non si potrebbe nemmeno dipingere come una garanzia del tutto estranea al sinalagma contrattuale. Il tutto troverebbe la propria spiegazione all'interno della distinzione, seppur concettuale, tra momento programmatico e momento esecutivo.

Il presupposto del ragionamento è, dunque, che la mancata attuazione del risultato traslativo che le parti si erano preposte comporta una responsabilità di tipo contrattuale¹¹⁴: il primo a porre le basi di questa riflessione è il Rubino, il quale arriva però a tale

reintegrazione dell'interesse positivo, sancita dal primo comma dell'art. 1494, non potrebbe venire in considerazione per difetto del nesso di causalità: forse che il compratore avrebbe avuto una cosa esente da vizi se il venditore avesse parlato?”. In tal senso, dunque, la mala fede non sarebbe fondamento di una diversa responsabilità, ma piuttosto un limite positivo all'operatività dell'effetto di garanzia nascente dal contratto. Critico verso la ricostruzione mengoniana è E. Russo, *op. cit.*, 209.

All'obiezione sollevata dal Mengoni risponde anche F. Piraino, *op. cit.*, 300, il quale ritiene che il risarcimento del danno sia necessario al fine di completare la tutela apprestata dall'ordinamento, il quale “mira a proteggere l'interesse positivo del compratore non soltanto minacciando rimedi interamente o parzialmente ablativi ma anche mediante il riconoscimento della sua riparazione per equivalente”.

¹¹¹ Di nuovo, molto deciso in tal senso è il ragionamento di F. Piraino, *op. cit.*, 255.

¹¹² C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 629 ss.

¹¹³ Parla espressamente di responsabilità contrattuale speciale, A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 266. *Contra* la natura speciale, D. Rubino, *op. cit.*, 640 e ss.

¹¹⁴ E qui, oltre che di responsabilità contrattuale speciale, come fa Luminoso, si può anche parlare di responsabilità per inattuazione dell'effetto reale (Russo) o di responsabilità come sanzione per la irregolarità della attribuzione patrimoniale (Rubino).



conclusione attraverso una strada alquanto impervia. La prima, decisiva, intuizione dell'Autore è legata alla necessità di ancorare comunque la responsabilità al contratto di vendita, senza che però la stessa dipenda da un inadempimento¹¹⁵. A questo punto, il concetto di obbligazione, dal quale inizialmente ci si allontana, rientra per altra via nel sistema della garanzia per vizi delineato dal Rubino, il quale, per giustificare le conseguenze derivanti dal trasferimento di un bene viziato, parla di un'obbligazione di far acquistare il diritto al compratore. E tale obbligazione, che nasce proprio dal sinallagma contrattuale, sarebbe compatibile col principio consensualistico¹¹⁶ ed avrebbe un contenuto c.d. "complesso", in quanto l'obbligo del venditore sarebbe quello non solo di trasferire il bene, ma anche di trasferire il bene *con determinate caratteristiche ed esente da vizi*¹¹⁷. A questo punto, però, l'Autore intuisce che ancorare nuovamente la responsabilità per vizi ad un'obbligazione, seppur di tipo diverso da quella in precedenza disegnata dal Pothier, lo esporrebbe a facili critiche. Il concetto di attribuzione patrimoniale¹¹⁸, pertanto, serve proprio per negare che si tratti di una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione. Si configurerebbe, piuttosto, una *sanzione* dovuta al fatto che non è stata esattamente compiuta l'attribuzione patrimoniale *dovuta* dal venditore. Si delinea così una situazione di "reazione" o, addirittura, di "sanzione" legata all'inadempimento non di un'obbligazione, bensì dell'attribuzione patrimoniale dovuta.

La critica a questa tesi resta quella anticipata: si nega la sussistenza di un'obbligazione, ma successivamente si costruisce una fattispecie che presenta tutti i caratteri del rapporto obbligatorio, tant'è che, per non parlare di inadempimento di tale "obbligazione", bisogna fare riferimento al concetto di sanzione, finora estraneo al nostro ragionamento¹¹⁹.

¹¹⁵ D. Rubino, *op. cit.*, 634 ss.

¹¹⁶ D. Rubino, *op. cit.*, 636 "non è quindi esatto che questa obbligazione non arriva a sorgere quando il diritto si trasmette immediatamente per effetto del semplice consenso: in tal caso manca solo uno – sia pure il principale – dei vari aspetti del contenuto complesso di essa, e cioè solo l'obbligo pure e semplice di fare acquistare il diritto al compratore".

¹¹⁷ In senso sostanzialmente conforme, P. Greco – G. Cottino, *op. cit.*, 132, i quali ritengono che la garanzia sia un effetto contrattuale che deve ricondursi ad una sorta di obbligazione. Ove ricorra tale tutela, infatti "l'attribuzione patrimoniale in cui si concreta l'esatto adempimento del venditore e che trova una sua espressa sanzione nelle norme in esame – cioè il trasferimento della proprietà della cosa *con i requisiti qualitativi e quantitativi* necessari al suo impiego contrattuale o normale – non si è verificato". Gli Autori sottolineano inoltre che si tratti di una sorta di responsabilità "oggettiva", in quanto "non importa – ed in questo sta la caratteristica della garanzia – che il venditore abbia in ipotesi compiuto ogni sforzo per raggiungere tal risultato".

¹¹⁸ Che, secondo Rubino, "è il vero perno della garanzia" (D. Rubino, *op. cit.*, 639).

¹¹⁹ Queste aporie, notate da buona parte della dottrina successiva a Rubino, sono ben riassunte da F. Pi-



Nonostante le aporie appena sottolineate, non bisogna assolutamente sottovalutare la bontà dello sforzo compiuto dal Rubino¹²⁰, il quale ha il merito di porre al centro della garanzia per vizi due elementi, fra loro inscindibilmente connessi: il contratto (quale fonte della responsabilità) e l'attribuzione patrimoniale al medesimo connessa (quale parametro per configurare la responsabilità). Dalla tesi del Rubino, pertanto prendono le mosse numerosi Autori, anche più recenti, che si sono affacciati al problema, i quali però ben si guardano dal commettere l'errore compiuto dal primo, sviluppando in altre più proficue direzioni i propri ragionamenti. Questo è ciò che fa il Russo¹²¹, che però costruisce la propria tesi in tema di garanzie derivanti dalla vendita limitando la propria attenzione all'evizione, ignorando così la tutela dai vizi. Ciononostante, le riflessioni di questo Autore, oltre ad essere facilmente estendibili anche alla problematica oggetto della nostra trattazione, sono successivamente state riprese da numerosi Autori, che hanno espressamente trattato il tema della garanzia per vizi, al fine di dare risposta agli interrogativi posti in materia. Come sopra accennavamo, il ragionamento del Russo parte proprio dai due punti fermi posti dal Rubino ma, invece di cercare una motivazione a livello di inadempimento *stricto sensu* (figura che avvicinerrebbe pericolosamente la riflessione alla figura dell'obbligazione), l'Autore compie un passo decisivo, in quanto valorizza ulteriormente l'elemento causale. Infatti, la causa in concreto del contratto di vendita non potrebbe limitarsi al semplice trasferimento di un bene in cambio di un prezzo in danaro, in quanto gli interessi delle parti entrano nello schema contrattuale: in tal caso, l'interesse del compratore che permea la fattispecie negoziale è quello di ricevere un bene idoneo al suo utilizzo. L'Autore, dando al proprio ragionamento un ampio respiro, estende i suddetti principi a tutti i contratti aventi effetti traslativi¹²², all'interno dei quali gli interessi non sono strettamente ancorati ad un comportamento del dante causa. È pertanto necessario, afferma l'Autore, "sganciarsi" dalla teoria dei contratti obbligatori, della quale è permeato anche il nostro codice¹²³, per esaminare la vicenda traslativa nel suo

raino, *op. cit.*, 254, il quale peraltro nota che l'Autore "incorre nella stessa contraddizione di escludere, dapprima, l'obbligazione dalla ricostruzione della garanzia, a tutto favore dell'attribuzione patrimoniale, e di riesumarla, poi, in sede di giustificazione dogmatica del riconoscimento al compratore dell'azione di adempimento in alternativa ai rimedi edilizi, collegandolo al presupposto della colpa del venditore".

¹²⁰ Come notato espressamente dal E. Russo, *op. cit.*, 205, che infatti ne svilupperà poi i ragionamenti, e L. Cabella Pisu, *op. cit.*, 64.

¹²¹ E. Russo, *op. cit.*, *passim*.

¹²² E. Russo, *op. cit.*, 276 ss.

¹²³ Emblematico, secondo l'autore (E. Russo, *op. cit.*, 277-278), sarebbe infatti che il nostro codice riconduce anche le garanzie per evizione e vizi all'ambito delle "obbligazioni" del venditore: questo appiattimento sul lato obbligatorio sarebbe sintomatico della tendenza del nostro sistema a ricondurre all'interno



complesso, secondo una prospettiva incentrata non soltanto sui comportamenti delle parti, ma anche sul risultato che i contraenti si erano proposti. Abbandonata la prospettiva obbligatoria in favore di quella causale, la responsabilità non nascerebbe da alcun inadempimento, bensì dalla mancata attuazione dell'effetto traslativo¹²⁴. Evidentemente la prospettiva assunta dal Russo, quella cioè della garanzia per evizione, rende ancor più chiara questa patologia del sinallagma contrattuale: ciononostante, la riflessione finora svolta ci consente di estendere le conclusioni anche alla disciplina dei vizi, in quanto il ragionamento non è limitabile all'inattuazione del trasferimento della cosa in quanto altrui, ma anche alla mancata alienazione di un bene idoneo al proprio scopo e libero da vizi. Quanto al profilo soggettivo, sempre spinoso vista la particolare disciplina a cui la garanzia è assoggettata, si ritiene che il venditore si debba accertare che sussistano tutti i requisiti affinché l'effetto reale si produca correttamente: in mancanza, il nostro legislatore ritiene che il venditore debba ritenersi "in colpa", per omissione di diligenza. Non si richiede, pertanto, che l'alienante fosse consapevole di trovarsi in una posizione che non gli consentiva di attuare correttamente l'effetto traslativo: grava su di lui, invece, l'onere di accertarsi, al momento della stipula del contratto, di avere tutto quanto sia necessario al fine di produrre i risultati che gli vengono richiesti¹²⁵.

A questo punto, nuovamente, ci troviamo di fronte a due direttrici, seppur all'interno di una medesima chiave di lettura della garanzia per vizi. Da un lato chi, comunque, ritiene sostenibile l'idea del Rubino di discostarsi da una vera e propria obbligazione *ex stipulatione* per costruire un diverso rapporto, di natura più latamente obbligatoria, in quanto si tratterebbe di un vincolo non nascente da un'espressa pattuizione, bensì dal complessivo assetto contrattuale creato dalle parti¹²⁶. Dall'altro lato, chi ritiene giusta

del profilo obbligatorio. L'equivoco qualificatorio è frutto, aggiungiamo noi, anche delle visioni più risalenti, come quella obbligatoria del Pothier, dalle quali ha senz'altro preso spunto il nostro codificatore.

¹²⁴ È netta la distinzione tra i due fenomeni, nella parte in cui l'Autore (E. Russo, *op. cit.*, 244) nota le differenze tra la responsabilità per inadempimento, in cui le maggiori problematiche si avvertono a livello di accertamento del profilo soggettivo, mentre "l'accertamento oggettivo, infatti, essendo posto in relazione con l'attività del debitore, è di facile accertamento, e la responsabilità per inattuazione dell'effetto reale, dove "le difficoltà sono esattamente capovolte. L'elemento soggettivo, infatti, è rilevante entro limiti molto modesti, come del pari non ha molta importanza la sua gradazione (male fede o buona fede colpevole) [...] Invece le maggiori difficoltà si pongono in relazione allo accertamento dell'elemento obbiettivo; esse fanno capo sostanzialmente a due profili, e cioè alla natura immateriale del risultato cui tende l'interesse dell'acquirente (acquisto del diritto di proprietà) e alla immediatezza della soddisfazione di questo interesse, che non dipende da un comportamento del trasmittente."

¹²⁵ E. Russo, *op. cit.*, 276.

¹²⁶ P. Greco – G. Cottino, *op. cit.*, 132 e, soprattutto, C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 629 ss. e U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 121 ss.



l'intuizione del Russo, di valorizzare l'elemento causale (causa in concreto, verrebbe da dire) proprio della vendita per qualificare la tutela contro i vizi come una garanzia di tipo speciale, legata alla mancata soddisfazione del sinallagma contrattuale¹²⁷. È evidente, comunque, la matrice comune a tutte queste visioni: la garanzia per i vizi è una reazione del nostro ordinamento ad una "patologia" palesatasi nel c.d. momento esecutivo del contratto, che ha comportato una netta discrasia rispetto a quanto prefigurato nel momento programmatico¹²⁸.

Visti i pregressi ragionamenti, si sarebbe portati a prediligere la prospettiva della garanzia quale responsabilità speciale da inattuazione del contratto, e non quale responsabilità per inadempimento di un impegno contrattuale, onde evitare di incorrere nelle medesime critiche mosse al Rubino. In realtà, la prospettiva adottata dagli Autori¹²⁹ che prediligono l'aspetto dell'impegno negoziale è sostenuta in maniera coerente, senza timore di cadere in contraddizione. Questa tesi si basa sull'assunto che, a fianco dell'effetto reale della vendita, come necessario corollario dello stesso, debba collocarsi l'impegno per l'alienante di assicurare l'esatto risultato promesso. Tale visione, pertanto, riavvicina in maniera decisa la tutela contro i vizi alla fattispecie obbligatoria, sostenendo che l'alienante "si vincoli piuttosto ad una determinata attribuzione, ossia assuma un impegno negoziale circa l'alienazione del bene conforme al contenuto esplicito ed implicito della sua offerta. L'effetto reale segue alla vendita perché questo è il programma al quale l'alienante si è vincolato: esso quindi non annulla l'impegno dell'alienante ma lo realizza"¹³⁰. Gli Autori, pertanto, ben consapevoli della necessità di scindere concettualmente

¹²⁷ In epoca più recente, A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 262 ss.

¹²⁸ La base, pertanto, è per certi versi la stessa di coloro che parlavano di garanzia in senso stretto, soprattutto se si leggono le pagine di Di Majo e Mengoni, in cui è evidente il riferimento a questa "perturbazione" presente negli interessi in gioco presenti nel contratto di compravendita. Non è un caso che lo stesso L. Mengoni, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 25, seppur relativamente alla garanzia per evizione, "corregga il tiro", nel senso di avvicinarsi in maniera netta proprio alla tesi di Russo, nella parte in cui afferma che in questo caso si avrebbe un inadempimento del contratto, dovuto al "mancato trasferimento del diritto, mentre la *lex contractus*, ossia (il regolamento negoziale su cui si era formato) l'accordo delle parti, esigeva che la cosa passasse immediatamente in proprietà del compratore". L'Autore afferma infatti la necessità di abbandonare la "premessa teorica tradizionale che identifica l'inadempimento del contratto con l'inadempimento di un'obbligazione *ex contractu*. Il primo è concetto più ampio, che comprende anche violazioni della *lex contractus* le quali non configurano l'inadempimento di un'obbligazione contrattuale". È evidente il passaggio alle tesi basate sulla *lex contractus*, con particolare predilezione per le tesi che distanziano la garanzia dall'inadempimento di un'obbligazione. Un simile ripensamento conferma ancora una volta la vicinanza, soprattutto a livello di basi argomentative, tra la tesi della garanzia in senso tecnico e quelle basate sull'inattuazione del meccanismo traslativo.

¹²⁹ U. Breccia, *op. cit.*, 121 ss. e C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 631 ss.

¹³⁰ C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 632.



tra momento programmatico e momento esecutivo, decidono di valorizzare il profilo soggettivo della fattispecie, e pertanto di sottolineare *l'impegno* che il venditore assume nel momento in cui stipula il contratto di compravendita¹³¹. Così ragionando, saremmo di fronte ad un vincolo che *strutturalmente* (vista la centralità della prestazione a cui il venditore è tenuto) e *funzionalmente* (stante l'interesse del compratore che si vuole soddisfare) avrebbe le caratteristiche del rapporto obbligatorio. Si tratterebbe comunque di un'obbligazione fattualmente diversa rispetto a quella di consegna o a quella relativa al pagamento del prezzo, e questo è facilmente desumibile da come questi Autori preferiscano parlarne in termini di impegno traslativo: non è un vincolo inscindibilmente connesso ad un comportamento di una delle parti, bensì fondato su un risultato che il venditore si è impegnato ad ottenere. E dunque, "il venditore, appunto, è in colpa se ha assunto l'impegno traslativo senza avere diligentemente verificato la propria attitudine all'adempimento": la colpa, in tal caso, non sta tanto nell'esplicazione dell'attività successiva al negozio, quanto piuttosto nella stipulazione della compravendita stessa, che di per sé dovrebbe già attuare il trasferimento del bene al compratore.¹³² La dicotomia tra momento esecutivo e momento programmatico consente, dunque, a questa corrente dottrinale di sostenere, non senza fondamento, che ci si trovi comunque di fronte ad un impegno, e dunque ad un vincolo obbligatorio, relativo alla produzione di un corretto risultato traslativo. È vero che tale impegno *nasce* per essere adempiuto sin dalla stipula del contratto di compravendita, ma, ove ciò non avvenga, si renderebbe necessario recuperare la suddetta dicotomia e agire per la tutela contro l'inadempimento così perpetrato dal venditore¹³³.

Più coerente, rispetto alla precedente, potrebbe sembrare la posizione assunta da quella dottrina che predilige il solco tracciato dal Russo, e ritiene perciò che la responsabilità nasca da una violazione della *lex contractus*, intesa come risultato traslativo che non si è

¹³¹ C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 631 sottolinea, infatti, come "l'immediatezza dell'effetto reale non altera tuttavia il significato che il contratto ha nell'esperienza: cioè il significato d'impegno dell'alienante in ordine al risultato".

¹³² Al riguardo, però, parte della dottrina (A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 264) insiste nel non ravvisare un inadempimento contrattuale nel momento in cui la causa dell'inadempimento preesiste al contratto, riprendendo le parole del Mengoni, il quale notava (in L. Mengoni, *Profili per una revisione*, cit., 22) che "ciò che esiste o ciò che non potrà esistere non è materia di obbligazione, non è suscettibile di rivestire la forma del dovere".

¹³³ "Il venditore non è *obbligato* in quanto il contratto raggiunge direttamente l'effetto programmato: ma se l'effetto reale non è tale da soddisfare esattamente la pretesa del compratore, l'impegno del venditore non può dirsi realizzato e a suo carico si pone pertanto l'obbligazione – inadempita – in ordine all'esatta esecuzione del contratto" così, C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 635.



potuto produrre correttamente. Si tratterebbe, pertanto, di una responsabilità *speciale*, che ha come presupposto “l’inattuazione o imperfetta attuazione dell’attribuzione traslativa”¹³⁴. Non si può negare, anche in questo caso, la sussistenza di un vincolo a carico del venditore: ma in questa ricostruzione mancano alcuni elementi del rapporto obbligatorio e pertanto non è casuale che si preferisca definire la garanzia per vizi quale “impegno” contrattuale, piuttosto che parlare di un’obbligazione *stricto sensu*. In precedenza abbiamo visto come il Bianca abbia costruito la propria tutela da vizi configurando un vincolo che, sia sotto il profilo strutturale che funzionale, è in tutto accostabile ad un’obbligazione. Quest’affermazione ben si concilia con l’importanza che viene attribuita al dato soggettivo nella ricostruzione proposta dall’Autore: come in ogni rapporto obbligatorio, infatti, il venditore-debitore è al centro dello stesso, dovendosi comportare in modo da consentire il corretto svolgimento della fattispecie attributiva¹³⁵. Diversamente dal Bianca, che predilige la prospettiva *soggettiva*¹³⁶, gli Autori¹³⁷ che danno risalto alla violazione della *lex contractus* evidenziano l’aspetto *oggettivo* della fattispecie, sottolineando come la responsabilità per vizi serva per ristabilire un equilibrio all’interno del sinallagma contrattuale che, altrimenti, verrebbe compromesso. In sostanza, il venditore ha stipulato un contratto impegnandosi ad un risultato che non è stato (e non può essere) raggiunto. L’alienante è pertanto vincolato, ma, se andiamo ad analizzare il risultato a cui il medesimo si impegna, pare mancare l’elemento strutturale dell’obbligazione (la prestazione del debitore), sussistendone invece soltanto l’elemento funzionale (l’attribuzione patrimoniale, quale interesse del creditore). Pertanto, la garanzia per vizi tutela, mediante la suddetta responsabilità *speciale*, l’interesse traslativo del compratore, che caratterizza ogni contratto di compravendita, in quanto il venditore si vincola a realizzare il trasferimento di un bene idoneo all’uso cui il medesimo è destinato. Questo impegno

¹³⁴ A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 267.

¹³⁵ E qui risiederebbe, secondo le sopra riportate visioni di Mengoni e di Luminoso, il paradosso in cui cade di Bianca, visto che un soggetto non può obbligarsi a fare ciò che non è. Paradosso che invece l’Autore risolve scindendo nettamente momento programmatico e momento esecutivo.

¹³⁶ Nel senso che – nel rapporto obbligatorio così instauratosi – recupera centralità il debitore (*i.e.* il venditore), il quale deve svolgere una determinata prestazione: tale aspetto, pertanto, differenzia la posizione di Bianca da quella di Luminoso e Russo, i quali invece si concentrano maggiormente sul risultato che il venditore si è impegnato a raggiungere, piuttosto che sulla prestazione che il medesimo dovrebbe svolgere.

¹³⁷ Non solo A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 238, ma anche L. Cabella Pisu, *op. cit.*, 261, nella parte in cui afferma che “i vari rimedi s’inseriscono nel quadro generale della responsabilità contrattuale, di cui confermano la natura oggettiva. La redibitoria e la *quantis minoris* sono reazioni al fatto oggettivo dello squilibrio contrattuale del contratto e colpiscono il venditore che ha assunto un impegno contrattuale a cui fin dall’inizio era impossibile adempiere esattamente”.



non richiede né un'obbligazione *ad hoc* né tantomeno un'espressa pattuizione delle parti¹³⁸: è la *lex contractus*, vale a dire l'assetto di interessi che le parti avevano in mente alla stipula del contratto (e che penetra nella sua causa concreta), che richiede il corretto realizzarsi dell'attribuzione patrimoniale. Senza quest'attribuzione patrimoniale, l'equilibrio contrattuale è sbilanciato e, dunque, l'ordinamento consente ai contraenti di correre ai ripari, predisponendo una tutela *ad hoc*.

10. – «In altri termini, all'obbligo di garantire il compratore dai vizi della cosa, previsto dall'art. 1476 cod. civ., n. 3, non corrisponde – a differenza di quanto ordinariamente accade nello schema proprio delle obbligazioni – alcun dovere di comportamento del venditore in funzione del soddisfacimento dell'interesse del compratore. [...] Deve allora concludersi che il disposto dell'art. 1476 c.c., là dove qualifica la garanzia per vizi come oggetto di una obbligazione, va inteso non nel senso che il venditore assuma una obbligazione circa i modi di essere attuali della cosa, bensì nel senso che egli è legalmente assoggettato all'applicazione dei rimedi in cui si sostanzia la garanzia stessa»¹³⁹. Sono queste le parole che sintetizzano il ragionamento compiuto dalle Sezioni Unite della Cassazione e che le portano a concludere che l'onere probatorio relativamente alla sussistenza dei vizi debba gravare sul compratore, in quanto soggetto che fa valere una pretesa che non ha un fondamento obbligatorio¹⁴⁰.

¹³⁸ A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 266, il quale sostiene che “bisogna quindi supporre che nella dichiarazione di voler vendere sia incluso un impegno del venditore a far conseguire il risultato traslativo dedotto in contratto”.

¹³⁹ Cass., Sezioni Unite, 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

¹⁴⁰ Preme sottolineare che tale conclusione trova un'ulteriore conferma nella disciplina europea in materia di beni di consumo. Al riguardo, si ricorda infatti che la Direttiva 1999/44/CE, all'articolo 5 comma 3, stabiliva, a favore del compratore, una presunzione di non conformità del bene in caso di difetti manifestatisi entro sei mesi dalla consegna. La portata di tale disposizione è stata successivamente precisata dalla c.d. sentenza *Faber* (Corte di Giustizia UE 4 giugno 2015, C-497/13, in *I Contratti*, 2015, 12, 1077, con nota di F. Azzarri, *Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita di beni di consumo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 10, con nota di F.P. Patti, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso “Faber”* ed inoltre commentata da G. Afferni, *La responsabilità del venditore per i difetti materiali del bene venduto nel diritto dell'Unione Europea*, in *Recenti sviluppi nel diritto privato della UE, Atti del convegno di Roma di Unione Nazionale Camere Civili – 6 maggio 2016*, Pisa, 2017, 45 ss.) nella quale la Corte ha stabilito che spetti comunque al compratore dimostrare l'effettiva sussistenza del vizio ed il suo verificarsi entro sei mesi dalla consegna, dovendo invece il venditore – nel tentativo di vincere la suddetta presunzione – provare che “il difetto di conformità non era presente al momento della consegna del bene, dimostrando che tale difetto trova la propria origine o la sua causa in un atto o in un'omissione successiva a tale consegna”. Sebbene la Direttiva 1999/44/CE sia stata recentemente abrogata – a far data dal primo



La conclusione della Cassazione pare senz'altro condivisibile. La pronuncia, infatti, oltre a prendere posizione relativamente al dibattito dottrinale in tema di garanzia per vizi, mostra una notevole sensibilità al caso concreto. Nello specifico, infatti, porre a carico del venditore la prova dell'assenza dei vizi si sarebbe rivelato molto difficoltoso, quasi ai limiti della *probatio diabolica*, in quanto il venditore avrebbe dovuto provare che, al momento della vendita, il bene fosse scevro di difetti materiali e idoneo alla sua funzione, pur essendo oggi lo stesso in possesso del compratore.

Premessa questa, condivisibile, considerazione di tipo pratico, la Cassazione fonda su solide basi il proprio ragionamento, affermando che «la garanzia per vizi non va, dunque, collocata nella prospettiva obbligatoria e la responsabilità che essa pone in capo al venditore va qualificata come una responsabilità contrattuale speciale, interamente disciplinata dalle norme dettate sulla vendita. Il presupposto di tale responsabilità è, come già accennato, l'imperfetta attuazione del risultato traslativo (e quindi la violazione della *lex contractus*) per la presenza, nella cosa venduta, di vizi che la rendono inadatta all'uso cui è destinata o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore». È evidente come, in queste parole, riecheggino le riflessioni sopra riportate del Luminoso¹⁴¹ e, comunque,

gennaio 2022 – dalla Direttiva 2019/771, quest'ultima non ha eliminato la presunzione di esistenza del vizio, bensì ha esteso il termine entro il quale il vizio si deve manifestare affinché il compratore possa usufruire di tale vantaggio a livello probatorio. L'articolo 11, commi 1 e 2, Dir. 2019/771 ha infatti innalzato tale termine ad un anno, con possibilità per ciascuno Stato di estenderlo ulteriormente fino a due.

Se pertanto il legislatore europeo, al fine di tutelare il contraente debole, ha sentito l'esigenza di porre a carico del venditore una presunzione relativa di non conformità, è *a contrario* desumibile che la regola, in assenza della suddetta eccezione, sia quella per cui l'onere della prova (relativa non solo alla sussistenza del vizio, ma anche alla causa dello stesso) sia a carico del compratore, come stabilito dalle Sezioni Unite in commento.

Il suddetto ragionamento – basato sulla presunzione di non conformità quale eccezione alla regola dell'onere probatorio a carico del compratore – pur dovendo senz'altro valere per la vendita in generale, potrebbe rivelarsi inutile in tema di vendita di beni di consumo. La dottrina prevalente (si vedano, fra gli altri, E. Moscati, *La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, 346 ss. e A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 348 ss.) ha infatti assimilato la c.d. “garanzia di conformità” (così come delineata dalla disciplina del Codice del consumo agli artt. 128 ss.) ad un'obbligazione *stricto sensu*, relativamente alla quale dovrebbe pertanto trovare applicazione il principio dettato dalle Sezioni Unite del 2001 (e, di conseguenza, l'onere della prova dovrebbe in ogni caso ricadere sul venditore). Per tali motivi, alcuni Autori hanno ritenuto che l'art. 5 Dir. 1999/44/CE – nella parte in cui pone la suddetta presunzione a carico del venditore – sia una “norma inutile”, essendo il venditore “sempre e comunque gravato (a prescindere dal momento in cui il difetto si sia manifestato all'esterno) dall'onere di dimostrare che il difetto medesimo non esisteva nel momento della consegna” (così A. Zaccaria – G. De Cristofaro, *La vendita dei beni di consumo*, Milano, 2002, 120). È stato peraltro notato che quest'ultima lettura vanificherebbe “l'obiettivo della direttiva di sollecitare un comportamento virtuoso del consumatore a prestare la propria opera al fine di definire in maniera rapida la sorte dell'operazione” (F.P. Patti, *op. cit.*, 15).

¹⁴¹ A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 266.



più in generale della dottrina che ravvisa nella garanzia per vizi una tutela per la mancata attuazione dell'effetto traslativo. Una volta giunti a questa conclusione, il passo è breve e molto facile da compiere, soprattutto se parametrato al cammino finora svolto dalla dottrina: non potendosi utilizzare la regola enunciata dalla pronuncia a Sezioni Unite n. 13553 del 2001, che pone a carico del venditore l'onere di provare l'avvenuto adempimento dell'obbligazione, mancando qui un vincolo obbligatorio, i differenti criteri che vengono ad essere utilizzati portano tutti ad un'unica conclusione. *In primis*, è possibile utilizzare il principio generale espresso dell'art. 2697 cod. civ., il quale pone a carico dell'attore l'onere di provare il fondamento della propria pretesa (art. 2697 cod. civ.). Il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite del 2001 nasce dal presupposto che il creditore debba semplicemente provare, quale fondamento della propria pretesa, l'effettiva sussistenza del credito, spettando poi al debitore provare di aver adempiuto. Mancando, però, nella nostra fattispecie un vero e proprio credito, il fondamento della pretesa del compratore dovrebbe necessariamente essere individuato nella sussistenza dei vizi della cosa compravenduta: graverebbe pertanto sul compratore l'onere di provare la sussistenza dei vizi. *In secundis*, un'altra importante argomentazione, addotta anche dalle Sezioni Unite, è quella per cui una prova positiva è sempre preferibile rispetto ad una prova avente contenuto negativo¹⁴². Infine, un'ulteriore argomentazione, volta a rafforzare questa conclusione, è legata alla c.d. vicinanza della prova: si dovrebbe dunque concludere, anche in tal caso, che la prova spetti al soggetto nella cui sfera giuridica si trovi il bene viziato. Di nuovo, dunque, l'onere probatorio dovrebbe gravare sul compratore.

Se la conclusione della Cassazione non è da revocare in dubbio, per la solidità delle argomentazioni addotte, tanto per negare la natura obbligatoria della responsabilità per vizi quanto per addossare l'onere della prova sul compratore, vale la pena chiedersi se la conclusione cui la Suprema Corte è pervenuta sarebbe cambiata in caso di adesione alla tesi di Bianca, il quale valorizza il profilo obbligatorio del c.d. effetto traslativo. La risposta dev'essere, a mio parere, negativa, dovendosi piuttosto concludere che spetti co-

¹⁴² E questo emerge anche da un'analisi della Cassazione 13533 del 2001, nella parte in cui ritiene che l'onere della prova debba continuare a gravare sul creditore nel momento in cui l'obbligazione abbia un contenuto di tipo negativo. "La motivazione si fonda su due argomenti. Il primo: non opera qui il principio della persistenza del diritto insoddisfatto, perché nel caso di obbligazione negativa il diritto nasce come soddisfatto, non richiedendo a tal fine satisfattorio una qualsiasi attività del debitore, a differenza dei casi in cui la prestazione consiste in un *dare* o in un *facere*. Il secondo: il principio di «vicinanza» della prova indica il creditore come il soggetto in grado di provare il fatto positivo del dedotto inadempimento del debitore" (U. Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*, in *I Contratti*, 2002, 2, 121).



munque al compratore l'onere di provare la sussistenza dei vizi¹⁴³. È vero che le tesi di Bianca e Breccia valorizzano il vincolo obbligatorio anche sotto il profilo soggettivo, in quanto individuano la prestazione oggetto di questa particolare obbligazione¹⁴⁴ e pertanto ravvisano nella garanzia per vizi un rapporto obbligatorio sotto il profilo sia strutturale che funzionale. Ciononostante, spostare l'onere della prova sul venditore piuttosto che sul compratore, a causa della qualifica attribuita da tali Autori alla tutela per vizi unita ad una pedissequa applicazione della regola giurisprudenziale dettata nel 2001, non pare una soluzione soddisfacente.

La risposta negativa a cui comunque si dovrebbe pervenire è meno netta, nel caso in cui si configuri la garanzia per vizi quale una vera e propria obbligazione. Ci si deve infatti chiedere se il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite del 2001, secondo cui il fondamento della pretesa del creditore sarebbe ravvisabile nel solo rapporto obbligatorio, sia estendibile anche al caso della garanzia per vizi. Parlare di un'obbligazione complica senz'altro il panorama, in quanto *prima facie* non si vedrebbe perché trattare diversamente la fattispecie dell'inadempimento dell'obbligazione di consegnare il bene scevro da vizi, rispetto alle altre obbligazioni di *facere*¹⁴⁵. Una simile conclusione non terrebbe

¹⁴³ E la pensa in questo modo anche il Bianca, il quale, pur scrivendo prima della sentenza a Sezioni Unite del 2001, afferma che "l'onere di provare il vizio e la mancanza di qualità dovute incombe al compratore: ciò in conformità del principio secondo il quale chi fa valere una pretesa deve provare fatti su cui la pretesa è fondata" (C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 1042).

¹⁴⁴ Come precedentemente sottolineato alla nota 136.

¹⁴⁵ Al riguardo, si potrebbe anche sostenere che l'impegno traslativo del bene nasca già adempiuto, e ciò sposterebbe l'onere della prova in capo al compratore. In pratica, essendo avvenuto il trasferimento, l'impegno negoziale configurato dal Bianca risulterebbe già adempiuto, salvo prova contraria. A ciò è però facilmente obiettabile che l'obbligazione non sarebbe di trasferire un bene, bensì un bene *conforme*. Inoltre, se è pur vero che *solitamente* l'interesse traslativo nasce come soddisfatto con la conclusione della vendita, la garanzia per vizi si riferisce proprio a quei casi patologici in cui, al contrario, l'interesse attributivo nasce come insoddisfatto e dovrà essere, tutt'al più, soddisfatto dal venditore al fine di riequilibrare il sinallagma contrattuale. La risposta andrebbe, pertanto, cercata altrove.

La prospettiva potrebbe allora cambiare notevolmente leggendo attentamente C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 892, il quale parla del vizio come un'inesattezza della prestazione. Non vi sarebbe dunque un totale inadempimento, ma piuttosto un inesatto adempimento. Al riguardo, la Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., afferma però che non vi sarebbe ragione per trattare diversamente tale fattispecie e che pertanto l'onere della prova anche sull'inesatto adempimento dovrebbe gravare sul debitore. Tale presa di posizione è stata criticata da U. Carnevali, *op. cit.*, 120, il quale afferma che "l'estendere all'adempimento inesatto il medesimo principio in tema di oneri probatori applicato al mancato adempimento suscita molte perplessità, perché appare soluzione troppo rigida di fronte alle varie sfaccettature che un adempimento qualitativamente o quantitativamente inesatto può presentare, e la motivazione sul punto offerta dalla sentenza in commento appare per la verità alquanto sbrigativa". L'Autore, a dimostrazione di tale ragionamento, adduce diversi esempi, tra i quali, per l'appunto, figura proprio il nostro caso, in quanto "vizi e mancanza di qualità devono essere provati dal compratore".



però conto delle peculiarità della fattispecie che stiamo esaminando, decisamente diversa da quella che le Sezioni Unite nel 2001 avevano in mente nell'enunciare il suddetto principio di diritto. Si è infatti già notato come, anche sostenendo che si tratti di una vera e propria obbligazione, la configurazione di questo rapporto sarebbe necessariamente differente da quanto avviene in tema di obbligo di consegna o di pagamento del prezzo. Questi ultimi due obblighi, come la gran parte delle obbligazioni di *dare* o di *facere*, richiedono *necessariamente* un comportamento positivo del soggetto che vi è obbligato. Così non è nell'impegno traslativo, che, nella sua ipotesi fisiologica, viene ad essere adempiuto nel momento stesso in cui nasce, non facendo percepire ad alcuno dei soggetti coinvolti la sussistenza di un'obbligazione. La mancanza di tangibilità nel comportamento del venditore renderebbe la prova a suo carico estremamente complessa. Prova che, inoltre, sarebbe resa ancor più difficile dal fatto che si tratterebbe, come sopra notato, di una prova negativa, riguardante la mancanza di vizi in un bene che *attualmente* (*i.e.* al momento in cui la prova è richiesta) si trova nella sfera giuridica del compratore. Le riflessioni relative alla situazione concreta in cui deve svolgersi l'onere della prova non sono, per giunta, estranee alla pronuncia delle Sezioni Unite nella sentenza del 2001, dal cui testo emerge una notevole sensibilità ai suddetti problemi. Sensibilità che spinge la Cassazione a fare riferimento proprio al brocardo latino *negativa non sunt probanda*¹⁴⁶ o al principio di vicinanza o riferibilità della prova¹⁴⁷, e, soprattutto, a derogare espressamente al principio sopra affermato in presenza di obbligazioni negative. In tal caso, infatti, il venir meno del principio di persistenza¹⁴⁸ e il sussistere di una prova negativa in capo al debitore, propongono di addossare sul creditore la prova dell'avvenuto adempimento. Non tener conto di questi ragionamenti per risolvere le problematiche più "spinose" come la presente, in cui già la qualifica della garanzia come obbligazione a carico del

¹⁴⁶ "Il creditore che deduce di non essere stato pagato avrà serie difficoltà ad individuare, come oggetto di prova, fatti positivi contrari idonei a dimostrare tale fatto negativo; al contrario, la prova dell'adempimento, ove sia avvenuto, sarà estremamente agevole per il debitore, che di regola sarà in possesso di una quietanza".

¹⁴⁷ "Ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento".

¹⁴⁸ Il principio di persistenza sarebbe quello per il quale il credito, solitamente, nasce insoddisfatto e dev'essere successivamente, con un comportamento del debitore, soddisfatto. Ciò non avviene nelle obbligazioni di *non facere*, dove l'obiettivo è proprio mantenere la situazione attuale: in queste particolari obbligazioni, infatti, l'interesse del creditore nasce come soddisfatto. Come visto sopra, in nota 145 non si può sostenere che l'obbligazione del venditore di consegnare un bene conforme nasca già adempiuta.



venditore è tema alquanto discusso, vorrebbe dire utilizzare le regole ed i principi individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in maniera meccanica, senza in alcun modo considerare le fattispecie concrete che si presentano all'operatore e che richiedono ciascuna un'adeguata soluzione basata sui principi che governano il nostro ordinamento.

11. – Oltre a dover essere condivisa proprio per la sensibilità pratica dimostrata, la sentenza dello scorso maggio ha anche il più importante merito di riuscire a far chiarezza su un tema estremamente articolato e dibattuto come quello relativo alla qualificazione della garanzia per vizi. Il rischio che si cela dietro la soluzione di problematiche particolarmente complesse come la presente è infatti quello di ricorrere a ricostruzioni eccessivamente elaborate ed artificiose, che snaturino l'istituto e che implicino conseguenze incoerenti anche a livello pratico.

La conclusione a cui arriva la Cassazione, invece, è tutt'altro che artificiosa, in quanto essa risulta estremamente coerente con il panorama normativo e con la natura dell'istituto. La qualificazione della garanzia per vizi quale obbligazione *stricto sensu* nascente dal contratto porterebbe con sé l'inconveniente di concentrarsi esclusivamente sulla fase esecutiva del negozio. Avendo riguardo alla sola esecuzione della *prestazione* oggetto di questa presunta obbligazione, risulterebbe però difficile spiegare cosa avvenga nell'ipotesi, senz'altro possibile, in cui le parti abbiano concluso il contratto con la consapevolezza di compravendere un bene non perfetto, non del tutto scevro da vizi. In tal caso non potrà sorgere la garanzia per vizi e ciò trova conferma nel fatto che la stessa può essere esclusa sia convenzionalmente dai contraenti (salvo in tal caso la mala fede del venditore, *ex art. 1490 comma 2 cod. civ.*) sia legalmente in caso di conoscenza (effettiva o presunta) dei vizi da parte del compratore (*ex art. 1491 cod. civ.*). In entrambe le ipotesi, l'obbligazione di trasferire un bene scevro da vizi non potrebbe nascere¹⁴⁹, ma solo in quanto dei medesimi si è tenuto conto nella fase genetica del contratto (assumendo, dunque, la fase esecutiva un ruolo secondario). L'ordinamento, infatti, non tutela *a priori* il compratore dai vizi, ma vuole dare a quest'ultimo la possibilità di valutare cor-

¹⁴⁹ Salva la sussistenza di ulteriori vizi che il compratore non conosceva né avrebbe dovuto conoscere.

Si potrebbe sostenere che, in caso di vizi già presi in considerazione dal compratore, l'obbligazione di trasferire un bene scevro dai vizi conosciuti non possa nascere, non tanto per mancanza della prestazione, quanto, piuttosto, per mancanza dell'interesse del creditore a ricevere un bene privo di vizi. Tale mancanza di interesse, però, avrebbe in ogni caso origine proprio nella fase genetica del contratto, e non in quella esecutiva.



rettamente se gli stessi abbiano un'incidenza sull'utilizzo che si vuol fare del bene, e consentirgli inoltre di ottenere un risparmio di prezzo per aver acquistato un bene non perfetto¹⁵⁰.

Il ragionamento appena esposto risulta più coerente ove invece si qualifichi la garanzia per vizi come una risposta legislativa alle ipotesi di imperfetta attuazione del risultato traslativo voluto dalle parti. Tale visione ha infatti l'evidente pregio di non "scomporre" la fattispecie contrattuale in più fasi – trattative, stipulazione ed attuazione – bensì di considerare il negozio nel suo complesso, assumendo pertanto una prospettiva molto più adeguata e soddisfacente. Come sopra dimostrato, infatti, i vizi della cosa compravenduta rappresentano un'anomalia che si manifesta nella fase esecutiva del contratto, ma che può essere evitata proprio a partire dal momento genetico dello stesso. Ove pertanto si ravvisi una continuità tra quanto voluto dai contraenti e quanto effettivamente realizzato dal negozio – assumendo centralità il risultato traslativo che le parti si sono configurate in sede di stipula –, non si potrà ricorrere alla garanzia per vizi. Basti pensare al fatto che non tutti i compratori hanno necessariamente interesse ad acquistare un bene perfetto o comunque non difettoso. Potrebbe infatti porsi il caso di colui che acquisti un bene non perfettamente funzionante, ma sia consapevole che lo stesso bene potrà comunque essere idoneo all'utilizzo che ne vuol fare o che tale difetto sarà da lui facilmente riparabile: il compratore preferisce pertanto conseguire un risparmio di spesa piuttosto che reperire sul mercato un bene "perfetto". Questo esempio serve a chiarire che la sussistenza dei vizi non incide sulla commerciabilità *giuridica* dei beni difettosi, bensì sulla loro commerciabilità *economica*: il contratto di compravendita non sarà pertanto squilibrato *a priori* per la sussistenza dei vizi, ma solo ove i medesimi alterino gli equilibri economici prefigurati dalle parti. Ove entri in gioco la commerciabilità *economica* del bene, una prospettiva "atomistica" delle singole fasi contrattuali non può essere soddisfacente¹⁵¹: i vizi si considerano infatti rilevanti ove sussista una difformità tra quanto *vuluto* e quanto *realizzato*, vale a dire quando il contratto non raggiunga pienamente il risultato traslativo prefissato da entrambe le parti¹⁵².

¹⁵⁰ E questo risulta confermato dalla lettera dell'art. 1490 comma 1 cod. civ., nella parte in cui richiede che i vizi non debbano incidere né sull'utilizzo che si vuol fare del bene né – in modo considerevole – sul valore del bene stesso.

¹⁵¹ Mentre la tesi della *culpa in contrahendo*, infatti, si concentrerebbe esclusivamente sulla fase precontrattuale, la lettura che individua nella garanzia per vizi una responsabilità da inadempimento di una vera e propria obbligazione, al contrario, porrebbe la propria attenzione esclusivamente alla fase *esecutiva* del contratto di compravendita, risultando anch'essa insoddisfacente.

¹⁵² Si tratta, pertanto, di una perturbazione dell'apparato causale (e, nello specifico, della causa concreta)



Se dunque la risposta della Cassazione riguardo alla qualificazione della garanzia per vizi quale responsabilità *speciale* derivante dall'imperfetta attuazione dell'effetto traslativo appare coerente con le argomentazioni sopra esposte, lo stesso non si può dire di quanto affermato da una pronuncia successiva della Corte di Cassazione, anch'essa a Sezioni Unite¹⁵³, intervenuta a distanza di appena due mesi dalla sentenza in commento.

La sentenza dello scorso luglio affronta infatti il diverso – ma anch'esso dibattuto – problema della prescrizione delle azioni edilizie. Nello specifico, ci si chiede se, al fine di interrompere il termine breve di prescrizione di cui all'art. 1495 cod. civ. relativo alle azioni edilizie, sia necessario esperire l'azione in giudizio (compiendo pertanto già l'irrevocabile scelta tra agire in redibitoria o in estimatoria) o se, diversamente, sia sufficiente un'intimazione stragiudiziale anche generica, con la quale il compratore si riservi la scelta del tipo di tutela da utilizzare successivamente e consenta inoltre al venditore di evitare le azioni giudiziali mediante l'eliminazione dei vizi.

Anche in questo caso, la conclusione a cui le Sezioni Unite arrivano paiono esatte ed in linea con le ricostruzioni proposte in dottrina. Ciò che non convince di tale pronuncia è piuttosto il percorso argomentativo con cui la Corte giunge a ritenere (correttamente) che anche la semplice intimazione stragiudiziale sia idonea a interrompere il termine di prescrizione¹⁵⁴ di cui all'art. 1495 cod. civ. Per fare ciò, infatti, la Cassazione utilizza due ordini di motivazioni. Il primo (condivisibile) consiste nell'evidenziare come il terzo comma dell'art. 1495 cod. civ., nel riferirsi alla "azione" utilizza tale termine in senso atecnico, riferendosi pertanto ad essa per indicare il più generale diritto ad essere garantito dai vizi. In sostanza, il legislatore avrebbe fatto ricorso ad una *sineddoche*, riferendosi al "tutto" (in questo caso, la garanzia per vizi) mediante l'indicazione di una sua "parte" (una delle azioni edilizie): non sarebbe dunque l'azione giudiziale, bensì l'intera tutela contro i vizi ad essere oggetto di prescrizione annuale. Pertanto, al fine di interrompere il

che originariamente sorregge il contratto di compravendita. In quest'ultimo negozio, infatti, infatti, la causa concreta è legata al trasferimento di un bene in cambio di un corrispettivo in danaro: sia il bene trasferito che il prezzo pattuito dovranno essere adeguati alle esigenze di ambo le parti. Ove il bene non fosse adeguato alle suddette esigenze, si avrebbe uno squilibrio funzionale che andrebbe evidentemente ad inficiare il perseguimento di quella causa concreta originariamente individuata dalle parti. Si tratta, pertanto, dei medesimi squilibri che si verificano in tutti i contratti ogniqualvolta ricorrano i presupposti per la risoluzione: non essendo però in tal caso soddisfacenti gli strumenti ordinari di tutela, il legislatore ha dunque apprestato una tutela *ad hoc* per queste perturbazioni funzionali all'apparato causale del negozio.

¹⁵³ Cass., Sezioni Unite, 11 luglio 2019, n. 18672, in *Corr. giur.*, 2019, 8-9, 1025, con nota di R. Calvo, *Difformità, inadempimento del venditore e denuncia del vizio occulto*.

¹⁵⁴ In tal senso, i più recenti precedenti giurisprudenziali, tra cui Cass. 10 novembre 2015, n. 22903, in *CED*, 2015 e Cass. 3 agosto 2010, n. 18035, in *I Contratti*, 2011, 6, 579 ss., con nota di M. Nardella, *Denuncia dei vizi, intimazione ad adempiere ed interruzione della prescrizione*.



termine di prescrizione, si dovrebbe non tanto agire in giudizio, bensì ci si potrebbe limitare a manifestare (mediante un atto stragiudiziale) la volontà di esercitare il proprio diritto ad essere garantiti dai vizi: risultato facilmente ottenibile ove fosse dimostrata l'applicabilità a questa fattispecie della generale norma posta dal quarto comma dell'art. 2943 cod. civ. in tema di interruzione della prescrizione. Se, infatti, "ogni atto che valga a costituire in mora" è idoneo a interrompere il termine prescrizionale, a tal fine sarebbe sufficiente un'intimazione per atto scritto. E ciò, si badi bene, non in quanto la garanzia per vizi costituisca un'obbligazione e sia pertanto necessario un atto di messa in mora ai sensi dell'articolo 1219 cod. civ., bensì in quanto la dottrina prevalente¹⁵⁵ è coerentemente incline ad interpretare il quarto comma dell'articolo 2943 cod. civ. in maniera estensiva, applicandolo anche a tutti i casi in cui, pur mancando una vera e propria obbligazione, vi sia un vincolo tra le parti che non sfoci in una vera e propria obbligazione. La garanzia per vizi, per come sopra descritta, infatti rappresenta un diritto contrattuale che giustifica un'immediata pretesa del venditore ad essere tutelato contro eventuali patologie del meccanismo sinallagmatico, senza che sia a tal fine necessario agire in giudizio¹⁵⁶.

Diversamente da quanto appena esposto, le Sezioni Unite – nel secondo ordine di motivi a sostegno della propria conclusione – scelgono un percorso argomentativo molto più impervio, in quanto, pur richiamando la pronuncia del maggio scorso, in più punti della loro argomentazione qualificano la posizione del venditore nella garanzia per vizi come una «precisa obbligazione del venditore», respingendo la diversa lettura – invece accolta dalla precedente sentenza¹⁵⁷ – della «mera soggezione». Questa incoerenza terminologica e concettuale nasce dal consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude la possibilità di interrompere la prescrizione, relativamente ai diritti reali¹⁵⁸ o ai

¹⁵⁵ In tal senso, A. Luminoso, *La vendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, G. Messineo e L. Mengoni, Milano, 2014, 501 e C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 1055.

¹⁵⁶ Basti pensare alla possibilità – della quale si avvede anche la pronuncia delle Sezioni Unite di luglio – di prevenire stragiudizialmente ogni ulteriore azione ove intervenga l'eliminazione dei vizi a carico del venditore.

¹⁵⁷ La sentenza di maggio aveva infatti affermato che, poiché «la garanzia per i vizi pone il venditore in una condizione non di "obbligazione" (dovere di prestazione) ma di "soggezione", lo schema concettuale a cui ricondurre l'ipotesi che la cosa venduta risulti viziata non può essere quello dell'inadempimento di una obbligazione».

¹⁵⁸ In tal senso, tra le altre, Cass. 29 luglio 2016, n. 15927, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Usucapione*, n. 15; Cass. 15 ottobre 2015, n. 20815, *ivi*, 2015, voce *Usucapione*, n. 9; Cass. 30 dicembre 2013, n. 28721, *ivi*, 2013, voce *Usucapione*, n. 39; Cass. 15 dicembre 1992, n. 13211, *ivi*, 1992, voce *Usucapione*, n. 19. *Contra*, F. Rosselli, *Commento ad art. 2943 cod. civ.*, in A.M. Gambino, A. Iannaccone, E. Minervini, F.



diritti potestativi¹⁵⁹, mediante un atto stragiudiziale di costituzione in mora, possibilità che sarebbe riservata ai soli titolari di diritti di credito. Applicando meccanicamente le suddette categorie al caso in esame, la Cassazione si trova di fronte ad una chiara alternativa: la qualifica della garanzia per vizi quale diritto di credito, infatti, porterebbe conseguentemente ad affermare l'applicabilità dell'art. 2943 comma 4 cod. civ. alla fattispecie in esame. Diversamente, ricomprendere la garanzia per vizi nella categoria dei diritti potestativi avrebbe quale logica conseguenza la necessità di un'azione giudiziale al fine di interrompere la prescrizione¹⁶⁰. L'esigenza di compiere questa netta scelta manda in cortocircuito l'impianto argomentativo della sentenza e porta la Cassazione a richiamare più volte il concetto di obbligazione, cadendo così in contraddizione col precedente giurisprudenziale di appena due mesi prima.

L'errore compiuto dalla Suprema Corte è causato dall'appiattimento sui concetti di obbligazione e di diritto potestativo: nessuno dei due risulta infatti pienamente esaustivo al fine di dare una risposta al caso della prescrizione della tutela per vizi. La preesistenza di un vincolo *ex contractu* comporta la sussistenza di una pretesa attuale, e pertanto la possibilità di far valere nei confronti del venditore un diritto contrattuale alla corretta esecuzione della compravendita¹⁶¹. Se però da una parte tale vincolo non presenta tutti i caratteri propri del rapporto obbligatorio (come sopra approfonditamente argomentato), d'altra parte ricondurre la garanzia per vizi ad un mero potere attribuito al compratore snaturerebbe la tutela allo stesso assicurata¹⁶². Tale intuizione pare decisiva al fine di comprendere come imporre al compratore di agire giudizialmente, al fine di in-

Rosselli, S. Ruperto, *La prescrizione: Artt. 2941-2963*, a cura di P. Vitucci, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. Schlessinger, Milano, 1999, 76-77, che afferma che la costituzione in mora "è da riferire non solo agli atti di costituzione in mora in senso tecnico [...] ma a qualunque intimazione, manifestata dal titolare del diritto al soggetto passivo e intesa alla sua realizzazione".

¹⁵⁹ Cass. 3 dicembre 2003, n. 18477, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 65 e Cass. 23 maggio 2000, n. 11020, *ivi*, 2000, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 42.

¹⁶⁰ In tal senso, espressamente Cass. 27 settembre 2007, n. 20332, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 71, la quale afferma che "La facoltà di domandare la risoluzione del contratto, attribuita dall'art. 1492 c.c. al compratore di una cosa affetta da vizi, consiste in un diritto potestativo, a fronte del quale la posizione del venditore è di mera soggezione. [...] Ne discende che la prescrizione dell'azione, fissata in un anno dall'art. 1495 c.c., comma 3, può essere utilmente interrotta soltanto dalla proposizione della domanda giudiziale e non anche mediante atti di costituzione in mora".

¹⁶¹ In tal senso, C.M. Bianca, *loc. cit.*

¹⁶² La particolarità della posizione del compratore è avvertita anche da T. dalla Massara, *op. cit.*, 385, il quale, nell'affermare che anche un atto stragiudiziale possa essere idoneo ad interrompere la prescrizione annuale, compie un percorso logico analogo a quello appena svolto, notando che nella garanzia per vizi il compratore "si trova posizionato un passo a monte rispetto all'esercizio del diritto potestativo".

JUS CIVILE



terrompere la prescrizione, comporterebbe soltanto un immotivato aggravio alla tutela prevista dal legislatore.

La Suprema Corte, nella sentenza di luglio, non comprende appieno il particolare carattere della garanzia per vizi e ciò la porta a fare impropriamente riferimento al concetto di obbligazione per giustificare le proprie conclusioni. In realtà, anche negando la sussistenza di un'obbligazione *stricto sensu* in capo al venditore, l'impianto argomentativo della sentenza non avrebbe perso né di forza né di coerenza ove si fosse invece ribadita la natura della garanzia per vizi quale ipotesi di responsabilità contrattuale volta a tutelare l'interesse del compratore alla corretta esecuzione del contratto di compravendita.

Proprio questa incoerenza – seppur ininfluenza ai fini delle corrette conclusioni a cui arriva la Cassazione – palesa la complessità dell'argomento oggetto della presente analisi e fa comprendere appieno le motivazioni che hanno reso così tortuoso il percorso dottrinale e giurisprudenziale volto alla qualificazione della natura giuridica della garanzia per vizi. Non risulta facile districare la matassa – anche solo concettuale e lessicale – legata all'istituto oggetto della trattazione: ma tali difficoltà non giustificano l'occasione persa dalla pronuncia dello scorso luglio, nella quale la Corte avrebbe dovuto confermare con decisione la validità del risultato qualificatorio a cui erano giunte, con apprezzabile chiarezza logica e argomentativa, le Sezioni Unite appena due mesi prima.