



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
"COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA"
CURRICULUM DI DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI E DEI
CONTRATTI ITALIANO, COMPARATO E COMUNITARIO

CICLO XXIV

COORDINATORE Prof. Arrigo Diego MANFREDINI

Difetti materiali della prestazione traslativa e riduzione
del prezzo nel contratto di compravendita

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Dottorando:
Dott. Oliviero Francesco

Tutore:
Chiar.mo Prof. De Cristofaro Giovanni

Anni 2009/2011

INDICE

Capitolo primo

OSSERVAZIONE DELL'EVOLUZIONE NORMATIVA ED ENUNCIAZIONE DEGLI SCOPI DELL'INDAGINE

1. Garanzia per vizi e rimedi edilizi: la convergenza del diritto continentale verso il modello romanistico..... 9
2. La *Schuldrechtsmodernisierung* tedesca del 2002, la direttiva 99/44/CE e il modello della Convenzione di Vienna..... 12
3. La situazione del diritto italiano e l'enunciazione degli scopi della ricerca..... 17

Capitolo secondo

LA RESPONSABILITÀ PER VIZI DAGLI EDILI CURULI ALLE CODIFICAZIONI MODERNE: LA FORTUNA DEL MODELLO DELLA GARANZIA E LE PRIME MANIFESTAZIONI DEL MODELLO DELL'ADEMPIMENTO

1. La compravendita in Roma antica e l'editto degli edili curuli..... 23
2. (segue) *l'actio quo minoris propter vitium o aestimatoria*..... 30
3. *L'actio ex empto propter vitium* e i rapporti con il sistema edilizio..... 37
4. Il sistema romanistico e l'opera di Robert Joseph Pothier..... 42

Capitolo terzo

NATURA GIURIDICA, FUNZIONE E PRESUPPOSTI DELLA RIDUZIONE DEL PREZZO FRA CODICE CIVILE E CODICE DEL CONSUMO

1. Il fondamento del rimedio della riduzione del prezzo fra *Gewährleistungstheorie* ed *Erfüllungstheorie*..... 45
2. L'adattamento del contratto come conseguenza giuridica dell'esercizio della riduzione del prezzo..... 50

3. La natura giuridica della riduzione del prezzo.....	52
4. I presupposti di esperibilità della riduzione del prezzo.....	57

Capitolo quarto

RIDUZIONE DEL PREZZO E RIMEDI CONCORRENTI: RAPPORTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

1. Il concorso dei rimedi edilizi nel codice civile.....	115
2. Il rapporto fra riduzione del prezzo e altri rimedi a tutela del consumatore acquirente di beni non conformi nel codice del consumo.....	129

Capitolo quinto

LA DETERMINAZIONE DELLA RIDUZIONE DEL PREZZO E I PROBLEMI CONNESSI

1. Il calcolo della riduzione del prezzo.....	137
2. Il tempo e il luogo rilevanti al fine di stabilire il valore oggettivo del bene.....	141
3. L'esercizio della riduzione del prezzo.....	144
4. La riduzione del prezzo nel caso di parti soggettivamente complesse.....	150

Capitolo sesto

RIDUZIONE DEL PREZZO E RISARCIMENTO DEL DANNO

1. Risarcimento del danno e rimedi concessi al venditore: osservazioni generali....	153
2. Il risarcimento del danno <i>ex art.</i> 1494 c.c. fra responsabilità contrattuale e precontrattuale.....	156
3. Risarcimento del danno e riduzione del corrispettivo nella vendita di beni di consumo.....	163

CAPITOLO PRIMO

1. Garanzia per vizi e rimedi edilizi: la convergenza del diritto continentale verso il modello romanistico.

Fra le disposizioni del codice civile del 1942 la cui esegesi è stata nel tempo più travagliata e segnata da costanti incertezze rientrano senz'altro quelle dedicate alla garanzia per vizi nel contratto di compravendita. Le ragioni di tale travaglio, che costituisce parte delle generali difficoltà di inquadramento e di interpretazione che la dottrina dei paesi di *civil law* ha dovuto affrontare con riguardo a quella che è stata efficacemente definita «*die crux des Kaufvertrages*»¹, sono da ricercare – come noto – nell'ardua ricostruzione della natura giuridica dell'istituto della garanzia, tramandatoci dalla tradizione romanistica. L'art. 1490 c.c., infatti, si iscrive nel solco fedele all'inquadramento della responsabilità del venditore nella categoria della garanzia e ne recepisce coerentemente anche l'apparato rimediale (art. 1492 c.c.), basato sull'alternativa fra le c.d. azioni edilizie, l'*actio redhibitoria* e l'*actio aestimatoria* (o *quanti minoris*), con le quali il compratore «può domandare la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo».

Tale scelta è comune all'assoluta maggioranza dei codici europei². Il *code civil* del 1804 prevede all'art. 1641 la garanzia del venditore per i vizi del bene compravenduto e all'art. 1644 dispone che «*dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et*

1 È la nota, icastica, definizione di L. RAAPE, *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, in *AcP*, 1949 (150), p. 483.

2 Per un'ampia panoramica delle discipline dedicate al contratto di compravendita nei diversi Stati europei, seppure in parte non più aggiornata, cfr. F. GRAF VON WESTPHALEN, *Handbuch des Kaufvertragsrecht in den EG-Staaten (einschl. Österreich, Schweiz und UN-Kaufrecht)*, Köln, 1992.

de se faire rendre una partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts». Similmente, l'art. 197 del codice svizzero delle obbligazioni addossa al venditore l'obbligo di rispondere «dei difetti che, materialmente o giuridicamente, tolgono o diminuiscono notevolmente il valore della cosa o l'attitudine all'uso cui è destinata»³ mentre l'art. 205 accorda al compratore, ove sia dovuta la garanzia, le due azioni redibitoria ed estimatoria⁴. Ancora, il *codigo civil* spagnolo pone in capo al venditore l'obbligo di garanzia per i vizi (*saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida*), obbligo che trova la propria realizzazione nelle possibilità, per l'acquirente di un bene difettoso, di «*desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos*». Lo stesso BGB tedesco del 1896, al § 459, collocato in apertura dell'*Untertitel* significativamente intitolato alla *Gewährleistung wegen Mängel der Sache*, disponeva che «*Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern*» e correlativamente concedeva (§ 463) all'acquirente della *res* difettosa i rimedi della *Wandlung* e della *Minderung*⁵.

Può pertanto dirsi che – con la sola, vistosa, eccezione del codice austriaco del 1811⁶, ispirato al sistema già adottato poco tempo prima dall'ALR prussiano del 1794⁷ - tutti i maggiori Paesi dell'Europa centro-occidentale⁸ hanno ispirato la propria

3 Art. 197 BG *betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*, d'ora innanzi citato come OR: «*Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern*».

4 Art. 205 OR: «*Liegt ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vor, so hat der Käufer die Wahl, mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen oder mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern*».

5 Va, però, notato che, anche prima della *Schuldrechtmodernisierung* del 2002, il § 480, I, BGB concedeva al compratore di cosa generica il diritto di pretendere, in alternativa alle ordinarie azioni redibitoria ed estimatoria, l'esatto adempimento mediante sostituzione del bene (*Nachlieferung*). Ma sulla *ratio* di tale differenziazione e la sua esclusiva applicazione con riferimento al *Gattungskauf*, cfr. Capitoli II e III; sin d'ora possono consultarsi H. HONSELL, sub § 480, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 1978, p. 441 ss.; K. HERBERGER, *Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1974, p. 95 s.; H. PUTZO, sub § 480, in *Palandt BGB Kommentar*, München, 2002, p. 563 s.

6 L'ABGB, infatti, al § 932 concede al compratore di cosa viziata, in primo luogo, la pretesa all'esatto adempimento della prestazione traslativa, e soltanto in subordine consente il ricorso alla *Wandlung* e alla *Minderung*.

7 L'*Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten*, discostandosi dalla tradizione romanistica, non soltanto prevedeva una disciplina unitaria per i vizi materiali e per i vizi giuridici del bene venduto, ma al § 325 (I, 5) riconosceva espressamente al compratore il diritto di ricevere un bene che avesse le qualità pattuite.

8 Da tale convergenza generale si discostava lo ZGB in vigore nella Repubblica democratica tedesca fra il 1976 e il 1990. Secondo il § 151 ZGB, infatti, l'acquirente di beni difettosi poteva far valere, oltre alla *Preisminderung* (ovvero la riduzione del prezzo, forgiata in maniera assai simile all'*actio quanti minoris*) e alla *Preisrückzahlung* (consistente nel rimborso del prezzo dell'acquisto dietro

disciplina in materia di vizi del bene oggetto di compravendita allo *ius honorarium* della magistratura edile romana⁹, originariamente limitato alle sole vendite di giumenti e di schiavi e poi recepito nello *ius civile* mediante la progressiva estensione alla compravendita di qualsiasi oggetto.

Tale uniformità si riverbera in tre paradigmi di fondo, che parrebbero connotare in maniera generalizzata le legislazioni poco sopra ricordate, e la cui fondatezza sarà verificata nel corso del presente lavoro. In primo luogo, l'inesistenza di un obbligo del venditore di procurare al compratore l'acquisto di un bene "non difettoso", in considerazione del fatto che oggetto dell'obbligo di prestazione è la cosa nella condizione in cui essa si trova al momento della conclusione del contratto; in secondo luogo, e conseguentemente, la riconduzione della natura della responsabilità del venditore al concetto di garanzia e non a quello d'inadempimento. In altre parole, tutti gli ordinamenti considerati paiono ispirarsi all'idea per cui il venditore è chiamato a rispondere dei vizi del bene venduto non in quanto questi si riverberino in altrettanti inadempimenti di una obbligazione contrattuale su di esso gravante in forza del contratto di compravendita, bensì a titolo di garanzia legale emancipata dall'adempimento del contratto¹⁰.

Corollario di quanto esposto è il terzo paradigma comune, ovvero l'esclusione, dal novero dei rimedi azionabili dal compratore di merce viziata, dell'azione di esatto adempimento, tendente a ottenere la sostituzione o la riparazione del bene consegnato, e la riconduzione della tutela del medesimo compratore ai soli rimedi speciali delle azioni redibitoria e *quanti minoris*. Il venditore non può essere tenuto all'esatto adempimento proprio in quanto la conclusione del contratto di compravendita non fa sorgere alcuna obbligazione in capo a lui in ordine alle caratteristiche del bene oggetto del contratto. Proprio perché la responsabilità per vizi non costituisce una responsabilità fondata sulla violazione di un dovere giuridico, non è pensabile un rimedio che costringa il debitore a fornire un bene sostitutivo o riparare quello viziato, in quanto in radice non esiste un obbligo di prestare un bene esente da difetti materiali. Pertanto i rimedi che gli ordinamenti considerati apprestano a tutela del compratore che riceva merce viziata non sono

restituzione del bene difettoso: rimedio speciale riconducibile all'*actio redhibitoria*), altre due diverse pretese derivanti dalla garanzia (*Garantieansprüche*): la *Nachbesserung* (cioè l'eliminazione gratuita del difetto: §152), e la *Ersatzlieferung* (cioè la sostituzione del bene).

9 Sulle azioni edilizie, sulla loro origine, la loro natura e l'evoluzione storica delle stesse si rinvia senz'altro al Capitolo II e alla bibliografia ivi citata.

10 In questo senso, trattando della ricostruzione dominante in Germania sino alla riforma dello *Schuldrecht*, R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I. *Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, Napoli, 2007, p. 21; già in precedenza, L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 16.

riconducibili all'ordinaria responsabilità contrattuale, ma sembrano atteggiarsi quali speciali azioni derivanti da un puro diritto di garanzia¹¹.

2. La *Schuldrechtsmodernisierung* tedesca del 2002, la direttiva 99/44/CE e il modello della Convenzione di Vienna.

L'omogeneità di fondo del quadro che si è appena tentato di delineare, seppure in maniera alquanto sommaria, ha subito una parziale ma decisiva modificazione all'inizio del nuovo secolo, allorché, traendo occasione dalla necessità di attuare nell'ordinamento interno la direttiva 99/44/CE¹², il legislatore tedesco ha intrapreso la strada di un'ampia riforma del diritto privato patrimoniale, culminata nel *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*¹³. Come noto, tale provvedimento ha portato a una vasta riscrittura del libro II del BGB e alla novellazione di talune parti dell'*Allgemeiner Teil*, ma soprattutto – nel quadro di una generale rimediazione della disciplina delle *Leistungsstörungen*¹⁴ – ha profondamente inciso sulla disciplina del

11 T. SÜSS, *Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel*, Leipzig, 1931, p. 83 s.

12 Cfr., *ex plurimis*, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000; P. ROMANA LODOLINI, *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 1275 ss.; H. MICKLITZ, *Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*, in *EuZW*, 1999, p. 485 ss.; D. STAUDENMAYER, *Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf*, in *NJW*, 1999, 2393 ss.; H. EHMANN – U. RUST, *Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*, in *JZ*, 1999, p. 856 ss.; P. SCHLECHTRIEM, *Kaufrechtsangleichung in Europa. Licht und schatten in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*, in *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, München, 2000, p. 681 ss. V., inoltre, in un'ottica maggiormente rivolta al tema dell'attuazione nell'ordinamento interno della direttiva 99/44/CE, senza pretesa di completezza: AA.VV., *L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente di beni di consumo. Atti del convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi (Padova, 14-15 settembre 2001)*, Padova, 2002; M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. e impr. Europa*, 2000, p. 403 ss.; R. FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, *ivi*, p. 410 ss.; A. CIATTI, *L'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, *ivi*, p. 433 ss.; R. CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, *ivi*, p. 463 ss.; G. AMADIO, *La «conformità al contratto» tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001, p. 2 ss.; G.B. FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, *ivi*, p. 57 ss.; A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, *ivi*, p. 83 ss.; F. MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, *ivi*, p. 143 ss.; A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva 1999/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Studium iuris*, 2000, p. 260 ss.

13 Il provvedimento, approvato definitivamente il 26 novembre 2001, è entrato in vigore il 1° gennaio 2002.

14 Sulla quale, sin d'ora, possono leggersi le considerazioni di C.W. CANARIS, *Il programma obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in G. CIAN, *La riforma*

contratto di compravendita e, in particolare, dei rimedi concessi al compratore di beni viziati¹⁵, segnando l'abbandono del collaudato e ormai obsoleto modello romanistico, imperniato sulle azioni edilizie, in favore della tendenziale estensione¹⁶ del sistema imposto dalla direttiva a tutte le compravendite a prescindere dalla qualifica soggettiva di venditore e acquirente.

Tale abbandono, funzionale all'integrazione della disciplina settoriale dedicata alle vendite di beni di consumo nel diritto civile comune, ha costituito l'esito di un importante dibattito avvenuto nella comunità scientifica germanica¹⁷ sull'opportunità di adottare un regime unitario che estendesse a tutte le compravendite le regole comunitarie prescritte per le sole vendite di beni di consumo¹⁸. Esso, però, risulta di particolare importanza soprattutto in quanto conduce sul terreno dell'inadempimento la responsabilità del venditore di cosa viziata, rifiutando l'idea tipicamente romanistica, profondamente accreditata in Germania dalla c.d. *Gewährleistungstheorie*¹⁹, secondo cui il venditore di una cosa

dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti? Atti del convegno di Ferrara del 7-8 marzo 2003, Padova, 2004, p. 31 ss. V., inoltre, l'organica trattazione di A. SCHWARZE, *Das recht des Leistungsstörungen*, Berlin, 2008, nonché D. MEDICUS, *Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht*, in *JuS*, 2003, p. 521 ss.

15 Secondo G. CIAN, *Relazione introduttiva*, in ID., *La riforma dello Schuldrecht tedesco*, cit., p. 22, la «trasformazione dell'impostazione concettuale e dell'inquadramento sistematico delle varie fattispecie di mancata o inesatta attuazione del programma obbligatorio», sia per quanto riguarda la disciplina generale delle *Leistungsstörungen* sia in relazione agli specifici rimedi apprestati per l'eventualità di mancata conformità del bene venduto alle previsioni contrattuali, costituisce il vero e proprio «cuore [...] della riforma del diritto delle obbligazioni».

16 Parliamo di «tendenziale estensione» e non di estensione *tout court* in quanto, da un canto, i contratti di vendita conclusi da un consumatore (*Verbraucher*) con un professionista (*Verkäufer*) sono destinatari di talune disposizioni speciali, espressamente inapplicabili alle vendite intercorrenti fra consumatori o fra professionisti (è il caso dei §§ 474-479 BGB), e, dall'altro, talune disposizioni generali del contratto di compravendita non trovano applicazione con riferimento alle vendite di beni di consumo (v., ad es., i §§ 445 e 447 BGB). Sul punto, C.M. BIANCA, *La nuova disciplina della compravendita: osservazioni generali*, in G. CIAN, *La riforma dello Schuldrecht tedesco*, cit., p. 179 ss.; D. MEDICUS – S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, München, 2010, p. 79 ss.; D. REINICKE – K. TIEDTKE, *Kaufrecht*, Köln-München, 2009, p. 262 ss.; A. MATUSCHE BECKMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 474 ff.*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2004, p. 622 ss.

17 Per una prima informazione su tale dibattito si possono consultare S. GRUNDMANN – D. MEDICUS – W. ROLLAND, *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrecht*, Köln, 2000 e ivi, in particolare, il contributo di D. MEDICUS, *Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf in einem kodifikatorischen System – Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonderprivatrecht*, p. 149 ss.; G. SCHMIDT-RÄNTSCH, *Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechts-Richtlinie*, in *ZEuP*, 1999, p. 299 ss.; C.W. CANARIS, *Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB*, in *JZ*, 2001, p. 278 ss.; ID., *Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, in ID., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di G. DE CRISTOFARO, trad. it. di M. FARNETI e S. HABERL, Padova, 2003, p. 7 ss.; H. HONSELL, *Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, *JZ*, 2001, p. 18 ss.

18 Per una proposta di riforma di tenore non distante, in Italia, v. A. LUMINOSO, *Proposta di modificazione del codice civile per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001, p. 133 ss.

19 Cfr. T. SÜSS, *Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel*, cit.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. II, 1. Besonderer Teil*, München-Berlin, 1956, p. 31 ss.; W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Darmstadt, 1975, p. 40 ss. e 47 ss.; H. HONSELL, sub § 459, in *Staudingers Kommentar zum BGB*,

specifica affetta da vizi è chiamato a rispondere dei difetti del bene venduto non già a titolo di inadempimento, bensì in forza di una garanzia legale che trova la propria fonte direttamente nella legge, non esistendo e non potendo neppure essere concepito un impegno obbligatorio dell'alienante in ordine alla inesistenza di vizi materiali nel bene trasferito²⁰. Ai sensi dei nuovi §§ 433 e 434 BGB, infatti, il venditore è tenuto non soltanto a consegnare la cosa oggetto del contratto e a trasferirne la proprietà al compratore, ma è altresì obbligato, in conformità a quanto richiesto dall'art. 2, comma 1, della direttiva 99/44/CE, a procurare un bene il quale «*die vereinbarte Beschaffenheit hat*».

Questo modello di disciplina, imposto dalla ricordata direttiva, si ispira al collaudato sistema della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili²¹ dell'11 aprile 1980²², il cui art. 35, comma 1, obbliga il venditore a «consegnare beni della quantità, qualità e tipo richiesti dal contratto»²³. Il legislatore germanico, però, non ha limitato la propria opera all'estensione della disciplina

cit., p. 300 ss.; per una ricostruzione dell'opinione dominante di pochi mesi anteriore all'entrata in vigore della *Schuldrechtmodernisierung*, H. STOLL, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, in S. MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 443 ss.; H. PUTZO, sub § 459, in *Palandt BGB Kommentar*, München, 2002, p. 544 ss. Un rapido ma acuto confronto fra *Gewährleistungstheorie* ed *Erfüllungstheorie*, nel quadro di una più ampia trattazione dell'evoluzione del sistema germanico in tema di vizi del bene compravenduto, può leggersi in R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, cit., p. 17 ss.

20 Su tale teoria, sulle sue implicazioni, sulle sue ragioni storiche e sul suo superamento si ritornerà approfonditamente nel corso del Capitolo II, cui senz'altro si rinvia.

21 La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, al momento in cui si scrive, è applicata in 77 Stati, fra cui l'Italia (che l'ha ratificata con legge n. 765 del 1985), la Germania, la Francia, il Belgio, la Spagna, la Svizzera, la Danimarca, gli Stati Uniti, il Giappone, la Cina e il Canada.

Su tale Convenzione si vedano, tra i tanti, P. SCHLECHTRIEM – I. SCHWENZER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG - Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, München, 2008; IID., *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, New York, 2010; C.M. BIANCA, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padova, 1992 (estratto da *Le Nuove leggi civ. comm.*, 1989); ID., *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987; F. FERRARI – E.M. KIENINGER – P. MANKOWSKI – K. OTTE – I. SAENGER – G. SCHULZE – A. STAUDINGER, *Internationales Vertragsrecht. EGBGB, CISG, CMR, FactÜ. Kommentar*, München, 2012; H. HONSELL, *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin-NewYork, 1997; C. BRUNNER, *UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980*, Bern, 2004; V. HEUZÉ, *La Vente Internationale de Marchandises Droit Uniforme*, Paris, 2000; J. CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderias: convencion de Viena de 1980, y otros textos complementario*, Cizur Menor, 2005.

22 D'ora in avanti la menzionata Convenzione sarà citata, secondo l'uso invalso, come CISG.

23 Nel senso che l'art. 2 della direttiva 1999/44/CE, cui il legislatore tedesco ha dato attuazione con la novellazione dei §§ 433 e 434 BGB, tragga ispirazione dalle corrispondenti disposizioni (e in primo luogo dall'art. 35) della CISG, v. D. STAUDENMAYER, *Die EG-Richtlinie*, cit., p. 2394; H. GRIGOLEIT – C. HERRESTHAL, *Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht*, in *JZ*, 2003, p. 119 s.; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto*, cit., p. 50; G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 14; R. SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 60; G. DE NOVA, *La proposta di direttiva sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 25.

speciale dettata dalla direttiva comunitaria per i soli contratti di vendita²⁴ di beni di consumo alla generalità dei contratti di compravendita, ma ha esteso all'intero tipo contrattuale la disciplina di diritto comune dell'inadempimento di cui ai novellati §§ 323 ss. BGB, prevedendo che il difetto di conformità del bene trasferito assuma significato di inattuazione degli obblighi contrattuali gravanti sul debitore e sia, correlativamente, sottoposto alla normativa generale in tema di inadempimento delle obbligazioni contrattuali. Pertanto, ove la cosa venduta non possieda le qualità previste dal contratto secondo le previsioni del §434 BGB, il successivo § 437 stabilisce che il compratore possa, in primo luogo²⁵, pretendere l'esatto adempimento (o l'adempimento successivo: *Nacherfüllung*), consistente nell'eliminazione del vizio (riparazione del bene) o nella consegna di una cosa libera da vizi (sostituzione del bene), ovvero, in secondo luogo, recedere dal contratto o ridurre il prezzo pattuito²⁶.

Proprio la previsione dell'azione di esatto adempimento, quale rimedio elettivo per il caso di consegna di beni viziati, consente di ritenere indubbia l'esistenza di un vincolo contrattuale di conformità, poiché in tanto è possibile chiedere una condanna all'adempimento di un'obbligazione in quanto il comportamento al quale si chiede la condanna della controparte costituisca l'oggetto di un vincolo obbligatorio. Tale previsione ha comportato anche l'abbandono della pretesa alla *Wandlung*, l'azione di risoluzione del contratto di vendita modellata in aderenza alla redibitoria di diritto romano, sostituita dal diritto potestativo di recesso previsto dal § 323 BGB, totalmente emancipato dal requisito della colpa in quanto legato all'oggettiva inattuazione del programma contrattuale. Infine, la stessa pretesa risarcitoria, azionabile allorché la difformità del bene consegnato dipenda da colpa del venditore, è stata ricondotta nel solco della disposizione generale dei §§ 280 ss.,

24 Da intendersi, secondo la previsione dell'art. 1, parr. 2 e 4 della direttiva 1999/44/CE, come un contratto comunque finalizzato alla fornitura di beni di consumo, anche da fabbricare o produrre, rientrando, pertanto, nel novero delle fattispecie assoggettate alla disciplina comunitaria non soltanto i contratti di compravendita *stricto sensu* intesi, ma pure i contratti di permuta, di somministrazione, di appalto, d'opera e simili. Sulla nozione di vendita rilevante ai fini della direttiva v., per tutti, l'accurata analisi di G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto*, cit., p. 24 ss. Si avrà modo di ritornare sul punto nel Capitolo III.

25 L'ordine gerarchico dei rimedi non è, peraltro, espressamente previsto dal § 437, ma si deduce dal dettato del § 323, ove al creditore della prestazione ineseguita o inesattamente eseguita è data la possibilità di recedere dal contratto soltanto dopo avere inutilmente fissato al debitore un congruo termine per la *Leistung* o per la *Nacherfüllung*. Sul punto: A. MATUSCHE BECKMANN, sub § 439, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 285; D. MEDICUS – S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, cit., p. 42 ss. e 54 ss.

26 Al sistema dei rimedi apprestati dal diritto tedesco per il caso di difetto di conformità del bene compravenduto sarà dedicata un'ampia analisi nel corso del del Capitolo III.

così completando l'affrancazione della disciplina del BGB in tema di compravendita dalle reminiscenze romanistiche della garanzia redibitoria.

In alternativa al *Rücktritt*, peraltro, il compratore può, come ricordato, anche avvalersi del diritto di ridurre il prezzo pattuito, secondo la disciplina speciale di cui al § 441, ove si prevede che «*kann der Käufer den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern*». In tal modo, coerentemente – e non avrebbe potuto essere diversamente – con quanto prescritto dalla direttiva²⁷, il legislatore tedesco, dopo essersi liberato dell'azione redibitoria mediante la sostituzione con il diritto potestativo di recesso, ha invece conservato un rimedio che, almeno *prima facie*, sembra potersi ricondurre all'*actio aestimatoria* o *quanti minoris* concessa dagli edili romani in alternativa all'*actio redhibitoria*²⁸.

Similmente, anche la Convenzione di Vienna del 1980, pur essendo stata fortemente influenzata²⁹, nella fase della sua elaborazione, dal radicale ripensamento della disciplina dei vizi del bene compravenduto dovuta al pensiero di Ernst Rabel³⁰, il quale con vigore ha indicato la necessità dell'abbandono dell'antico sistema romanistico delle azioni edilizie in favore di uno statuto della compravendita in cui il venditore ha l'obbligo di trasferire beni conformi alle previsioni contrattuali, concede al compratore di beni viziati un complesso di rimedi che, accanto all'azione di esatto adempimento³¹ (art. 46) e al diritto di dichiarare risolto il contratto («*declare the contract avoided*»: art. 49), prevede la possibilità (art. 50) per il compratore di ridurre il prezzo («*the buyer may reduce the price*») in ragione della differenza fra il valore dei beni consegnati e il valore che avrebbero avuto beni conformi alle previsioni contrattuali³².

27 L'art. 3, par. 5 della direttiva prevede, infatti, espressamente il diritto del consumatore cui siano stati consegnati beni non conformi al contratto il diritto di chiedere «una congrua riduzione del prezzo» («*an appropriate reduction of the price*» nel testo inglese; «*eine angemessene Minderung des Kaufpreises*» nel testo in lingua tedesca; «*una réduction adéquate du prix*», nella versione francese). Per una stigmatizzazione della genericità del dettato della direttiva circa la natura e le modalità di attuazione di tale rimedio, v. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto*, cit., p. 198 ss.; P. SCHLECHTRIEM, *Die Anpassung des deutschen Rechts an die Klausel-Richtlinie und den Richtlinienavorschlag zum Verbraucherkaufrecht*, in ZSR, 1999, p. 344.

28 V. nota 3.

29 Per una breve storia dei lavori che hanno portato all'approvazione della CISG e delle principali influenze di pensiero che hanno li hanno animati, v. P. SCHLECHTRIEM – I. SCHWENZER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, cit., p. 1 ss.; P. HUBER – A. MULLIS, *The CISG*, München, 2007, p. 2 s.

30 Lo si veda espresso, in particolare, in E. RABEL, *Das recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, Berlin, 1958 (I edizione, 1936); ID., *Das recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, II, Berlin, 1964 (I edizione, 1957); ID., *The nature of warranty of quality*, in *Tulane Law Review*, 1950, p. 273 ss.

31 In forza di tale azione, «*the buyer may require delivery of substitute goods*» ovvero («*may require the seller to remedy the lack of conformity by repair*»).

32 Per osservazioni sull'art. 50 CISG si leggano, sin d'ora, G. ALPA – M. BESSONE, *Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili*, in *La vendita internazionale. La*

L'idea di fondo che anima il pensiero di Rabel è il rifiuto del concetto romanistico di garanzia per vizi³³, nell'ottica della riconduzione della compravendita di cose viziate alla disciplina generale dell'inadempimento contrattuale, sicché lo stesso lato rimedi della garanzia – con le sue peculiarità – dovrebbe essere riportato nel solco del diritto comune. La CISG, però, non ha ripudiato interamente il sistema dei rimedi tramandati dal diritto romano, bensì ha accolto al proprio interno non soltanto la possibilità per il compratore di beni mobili non conformi di dichiarare sciolto il contratto – con conseguente restituzione delle eventuali prestazioni già eseguite – ma anche il diritto di ridurre il corrispettivo pattuito in ragione dei difetti del bene trasferito, così conservando due rimedi di cui è chiara l'ascendenza dal nostro antico diritto latino.

3. La situazione del diritto italiano e l'enunciazione degli scopi della ricerca.

In corrispondenza con l'attuazione della ricordata direttiva 1999/44/CE, gli altri Stati membri dell'Unione europea – e fra questi quello italiano – non hanno intrapreso un'opera riformatrice di portata analoga a quella promossa dal legislatore tedesco³⁴, limitandosi a recepire negli ordinamenti nazionali le norme settoriali

Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980), Milano, 1981, p. 197 ss.; R. DE NICTOLIS, sub art. 50, in BIANCA, Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, cit., p. 234 ss.; P. SCHLECHTRIEM – I. SCHWENZER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, cit., p. 564 ss.; P. HUBER – A. MULLIS, The CISG, cit., p. 247 ss.

33 E. RABEL, *The nature of warranty of quality*, cit., p. 275 s., ove si afferma che «*an immense discussion has not produced a clear agreement on the reason and scope of warranty*», la quale (p. 276) «*is still a complicated and separate institution, producing peculiar causes of action and lacking an organic position in the contractual system*».

34 Contrariamente alla generalità dei Paesi europei – e, in particolare, dei Paesi sui quali si è soffermata la nostra attenzione, ad eccezione della Germania –, la Grecia ha colto l'occasione dell'attuazione della direttiva 1999/44/CE per procedere a un generale ripensamento della disciplina di diritto comune, attraverso la tendenziale estensione del sistema di garanzie disegnato dalla normativa di settore all'intero tipo contrattuale della compravendita. In particolare, la Repubblica ellenica, con la legge n. 3043 del 2002, ha scelto di apportare profonde modifiche alla disciplina generale della compravendita, mediante un'espressa formulazione dell'obbligazione di conformità gravante sull'alienante (art. 534 c.c. civile greco) valevole per qualsiasi contratto di vendita, mentre soltanto le previsioni dell'art. 6 della direttiva sono state inserite nella legge generale greca sulla tutela del consumatore del 1994, e hanno pertanto un campo di applicazione limitato alle vendite di beni di consumo.

Similmente, l'Austria ha dato attuazione agli artt. 2 (parr. 1-4), 3, 4 e 5 della direttiva attraverso la modificazione e l'inserimento dei §§ 922, 924, 932, 933 e 933b dell'ABGB, i quali dettano norme valevoli per ogni contratto di vendita. Le norme di recepimento delle altre disposizioni della

dedicate alla vendita di beni di consumo, senza cogliere l'occasione offerta dalla normativa comunitaria per rivedere l'impianto delle garanzie dovute dal venditore nel caso di difettosità della merce e spesso senza neppure procedere a un vero e proprio coordinamento fra la disciplina consumeristica e quella generale del contratto di compravendita. Il risultato di tale inerzia è la coesistenza di una pluralità di statuti normativi fra loro, almeno esteriormente, difficilmente collimanti, in quanto basati su premesse logico-dogmatiche e su ricostruzioni della volontà negoziale completamente diverse. Inoltre, le difficoltà ricostruttive sono accresciute dal fatto che la normativa di settore si attegga come trans-tipica, poiché – come già ricordato³⁵ - l'art. 1, parr. 2 e 4 della direttiva 1999/44/CE (e correlativamente, per l'ordinamento italiano, l'art. 128, comma 1, c.cons.) fa rientrare nel campo di applicazione oggettivo della disciplina della vendita di beni di consumo anche i contratti di permuta, somministrazione, appalto, d'opera e tutti i contratti comunque volti alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre.

Il nostro ordinamento interno, pertanto, è caratterizzato dalla coesistenza di una disciplina generale delle garanzie per vizi nella compravendita (artt. 1490 ss. c.c.), applicabile a tutti i contratti non sottoposti alla normativa consumeristica e fortemente tributaria della costruzione della giurisprudenza edile romana, e di una disciplina settoriale trans-tipica (artt. 128 ss. c.cons.), che estende la propria operatività anche a tipi contrattuali che il diritto comune fa destinatari di normative dedicate. È, poi, d'immediata percezione come la legge di settore disegni la responsabilità del venditore in maniera assai più consonante con quella posta a carico dell'appaltatore dagli artt. 1667 ss. c.c., rispetto all'illustrata responsabilità per vizi nella compravendita di diritto comune: nel contratto di appalto, infatti, similmente a quanto accade per la vendita di beni di consumo, la parte che riceva un bene affetto da vizi o difformità può innanzitutto pretendere che questi siano eliminati «a spese dell'appaltatore» (art. 1668 c.c.). Benché la giurisprudenza risalente opinasse nel senso che l'appaltatore fosse tenuto soltanto a rimborsare al committente le spese da questi sostenute per l'eliminazione dei vizi e non già ad

direttiva, applicabili alle sole vendite di beni di consumo concluse con professionisti da consumatori, sono state invece inserite nel *Konsumentenschutzgesetz* (KSchG).

I Paesi Bassi e la Danimarca, infine, pur avendo dato attuazione alla direttiva 1999/44/CE attraverso la novellazione del codice civile (come originariamente accaduto in Italia, con l'inserimento degli artt. 1519-*bis* ss. c.c.), hanno lasciato inalterata la disciplina di diritto comune del contratto di vendita, limitandosi a prevedere una normativa speciale destinata a essere applicata soltanto con riferimento alle vendite di beni di consumo concluse da consumatori con professionisti.

35 V. *supra* nota 24.

eliminarli egli stesso³⁶, la prevalente opinione dottrinale³⁷ e giurisprudenziale³⁸ ritiene che tale pretesa si presti ad essere qualificata quale applicazione della generale azione di adempimento³⁹, sicché il committente potrebbe ottenere dall'appaltatore l'eliminazione dei difetti dell'opera⁴⁰, così come il consumatore può ottenere la riparazione della cosa ovvero la sua sostituzione. L'art. 1668 c.c.⁴¹, inoltre, concede in ogni caso al committente la facoltà di domandare la riduzione proporzionale del corrispettivo pattuito per l'esecuzione dell'opera e, laddove le difformità o i vizi dell'opera siano tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, anche la risoluzione del contratto.

Nel multiforme atteggiarsi degli apparati rimediali posti a tutela dell'aspettativa del compratore o del committente di ricevere una bene conforme alle previsioni contrattuali ed esente da vizi, sembra opportuno segnalare la persistente presenza della riduzione del corrispettivo: tale pretesa, volta a ristabilire il rapporto di corrispettività fra le prestazioni, alterato per effetto dell'esistenza del vizio o del difetto di conformità, è infatti concessa sia al compratore di beni viziati, sia al committente che riceva beni difformi. Non solo: l'analisi delle tendenze di fondo della legislazione dei Paesi europei e dei testi di diritto uniforme (in primo luogo la CISG del 1980) rivela come fra i rimedi tramandatici dalla tradizione quello che pare

36 Così Cass. 28 marzo 1962, n. 639, secondo cui l'art 1668 c.c., concernente il contenuto delle garanzie per i difetti dell'opera appaltata, deve interpretarsi nel senso che l'appaltatore è tenuto a sopportare le spese che si sono rese necessarie per eliminare i difetti dell'opera medesima, e che non può essere imposto al committente l'onere di chiedere giudizialmente, prima di eliminare i vizi, la esecuzione forzata in danno dell'appaltatore ai sensi degli artt. 2931 c.c. e 612 c.p.c., ma pure Cass. 18 marzo 1956, n. 768, ove apertamente si discorre di «esecuzione in danno dell'appaltatore».

37 Per tutti, D. RUBINO – G. IUDICA, sub art. 1668, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 404 s.; C. MIRABELLI, sub art. 1668, in *Commentario UTET*, Torino, 1968, p. 445 s.; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato Cicu Messineo*, Milano, 1977, p. 199.

38 Cass. 14 marzo 1975, n. 964, secondo la quale l'art. 1668 c.c. non richiede che i vizi debbano essere eliminati da un terzo e che l'appaltatore sia soltanto tenuto al rimborso della spesa relativa, ma deve essere inteso nel senso che l'appaltatore è tenuto anzitutto ad eseguire egli stesso le opere di correzione o di riparazione senza diritto ad ulteriore compenso, e che, a seguito del suo rifiuto, il committente, il quale non intenda limitarsi a richiedere il risarcimento dei danni, può avvalersi del procedimento per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare; su posizioni simili, Cass. 22 giugno 1989, n. 2974 e Cass. 4 agosto 1988, n. 4839; la più esplicita nell'accogliere la nuova prospettiva è, però, Cass. 7 febbraio 1983, n. 1016, per la quale l'eliminazione delle carenze dell'opera a spese dell'appaltatore comporta per quest'ultimo l'obbligo di procedere direttamente ai lavori di correzione e riparazione, senza ulteriore compenso, restandone addirittura escluso l'onore di rimborsare al committente le spese di rifacimento, il quale potrebbe invece trovare il proprio corretto inquadramento nella pretesa alla riduzione del corrispettivo. Di recente, cfr. Cass. 16 marzo 2011, n. 6181.

39 V., in particolare, C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 181 ss.

40 Laddove, poi, l'appaltatore non provvede all'eliminazione dei vizi, il committente – secondo l'opinione che sembra nettamente prevalente – può rivolgersi al giudice onde ottenere la condanna della controparte all'esatto adempimento e procedere quindi ai sensi dell'art. 2931 c.c.: in giurisprudenza, v., per tutte, Cass. 4 agosto 1988, n. 4839.

41 La disciplina posta dall'art. 1668 c.c. per il contratto di appalto si applica, in forza del rinvio contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2226 c.c., anche al contratto d'opera.

essere soccombente nel quadro dell'evoluzione degli ultimi decenni è non tanto l'*actio quanti minoris*, quanto piuttosto la *redhibitoria*. Scomparsa nel BGB, in favore della previsione del diritto di recesso, a seguito dell'approvazione del *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, fortemente compressa nelle possibilità di azionamento⁴² e comunque assai diversamente disegnata⁴³ nella Convenzione di Vienna del 1980, relegata a un ruolo ancillare e secondario⁴⁴ dalla direttiva 1999/44/CE e dalle normative nazionali di attuazione, la risoluzione del contratto quale rimedio speciale concesso al compratore di beni viziati o non conformi sembra incontrare un sempre più diffuso sfavore, che si riverbera nella sua tendenziale esclusione in tutti i casi in cui essa non si palesi come l'unica soluzione possibile in considerazione della gravità dell'inadempimento e del comportamento tenuto dal venditore e il correlativo restringersi del suo ambito di applicazione in favore dei rimedi conservativi del rapporto contrattuale.

A dispetto di questa recente tendenza recessiva, l'azione di risoluzione ha ricevuto in passato e continua ancor oggi a ricevere un'attenzione ricostruttiva assai cospicua, di cui sono espressione l'ampia letteratura e la grande mole di giurisprudenza a essa dedicate. Al contrario, l'azione estimatoria non è stata destinataria di un'analoga opera interpretativa né di un'attenzione giurisprudenziale comparabile, rimanendo per molti versi un rimedio dai confini spesso incerti, anche a cagione di un dettato normativo molto scarno il quale ha lasciato in ombra e irrisolti molti problemi⁴⁵,

42 La risoluzione del contratto di vendita, ai sensi dell'art. 49 CISG è, infatti, possibile soltanto ove l'inadempimento del venditore costituisca un *fundamental breach of contract* ovvero non avvenga la consegna del bene venduto e il venditore non consegni i beni entro il termine ragionevole fissato dal compratore o dichiari che non effettuerà la consegna entro tale termine. Tale decisa restrizione della possibilità di ricorrere al rimedio in parola si spiega agevolmente con il suo porsi in antitesi con gli stessi scopi della Convenzione, diretta piuttosto ad agevolare e rendere più certi gli scambi commerciali: in questo stesso senso, v. R. DE NICTOLIS, sub art. 49, in C.M. BIANCA, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., p. 226; G. ALPA – M. BESSONE, *Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili*, cit., p. 203.

43 Il testo italiano, similmente a quello francese (ove si discorre di *résolution*), utilizza il termine "risoluzione" per designare il diritto riconosciuto al compratore dall'art. 49, ma il testo originale in lingua inglese, invece, adotta il termine *avoidance*, neutro e non appartenente alla tradizione giuridica di *common law* – ove è radicato l'uso del termine *rescission* –, proprio a segnare il distacco dalla redibizione intesa come azione giudiziale diretta a ottenere una pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto di vendita.

44 Come si avrà modo di chiarire *infra*, giusta la direttiva 1999/44/CE e l'art. 130 c.cons., il compratore di un bene affetto da un difetto di conformità è legittimato a ricorrere alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto (nel testo inglese: *rescission*; nella versione tedesca: *Vertragsauflösung*; nel testo in lingua francese: *réduction*) soltanto laddove ricorrano le condizioni previste dall'art. 3, par. 5 della direttiva ovvero dall'art. 130, comma 7, c.cons., ma la risoluzione è esperibile nelle sole ipotesi in cui il difetto di conformità manifestatosi non sia di lieve entità.

45 Si pensi, ad esempio, ai temi inerenti al rapporto intercorrente fra la riduzione del prezzo e il diritto al risarcimento del danno, la quantificazione della riduzione, la natura giuridica della pretesa del compratore, la sua eventuale azionabilità in sede stragiudiziale, ecc.

frustrando le finalità dell'istituto e aprendo le porte all'applicazione pressoché incondizionata del rimedio risolutorio.

La presente indagine si propone, pertanto, di analizzare il lato rimediale connesso al trasferimento di beni viziati o non conformi, con specifico riferimento alla riduzione del corrispettivo quale rimedio conservativo del contratto di vendita. Di esso sarà oggetto di studio innanzitutto l'evoluzione storico-comparatistica, la quale consentirà di far luce sui retaggi culturali che hanno costituito le base dell'elaborazione del rimedio e di giustificare le diversità esistenti nel nostro diritto positivo fra previsioni apparentemente simili, quali quelle degli artt. 1492 e 1668 c.c. e dell'art. 130 c.cons. Successivamente, si procederà alla ricostruzione del diritto positivo esistente, al fine di chiarire l'ambito di applicazione del rimedio, le sue modalità di esercizio e le interrelazioni con gli altri istituti posti a tutela del compratore (in particolare, la risoluzione e il risarcimento).

CAPITOLO SECONDO

1. La compravendita in Roma antica e l'editto degli edili curuli

La genesi delle azioni concesse dall'art. 1492 c.c. al compratore di beni affetti da vizi materiali suole farsi risalire allo *ius honorarium* dei magistrati edili di Roma antica, i quali approfittarono dello *ius edicendi*⁴⁶ loro spettante per regolare la materia che qui interessa.

Il diritto romano arcaico non apprestava alcuna tutela per il caso di vizi della *res empta*, secondo la tralatizia massima «*caveat emptor*»⁴⁷, a mente della quale, poiché la vendita avveniva in presenza di entrambe le parti e del bene contrattato⁴⁸, di cui il

46 Gai Instit. 1.6: «*Ius autem edicendi habent magistratus populi romani; sed amplissimus est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent*». Per talune informazioni sullo *ius edicendi* si consulti in primo luogo il classico studio di M. KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, in *Mélanges P. Meylan*, I, Lausanne, 1963, p. 173 ss., poi pubblicato anche in ID., *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, p. 477 ss. V., inoltre, E. BETTI, *Iurisdicatio praetoris e potere normativo*, in *Labeo*, 1968, p. 16 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, p. 558 ss.; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 109 ss.

47 Sulla regola che addossa al compratore il rischio circa le qualità della cosa compravenduta nel diritto romano arcaico, v. in generale H.H. JAKOBS, *Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht – Zur Ordnung des Recht der Leistungsstörungen im Bürgerlichen Gesetzbuch und nach Einheitlichem Kaufrecht*, Paderborn, 1985, p. 128 s.; sul punto cfr. anche le penetranti osservazioni di H. HONSELL, *Von den aedilischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984, p. 55 ss., ove ampia analisi dell'influsso del punto di vista romano circa l'allocatione dei rischi della compravendita sul diritto posteriore.

Nel senso dell'inesistenza, nel diritto civile romano, di una responsabilità generale oggettiva per i vizi occulti della cosa venduta, v. altresì V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, p. 353 ss.; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 241; U. KORTH, *Minderung beim Kauf*, Tübingen, 2010, p. 22, il quale ritiene che il fondamento di tale regola e del connesso accollo del rischio in ordine alle qualità della cosa venduta in capo al compratore si basi «*auf der Wertung, dass dem Verkäufer die Verwendungszwecke, die der Käufer mit der Kaufsache verfolgt, nicht zu interessieren brauchen. Es ist Angelegenheit des Käufers, die Tauglichkeit der Kaufsache für die beabsichtigte Verwendung zu untersuchen*».

48 Lo R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, p. 307, con riferimento all'idea dominante nei sistemi arcaici, discorre

venditore aveva avuto modo di prendere visione e che solitamente veniva contestualmente consegnato, doveva ritenersi rientrare nella diligenza del compratore l'esame dell'oggetto acquistato, senza che potessero rilevare eventuali difetti occulti. Avendo avuto la possibilità di ispezionare l'oggetto acquistato durante la contrattazione, il compratore non poteva dolersi di eventuali vizi del medesimo, in quanto la diligenza che l'ordinamento presume egli possieda avrebbe dovuto consentirgli di ravvisarli prima del perfezionamento dello scambio.

La rigidità di tale costruzione è evidente e comportava un ingiustificato vantaggio per i venditori, i quali erano totalmente affrancati da qualsivoglia responsabilità rispetto alle qualità del bene venduto. Peraltro, tale costruzione costituiva la naturale conseguenza della concezione della vendita tipica della mentalità e dell'elaborazione giuridica romana. Il giurista romano, infatti, considerava la compravendita eminentemente quale contratto avente ad oggetto un bene specifico⁴⁹, il cui trasferimento si perfezionava in presenza delle parti e, soprattutto, sulle cui qualità il venditore non poteva in alcun modo influire, trattandosi di un bene normalmente da lui non costruito. La vendita romana aveva tipicamente ad oggetto *res* specifiche e non fungibili, a cagione dell'inesistenza stessa di un processo produttivo industrializzato.

Proprio per questo motivo, la scienza giuridica romana non giudicava possibile che l'accordo delle parti avesse ad oggetto anche le qualità della cosa venduta, giacché la stessa poteva essere contrattata soltanto così com'era. Il venditore, infatti, non avrebbe potuto obbligarsi a prestare una cosa avente caratteristiche diverse da quelle che il bene contrattato possedeva, in quanto si sarebbe obbligato a compiere una prestazione impossibile: in altre parole, la cosa su cui cadeva il consenso contrattuale poteva già possedere determinate caratteristiche ovvero non possederle, sicché nessun impegno obbligatorio del venditore poteva essere concepibile in ordine alla presenza di determinate qualità nel bene venduto⁵⁰.

apertamente di una vendita che avviene davanti agli occhi dei contraenti (*Kauf vor Augen*) e richiama il motto proverbiale germanico «*Wer die Augen nicht auf tut, der tue [tut, in una versione alternativa] den Beutel auf*» nonché il similare «*qui n'ouvre pas yeux doit ouvrir la bourse*». Richiama lo stesso motto anche H. HONSELL, *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, cit., p. 56.

49 Si noti, infatti, come nel diritto romano, fino a tutto il periodo classico, la vendita di cosa generica non costituisca affatto un contratto tipico consensuale di vendita, ma venga rivestita delle forme della *stipulatio*, i cui formulari solitamente prevedevano che il venditore si obbligasse a dare una cosa di qualità media traendola dal *genus*. Cfr., sul punto, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 121 ss.; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. 2. System des Kaufs nach gemeinem Recht*, Leipzig, 1876, p. 331 ss.

50 V. in proposito i rapidi cenni contenuti in G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 876; ID., *Proprietà e consegna nella vendita di beni di consumo*, *ivi*, 2004, I, p. 224. La tesi secondo cui l'accordo contrattuale non si estenderebbe alle qualità della cosa, la quale, una

La naturale conseguenza di siffatta impostazione, basata su un'applicazione rigida del principio di non contraddizione⁵¹, era l'estraneità delle qualità della *res* rispetto all'oggetto del contratto, il quale si esauriva nella cosa così come era al momento in cui era scambiata.

Da quanto detto emerge come la tutela del compratore nel diritto romano arcaico facesse perno pressoché esclusivamente sulla possibilità per costui di esaminare il bene prima del perfezionamento dell'acquisto, sicché – come si è esposto – sarebbe stato possibile riconoscere l'esistenza di eventuali vizi, in conseguenza dei quali l'*emptor* avrebbe potuto determinarsi a desistere dal contrarre ovvero chiedere un adeguamento del prezzo in ragione del minor valore che la *res* possedeva a cagione dei difetti riscontrati⁵². Peraltro, tale “tutela” aveva carattere esclusivamente preventivo e, oltre a dipendere fortemente dall'effettiva diligenza del compratore nell'esaminare il bene, non era di alcuna utilità ove i difetti del bene non fossero visibili neppure con un'accurata ispezione ovvero si manifestassero esteriormente soltanto in un tempo successivo alla consegna del bene.

A fronte della regola di fondo che addossava senz'altro al compratore il rischio circa le qualità della cosa venduta, era peraltro possibile trasferire tale rischio in capo al venditore attraverso l'assunzione, da parte di quest'ultimo, della garanzia delle qualità del bene mediante una stipulazione aggiunta e distinta rispetto al contratto di vendita. A tal proposito è stato dimostrato⁵³ come pattuizioni di garanzia in

volta individuata temporalmente e spazialmente, comprende tutte le qualità da essa possedute, senza che le parti possano proporsi che l'oggetto abbia determinate qualità o non abbia taluni difetti, è stata vigorosamente sostenuta anche dalla moderna dottrina fra la metà del XIX e la metà del XX secolo (e pertanto si rimanda alla partita trattazione che se ne farà nel Capitolo III): fin d'ora si consultino, per tutti, E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, p. 437 ss. (il quale ritiene che la rappresentazione e la volontà negoziali non possano mai essere comprensive delle qualità del bene in quanto la rappresentazione di tali qualità sarebbe un giudizio sull'oggetto come già determinato e pertanto costituirebbe un mero motivo dell'intenzione di contrarre); e M.J. SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von der Glossatoren bis zum BGB*, Wien, 2000, p. 661 ss.

51 Per una convincente critica a tale assunto si veda fin d'ora L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 11 ss., il quale ritiene che la conclusione secondo cui le qualità della cosa non potrebbero costituire oggetto della manifestazione di volontà negoziale sarebbe il frutto di «un'arbitraria scorporazione della previsione delle qualità dal processo intellettuale dell'oggetto» e non già dell'applicazione del principio di non contraddizione. La critica di Mengoni si svolge nel solco di quella di W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*¹, Münster, 1948 e ID., *Eigenschaftsirrtum und Kauf*², Darmstadt, 1975 (d'ora innanzi il testo sarà citato sempre con riferimento a questa seconda edizione).

52 È bene notare subito la simmetria esistente fra il profilo rimediabile che emergerà dallo *ius honorarium* degli edili curuli e le possibilità che il pensiero giuridico romano ricollega alla conoscenza da parte del venditore dei vizi della cosa: da un lato, sciogliersi dal vincolo o non dargli vita, e dall'altro, ottenere la riduzione del prezzo della compravendita in via successiva ovvero anticipata.

⁵³ Per tutti, E. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997, p. 165 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 353 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 310.

ordine alle caratteristiche della *res* che formava oggetto del contratto non fossero affatto eccezionali, bensì la prassi commerciale conoscesse un nutrito elenco di formule a ciò dirette. Peraltro, tali formule non legittimavano affatto una pretesa del compratore alla consegna di un bene che possedesse le qualità promesse o fosse libero dai vizi in ordine ai quali la garanzia era stata concessa, bensì costituivano soltanto il fondamento di una richiesta risarcitoria per l'eventualità in cui la cosa si rivelasse non possedere le qualità o mancasse delle specifiche caratteristiche oggetto della garanzia⁵⁴. Si trattava, quindi, di una mera assunzione da parte del venditore del rischio circa la ricorrenza di determinate qualità del bene, del tutto coerente con l'assunto per cui costui non poteva assumere alcuna obbligazione riguardo alla sussistenza o meno di determinate qualità nel bene oggetto dello scambio, potendo – al più – obbligarsi a corrispondere all'acquirente una somma di denaro per il caso in cui la *res* fosse viziata ovvero non presentasse le caratteristiche promesse⁵⁵.

La regola per cui il venditore rispondeva dei vizi o delle mancanze di qualità della cosa soltanto ove avesse garantito riguardo alla loro assenza o sussistenza⁵⁶, trovò un temperamento soltanto in diritto classico, allorché furono introdotte l'*actio ex empto* e le azioni edilizie.

Queste seconde risalgono, come noto, agli editti emanati dagli *aediles curules*, approssimativamente a partire dal II secolo a.C., con riferimento dapprima alle vendite di schiavi e successivamente di giumenti⁵⁷. All'edilità spettavano la *cura annonae* e la *cura urbis*, le quali entrambe contemplavano la vigilanza sui mercati; agli edili curuli spettava, inoltre, la giurisdizione sui contratti conclusi nei mercati⁵⁸, sicché essi furono indotti a concedere speciali rimedi volti a regolare tali affari. Si venne creando, così, una branca dello *ius honorarium* costituita da un editto annuale il quale venne successivamente confermato negli anni successivi sino a divenire

⁵⁴ In questo senso V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 357; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 310; H. HONSELL, *Quod interest im Bonae-Fidei-Iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München, 1969, p. 65 s.

⁵⁵ E. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf*, cit., p. 173 ss.; W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Darmstadt, 1975, p. 57 s.; U. KORTH, *Minderung beim Kauf*, p. 22, ove si richiama C. BALDUS, *Una actione experiri debet? Zur Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht*, in *Orbis Iur. Rom.* (OIR), 1999, p. 32 ss.

⁵⁶ Per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 353 ss.; H.H. JAKOBS, *Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht*, cit., p. 129.

⁵⁷ Per *iumentum*, secondo l'opinione dominante, si intendeva l'animale che *dorso domatur* (G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 76, ove si riporta la conforme opinione di Cuiacio): pertanto *iumenta* sono cavalli, asini, muli e tutti gli equini in genere. In realtà, questo secondo editto, almeno stando al tenore letterale dell'*elogium*, doveva applicarsi anche alle *pecorae*; D. 21, 1, 38, 5: *Idcirco elogium huic edicto subiectum est, cuius verba haec sunt: "quae de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunt"*

⁵⁸ Sulle competenze degli edili curuli si rimanda a M. KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, cit., p. 173 ss. e alle altre opere citate alla nota 1. Si veda, inoltre, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 361.

tralatizio e che fu oggetto di una complessiva sistemazione ad opera di Giuliano⁵⁹. Tale editto comprendeva una vasta congerie di disposizioni, raccolte in varie rubriche, fra cui quelle *de mancipiis vendundis* e *de iumentis vendundis* – le più risalenti nel tempo⁶⁰ –, ove veniva introdotto per la prima volta il principio della responsabilità oggettiva del venditore per i vizi occulti del bene venduto e venivano concesse *actiones in factum* intese a sanzionare la presenza di vizi: l'*actio redhibitoria*, volta a porre nel nulla lo scambio, e l'*actio aestimatoria*, diretta ad ottenere la riduzione del corrispettivo pagato.

Tali provvedimenti erano volti, in primo luogo, a imporre ai venditori la denuncia⁶¹ degli eventuali vizi dello schiavo o dell'animale venduto previsti dall'editto⁶² e consideravano i contravventori oggettivamente responsabili per l'eventuale scoperta di tali vizi posteriormente al perfezionamento dello scambio. In tal modo, gli edili introdussero una forma di garanzia implicita per i vizi dello schiavo, la quale veniva meno soltanto ove il compratore avesse rinunciato alle azioni concesse, mediante un patto contemporaneo o successivo, ovvero fosse a conoscenza del difetto ancorché non dichiarato.

Con un inciso posteriore, il testo editto arrivò a concedere i medesimi rimedi previsti per il caso di violazione dell'obbligo di dichiarare i vizi anche per la diversa ipotesi di false o inesatte dichiarazioni o promesse da parte del venditore sulle qualità dello schiavo⁶³, purché le stesse non fossero state fatte *ad nudam laudem*, ma si

59 L'attribuzione dell'opera di sistemazione dell'editto a Salvio Giuliano è anch'essa tralatizia, ma le fonti invero tacciono sul punto. Cfr. L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, p. 5.

60 Sul periodo di emanazione dell'editto e delle sue singole rubriche si rimanda senz'altro all'approfondita trattazione di G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 90 ss., il quale aderisce all'opinione dominante secondo cui le fonti suffragano l'ipotesi che le disposizioni inerenti il *servus vitiosus* fossero già state emanate nella prima metà del II secolo a.C. (con successive integrazioni), mentre la rubrica *de iumentis vendundis* risalirebbe alla seconda metà del I secolo a.C.

61 Sull'obbligo di denuncia del venditore nell'editto e la c.d. responsabilità *ex reticentia* cfr. E. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf*, cit., p. 127 ss.; EAD., *Diebische sklaven, marode Balken: Von den römischen Wurzeln der Gewährleistung für Sachmängel*, in M.J. SCHERMAIER, *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, München, 2003, p. 32; G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 6 ss.; J.D. HARKE, *Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Sicht*, in *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 2005, p. 68 s.; C. BALDUS, *Una actioe experiri debet? Zur Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht*, cit., p. 35 ss.; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., p. 311 ss.

62 L'editto imponeva la dichiarazione non di tutti i vizi, ma soltanto di quelli espressamente contemplati. Costituivano vizi rilevanti ai fini dell'editto *de mancipiis vendundis* e, pertanto, dovevano essere dichiarati dal venditore: tutti i vizi corporali (cioè i difetti fisici, purché tali da limitare le abilità dello schiavo: G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 8), tre vizi dell'animo (ovvero l'essere il *servus fugitivus* o *erro* o l'aver costui tentato il suicidio) e tre vizi giuridici (*servus noxa non solutus*, schiavo reo di *capitalis fraus* o inviato a lottare contro le belve). Al venditore di *iumenta* era parimenti imposta la *dictio* dei vizi, la quale però – trattandosi di animali – non risentiva della distinzione fra *vitia animi* e *vitia corporis*.

63 Sulla responsabilità derivante in capo al venditore sulla base di *dicta* e *promissa* in ordine alle qualità del bene cfr. G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 26 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La*

fossero tradotte in *stipulationes* o *promissiones*. Ai fini di tale previsione rilevavano le promesse aventi ad oggetto qualsiasi qualità o mancanza di qualità dello schiavo, vertenti su quelle in ordine alle quali l'editto prescriveva i *dicta* o meno⁶⁴.

I due rimedi concessi dagli edili al compratore a fronte della violazione degli obblighi così imposti al venditore consistevano nelle azioni *redhibitoria* ed *aestimatoria*.

L'esperimento della prima comportava l'imposizione all'attore-compratore, da parte del magistrato, dell'onere di *redhibere*⁶⁵ lo schiavo o l'animale, a fronte del cui adempimento il venditore era tenuto alla restituzione del prezzo⁶⁶. La prestazione che incombeva in capo al compratore aveva carattere indivisibile e non poteva essere sostituita dall'eventuale rimborso del valore in denaro. L'azione, pertanto, era inespugnabile in tutti i casi in cui la redibizione fosse divenuta impossibile per fatto dell'attore, come avveniva laddove il *mancipium* fosse morto per fatto di costui⁶⁷, manomesso ovvero su di lui fossero stati costituiti diritti reali a favore di terzi. Al

compravendita in diritto romano, cit., p. 366 s.; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., p. 315; E. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, cit., p. 133 ss.; EAD., *Cavere und Haftung für Sachmängel. Zehn Argumente gegen Berthold Kupisch*, in E. JAKAB – W. ERNST, *Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, Heidelberg, 2008, p. 134 s. Per osservazioni generali sul punto, H. HONSELL, *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, cit., p. 59.

64 Si veda, per tutti, IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 28.

65 Il nome del rimedio, infatti, non è riferito al fine che il compratore persegue con il suo esperimento – ovvero la restituzione del prezzo o la liberazione dall'obbligo di corrisponderlo – ma al comportamento che costituisce l'onere imposto all'*emptor* al fine di raggiungerlo. È in tal senso la chiara definizione ulpiana riportata in D. 21, 1, 21, secondo cui *redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio*. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 239.

66 Secondo l'opinione che sembra godere di maggior credito (v. ancora G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 139 e p. 174 ss.; per una panoramica delle varie tesi si rinvia a V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 371 ss. e, più di recente, a L. MANNA, 'Actio redhibitoria' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto 'de mancipiis vendundis', Milano, 1994, p. 223 ss.), ove il venditore non avesse ottemperato all'obbligo di restituzione del prezzo pagato, sarebbe stato condannato in *simpulum* (*quanti ea res sit*) in età classica, e in *duplum* nella Compilazione giustiniana. D. 21, 1, 45, che prevede la condanna in *duplum*, costituisce, peraltro, uno dei punti più controversi della dottrina dell'*actio redhibitoria*, sicché la riferita opinione è stata di recente sottoposta ad un pregevole vaglio critico da L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, cit., p. 1 ss. e particolarmente p. 22 ss. Si veda *infra* nel testo.

67 In tal caso, infatti, le fonti lo considerano vivo e non redibito (*pro vivo habendus*); sul tema della redibizione dello schiavo defunto, per fatto del compratore ovvero per causa a lui non imputabile, v. H. HONSELL, *Mortuus redhibetur*, in *Festschrift für Peter Schwerdtner zum 65. Geburtstag*, München, 2003, p. 575 ss.; P. MADER, *Mortuus redhibetur? Eine Untersuchung zum aedilizischen Sachmängelrecht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZSS)*, 1984, p. 206 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 330 ss., nonché l'ampia trattazione di R. LEDERLE, *Mortuus redhibetur. Die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht*, Berlin, 1983, *passim*. Di recente, nella nostra letteratura, si veda l'interessante rassegna storica sull'impossibilità della redibizione e sui principi raccolti in proposito dai maggiori codici europei presente in E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, p. 101 ss. e EAD., «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 95 ss. Sul perimento fortuito nella vendita di cosa viziata nel vigente diritto italiano può consultarsi R. OMODEI SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, Padova, 2004, *passim*.

contrario, l'editto considerava avvenuta la redibizione ove questa fosse divenuta impossibile per fatto non imputabile al compratore, come accadeva ove l'animale o lo schiavo fosse morto per una circostanza casuale.

La restituzione del *mancipium* comportava anche l'onere di restituire «*quod venditioni accessit*»⁶⁸, ovvero ciò che si fosse acquistato quale cosa accessoria dello schiavo⁶⁹, gli acquisti in natura o in danaro effettuati dal medesimo nonché le relative azioni.

L'onere di restituzione del bene e degli accessori non costituiva, però, l'unica prestazione incombente in capo al compratore a seguito dell'esercizio dell'*actio redhibitoria* in quanto costui era anche tenuto ad una prestazione pecuniaria in favore del venditore ove *post venditionem* il bene avesse subito deterioramenti a lui imputabili.

Il giudizio redibitorio comportava dapprima l'invito all'attore ad adempiere alle prestazioni ora ricordate e, a seguito dell'effettiva esecuzione delle stesse, l'esortazione al venditore convenuto alla restituzione del prezzo e degli accessori, ove il medesimo fosse già stato pagato, ovvero alla liberazione dell'attore⁷⁰, nel caso in cui non fosse stato ancora corrisposto⁷¹. Inoltre, egli era doveva tenere indenne il compratore dalle spese necessarie per la cura dell'oggetto acquistato e di quelle non necessarie ma da lui stesso autorizzate⁷², purché sostenute dopo la *litis contestatio*, mentre le spese per gli alimenti allo schiavo non costituivano oggetto di un obbligo restitutorio in quanto dovevano ritenersi compensate dall'utilità procurata dal *mancipium* nel tempo passato presso il compratore⁷³.

68 D. 21, 1, 23, 1: «*Iubent aediles restitui et quod venditioni accessit et si quas accessiones ipse praestiterit, ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset*». Anche con riferimento a tali accessori, l'impossibilità di restituzione derivante da fatto del compratore comporta l'impossibilità della condanna del venditore.

69 G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 147 porta l'esempio del peculio in relazione allo schiavo che ne sia dotato ovvero del bambino rispetto all'ancella madre.

70 Sempre secondo G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 152 tale liberazione non richiedeva una forma particolare, bensì poteva avvenire mediante qualsiasi forma di remissione contemplata dal diritto positivo.

71 D. 21, 1, 25, 9: *Praeterea in edicto adicitur sic: "et quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit, non reddetur: cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur"*.

72 D. 21, 1, 27: *Debet autem recipere pecuniam, quam dedit pro eo homine, vel si quid accessionis nomine. dari autem non id solum accipiemus, quod numeratur venditori, ut puta pretium et usuras eius, sed et si quid emptionis causa erogatum est. hoc autem ita demum deducitur, si ex voluntate venditoris datur: ceterum si quid sua sponte datum esse proponatur, non imputabitur: neque enim debet quod quis suo arbitrio dedit a venditore exigere. quid ergo, si forte vectigalis nomine datum est, quod emptorem forte sequeretur? Dicemus hoc quoque restituendum: indemnitas enim emptor debet discedere. Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 317; G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 153.*

73 D. 21, 1, 30, 1: *Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emptor fecerit, imputabit: praecedentes impensas nominatim comprehendendas pedius: sed cibaria servo data non esse imputanda aristo, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit. Gli interpreti (per tutti, G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 153) negano che il compratore possa legittimamente richiedere al venditore la restituzione delle spese sostenute per gli alimenti somministrati allo schiavo in quanto queste si compenserebbero con l'utilità che lo schiavo procura al compratore*

Ove il venditore, convenuto nel giudizio redibitorio, non avesse ottemperato alle obbligazioni restitutorie su di lui gravanti, l'opinione maggioritaria ritiene che il giudice lo condannasse nel *quanti ea res erit*, come confermato da numerosi passi delle fonti⁷⁴. Nella Compilazione, peraltro, si affermò la diversa regola per cui il resistente temerario avrebbe dovuto essere condannato a pagare il doppio del prezzo e degli accessori, mentre la condanna sarebbe rimasta *in simplum* in ordine agli interessi e al risarcimento degli eventuali danni provocati dalla cosa al compratore⁷⁵.

L'azione redibitoria poteva essere esperita soltanto entro sei mesi, decorrenti non già dalla scoperta del vizio⁷⁶ bensì dalla consegna ma computando soltanto i mesi utili, ovvero durante i quali il compratore avesse avuto la possibilità di agire⁷⁷.

2. (segue) l'actio quo minoris propter vitium o aestimatoria.

«*Aediles aiunt*⁷⁸: "qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitii causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus". [...]». Così D. 21, 1, 38 pr. riporta la formula dell'editto perpetuo giuliano, ove gli edili concedevano al compratore di giumenti affetti da vizi non soltanto la redibitoria, ma

nelle more fra l'acquisto e la redibizione, mentre le fonti paiono più decisamente fondare la compensazione sul mero fatto dell'essere lo schiavo *in ministerio eius* (sc. *emptoris*), sicché probabilmente deve concludersi nel senso che la restituzione delle spese per gli alimenti non è mai dovuta, neppure laddove il *mancipium* non si sia rivelato di alcuna utilità per il compratore, anche a cagione dei vizi che lo attingono.

74 Cfr. D. 21, 1, 23, 8 (*nec amplius quam pretio condemnabitur*); D. 21, 1, 31; ma anche, fuori sede, D. 5, 3, 20, 19, ove si legge: [...] *si res sit redhibita, hic utique et hereditaria est et pretium non veniet quod refusum est*.

75 Sulla vicenda dell'interpretazione di D. 21, 1, 45 si rimanda senz'altro ai testi citati alla nota 17 e in particolare alla recente indagine di L. MANNA, 'Actio redhibitoria' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto 'de mancipiis vendundis', cit., p. 223 ss., la quale giunge a discostarsi dall'opinione tradizionale a seguito di un'ampia rilettura delle fonti e delle tesi precedenti.

76 In questo senso, invece, R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, p. 61 s., sulla scia di Cuiacio.

77 Non si computava, pertanto, il tempo durante il quale il compratore fosse stato assente dal suo *domicilium* ovvero *absens reipublicae*: V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 369.

78 Il passo del Digesto riportato costituisce l'introduzione del secondo libro del commentario ulpiano all'editto degli edili: ciò spiega la presenza della consueta formula "*aediles aiunt*".

pure una azione *quo minoris* (*propter vitium*), esperibile per il tempo di un anno⁷⁹. La stessa azione, invece, non parrebbe essere prevista nella clausola dell'editto *de manicipiis vendundis*⁸⁰, ma di essa si fa parola in taluni frammenti del medesimo, ove è indifferentemente appellata come azione *quanto minoris*⁸¹, *quanti minoris*⁸² ovvero *aestimatoria*⁸³, e lo stesso Ulpiano (D. 21, 1, 31, 16⁸⁴) la considerava senz'altro applicabile anche con riferimento alle vendite di schiavi.

Il silenzio serbato dalla clausola dell'editto più antico circa l'azione oggi comunemente conosciuta come estimatoria ha costituito fonte di gravi dubbi e perplessità circa la classicità dell'azione, dubbi i quali sono accresciuti dalla molteplicità di nomi utilizzati per riferirsi ad essa, dato che nel diritto romano classico l'esatta indicazione dell'azione che veniva proposta costituiva elemento cardine del processo⁸⁵. Le riferite perplessità hanno portato la scienza romanistica a interrogarsi circa l'effettiva origine e il periodo d'introduzione dell'azione, addirittura conducendo il Monier⁸⁶ a ritenere che la medesima fosse una creazione dei compilatori. Su questo aspetto, peraltro, conviene intrattenersi brevemente in quanto da esso si potranno trarre importanti indicazioni in ordine alla natura dell'azione in diritto romano, le quali potranno essere utilmente messe a partito nella comprensione dell'evoluzione storica dell'istituto.

Ad avviso del Bechmann⁸⁷ l'azione in parola sarebbe stata introdotta quale azione *in factum* esperibile soltanto nel contesto delle vendite di giumenti, per poi venire

⁷⁹ G. IMPALLOMENI, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 380 s.; E. JAKAB, *Diebische sklaven, marode Balken*, cit., p. 34 s.; H. HONSELL, *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, cit., p. 59. Anche in questo caso il computo del termine annuale entro il quale l'azione poteva essere esperita era condotto con riferimento all'anno utile, come chiarito alla nota 28.

⁸⁰ Riprodotta in D. 21, 1, 1, 1: «*Aiunt aediles: "qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiiue cuique sit, quis fugitivus errove sit noxae solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntiant. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntiant: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus*».

⁸¹ Così in D. 21, 1, 19, 6; 21, 1, 31, 10-16; 21, 1, 43, 6; C. 4, 58, 2.

⁸² Si vedano D. 21, 1, 18 pr.; 21, 1, 31, 5; 21, 1, 38, 13; 21, 1, 47 pr.

⁸³ Oltre al già citato D. 21, 1, 18 pr., compare in D. 21, 1, 43, 6; 21, 1, 44, 2 e 21, 1, 48, 2.

⁸⁴ D. 21, 1, 31, 16: *Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum, quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris dubium non est, sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur.*

⁸⁵ In questo senso V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 382.

⁸⁶ R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, cit., p. 170 ss. La tesi del Monier non è rimasta senza seguito: si veda, ad esempio, F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford 1951, p. 537 ss., il quale pure considera la *quanti minoris* un'azione introdotta da Giustiniano.

⁸⁷ A. BECHMANN, *Der kauf nach gemeinem Recht. 1. Geschichte des Kaufs im römischen recht*, Leipzig, 1876,

applicata analogicamente alle vendite di schiavi, una volta entrata nell'uso⁸⁸. In un ordine di idee non molto dissimile, il Vincent⁸⁹ ha sostenuto che soltanto l'editto *de iumentis* avrebbe conosciuto l'azione estimatoria intesa quale azione di arricchimento volta a riequilibrare le prestazioni in ragione dell'incidenza del vizio sull'utilità della cosa, mentre la rubrica sulle vendite di schiavi avrebbe concesso soltanto un'azione risarcitoria, l'*actio quanti emptoris intersit*, diretta ad imporre al venditore una stipulazione di adeguamento del contratto. Altri⁹⁰, ancora, ha avanzato l'ipotesi che i campi di applicazione delle azioni edilizie nell'editto più risalente non fossero coincidenti, in quanto l'*actio redhibitoria* avrebbe potuto essere esperita soltanto laddove il *mancipium* fosse affetto da *morbus* – da intendersi quale vizio di particolare gravità – mentre l'*actio quanti minoris* avrebbe potuto applicarsi sia per il caso più grave di *morbus* sia per l'eventualità di meri *vitia*⁹¹.

Invero, malgrado le indubbie perplessità ingenerate dalla presenza di plurime denominazioni dell'azione e dalla previsione espressa della stessa soltanto nel contesto della clausola dell'editto posteriore, le ricostruzioni appena accennate non paiono fondate. Da un canto, infatti, la classicità dell'*actio aestimatoria* è confermata proprio dalla doppia denominazione, giacché appare assai improbabile che i compilatori abbiano inteso introdurre una nuova azione e le abbiano al contempo conferito denominazioni differenti⁹²: ponendo attenzione al fatto che in un certo numero di luoghi al nome *aestimatoria* viene fatta seguire la locuzione «*id est quanti minoris*», può trarsi un argomento per suffragare la tesi della classicità del rimedio il quale, nato in età classica⁹³ con il nome di *actio aestimatoria* – in quanto implicava la

p. 410 ss.

⁸⁸ Secondo il Bechmann, questa tesi spiegherebbe l'assenza della previsione espressa dell'azione estimatoria nella clausola della rubrica più antica (D. 21, 1, 1, 1), in quanto essa non era concessa allorché l'editto *de mancipiis* fu emanato, e al contempo darebbe ragione dell'applicazione della stessa in varie parti del medesimo editto, ove si deve presumere fu aggiunta a cagione della sua intervenuta applicazione successiva in analogia con quanto concesso dall'editto *de iumentis*.

⁸⁹ Cfr. H. VINCENT, *Le droit des édiles. Études historique et économique des prescriptions edilicennes sur la vente et la garantie*, Paris, 1955, p. 199 ss. e 210 ss.

⁹⁰ Vedi O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 1291 ss.

⁹¹ Si noti, incidentalmente, che il diritto greco conosceva un'azione di natura simile alla redibitoria, la quale era esperibile soltanto *propter morbus* (sul punto v. F. PRINGSHEIM, *The greek law of sale*, Weimar, 1950, p. 489 s.), sicché la tesi del Karlowa condurrebbe a ritenere che l'assetto di fondo della redibitoria nel diritto romano classico rispecchiasse quello del diritto greco. Tale ordinamento, però, non conosceva affatto un'azione simile all'*aestimatoria*: per tutti, D. MACDOWELL, *The law in classical Athens*, London, 1978, p. 139, ove si riferisce che, nel caso di compravendita di uno schiavo affetto da vizi non dichiarati dal venditore, il compratore poteva soltanto «[to] return the slave and demand his money back».

⁹² In questo stesso senso, F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZSS)*, 1952, p. 243 s., il quale ritiene assai improbabile l'accadimento in quanto non vi è traccia, nella Compilazione, di un altro caso in cui un istituto di introduzione giustiniana abbia ricevuto una duplice denominazione; similmente, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 384.

⁹³ La classicità dell'azione è confermata dall'Aulo Gellio, il quale nelle *Noctes Atticae*, 4, 2, 5, riferendo

necessità dell'*aestimatio*⁹⁴ -, è stato accolto nella Compilazione, ove se n'è in parte mutato il nome. Dall'altro canto, inoltre, l'idea secondo cui l'azione *quanti minoris* sarebbe stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento romano attraverso il più recente editto *de iumentis* per poi essere estesa analogicamente ai casi regolati dall'editto sugli schiavi è smentita dal tenore letterale di quest'ultimo, il quale sembra bensì ignorare l'azione nella clausola di apertura, ma fa ad essa espresso riferimento nella terza rubrica, e vi si riferisce senza porre alcuna distinzione fra *morbus* e *vitium*, come invece preteso dal Karlowa.

Verificata la classicità dell'azione e dimostrata l'applicazione anche alle vendite di *mancipia*⁹⁵, la nostra attenzione deve volgersi a due questioni tra loro fortemente legate: da un lato, la ragione dell'assenza della previsione espressa della *quanti minoris* nella clausola dell'editto sugli schiavi e, dall'altro lato, l'origine di detta azione. A questo proposito pare meritare adesione la ricostruzione dell'Impallomeni⁹⁶, il quale – sulla scia del Pringsheim⁹⁷ – ravvisa nell'azione *de qua*

l'opinione di Celio Sabino sui rapporti fra *morbus* e *vitium*, fa riferimento ad un giudizio in cui è richiesto il calcolo della diminuzione di valore di uno schiavo (*quanto ob id vitium minoris fuerit*), giudizio il quale non può che essere quello estimatorio. Se ne deve concludere che, almeno all'epoca del principato di Adriano e Antonino Pio, l'azione era conosciuta e applicata. Tale testo, assai noto, non è certo l'unico a suffragare la conclusione qui propugnata. Si vedano, infatti, nello stesso senso, C. 4, 58, 2 (*cum proponas servum, quem pridem comparasti, post anni tempus fugisse, qua ratione eo nomine cum venditore eiusdem congrredi quaeras, non possum animadvertere: etenim redhibitoriam actionem sex mensum temporibus vel quanto minoris anno concludi manifesti iuris est*), proveniente dalla Costituzione di Gordiano risalente all'anno 239 d.C., nonché D. 21, 1, 31, 5 e D. 21, 1, 31, 10 ove si analizzano i problemi derivanti dal concorso di azione redibitoria ed estimatoria ove al compratore o al venditore succedano più eredi (su questi ultimi testi cfr. F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris*, cit., p. 282 ss.).

⁹⁴ Come si preciserà meglio *infra*, l'azione estimatoria comportava una stima caso per caso dell'incidenza del vizio sul valore del bene in relazione al prezzo convenuto dalle parti, mentre la redibitoria si sostanzialmente in una mera *condemnatio* parametrata rigidamente al prezzo pagato o convenuto.

⁹⁵ Così anche, nella letteratura germanica, pur con qualche diversità di accenti, H. HONSELL, *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, cit., p. 59; E. JAKAB, *Praedicere und cavere*, cit., p. 130 (la quale, pur sostenendo la tesi qui accolta, ritiene non possa raggiungersi alcuna ragionevole certezza circa l'esatta età di introduzione dell'azione in discorso); J.D. HARKE, *Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Sicht*, cit., p. 68 ss.

⁹⁶ Vedi G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 197 ss.

⁹⁷ Cfr. F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris*, cit., p. 260 ss. Il Pringsheim, però, giunge alla non accettabile conclusione secondo cui l'*aestimatoria* sarebbe stata fin dall'inizio prevista dalla clausola dell'editto *de mancipiis vendundis* insieme alla *redhibitoria* e non con un'apposita, successiva disposizione dello stesso editto (nello stesso senso O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, p. 561, ora ristampata come ID., *Das edictum perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Pamplona, 2008). Tale conclusione è smentita dal fatto che il *iudicium dabimus* della clausola dell'editto (D. 21, 1, 1, 1) è riferito letteralmente alla sola redibitoria (contrariamente a quello contenuto in D. 21, 1, 38 pr., relativo all'editto sui giumenti, su cui *infra* nel testo). Non infirma quanto sostenuto D. 21, 1, 23, 5 (*haec actiones quae ex hoc edicto oriuntur etiam adversus heredes omnes competunt*) se solo si considera che l'*edictum* cui si fa riferimento non è – come vuole il Pringsheim – la sola clausola dell'editto (cioè D., 21, 1, 1, 1), ma quest'ultimo nella sua interezza. Peraltro, questa posizione del Pringsheim contrasta con il riconoscimento, fatto dallo stesso illustre autore, per cui in un primo momento gli edili avrebbero concesso la sola redibitoria: si vedano, sul punto, le perplessità mostrate da V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 391.

un'azione di arricchimento, sorta quale evoluzione della redibitoria e concessa anche allorché quest'ultima non fosse più esperibile⁹⁸.

Pertanto, l'*aestimatoria* costituirebbe una trasformazione della *redhibitoria* dovuta alla considerazione che spesso nella pratica degli affari il compratore potrebbe avere interesse a trattenere il bene acquistato, nonostante il vizio che lo colpisce, a fronte di una diminuzione del prezzo che compensi la minore utilità o il minor valore del bene. Gli edili, in una prima fase, avrebbero concesso il rimedio caso per caso, invitando il giudice ad emettere una condanna pari all'*aestimatio vitii* nei confronti del venditore, e successivamente avrebbero accolto il rimedio nell'editto, rendendolo non più eccezionale e promettendolo con una speciale disposizione seguita dalla formula processuale⁹⁹.

Una volta individualizzata, l'azione estimatoria è divenuta in tutto alternativa alla redibitoria¹⁰⁰, almeno per il periodo di sei mesi in cui le due azioni concorrevano, mentre costituiva l'unico rimedio disponibile per il compratore dopo lo spirare del termine semestrale. Nella concezione romana, la quale era propensa a ritenere che il traffico mercantile non tollerasse garanzia eccessivamente protratte nel tempo, la concessione della *quanti minoris* costituiva un'eccezione tollerabile proprio in quanto non era diretta a porre nel nulla lo scambio dopo un periodo di tempo ormai cospicuo, bensì soltanto a rimediare all'ingiusto arricchimento del venditore.

Fulcro dell'*actio aestimatoria* è la quantificazione dell'incidenza del vizio, la c.d. *aestimatio vitii* (o *rei*), sulle cui modalità di calcolo gli stessi giuristi romani hanno avuto nel tempo un atteggiamento non sempre coerente¹⁰¹. Infatti, sebbene nella maggioranza dei testi confluiti nella Compilazione la stima del vizio venga effettuata secondo un criterio oggettivo, parametrandola al deprezzamento subito dalla *res vendita* in conseguenza della presenza del vizio¹⁰², senza che venga in considerazione

⁹⁸ Si ricordi, infatti, che l'*actio redhibitoria* poteva essere esperita soltanto entro sei mesi, mentre il termine per l'*actio quanti minoris* era di un anno (v. *supra* nel testo).

⁹⁹ Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 198 s.

¹⁰⁰ Il *iudicium dabimus* di D. 21, 1, 38 pr., relativo all'editto *de iumentis*, vuole appunto suggerire l'alternatività delle due azioni. In tal senso, G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 199.

¹⁰¹ L'inesistenza di una regola precisa per la *Minderungsrechnung* in diritto romano è ravvisata anche da U. KORTH, *Minderung beim Kauf*, cit., p. 27.

¹⁰² Si vedano D. 21, 1, 31, 16 (*Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum, quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris dubium non est, sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur*) e D. 21, 2, 32, 1 (*Ergo et illud procedit, quod iulianus libro quinto digestorum scribit. Egit, inquit, quanti minoris propter fugam servi, deinde agit propter morbum: id agendum est, inquit, ne lucrum faciat emptor et bis eiusdem vitii aestimationem consequatur. Fingamus emptum decem, minoris autem empturum fuisse duobus, si tantum fugitivum esse scisset emptor: haec consecutum propter fugam mox comperisse, quod non esset sanus: similiter duobus minoris empturum fuisse, si de morbo non ignorasset: rursus consequi debebit duo: nam et si de utroque simul egisset, quattuor esset consecuturus, quia eum forte, qui neque sanus et fugitivus esset, sex tantum esset empturus. Secundum haec saepius ex stipulatu agi poterit: neque enim ex*

il prezzo convenuto dalle parti, tale criterio è spesso temperato o addirittura sovvertito¹⁰³, in ragione delle contingenze del caso concreto. Invero, un'attenta lettura delle fonti rivela come il criterio oggettivo costituisca la sicura base di partenza per l'*aestimatio*, ma a esso i giuristi romani hanno affiancato un temperamento volto a garantire che il compratore non si arricchisca indebitamente ai danni del compratore per effetto dell'esperimento dell'azione e, in particolare, che questa non comporti la condanna del venditore a una prestazione pari o superiore al prezzo convenuto, giacché ciò lo colpirebbe non soltanto nell'ingiustificato arricchimento ottenuto attraverso la vendita di una *res* viziata, ma pure nella sua possibilità di riavere tale *res*, così producendosi conseguenze più gravi di quelle della stessa azione redibitoria¹⁰⁴.

Pertanto, sebbene la regola generale sia nel senso che la condanna debba essere pari all'*aestimatio vitii*, il criterio oggettivo viene temperato al fine di evitare che esso possa condurre a richiedere al venditore il pagamento in favore del compratore di una somma pari o superiore al prezzo di vendita, giacché data la natura di azione di arricchimento della *quanti minoris*, essa non può tradursi in una condanna in misura eccedente il prezzo, in quanto questo rappresenta il limite dell'arricchimento del venditore. Lo dimostra anche la previsione inerente il plurimo esperimento dell'azione per differenti vizi del bene: in tal caso, infatti, l'*actio aestimatoria* può bensì essere esperita ripetutamente, ma la somma delle condanne inflitte all'alienante non può superare la misura del prezzo convenuto, come previsto nei citati D. 21, 1, 31, 16 e D. 21, 2, 32, 1. Laddove il criterio oggettivo non possa trovare applicazione, le fonti si risolvono a un'indagine soggettiva, volta a stabilire l'arricchimento ingiustificato del venditore nella misura della differenza fra il prezzo

una stipulatione, sed ex pluribus agitur). Sul punto, v. le osservazioni di H. HONSELL, *Quod interest im Bonae-Fidei-Iudicium*, cit., p. 86 ss.

¹⁰³ Si legga D. 19, 1, 13, pr. - 1, in cui è chiaramente adottato un criterio di calcolo soggettivo, riferito a quanto il compratore avrebbe pagato se fosse stato a conoscenza del vizio: «*Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum. Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debet, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur: differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus*». Il passo, contenuto nella *sedes materiae* dedicata all'*actio empti*, doveva in origine essere riferito alle azioni edilizie: così anche G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 251 ss.

¹⁰⁴ Vedi D. 21, 1, 43, 6, ove si dichiara esperibile l'azione estimatoria anche laddove la stessa comporti la condanna del venditore al pagamento di una somma pari al prezzo di vendita dello schiavo, ma si precisa altresì che «*reddito mancipio pretium recipiatur*»: su questo passo cfr. F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris*, cit., p. 290 ss. e G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 204 s.

convenuto e quello che costui sarebbe stato disposto a pagare ove avesse avuto contezza dell'esistenza del vizio. In particolare, la condanna avrebbe dovuto essere stabilita nella somma pari al rapporto fra il valore che la *res* avrebbe avuto ove non viziata e quello effettivo moltiplicato per il prezzo convenuto¹⁰⁵: in tal modo la diminuzione del prezzo viene a coincidere con l'incidenza che il vizio possiede sul valore che le parti hanno attribuito alla cosa in sede di conclusione dello scambio.

Al di fuori dei casi ora ricordati, la concreta liquidazione della somma di denaro che il venditore doveva restituire non soltanto era oggettivamente parametrata alla diminuzione del valore dello schiavo, senza considerazione del prezzo pagato dal compratore, ma -secondo un'opinione accreditata nella dottrina germanica¹⁰⁶ - addirittura aveva subito un processo di standardizzazione, in esito al quale a ciascuna qualità o mancanza di qualità era ricollegata un'unità di valore, sicché la quantificazione della riduzione avveniva in maniera automatica attraverso l'applicazione di tali *standards*, salva la possibilità di una correzione attraverso il criterio soggettivo di valutazione ove l'uso delle unità di valore conducesse alle aberrazioni sopra descritte.

Le fonti non sono concordi neppure nell'individuazione del tempo con riferimento al quale doveva essere effettuata la stima del vizio al fine di quantificare la condanna del venditore. Infatti, sebbene nel Digesto la maggioranza dei passi¹⁰⁷ faccia riferimento al momento della *litis contestatio*, se ne rinvencono altri, come la clausola dell'editto sui giumenti (D. 21, 1, 38 pr.) in cui la stima è connessa a *quo minoris cum venirent (sc. iumenta) fuerint*, sicché parrebbe darsi rilevanza al momento della conclusione della vendita¹⁰⁸, mentre Celio Sabino si esprimeva nel senso del riferimento al tempo della condanna del convenuto, giacché solo in tale istante avrebbe potuto essere determinato l'effettivo arricchimento del venditore¹⁰⁹. Peraltro,

¹⁰⁵ In questo senso H. VINCENT, *Le droit des édiles. Études historique et économique des prescriptions édilicennes sur la vente et la garantie*, cit., p. 266 ss. e G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 203 (il quale però si esprime in senso dubitativo), sulla scia di A. HELLWEG, *Über die Berechnung der Presiminderung bei der Actio quanti minoris*, in *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 1876, p. 35 ss.

¹⁰⁶ Cfr. W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, cit., p. 125 e E. JAKAB, *Praedicere und cavere*, cit., p. 10.

¹⁰⁷ Si vedano, ad esempio, D. 21, 1, 31, 5 (*quanti minoris is homo sit*) e D. 21, 1, 38, 13 (*si forte iugum mularum sit, quarum altera vitiosa est, non ex pretio tantum vitiosae, sed ex utriusque erit componendum, quanti minoris sit*). Probabilmente nello stesso senso il già citato D. 21, 1, 43, 6, ove però si fa riferimento all'esperimento della *quanti minoris* il quale però sfoci nella redibitoria in quanto la stima del vizio supera il prezzo: «*Aliquando etiam redhiberi mancipium debet, licet aestimatoria, id est quanto minoris, agamus: nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domini habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, licet aestimatoria actum fuerit, officio tamen iudicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur*».

¹⁰⁸ Cfr. l'analisi di D. 21, 1, 38 pr. condotta in J.D. HARKE, *Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Sicht*, cit., p. 69 s. Nel senso della valutazione al tempo della conclusione del contratto di compravendita è anche F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilischen actio quanti minoris*, cit., p. 270.

¹⁰⁹ Il pensiero di Celio Sabino è riferito dall'Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, 4, 2, 5, ove la stima del vizio è

il contrasto delle fonti sembra essere indice di un progressivo affinamento del rimedio della *quanti minoris*: in principio la magistratura edile, in conformità alla natura di arricchimento dell'azione in parola, doveva aver riconnesso la valutazione del vizio al tempo della conclusione del contratto, per poi progressivamente affermare la diversa regola per cui *l'aestimatio vitii* aveva quale riferimento temporale la proposizione dell'azione, regola che poi è stata recepita nel diritto giustiniano¹¹⁰.

3. L'actio ex empto propter vitium e i rapporti con il sistema edilizio.

Di là delle importanti acquisizioni del diritto onorario, il generale disinteresse dello *ius civile* riguardo alla presenza di vizi o alla mancanza di qualità nei beni venduti¹¹¹ trovò un significativo temperamento con l'introduzione dell'*actio ex empto propter vitium*¹¹², azione di buona fede che consentiva di convenire il venditore il quale,

riferita a «quanto ob id vitium minoris erit». Il passo è ritenuto non autentico da F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris*, cit., p. 269, secondo cui anche Celio avrebbe fatto riferimento a *quanto minoris fuerit*, mentre ne sostengono l'esattezza, pur manifestando talune diversità di pensiero sull'evoluzione storia del profilo in discorso, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 1299 e G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 207.

¹¹⁰ Così, ancora, G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 210, il quale richiama la diversa opinione di A. PEZZANA, *Classicità dell'actio aestimatoria*, in AG, 1951, p. 60 ss. secondo cui il riferimento al tempo della conclusione del contratto e quello al momento della *litis contestatio* non porterebbero mai a risultati differenti dal punto di vista della stima del vizio. Si noti, *per incidens*, che tale opinione potrebbe essere suffragata ove la stima fosse sempre condotta attraverso il riferimento agli *standards* di valore di cui si è detto poco sopra nel testo, benché anche in tal caso non sia impossibile che mutamenti e oscillazioni del mercato possano portare a una revisione degli *standards* la quale si riverbera in valutazioni differenti a seconda del tempo a cui esse siano riferite.

¹¹¹ Valga ancora una volta, per tutti, il riferimento a V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 354 ss. Nella recente manualistica cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, p. 466.

¹¹² Ne troviamo traccia in D. 19, 1, 4 pr.: «*Si servum mihi ignoranti, sciens furem vel noxium esse, vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum antequam mihi quid abesset*», e in D. 19, 1, 13 pr.: «*Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum*». Questo secondo passo è, però, ritenuto interpolato laddove concede l'azione *ex empto quanti minoris*: i compilatori, infatti, nella loro opera di fusione del diritto civile e del diritto onorario, attraverso la quale *l'actio ex empto* ha assunto la medesima *causa petendi* e i medesimi *petita* delle azioni edilizie, sarebbero pesantemente intervenuti sui testi di età classica (fra cui quello de quo) al fine di legittimare la sussunzione dei rimedi edilizi all'interno dell'azione *ex empto*, intesa quale azione generale volta a far valere la responsabilità oggettiva del venditore per i vizi occulti della cosa venduta. In questo senso già R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, cit., p. 154 s.; F. HAYMANN, *Die Haftung des*

sapendo che il compratore attribuiva importanza determinante¹¹³ a una data qualità dell'oggetto o all'assenza di un vizio del medesimo e conoscendo che tale qualità non era invece presente ovvero che il vizio sussisteva, non informava il compratore della circostanza¹¹⁴. Tale azione, secondo l'opinione maggioritaria, aveva a proprio fondamento la violazione dell'obbligo di buona fede *in contrahendo*¹¹⁵ da parte del venditore e, coerentemente, non poneva nel nulla il contratto, ma comportava soltanto l'obbligo di risarcire il danno patito dal compratore nella misura dell'interesse negativo¹¹⁶.

Il rapporto fra le azioni edilizie e l'*actio empti* esercitata per i vizi della cosa costituisce un tema classico della letteratura romanistica, all'interno della quale il dibattito non è tuttora sopito. L'opinione prevalente nella dottrina pandettistica dell'Ottocento¹¹⁷ tendeva a configurare una pressoché totale assimilazione fra i due ordini di rimedi già in epoca classica, inquadrando la responsabilità edilizia quale elemento naturale del negozio di scambio e assimilandone l'ambito di applicazione a quello dell'azione contrattuale di buona fede. In tale ricostruzione la responsabilità edilizia per i vizi della cosa era fatta derivare direttamente dal contratto e si affermava l'estensione delle azioni edilizie alle compravendite aventi a oggetto qualsiasi tipologia di bene. In particolare, il potere del giudice di pronunciare la

Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, Berlin, 1912, p. 154. Sul punto, però, non vi è concordia di vedute: v. il paragrafo seguente.

¹¹³ Precisa, correttamente, G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 242 che il fatto «che il compratore desse decisiva importanza all'assenza di un vizio era cosa presunta, per cui il venditore era sempre tenuto, perché considerato in dolo, allorché, conoscendo il vizio, non lo avesse denunciato».

¹¹⁴ Gli interpreti non sono concordi nel ravvisare il fondamento dell'esperibilità dell'azione *ex empto* da parte del compratore: secondo taluni, infatti, tale fondamento doveva essere ravvisato nel dolo del venditore, il quale – a conoscenza della decisiva importanza attribuita dal compratore alla presenza di determinate qualità o all'assenza di certi vizi – facesse tali circostanze alla controparte (così G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 242); secondo una diversa ricostruzione, invece, la responsabilità *ex empto* non si fonderebbe sul dolo del venditore, bensì sull'inadempimento dell'obbligo di denuncia del vizio che incombe in capo a questi in forza del dovere di buona fede, data la riconoscibilità dell'errore del compratore (per tutti, A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. 3. System des Kaufs nach gemeinem Recht*, Leipzig, 1908, p. 191 ss.).

¹¹⁵ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 239 ss. e F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilischen actio quanti minoris*, cit., p. 240. Sulla responsabilità del venditore che abbia dolosamente taciuto i vizi del bene o l'assenza di qualità ritenute fondamentali dal compratore v. anche R. ZIMMERMANN, *The law of Obligations*, cit., p. 308 ss.

¹¹⁶ G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 244 nel solco degli autori citati alla nota precedente nonché della tesi di F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, cit., p. 63 ss.

¹¹⁷ Cfr. B. WINDSHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1906, p. 684 ss.; J. BARON, *Pandekten*, Leipzig, 1896, p. 530 ss.; ma v. anche G.F. PUCHTA, *Vorlesung über das heutige römische Recht*, Leipzig, 1855, p. 226 ss. Nella letteratura novecentesca si pongono su posizioni simili, ammettendo l'esperibilità dell'azione *ex empto propter vitium* anche al di fuori dei casi di dolo, almeno a partire dal II secolo d.C., M. TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 445; H. HONSELL, *Quod interest im Bonae-Fidei-Iudicium*, cit., p. 83 ss.; D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962, p. 140 ss.

redibizione o la diminuzione del prezzo convenuto all'interno del *iudicium empti* era spiegato quale manifestazione dilatata della condanna al risarcimento del danno¹¹⁸.

Da questo quadro di fondamentale consenso si allontanò per primo Moritz Wlassak, il quale pose l'accento della propria ricostruzione sulla specificità della giurisdizione spettante agli edili, limitata – come detto – alle vendite di *mancipia* e di *iumenta* concluse sui mercati, al fine di mettere in dubbio la fungibilità fra rimedi edilizi e azione civile di buona fede¹¹⁹. Secondo Wlassak l'azione civile avrebbe avuto un campo di applicazione diverso e distinto rispetto a quello delle *actiones aediliciae*, in quanto queste seconde avrebbero trovato applicazione soltanto alle compravendite di giumenti e schiavi concluse sui mercati, mentre la prima avrebbe potuto essere invocata per tutte le altre vendite: soltanto attraverso progressivi affinamenti e adattamenti giurisprudenziali dell'*actio empti* sulla base dei medesimi presupposti e con effetti assimilati alle azioni edilizie, queste ultime sarebbero state estese oltre i limiti della giurisdizione speciale, finendo per determinare la trasformazione dell'«*aedilitische Sonderrecht*» in «*gemeinen bürgerlichen Recht*». Il risultato ultimo dell'evoluzione dell'azione civile sarebbe stato, pertanto, quello di un vero e proprio «*Übergang honorarischer Sätze in das Civilrecht*»¹²⁰, attraverso il quale l'*actio empti* avrebbe consentito la sussunzione nello *ius civile* dei rimedi introdotti dagli edili per le vendite sottoposte alla loro giurisdizione particolare.

Che l'azione contrattuale abbia costituito il mezzo attraverso il quale si realizzò la generalizzazione dell'applicazione delle azioni edilizie, superando il loro tradizionale ambito di applicazione, è tesi che deve, però, fare i conti con la natura di buona fede dell'azione in parola, con la quale è difficilmente conciliabile una diretta applicazione dei rimedi speciali¹²¹. Più in generale, inoltre, la dottrina romanistica dei primi anni del Novecento ha messo fortemente in discussione l'assunto secondo cui l'applicazione generalizzata delle azioni edilizie sarebbe stata raggiunta già al

¹¹⁸ Cfr. B. WINDSHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, cit., p. 685 ss.; J. BARON, *Pandekten*, cit., p. 530. Diversamente, G.F. PUCHTA, *Vorlesung über das heutige römische Recht*, cit., p. 226 ss. riteneva che *actio empti* e azioni edilizie costituissero rimedi cumulabili fra loro, sicché attraverso la prima poteva conseguirsi il risarcimento del danno mentre soltanto mediante l'*actio redhibitoria* concessa dagli edili il compratore poteva ottenere la risoluzione del contratto.

¹¹⁹ M. WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena, 1879, p. 167 ss.

¹²⁰ M. WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, cit., p. 168. In termini simili, benché partendo da un punto di vista ormai consapevole dei risultati della critica interpolazionistica, cfr. H. HONSELL, *Quod interest im Bonae-Fidei-Iudicium*, cit., p. 81 s. Sulla ricostruzione di Wlassak si leggano le pagine di N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004, p. 7 ss.

¹²¹ A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, III, cit., p. 175. Sul punto v. anche M. KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, cit., p. 177, il quale sottolinea come, nel contesto dell'*actio empti*, sarebbe stato al più possibile che il magistrato imitasse i contenuti delle azioni edilizie, ma giammai avrebbe potuto farne applicazione diretta.

periodo classico, in quanto tale conclusione si sarebbe posta in palese contraddizione con il reale tenore delle fonti e soprattutto con la considerazione che la responsabilità sancita dagli edili si basava sulla ricorrenza di cause di redibizione analiticamente individuate e insuscettibili di estensione al di fuori dell'ambito di applicazione dell'editto¹²². Invero, secondo questa corrente di pensiero, soltanto con la Compilazione giustiniana la responsabilità per i vizi della cosa avrebbe assunto le sembianze di *naturale negotii* diretto a garantire al compratore il diritto di porre nel nulla lo scambio o di riavere una parte del prezzo pagato in ragione dei vizi del bene acquistato, mentre in diritto classico i rimedi concessi dagli edili avrebbero avuto lo scopo di concedere un'eccezionale rilevanza all'errore del compratore circa talune qualità della cosa venduta¹²³. La concessione dell'azione contrattuale per i vizi della cosa, invece, avrebbe avuto luogo in un periodo più avanzato e si sarebbe basata sulla sussistenza del *dolus in contrahendo* del venditore¹²⁴.

Più di recente, partendo dall'assunto ormai incontrastato secondo cui l'editto degli edili curuli avrebbe trovato applicazione per tutto il periodo classico soltanto alle vendite concluse nei mercati e aventi a oggetto schiavi e giumenti, la dottrina pressoché unanime¹²⁵ ha ritenuto che l'*emptor*, nell'eventualità in cui il venditore avesse taciuto i vizi della cosa venduta, avrebbe potuto esperire, da un canto, l'azione redibitoria o estimatoria, diretta ad assicurare lo scioglimento del contratto ovvero la riduzione del corrispettivo pattuito, e dall'altro, l'*actio empti*, con la quale poteva ottenere il risarcimento dei danni subiti per effetto del dolo della controparte, nel limite dell'interesse negativo. La coesistenza dei due ordini di rimedi avrebbe consentito una tutela completa della posizione del venditore, poiché costui avrebbe potuto scegliere tra il conseguimento della redibizione o della riduzione del corrispettivo e l'ottenimento del risarcimento dei danni subiti in conseguenza della sussistenza del vizio¹²⁶.

¹²² Così F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, cit., p. 39.

¹²³ Si veda ancora F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, cit., p. 39 e A. PEZZANA, *Recensione a G. Impallomeni, L'editto degli edili curuli*, in *Iura*, 1956, p. 261, il quale scrive di errore sulla determinazione causale, normalmente irrilevante. *Contra*, nel senso di una responsabilità oggettiva, cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 19 ss. e E. JAKAB, *Diebische Sklaven, marode Balken: Von den römischen Wurzeln der Gewährleistung für Sachmängel*, cit., p. 32 ss. sui quali v. *infra* nel testo.

¹²⁴ È stato notato come una debolezza della tesi ora ricordata sia la sua inconciliabilità con il passo di D. 21, 1, 1, 1 in cui gli edili promettevano il loro *iudicium* anche per l'eventualità di dolo del venditore, giacché essa avrebbe dovuto costituire campo di applicazione dell'azione contrattuale. In tal senso N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, cit., p. 20, ove ampia ricostruzione del pensiero dell'Haymann.

¹²⁵ Vedi, fra i tanti, G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 241 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 360; B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Palermo, 1912, p. 136 ss.

¹²⁶ Per un'efficace ricostruzione del pensiero degli autori citati alla nota precedente si consulti N.

Invero, anche quest'ultima ricostruzione sembra tradire una scarsa attenzione per l'ambito di applicazione e la specificità della *iurisdictio* degli edili, la quale aveva quale campo di applicazione le compravendite di schiavi e di animali concluse nei mercati. Almeno in principio, e con ogni probabilità sino a Giustiniano, soltanto rispetto a tali contrattazioni erano esperibili le *actiones aediliciae*, sicché deve concludersi nel senso che al di fuori di tale ambito di applicazione il compratore di cosa viziata potesse contare sul solo rimedio contrattuale di buona fede. Ne consegue che, nell'epoca classica e post-classica, non sussisteva affatto una concorrenza di rimedi edilizi e civili per le medesime fattispecie, ma – tutt'al contrario – il ricorso all'*actio empti* era possibile soltanto ove fosse esclusa l'applicazione delle disposizioni edilizie. Tale conclusione è, peraltro, confortata dai numerosi passi del Digesto in cui l'esperibilità dell'azione contrattuale di buona fede per i vizi della cosa venduta era affermata bensì anche per le vendite oggetto della regolamentazione edilizia, ma soltanto per le ipotesi in cui non fosse concretamente possibile il ricorso alle azioni redibitoria ed estimatoria¹²⁷. Ne costituiva esempio il ricorso all'*actio empti* con riferimento alla responsabilità dell'alienante per la mancata dichiarazione dei *vitia* nei casi in cui il vizio non sia riconducibile alle qualità elencate dall'editto: l'espressa enumerazione dei vizi rilevanti ai fini dell'editto comportava l'inapplicabilità dei rimedi di diritto onorario in tutti i casi in cui il vizio effettivamente manifestatosi non fosse riconducibile al novero di quelli presi in considerazione dagli edili, sicché divenne progressivamente sempre più frequente il ricorso all'azione contrattuale, all'interno del cui giudizio era possibile un'ampia valutazione dei doveri incombenti sul venditore in forza della clausola di buona fede, tale da consentire la tutela delle legittime aspettative dell'*emptor* anche rispetto a qualità della cosa non contemplate dall'editto¹²⁸.

L'assetto di fondo non era destinato a cambiare neppure a seguito della concessione delle azioni edilizie anche per l'eventualità di false promesse o dichiarazioni circa le qualità della cosa venduta: invero, tali rimedi potevano essere esperiti in ogni caso in cui la *res empti*, al momento della conclusione del contratto, non presentasse le

DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, cit., p. 22 ss. e spec. p. 27, la cui impostazione critica, come si vedrà, è da noi accolta nel testo.

¹²⁷ Cfr. N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, cit., p. 37 ss.

¹²⁸ Ne costituisce esempio significativo il ricorso all'azione *ex empto* relativamente alla vendita di schiavi affetti da vizi corporali non compresi nell'elencazione edittale (sui quali cfr. ancora N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, cit., p. 105 ss., ove ampia analisi dei passi contenuti in D. 21, 1, 9 e D. 21, 1, 3, e 324) ovvero da *vitia animi*, sulla cui rilevanza l'atteggiamento della giurisprudenza, almeno a partire dal periodo del Principato, era progressivamente di sempre maggiore chiusura.

qualità oggetto delle promesse e delle dichiarazioni¹²⁹ del venditore, ma non già allorché il contrasto fra i *dicta* e *promissa* del venditore e la condizione della cosa avesse a manifestarsi successivamente al perfezionamento dello scambio, salvo che tali difformità fossero la conseguenza di una condizione preesistente alla manifestazione del consenso contrattuale.

Soltanto con Giustiniano le azioni edilizie furono ricondotte all'interno del sistema dell'*actio empti*, la quale venne a sommare in se stessa le caratteristiche dei rimedi edilizi e dell'azione civile. Come efficacemente descritto da Kaser¹³⁰, l'esito di tale contaminazione fu quello di consentire al compratore, mediante l'esercizio dell'azione contrattuale, l'ottenimento – oltre che del risarcimento del danno – anche della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto.

A seguito di tale approdo, l'azione civile venne ad ampliarsi «in estensione e arricchirsi in intensità»¹³¹, da un canto, venendo a comprendere anche le ipotesi in cui il venditore non sia in mala fede riguardo alla presenza dei vizi, e dall'altro inglobando in sé i rimedi edilizi, i quali vedono il proprio ambito di applicazione esteso alla vendita di ogni tipo di merce¹³².

4. Il sistema romanistico e l'opera di Robert Joseph Pothier

L'eredità lasciata dal sistema giustiniano della garanzia per vizi si articolava in un perfetto sistema binario, impostato sull'esperibilità di rimedi restitutori e risarcitori, riconducibili i primi alle *actiones aediliciae*, i secondi all'azione contrattuale. Tale bipartizione, coerente con l'evoluzione storica e pertanto conservata – seppur “ammorbidita” – dai Compilatori e dai Glossatori, è stata successivamente abbandonata a favore di una contaminazione fra i due istituti con l'opera di Robert

¹²⁹ Promesse e dichiarazioni che parrebbero rilevare anche se anteriori alla conclusione del negozio e non soltanto ove siano contestuali alla medesima, come sembra di poter dedurre da D. 21, 1, 20, ove il *dies a quo* di decorrenza del termine prescrizione delle azioni redibitoria ed estimatoria è identificato nel giorno in cui si è verificata la promessa o il *dictum* (*si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio, caelius sabinus scribit ex priore causa, quae statim, inquit, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere coepit*), in contrasto con il principio per cui *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

¹³⁰ Secondo l'autorevole studioso, infatti, in esito a tale evoluzione la menzione autonoma dei due rimedi edilizi rimase quale omaggio alla tradizione da parte dei compilatori: così M. KASER, *Das römisches Privatrecht*, II, München, 1975, p. 393 s.

¹³¹ Sono parole di C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 423.

¹³² Sul punto v. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 397.

Joseph Pothier. Il grande giurista d'Orleans, infatti, compendì¹³³ i due distinti aspetti in un'unica figura al cui inadempimento conseguiva la responsabilità tipica delle azioni redibitoria ed estimatoria nonché il risarcimento del danno: *l'obligation de faire avoir la chose utilement*. Così facendo, Pothier pragmaticamente affrancava i rimedi conseguenti alla dazione di cosa viziata dalle difficoltà giustificative che ne connotavano le origini, ancorandoli saldamente sul terreno dell'inadempimento dell'obbligazione. Sennonché tale *reductio ad unum* e la connessa scelta, dogmaticamente discutibile¹³⁴, di fornire la giustificazione delle azioni edilizie e risarcitoria attraverso il riferimento al rapporto obbligatorio comportano uno stravolgimento della natura e del fondamento delle stesse, che nei prossimi capitoli vedremo essere stato gravido di conseguenze¹³⁵.

¹³³ R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, 1762, n. 202.

¹³⁴ Per i rilievi che sono stati mossi a tale concezione v., per tutti, W. FLUME, *Eigentum und Kauf*, cit., p. 46 ss.; L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 3 ss.; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 423.

¹³⁵ A tal proposito, C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, cit., p. 418 esattamente nota come «l'operazione di Pothier [...] sta a dimostrare come l'opera di sistemazione dogmatica talora disdegnata come adiafora e incapace di produrre esiti propri nella utilizzazione concreta degli istituti costituisca una delle componenti dalle quali dipende il modo specifico di atteggiarsi della soluzione del problema e rimanga perciò momento ineliminabile dell'attività del giurista».

CAPITOLO TERZO

1. Il fondamento del rimedio della riduzione del prezzo fra *Gewährleistungstheorie* ed *Erfüllungstheorie*

L'interpretazione delle norme sulla garanzia per vizi nella compravendita contenute nel codice civile italiano (artt. 1490 ss. c.c.), al pari di quelle dedicate al medesimo tema dal BGB germanico, ha vissuto fin dall'emanazione un travaglio interpretativo legato all'esatta definizione della natura di tale responsabilità, la quale affonda le proprie radici, come si è visto, nella costruzione rimediale degli edili curuli¹³⁶.

In particolare, come noto, a contendersi il campo erano soprattutto le due opposte ricostruzioni della garanzia quale pura sanzione che afferma la responsabilità oggettiva del venditore prescindendo da un giudizio di responsabilità (la c.d. *Gewährleistungstheorie*¹³⁷) o come conseguenza della violazione di un'obbligazione di conformità la cui operatività consegue alla mancata coincidenza fra *Istbeschaffenheit* e *Sollbeschaffenheit*¹³⁸, cioè tra qualità dovute e qualità effettive della cosa (c.d. *Erfüllungstheorie*¹³⁹).

¹³⁶ Sul dibattito fra le due correnti interpretative, sulle criticità dell'una e dell'altra concezione, nonché sull'evoluzione storica dell'approccio legislativo al tema si rimanda all'articolata e interessante trattazione operata da R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, Napoli, 2007, p. 13 ss. e ivi dottrina citata.

¹³⁷ Cfr. la descrizione dell'operare della garanzia per vizi nella compravendita, anteriormente alla riforma del diritto delle obbligazioni del 2002, descritto da H.P. WESTERMANN, sub § 459, in *Münchener Kommentar zum BGB*, III, 1, München, 1988, p. 75 ss. La ricostruzione in parola trova vigorosa esposizione nelle teorie propugnate da T. SÜSS, *Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel*, Leipzig, 1931, *passim*.

¹³⁸ A tal proposito, E. RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, p. 58 scrive efficacemente di un «giudizio di relazione tra quanto previsto in contratto e quanto concretamente realizzatosi».

¹³⁹ Pur nella consapevolezza dell'insufficienza delle indicazioni fornite, per la cui integrazione si

Non è questa la sede per un'analisi approfondita dell'una e dell'altra teoria, circa le quali numerose generazioni di giuristi si sono lungamente affaticati lasciando traccia di numerose e variamente argomentate ricostruzioni, ma l'indagine circa la funzione del rimedio della riduzione del prezzo ci rende necessario fare capo anche alle questioni sottese al problema cui si è fatto riferimento. A nostro avviso, la responsabilità del venditore per i vizi della cosa, disciplinata dal codice civile del 1942, si erge su due distinte premesse dogmatiche, entrambe profondamente radicate nella dottrina del tempo¹⁴⁰: da un canto, l'idea secondo cui le qualità della cosa venduta possono formare oggetto dell'accordo contrattuale, e dall'altro, l'inaffidabilità dell'assunzione da parte del compratore di un'obbligazione avente ad oggetto la prestazione di una cosa avente determinate caratteristiche.

Invero, il legislatore italiano sembra rifiutare la concezione vigorosamente propugnata dallo Zitelmann secondo cui l'accordo delle parti non potrebbe mai estendersi alle qualità dell'oggetto in quanto «una volta individuato l'oggetto in questa cosa – che è “qui” e “ora” -» la vendita comprenderebbe tutte e soltanto le qualità che tale cosa possiede, senza che le parti possano proporsi che sia esente da determinati difetti ovvero abbia certe caratteristiche, poiché «quel che è, è già, e dunque non può divenire»¹⁴¹. Infatti, la concezione psicologica così argomentata non tiene conto del fatto che l'individuazione dell'oggetto del contratto non avviene mediante la rappresentazione di un *quid* presente *hic et nunc*, ma tutt'al contrario si verifica attraverso l'unitaria rappresentazione di una cosa come caratterizzata dal possedere determinate qualità¹⁴², le quali fanno corpo con l'individuazione della cosa¹⁴³. La rappresentazione della cosa, in altre parole, è, e non può che essere, unitaria e inscindibile, avvenendo proprio per il tramite delle caratteristiche della cosa. Il legislatore italiano mostra di essere pienamente consapevole di ciò laddove

rimanda ancora una volta a R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, Napoli, 2007, p. 138 ss., debbono essere quantomeno ricordati i padri nobili della teoria in parola, i quali sono senz'altro da identificare in W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Darmstadt, 1975, p. 9 ss. ed E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, II, Berlin-Tübingen, 1958, p. 105 s., il quale si chiedeva come potesse considerarsi adempiuta la prestazione del venditore il quale consegnasse un cavallo malato in vece di uno sano, concludendo che ciò poteva considerarsi quale adempimento dell'obbligazione di consegna ma non già del contratto nel suo complesso.

¹⁴⁰ Sul punto basti il rinvio a L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 7 ss.

¹⁴¹ Le citazioni sono tratte da E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, p. 439, secondo il quale la rappresentazione delle qualità della cosa non apparterebbe al contenuto della volontà negoziale in quanto non appartiene al principio logico di identificazione dell'oggetto, il quale si ridurrebbe alla considerazione degli elementi spaziale e temporale.

¹⁴² Lo rileva esattamente W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, cit., p. 109.

¹⁴³ L'espressione, efficace, è di L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 11, il quale sottolinea l'arbitrarietà della scomposizione delle qualità dell'oggetto dalla definizione della cosa operata dallo Zitelmann.

ricollega l'operare della garanzia alla consegna di cose affette da difformità di gravità tale da renderle inidonee all'uso ovvero da diminuirne apprezzabilmente il valore. Soltanto ove si ritenga che le parti possano concordemente definire le qualità della cosa oggetto dello scambio, infatti, può comprendersi l'esistenza di un apparato sanzionatorio operante in corrispondenza del mancato ricorrere di tali qualità, poichè diversamente opinando si verrebbe ad affermare l'esistenza di una mera sanzione sfornita di un precetto pattizio di valutazione di conformità del comportamento sanzionato e ancorata ad una valutazione legale. Che, però, la garanzia per vizi abbia natura contrattuale e non legale non può essere seriamente messo in dubbio, come già avvertiva il Digesto, secondo cui «*actiones aediliciae ex contractu veniunt*»¹⁴⁴.

D'altro canto, il nostro codice si limita ad accogliere l'idea che afferma la rilevanza della volontà delle parti in ordine alle qualità della cosa contrattata, ma non giunge a gravare il venditore di una vera e propria obbligazione di procurare una cosa la quale possieda le caratteristiche convenute. Su tale posizione dei nostri codificatori è evidente il peso della tradizione, la quale distingue l'affermata possibilità che le parti del contratto di vendita possano rappresentarsi (e, anzi, normalmente si rappresentino) il bene oggetto del contratto come dotato di determinate caratteristiche qualitative, da quella che le medesime parti possano gravare l'alienante dell'obbligo di procurare un bene che possiede le caratteristiche oggetto della predetta rappresentazione. Tale seconda possibilità, nel sistema codicistico della garanzia, è radicalmente negata, come si arguisce dalla scelta di sanzionare la consegna di una cosa priva delle qualità pattuite non già attraverso l'ordinaria risoluzione del contratto per inadempimento, bensì mediante rimedi speciali il cui operare prescinde *in toto* dall'affermazione di un inadempimento del compratore e consegue all'oggettiva sussistenza del difetto. Così facendo, il nostro legislatore si è posto nel solco della dottrina la quale ritiene l'assunzione dell'impegno di trasferire una cosa avente determinate qualità logicamente incompatibile con la circostanza che la volontà della parti può soltanto proiettarsi nel futuro e non mai nel presente, sicché le caratteristiche della cosa sono oggetto di mera rappresentazione e non di volizione.

La disciplina dei difetti di qualità dei beni di consumo contenuta nel codice del consumo, la quale costituisce attuazione della direttiva 1999/44/CE e trova il

¹⁴⁴ D. 21, 1, 22, 4: *Si servus sit qui vendidit vel filius familias in dominum vel patrem de peculio aedilicia actio competit: quamvis enim poenales videantur actiones, tamen quoniam ex contractu veniunt, dicendum est eorum quoque nomine qui in aliena potestate sunt competere. Proinde et si filia familias vel ancilla distraxit, aequè dicendum est actiones aedilicias locum habere.*

proprio antecedente prossimo nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci, innova profondamente tale impianto, ponendo espressamente in capo al venditore l'obbligo di procurare al compratore beni conformi al contratto di vendita, ossia aventi le caratteristiche definite dalle parti nell'esercizio della propria autonomia ovvero delineate secondo i criteri legali di conformità¹⁴⁵ posti dall'art. 129 c.cons. In altre parole, ai sensi del provvedimento legislativo di settore il professionista è tenuto in virtù di una vera e propria obbligazione scaturente dal contratto a consegnare al compratore una cosa conforme alla descrizione che ne viene fatta in sede di manifestazione del consenso.

Tale epocale cambiamento, che ha come conseguenza immediata la riconduzione dell'eventuale prestazione di cosa difettosa nell'alveo dell'inadempimento contrattuale, sembra possa essere direttamente ricollegato alla diversa concezione tipica dell'accordo avuta presente dal legislatore, legata a un'economia ancora lenta e a una regolamentazione tendenzialmente indifferenziata fra vendita mobiliare e immobiliare, nel codice civile, aperta alla considerazione esclusiva delle c.d. vendite di massa, nella codificazione di settore¹⁴⁶. Proprio la considerazione della realtà di queste ultime tipologie di vendite, le quali hanno riguardo essenzialmente a beni fungibili prodotti in serie, sembra aver costituito il mezzo per il superamento delle difficoltà teoriche che si riteneva circondassero l'addossamento al compratore dell'obbligo contrattuale di procurare beni conformi alla manifestazione di volontà negoziale: le vendite di beni di consumo, infatti, avvengono tipicamente come vendite aventi ad oggetto cose generiche, sicché a noi pare che l'obbligo di procurare beni conformi alle pattuizioni contrattuali possa essere ricostruito senza difficoltà come evoluzione, e specificazione più favorevole al consumatore, del generale obbligo che incombe al venditore di cosa generica di «prestare cose di qualità non inferiore alla media» (art. 1178 c.c.)¹⁴⁷.

Poste queste indispensabili premesse, può ora essere affrontato il problema dell'identificazione del fondamento del rimedio estimatorio, il quale appare essere

¹⁴⁵ Sulla dicotomia fra accordo della parti e criteri legali di determinazione delle qualità della cosa si veda l'ampio saggio di M. GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra promissio negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 227 ss. nonché G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, p. 69 ss.

¹⁴⁶ Lo ha sottolineato efficacemente G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 876 ss.

¹⁴⁷ Un accenno in tal senso, pur nel contesto di un'opinione fortemente critica circa la configurabilità dell'obbligazione del venditore di consegnare beni conformi al contratto, è anche in A. NICOLUSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 542.

differente a seconda che se ne consideri la previsione codicistica ovvero quella posta a tutela del consumatore.

In questa seconda ipotesi, il diritto del compratore di provocare con un proprio atto unilaterale la riduzione del prezzo di vendita costituisce una conseguenza diretta della possibilità delle parti di fissare le qualità del bene e dell'obbligazione di conformità che grava sul venditore a seguito della conclusione di un contratto definibile quale "vendita di beni di consumo". Può, pertanto, concordarsi con quella voce dottrinale¹⁴⁸ la quale ha osservato che la vincolatività della pattuizione intervenuta tra le parti in ordine alle qualità della cosa comporta la possibilità per il compratore di controllare il proprio rischio di inversimento, giacché l'obbligo di pagamento del prezzo viene al fine messo in relazione corrispettiva non del mero trasferimento della proprietà del bene, ma del trasferimento della proprietà, e della correlativa consegna, di un bene che possieda le caratteristiche pattuite dalle parti¹⁴⁹. Il controllo di tale rischio di investimento trova piena tutela nella concessione delle azioni di risoluzione e di riduzione del prezzo, attraverso le quali il compratore può sciogliersi dal vincolo contrattuale, laddove questo si dimostri inadatto a soddisfare il suo interesse, ovvero adeguare il contenuto contrattuale all'effettiva consistenza della cosa consegnata, nei casi in cui questa sia comunque in grado di soddisfare il suo interesse, seppur in maniera limitata.

Le medesime considerazioni non possono valere, in ragione della carenza di un vincolo obbligatorio avente quale contenuto la consegna di una cosa conforme al contratto, con riferimento alla riduzione del prezzo disciplinata nel contesto della vendita di diritto comune. In tale diversa ipotesi, invero, la facoltà del compratore di ottenere dal giudice la pronuncia di riduzione del corrispettivo si atteggia quale reazione all'oggettiva mancanza delle qualità che le parti si erano rappresentate come esistenti nel bene oggetto dello scambio. Essa, pertanto, costituisce – con l'azione redibitoria – una delle due tipologie di "surrogato" della pretesa all'adempimento¹⁵⁰, la quale si atteggia come tale proprio in quanto l'insuscettibilità di traduzione in impegno obbligatorio delle rappresentazioni negoziali inerenti le

¹⁴⁸ Cfr. U. KORTH, *Minderung beim Kauf*, Tübingen, 2010, p. 7 s.

¹⁴⁹ Recuperando un'osservazione risalente a L. RAAPE, *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, in *AcP*, 1949 (150), p. 485, secondo cui era «sorprendente constatare il fatto che il contratto di vendita, considerato come il prototipo dei contratti sinallagmatici o bilaterali, in realtà non è in tutto e per tutto sinallagmatico» in quanto poteva dirsi tale «per quanto riguarda la consegna della cosa, ma non per quanto riguarda le qualità di questa», può dirsi senz'altro che in tal modo la corrispettività delle prestazioni facenti capo alle parti della compravendita diviene piena, abbracciando le stesse qualità della cosa, avvinte ora dalla forza coattiva dell'obbligazione contrattuale.

¹⁵⁰ L'icastica definizione si deve a L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 17.

qualità della cosa sono, per definizione, refrattarie a ogni possibile tentativo di riconduzione all'inadempimento e ai rimedi ad esso conseguenti.

2. L'adattamento del contratto come conseguenza giuridica dell'esercizio della riduzione del prezzo

L'art. 1492, comma 1, c.c. conferisce al compratore di beni viziati il diritto di «domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo» mentre ai sensi dell'art. 130, comma 2, c.cons. il consumatore che riceva la consegna di beni difformi dalle previsioni contrattuali «ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione [...] ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto [...]». Nell'uno come nell'altro caso il reale contenuto del rimedio oggetto del nostro studio rimane parzialmente in ombra, giacché l'efficace esercizio¹⁵¹ dello stesso comporta non soltanto la decurtazione, e il conseguente obbligo di restituzione, di una parte del prezzo, ma una più ampia modificazione del contenuto del contratto di vendita¹⁵². La qualificazione del rimedio quale “riduzione del prezzo”¹⁵³ non descrive precisamente l'ampiezza delle conseguenze giuridiche che ne scaturiscono, giacché alla diminuzione dell'ammontare del prezzo dovuto dal compratore si affianca il correlativo adattamento del contenuto della prestazione dovuta dal venditore: a seguito dell'efficace esperimento di questo, infatti, il venditore non è più tenuto a fornire la cosa avente le qualità pattuite¹⁵⁴, ovvero – con riferimento alla disciplina

¹⁵¹ Con tale locuzione intendiamo descrivere tanto l'ipotesi in cui la riduzione del prezzo concessa al compratore dall'art. 1492 c.c. sia vittoriosamente esperita, tanto quella in cui sia avvenuta la semplice dichiarazione di volontà del consumatore richiesta dall'art. 130, comma 7, c.cons.

¹⁵² Questo aspetto dell'operare del rimedio estimatorio rimane spesso in ombra nella nostra dottrina, mentre è assai sottolineato nella letteratura germanica: cfr. J. BASEDOW, *Die Reform des deutschen Kaufrechts*, Hamburg, 1988, p. 72 s.; U. KORTH, *Minderung beim Kauf*, cit., p. 56 ss.; R. GAIER, *Die Minderungsberechnung im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in ZRP, 2011, p. 339; A. MATUSCHBECKMANN, sub § 441, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2004, p. 318, la quale esprime le conseguenze della *Minderung* con il riferimento alla «*Umgestaltung des Kaufvertrags*».

¹⁵³ Non è diversa, sotto questo aspetto, la situazione relativa alla *reduction of price* o alla *Minderung*, parimenti descrittive di una parte soltanto degli effetti del rimedio

¹⁵⁴ Sempre nella dottrina germanica si trovano interessanti spunti in questo senso: v., in primo luogo, C.W. CANARIS, *Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB*, in *Festschrift für Herbert Wiedemann*, München, 2002, p. 30, il quale mette in luce come, con l'esercizio del diritto di ridurre il prezzo di vendita il compratore «*auf die Vollwertigkeit der Sache gegen Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises verzichtet*»; similmente, U. KORTH, *Minderung beim Kauf*, cit., p. 57 e E. VON OLSHAUSEN, *Das Neben-, Nach-, Mit- und Gegeneinander mehrerer Rechte wehen Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in *Festschrift für Ulrich Huber*, Tübingen, 2006, p. 488.

comune della compravendita – ha visto definitivamente affermata la propria oggettiva responsabilità per i vizi manifestatisi, che da quel momento in avanti devono considerarsi come conosciuti e accettati. Si può, pertanto, dire che la riduzione del prezzo muta la pattuizione inerente la qualità della cosa, facendole coincidere con quelle possedute dal bene viziato¹⁵⁵.

Da quanto detto consegue che l'adattamento contrattuale prodottosi a seguito dell'esercizio della riduzione del prezzo comporta, da parte del compratore, l'accettazione della cosa originariamente difettosa quale prestazione conforme al contratto, sicché l'effetto che si produce è equivalente a quello che si sarebbe avuto ove il contratto fosse stato concluso fin dall'origine in relazione alla cosa avente i difetti poi manifestatisi¹⁵⁶.

Attraverso l'adattamento contrattuale che si è descritto, il rimedio estimatorio comporta la contemporanea tutela del concreto interesse del compratore a conservare la prestazione, benché difettosa, nonché del potenziale interesse di segno eguale e contrario ascrivibile al venditore. Da un lato, peraltro, tale interesse è concreto e attuale, giacché la decisione circa l'esercizio del rimedio è rimessa all'incondizionata volontà dell'acquirente, mentre con riferimento al venditore si assiste a una tipizzazione della continuità dell'interesse all'alienazione¹⁵⁷ anche per il caso di difettosità della cosa venduta, sicché la decisione negoziale di alienare si conserva pure a seguito del mutamento di contenuto del negozio.

3. La natura giuridica della riduzione del prezzo

Tema di particolare delicatezza è quello inerente l'esatta definizione della natura giuridica del rimedio della riduzione del prezzo. Come si è detto, la tutela

¹⁵⁵ Diversamente accade in materia di locazione, laddove la riduzione del canone prevista dall'art. 1584 c.c. non comporta affatto il venir meno dell'obbligo del locatore di dare in godimento la cosa nelle qualità pattuite (come, invece, consegue alla riduzione del canone disciplinata dall'art. 1478 c.c.), ma soltanto la temporanea parziale liberazione dalla prestazione pecuniaria cui è tenuto il conduttore in ragione della diminuzione delle sue facoltà di godimento conseguente alle riparazioni. Sul punto cfr. brevemente P. BELLONI PERESSUTTI, sub *art. 1584*, in *Comm. breve Cian Trabucchi*, Padova, 2011, p. 1680. Nel diritto tedesco si ripropone la medesima disarmonia, ma con la differenza che il § 536, Abs. 1, BGB si riferisce all'ipotesi di vizi della cosa locata e sancisce il diritto del conduttore di pagare un canone locativo più basso «für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist», fermo l'obbligo del locatore di procurare il godimento della cosa non viziata.

¹⁵⁶ Così U. KORTH, *Minderung beim Kauf*, cit., p. 57 s.

¹⁵⁷ In questo stesso senso v. ancora U. KORTH, *Minderung beim Kauf*, cit., p. 58.

estimatoria derivataci dal diritto romano si atteggiava quale speciale applicazione del principio dell'arricchimento, ma tale configurazione non soddisfa più oggi, giacché, da un canto, la determinazione della somma da sottrarre al prezzo originariamente pattuito non avviene attraverso il riferimento alla differenza fra corrispettivo pagato e valore effettivo del bene, ma attraverso la conservazione proporzionale delle prestazioni facenti capo a ciascuna delle parti del contratto¹⁵⁸, e dall'altro, si è preso coscienza di come il ricorso al rimedio in parola comporti non soltanto l'adeguamento del prezzo bensì pure, e correlativamente, la modifica della prestazione incombente sul venditore¹⁵⁹, la quale viene a coincidere con la prestazione dell'oggetto difettoso.

Più di recente, nella dottrina germanica¹⁶⁰ si è proposto di considerare la riduzione del prezzo quale ipotesi di responsabilità negativa derivante dalla conclusione di un contratto valido, osservandosi che il compratore – a seguito della conclusione del contratto di vendita e della consegna di un bene viziato – subisce un danno, conseguente al pagamento di un prezzo eccessivo rispetto alle qualità effettive del bene conseguito, danno che viene rimosso attraverso la riduzione del corrispettivo. Inteso in tal senso, il rimedio che ci occupa dovrebbe garantire al compratore di essere posto in una situazione economicamente equivalente a quella nella quale si sarebbe trovato ove non avesse concluso il contratto¹⁶¹.

Non sembra, però, che tale opinione possa definire in maniera soddisfacente la natura della riduzione del prezzo¹⁶² in quanto, a tacer d'altro, non spiega la possibilità per il compratore di richiedere, oltre al rimedio in parola, altresì il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1494 c.c., e trascura di considerare come la tutela dell'interesse negativo non si esaurisca nel "ripristino" del rapporto di equivalenza soggettiva tra le contrapposte prestazioni delle parti¹⁶³, bensì

¹⁵⁸ Vedi, in particolare, il Capitolo V.

¹⁵⁹ Vedi il paragrafo precedente.

¹⁶⁰ Si vedano, in particolare, gli scritti di Hans STOLL, laddove l'A. esprime l'opinione secondo cui i rimedi edilizi verrebbero legittimati dall'esistenza di un danno all'affidamento provocato dalla promessa di prestazione del venditore, e – nel caso specifico della *Minderung* – la pretesa riconosciuta al compratore altro non sarebbe che un rimedio tipizzato con il quale l'interesse contrattuale negativo viene affermato e tutelato. Sul punto cfr. H. STOLL, *Anmerkung zu BGH, Urteil v. 10.12.1986 – VIII ZR 349/85*, in *JZ*, 1987, p. 518 ss. e ID., *Die bei Nichterfüllung nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Maßstab der Interessenbewertung. Eine rechtsvergleichende Studie zum Vertragsrecht*, in *Festschrift für Konrad Duden*, München, 1977, p. 641.

¹⁶¹ Così H. STOLL, *Anmerkung zu BGH, Urteil v. 10.12.1986 – VIII ZR 349/85*, in *JZ*, 1987, p. 519.

¹⁶² Nel senso che la *Wandlung* e la *Minderung* sarebbero irriducibili a ipotesi di "Haftung", v. altresì W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, cit., p. 185.

¹⁶³ Sul tema si rimanda alla trattazione di A. LUMINOSO, *sub art. 1453*, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1454*, I, 1, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 403 ss.

comprenda pure tutte le spese che il compratore ha sostenuto in conseguenza del contratto e risultate inutili in ragione dell'insorgenza del vizio della cosa¹⁶⁴.

Con riferimento specifico alla riduzione del prezzo conosciuta all'interno del sistema romanistico della garanzia si è poi proposto di ricondurre l'oggetto del nostro studio a un'ipotesi normativamente qualificata di reazione alla perturbazione del fondamento negoziale¹⁶⁵ (la c.d. *Störung des Geschäftsgrundlage*¹⁶⁶, oggi codificata nel codice civile germanico al § 313¹⁶⁷). Neppure tale qualificazione, però, coglie nel segno, in quanto la moderna disciplina della vendita di beni di consumo e della Convenzione di Vienna mostra inequivocabilmente come la rappresentazione delle qualità della cosa costituisca non già *die außervertragliche Grundlage des Kaufvertrags* bensì una parte della definizione dell'oggetto contrattuale. Ma neppure con riferimento alla normativa codicistica, fedele all'impostazione tradizionale e ancorata all'idea che il contratto non possa obbligare il venditore a procurare una cosa avente determinate caratteristiche, sembra possa apprezzarsi la giustificazione in discorso giacché l'azione di riduzione del prezzo, così come quella di risoluzione, possiede natura di effetto negoziale¹⁶⁸, ossia corrispondente al contenuto del negozio, in quanto – come si è visto – anche per il legislatore del 1942, pur se l'obbligazione di far acquistare una cosa esente da vizi non sarebbe concepibile, le qualità negoziali possono costituire oggetto della pattuizione delle parti¹⁶⁹ e, pertanto, costituire parametro per la valutazione della conformità del bene.

¹⁶⁴ In proposito si veda il Capitolo VI.

¹⁶⁵ Vedi K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München-Berlin, 1963, p. 20 ss., il quale mette in luce la correlazione fra concezione oggettiva del vizio e fondamento negoziale. Proprio l'affermarsi della concezione soggettiva di vizio nel nuovo § 434 sembra confutare l'opinione in parola.

¹⁶⁶ Sulla nozione di fondamento negoziale, v. le ormai classiche trattazioni di P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Eine neuer rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, *passim*; K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., p. 15 ss. nonché D. MEDICUS, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für Werner Flume*, Köln, 1978, p. 629 ss. Per una trattazione successiva alla codificazione avvenuta con la riforma del diritto delle obbligazioni del 2002 cfr. ancora K. LARENZ - M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004, p. 697 ss. Nella dottrina italiana si veda la convincente sintesi di R. CALVO, *La «codificazione» della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo § 313 BGB)*, in *Contr. e impr. Europa*, 2004, p. 770 ss.

¹⁶⁷ Il § 313 BGB recita: «Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung».

¹⁶⁸ Per tutti L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 13.

¹⁶⁹ In tal senso si veda il già più volte citato saggio di L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 12 ss.

Il tentativo di spiegare la natura della riduzione del corrispettivo, anche nell'ottica della giustificazione delle sue numerose specifiche previsioni contenute al di fuori della *sedes materiae* della normativa in tema di vizi del bene compravenduto, è stato altresì operato sulla base del richiamo alla conservazione dell'equivalenza soggettiva delle prestazioni oggetto del scambio¹⁷⁰. Secondo tale apprezzabile sforzo argomentativo, il quale ha il pregio di collocare l'istituto *de quo* nell'ambito di una più generale analisi delle sue modalità operative in riferimento ai diversi tipi contrattuali a prestazioni corrispettive che ne conoscono l'applicazione, la riduzione del prezzo sarebbe il rimedio elettivamente volto alla conservazione, anche a seguito del verificarsi di eventi perturbatori, dell'equilibrio stabilito liberamente dalle parti fra le prestazioni contrattuali che gravano sulle stesse in forza del contratto.

Anche in questo caso, però, il tentativo di spiegazione non conduce a risultati condivisibili, in quanto, da un canto, il nostro ordinamento non conosce un generale principio che sancisca la necessità di conservare l'equilibrio soggettivamente impresso alle prestazioni delle parti¹⁷¹ (come dimostra anche la circostanza che l'azione di riduzione del prezzo nel caso di vizi non è esperibile per la presenza di qualsiasi difetto, ma soltanto ove questo superi la soglia della rilevanza ai sensi dell'art. 1490 c.c.), e dall'altro, il richiamo al principio di equivalenza soggettiva descrive soltanto il modo di operare del rimedio e le modalità di determinazione del *quantum* di corrispettivo da decurtare, ma non costituisce il fondamento del rimedio stesso¹⁷². Invero, come si è chiarito, l'effetto della riduzione del prezzo non si limita alla diminuzione della prestazione pecuniaria cui è obbligato il compratore, ma provoca un'adeguamento contrattuale che modifica la stessa prestazione dovuta dal venditore, sicché sembra che la conservazione dell'equilibrio soggettivo fra le contrapposte prestazioni possa soltanto avere efficacia descrittiva di tale complessivo effetto dell'esperimento del rimedio ma non ne costituisca affatto la causa.

¹⁷⁰ Quest'ultima giustificazione, di recente, raccoglie numerosi consensi nella dottrina germanica: cfr. C.W. CANARIS, *Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB*, in *Festschrift für Herbert Wiedemann*, cit., p. 5 ss.; ID., *Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf*, in *JZ*, 2004, p. 219 ss.; S. LORENZ, *Vertragserhaltung im Kaufrecht*, in *Festschrift für Hans Wolfsteiner*, Köln, 2008, p. 134 ss.. Su posizioni simili, con riferimento allo *Schuldrecht* abrogato v. altresì K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 1, München, 1986, p. 68.

¹⁷¹ Ne è esempio lapalissiano, infatti, la disciplina in tema di rescissione del contratto, la quale consente l'operare del rimedio soltanto laddove la lesione sia *ultra dimidium*.

¹⁷² Condivide tale critica U. KORTH, *Minderung beim Kauf*, cit., p. 93.

Più di recente il diritto del compratore di ottenere la riduzione del prezzo di vendita è stato considerato quale applicazione di un diritto di recesso parziale¹⁷³, ciò che consentirebbe di giustificare l'unilateralità dell'adattamento contrattuale conseguente all'esercizio del mezzo di tutela, il quale prescinde totalmente dalla potenziale volontà del venditore contraria alla conservazione dello scambio nei termini risultanti dall'esercizio del rimedio *de quo*. L'opinione in parola è particolarmente diffusa nella letteratura tedesca, laddove il nuovo § 441, Abs. 1, S. 1 BGB viene visto da molti quale specifica applicazione del diritto di recesso parziale regolato dal § 323, Abs. 1 BGB, di cui viene evidenziata l'equivalenza funzionale¹⁷⁴, giacché entrambi i rimedi hanno lo scopo di provocare la parziale liberazione dal vincolo della prestazione gravante sull'agente.

L'opinione trova ulteriore conferma a livello del codice civile germanico, laddove il diritto di ridurre il prezzo da parte del compratore è subordinato ai medesimi requisiti richiesti per l'esercizio del diritto di recesso.

A noi sembra, però, che il richiamo all'istituto del recesso, il quale per le stesse ragioni che ora si vedranno solleva difficoltà non trascurabili già nel diritto tedesco, *a fortiori* non possa essere accolto con riferimento al nostro ordinamento. Invero, il diritto di recesso parziale indipendente dalla colpa è ricollegato dal § 323, Abs. 5 alla prestazione di una *Teilleistung* (ovvero di una prestazione parziale) e non già di una prestazione che, sebbene difettosa, sia completa¹⁷⁵. Il diritto di recesso parziale, pertanto, si ricollega direttamente alla fattispecie dell'adempimento parziale (§ 323, comma 5, BGB), la quale si distingue radicalmente da quella dell'adempimento (qualitativamente) inesatto (disciplinata dal § 326, Abs. 1, BGB), in quanto nel primo caso l'interesse alla prestazione è tipicamente divisibile¹⁷⁶ e la *Leistung* effettivamente eseguita è affetta soltanto da carenze quantitative, mentre nel secondo caso il difetto di conformità della prestazione attiene a caratteristiche qualitative corrispondenti a un interesse alla prestazione per definizione indivisibile.

Tali perplessità si ripropongono in misura ancor maggiore nell'ordinamento italiano, in quanto il codice civile del 1942 non conosce neppure un generale potere di recesso

¹⁷³ L'opinione si ritrova espressa anche a livello manualistico; basti pertanto il rinvio a P. SCHLECHTRIEM - M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2005, p. 102.

¹⁷⁴ Cfr. C.W. CANARIS, *Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB*, in *Festschrift für Herbert Wiedemann*, cit., p. 30.

¹⁷⁵ Così U. KORTH, *Minderung beim Kauf*, cit., p. 94 ss.; con riferimento specifico al § 323 BGB si legga anche M. VOLKOMMER, sub § 323, in *Jauernig Kommentar*, München, 2003, p. 394 ss.

¹⁷⁶ Ciò, infatti, è dimostrato dal fatto che il § 323, Abs. 5 consente il diritto di recesso con riferimento all'intero contratto soltanto laddove il creditore non abbia interesse all'adempimento parziale. Al contrario, ove la prestazione sia difettosa, il BGB consente l'incondizionato ricorso al recesso dall'intera pattuizione.

di fonte legale azionabile in conseguenza dell'inesattezza o della parzialità dell'adempimento del debitore, essendo l'esercizio di tale rimedio impedito dall'inizio dell'esecuzione del contratto¹⁷⁷ (art. 1373, comma 1, c.c.), e trovando espressa concessione soltanto per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, con riferimento ai quali «tale facoltà può essere esercitata anche successivamente [*scilicet*: al principio di esecuzione del contratto], ma [...] non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione» (art. 1373, comma 2, c.c.). Ne consegue che il il recesso, nel diritto italiano, costituisce rimedio non invocabile con riferimento ad un contratto di vendita che abbia prodotto il proprio effetto traslativo, giacché questo costituisce senz'altro un'ipotesi di esecuzione (anche laddove qualitativamente inesatta) del negozio. Ma vi è di più: il diritto di recesso, anche nel nostro ordinamento, fa riferimento tipicamente a ipotesi in cui l'interesse del creditore all'adempimento della controparte sia divisibile, come dimostra lapalissianamente la previsione in materia di contratti di durata, con riferimento ai quali si verifica una classica ipotesi di divisibilità dell'interesse in ragione della molteplicità degli atti di adempimento del debitore.

Le osservazione appena svolte conducono, pertanto, a rigettare la qualificazione della riduzione del prezzo quale ipotesi di recesso parziale dal contratto, ma – al contempo – consentono di rimeditare l'osservazione di più risalente dottrina tedesca la quale aveva formulato l'opinione secondo cui la riduzione del corrispettivo sarebbe «*nichts anderes als eine teilweise Wandlung*»¹⁷⁸. In ragione del contenuto e degli effetti che in questo lavoro si riconoscono all'azione redibitoria, cui tale opinione fa espresso riferimento, riteniamo che difficilmente possa aderirsi alla tesi ora ricordata, giacché la redibitoria prevista in materia di garanzia per vizi non costituisce affatto una specificazione della più generale azione di risoluzione per inadempimento ma uno speciale rimedio volto a produrre la completa riduzione in pristino¹⁷⁹, attraverso l'elisione degli effetti derivanti dal contratto concluso. Un simile tipo di azione non sembra poter costituire oggetto di un esercizio meramente parziale, giacché la riduzione in pristino che costituisce il *proprium* della *redhibitoria* o è completa oppure si dà il ricorso a un rimedio totalmente differente.

¹⁷⁷ Sulla nozione di principio di esecuzione cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, Milano, 2001, p. 738 s.

¹⁷⁸ Sono parole di W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, cit., p. 136, il quale si rifà alla più risalente opinione espressa da P. KRÜCKMANN, *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, in *AcP*, 1929, p. 93.

¹⁷⁹ Si veda, infatti, quanto si dirà nel corso del presente capitolo analizzando le ragioni che sottostanno alla scelta del legislatore del 1942 di interdire la possibilità di ottenere la risoluzione allorché la cosa sia perita per caso fortuito o colpa del compratore, ovvero sia stata alienata o trasformata.

Invero, a nostro avviso, la riduzione del prezzo costituisce un rimedio speciale ed autonomo, il quale risponde a logiche diverse da quelle che presiedono all'operare della classica azione redibitoria ma sono affini alla natura che la dottrina più moderna riconosce all'azione generale di risoluzione per inadempimento. Non può sfuggire, infatti, come la riduzione del prezzo operi proprio quella «trasformazione o modificazione del contenuto»¹⁸⁰ contrattuale che, secondo le più meditate riflessioni, costituisce il vero effetto della risoluzione. Come si è visto, a seguito dell'esercizio del rimedio estimatorio l'originaria pattuizione subisce una modificazione riconducibile alla volontà unilaterale del compratore, la quale comporta la modificazione delle caratteristiche del bene dovuto in correlazione con la decurtazione del prezzo originariamente concordato, sicché non sembrerebbe del tutto improprio affermare un'identità funzionale rispetto alla risoluzione parziale del contratto di vendita. Anche in questo caso, peraltro, la somiglianza fra i due istituti si arresta al dato funzionale, giacché la risoluzione parziale è possibile soltanto allorché – come accade con il *Rücktritt* del diritto germanico – l'interesse all'adempimento sia divisibile, sicché l'ambito di operatività di riduzione del prezzo e risoluzione parziale appare nettamente distinto¹⁸¹.

4. I presupposti di esperibilità della riduzione del prezzo

4.1. Il sistema del codice civile

I presupposti che consentono il ricorso al rimedio della riduzione del prezzo, comuni – per la più parte – a quelli che legittimano l'esperimento della risoluzione del contratto, trovano la loro travagliata descrizione nel rinvio ai «casi previsti dall'art. 1490». Ivi il legislatore del 1942 ha tracciato la nozione di vizio, da intendersi come comprensiva di quelle imperfezioni materiali¹⁸² le quali rendano la cosa

¹⁸⁰ E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, p. 335.

¹⁸¹ Proprio in ragione di quanto detto, infatti, è nostra convinzione che nella vendita di una pluralità di beni verso il corrispettivo di un unico prezzo, laddove una parte dei beni sia difettosa, la riduzione del prezzo sia il rimedio da azionare al fine di conservare i beni acquistati e ottenere il pagamento di un corrispettivo "adeguato" al reale valore dell'*universitas*.

¹⁸² È, infatti, opinione comune in dottrina quella secondo cui l'art. 1490, comma 1, c.c. – nel delineare la nozione di "vizio" – si riferisca soltanto ai vizi materiali, che attingono la *res* nella sua materialità, incidendo sulla sua utilizzabilità o sul suo valore economico: in questo senso, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 772 ss.; C. MIRABELLI, sub *art. 1490*, in *ID., Vendita*, in *Comm. UTET*, Torino, 1968, p. 94 C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*,

acquistata «inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore».

Alla sussistenza di tali vizi nel bene oggetto della compravendita consegue la responsabilità del venditore, la quale si articola nella soggezione di costui, da un canto, alla pretesa alla riduzione del corrispettivo o alla risoluzione del contratto (art. 1492 c.c.) e, dall'altro, ove questi non provi di avere ignorato senza colpa le imperfezioni che colpiscono la cosa, all'obbligo di risarcire il danno (art. 1494, comma 1, c.c.).

Pertanto, pur con talune limitazioni e precisazioni, sulle quali si avrà modo di ritornare *infra*, appare evidente come l'intero impianto dei rimedi concessi al compratore si impervi sulla nozione di "vizio" e sulle relazioni che intercorrono fra questa e la "mancanza di qualità", cui pertanto conviene dedicare una compiuta analisi.

Il riferimento del dettato legislativo alla "cosa" costituisce la ragione per la quale il vizio (al pari della mancanza di qualità di cui all'art. 1497 c.c.) è prevalentemente ricostruito dagli interpreti in chiave d'inesattezza materiale della prestazione, sia dal punto di vista del difetto, che deve attenere alla cosa nella sua materialità, sia dal punto di vista degli oggetti cui è riferibile la disciplina, identificati nei beni materiali. Infatti, il legislatore italiano, da un canto – sulla scia di una risalente tradizione – ha dedicato all'eventualità in cui la cosa oggetto dello scambio sia affetta da vizi attingenti la sua condizione giuridica la diversa disciplina della c.d. garanzia per evizione (artt. 1481 ss. c.c.), e dall'altro ha foggato la c.d. garanzia per vizi attraverso previsioni le quali si spiegano soltanto con riferimento a difetti materiali mentre appaiono inconferenti rispetto alla considerazione della situazione giuridica del bene compravenduto, come accade per l'onere imposto al compratore di ispezionare la cosa, pena la perdita della garanzia ove i vizi fossero facilmente riconoscibili (art. 1491 c.c.).

Il codice civile vigente ha scelto di perpetuare la distinzione fra "vizi" e "mancanza di qualità", tentando una difficile definizione dei rispettivi ambiti di operatività,

cit., p. 801 ss., il quale ritiene che le norme della garanzia per vizi e mancanza di qualità, in quanto onerano il compratore della pronta verifica della cosa e della denuncia tempestiva dei difetti della stessa, trovano spiegazione soltanto in relazione a inesattezze materiali della prestazione. Di diverso avviso sono P. GRECO – G. COTTINO, sub art. 1490, in IID., *Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 249, i quali notano come la legge non prescrive espressamente il requisito della materialità, ma si limitano al contempo a contestare la regola secondo cui la garanzia *ex* artt. 1490 ss. avrebbe riguardo esclusivamente alle cose materiali, contemporaneamente ammettendo che «è normale che un vizio del diritto rientri in una fattispecie diversa da quella dell'art. 1490: evizione parziale, responsabilità per oneri o diritti sulla cosa, invalidità per errore o dolo, nullità o inefficacia del negozio per inalienabilità del diritto».

circa i quali la dottrina e la giurisprudenza avevano manifestato in precedenza (e in parte continuano a manifestare) molti dubbi e oscillazioni.

Peraltro, il codice civile del 1865, se all'art. 1498 forniva la definizione del vizio redibitorio, facendo riferimento ai vizi o difetti occulti che rendano la cosa «non atta all'uso cui è destinata, o che ne diminuiscono l'uso in modo che se il compratore gli [sic] avesse conosciuti, o non l'avrebbe comprata o avrebbe offerto un prezzo minore», ma non dettava alcuna regola espressa riguardo ai difetti di qualità della cosa venduta¹⁸³, sicché l'ordinamento taceva in ordine alle patologie del bene di tipo qualitativo. Da tale situazione d'incertezza e mancata definizione legislativa è fiorita, sotto il vigore del codice abrogato e del codice di commercio del 1882, una ricostruzione interpretativa dei confini delle due fattispecie, la quale ha accreditato, da un lato, una nozione di vizio di tipo oggettivo, in cui l'essenza del difetto si ricollegava all'inadeguatezza del bene rispetto alla sua normale destinazione¹⁸⁴, e dall'altro, riconduceva le mancanze di qualità¹⁸⁵ alla disciplina dell'inadempimento di diritto comune¹⁸⁶, ivi compresa la possibilità di richiedere l'esatto adempimento

¹⁸³ Così R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, cit., p. 195.

¹⁸⁴ La pietra di paragone dell'idoneità della cosa all'uso, e pertanto al fine di vagliare l'assenza di vizi, era costituita, infatti, non già dall'uso che la parte soggettivamente intendesse fare della cosa, bensì dall'uso ordinario della stessa, dalla sua «normale destinazione» (sono parole di R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, cit., p. 195). I rimedi apprestati dalla garanzia per vizi, quindi, potevano essere invocati soltanto ove si provasse la delusione dell'affidamento del compratore in ordine all'idoneità della *res* rispetto all'utilizzo ordinario ovvero l'oggettivo minor valore derivante dall'esistenza del vizio. In quest'ottica, la considerazione dell'inidoneità all'uso avuto soggettivamente di mira dall'acquirente poteva avere ingresso soltanto a condizione che questo avesse costituito oggetto di apposito patto fra le parti, ma non seguiva affatto la disciplina dei vizi redibitori, bensì avrebbe costituito un normale inadempimento contrattuale, con conseguente applicazione delle tutele di diritto comune. In proposito, cfr. L. TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*, in *Il codice di commercio commentato*, Torino, 1915, p. 257 ss.; A. RAMELLA, *La vendita nel moderno diritto*, I. Parte generale, Milano, 1920, p. 401 ss.; F. DEGNI, *La compravendita*, Padova, 1939, p. 240 ss.

¹⁸⁵ La mancanza di qualità, peraltro, rilevava a prescindere dallo stato soggettivo dell'acquirente, il quale – in ragione della sussistenza di una specifica pattuizione sul punto – avrebbe potuto agire in giudizio anche ove fosse stato consapevole della stessa anche nel momento di conclusione del contratto, mentre la disciplina dei vizi redibitori conteneva l'espressa previsione dell'esenzione da responsabilità del venditore per l'ipotesi in cui i vizi fossero apparenti o laddove il compratore «avrebbe potuto da se stesso conoscer[li]» (art. 1499 c.c. 1865). In questo senso, V. ANGELONI, *Clausole di garanzia nelle compre-vendite commerciali*, Napoli, 1924, p. 42 s., il quale spiega la tesi in discorso argomentando dal fatto che nessun onere di previa ispezione della cosa o di diligenza in senso lato può essere addossato al compratore laddove egli riceva «un'esplicita assicurazione» (sono parole dell'autore) del venditore in ordine alla corrispondenza della cosa a quanto pattuito.

¹⁸⁶ La giurisprudenza sul punto è assai ricca: tra le tante, v. Cass., 26 novembre 1886, in *Foro it. – Repert.*, 1889, *Vendita*, n. 510; App. Milano, 11 dicembre 1893, in *Foro it. – Repert.*, 1893, *Vendita*, n. 556; App. Milano, 4 agosto 1890, in *Foro it. – Repert.*, 1892, *Vendita*, n. 609; Cass. Palermo, 5 aprile 1894, in *Foro it.*, 1894, I, c. 674 ss.; Cass. Torino, 2 luglio 1906, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 481 ss. In dottrina, A. RAMELLA, *La vendita nel moderno diritto*, I, cit., p. 357 ss.; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, Milano, 1926, p. 150 ss.; C.L. GASCA, *Trattato della compra-vendita*, s.d. (ma 1905), p. 839 s.

della prestazione¹⁸⁷, senza però essere in grado di esprimerne una definizione soddisfacente.

Proprio la previsione di un così differente regime di tutela dell'acquirente ha acuito il dibattito sul tema e reso ancor più difficile l'identificazione dei rispettivi ambiti di operatività delle due nozioni, in quanto la rigidità dei termini di prescrizione delle azioni edilizie e di decadenza dalla garanzia per inosservanza dell'onere di denuncia – la quale caratterizzava tanto le vendite commerciali quanto quelle civili – così come la descritta possibilità di richiedere l'esatto adempimento della prestazione per l'eventualità di difetto di qualità fungevano da forza propulsiva per l'allargamento indiscriminato del concetto di mancanza di qualità o di consegna di cosa diversa, al fine di emancipare la tutela del compratore dalle strettoie della garanzia redibitoria¹⁸⁸.

La giurisprudenza e la dottrina del tempo, pur con le difficoltà dovute a una ridda di ipotesi pratiche¹⁸⁹ non facilmente riconducibili all'una o all'altra categoria e all'interno di una graduale sistemazione della materia che passava per l'emancipazione da una concezione ancorata alla "giustizia del caso concreto", sono pervenute mano a mano a identificare la mancanza di qualità nella dazione di un bene non materialmente viziato, apparentemente conforme al contratto e ciononostante differente rispetto a quello dovuto in ragione dell'assenza di caratteristiche intrinseche che conferiscono al bene pregi significativi¹⁹⁰, espressamente negoziati o sottintesi quali essenziali poiché connaturati al singolo scambio¹⁹¹. L'inadempimento in cui la consegna di cosa viziata si traduce è ritenuto

¹⁸⁷ Sul punto v. A. RAMELLA, *La vendita nel moderno diritto*, I, cit., p. 357 ss. e R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, cit., p. 197.

¹⁸⁸ Di tale tendenza era consapevole la più autorevole dottrina, la quale tentava di ravvisare un bilanciamento fra la forza pervasiva del concetto di mancanza di qualità e la necessità che essa non vanificasse l'attenzione al profilo della sicurezza e speditezza del commercio al quale l'apparato rimediale di derivazione romanistica faceva conseguire «le brevi prescrizioni e le severe decadenze» (F. CARNELUTTI, *Il vizio redibitorio nel contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, p. 531, ove l'illustre A. manifesta l'opinione che tali caratteri delle azioni redibitorie sarebbero connaturali alla società moderna, caratterizzata dalla rapidità dei commerci, mancando di considerare che essi sono invece il portato di una risalente tradizione, che nell'antichità prevedeva termini ancor più severi), attraverso il risalto conferito all'aspetto dell'onere della prova gravante sul compratore e consistente nella dimostrazione della sussistenza del vizio al momento della conclusione del contratto (così, ad esempio, R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii*, Torino, 1906, p. 498, il quale nota come le liti vertenti sulla conclusione di contratti di compravendita si appuntavano per la maggior parte sull'applicabilità al caso di specie della decadenza prevista per i vizi redibitori).

¹⁸⁹ Si vedano, ad esempio, quelle efficacemente compendiate da R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, cit., p. 199 s.: consegna di cavallo da tiro in luogo di cavallo da corsa, di età diversa da quella prevista, consegna di caffè di marca diversa, consegna di vino da tavola adulterato, e così via.

¹⁹⁰ Così R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, cit., p. 200.

¹⁹¹ In questo senso, cfr. R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii*, cit., p. 331; V. ANGELONI, *Clausole di garanzia nelle compre-vendite commerciali*, cit. p. 9 s. Proprio questa equiparazione fra caratteristiche

radicale e pertanto più grave rispetto all'ipotesi di vizio materiale, in quanto si traduce nell'acquisto di una cosa diversa da quella che l'acquirente intendeva conseguire e da quella su cui si era formato il consenso¹⁹².

Peraltro, questo tendenziale *consensus* di fondo¹⁹³, volto ad accreditare una bipartizione fra vizio redibitorio – soggetto alle decadenze previste dagli abrogati artt. 1505 c.c. 1865 e 70 c.comm. – e mancanza di qualità – costituente illecito contrattuale, emancipato dalle richiamate decadenze –, non è riuscito a divenire meno precario e disomogeneo nella successiva elaborazione e si è, successivamente, riverberato sulle scelte del legislatore del 1942, il quale ne ha colto gli approdi tentando, con esiti solo parzialmente felici, una razionalizzazione dell'orientamento dominante.

La scelta di fondo dei codificatori è stata, pertanto, quella di riproporre la dicotomia fra vizio e mancanza di qualità, prevedendo, però, che quest'ultima sia sottoposta «alle disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento» e, al contempo, sancendo che il rimedio risolutorio apprestato a tutela del compratore in tale eventualità sia assoggettato allo stesso termine decadenziale e prescrizione che caratterizza le azioni edilizie (art. 1497, comma 2, c.c.). La “mancanza di qualità” cui si riferisce l'art. 1497 c.c. comprende sia le carenze attinenti le qualità promesse sia quelle riguardanti qualità della cosa venduta da considerarsi «essenziali per l'uso cui è destinata». In tal modo, si è recepito a livello legislativo quanto la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie avevano finito per identificare nel sistema previgente,

pattuite espressamente e qualità essenziali in ragione della destinazione del bene (efficace è l'esempio delle stoffe acquistate dal sarto, le quali si dovevano ritenere implicitamente qualificate come stoffe non soltanto perfette, ma adatte per l'uso nella fabbricazione di abiti) costituisce l'antecedente dal quale è derivata, come si vedrà *infra* nel testo, l'equiparazione fra mancanza di qualità essenziali e assenza di qualità promesse, contenuta nell'attuale art. 1497 c.c.

¹⁹² Così, in effetti sembra pronunciarsi F. CARNELUTTI, *Il vizio redibitorio nel contratto di lavoro*, cit., p. 529, ove è palese l'idea della contiguità fra mancanza di qualità e consegna di cosa diversa.

¹⁹³ A tale impostazione si sono, inoltre, contrapposte talune pronunce della Cassazione di Roma (in particolare, v. Cass. Roma, sez. un., 19 agosto 1902, in *Foro it.*, 1902, I, c. 1245 ss.), la quale si mostrò nettamente contraria alla costruzione della bipartizione *de qua* e tentò, pertanto, di accreditare una nozione omnicomprensiva di vizio, tale da ricomprendere qualsiasi imperfezione materiale e i difetti di qualità, i quali – in tale ottica – avrebbero dato luogo non già a un inesatto adempimento ma appunto a un vizio redibitorio. Così facendo, la Cassazione romana tentava di forgiare una nozione di vizio tale da riassumere tutte le ipotesi di «difetto occulto per cui la cosa venduta non serve all'uso al quale sarebbe destinata, d[and]o luogo all'azione redibitoria, [con] inevitabile applicazione del termine stabilito nell'art. 1505 per l'esercizio della suddetta azione redibitoria» (così Cass. Roma, 18 settembre 1905, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 105 ss.): il vizio veniva così ritenuto concetto capace di regolare le deficienze materiali come le carenze qualitative, elidendo le difficoltà connesse alla bipartizione del sistema delle inesattezze materiali. La posizione della giurisprudenza romana, però, fu aspramente criticata dalla dottrina (per tutti, V. ANGELONI, *Clausole di garanzia nelle compre-vendite commerciali*, cit., p. 47; R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii*, cit., p. 323; A. ASQUINI, *Vendita su campione*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 509) e fu rapidamente abbandonata dopo la riunificazione della suprema magistratura civile avvenuta nel 1923 (Cass. 11 aprile 1924, in *Corte Cass.*, 1924, I, c. 596 ss.; Cass. 31 ottobre 1924, in *Foro it.*, 1925, I, c. 398 ss.).

contrapponendo alla fattispecie del vizio, ricondotta ai rimedi speciali di derivazione romanistica in ragione della sua natura di responsabilità emancipata dall'inadempimento, quella della mancanza di qualità, la quale – foggiate quale vero e proprio inadempimento del venditore – consente il ricorso ai rimedi ordinari contro l'inesatta esecuzione della prestazione, pur con i limiti derivanti dall'applicazione dei termini previsti dall'art. 1495 c.c.

Senonché, come spesso accade allorché si muove nell'intenzione di risolvere problemi di ordine interpretativo, con la codificazione della fattispecie di "mancanza di qualità"¹⁹⁴ il legislatore ha fatto esercizio di pessima dogmatica, allorché ha affiancato e sottoposto allo stesso regime la mancanza di qualità promesse e quella di qualità essenziali. Memore dell'esperienza precedente, ha ricondotto a una sola disciplina sia le carenze le quali abbiano ad oggetto qualità sulle quali le parti hanno espressamente raggiunto un accordo e, pertanto, rispetto alle quali è sorto – a carico del venditore – uno specifico impegno obbligatorio¹⁹⁵, sia quelle che attengono a caratteristiche qualitative del bene da ritenersi normalmente "essenziali" per l'uso a cui è destinata. Senonché soltanto nel primo caso sembra giustificarsi, nel sistema del codice civile del 1942, il ricorso alla responsabilità generale per inadempimento, sussistente in ragione dell'espressa o implicita promessa circa la sussistenza di determinate qualità, la cui violazione conduce coerentemente all'inadempimento dell'obbligazione, ma non altrettanto può dirsi della seconda ipotesi, laddove si sottopone a identica regolamentazione una fattispecie assai differente, in cui non sussiste alcun impegno del venditore a procurare la cosa munita delle caratteristiche che si rivelano poi mancanti. È invero evidente come, così facendo, il legislatore italiano – pur, come si è visto, mantenendosi fedele alla tradizione nell'impianto della garanzia – ha piegato la propria scelta a considerazioni di opportunità, manifestando una palese insofferenza verso i limiti della concezione del "vizio" quale responsabilità per i difetti della prestazione emancipata dall'inadempimento, e pertanto riconducendo le ipotesi di carenze riguardanti qualità essenziali nell'ambito dell'inadempimento. La scelta – che rimane censurabile dal punto di vista sistematico, per l'incoerenza che crea in un sistema ancora impostato sull'idea

¹⁹⁴ Di tale disposizione, a ragione, L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 16 scrive descrivendola quale una fra «le più infelici del nostro codice». Sebbene non concordiamo con l'esegesi che ne compie l'illustre A., ne consideriamo senz'altro condivisibile il giudizio, per le ragioni che stiamo per esporre nel testo. Circa l'oscurità dell'art. 1497 si è espresso anche D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 891, ad avviso del quale esso è «così semplice in apparenza, così fertile di complicazioni nella sostanza».

¹⁹⁵ P. GRECO – G. COTTINO, sub *art. 1497*, in *IID.*, *Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 304 rilevano, appunto, che l'art. 1497 si basa sul presupposto che la prestazione da parte del venditore di una qualità differente da quella contrattata è un fatto di inadempimento contrattuale.

tradizionale di garanzia – è, però, sintomatica della difficoltà che i codificatori hanno sentito nel perpetuare la concezione romanistica che esclude, in linea di principio, dal contenuto dell'accordo contrattuale la pattuizione in ordine alle qualità della cosa, al punto da arrivare a temperarla attribuendo alle qualità essenziali per l'uso cui la cosa è destinata il carattere di componente della definizione dell'oggetto contrattuale.

Peraltro, al di là di tale criticabile scelta, la complessiva sistemazione della materia impressa dal legislatore si articola ancora nella fondamentale bipartizione fra “vizio” e “mancanza di qualità”, la quale si riverbera nell'apparato di tutela, laddove al primo consegue la disponibilità dei tradizionali rimedi edilizi, soggetti a una disciplina speciale, mentre la seconda consente di avvalersi dell'ordinaria risoluzione del contratto per inadempimento¹⁹⁶, pur se soggetta alla disciplina della prescrizione posta dall'art. 1495 c.c. Se si conviene su questa osservazione di fondo, non può che considerarsi errata, *de iure condito*, la posizione oggi dominante¹⁹⁷ riguardo all'ammissibilità dell'azione di riduzione del prezzo nelle ipotesi di carenze qualitative della *res emptā* sottoposte al regime dell'art. 1497 c.c. Invero, il richiamo alla disciplina generale sulla risoluzione per inadempimento – la quale non conosce affatto tale rimedio – rende palese come gli unici mezzi di tutela accordati al compratore di beni privi della qualità essenziali o promesse siano la risoluzione del

¹⁹⁶ In proposito, v. esattamente Cass. 21 gennaio 2000, n. 639, la quale si esprime proprio nel senso secondo cui, a differenza dell'azione di risoluzione fondata sulla garanzia per vizi, quella di cui all'art. 1497 c.c., rientrando in quella disciplinata in via generale dall'art. 1453 c.c. (essendo richiamate espressamente le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento), postula che l'inadempimento posto alla base della domanda di risoluzione e/o di risarcimento del danno sia imputabile a colpa dell'alienante e non abbia scarsa importanza, tenuto conto dell'interesse della parte non inadempiente.

¹⁹⁷ Si vedano, con riguardo a questo aspetto, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 850, ad avviso del quale l'opinione contraria all'ammissibilità dell'estimatoria nei casi di mancanza di qualità non terrebbe «conto, tra l'altro, della generalità del rimedio nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive» nonché del fatto che «la riduzione del prezzo è un rimedio limitato rispetto a quello più radicale della totale risoluzione del contratto»; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 891 s.; P. GRECO – G. COTTINO, sub art. 1497, in *IID., Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 313, i quali peraltro legano la propria opinione permissiva all'affermazione secondo cui la riduzione del prezzo nell'eventualità di mancanze di qualità del bene potrebbe essere raggiunta, quanto meno, *sotto il profilo* attraverso il diritto al risarcimento del danno (corsivo originale). In giurisprudenza, un'opinione simile a questa è stata avanzata da Cass. 10 gennaio 1981, n. 247, la cui massima così si esprime: «per effetto del rinvio operato dall'art. 1497 c.c. alle disposizioni generali sulla risoluzione del contratto per inadempimento, il compratore può ottenere la risoluzione del contratto soltanto se il difetto di qualità della cosa venduta non sia di scarsa importanza; tuttavia, quando l'inadempienza non sia di tale gravità da giustificare la risoluzione del contratto, l'acquirente può sempre agire per il risarcimento del danno sotto forma di una proporzionale riduzione del prezzo corrispondente al maggior valore che la cosa avrebbe avuto purché il difetto di questa non sia di trascurabile entità». Non può, peraltro, trascurarsi che altro è la concessione dell'azione di riduzione del prezzo, altro invece è argomentare la possibilità di ottenere risultati a questa assimilabili, o addirittura identici, attraverso il ricorso all'azione risarcitoria, ciò che costituisce non già l'affermazione della disponibilità dell'azione estimatoria nel patrimonio del compratore di cosa priva di qualità essenziali o promesse, bensì la sua negazione.

prezzo e il risarcimento del danno, giacché la dottrina generale del contratto non sembra conoscere un'azione generale di riduzione del corrispettivo a fronte di vizi funzionali dei contratti sinallagmatici, come dimostra il fatto che tali vicende contrattuali trovano la loro disciplina esclusivamente nei rimedi già ricordati (art. 1453 c.c.).

Anche in considerazione di ciò, sceverare il concetto di "vizio" da quello di "mancanza di qualità" assume importanza determinante e, pertanto, benché ciò non costituisca oggetto primario di indagine in questa sede, sembra che la chiarificazione dei presupposti di applicabilità della riduzione del prezzo debba passare almeno per una breve rassegna degli approdi della giurisprudenza e della dottrina in argomento. In proposito, pur nella difficoltà di fornire definizioni valide per la generalità delle ipotesi, si è messo in luce come i vizi consistano in imperfezioni materiali o anomalie strutturali derivanti da difetti di formazione, fabbricazione o conservazione della cosa, mentre le qualità attengono anch'esse alla struttura materiale o alla funzionalità del bene ma costituiscono attributi che esprimono la funzionalità, l'utilità e il pregio del bene¹⁹⁸ e rilevano soltanto ove la loro sussistenza sia stata promessa ovvero siano indispensabili per l'uso cui la cosa è normalmente destinata. Le prime si identificano con gli attributi di materia, struttura e funzione che la cosa appartenente a un determinato tipo deve possedere in quanto necessari al suo normale utilizzo¹⁹⁹. Le seconde, invece, possono essere riferite a qualunque caratteristica strutturale o funzionale del bene, benché secondaria o non incidente sulla sua concreta facoltà di utilizzo, la quale sia stata oggetto di una esplicita o implicita promessa all'interno delle pattuizioni contrattuali, delle comunicazioni pubblicitarie ovvero risulti essere stata assicurata in virtù delle complessive circostanze dell'affare.

Come detto, il verificarsi di carenze attinenti queste ultime comporta, nel sistema del nostro codice civile, un inadempimento contrattuale, soggetto all'ordinaria risoluzione del contratto (con il correttivo della prescrizione abbreviata *ex art.* 1455 c.c.), mentre la sussistenza di vizi materiali non si sostanzia in una violazione della

¹⁹⁸ Così C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 798, il quale fa riferimento anche a Cass. 3 dicembre 1970, n. 2544, la quale si è pronunciata nel senso che «la mancanza di qualità è inerente alla natura della merce, riguarda le differenze di sostanza, di razza, di materia, di tessuto, di fibra, di colore, di metodo e di origine, riferendosi genericamente a tutti quegli elementi sostanziali che, nell'ambito dello stesso genere, influiscono sulla classificazione della cosa in un tipo o in una specie piuttosto che in un'altra».

¹⁹⁹ Così A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 289, il quale specifica come rilevanza particolare, da questo punto di vista, debba essere conferita ai requisiti di sicurezza che i prodotti devono possedere ai fini della commercializzazione nello spazio giuridico comunitario (sul punto, cfr. ID., *Certificazione di qualità di prodotti e tutela del consumatore-acquirente*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 27 ss.).

promessa contrattuale e, pertanto, dà ingresso soltanto ai rimedi speciali tramandatici dal diritto romano. All'interno di queste ipotesi, peraltro, non sempre la scelta fra le azioni edilizie è pienamente libera, in quanto si riscontrano importanti previsioni che restringono la disponibilità dei mezzi di tutela alla sola riduzione del prezzo. Di tali previsioni si darà conto nel paragrafo successivo.

4.2. Le ipotesi codicistiche in cui la riduzione del prezzo costituisce l'unico rimedio a disposizione del compratore

Nel concedere al compratore di cosa viziata i rimedi edilizi, il legislatore del 1942 prevede espressamente che la scelta fra le due azioni possa venir meno qualora, «per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione» (art. 1492, comma 1, c.c.).

Il riferimento operato dalla legge deve essere ovviamente inteso ai c.d. usi normativi²⁰⁰ previsti dall'art. 1 disp. prel. c.c. quali fonti del diritto non scritte, e non già alle consuetudini negoziali (art. 1340 c.c.). Usi siffatti, nel silenzio serbato dalla legge, possono avere carattere generale o locale, concernere la generalità dei consociati o – forse più frequentemente – determinate categorie di venditori o compratori²⁰¹, solitamente appartenenti al ceto imprenditoriale.

La limitatissima casistica giurisprudenziale che è possibile consultare sull'argomento²⁰² non fornisce indicazioni utili al fine di delimitare il campo di operatività degli usi, i quali possono pertanto riguardare sia vizi determinati, sia l'universalità dei vizi che possono affliggere una certa categoria di beni²⁰³.

²⁰⁰ Sui quali v., fra i tanti, A. PIZZORUSSO, sub *artt.* 1-9, in ID., *Fonti del diritto*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2011, p. 643 ss.; ID., voce *Consuetudine*, I, in *Enc. diritto*, VIII, Milano, 1961, p. 962 ss.; A. GUARNERI, *Gli usi e il sistema delle fonti del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 19 ss.; R. SACCO, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 689 ss. Per una ricostruzione del senso della consuetudine e una revisione critica del ruolo degli usi nella modernità del diritto si legga il fondamentale scritto di P. BONFANTE, *Per una revisione della teoria della consuetudine*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 270 ss., ove l'insigne giurista si pronuncia nel senso che non vi sarebbe ormai più posto per la consuetudine vera e propria nelle legislazioni civili moderne, dove le sole consuetudini possibili sono i cosiddetti usi di fatto, richiamati nel diritto dispositivo.

²⁰¹ In questo senso D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 803.

²⁰² Tale casistica, se si escludono le pronunce aventi a oggetto specificamente la vendita di animali (art. 1496 c.c.), si riduce alle sole Cass. 5 agosto 1977, n. 3551 e Cass. 5 agosto 1985, n. 4388.

²⁰³ Come ad esempio la vendita di filati nell'ipotesi posta a base della decisione di Cass. 5 agosto 1977, n. 3551, la cui massima recita: «qualora gli usi concernenti determinate categorie di compravendite assoggettino l'accertamento o la rilevanza dei vizi della cosa venduta a regole particolari, dette regole debbono trovare applicazione sia quando venga esercitata l'azione di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo, sia quando sia chiesto soltanto il risarcimento del danno conseguente all'inadempimento imputabile al venditore (nella specie, in applicazione del principio enunciato, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva risolto, per l'esistenza di vizi, la vendita di filati avvenuta in provincia di Como, senza tener conto dell'art. 83 della raccolta degli

Il contenuto dell'esclusione prescinde in linea di principio dalla gravità del vizio, ma può concordarsi con l'opinione di chi ha ritenuto che essa non possa riguardare vizi che non rendano la cosa assolutamente inidonea all'uso cui è destinata²⁰⁴, in quanto ciò comporterebbe un eccessivo sacrificio in capo al compratore. D'altro canto, non sembra potersi fare ricorso agli usi al fine di sceverare fra ipotesi di vizi di maggiore importanza²⁰⁵, legittimanti la riduzione del corrispettivo non meno della risoluzione del contratto, da quelle più lievi, per le quali potrebbe trovare accoglimento soltanto l'azione *quanti minoris*²⁰⁶, giacché «una siffatta limitata portata del vizio non basta, di per sé sola, ad escludere la risoluzione, ma occorre che esista un[o specifico] uso in tal senso»²⁰⁷. Non pare, infatti, possa dirsi esistente un uso il quale escluda in linea di principio la risoluzione per tutti i casi in cui il vizio abbia scarsa entità, né esistono parametri certi attraverso i quali sarebbe possibile identificare la maggiore o minore gravità di questo²⁰⁸.

A fronte della sussistenza di un vizio che affligge il bene compravenduto, la libertà di scelta dei rimedi di cui l'acquirente può avvalersi è altresì, e più pesantemente, limitata dalla previsione contenuta nel terzo comma del citato art. 1492 c.c., il quale non consente al compratore l'esercizio dell'azione di risoluzione in tutte le ipotesi in cui la cosa sia stata alienata o trasformata ovvero sia perita per caso fortuito o per colpa del compratore²⁰⁹.

usi locali, i quali, in presenza degli accertati vizi, vietano la risoluzione del contratto e prevedono una particolare forma risarcitoria del danno».

²⁰⁴ cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 803.

²⁰⁵ Sul punto si veda Cass. 1° febbraio 1995, n. 1153, la quale chiaramente propende per l'insussistenza di una simile differenziazione: «in tema di garanzia della cosa venduta, qualora ricorrano i presupposti richiesti dall'art. 1490 c.c. (inidoneità della cosa all'uso cui è destinata o apprezzabile diminuzione del suo valore), il compratore ha la facoltà di scegliere liberamente fra la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo, prescindendo dal minore o maggior grado di gravità del vizio denunciato». Nel senso, inoltre, che la gravità del difetto legittima l'azione estimatoria non meno della redibitoria, cfr. Cass. 21 agosto 1985, n. 4471, secondo la quale «la facoltà del compratore, in presenza di vizi della cosa venduta, di chiedere, anziché la risoluzione del contratto, la riduzione del prezzo, ai sensi dell'art. 1492 c.c., non viene meno per il fatto che detti vizi presentino gravità tale da escludere la possibilità di utilizzare il bene nella sua funzione tipica (nella specie, autovettura usata, risultante dall'anomalo assemblaggio di due tronconi di veicoli diversi), rientrando nella disponibilità del compratore medesimo l'optare per un mantenimento della residua utilità della cosa, con un congruo riequilibrio, in suo favore, dell'ammontare del corrispettivo».

²⁰⁶ In questo senso, invece, v. C. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, cit., p. 299.

²⁰⁷ Sono parole di D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 803.

²⁰⁸ L'introduzione di una simile distinzione comporterebbe un'ulteriore difficoltà classificatoria, la quale dovrebbe portare l'interprete a rintracciare caratteri che consentano di distinguere, oltre che tra mancanze di qualità essenziali e vizi, anche – all'interno di quest'ultima categoria – tra vizi di maggiore o minore gravità, senza che la legge offra – in proposito – alcun tipo di appiglio.

²⁰⁹ Questa seconda parte della regola riecheggia il tema, già trattato nel capitolo II, riguardante la possibilità di esperire l'*actio redhibitoria* da parte del compratore di schiavo o animale il quale sia successivamente deceduto, cui si ricollega il noto "*mortuus redhibetur*". Cfr., sul punto, la bibliografia citata nel capitolo II, nonché L. GAROFALO, *Perimento della cosa e azione redibitoria in*

La ragione di tale esclusione è stata ed è tuttora assai dibattuta, soprattutto con riferimento alla previsione riguardante il perimento della cosa derivante da caso fortuito. Rinviando l'analisi approfondita di tale ipotesi alla sede in cui sarà operato lo scrutinio di applicabilità della preclusione in parola al caso della vendita di bene di consumo affetto da difetto di conformità, sembra fin d'ora utile svolgere alcune considerazioni riguardo alla disposizione nel suo complesso, giacché esse costituiscono una premessa ineludibile onde chiarire l'estensione della regola in parola, così verificando quanto ampia sia l'area di esenzione dalla possibilità di esperimento dell'azione redibitoria e, pertanto, quale sia l'ambito di applicazione esclusivo del rimedio estimatorio.

A nostro avviso, l'opzione sottesa al dettato dell'art. 1492, comma 3, c.c. si lega strettamente alla concezione dell'azione redibitoria che abbiamo tentato di argomentare in apertura del presente capitolo, memore della sua derivazione storica e autonoma dalla risoluzione di diritto comune²¹⁰. Come si è detto, il legislatore del 1942 si è posto nel solco del pensiero giudico volto a negare che dall'accordo di compravendita possano scaturire per il venditore obblighi riguardo all'assenza di vizi nella cosa scambiata, sicché le sanzioni poste a carico di costui per l'eventualità in cui il bene trasferito sia affetto da difetti non sono riconducibili al novero dei rimedi contro l'inadempimento della prestazione nei contratti a prestazioni corrispettive, bensì costituiscono rimedi autonomi e speciali.

Di tale specialità partecipa anche la regola che ci occupa, la quale è comprensibile soltanto ove si guardi al problema che essa intende risolvere avendo ben chiaro come l'azione redibitoria non costituisca affatto un'applicazione dell'ordinaria risoluzione per inadempimento ma un'azione che risponde a logiche proprie, inscritta in un apparato rimediale speciale. In tale apparato, il legislatore ha forgiato le due azioni concesse al compratore di cosa viziata in modo da prevedere, da un canto, un rimedio il quale consentisse l'annientamento dello scambio, attraverso la restituzione della cosa trasferita e del prezzo pagato, e dall'altro, il mantenimento

un'analisi storico-comparatistica, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 843 ss., spec. p. 847 s.

²¹⁰ Nel senso che la disposizione volta a negare il ricorso del compratore all'azione redibitoria possiede natura eccezionale cfr. già l'autorevole insegnamento di G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 474 e, sotto il vigore della codificazione abrogata, di R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii*, cit., p. 566. Nello stesso ordine di idee, nel quadro di una penetrante analisi ricca di spunti anche comparatistici, si pone C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 816 ss., spec. 822 s., il quale si pronuncia altresì nel senso che «sul piano delle moderne codificazioni l'impossibilità della restituzione è diventata neutra ai fini della risoluzione del contratto». Sul punto cfr., infine, L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 291 ss. e G. SICCHIERO, sub *art. 1453*, in ID., *La risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2007, p. 332 ss., il quale ritiene «davvero difficile argomentare [dall'art. 1492] un principio di più ampia portata», anche in considerazione dell'assenza di una regola di analogo tenore nella disciplina del contratto di appalto.

dell'affare in proporzioni adeguate in ragione della difettosità della cosa, sicché i due rimedi riflettono proprio la concezione romana, secondo cui redibizione e riduzione del prezzo si ponevano quali tutele naturali del compratore, il quale – ove avesse conosciuto i vizi – non avrebbe concluso il contratto ovvero lo avrebbe concluso a condizioni differenti. Soffermando l'attenzione sull'azione redibitoria, e sul confronto con l'ordinaria risoluzione per inadempimento, è immediato accorgersi di come – contrariamente a quanto accade per quest'ultima²¹¹ – il legislatore abbia disegnato il rimedio redibitorio avendo come prioritario scopo quello di garantire la sua funzionalità rispetto al fine della rimessione delle parti nello stato esistente anteriormente allo scambio, garantendo l'equivalenza non soltanto quantitativa ma anche qualitativa fra la situazione giuridica delle parti in data anteriore alla conclusione del contratto e quella di cui le stesse godranno a seguito dell'intervenuta risoluzione²¹². Di qui, a nostro avviso, nasce la regola che vieta la risoluzione del contratto di vendita laddove il bene sia *medio tempore* perito, alienato o trasformato. Nella considerazione dell'eccezionalità del rimedio²¹³, il legislatore del 1942 ha inteso condizionare la sua percorribilità alla sussistenza del requisito della possibilità di operare una rimessione in pristino anche qualitativa della situazione giuridica facente capo alle parti dello scambio²¹⁴. Ben conscio del

²¹¹ In riferimento alla quale, ad esempio, l'art. 1458 c.c. prevede espressamente che la risoluzione del contratto non pregiudica i diritti acquistati dai terzi sulla cosa, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione. Ne consegue che nell'ipotesi dell'ordinaria risoluzione per inadempimento il legislatore ha preferito consentire comunque la risoluzione del contratto anche in presenza di eventi, come l'alienazione della cosa, i quali ostano alla restituibilità della stessa e pertanto alla perfetta ricostituzione dello *status quo ante* in senso quantitativo e qualitativo.

²¹² In proposito, non è senza importanza notare come il legislatore abbia espressamente dettato, con riferimento alla disciplina dell'azione di risoluzione prevista in materia di vendita, una disposizione specifica (l'art. 1493 c.c.) volta a sancire la retroattività degli effetti del rimedio e, in particolare, gli obblighi restitutori conseguenti al suo esperimento. Questa scelta, che taluno (L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 291) ha ritenuto tale «da rendere superfluo il ricorso al pur invocabile – perché armonico rispetto alla conformazione del legislativa del mezzo stesso – art. 1458», può essere letta, ancor più radicalmente, quale ulteriore segno dell'autosufficienza del sistema espresso dalla garanzia per vizi, in quanto, nel prevedere che «il compratore deve restituire la cosa, se questa non è perita in conseguenza dei vizi», in combinato disposto con la previsione sancita dall'art. 1492, comma 3, c.c., dà vita a un sistema in sé completo, in cui non soltanto – come accade in generale – la risoluzione comporta il sorgere delle obbligazioni restitutorie, ma – contrariamente a quella che è la regola valevole per la risoluzione per inadempimento – la possibilità della restituzione *in natura* delle prestazioni assurde eccezionalmente a condizione di praticabilità del rimedio (come lo stesso Garofalo mostra di ritenere a p. 264 s.).

²¹³ Dovuta, lo si è già detto più volte, all'idea – che informa la disciplina della materia *de qua* – secondo cui il vizio redibitorio non poteva essere inteso quale fatto di inadempimento del compratore, sicché la garanzia dava luogo a una responsabilità di questi non conseguente a un comportamento illecito.

²¹⁴ In maniera consonante con quanto da noi sostenuto, L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 263 scrive di un consapevole rifiuto, da parte del legislatore, delle conseguenze che sarebbero derivate dall'applicazione delle regole generali. Tale rifiuto è motivato dall'estraneità delle conseguenze medesime «al modello di redibitoria che, consegnato dai giuristi romani ai dottori del diritto comune e da questi non solo raccolto ma anche

fatto che lo scioglimento del contratto per vizi funzionali non può essere condizionato dalla praticabilità in concreto della restituzione del bene²¹⁵, la quale ne costituisce mera conseguenza e non già un presupposto²¹⁶, ha però seguito una strada opposta con riferimento alla garanzia per vizi, nella quale la risoluzione sembra essere strutturata alla stregua di un evento concretante una condizione risolutiva²¹⁷ piuttosto che di un rimedio volto a rimediare alla rottura dell'equilibrio sinallagmatico attraverso una modificazione del contenuto delle obbligazioni contrattuali²¹⁸.

Invero, riteniamo che la previsione contenuta nell'art. 1492, comma 3, c.c.²¹⁹ costituisca un importante elemento a favore della ricostruzione delle azioni edilizie

rivisitato, era penetrato nelle moderne codificazioni [...] manifestando la risalente e perdurante abitudine a rimettere il compratore e il venditore, mercé lo scioglimento *ex tunc* del vincolo tra loro, nella situazione antecedente alla conclusione ed esecuzione del contratto»

²¹⁵ La giurisprudenza, invece, in talune ipotesi ha proceduto a colmare la mancanza di una disciplina generale inerente il perimento attraverso l'applicazione delle regole speciali previste in tema di vendita, credendole erroneamente espressive di un principio generale: in questo senso, tra le altre, Cass. 18 febbraio 1983, n. 1254, ad avviso della quale «il principio per cui la risoluzione del contratto è preclusa dall'impossibilità di restituire l'oggetto nel suo stato originario opera ai sensi dell'art. 1492, comma 3, che è espressione di una regola generale e, quindi, non ha valore limitatamente al contratto di compravendita».

²¹⁶ Così, tra i tanti, R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 11 ss. e C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 822 s. Cfr. anche L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 262.

²¹⁷ Riecheggiando quindi la ricostruzione francese della risoluzione del contratto, consacrata nel *Code Napoleon* (S.K. MYOUNG, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, Paris, 1996, p. 198 ss.) e nel codice civile italiano del 1865, ma non accolta dalla codificazione attuale (che – prevedendo la retroattività degli effetti della risoluzione soltanto tra le parti – si situa, ad avviso di C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 798, a metà strada tra il modello francese della nullità e quello tedesco della liquidazione del rapporto). Non è senza importanza osservare come il principale argomento utilizzato al fine di confutare l'adeguatezza della ricostruzione volta a spiegare l'operare della risoluzione quale condiziona risolutiva sia costituito dalla inconciliabilità dello stesso con il risarcimento dei danni positivi (così, per tutti, G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 100 e, di recente, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, p. 329 s.): nel capitolo seguente si vedrà che questa obiezione non coglie nel segno riguardo al risarcimento del danno sancito dall'art. 1494, comma 1, c.c.

²¹⁸ Questo è, infatti, il contenuto della risoluzione per inadempimento secondo la ricostruzione più attendibile: v., pur con diversità di accenti, A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, p. 261 ss.; ID., voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1328; C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 798 ss.; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 333 ss., alla cui trattazione, in questa sede, non può che farsi rinvio. L'idea si intravede chiaramente, pur confinata all'interno della trattazione dedicata all'ammissibilità del risarcimento dell'interesse positivo, già in L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 303. Nel diritto tedesco tale concezione della risoluzione (apparsa per la prima volta negli scritti di H. STOLL, *Die Wirkung des vertragsmäßigen Rücktritts*, Bonn, 1921 e ID., *Rücktritt und Schadensersatz*, in *AcP*, 1929, p. 183 ss.) si è riverberata in un "epocale" cambiamento in occasione della *Schuldrechtsreform* del 2002, allorché il legislatore germanico ha adottato (con il nuovo § 325 BGB) l'idea della combinabilità del *Rücktritt* e dello *Schadensersatz wegen Nichterfüllung*, prima radicalmente esclusa: cfr. I. DU MONT, *Die kombination von Rücktritt und Schadensersatz im neuen Schuldrecht. Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des Kaufvertrags*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2007, p. 20 ss.

²¹⁹ La quale trovava evidenti consonanze nel disposto degli abrogati §§ 467, 351, 352 e 353 BGB, i quali

qui propugnata, in quanto rende palese come queste obbediscano a logiche estranee a quelle proprie della risoluzione per inadempimento non soltanto nelle premesse applicative, ma pure nella concreta modalità di operare sul vincolo contrattuale. Solo ponendosi in quest'ottica, infatti, è possibile dare ragione della peculiarità della regola che ci occupa, la quale si iscrive coerentemente nel disegno legislativo di un rimedio, quello redibitorio, volto a provocare primariamente ed essenzialmente proprio quell'effetto che ne conia il nome²²⁰, la cui impossibilità di attuazione non può che condurre alla preclusione dello stesso mezzo di tutela.

Le conclusioni così raggiunte non sono infirmate dalla constatazione dell'esperibilità dell'azione di risoluzione da parte del compratore nell'ipotesi in cui la cosa sia perita in conseguenza dei vizi, ciò che costituisce senz'altro un'ipotesi di impossibilità di restituzione. L'eccezione in parola è coerente con la tradizione²²¹ e partecipa della più generale regola che addossa al venditore le conseguenze derivanti dai vizi della cosa, di cui sono espressive la previsione dell'obbligo di costui di risarcire i danni provocati dai vizi medesimi (art. 1494, comma 2, c.c.), nonché la riconosciuta possibilità di esperire l'azione di risoluzione anche a seguito dell'avvenuta vendita del bene per conto di chi spetta ai sensi dell'art. 1513, comma 1, c.c., finalizzata a evitarne il perimento o il deterioramento²²².

Venendo ora a trattare delle singole fattispecie impeditive dell'esercizio dell'azione redibitoria, non pare possano avanzarsi dubbi circa il fatto che, con il richiamo al perimento della cosa²²³, il legislatore abbia inteso includere tutte le ipotesi in cui si verifichi la distruzione della stessa, ossia la totale compromissione della sua integrità

– anteriormente alla riforma del diritto delle obbligazioni avvenuta nel 2002 – escludevano la titolarità del rimedio risolutorio in capo al compratore laddove la cosa fosse perita per colpa di costui, ovvero fosse stata trasformata o alienata.

²²⁰ Non è inutile ricordare, in proposito, l'opinione di L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 9, secondo il quale l'azione di risoluzione prevista in tema di garanzia per vizi costituirebbe una risoluzione *per viam restitutionis*, ovvero sia un'azione «diretta a far precipuamente a far valere, sulla base del contratto, la pretesa alla restituzione». Nel concordare con l'illustre A. circa la rilevanza della fase restitutoria nell'economia del mezzo, dobbiamo però dissentire riguardo all'idea che il codice civile del 1942 possa ancora accreditare una ricostruzione dell'azione redibitoria in ragione della quale la risoluzione del contratto sarebbe soltanto una conseguenza mediata della *restitutio*, con tradimento palese dell'intendimento del legislatore (il quale, all'art. 1493 c.c., ha catalogato gli obblighi restitutori fra gli effetti della risoluzione).

²²¹ In questo senso L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 263 ss., il quale segue la tesi già fatta propria da D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 809.

²²² D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 808.

²²³ Sul perimento v. A. MAGAZZÙ, voce *Perimento della cosa*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 35 ss. e ID., *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 2, Milano, 1978, p. 1201 ss.; nel vigore del codice abrogato, cfr. C. MAIORCA, *La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma*, Torino, 1937, p. 225 ss.

fisica²²⁴, senza considerazione della causa che l'ha determinata, purché estranea ai difetti della cosa²²⁵. Il perimento, pertanto, costituisce il totale annientamento della cosa nella sua materialità, che la renda inutilizzabile.

Peraltro, l'espresso riferimento che l'art. 1492, comma 3, c.c. opera al solo perimento solleva il problema del trattamento delle ipotesi di deterioramento e di perimento meramente parziale della cosa viziata.

Se si accede al punto di vista qui sostenuto in relazione alla *ratio* della previsione *de qua*, anche in tali ipotesi la soluzione non può che essere nel senso del diniego dell'azione redibitoria e della concessione della sola azione di riduzione del prezzo²²⁶: com'è stato scritto, «essendo la restituzione possibile solo se involga la cosa nella sua iniziale integrità, inibisce la risoluzione anche la parziale impossibilità di quella derivante [...] da un incompleto perimento del bene per caso fortuito o per fatto proprio del compratore»²²⁷. Peraltro, siffatta conclusione non deve essere assolutizzata, giacché impossibile può essere considerata soltanto la restituzione in natura di un bene che abbia subito un perimento parziale o un deterioramento tali da alterarne in maniera apprezzabile e non eliminabile la consistenza e le caratteristiche, e non già qualsiasi minimo mutamento²²⁸, sicché sembra di poter condividere l'opinione secondo cui essi rileverebbero soltanto ove di notevole entità.

²²⁴ Come avverte A. MAGAZZÙ, voce *Perimento della cosa*, p. 36, tale definizione va compendiata con l'osservazione del principio fisico secondo cui «in natura nulla veramente si distrugge: [...] si danno infatti solo trasformazioni dei corpi (e della materia che li costituisce)», sicché il perimento costituisce una modificazione della cosa la quale la renda del tutto inutilizzabile.

²²⁵ Deve, infatti, ritenersi che l'espressione «per colpa del compratore» debba essere letta, con operazione di ortopedia interpretativa, come riferentesi ad ogni ipotesi di perimento «per fatto proprio del compratore», giacché «l'acquirente, dopo la consegna, usa "una cosa propria e non ha obblighi di custodia", è difficile ravvisarsi la violazione di un dovere di diligenza da parte sua» (sono parole di P. GRECO – G. COTTINO, sub *art. 1492*, in IID., *Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 272, cui aderisce anche L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 266). Pertanto, d'ora innanzi, si farà riferimento all'ipotesi *de qua* mediante l'uso della locuzione corretta.

²²⁶ Di questo avviso è anche la giurisprudenza: Cass. 4 aprile 1998, n. 3500, la cui massima recita: «nell'ipotesi che la cosa presenti vizi, secondo quanto dispone l'art. 1492 c.c., sono attribuiti al venditore due rimedi, l'azione di risoluzione e quella di riduzione del prezzo, ma la prima resta esclusa tutte le volte in cui la restituzione sia diventata impossibile essendo la cosa "perita per caso fortuito o per colpa del compratore o se questi l'ha alienata o trasformata". Ed è pacifico che tale situazione si verifica allorché la restituzione non sia più possibile, non soltanto per effetto dell'alienazione o trasformazione della cosa, ma anche a causa dell'espropriazione, dello smarrimento, della consumazione o della sua messa *extra commercium*. Analoga situazione si verifica nel caso del perimento, del deterioramento della cosa, o della modificazione della sua consistenza da parte dell'acquirente»; similmente, riguardo a un caso di deperimento colposo, Cass. 28 aprile 1992, n. 5034; più risalente, Cass. 6 agosto 1965, n. 1874, la quale si esprime chiaramente nel senso che preclusiva della possibilità di ottenere la risoluzione è non soltanto l'impossibilità totale della restituzione del bene compravenduto, ma pure l'impossibilità parziale di questa.

²²⁷ Così L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 267. Nello stesso senso, v. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 806 e G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1937, p. 166 s.

²²⁸ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 806 e G. GORLA, *La compravendita e la*

La deduzione qui accolta è stata, però, revocata in dubbio sulla base della considerazione secondo cui il deterioramento non potrebbe giammai comportare l'impossibilità dell'esatta rimessione in pristino²²⁹, e lo stesso perimento parziale del bene potrebbe al più costituire ragione per l'operare di una preclusione dell'azione redibitoria soltanto parziale, ovvero riferentesi alla sola parte della cosa acquistata la quale sia effettivamente perita²³⁰. Al di là della inconciliabilità di siffatte tesi con la *ratio* che crediamo sia possibile scorgere nel divieto contenuto nell'art. 1492, comma 3, c.c., e senza neppure addentrarci in questa sede²³¹ nell'esame dell'ammissibilità di una risoluzione soltanto parziale²³², riteniamo che le stesse non possano essere condivise in ragione delle conseguenze, palesemente eterodosse rispetto al sistema della garanzia per vizi, che deriverebbero dalla loro applicazione. Invero, ove a seguito del perimento parziale del bene, derivante da fatto dell'acquirente, a costui fosse comunque consentito provocare la risoluzione del contratto, dovendo egli soltanto compensare la controparte del minor valore della cosa derivante dalla sua parziale compromissione, si verrebbe ad addossare al venditore la sopportazione del peso della mancata restituzione in natura del bene conseguente a un comportamento ascrivibile al compratore: ciò che pare certamente incoerente. Peraltro, sebbene simili conclusioni potrebbero *prima facie* essere ritenute non applicabili riguardo alla

permuta, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1937, p. 166 s.

²²⁹ Per questa obiezione cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 973. Non pare dubbio, in proposito, che il mero deterioramento del bene, anche ove di notevole entità e pertanto rilevante ai sensi della disposizione che ci occupa, non renda impossibile *ex se* la restituzione della cosa oggetto dello scambio, la quale può senz'altro essere riconsegnata al venditore nello stato in cui si trova, ma rende senz'altro non più attuabile quel perfetto ripristino dello *status quo ante* che abbiamo visto costituire l'essenza stessa del rimedio redibitorio e che costituisce appunto il limite di valutazione della rilevanza preclusiva del deterioramento e del perimento parziale. L'opinione di Bianca è ora seguita anche da R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 57, il quale ultimo – riguardo all'ipotesi di perimento fortuito del bene – precisa la portata della propria apertura nei confronti dell'esperibilità dell'azione di risoluzione esprimendosi nel senso che questa debba essere sempre unita all'accollo, in capo al compratore, delle diminuzioni di valore subite dal bene, facendo però salva l'ipotesi in cui «l'inadempimento dell'alienante rispetto all'impegno traslativo assunto con il contratto sia stato di gravità tale da determinare la disapplicazione [del principio *res perit domino*], nel qual caso il compratore potrà ottenere la restituzione integrale del prezzo».

²³⁰ Nel senso che il perimento parziale lascerebbe intatta la facoltà del compratore di chiedere la risoluzione del contratto con riferimento alla parte di bene non toccata dal perimento, v. ancora R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 49 ss.

²³¹ Per taluni cenni in ordine al tema si rimanda al paragrafo 2 del presente Capitolo, ove si è analizzata la natura del rimedio e la sua riconducibilità alla risoluzione parziale.

²³² Tale ipotesi di risoluzione, sulla quale è stata posta l'attenzione della dottrina a seguito della monografia di A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, *passim*, ma spec. 213 ss., è ritenuta oggi ammissibile da parte considerevole degli interpreti laddove il contenuto contrattuale sia oggettivamente o soggettivamente scindibile: per tutti, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 302 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *tratt. Iudica Zatti*, Milano, 2001, p. 975 s.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in E. GABRIELLI, *Il contratto in generale*, II, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, Torino, 1999, p. 1491 s.

diversa ipotesi di parziale perimento o deterioramento fortuiti²³³, neppure in tal caso avrebbe ragione di operare una diversa regola di composizione, giacché l'equiparazione di trattamento fra il perimento per fatto dell'acquirente e quello conseguente al caso fortuito costituisce un'esplicita scelta del legislatore. Infatti, come si vedrà meglio *infra*, la coerenza con l'operare della regola *res perit domino* non comporta affatto la necessità dell'interdizione al compratore del rimedio redibitorio, giacché essa avrebbe appunto potuto percorrere la diversa strada della concessione del mezzo di tutela e della contemporanea imposizione in capo a costui dell'obbligo di pagamento dell'equivalente monetario della prestazione ricevuta²³⁴. E se si pone mente a tale aspetto, non può che concludersi nel senso che l'opzione così operata non consenta considerazioni attinenti l'estensione parziale o integrale del fatto del perimento, ma debba essere indifferentemente applicata a questa e quella ipotesi²³⁵. Le conclusioni cui siamo giunti in ordine alla gravità del deterioramento che legittima la privazione del rimedio redibitorio possono essere senz'altro ripetute con riferimento alla diversa, ma empiricamente limitrofa, ipotesi di trasformazione della cosa, la cui rilevanza non si limita ai casi di totale cambiamento di specie²³⁶, ma si estende a qualsiasi ipotesi di apprezzabile e ineliminabile alterazione della sua originaria destinazione, senza che però possa darsi ingresso anche alle diverse ipotesi in cui questa «sia vincolata a pertinenza o [...] sia unita ad altra, pur essendo

²³³ Ipotesi alle quali, a onor del vero, si limita la trattazione e – pertanto – la tesi esposta da R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 49 ss., il quale inoltre ritiene ammissibile pure la risoluzione integrale del contratto ove «il vizio da cui risulta affetta la cosa sia di gravità tale da potere determinare la disapplicazione del principio *res perit domino* relativamente alla parte della cosa stessa che sia perita accidentalmente; non anche, invece, quando il mancato soddisfacimento dell'interesse proprietario (e così l'assenza di un apprezzabile interesse alla conservazione parziale della compravendita) sia *esclusivamente* dovuto al perimento fortuito di una parte (normalmente rilevante) del bene difettoso: una simile conseguenza, infatti, proprio in virtù del principio *res perit domino* – che non avrebbe ragione, in questo caso, di venire disapplicato -, deve essere interamente sopportata dall'acquirente» (corsivo dell'Autore).

²³⁴ In questo senso, v. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 379 s.

²³⁵ La differente opinione di R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 49 ss., invero, pare conseguire proprio al diverso rapporto che egli intravede fra il principio *res perit domino* e la preclusione dell'esercizio dell'azione redibitoria nel caso di perimento fortuito: egli, infatti, ritenendo che la preclusione in discorso sia non già una soltanto delle possibili tecniche attraverso le quali il principio *de quo* può operare, ma addirittura consegua indefettibilmente all'accoglimento di questo, non può cogliere la natura di libera opzione di politica legislativa che caratterizza la scelta del legislatore e quindi è portato a discostarsene ove la *ratio* da egli individuata riguardi una parte soltanto della prestazione.

²³⁶ Tale orientamento restrittivo trovava, invece, accoglimento in una risalente giurisprudenza, la quale interpretava il requisito della trasformazione della cosa nel senso della sua rilevanza soltanto nelle ipotesi in cui la stessa non potesse radicalmente più adempiere alla sua originaria funzione economica: in questo senso cfr. 25 febbraio 1963, n. 464, la quale fa appunto riferimento ad una modificazione dello stato materiale tale da compromettere l'originaria funzione economica del bene.

suscettibile di separazione»²³⁷, giacché tale possibilità non incide sulla possibilità della restituzione.

A sua volta, l'alienazione della cosa, richiamata dall'art. 1492, comma 3, c.c. quale ulteriore ipotesi la cui ricorrenza offre al compratore la disponibilità del solo rimedio estimatorio, può dirsi ricorrere tanto nell'ipotesi di alienazione del medesimo diritto acquistato sul bene per effetto del contratto di vendita, quanto pure ove il compratore costituisca sul bene stesso diritti diversi e di contenuto più limitato²³⁸, purché questi siano opponibili al suo avente causa²³⁹.

Ad avviso di un ormai sedimentato orientamento giurisprudenziale²⁴⁰, la trasformazione e l'alienazione della cosa avrebbero il descritto effetto preclusivo dell'alternativa fra le azioni edilizie soltanto ove non solo possiedano i caratteri appena descritti, ma possano altresì essere ritenute espressive di una volontà tacita del compratore nel senso di rinunciare all'azione redibitoria, accettando la cosa medesima nonostante il vizio che la affligge. In altre parole, ad avviso delle corti, non sarebbe l'obiettivo verificarsi della fattispecie di trasformazione o alienazione a rilevare²⁴¹, bensì il significato che questa verrebbe ad assumere ove possa ritenersi espressione di una volontà tacita di rinuncia al rimedio: ciò che costituisce senz'altro un'inammissibile interpretazione abrogante, giacché la preclusione dell'esercizio di un rimedio cui si sia rinunciato non ha certo bisogno di una norma specifica per

²³⁷ Le parole sono di C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 857.

²³⁸ Così anche L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 271, il quale fa peraltro espresso riferimento soltanto a diritti reali limitati costituiti sulla piena proprietà.

²³⁹ Laddove i diritti acquistati dal terzo subacquirente non siano opponibili all'alienante, infatti, non ricorre la *ratio* sottostante al divieto, giacché la possibilità di restituzione, per definizione, sussiste *in toto*.

²⁴⁰ La mole delle pronunce allineate all'orientamento in parola è davvero imponente e trova i primi esempi già nella giurisprudenza degli anni '50 dello scorso secolo; tra le tante, si vedano Cass. 11 maggio 1984, n. 2891; Cass. 1° febbraio 1993, n. 1212; Cass. 15 gennaio 2001, n. 489; Cass. 24 maggio 2002, n. 7619; Cass. 29 novembre 2004, n. 22416. Di recente, cfr. altresì Cass. 3 giugno 2008, n. 14665, la quale – a quanto ci consta, per la prima volta – ha considerato anche l'aspetto delle conseguenze del comportamento implicante rinuncia tacita anche dal punto di vista del rimedio risarcitorio: «la trasformazione, da parte del compratore, della cosa acquistata, con conseguente obiettiva impossibilità di restituirla, non è di per sé sufficiente a precludergli l'azione di risoluzione contrattuale per vizi ai sensi dell'art. 1492, comma 3, c.c., occorrendo, a tal fine, che quel comportamento evidenzi univocamente che l'acquirente, cosciente dei vizi, abbia inteso accettare la cosa, così rinunciando alla maggiore tutela dell'azione risolutoria rispetto a quella di riduzione del prezzo; tanto vale a maggior ragione con riguardo all'azione di risarcimento dei danni di cui all'art. 1494 c.c., che è azione distinta da quella di risoluzione del contratto e di riduzione del prezzo di cui all'art. 1492 c.c., non soggetta, quindi, alle preclusioni di cui al comma 3 di tale articolo, ma solo alla decadenza e alla prescrizione di cui all'art. 1495 c.c.». La conclusione, peraltro, non poteva essere differente, giacché l'impossibilità della restituzione del bene non può giocare alcun ruolo preclusivo in ordine alle pretese risarcitorie.

²⁴¹ Ciò che, invece, sarebbe coerente con il fondamento del divieto, da noi ravvisato nell'obiettiva impossibilità di operare l'esatta restituzione in natura della prestazione.

operare²⁴², ma consegue alla privazione della titolarità del relativo diritto e all'applicazione del principio di non contraddizione. Ne consegue che, in questi casi come in quelli di perimento fortuito e per fatto del compratore, l'alternativa fra le azioni edilizie viene meno per il solo fatto obiettivo dell'alienazione o della trasformazione, salva la sola ipotesi in cui tali eventi debbano ritenersi conseguenza diretta dei vizi, in armonia con il principio che ispira il primo periodo del terzo comma dell'art. 1492 c.c., permettendo la risoluzione nelle ipotesi in cui l'impossibilità della restituzione consegua esclusivamente alla sussistenza dei difetti della cosa.

La regola che esclude il ricorso del compratore all'azione redibitoria in tutti i casi in cui la cosa oggetto del contratto di compravendita sia stata alienata o trasformata ovvero sia perita per caso fortuito o per fatto del compratore, costituendo una condizione dell'esperimento dell'azione di garanzia, spiega i propri effetti sulla spettanza dell'azione stessa all'acquirente. Deve, perciò, essere chiarito l'effetto che tali accadimenti producono riguardo all'azione di risoluzione già pendente, in quanto proposta in data anteriore al verificarsi dei medesimi.

In proposito, sembra che la dottrina tenda a trattare in maniera omogenea i casi di trasformazione e alienazione del bene nonché di perimento dello stesso per fatto del compratore. La chiara opzione del legislatore del 1942, nel dettare la norma contenuta nell'art. 1492, comma 3, c.c., è stata nel senso di interdire la facoltà dell'acquirente di ottenere la redibizione in presenza di tali presupposti (nonostante – come meglio si vedrà *infra*²⁴³ – l'impossibilità o la difficoltà della restituzione non costituiscano affatto un ostacolo insormontabile alla praticabilità del rimedio risolutorio di diritto comune); pertanto, in tutte le ipotesi in cui il verificarsi delle fattispecie in discorso sia riconducibile all'attività – omissiva o commissiva – del compratore, la maggioranza degli interpreti²⁴⁴ ritiene che questi perda la facoltà di

²⁴² Nello stesso senso D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 805 e C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 859, il quale aggiunge che la preclusione non dovrebbe operare laddove «risulti che la trasformazione o l'alienazione del bene non costituiscano atti di utilizzazione del bene nell'interesse del compratore». Riteniamo che l'affermazione possa essere precisata nel suo contenuto nel senso dell'esclusiva rilevanza degli eventi i quali conseguano all'esistenza dei vizi (quale l'alienazione che avvenga nelle forme previste dall'art. 1513 in conseguenza dell'aggravarsi delle spese di conservazione e custodia), coerentemente con la previsione del primo periodo dell'art. 1492, comma 3.

²⁴³ Si rimanda sul punto al paragrafo 4.5.

²⁴⁴ D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 805; P. GRECO – G. COTTINO, sub *art. 1492*, in *IID., Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 272; R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 43 ss. In giurisprudenza, Cass. 8 novembre 1991, n. 11892, la cui massima recita: «in tema di garanzia per i vizi della cosa compravenduta, nel caso di perimento della cosa stessa dopo la proposizione della domanda di risoluzione, spetta al compratore che sia rimasto nel possesso della cosa di dimostrare che la sua obbligazione di restituzione si è estinta in dipendenza di caso fortuito con la

esperire il rimedio redibitorio, pur quando tale fattispecie venga ad avverarsi in data posteriore alla proposizione della domanda giudiziale.

Al contrario, con riguardo all'ipotesi di perimento fortuito del bene nelle more del giudizio redibitorio, risulta sedimentato (in dottrina²⁴⁵ e in giurisprudenza²⁴⁶) un orientamento che ne esclude l'efficacia preclusiva in ordine all'accoglimento dell'azione redibitoria facendo leva sulla duplice considerazione secondo cui, da un lato, il compratore, una volta spiegata la domanda giudiziale, verrebbe a trovarsi in una situazione di *mora accipendi* rispetto al proprio diritto di credito alla restituzione del bene, pertanto dovendo sopportare il peso del fortuito ai sensi dell'art. 1207, comma 1²⁴⁷, e dall'altro, la durata del processo non può andare a detrimento della parte incolpevole le cui pretese siano ritenute fondate²⁴⁸.

Peraltro, il richiamo alla mora del creditore non sembra affatto cogliere nel segno: anteriormente alla pronuncia della sentenza di risoluzione del contratto, infatti, non sussiste alcun obbligo²⁴⁹, per l'acquirente, di restituire il bene al venditore, poiché tale dovere sorge soltanto quale obbligo restitutorio discendente dalla risoluzione²⁵⁰

conseguenza che, in difetto di tale prova, il perimetro della cosa si presume imputabile al compratore stesso, onde gli è preclusa l'azione di risoluzione del contratto a termine del comma 3 dell'art. 1492 c.c.». Peraltro, il richiamo all'estinzione dell'obbligazione di restituzione in conseguenza del perimento fortuito appare decisamente censurabile, poiché tale obbligazione in pendenza del processo per definizione ancora non può dirsi sorta, e può venire ad esistenza soltanto ove la domanda di risoluzione sia accolta.

²⁴⁵ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 805; P. GRECO – G. COTTINO, sub art. 1492, in *IID., Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 272; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 864 s., il quale, però, limita l'operatività della regola ai casi in cui il compratore abbia offerto la restituzione della cosa al venditore (nei modi previsti per la liberazione ai sensi degli artt. 1206 ss. c.c.) e questi abbia ingiustificatamente rifiutato di riceverla, sicché a seguito della sentenza di risoluzione risulti che il venditore ha rifiutato senza fondato motivo l'esecuzione di un onere connesso al legittimo esercizio di un rimedio contrattuale. Nel vigore del codice abrogato, v. G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 166, nonché ID., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 74.

²⁴⁶ In proposito, v. Cass. 17 giugno 1974, n. 1790; Cass. 12 maggio 1981, n. 3137; Cass. 8 novembre 1991, n. 11892, secondo la quale la domanda di risoluzione può trovare accoglimento anche qualora, dopo la proposizione della stessa, la cosa sia perita, purché il perimento derivi da caso fortuito. In precedenza, sull'argomento, si era già pronunciata negli stessi termini Cass. 13 aprile 1959, n. 1078, la quale ha rigettato la domanda di risoluzione del contratto avanzata dal compratore di un animale, poi deceduto, sulla base della considerazione che il decesso era avvenuto per fatto dello stesso acquirente e non per caso fortuito.

²⁴⁷ Per questa considerazione cfr. G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1937, p. 166 e, più di recente, P. GRECO – G. COTTINO, sub art. 1492, in *IID., Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 272, i quali fanno leva sul fatto che il venditore «non ha tempestivamente accettato la risoluzione e la restituzione».

²⁴⁸ Così, in particolare, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 805.

²⁴⁹ *Contra*, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 863, il quale ritiene trattarsi non già di un'obbligazione bensì di «un onere della parte sotto il profilo della sua necessità per realizzare un effetto favorevole». Lo stesso Bianca, peraltro, critica la tesi che riconduce alla *mora credendi* la ragione dell'esenzione dalla preclusione in caso di perimento fortuito della cosa sulla base della considerazione per cui «il venditore non ha un diritto di credito né alla risoluzione del contratto né alla restituzione del bene, e non può pertanto parlarsi di una sua mora se non addiviene alle richieste del compratore».

²⁵⁰ Nel senso del testo cfr. anche L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento*

(art. 1493 c.c.). Non esistendo un obbligo restitutorio in capo all'acquirente, *a fortiori* non può sussistere un credito del venditore alla medesima prestazione il cui mancato ricevimento possa integrare gli estremi della mora del creditore. Né, anche ove non si volesse accedere a questa ricostruzione, sembra possa ritenersi che la mera proposizione della domanda giudiziale costituisca un'offerta ai sensi dell'art. 1209 c.c.²⁵¹.

A noi sembra, piuttosto, che un risultato soddisfacente rispetto al tema che ci occupa possa essere raggiunto sulla base della considerazione che gli eventi ostativi alla facoltà del compratore di domandare la risoluzione possano senz'altro essere suddivisi in due categorie: da un canto, l'alienazione, la trasformazione e il perimento colposo (al quale può essere accostato, ai fini in discorso, il deterioramento colposo o derivante dall'uso), i quali conseguono a un comportamento volontario o comunque imputabile all'acquirente, e dall'altro il perimento fortuito, per definizione indipendente dalla volontà di costui e a lui non imputabili.

Tale bipartizione risulta fondamentale al fine di sceverare le ipotesi in cui la domanda redibitoria introdotta dal compratore può continuare a essere coltivata e trovare accoglimento da quelle in cui tale domanda deve essere respinta. Invero, l'opzione del legislatore nel senso della parificazione di tutte le fattispecie ora ricordate non può essere conservata anche laddove si voglia regolare la sopravvenienza di tali cause di preclusione nel corso del processo, giacché ciò comporterebbe una palese equiparazione di trattamento fra ipotesi assai distanti.

Ove il sopravvenire della causa preclusiva si verifichi per causa imputabile al compratore, egli ne dovrà sopportare interamente le conseguenze e il giudice dovrà, pertanto, dichiarare l'infondatezza della pretesa risolutoria²⁵². Diversamente opinando, infatti, l'acquirente potrebbe aggirare la preclusione posta dall'art. 1492, comma 3 c.c., proponendo dapprima la domanda giudiziale e, in seguito, trasformando o alienando a terzi il bene viziato.

Con riferimento alle due ipotesi di perimento, invece, non vi è chi non veda come le stesse non possano essere equiparate. Come si avrà modo di approfondire nel paragrafo 4.5, la negazione del rimedio redibitorio nel caso in cui la distruzione del

italiano, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 271 e R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 45. Dubbioso appare anche D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 805 nt. 102.

²⁵¹ Così L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit. p. 271.

²⁵² Notano correttamente P. GRECO – G. COTTINO, sub *art. 1492*, in *IID.*, *Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 272 che sul compratore, a seguito della proposizione della domanda giudiziale, grava un obbligo di custodia e conservazione della *res* che dovrà essere restituita.

bene avvenga per caso fortuito costituisce una peculiare tecnica di attuazione del principio che addossa al proprietario il rischio del perimento della cosa. Il legislatore, infatti, in tal caso ha inteso vietare la risoluzione del contratto al fine di evitare che il ricorso a essa consentisse al compratore di riversare sul venditore il rischio del fortuito, con ciò alterando la distribuzione del rischio derivante dall'applicazione del principio *res perit domino*. Peraltro, qualora il perimento della cosa avvenga in data successiva alla proposizione della domanda giudiziale di risoluzione, ove si ritenga che la domanda stessa per ciò solo non possa trovare accoglimento, essendosi verificata una delle preclusioni previste dall'art. 1492, comma 3, c.c., si verrebbe a pregiudicare le ragioni dell'attore soltanto a cagione del necessario svolgimento del processo. Ne consegue, a nostro avviso, che in questa ipotesi la domanda di risoluzione dovrà, nonostante tutto, essere accolta, applicandosi il principio secondo cui *pretium succedit in locum rei* e pertanto sostituendosi all'obbligo di restituzione del bene in natura l'obbligazione avente a oggetto il pagamento di una somma di denaro pari al valore del bene perito. Ove, invece, il perimento consegua a un contegno, omissivo o commissivo, imputabile al compratore, questi dovrà coerentemente sopportarne le conseguenze, non potendosi estendere la conversione in denaro del credito restitutorio all'eventualità in cui l'impossibilità di restituzione in natura derivi da un fatto imputabile a lui imputabile.

4.3. I presupposti della riduzione del prezzo nel codice del consumo.

Nel sistema del Titolo III della Parte IV²⁵³ del codice del consumo, il rimedio della riduzione del corrispettivo costituisce un c.d. rimedio secondario o sussidiario, il ricorso al quale presuppone non soltanto l'esistenza, nel bene consegnato al compratore in esecuzione del contratto di vendita, di un "difetto di conformità" rispetto alle previsioni contenute nel contratto medesimo, ma il verificarsi di eventi impeditivi della realizzazione dei c.d. rimedi primari, consistenti nella regolarizzazione della prestazione attraverso la sostituzione o la riparazione della cosa ad opera del venditore.

Contrariamente a quanto accade con riferimento alla nozione di "vizio" accolta nel codice civile, quello di "difetto di conformità" costituisce un concetto unitario e riassuntivo di tutte le diverse tipologie di difetti e mancanze di qualità dai quali la

²⁵³ Si fa riferimento al Titolo III nella sua interezza, senza l'indicazione del Capo, giacché sembra del tutto superflua la creazione di un Capo autonomo laddove si consideri che esso esaurisce il contenuto dell'intero Titolo III: lo nota anche G. DE CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo»*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 798, nt. 136.

cosa può risultare affetta ²⁵⁴, consentendo pertanto il superamento della frammentazione che affligge la disciplina della responsabilità del venditore sancita dal diritto comune, e con essa molti dei problemi applicativi che la stessa solleva. L'unitarietà della fattispecie di difetto di conformità consente, infatti, di ritenere che a essa siano riconducibili tutte le carenze qualitative e quantitative ²⁵⁵ della prestazione, ivi compresi i difetti la cui gravità rendano il bene consegnato del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale propria della cosa dedotta in contratto ovvero lo privino radicalmente delle capacità funzionali necessarie a soddisfare i bisogni dell'acquirente. Ne consegue che tutte quelle ipotesi, che la giurisprudenza riconduce alla nozione di *aliud pro alio* ²⁵⁶, consistenti nell'attribuzione in proprietà di cosa diversa da quella alienata, in quanto inidonea ad assolvere la destinazione economico-sociale della cosa prevista nella pattuizione contrattuale, possono senz'altro essere ricondotte all'unitaria disciplina dettata nel codice di settore ²⁵⁷. Ciò che non accade, invece, ad avviso di taluni, riguardo alle diverse ipotesi di c.d. *aliud pro alio* in senso stretto, laddove la consegna da parte del

²⁵⁴ In proposito il consenso è unanime: per tutti, cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 330 ss.; R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 11, il quale esalta il ruolo di uniformazione della nozione, «la cui intensità è tale da contenere tanto il vizio corporale, quanto il difetto di qualità e la consegna di cosa non idonea all'uso»; G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1014, il quale pure si esprime nel senso che nel difetto di conformità si prestino a essere «ricomprese tutte le ipotesi di inesattezza "materiale" della prestazione (di *dare e/o facere*) cui il professionista è tenuto in virtù del contratto concluso con il consumatore»; P. SCHLESINGER, *Le garanzie nelle vendite di beni di consumo*, in *Corriere giur.*, 2002, p. 561. Nella letteratura germanica, v. altresì C. BERGER, sub § 433, in *Jauernig Kommentar BGB*, München, 2003, p. 508 ss.; H.P. WESTERMANN, *Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkauf*, in *JZ*, 2001, p. 532; P. SCHLECHTRIEM, *Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der Kaufrechtsrichtlinie*, in W. ERNEST - R. ZIMMERMANN, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsmodernisierung*, Tübingen, 2001, p. 214.

²⁵⁵ Nel senso della rilevanza anche delle deficienze quantitative della prestazione dell'alienante, cfr. R. CALVO, *Dalla nozione mista di vizio all'art. 1519-ter*, in M. BIN – A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2003, p. 284 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1014. Pertanto, nella disciplina del codice di settore, la consegna di beni in quantità inferiore a quanto pattuito comporta non già l'inadempimento dell'obbligazione di consegna, bensì di quella di consegnare beni conformi alle previsioni contrattuali.

²⁵⁶ Cfr., fra le tante, le già citate Cass. 19 ottobre 1994, n. 8537; Cass. 13 gennaio 1997, n. 244; Cass. 23 marzo 1999, n. 2712; Cass. 23 febbraio 2001, n. 2659; Cass. 25 settembre 2002, n. 13925; Cass. 7 marzo 2007, n. 5202; Cass. 18 maggio 2011, n. 10916.

²⁵⁷ In questo ordine di idee v. G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1015; S. PATTI, *Sul superamento della distinzione fra vizi e aliud pro alio nella direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 623 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 336 ss.; G.B. FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001, p. 76 s.; M. GIROLAMI, sub art. 129, in *Comm. breve dir. cons. De Cristofaro Zaccaria*, Padova, 2010, p. 826 ss. Nel senso che, invece, la nozione di difetto di conformità non potrebbe elidere l'autonoma rilevanza della consegna di cosa diversa si sono pronunciati A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 20 e E. GABRIELLI, *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 670 ss., il quale muove dal presupposto dell'incompatibilità della disciplina introdotta dalla direttiva con la fattispecie dell'*aliud pro alio*.

venditore di cosa diversa da quella effettivamente alienata integra un inadempimento totale dell'obbligazione di consegna, ponendosi pertanto al di fuori dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina della garanzia di conformità²⁵⁸. Invero, pare che la potenzialità omnicomprensiva del concetto di "difetto di conformità" consenta di dissentire dall'opinione appena riferita, giacché la stessa sembra possa essere superata dalla considerazione secondo cui pure nelle ipotesi in cui, al consumatore che abbia acquistato una cosa specifica, venga consegnato un bene diverso da quello che ha costituito oggetto del contratto ovvero, al consumatore che abbia comprato una cosa individuata soltanto nel genere, sia procurato un bene appartenente a un genere diverso, ricorre senz'altro un inadempimento dell'obbligazione di "consegnare beni conformi al contratto"²⁵⁹. Peraltro, l'analisi dei caratteri e dell'estensione della nozione di difetto di conformità non costituisce l'obiettivo del presente lavoro, con riferimento al quale è sufficiente il riconoscimento della sua funzione riassuntiva di tutte le carenze materiali²⁶⁰,

²⁵⁸ Così anche A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 337., nt. 52; R. CALVO, *Dalla nozione mista di vizio all'art. 1519-ter*, in M. BIN - A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 169; V. PIETROBON, *La direttiva 1999/44 del Parlamento europeo e del Consiglio e i problemi del suo inserimento nel diritto italiano*, in AA.VV., *L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova 14-15 settembre 2001*, Padova, 2002, p. 287, il quale propende per la contrarietà di una opposta soluzione all'art. 8 della direttiva, laddove essa manifesta il favore per le previsioni di maggior vantaggio per il consumatore previste dagli ordinamenti interni.

²⁵⁹ G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 130, il quale richiama la conforme opinione espressa dagli interpreti con riguardo all'affine previsione contenuta nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980 (per la quale, v. *ex multis* U. MAGNUS, sub art. 35, in ID., *Wiener UN - Kaufrecht*, Berlin, 2005, p. 366; W. POSCH, sub art. 35, in M. SCHWIEMANN, *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetz*, Wien, 1997, p. 1072; P. GRECO - G. COTTINO, sub art. 1490, in IID., *Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 232, i quali pongono in luce - pur scrivendo in data anteriore all'emanazione e alla trasposizione della direttiva 1999/44/CE - come l'imposizione dei termini di decadenza e prescrizione del diritto previsti dalla CISG anche all'acquirente di *aliud pro alio* non possa di per sé essere considerata pregiudizievole per il compratore, il quale vedrà sì compresi i termini per agire, ma troverà una sensibile semplificazione nell'assenza dell'onere probatorio in ordine all'effettiva sussistenza della dazione di cosa diversa); A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 38; P.M. VECCHI, sub art. 1519-ter, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 156 ss.; G. PISCIOTTA, *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, cit., p. 120. Tale soluzione, peraltro, è stata espressamente accolta nell'ambito della riforma del codice civile tedesco, il cui § 434, comma 3 così si esprime: «*einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert*».

²⁶⁰ La prevalente dottrina è orientata a escludere che la disciplina inerente il "difetto di conformità" possa abbracciare anche la diversa fattispecie dei "vizi giuridici" del bene trasferito, i quali pertanto sono destinati a rimanere regolati dalla generale disciplina del codice civile (v. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 338; M. GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra promissio negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 234, nt. 12, la quale mette condivisibilmente in luce come il sistema rimediabile previsto dall'art. 130 c.cons. appaia, già *prima facie*, modulato per ovviare a difetti materiali del bene, essendo quantomeno difficile prospettare, ad esempio, la riparazione di un bene evitto in quanto originariamente altrui, o "viziato" dalla presenza di garanzie reali o vincoli derivanti da pignoramento o sequestro di cui all'art. 1482 c.c. o da situazioni che comunque ne diminuiscano il libero godimento (art. 1489 c.c.); G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del*

quantitative e qualitative, della prestazione dovuta al compratore. Ciò che più importa, ai nostri fini, è piuttosto indagare quale sia l'ambito di operatività dell'istituto della riduzione del corrispettivo nell'economia dei mezzi di reazione concessi all'acquirente di beni di consumo i quali siano riconosciuti come affetti da difetti di conformità²⁶¹ secondo la nozione tracciata dall'art. 2 della direttiva 1999/44/CE e dall'art. 129 c.cons.

Come noto, l'opzione di fondo accolta dalla direttiva in parola è la medesima che già ispirò la Convenzione di Vienna del 1980, l'una e l'altra prevedendo espressamente il diritto del compratore a ottenere la correzione o la sostituzione del risultato traslativo prodottosi in maniera difforme da quanto programmato dal contenuto contrattuale, all'uopo concedendo i rimedi della riparazione e sostituzione del bene difettoso (art. 130, comma 2, c.cons.). Contrariamente a quanto previsto dalla Convenzione²⁶², però, il provvedimento normativo europeo (all'art. 3, comma 2) «sottrae all'acquirente il diritto di scelta del rimedio esperibile, per introdurre una graduazione gerarchica che privilegia il ripristino della conformità (riparazione/sostituzione) e, solo nel caso in cui esso si riveli impossibile, sproporzionato, o risulti inadempito dal venditore entro un termine ragionevole o senza notevoli inconvenienti, consente al consumatore il ricorso alla tutela

consumatore, cit., p. 141 ss.; G. CIAN, *Presentazione del Convegno*, in AA.VV., *L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova 14-15 settembre 2001*, cit., p. 10; *contra*, P.M. VECCHI, sub art. 1519-ter, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 164 ss., il quale trae conforto per la propria posizione dall'osservazione dell'attuazione della direttiva in Austria e in Germania). Nonostante, in proposito, non sussistano veri e propri ostacoli testuali o sistematici (come dimostra, d'altronde, la scelta "unificante" operata dal legislatore germanico con la *Schuldrechtsmodernisierung*), sembra di poter aderire all'opinione dominante in ragione dell'estraneità delle problematiche attinenti ai vizi giuridici ai temi affrontati nei lavori preparatori della direttiva 1999/44/CE, la quale anche nella Relazione alla Proposta del 1996 viene sempre designata quale provvedimento volto a fornire la «base fondamentale dei diritti dei consumatori relativi alla qualità e conformità dei beni comprati». Nel senso che i vizi giuridici non rientrerebbero nella nuova disciplina dettata dalla direttiva, perché di scarso rilievo nella tipologia di contrattazioni di cui trattasi, v. A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 20.

²⁶¹ Benché l'argomento sia già stato trattato e non necessiti di particolare approfondimento, in ragione della concordia di opinioni esistente sul punto in dottrina, deve ancora una volta ribadirsi come tutti i rimedi apprestati a tutela del consumatore dalla direttiva (e, coerentemente, dalle normative interne di recepimento) presentino un fondamento eminentemente oggettivo, il loro azionamento essendo possibile in ragione della mera sussistenza del difetto di conformità, senza che alcun rilievo possa conferirsi né alla rimproverabilità al professionista a titolo di dolo o colpa della loro esistenza, né alla mancanza di un danno o di una diminuzione patrimoniale del consumatore: così, per tutti, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 361 e G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 887.

²⁶² Deve, inoltre, essere sottolineato che la riferita diversità non si limita al confronto con la Convenzione di Vienna, ma segna una discontinuità pure nei confronti della Proposta di direttiva del 18 giugno 1996, sicché appare legittima la conclusione di G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 902, il quale intravede nella scelta finale compiuta dalle istituzioni comunitarie il "punto di emersione" delle antinomie tra interessi del mercato alla manutenzione del contratto (e perciò alla conservazione dell'operazione economica) ed esigenze individuali di riappropriazione della libertà di scelta.

risolutoria o la richiesta di riduzione del prezzo»²⁶³. In ragione di tale gerarchizzazione dei mezzi di tutela, la libertà del compratore in ordine alla scelta del rimedio più confacente risulta significativamente compressa in favore dell'affermazione della primazia della tecnica rimediale diretta al ripristino della conformità. La gerarchia imposta all'ordine dei rimedi, infatti, risulta essere rigida²⁶⁴ e, pertanto, non consente alcuna deroga alla stessa per iniziativa unilaterale del compratore, sicché il ricorso immediato alle tutele secondarie è possibile soltanto ove sussista il consenso del venditore.

In linea di principio, pertanto, la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto possono essere considerati quali rimedi secondari o sussidiari, il cui esperimento non può costituire l'immediata scelta del compratore, essendo condizionato al verificarsi delle ipotesi di esclusione dei rimedi riconducibili all'esatto adempimento previste ai commi 3-5 dell'art. 130 c.cons. Siffatta previsione del legislatore comunitario è stata fatta oggetto di copiose critiche da parte della dottrina²⁶⁵, che ne ha messo in dubbio la rispondenza al fine della tutela del consumatore, ritenendo preferibile la diversa strada consistente nell'offrire a costui la più libera scelta di avvalersi dell'uno o dell'altro rimedio, senza alcun "onere" di preventivo esperimento dei rimedi primari²⁶⁶. Al di là delle possibili valutazioni in ordine

²⁶³ Le parole sono di G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 902.

²⁶⁴ In questo senso si esprime la dottrina largamente maggioritaria: per tutti, cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 359 s.

²⁶⁵ Si vedano, ad esempio, A. LUMINOSO, *Chiose in chiaroscuro in margine al D.Lgs. n. 24 del 2002*, in M. BIN – A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2003, p. 35 ss.; L. GAROFALO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 391 ss., il quale ritiene che «rapportato alla compravendita il doppio grado di tutela rappresent[er] un vero e proprio regresso», peraltro controbilanciato dalla concessione del diritto al ripristino alla conformità del bene al contratto, «riconosciuto a favore dell'acquirente non consumatore unicamente da una corrente dottrinale, che, per quanto autorevole, è praticamente ignorata dalla giurisprudenza di legittimità»; F. MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001, p. 150 ss.; R. CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, in *Contr. e impr. Europa*, 2000, p. 467 ss., ove si legge non potersi escludere «che la nuova disciplina sulle garanzie legali, sostanzialmente ispirata al *favor contractus*, generi addirittura l'effetto di porre in corto circuito l'esigenza di tutela della parte debole là dove, di fatto la natura del vizio – pur astrattamente emendabile – abbia distrutto l'affidamento riposto dal comune contraente sulle capacità professionali del produttore o del rivenditore».

²⁶⁶ Nel senso, condiviso da ampia parte dei commentatori germanici (C.W. CANARIS, *Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf*, in *JZ*, 2003, p. 831 ss.; ID., *L'attuazione in Germania della direttiva concernente la vendita di beni di consumo*, in AA.VV., *L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova 14-15 settembre 2001*, cit., p. 242, dove l'illustre A. evidenzia la corrispondenza a quanto previsto dalla disciplina del BGB in tema di appalto della previsione dell'allora introducendo nuovo § 323 BGB ai sensi del quale la possibilità per il compratore di esercitare il *Rücktritt* è subordinata alla concessione e alla scadenza di un idoneo termine fissato al venditore per l'esatto adempimento; nella manualistica, v. altresì D. MEDICUS – S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, München, 2010, p. 43 ss.), che le critiche rivolte alla graduazione gerarchica dei rimedi siano mosse sulla base di preoccupazioni in parte infondate cfr. peraltro G. DE CRISTOFARO,

all'opportunità della scelta operata, in questa sede ciò che più importa è stabilire se e a quali condizioni tale gerarchizzazione degli strumenti di tutela possa cedere a fronte della volontà del consumatore di avvalersi direttamente della risoluzione del contratto ovvero, ciò che più importa ai nostri fini, della riduzione del prezzo.

In proposito, la lettera della legge sembra restringere grandemente gli "spazi di manovra" del compratore il quale non intenda offrire una seconda *chance* di adempimento esatto al professionista, giacché il ricorso ai rimedi secondari è condizionato principalmente alla oggettiva impossibilità o all'eccessiva onerosità delle tutele ripristinatorie della conformità del bene (art. 130, comma 3, c.cons.). Tale limite, peraltro, attiene non soltanto alla possibilità di ricorrere in via immediata ai mezzi di tutela sussidiari, ma costituisce pure un limite alla libertà di scelta fra riparazione e sostituzione del bene²⁶⁷, giacché il rimedio azionato deve sempre possedere il carattere della possibilità e non eccessiva onerosità²⁶⁸. L'impossibilità del rimedio deve essere intesa – in maniera aderente al dettato della disposizione di recepimento – in maniera strettamente oggettiva²⁶⁹, sicché al venditore il quale non sia personalmente in grado di procedere all'effettuazione della riparazione o della sostituzione non è consentito sottrarsi alla pretesa adducendo un'inidoneità di

La vendita di beni di consumo, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1035, ad avviso del quale, da un canto, la concessione al professionista di una seconda possibilità per regolarizzare la prestazione inesatta, implicita nell'esperimento dei rimedi primari, non comporta un significativo peggioramento della posizione del consumatore, ponendosi addirittura in tendenziale coerenza con la regola adottata dal nostro legislatore in tema di risoluzione stragiudiziale del contratto a seguito di diffida ad adempiere, e dall'altro, potendosi limitare gli effetti negativi derivanti dalla preclusione dell'esercizio immediato della risoluzione e della riduzione del prezzo attraverso un'adeguata interpretazione estensiva delle ipotesi in presenza delle quali il consumatore può esperire direttamente tali mezzi di tutela.

²⁶⁷ Contrariamente alla Convenzione di Vienna del 1980 (art. 46, comma 2: Se le merci non sono conformi al contratto, l'acquirente non può esigere dal venditore la consegna di altre merci in sostituzione a meno che il difetto di conformità costituisca un'inosservanza essenziale del contratto e che tale consegna sia richiesta al momento della denuncia del difetto di conformità), effettuata ai sensi dell'art. 39 o entro un termine ragionevole a decorrere da tale denuncia), la direttiva 1999/44/CE non prevede il limite al diritto di domandare la sostituzione del bene consistente nell'essenzialità dell'inadempimento. Su questa diversità, v. A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 75.

²⁶⁸ La diversità di cui si è riferito nella nota precedente può, peraltro, essere di molto circoscritta ove si noti come la richiesta di sostituzione avanzata a fronte di un difetto di conformità di scarsa importanza costituisca, nella maggior parte dei casi, una pretesa da reputare "eccessivamente onerosa" rispetto alla riparazione: così, ad esempio, sono orientati G.B. FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, cit., p. 75, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 208 e M. RÖCKEN, *Das neue Schuldrecht*, Köln, 2002, p. 500.

²⁶⁹ Ad avviso di R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 253, la nozione di impossibilità rilevante ai fini in discorso deve essere ricavata dall'esegesi dell'art. 1218 c.c. Sul carattere oggettivo dell'impossibilità v., altresì, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 363, e, con riferimento alla direttiva, D. STAUDENMAYER, *Die EG-Richtlinie über den Verbrauchergüterkauf*, in *NJW*, 1999, p. 2395, nonché A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 859 s. (il quale ritiene possa rilevare anche l'inesigibilità).

carattere meramente soggettivo, essendo piuttosto costui gravato dall'onere di rivolgersi a terzi per ottenere il risultato richiesto dal consumatore. Benché oggettiva, l'impossibilità richiesta dalla disposizione *de qua* non può, però, essere intesa anche come assoluta, giacché essa deve essere parametrata alla condizione del professionista medio che operi nel contesto commerciale che caratterizza il venditore²⁷⁰, potendosi senz'altro affermare la rilevanza delle difficoltà tecniche e organizzative le quali esorbitino dalla normale competenza e dai mezzi usualmente a disposizione.

L'eccessiva onerosità del rimedio deve essere parimenti intesa in senso oggettivo²⁷¹. Essa deve essere altresì definita in senso relativo, attraverso un giudizio che consenta di comparare le conseguenze economiche derivanti dall'esecuzione dell'uno o dell'altro rimedio con quelle che conseguono all'esperimento dell'altro mezzo di tutela appartenente alla medesima categoria, al fine di verificare se l'uno comporti costi notevolmente più elevati e pertanto sproporzionati rispetto all'altro²⁷², tenendo conto degli elementi descritti dal quarto comma dell'art. 130 c.cons.

Di conseguenza, la possibilità per il compratore di azionare i rimedi sussidiari sussiste soltanto in esito a un giudizio di impossibilità²⁷³ che coinvolga entrambi quelli primari²⁷⁴, giacché anche la mera possibilità di esecuzione di uno soltanto di

²⁷⁰ Così F. BOCCHINI, sub art. 1519-quater, in ID., *La vendita di cose mobili*, in *Comm. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2004, p. 436 e R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 253, il quale si pronuncia nel senso che «il venditore non può essere *ex post* tenuto alla riparazione gratuita nell'ipotesi in cui [il consumatore] richieda un impegno inesigibile, giacché mette sottosopra l'equilibrio negoziale voluto *ex ante* dalle parti».

²⁷¹ In questo senso depone chiaramente l'undicesimo *Considerando* della direttiva 1999/44/CE, laddove si esplicita come il procedimento che presiede alla qualificazione come "sproporzionato" di un rimedio deve essere operato "obiettivamente".

²⁷² In questo senso, R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 250 ss.; R. OMODEI-SALÈ, sub art. 130, in *Comm. breve dir. cons. De Cristofaro Zaccaria*, cit., p. 852; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 363; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 208.

²⁷³ L'impossibilità dell'esecuzione della riparazione ovvero della sostituzione avrà, normalmente, carattere materiale, ma non può escludersi la rilevanza di quella avente origine giuridica (così F. BOCCHINI, sub art. 1519-quater, in ID., *La vendita di cose mobili*, cit., p. 436).

²⁷⁴ La sostituzione, in particolare, potrà senz'altro dirsi impossibile allorché il bene oggetto dello scambio abbia carattere infungibile (per tutti, A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 77 e W. FABER, *Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht*, Wien, 2001, p. 121 s.), ciò che rende di particolare problematicità il trattamento dell'ipotesi in discorso riguardo alla compravendita di beni usati. Al riguardo sembra potersi concordare con C.W. CANARIS, *L'attuazione in Germania della direttiva concernente la vendita di beni di consumo*, in AA.VV., *L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova 14-15 settembre 2001*, cit., p. 241, il quale avverte come il tenore del sedicesimo *Considerando* della direttiva (a mente del quale «la particolare natura dei beni usati ne rende generalmente impossibile la sostituzione» - corsivo nostro) non escluda in radice la facoltà del consumatore di richiedere la sostituzione di un bene usato, costituendo l'uso pregresso del bene null'altro che un'ulteriore caratteristica dello stesso, da considerare nella scelta del bene sostitutivo (così M. DI PIETROPAOLO, sub art. 1519-bis, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 129 s.). Peraltro, allorché il bene difettoso sia contraddistinto nella sua unicità proprio dall'uso pregresso che ne sia

questi opera quale automatica “concentrazione” della scelta del consumatore su tale mezzo di tutela, precludendo l’immediato ingresso alle tutele sussidiarie. Riguardo a questo tema si è, di recente, pronunciata la Corte di Giustizia UE²⁷⁵, la quale – nel contesto di una fattispecie inerente la vendita di piastrelle, di cui era stata provata l’impossibilità di “riparazione” – ha ritenuto che l’eccessiva onerosità della sostituzione delle stesse non possa consentire al professionista di sottrarsi alla pretesa avanzata dal consumatore, offrendo la riduzione del corrispettivo²⁷⁶.

stato fatto (si pensi, ad esempio, alla chitarra appartenuta a Eric Clapton), la sostituzione sarà di regola impossibile. Ove il bene sia fungibile, invece, deve concordarsi con la dottrina maggioritaria circa l’irrelevanza della sua deduzione in contratto quale cosa generica o specifica (esattamente in questo senso, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 203 s. e R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 247 s., il quale ultimo, però, ritiene che la fungibilità del bene debba essere valutata alla stregua di un criterio soggettivo, richiamando la scelta operata dal legislatore tedesco con il nuovo § 439 BGB, laddove non ha trovato ingresso la limitazione della *Nacherfüllung* mediante *Lieferung einer mangelfreien Sache* ai soli casi di fungibilità dell’oggetto compravenduto).

La riparazione, invece, è intrinsecamente impossibile allorché nessuna prestazione di *facere* possa ripristinare la conformità del bene di consumo consegnato (mutuiamo la definizione da G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 204), nonché nelle ipotesi in cui essa non possa radicalmente essere realizzata nei termini e con le modalità previste (*i.e.*: senza arrecare notevoli inconvenienti al consumatore e nell’arco di un congruo periodo di tempo dalla richiesta: art. 130, comma 5, c.cons.).

²⁷⁵ Cfr. Corte giust. UE, 16 giugno 2011, in cause C-65/09, *Weber c. Wittmer*, e C-87/09, *Putz c. Medianess*, in *Foro it.*, 2011, IV, p. 442 ss., la quale ha ritenuto contrastare con l’art. 3, n. 3 della direttiva 1999/44/CE la normativa nazionale la quale «attribuisca al venditore il diritto di rifiutare la sostituzione di un bene non conforme, unico rimedio possibile, in quanto essa gli impone, in ragione dell’obbligo di procedere alla rimozione di tale bene dal luogo in cui è stato installato e di installarvi il bene sostitutivo, costi sproporzionati tenendo conto del valore che il bene avrebbe se fosse conforme e dell’entità del difetto di conformità». Sulla sentenza in discorso si veda il commento di J. LUZAK, *Who should bear the risk of the removal of the non-conforming goods?*, in *EuVR*, 2012, p. 35 ss.

²⁷⁶ Nel senso che la valutazione dell’eccessiva onerosità debba essere condotta attraverso la commisurazione rispetto al rimedio appartenente allo stesso grado gerarchico, cfr. già A. MATUSCHE-BECKMANN, sub § 439, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2004, p. 294, Rn. 41; A. DI MAJO, *Il sistema dei rimedi: risoluzione del contratto, riduzione del prezzo e pretesa risarcitoria*, in AA.VV., *L’attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova 14.15 settembre 2001*, cit., p. 90, ove si valorizza lo stesso dato testuale della direttiva 1999/44/CE cui la stessa Corte di Giustizia fa riferimento per fondare la propria decisione, ossia la relatività del riferimento del giudizio di sproporzione del rimedio, che l’art. 3, n. 3 afferma debba essere condotto con riferimento all’altro rimedio, e non in generale; R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 251, il quale fa leva sull’eterogeneità dei rimedi appartenenti alle due differenti categorie, ciò che però non pare costituire, di per sé, una ragione sufficiente a giustificare l’opzione interpretativa così operata, in quanto la diversa natura dei mezzi di tutela del compratore offerti dalla direttiva non osta affatto alla comparazione dell’onerosità di ciascuno di essi rispetto agli altri (ma v. anche L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 399 ss., secondo cui il concetto di onerosità potrebbe attagliarsi soltanto alla valutazione relativa di “prestazioni”, quali sono riparazione e sostituzione del bene, e non già a diritti potestativi, come invece debbono essere configurati la riduzione del corrispettivo e la risoluzione del contratto; senonché, sembra di poter obiettare come la comparazione avuta di mira dal legislatore comunitario riguardi non già il rimedio in sé quanto le sue conseguenze economiche, la cui valutazione prescinde dalla natura giuridica della situazione soggettiva azionata). In sede di commento alla direttiva si erano, invece, pronunciati a favore dell’opposta soluzione W. FABER, *Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter*, in *Juristische Blätter*, 1999, p. 428 e G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 207, i quali svalutavano l’espressione «in confronto all’altro rimedio» (posta invece dalla Corte di Giustizia a base della propria decisione)

Peraltro, ponendosi dal punto di vista del consumatore, sembra di poter evidenziare come la portata del *dictum* sia venata di una particolare attenzione alla *ratio* consumeristica della normativa²⁷⁷, giacché in questo caso la Corte finisce per imporre l'esecuzione del rimedio ripristinatorio rimanente²⁷⁸, in ragione della preferenza accordatagli dal consumatore e senza considerazione degli ingenti costi economici che esso comporta in capo al venditore. Al contempo, ove letto *a contrariis*, sembrerebbe che il pronunciato della Corte di Giustizia possa altresì legittimare la conclusione secondo cui il consumatore non possa avvalersi direttamente dei rimedi secondari anche laddove uno di quelli primari sia impossibile da eseguire e l'altro appaia eccessivamente oneroso in riferimento al costo che il professionista dovrebbe sopportare ove fosse chiesta la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, dovendo comunque esperire il rimedio primario più oneroso. Riteniamo, però, che quest'ultima eventualità costituisca senz'altro un'ipotesi recessiva, giacché non sembra peregrino immaginare che, a fronte della volontà del consumatore di azionare direttamente una delle forme di tutela sussidiarie, ben difficilmente il venditore negherà il proprio consenso alla richiesta, evitando così le pesanti conseguenze economiche derivanti dal rimedio primario rimasto bensì possibile, ma comportante costi sproporzionati. Deve comunque essere considerato come la scelta operata dalla Corte di Giustizia, con la sentenza *Weber* costituisca un fattore di irrigidimento del sistema di tutela del consumatore in quanto la sua applicazione concreta comporta, da un canto, l'automatica "concentrazione" della scelta sul rimedio non impossibile, anche ove eccessivamente oneroso per il professionista rispetto ai rimedi secondari, in tutte le ipotesi in cui uno dei rimedi primari sia impossibile, e dall'altro, ove entrambi i rimedi primari siano parimenti possibili, l'impossibilità per il compratore di chiedere la riduzione del prezzo o la risoluzione

sulla base dell'argomentazione secondo cui, limitando la comparazione a ciascun ordine di mezzi di tutela, la sostituzione non avrebbe mai potuto essere considerata sproporzionata ogni qual volta la riparazione fosse nel caso di specie non possibile, e viceversa, con notevole irrigidimento dell'apparato rimediale. Favorevoli al confronto non soltanto fra rimedi primari, ma riguardo a tutti i mezzi di tutela sono, ancora di recente, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 363 e R. OMODEI-SALÈ, sub *art. 130*, in *Comm. breve dir. cons. De Cristofaro Zaccaria*, Padova, 2010, p. 852 s.

²⁷⁷ La stessa Corte di Giustizia, invero, nella sentenza citata mostra di ritenere che la scelta della direttiva di privilegiare i rimedi attraverso i quali è possibile il ripristino della conformità del bene al contratto si spieghi «per il fatto che, generalmente, i due ultimi rimedi sussidiari non consentono di garantire lo stesso livello di protezione del consumatore garantito dal ripristino della conformità del bene».

²⁷⁸ In ordine al quale, poco sopra, si è evidenziata l'opinione dottrinale che ne censura l'imposizione in via preferenziale, in quanto funzionale alla tutela del solo interesse del professionista alla conservazione dell'operazione economica. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia nella pronuncia in parola, viceversa, sembra potersi evidenziare come l'imposizione della sostituzione sia piuttosto funzionale alla tutela dell'interesse del consumatore, al quale – ove la considerazione dell'eccessiva onerosità dei rimedi fosse stata estesa anche alla comparazione con le tutele sussidiarie – sarebbe senz'altro stata riconosciuta la sola riduzione del prezzo.

del contratto, anche qualora entrambi i mezzi di tutela ripristinatoria siano eccessivamente onerosi rispetto a quelli sussidiari.

Peraltro, il ricorso ai rimedi secondari, benché reso più difficile in via diretta dalla descritta posizione della Corte di giustizia UE, rimane sempre possibile in via successiva, allorché il professionista non provveda tempestivamente all'esecuzione della riparazione o della sostituzione richieste dal consumatore²⁷⁹ ovvero queste ultime, benché realizzate, abbiano arrecato notevoli inconvenienti all'acquirente (art. 130, comma 7, lett. b) e c)).

L'esecuzione del rimedio ripristinatorio richiesto dal compratore deve avvenire entro quello che l'art. 130, comma 5, c.cons. definisce un «congruo termine»²⁸⁰, decorrente dal momento dell'effettuazione della scelta, sicché non solo il comportamento volutamente dilatorio del professionista, ma pure i ritardi imputabili alla sua negligenza o imperizia rilevano al fine di affermarne l'inadempimento sotto il profilo in discorso²⁸¹. Più complicata è, invece, la definizione di cosa la legge intenda laddove fa riferimento a “notevoli inconvenienti” derivanti dalla sostituzione o riparazione già effettuata, scontrandosi sul punto ricostruzioni assai distanti fra loro²⁸². Secondo l'orientamento che sembra

²⁷⁹ In giurisprudenza, in applicazione di questa regola v. Giud. pace Roma, 1° marzo 2006, in *www.consumerlaw.it* e Trib. Modena, 30 agosto, 2008, in *Obblig. e contr.*, 2009, p. 78 s., i quali hanno dato ingresso alla richiesta – rispettivamente – di risoluzione del contratto e di riduzione del prezzo, a seguito della mancata sostituzione del bene da parte del professionista. È, invece, discusso se, a seguito del ritardo del professionista nell'esecuzione del rimedio scelto dal consumatore, questi possa soltanto optare per la risoluzione o la riduzione del prezzo, ovvero abbia facoltà di domandare l'esecuzione della misura ripristinatoria non azionata in precedenza: sul punto si vedano, per la soluzione più liberale, A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 77, e per quella restrittiva, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 366, nt. 134.

²⁸⁰ La congruità del termine deve essere valutata, ad avviso dell'opinione maggioritaria, mediante un giudizio di ragionevolezza, tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti e della necessità di operare un bilanciamento degli interessi delle parti, senza che l'uso dell'aggettivo “congruo” riferito al termine in parola possa consentire di dare ingresso nella materia *de qua* alla rigida determinazione minima contenuta nell'art. 1454 c.c. (sul punto, v., peraltro, le preoccupazioni mostrate da A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 77).

²⁸¹ Ad avviso di F. BOCCHINI, sub art. 1519-quater, in ID., *La vendita di cose mobili*, in *Comm. Schlesinger Busnelli*, cit., p. 438 il venditore ha, in ogni caso, l'obbligo (discendente dal principio generale di buona fede nell'esecuzione dei rapporti contrattuali) di informare il consumatore del tempo necessario all'esecuzione del rimedio da questi prescelto.

²⁸² Oltre all'orientamento che riteniamo preferibile, per il quale si legga *infra* nel testo, si segnala l'opinione secondo la quale i “notevoli pregiudizi” dovrebbero essere identificati nelle ipotesi in cui, ottenuta bensì la piena conformità del bene a seguito della sostituzione o della riparazione, il professionista possa dirsi non avere salvaguardato – in tale fase – gli interessi del compratore, violando con ciò i doveri di protezione su di lui incumbenti (così L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 410), nonché quella che ritiene di poterli identificare senz'altro nelle circostanze che, pur non incidendo sulla conformità del bene, comportino un inconveniente attinente alla perdita di valore dello stesso ovvero a sopravvenienze che ledano l'interesse del consumatore riguardo alla cosa (in questo senso, M. COSTANZA, sub art. 130, in C.M. BIANCA, *La vendita di beni di consumo. Commentario*, Padova, 2006, p. 220).

preferibile²⁸³, la locuzione in discorso dovrebbe intendersi fare riferimento a tutte le inesattezze della prestazione ripristinatoria da eseguirsi da parte del professionista aventi natura diversa dal ritardo nell'esecuzione della sostituzione o della riparazione. Ne consegue che la ricorrenza dell'ipotesi contemplata dalla lett. c) dell'art. 130, comma 7 c.cons. si traduce nel comportamento del professionista il quale, in esito alla sostituzione o al tentativo di riparazione, fornisca al consumatore un bene ancora affetto da difetti di conformità.

Al di là delle espresse previsioni di legge, sembra peraltro di poter inferire ulteriori ipotesi al verificarsi delle quali il consumatore è legittimato all'esercizio della riduzione del prezzo o della risoluzione del contratto di vendita. Infatti, non è dubbio che egli possa esercitare il rimedio sussidiario che prediliga qualora il professionista faccia constare il proprio rifiuto all'esecuzione della riparazione o della sostituzione richiesta, salvo che il rifiuto debba considerarsi fondato in ragione della impossibilità o eccessiva onerosità del rimedio scelto²⁸⁴ ovvero già *a priori* le prestazioni ripristinatorie appaiano insuscettibili di essere portate a compimento entro un periodo di tempo ragionevole e in assenza di inconvenienti per il consumatore²⁸⁵. Peraltro, con riferimento a queste seconde eventualità, stante – diversamente dall'ipotesi di rifiuto – l'impossibilità di ravvisare con riguardo a esse un dato certo al quale ancorare la loro verifica, riguardante un giudizio prognostico di possibile ardua formulazione, se può senz'altro convenirsi sull'indubbia rilevanza delle fattispecie in cui è oggettivamente certo o altamente probabile il verificarsi del ritardo ovvero degli inconvenienti in parola²⁸⁶, più

²⁸³ Per il quale v. per tutti, A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 89 ss.

²⁸⁴ Coerentemente con questa fondamentale osservazione, d'altronde, il legislatore tedesco ha espressamente previsto al § 440 BGB che «*außer in den Fällen des § 281 Abs. 2 und § 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 verweigert [...]*». L'opinione, peraltro, nell'ordinamento italiano, appare sedimentata a livello dottrinale: cfr., per tutti, L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 405 e R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 286. Ad avviso di A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 87 il fondamento di tale conclusione dovrebbe essere ravvisato nell'operare della decadenza del professionista dal beneficio del termine, sicché a seguito del rifiuto dovrebbe ritenersi realizzata l'ipotesi di cui alla lett. b) del comma 7 dell'art. 130 c.cons., con l'ovvia conseguenza della praticabilità immediata dei rimedi secondari.

²⁸⁵ L'intuizione si trova già in G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 205. Nello stesso senso, v. altresì R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 287 e, nella dottrina germanica, D. MEDICUS - S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, cit., p. 55.

²⁸⁶ Così, infatti, v. ancora G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 205 e, più di recente, L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 406 s., i quali, peraltro, si riferiscono in generale al «concreto pericolo» che al consumatore possano derivare, dal tentativo di ripristino della conformità, notevoli inconvenienti o ingiustificati ritardi.

problematica appare, già *prima facie*, la diversa ipotesi in cui sia l'affidamento del consumatore nelle capacità di adempimento del professionista a essere ormai compromesso, senza che possa però operarsi un attendibile giudizio prognostico in termini di certezza o probabilità di insuccesso del tentativo di *Nacherfüllung*. Il problema è stato affrontato, a livello generale, dal legislatore germanico, il quale – con il § 323, comma 2, n. 3 – ha consentito a ogni creditore di ottenere direttamente il recesso laddove la prestazione inizialmente effettuata fosse inesatta o fosse mancata e «particolari circostanze giustificano, in considerazione degli interessi di ambedue le parti, il recesso immediato»²⁸⁷. Benché una così ampia regola non possa, con ogni probabilità, essere adottata anche con riferimento al nostro diritto, sembra che essa esprima, con riferimento all'ipotesi che ci occupa, una condivisibile linea-guida al fine di limitare l'operare dell'enunciata regola alle ipotesi in cui l'inadempimento del professionista sia stato caratterizzato da circostanze tali da compromettere seriamente l'affidamento che l'uomo medio può riporre nelle possibilità di adempimento del proprio debitore²⁸⁸.

La realizzazione delle situazioni descritte nelle pagine che precedono consente al compratore l'esercizio dei c.d. rimedi secondari, i quali si pongono – in linea di principio – sullo stesso piano, non sussistendo tra essi una graduazione gerarchica²⁸⁹. Infatti, tra i due mezzi di tutela in parola, il legislatore non pone preferenze di sorta, benché una parte della dottrina abbia ritenuto di poter argomentare la priorità del rimedio della riduzione del prezzo sulla base del principio di conservazione del contratto²⁹⁰. Non sembra, però, che tale preferenza sia in concreto ravvisabile, giacché, da un canto, l'indubbio *favor* per la conservazione dell'operazione economica sotteso alla normativa di settore si limita a riverberarsi nella previsione della preferenza per i rimedi della riparazione e sostituzione della cosa, senza considerazione dell'ulteriore profilo del rapporto fra le tutele di rango secondario, e

²⁸⁷ Sul punto, cfr. S. LORENZ, *Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB*, in *NJW*, 2006, p. 1925 ss. e, nella manualistica, D. MEDICUS – S. LORENZ, *Schuldrecht II. Allgemeiner Teil*, München, 2010, p. 227 ss.

²⁸⁸ Sostanzialmente in questo senso R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 287, il quale richiama la regola vigente in tema di risoluzione del contratto di somministrazione (art. 1564 c.c.).

²⁸⁹ Cfr. A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 10; M. COSTANZA, sub art. 130, in C.M. BIANCA, *La vendita di beni di consumo. Commentario*, cit., p. 221 s.; F. BOCCHINI, sub art. 1519-quater, in ID., *La vendita di cose mobili*, in *Comm. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2004, p. 452; G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1045 ss. Nella dottrina germanica si vedano D. MEDICUS – S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, cit., p. 42 s. e 59.

²⁹⁰ In questo senso, v. C.M. BIANCA, sub art. 130, in ID., *La vendita di beni di consumo. Commentario*, Padova, 2006, p. 206, ove si legge che «tra un rimedio che rettifica il contratto e un rimedio che lo estingue la preferenza è accordata al primo».

dall'altro, la stessa concorrenza fra le azioni edilizie all'interno della disciplina generale della vendita non conosce una simile graduazione bensì appare improntata alla più ampia libertà di scelta da parte del compratore, per nulla limitata dal principio evocato.

Piuttosto, il vero limite alla piena concorrenza dei due rimedi secondari è posto dal legislatore, laddove dispone che «un difetto di conformità di lieve entità per il quale non è stato possibile o è eccessivamente oneroso esperire i rimedi della riparazione o della sostituzione, non dà diritto alla risoluzione del contratto» (art. 130, comma 10, c.cons.). Tale previsione si discosta in maniera significativa dalla formulazione della direttiva 1999/44/CE, la quale si limita a prevedere che la conseguenza della privazione del rimedio risolutorio consegna *tout court* alla sussistenza di un difetto di conformità minore. In primo luogo, pertanto, l'espressione «difetto di conformità minore» è stata mutata, in sede di attuazione, nel senso dell'adozione della diversa dizione avente riguardo a un «difetto di conformità di lieve entità», ciò che, però, non sembra affatto comportare divergenze riguardo all'ambito di applicazione della disposizione. Invero, nell'uno e nell'altro dettato è evidente come il legislatore si riferisca al medesimo concetto, circoscrivendo la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto di compravendita ai casi in cui il difetto di conformità non abbia scarsa importanza. Sul punto, l'opzione di fondo del legislatore comunitario sembra discostarsi da quella che anima la Convenzione di Vienna del 1980, ove la risoluzione del contratto (art. 49, comma 1, lett. a), CISG) è sottoposta al severo limite della ricorrenza di un *fundamental breach of contract* (come definita dall'art. 25 CISG), ciò che sembra costituire nozione decisamente più rigorosa di quella cui allude il dettato della norma europea, inconciliabile con la *ratio consumeristica* del provvedimento. Sembra piuttosto che la scelta della direttiva di non definire compiutamente il concetto di «difetto di conformità non minore»²⁹¹ sia stata senz'altro consapevole, mossa probabilmente dall'intento di consentire la concreta individuazione dei contenuti e dei confini della limitazione in parola in sede di recepimento, attraverso l'utilizzo di nozioni e categorie proprie di ciascun

²⁹¹ Merita di essere segnalato come, rispetto al contratto di appalto, la difformità del criterio rilevante ai sensi dell'art. 130, comma 10, c.cons. per identificare le ipotesi in cui risulta possibile l'esperimento del rimedio risolutorio sia assai più pronunciata di quanto si vedrà tra poco accadere riguardo all'ordinaria disciplina della vendita, poiché l'art. 1668, comma 2, c.c. richiede a tal fine che «le difformità o i vizi dell'opera [siano] tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione», con ciò ponendo un criterio più consonante con quello adottato dalla Convenzione di Vienna del 1980. L'osservazione è comune in dottrina: per tutti, cfr. L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub *art. 1519-quater*, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 443.

ordinamento²⁹². Proprio in quest'ottica sembra essersi mosso, dal punto di vista in argomento, il legislatore italiano, il quale – come visto – ha precisare la nozione offerta dall'art. 3, par. 6 della direttiva attraverso il riferimento alla “lieve entità”, che sembra rimandare allo scrutinio di “non scarsa importanza” dell'inadempimento cui rimanda l'art. 1455 c.c. in tema di risoluzione del contratto per inadempimento.

Peraltro, la pertinenza del riferimento al concetto di importanza dell'inadempimento²⁹³ è stata messa in dubbio²⁹⁴ sulla base della considerazione che il requisito posto dalla direttiva e dalla disposizione di attuazione avrebbe carattere rigidamente oggettivo, riferendosi eminentemente e direttamente alla condizione del bene e, in particolare, all'entità del difetto, senza considerazione per l'aspetto del pregiudizio dell'interesse del compratore richiamato, invece, dalla norma codicistica. Secondo l'interpretazione in discorso, quindi, il riscontro della “lieve entità” del difetto non richiederebbe affatto un autonomo accertamento delle conseguenze pregiudizievoli derivanti al creditore dalla sussistenza della mancanza di conformità della cosa, bensì si dovrebbe esaurire nell'oggettiva valutazione del difetto, «innalzandone la soglia di appetibilità, ai fini della risoluzione del contratto, alle ipotesi di più grave incidenza sul valore o sulla funzionalità del bene»²⁹⁵. Pertanto, la locuzione utilizzata dalla direttiva verrebbe a svolgere lo stesso ruolo rivestito, rispetto alla nozione di vizio di cui all'art. 1490 c.c., dalla “apprezzabilità” della diminuzione del valore e dalla “inidoneità” all'uso, ponendo il limite di rilevanza della fattispecie del difetto di conformità ai fini della richiesta del rimedio risolutorio. Senonché sebbene, da un canto, la tesi esposta colga senz'altro nel segno allorché evidenzia la necessità di un giudizio attinente direttamente la misura oggettiva della gravità del difetto, al contempo, non può sfuggire come l'adozione di detta prospettiva non possa prescindere dalla considerazione delle ripercussioni (queste sì,

²⁹² In questo senso si pronunciava già G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 211, il quale preconizzava la possibilità che l'attuazione della disposizione e la sua concreta attuazione avvenissero in consonanza con le tendenze interpretative e applicative correnti in sede nazionale riguardo alle disposizioni di diritto interno avente contenuto simile a quello della disposizione in parola, facendo riferimento – ad esempio – alla nozione di *unerhebliche Minderung des Wertes oder Tauglichkeit* dell'(ora abrogato) § 459, comma 1, BGB.

²⁹³ Sul quale v., in generale, M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, *passim*; G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, *passim*; di recente, P. GALLO, *L'inadempimento*, in ID., *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010, p. 2113 ss.

²⁹⁴ Si vedano le perplessità manifestate da L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub *art. 1519-quater*, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 438 s.

²⁹⁵ La citazione è tratta proprio da L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub *art. 1519-quater*, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 439.

soggettive) che detto difetto provochi nella sfera giuridica del consumatore, sicché non appare affatto errato il richiamo alla considerazione dell'interesse del compratore sotteso al riferimento all'art. 1455 c.c.²⁹⁶. Invero, soltanto nelle ipotesi di macroscopica rilevanza del vizio, la valutazione dell'incidenza di questo può essere condotta in maniera indipendente dalla considerazione delle conseguenze che l'esistenza di detta difformità produce rispetto all'interesse del compratore, mentre nelle ipotesi in cui la portata di questa non abbia tali caratteri di evidenza, lo scrutinio di rilevanza deve essere condotto avendo riguardo al grado di apprezzabilità dell'incidenza del difetto riguardo all'interesse del compratore²⁹⁷. Ne consegue che ben difficilmente la valutazione della gravità del difetto può prescindere dalla considerazione dell'interesse del compratore, giacché la lievità del difetto – al contrario dell'inidoneità all'uso cui la cosa è – si potrebbe dire – normalmente destinata – sembra difficilmente definibile in via assoluta, necessitando di essere precisata in relazione alle legittime aspettative del compratore. Pertanto, sembra che le contrapposte tesi in argomento debbano piuttosto compendiarsi nel senso della scissione del giudizio di "lievità" del difetto in due fasi logicamente distinte: la prima, consistente nell'accertamento dell'effettiva sussistenza di una difformità della cosa rispetto alla previsioni contrattuali e nell'eventuale presa d'atto della sua incidenza non macroscopica; la seconda, vertente sulla verifica della concreta, significativa rilevanza del difetto riguardo all'interesse del compratore. Ogni qual volta a tale analisi conseguano valutazioni negative in ordine a entrambe le fasi, la risoluzione del contratto non potrà che considerarsi preclusa, residuando al consumatore deluso la sola via della riduzione del corrispettivo²⁹⁸.

²⁹⁶ L'interpretazione del requisito dell'importanza dell'inadempimento e, correlativamente, la ricostruzione del criterio di valutazione della medesima è ormai sedimentata nella giurisprudenza di legittimità proprio nel senso della preferenza per una valutazione oggettiva dell'inadempimento, cui però si unisce indefettibilmente la considerazione dell'incidenza della mancata o inesatta prestazione in ordine all'interesse soggettivo della controparte: Cass. 9 agosto 1982, n. 4457; Cass. 1° ottobre 1984, n. 4841; Cass. 5 marzo 1987, n. 2345; Cass. 24 ottobre 1988, n. 5755; Cass. 28 marzo 1995, n. 3669; Cass. 26 luglio 2000, n. 9800; Cass. 7 febbraio 2001, n. 1773.

²⁹⁷ Un esempio può aiutare a chiarire la nostra posizione. Ove Tizia acquisti presso una rinomata merceria una certa quantità di pregiata seta al fine di farne un vestito, il fatto che tale stoffa sia caratterizzata da lievi *nuance* di colore che la rendano disomogenea deve essere considerato senz'altro alla stregua di un difetto di non lieve importanza, in quanto rende frustra la finalità dell'impiego soggettivamente avuto di mira dall'acquirente, pur possedendo – alla stregua di un criterio oggettivo – i caratteri di difformità di difficile apprezzamento. Al contrario, laddove Caio si determini all'acquisto di una partita di stoffe onde trarne panni da utilizzare nell'espletamento di pulizie domestiche, il medesimo difetto non potrà che risultare irrilevante sia alla stregua del criterio oggettivo sia in base a quello soggettivo.

²⁹⁸ Com'è agevole intuire, quindi ove il consumatore riceva la consegna di un bene affetto da un difetto di conformità lieve e il venditore non abbia posto rimedio alla difformità tramite la riparazione o la sostituzione, questi potrà fare ricorso alla sola riduzione del prezzo, residuando la

Il dettato dell'art. 130, comma 10, c.cons. solleva, peraltro, ben più gravi ragioni di perplessità riguardo alla precisazione – non presente nel testo della direttiva e inserita dal legislatore nella disposizione *de qua* – secondo cui il diritto alla risoluzione del contratto verrebbe meno per il consumatore allorché il bene sia affetto da un difetto di conformità non lieve e per lo stesso «non [sia] stato possibile o [sia] eccessivamente oneroso esperire i rimedi della riparazione o della sostituzione». La locuzione in parola, nel ricollegare alla mancata esecuzione dei rimedi ripristinatori derivante soltanto da impossibilità o eccessiva onerosità degli stessi la conseguenza della privazione del consumatore della facoltà di ottenere lo scioglimento del rapporto, sembra escludere che detta conseguenza possa prodursi allorché la riparazione o la sostituzione del bene non siano avvenute entro un congruo termine oppure siano state operate arrecando notevoli inconvenienti al compratore. Così opinando, infatti, se ne dovrebbe concludere che il legislatore italiano abbia inteso limitare l'area di esercizio esclusivo della riduzione del corrispettivo, creando una disparità di trattamento fra ipotesi che lo stesso art. 130, comma 7, c.cons. considera equivalenti in vista dell'accesso ai rimedi sussidiari²⁹⁹. Peraltro, tale disparità di trattamento sembra non essere irragionevole. Al contrario, essa – oltre a garantire un più elevato livello di tutela del consumatore³⁰⁰, ciò che ne rende senz'altro legittima l'esistenza ai sensi dell'art. 8, paragrafo 2 della direttiva – può con ogni probabilità essere considerata quale strumento di un ragionevole fine di differenziazione fra l'ipotesi in cui il difetto di conformità sia non emendabile attraverso la sostituzione o la riparazione della cosa e quella, opposta, in cui appaia praticabile il procedimento di ripristino del bene, ma esso non si realizzi per un fatto riconducibile alla sfera del venditore, quale l'irragionevole ritardo, ovvero si realizzi arrecando notevoli inconvenienti al compratore. Ove si consideri tale aspetto, la scelta operata dal legislatore italiano, benché forse non del tutto consapevole³⁰¹, si vena addirittura di opportunità, in quanto in queste seconde ipotesi la concessione al

concorrenza – e pertanto la facoltà di scelta – fra tale mezzo di tutela e la risoluzione del contratto nella sola ipotesi di sussistenza di un difetto non lieve.

²⁹⁹ Si pronuncia, invece, per un'interpretazione della disposizione in parola aderente al dettato della direttiva, M.G. CUBEDDU, sub *art. 130*, in C.M. BIANCA, *Commentario alla vendita di beni di consumo, in le nuove leggi civili commentate*, 2006, p. 281, ad avviso della quale l'unico indice rilevante al fine di sceverare fra le ipotesi di impraticabilità del rimedio risolutorio e quelle in cui permane la libera scelta del consumatore fra i rimedi sussidiari sarebbe quello inerente la sussistenza o meno di un difetto di conformità lieve della cosa.

³⁰⁰ In questo senso, v. A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 95.

³⁰¹ Il dubbio è sollevato anche da L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub *art. 1519-quater*, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 441, i quali ritengono plausibile che il legislatore italiano, in realtà, intendesse soltanto «ribadire la sussidiarietà della risoluzione del contratto rispetto alla coppia di rimedi riparazione/sostituzione».

consumatore, nonostante la levità del difetto, del rimedio risolutorio si atteggia a misura (*lato sensu*) sanzionatoria nei confronti della condotta del professionista il quale, pur potendo procedere al ripristino della conformità del bene, abbia compromesso con il proprio comportamento l'attuazione di questo³⁰².

A conclusione dell'indagine attinente l'ambito di operatività dei rimedi secondari e, in particolare, di quello della riduzione del corrispettivo sembra opportuno porre l'accento sul fatto che l'opzione di fondo della direttiva 1999/44/CE ha contemporaneamente ridotto l'ambito di applicazione della tutela foggata sul modello dell'azione estimatoria, avendo espresso una spiccata preferenza di principio per i rimedi ripristinatori della conformità del bene la quale si è tradotta nell'affermazione della sussidiarietà dei rimedi tramandatici dall'esperienza giuridica romana, ma al contempo sembra avere rovesciato i termini del rapporto fra redibizione e riduzione del prezzo a favore di questo secondo rimedio. Attraverso la previsione dell'art. 6, paragrafo 6, la direttiva rende palese come lo specifico *favor* per le tutele ripristinatorie si iscrive, in realtà, in un più ampio disegno volto a valutare lo scioglimento del contratto in conseguenza del difetto di conformità quale *extrema ratio* resa disponibile per le eventualità in cui l'inadempimento dell'obbligazione di conformità gravante sul venditore assuma contorni di particolare gravità, altrimenti rendendosi disponibile la sola tutela riequilibratoria dell'economia della pattuizione. tale, infatti, è il significato della negazione della risoluzione con riferimento a tutte le ipotesi in cui il difetto di conformità appaia di lieve gravità.

Ciò che, però, forse ancor più importa sottolineare, in esito all'analisi del complessivo strutturarsi del sistema della "garanzia europea", è come, nel disegno di tale sistema, alla riduzione del prezzo sia assegnato il ruolo di rimedio elettivo per l'attuazione dell'istanza perequativa della situazione giuridica delle due parti del contratto di vendita di beni di consumo, sinora in molti casi frustrata – nel nostro ordinamento –dalla soglia di rilevanza del vizio redibitorio. Intendiamo dire, cioè, che la posizione della definizione di difetto di conformità quale concetto riassuntivo di ogni e qualsiasi difformità fra le caratteristiche materiali (quantitative e qualitative) del bene concretamente consegnato e quelle pattuite dai contraenti nel contratto consente di ritenere rilevanti, ai fini dell'attivazione della garanzia, non soltanto le difformità le quali comportino l'inidoneità del bene all'uso ovvero un

³⁰² Per quest'opinione cfr. ancora L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub *art. 1519-quater*, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 442 e, in precedenza, A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 95.

apprezzabile diminuzione del suo valore, ma – appunto – anche le carenze o le discrepanze di lieve entità o addirittura bagatellari, e che la riduzione del corrispettivo sembra essere il mezzo di tutela foggato per dare ingresso a tali fattispecie nel sistema di tutela creato dalla direttiva. Invero, se è indubbio che anche con riferimento a tali tipologie di difetti di conformità si riproponga la primazia dei rimedi ripristinatori, appare peraltro innegabile come la richiesta di riparazione e, ancor più, di sostituzione della cosa avanzata dal compratore con riferimento all'ipotesi di difformità lievi o lievissime incapperà, il più delle volte, in un giudizio di sproporzione del rimedio per via della sua eccessiva onerosità in relazione alla incidenza concreta del vizio sulle qualità della cosa e sulla sua idoneità a soddisfare gli interessi avuti di mira dal compratore. Se è così, indisponibile per definizione il rimedio risolutorio, al consumatore si spianerà la strada del ricorso alla riduzione del prezzo, la quale verrà appunto a rivestire il ruolo di mezzo di tutela dell'equilibrio contrattuale soggettivamente definito dalle parti in sede di conclusione del contratto. Tale ruolo, interdetto in linea di principio con riferimento alla garanzia per vizi di diritto comune, in ragione del limite minimo di rilevanza del vizio redibitorio, viene invece a costituire pienamente la cifra distintiva del rimedio nell'economia del sistema della garanzia in tema di vendita di beni di consumo, consentendo la conservazione dello scambio fra le parti, e consentendola nelle medesime proporzioni stabilite dagli stessi contraenti, con riferimento all'intera gamma di difetti di conformità rilevanti.

4.4. L'inapplicabilità della preclusione derivante dall'art. 1492, comma 3, c.c. alla vendita di beni di consumo

Nel tracciare i rispettivi ambiti di applicazione dei rimedi secondari, la direttiva – e, con essa, la normativa italiana di recepimento – non sembra porre diversità ulteriori rispetto a quanto previsto dall'art. 3, comma 6 (nel diritto interno, dall'art. 130, comma 10, c.cons.) e non affronta il tema dell'impossibilità di "redibizione" del bene conseguente alla sua alienazione o trasformazione, ovvero al suo perimento o deterioramento, tema risolto dalla disciplina di diritto comune attraverso la previsione del più volte citato art. 1492, comma 3, c.c.³⁰³. Come si è visto, tale ultima

³⁰³ La lacuna è stata segnalata, già in sede di commento alla direttiva, da G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 201, nt. 34 (ove si nota come il considerando n. 15 della direttiva 1999/44/CE preveda espressamente che le "modalità particolari" – sul punto appare assolutamente errata la traduzione italiana, la quale fa riferimento ad "accordi dettagliati"

disposizione consente l'esercizio dell'azione di risoluzione al compratore di cosa viziata soltanto ove costui abbia la possibilità materiale di restituirla al venditore, salvo il solo caso in cui l'impossibilità di restituzione sia cagionata dal perimento della cosa in conseguenza dei vizi che la affliggono.

In proposito la dottrina ha manifestato posizioni diverse e articolate, fra cui è sembrata rimanere minoritaria l'opinione di quanti ritengono che, pur in assenza di un espresso richiamo a tale limitazione, il perimento del bene, ove dovuto a causa non imputabile al *tradens*, costituisca un limite immanente al sistema³⁰⁴, il quale pertanto non consentirebbe al consumatore l'esperimento del rimedio risolutorio. Secondo la tesi in discorso, infatti, opinare diversamente significherebbe, da un canto, sacrificare in maniera eccessiva l'interesse del compratore³⁰⁵ e, dall'altro, porsi in contrasto con il principio generale (ricavabile dallo stesso art. 1492 c.c. nonché da altri indici normativi anche sovranazionali, quale l'art. 81, comma 1 della CISG) secondo cui tra risoluzione e possibilità di restituzione sussisterebbe una connessione ineludibile, sicché la prima sarebbe percorribile soltanto allorquando sia possibile la *restitutio in integrum* della cosa «in uno stato sostanzialmente uguale» a

– della risoluzione del contratto possano essere determinate dai diritti nazionali) e da A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della Direttiva n. 1999/44CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Studium iuris*, 2000, p. 265 s. Approfonditamente, sul punto, R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 143 ss. le cui conclusioni sono brevemente ripetute in ID., sub art. 130, in *Comm. dir. cons. De Cristofaro Zaccaria*, Padova, 2010, p. 861. Cfr., altresì, tra i molti contributi che hanno affrontato l'argomento: A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 11 s.; A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 96 ss.; L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 424 ss.; A. NICOLUSSI, *Recensione a «L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo»*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 454 ss.

³⁰⁴ Abbiamo sopra tentato di argomentare come, a nostro avviso, tale impossibilità non costituisca affatto un limite generale alla risoluzione, ma – per una consapevole scelta del legislatore del 1942, dettata dalla specialità del rimedio – abbia informato la definizione dell'ambito di operatività dell'azione redibitoria concessa dal codice civile al compratore di beni viziati. Deve, pertanto, essere verificato in questa sede se tale opzione meriti di essere conservata anche con riferimento alla vendita di beni di consumo o debba piuttosto cedere il passo.

³⁰⁵ In tal senso, F. RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella Direttiva 1999/44/CE del 15 maggio 1999*, in *Studium iuris*, 2001, p. 838 s., ad avviso del quale «non sempre il consumatore e la realizzazione del suo interesse possono essere assunti a parametro di riferimento assoluti dell'interpretazione del fatto [...]. Per quanto, infatti, si voglia tutelare la situazione del consumatore, sembra che sia indispensabile sempre e comunque fare ricorso ai principi che, per espressione di valori fondamentali, non si possono applicare solo nei confronti di uno dei soggetti del rapporto obbligatorio senza contravvenire al principio di eguaglianza [...]. Si pensi ai doveri di correttezza [...] e di buona fede [...]».

quello in cui la stessa si trovava al momento della consegna³⁰⁶ (c.d. *Prinzip der unversehrten Rückgabe*³⁰⁷).

In un ordine d'idee opposto, il tentativo di porre un'*actio finium regundorum* fra i due rimedi riguardo alle ipotesi in discorso è stato da molti operato sulla base dell'esatta considerazione secondo cui il riconoscimento (mediante l'applicazione diretta³⁰⁸ o analogica dell'art. 1492, comma 3, c.c. alla disciplina della vendita di beni di consumo) di limiti all'esercizio della risoluzione, ulteriori rispetto a quelli cui la direttiva fa esplicito riferimento – quale sarebbe la possibilità di restituzione del bene –, comporterebbe un insanabile contrasto con la previsione della stessa direttiva (art. 8, comma 2), la quale esclude in radice la possibilità di ridurre il livello di tutela del consumatore assicurato dalla normativa di fonte europea, come avverrebbe mediante l'introduzione di cause di esclusione del diritto alla risoluzione del contratto non contemplate da quest'ultima³⁰⁹. Da questo condivisibile punto di partenza, tali interpreti hanno tratto argomento per negare che l'oggettiva impossibilità di restituzione della cosa al professionista valga, di per sé, a privare il consumatore della possibilità di ottenere la risoluzione del contratto³¹⁰. Pertanto, il compratore il quale abbia ricevuto un bene difettoso potrebbe sciogliere il contratto di vendita anche qualora il bene stesso sia perito (per caso fortuito o per fatto dell'*accipiens*), deteriorato ovvero sia stato oggetto di trasformazione o alienazione a

³⁰⁶ Cfr. l'interessante argomentazione di A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 11; fa riferimento al principio desumibile dall'art. 81, comma 1 della Convenzione di Vienna anche C.M. BIANCA, sub art. 130, in ID., *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2006, p. 201.

³⁰⁷ Sul principio *de quo* si rinvia, per la letteratura italiana, all'approfondita trattazione di R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 92 ss.; nella letteratura germanica, invece, si leggano M. KREBS, *Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht*, München, 2000 e P. SCHLECHTRIEM – I. SCHWENZER, sub art. 82, in *Kommentar zum einheitlichen UN Kaufrecht*, München, 2008, p. 890.

³⁰⁸ L'applicazione diretta, ove non fosse radicalmente esclusa dalle considerazioni che seguiranno nel testo, non potrebbe – a nostro avviso – fondarsi neppure sulla previsione dell'art. 135, comma 2, c.cons., il quale, sancendo che «per quanto non previsto» dal titolo dedicato alla disciplina della vendita di beni di consumo, «si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita», intende fare riferimento ai «diritti attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento» (comma 1) e non già a eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti riconosciuti dalla disciplina di settore, derivanti da disposizioni ad essa esterne.

³⁰⁹ In questo senso, cfr. L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 434; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 216; ID., *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1049; A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 97; A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della Direttiva n. 1999/44CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, cit., p. 266. In un ordine di idee similare, cfr. altresì, di recente, A. DE FRANCESCHI, *La sostituzione del bene «non conforme» al contratto di vendita (a proposito di C giust. CE, 17 aprile 2008, C-404/06)*, in *Riv dir. civ.*, 2009, II, p. 589 s.

³¹⁰ Testualmente in questo senso G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1049.

terzi³¹¹. Nell'impossibilità di restituirlo, egli sarebbe tenuto a corrispondere al professionista una somma pari al valore del bene, debito il quale si compenserebbe in parte con il credito vantato per la restituzione del prezzo pagato³¹².

Ai fini della soluzione del problema in discorso, crediamo sia proficuo richiamare l'attenzione sulla *ratio* sottostante al divieto³¹³, nonché sull'analisi della sua rispondenza o meno a principi di ordine generale, al fine di comprendere se una sua applicazione (diretta o analogica) sia realmente non soltanto possibile, ma addirittura opportuna anche con riferimento alla disciplina di settore.

La disposizione contenuta nel citato comma dell'art. 1492 c.c., nel fissare i limiti di operatività del rimedio della risoluzione, determina l'allocazione delle perdite derivanti dalla distruzione fortuita del bene compravenduto, addossandole al compratore in tutti i casi in cui è interdetto il ricorso alla redibitoria. Al contempo, essa riconnette la medesima conseguenza di esclusione alle ipotesi di perimento per fatto del compratore, alienazione o trasformazione del bene, le quali – almeno *prima facie* – nulla hanno a che vedere con un criterio di allocazione del rischio. In ragione dell'eterogeneità delle problematiche sottese alle due cause di esclusione, pare opportuna un'analisi separata delle cennate ipotesi, all'esito della quale risulterà confermato come l'opzione contenuta nell'art. 1492, comma 3, c.c. non abbia nulla a che vedere con l'applicazione di un principio generale, ma costituisca una scelta aprioristica legata ai caratteri peculiari del rimedio redibitorio, pertanto inestensibile in ragione della sua specialità.

Mentre nei contratti a prestazioni corrispettive nei quali la consegna della cosa fa sorgere in capo all'accipiente una situazione di mera detenzione, giustificata dall'esistenza di un diritto personale di godimento o di un'obbligazione, il perimento del bene in costanza del rapporto comporta *ipso iure* la risoluzione dello stesso per impossibilità sopravvenuta della prestazione facente capo al *tradens*, nei

³¹¹ Così, ancora, G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1049, nonché A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 97; ad avviso di C.M. BIANCA, sub *art. 130*, cit., p. 186, però, il consumatore che alieni il bene a terzi o lo sottoponga a trasformazione dopo aver scoperto il difetto di conformità perde il diritto alla risoluzione in quanto con il suo comportamento rende non più possibile la restituzione pur conoscendo lo stato del bene, sicché esso si porrebbe in palese contraddizione con la volontà di avvalersi del rimedio estintivo.

³¹² Cfr. A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 98 s.; G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1049; L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub *art. 1519-quater*, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 434, i quali ultimi giungono a tale conclusione sulla base della previsione dell'art. 130, comma 8, c.cons., letta nel senso che nella determinazione della somma che il professionista deve restituire al compratore in conseguenza della risoluzione dovrebbe computarsi non solo il deterioramento prodottosi in esito all'uso del bene, ma pure il perimento dello stesso.

³¹³ In ordine alla quale si veda l'analisi condotta *supra*, al paragrafo 4.2.

contratti sinallagmatici che producano – in via immediata o posticipata – effetti reali consistenti nella trasmissione all’acquirente di un diritto reale sul bene, il sopravvenuto perimento della cosa non elide il rapporto contrattuale, il quale rimane pienamente vigente e pone piuttosto il problema del soggetto sul quale far gravare il peso della distruzione del bene³¹⁴. Al riguardo, si è già notato come la disciplina generale della risoluzione per inadempimento non contenga una regolamentazione del rischio del perimento della cosa oggetto del contratto³¹⁵, tanto che al principio contenuto nell’art. 1492, comma 3, c.c. gli interpreti – e in particolar modo la giurisprudenza³¹⁶ – hanno finito erroneamente per fare riferimento non soltanto per regolare ipotesi di risoluzione interne al tipo della compravendita benché estranee alla logica delle azioni edilizie, come quelle derivanti dalla vendita di cosa priva delle qualità essenziali o promesse³¹⁷ ovvero dalla vendita di *aliud pro alio*³¹⁸, ma addirittura estendendone l’operatività anche a tipi contrattuali diversi dalla compravendita, come la somministrazione³¹⁹.

A noi, però, pare che tali estensioni, così come quella che si pretende di operare con riferimento alla presunta necessità di applicazione della regola contenuta nell’art. 1492, comma 3, c.c. alla disciplina dei rimedi secondari concessi al compratore di beni di consumo difettosi, siano frutto, in generale, di un fraintendimento dei

³¹⁴ Per queste osservazioni v. la limpida analisi di E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, p. 366. Sul tema in discorso v., inoltre, R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 5 ss., spec. p. 26 ss.; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 257 ss.

³¹⁵ Cfr. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 133 s.

³¹⁶ Secondo Cass. 18 febbraio 1983, n. 1254 (e le precedenti Cass. 12 maggio 1981, n. 3137; Cass. 17 novembre 1978, 5361), «il principio per cui la risoluzione del contratto è preclusa dall’impossibilità di restituire l’oggetto nel suo stato originario opera ai sensi dell’art. 1492, comma 3, che è espressione di una regola generale e, quindi, non ha valore limitatamente al contratto di compravendita».

³¹⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 862. In giurisprudenza, di recente, Cass. 15 gennaio 2001, n. 489 (ove, al contempo, la S.C. dà atto di come la stessa norma – consentendo la risoluzione ove la cosa sia perita in conseguenza dei vizi – non possa essere intesa quale espressione del principio che lega inscindibilmente risoluzione e possibilità di restituzione), nonché, più remota, Cass. 23 gennaio 1988, n. 521, la cui massima è espressamente nel senso per cui «la norma dell’art. 1492 c.c. [...], pur essendo espressamente dettata solo in tema di vizi redibitori (art. 1490 c.c.), è applicabile, per la sua portata generale, anche alla vendita di cosa non avente le qualità promesse o essenziali all’uso cui è destinata (art. 1497 c.c.)».

³¹⁸ Così, la già citata Cass. 23 gennaio 1988, n. 521, Cass. 17 gennaio 1981, n. 420 e, ancora, Cass. 24 maggio 2002, n. 7619. *Contra*, però, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 286 s.

³¹⁹ La massima di Cass. 11 ottobre 2000, n. 13533, infatti, recita: «potendo le prestazioni continuative di merci configurare un contratto di somministrazione, nel caso di vizi o difetti di cose da consumare e non da godere, per la domanda o l’eccezione di riduzione del prezzo ovvero di compensazione con quello dovuto per altre, la normativa applicabile, per il rinvio effettuato dall’art. 1570 c.c., è quella della vendita (perché le prestazioni possono considerarsi separatamente) e, quindi, quella contenuta negli art. 1492, 1494 e 1495 c.c., mentre, se la domanda è di risoluzione, si applica la norma di cui all’art. 1564 c.c. - secondo la quale l’inadempimento deve avere una notevole importanza e deve essere tale da menomare la fiducia nei successivi adempimenti - in deroga all’art. 1455 c.c., e gli effetti sono quelli disciplinati dall’art. 1458, comma 1, c.c. e non dall’art. 1493 c.c.».

rapporti correnti fra azione redibitoria e ordinaria azione di risoluzione³²⁰, e in riferimento all'ipotesi di perimento fortuito della cosa, di quelli correnti fra sopportazione del rischio e profilo restitutorio³²¹.

Senza neppure richiamare in questa sede le teorie che, nel vigore della codificazione abrogata, una parte della dottrina aveva sposato al fine di sostenere che la negazione dell'azione redibitoria nei casi di perimento del bene per caso fortuito o fatto del compratore si sarebbero giustificate in ragione della difficoltà legata alla prova della sussistenza del vizio in una *res* ormai perita³²², si deve dare atto come a contendersi il campo siano oggi principalmente due tentativi di spiegazione della norma: il primo, volto a giustificare l'esclusione della redibizione sulla base dell'impossibilità della restituzione della prestazione ricevuta dal compratore; il secondo, propenso a riconoscere nell'art. 1492, comma 3, c.c. un tassello coerente con il principio secondo cui "*res perit domino*".

Nell'ordine d'idee ricordato per primo, diffuso tanto in dottrina³²³ quanto in giurisprudenza³²⁴, l'esclusione della facoltà del compratore di avvalersi del rimedio

³²⁰ Sui quali rinviamo a quanto già scritto sopra, nel paragrafo dedicato all'analisi dell'operatività della disposizione rispetto alle vendite sottoposte alla garanzia di diritto comune.

³²¹ Sul punto si leggano G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 466 ss.; C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 793 ss., spec. 822; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 262.

³²² Tale tesi (per la quale v., per tutti, F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*. VII. *Dei contratti, del contratto di matrimonio e della vendita*, Torino, 1886, p. 345) non convince non solo perché pretende di giustificare una norma sostanziale con presunte difficoltà di ordine probatorio, con riguardo alle quali già spiega la propria operatività il principio generale dell'onere della prova (art. 1697 c.c.), ma soprattutto in quanto non è chiaro – alla stregua di un simile modo di ragionare – per quale motivo tale difficoltà dovrebbe rilevare quale causa di esclusione della redibitoria con riferimento alle ipotesi di perimento fortuito e per fatto del compratore e non già per quella di distruzione cagionata dai vizi medesimi, con riferimento alla quale ancor più importante appare l'assolvimento dell'onere probatorio che si asserisce il legislatore avrebbe inteso evitare. Inoltre, com'è evidente, la difficoltà di prova si ripresenta anche con riferimento alla riduzione del prezzo.

³²³ Vigorosi sostenitori della tesi *de qua* sono A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 11, il quale, in particolare, inquadra il principio in un'ottica sovranazionale, trovandone conferma nell'art. 82, comma 1, CISG (lo stesso Di Majo, peraltro, aveva manifestato un'opinione opposta in ID., *Alienazione della cosa acquistata e azione di risoluzione per vizi*, in *Foro pad.*, 1966, I, c. 757 ss., ove l'A. contesta il generale assunto che condiziona la praticabilità della risoluzione del contratto alla possibilità di restituzione della cosa, ritenendo che la preclusione della risoluzione sia soltanto la conseguenza socialmente più opportuna che la legge ricollega ad un assetto di fatto non più modificabile); D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 804; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950. V., inoltre, G.B. FERRI, *La vendita in generale. Le obbligazioni del venditore. Le obbligazioni del compratore*, in *Tratt. Rescigno*, XI, Torino, 2000, p. 564 e L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 9, il quale – in maniera consonante con quanto si è detto, nel capitolo II, circa il contenuto dell'azione nell'antico diritto romano – qualifica l'azione redibitoria concessa al compratore di cosa viziata quale risoluzione *per viam restitutionis*, ovverosia un'azione «diretta a far precipuamente a far valere, sulla base del contratto, la pretesa alla restituzione del prezzo» sicché «l'eliminazione degli effetti della vendita è soltanto una conseguenza mediata della *restitutio*». Nel vigore del codice abrogato, E. BETTI, *Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla responsabilità del venditore per vizio redibitorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 335 ss., argomentando dalla teoria di derivazione francese che esige la corrispettività delle prestazioni anche in sede restitutoria, si è pronunciato nel senso della derivazione della preclusione dalla

risolutorio viene legato al fatto che il perimento del bene (non diversamente, peraltro, dalla sua alienazione o trasformazione) rende impossibile la restituzione della cosa venduta e quindi il ristabilimento dello *status quo ante* la risoluzione, visto come essenza stessa del rimedio risolutorio.

Come già si è detto, la tesi in parola può essere accolta soltanto nei limiti in cui essa non sia, da un lato, concepita quale limite generale intrinseco e connaturato al rimedio risolutorio, e dall'altro, venga intesa in un senso assai più limitato di quello che i suoi sostenitori sono propensi ad attribuirle: l'impossibilità della restituzione della cosa acquistata costituisce, infatti, un limite all'esercizio dell'azione redibitoria in quanto azione avente carattere speciale e costituente un rimedio peculiare volto a ristabilire lo *status quo ante* la stipulazione del contratto in senso anche qualitativo, ma non riveste lo stesso ruolo di preclusione generale alla risoluzione, in quanto l'art. 1492, comma 3, c.c. non è espressivo di un principio generale ma, appunto, di una regola settoriale.

La fondatezza dell'opzione interpretativa che attribuisce alla regola che ci occupa portata generale è, infatti, smentita dalle stesse fonti sovranazionali alle quali taluni sostenitori della stessa guardano al fine di asseverare le proprie conclusioni³²⁵ e

considerazione dell'impossibilità della risoluzione: «la corrispettività esige che il compratore non possa pretendere la restituzione del prezzo e il risarcimento dei danni senza restituire in natura, a sua volta, la cosa avuta. S'egli non è attualmente in grado di operare tale restituzione, ne deriva che lo scambio, a rovescio, delle prestazioni originarie, non può più effettuarsi e che il venditore da parte sua non è tenuto a restituire il prezzo».

³²⁴ Nel senso che la negazione della tutela redibitoria nei casi previsti dall'art. 1492, comma 3, c.c. trovi la propria ragione nel fatto che tale via di tutela sarebbe percorribile soltanto ove sia possibile la riduzione in pristino della situazione esistente anteriormente alla conclusione del contratto, cfr. la già citata Cass. 23 gennaio 1988, n. 521, nonché Cass. 28 aprile 1992, n. 5034 e Cass. 4 aprile 1998, n. 3500. Meno di recente, Cass. 18 febbraio 1983, n. 1254 ha espressamente affermato l'esistenza di un «principio per cui la risoluzione del contratto è preclusa dall'impossibilità di restituire l'oggetto nel suo stato originario».

³²⁵ La preclusione della risoluzione ai sensi dell'art. 82, comma 1 della CISG (e correlativamente l'affermazione del sottostante *Prinzip der unversehrten Rückgabe*) è, infatti, considerevolmente limitata dal secondo comma della stessa disposizione (il cui tenore ha indotto, giustamente, C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 819 ad affermare che le eccezioni previste da tale disciplina determinano, rispetto all'art. 1492, comma 3, c.c., un considerevole ampliamento dello «spazio nel quale l'impossibilità di restituire la cosa non influisce sulle sorti della risoluzione»), il quale prevede che il compratore conservi il diritto di dichiarare risolto il contratto ove: a) l'impossibilità di restituire le merci in uno stato sostanzialmente uguale a quello in cui le ha ricevute non sia dovuta a un suo atto od omissione; b) i beni o parte di essi sono periti o deteriorati in conseguenza della verifica prevista dall'articolo 38; c) i beni o parte di essi sono stati venduti nel normale svolgimento dell'attività commerciale o sono stati consumati o trasformati dal compratore secondo il normale uso prima del momento in cui ha scoperto o avrebbe dovuto scoprire il difetto di conformità. Il numero e l'importanza delle eccezioni alla pretesa regola sono tali da far dubitare che lo stesso abbia natura di principio di fondo della materia *de qua*: si vedano, infatti, le conclusioni di M. KREBS, *Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht*, cit., p. 102 e F. MOHS, *Die Vertragswidrigkeit im Rahmen des Art. 82 Abs. 2 Lit. c CISG*, in *Internationales Handelsrecht*, 2002, p. 59, nt. 7. Pertanto, come affermato anche da R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 122, anche a livello di diritto uniforme non esistono elementi che possano fondare la regola contenuta nell'art. 1492, comma 3, c.c. su considerazioni attinenti alla possibilità della restituzione.

ancor prima non può trovare accoglimento in quanto opera un'inammissibile commistione fra piani che la disciplina generale della risoluzione per inadempimento mantiene assolutamente distinti, quali la risoluzione del contratto e le restituzioni che ne conseguono³²⁶. Nella disciplina di diritto comune, alla quale è estranea la considerazione dell'identità qualitativa fra le situazioni giuridiche precedenti la stipulazione e conseguenti alla risoluzione, l'obbligo di restituzione in natura può essere sostituito dall'obbligo di restituzione per equivalente monetario³²⁷, in aderenza al brocardo *pretium succedit in locum rei*, il quale informa il dettato dell'art. 2037 c.c.³²⁸. stituto³²⁹. Infatti, com'è stato persuasivamente dimostrato³³⁰, argomentare nel senso che il limite rappresentato dalla possibilità della *restitutio in integrum* costituirebbe un generale impedimento alla proponibilità dell'azione di risoluzione per inadempimento significherebbe, da un lato, ignorare il fatto che la retroattività degli effetti della risoluzione sancita dall'art. 1458 c.c. «non implica la

³²⁶ In questo senso, *ex multis*, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 381; R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 11 s.; C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 793 ss.

³²⁷ Espressamente nel senso che, in riferimento alla risoluzione del contratto regolata dall'art. 1453 c.c., la possibilità della restituzione, in quanto effetto della risoluzione, non possa assurgere a presupposto condizionante la medesima cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 472; C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 822 s.; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 262, i quali però non operano la distinzione, che noi consideriamo fondamentale, in ordine all'equivalenza qualitativa e alla possibilità di restituzione della prestazione in natura. Ad avviso di E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 383, inoltre, le perplessità circa la pretesa simmetria fra diritto alla risoluzione e possibilità della restituzione si moltiplicano ove si osservi che l'art. 1668, in materia di appalto, nel concedere al committente la facoltà di chiedere la risoluzione in presenza di difformità o vizi che la rendano del tutto inadatta alla sua destinazione, non fa menzione del limite dell'intrinseca possibilità della *restitutio in integrum* dell'opera all'appaltatore. Sul punto si legga, altresì, l'isolata opinione di U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996, p. 105, ad avviso del quale la *ratio* riconducibile all'impossibilità della restituzione sarebbe «smentita dallo stesso articolo il quale, conservando intatte le garanzie allorché il perimento [della cosa] sia da imputare ai vizi, dimostra che quella funzione non trova nella perdita dell'oggetto alcun reale impedimento: se fosse vero il contrario, la preclusione alla redibitoria non dovrebbe trovare alcuna eccezione».

³²⁸ Il richiamo di tale disposizione, peraltro, non vuole significare una nostra presa di posizione in ordine alla *vexata quaestio* inerente le regole che presidiano le restituzioni conseguenti alla risoluzione del contratto, con riferimento alla quale cfr., fra i tanti, i differenti approcci di C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 799 ss. ed E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 328 ss.

³²⁹ Sul punto si legga U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996, p. 105, ad avviso del quale la *ratio* descritta nel testo è «smentita dallo stesso articolo il quale, conservando intatte le garanzie allorché il perimento [della cosa] sia da imputare ai vizi, dimostra che quella funzione non trova nella perdita dell'oggetto alcun reale impedimento: se fosse vero il contrario, la preclusione alla redibitoria non dovrebbe trovare alcuna eccezione». Non possiamo, però, seguire l'opinione dell'A. ove ravvisa la ragione della preclusione nel temperamento tra l'assenza di colpa del venditore e le gravose conseguenze della risoluzione in caso di perimento della *res*, giacché invero la regola di cui all'art. 1492, comma 3, c.c. non dà ingresso alla considerazione della colpa (in senso stretto) del venditore, rendendo impossibile la redibizione anche ove il venditore versi in una situazione di colpa che ne giustifichi la condanna al risarcimento ai sensi dell'art. 1494 c.c.

³³⁰ Si legga ancora E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 356 ss., ove l'A. conduce un'approfondita e convincente indagine sulle funzioni della tutela restitutoria, nel quadro della teoria della "retroattività debole" della risoluzione.

necessaria integralità delle restituzioni»³³¹ e, dall'altro, obliterare le ulteriori finalità del rimedio medesimo.

In un ordine d'idee assai differente, altri Autori³³² hanno visto nell'art. 1492, comma 3, c.c. un'applicazione coerente del principio *res perit domino*, in forza del quale la verifica dell'effetto traslativo trasferisce in capo al compratore il rischio del perimento fortuito del bene oggetto dello scambio. Ove fosse consentita la risoluzione, infatti, il rischio del perimento della cosa verrebbe trasferito sul venditore, il quale dovrebbe restituire il prezzo pagato al compratore, pur senza poter riacquistare il bene perito. Se così è, allora l'art. 1492, comma 3, c.c. diverrebbe la regola della ripartizione del rischio contrattuale in ordine all'ipotesi in cui l'acquirente di cosa viziata intenda avvalersi della garanzia pur a seguito del perimento del bene³³³.

Invero, questo modo di intendere la *ratio* che sorregge la previsione contenuta nell'art. 1492, comma 3, c.c. sembra cogliere un aspetto soltanto del problema sotteso alla disposizione, il quale non si esaurisce nella ricerca del soggetto che deve essere gravato del rischio (identificato nell'acquirente), ma comprende pure l'identificazione della "tecnica" che consente la realizzazione della distribuzione del rischio così stabilita³³⁴. La considerazione appare di grande momento proprio laddove ci si interroghi non soltanto sulla ragione della negazione della tutela redibitoria ma, in particolare, sulla possibilità che tale regola, in quanto espressiva di un principio generale dell'ordinamento, possa (e debba) trovare applicazione anche

³³¹ E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 358.

³³² Così P. GRECO – G. COTTINO, sub art. 1490, in IID., *Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 271, ad avviso dei quali l'unico contenuto precettivo autonomo della disposizione in discorso sarebbe quello attinente la salvezza della redibitoria per l'eventualità di perimento della cosa in conseguenza dei vizi, mentre le altre ipotesi di impossibilità di risoluzione discendono direttamente dall'applicazione della regola racchiusa nell'art. 1465, comma 1, c.c. Sostengono la tesi *de qua* anche R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 14 ss. e M.G. FALZONE CALVISI, *La garanzia per vizi*, in M. BIN, *La vendita*, IV, 1, Padova, 1996, p. 530; in giurisprudenza, seppure soltanto in motivazione, l'affermazione si trova in Cass. 6 giugno 1977, n. 2322 e Cass. 15 gennaio 2001, n. 489. Sostanzialmente in questo senso anche C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 862 s., il però sembra a volte operare una contaminazione fra le due *rationes* dell'impossibilità di restituzione e della rispondenza al principio di trasferimento del rischio laddove, da un canto, sostiene che «la risoluzione della vendita è preclusa dalla definitiva impossibilità della restituzione» (p. 861), configurando altresì quest'ultima quale «onere della parte sotto il profilo della sua necessità per realizzare un effetto favorevole» (p. 862), e d'altro canto, conclude nel senso che «la ragione della regola dev'essere ricercata tenendo presente che con la risoluzione del contratto il compratore verrebbe a recuperare la sua prestazione caricando al venditore il danno della sopravvenuta perdita della cosa» sicché la preclusione al rimedio della risoluzione risponderebbe all'esigenza «che la risoluzione del contratto non divenga strumento per [...] addossare alla parte inadempiente il rischio di un danno non connesso con l'inadempimento stesso».

³³³ Così si esprime, infatti, R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 14.

³³⁴ Se ne avvede, con lucidità di analisi, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 358.

oltre l'ambito per il quale è stata originariamente dettata, e segnatamente con riguardo alle ipotesi di mancanza di qualità, di consegna di *aliud pro alio* e di difetto di conformità nella vendita di beni di consumo.

Il principio *res perit domino*, come intuito correttamente da taluni³³⁵, avrebbe consentito di giungere all'accollo del rischio al compratore, pure in assenza della disposizione che qui ci occupa, in quanto tale conseguenza può agevolmente trarsi dall'art. 1465 c.c., il cui quarto comma³³⁶ rende palese come la risoluzione del contratto non possa andare a detrimento della posizione di colui che non è proprietario del bene nel momento in cui avviene il perimento e, in generale, «accredita l'idea che non sia possibile invocare il criterio della retroattività come veicolo di applicazione della regola *res perit domino*»³³⁷. Ciò posto, la conformità ai principi generali della regola posta dall'art. 1492, comma 3, c.c. consiste nel gravare il compratore del rischio del perimento fortuito, ma in ciò – allo stesso tempo – si arresta³³⁸, giacché l'ulteriore previsione della preclusione dell'utilizzo del rimedio redibitorio non costituisce affatto una scelta resa necessaria dal principio *periculum est emptoris*, potendo, l'accollo del rischio in parola, anche passare per l'imposizione all'acquirente del pagamento dell'equivalente monetario della prestazione ricevuta³³⁹.

In forza di quanto detto sembra di poter concludere nel senso che la regola che impedisce la redibizione al compratore di cosa viziata, nel frattempo perita per caso fortuito, sia bensì coerente con la volontà del legislatore di precludere la redibizione ove la restituzione non sia più possibile ma pure, al contempo, espressiva di una speciale tecnica di attuazione del principio generale che addossa al proprietario il rischio del fortuito. Anche tale tecnica, al pari della regola più generale che ne costituisce il veicolo, non appare dotata di *vis expansiva* oltre i casi per i quali è stata dettata, giacché il modello fondamentale di attuazione della regola del fortuito, in

³³⁵ P. GRECO – G. COTTINO, sub art. 1490, in IID., *Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 271.

³³⁶ Tale disposizione (sulla quale si rimanda per le notazioni generali a L. CABELLA PISU, sub art. 1465, in EAD., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2002, p. 169 ss., spec. p. 174 ss.), testualmente dettata con riguardo all'alienazione sottoposta a condizione sospensiva, si ritiene operi anche con riferimento all'alienazione sottoposta a condizione risolutiva, nel senso di onerare del peso del perimento fortuito il compratore (così R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 23 e A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 56 ss.).

³³⁷ Sono parole di E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 376.

³³⁸ Non coglie nel segno, pertanto, la deduzione di A. SCARPELLO, sub art. 1519-quater, in AA.VV., *L'acquisto di beni di consumo: D. lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, Milano, 2002, p. 41, il quale ritiene che l'applicazione dell'art. 1492, comma 3, c.c. alle ipotesi di vendita fra professionisti e consumatori non possa essere messa in dubbio in quanto, diversamente opinando, si verrebbe ad operare una deroga tacita al principio *res perit domino*.

³³⁹ In questo senso, v. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 379 s.

riferimento ai casi in cui non sia più possibile la *restitutio in integrum*, è comunque costituito dal riconoscimento della facoltà di chiedere la risoluzione del contratto unito all'imposizione in capo all'acquirente dell'obbligo di corrispondere alla controparte il valore della prestazione ricevuta (*pretium succedit in locum rei*³⁴⁰). Diversamente opinando, infatti, si perverebbe all'assurdo di affermare l'applicazione della regola contenuta nel più volte citato art. 1492, comma 3, c.c. anche con riferimento a ipotesi in cui la risoluzione del contratto costituisce l'unico rimedio percorribile, sicché l'*accipiens* dovrebbe rimanere vincolato dal rapporto, pur in presenza di un inadempimento imputabile alla controparte, sol perché il bene oggetto dello scambio sia andato distrutto. Nel contesto della compravendita di diritto comune la negazione della tutela redibitoria si compendia con la concessione in via esclusiva dell'azione estimatoria, attraverso la quale il compratore ottiene la riduzione del corrispettivo pagato³⁴¹. Ma tale ultima tipologia di rimedio, a dispetto delle prese di posizione di parte della dottrina³⁴², non appare neppure contemplata dalla disciplina generale della risoluzione per inadempimento, sicché *de iure condito* la sua applicazione ai casi in cui la risoluzione non sia possibile costituisce un *thema demonstrandum* in vista del quale deve essere saggiata la bontà delle conclusioni volte a generalizzare la preclusione in discorso. Invero, la generalizzazione di essa, disgiunta dalla possibilità di esperire il rimedio estimatorio³⁴³, comporterebbe

³⁴⁰ La persistente attualità del principio è asseverata anche da una costante giurisprudenza in materia di *leasing* traslativo: si veda, in proposito, Cass. 4 agosto 2000, n. 10265. Ma le prese di posizione sono più generali: Cass. 15 maggio 1996, n. 4498; Cass. 20 ottobre 1997, n. 10256, la quale in un caso di permuta ha sancito che «la naturale impossibilità della reintegrazione specifica delle posizioni giuridiche anteriori al contratto dovuta al perimento della *res* non è ostativa alla esperibilità dell'azione di risoluzione per inadempimento, ma comporta esclusivamente l'obbligo, per il giudicante che dichiara la risoluzione contrattuale, di pronunciare sentenza di reintegrazione patrimoniale per equivalente pecuniario, in base al principio "*pretium succedit in locum rei*"».

³⁴¹ Questa osservazione si ritrova anche in E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 386 s.

³⁴² Per tutti, A. LUMINOSO, sub art. 1453, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, Bologna-Roma, 1990, p. 35 ss. il quale ritiene che la previsione dell'art. 1464, in relazione alle ipotesi di sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione nei contratti sinallagmatici, possa considerarsi espressione di un più generale principio che ammette l'azione di riduzione del corrispettivo in tutte le ipotesi di inadempimento parziale, anche ove questo sia imputabile alla debitore; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 850, ove l'A. prende posizione nel senso che il rimedio avrebbe carattere generale nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive.

³⁴³ Non concordiamo con E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 387, laddove l'A. sostiene che «il risultato aritmetico della soluzione più radicale – la preclusione della redibitoria, unita alla riduzione del prezzo – è il medesimo che può ricavarsi dal modello alternativo: la risoluzione combinata con il pagamento del valore del bene, scontato dell'inesatto adempimento». Come si avrà modo di vedere approfonditamente nel capitolo V, la modalità di calcolo della riduzione del prezzo può far pervenire allo stesso risultato cui si perverebbe attraverso la via risolutoria soltanto allorché il prezzo pattuito per la vendita del bene corrisponda esattamente al suo valore (come accade nell'esempio operato dalla stessa A., p. 387, nt. 169: «si immagini che l'alienante venda un bene per il prezzo di 100; che questo bene abbia vizi tali da ridurne il valore di 30; che il bene perisca e, quindi, il compratore non possa esercitare la redibitoria: questi potrà, comunque, chiedere la riduzione del prezzo e ottenere 30 in restituzione. Se si immagina di applicare allo

conseguenze assolutamente abnormi dal punto di vista dell'equilibrio delle posizioni scaturenti dal contratto, in quanto il compratore potrebbe ottenere una mera tutela risarcitoria e verrebbe a essere gravato dell'impossibilità di riavere il corrispettivo pagato e, soprattutto, di sciogliersi dal contratto, rimanendo quindi vincolato anche a tutte le obbligazioni secondarie dallo stesso scaturenti³⁴⁴.

In conseguenza di quanto detto nelle pagine precedenti, non sembra possibile mettere in discussione la specialità della regola sancita dall'art. 1492, comma 3, c.c. in relazione alla negazione della tutela risolutoria nei casi di perimento del bene per caso fortuito, sicché detta regola non potrebbe trovare applicazione con riferimento alla disciplina consumeristica della vendita, laddove essa non è espressamente richiamata. Nessuna delle ragioni favorevoli a tale applicazione appare resistere alle critiche che derivano dal riconoscimento, da un canto, dell'inconsistenza dell'obiezione secondo cui la risoluzione sarebbe percorribile soltanto ove sia possibile la restituzione della prestazione da parte del risolvente³⁴⁵, e dall'altro, dell'inesistenza di una necessaria simmetria fra accollo del rischio e negazione del rimedio redibitorio.

Sgombrato il campo da tali obiezioni, la pretesa introduzione della regola prevista dall'art. 1492, comma 3, c.c. nell'ambito della disciplina della vendita di beni di consumo si manifesta in tutta la propria arbitrarietà, giacché essa, al contempo, priva il compratore di uno dei rimedi riconosciutigli dalla direttiva 1999/44/CE³⁴⁶ senza

stesso caso la soluzione che ammette la risoluzione e obbliga il compratore a pagare il valore del bene scontato dell'incidenza negativa dei difetti, questi avrà diritto di ottenere 100 in restituzione, ma dovrà versare 70: la differenza fra le due poste restitutorie risulterà, ancora una volta, 30»), mentre ciò non potrà accadere ove il prezzo sia superiore o inferiore al valore del bene. Ciò costituisce un ulteriore argomento per riconsiderare le affermazioni circa la generalità dell'applicazione del rimedio estimatorio anche al di fuori delle ipotesi in cui esso è espressamente concesso dal legislatore.

³⁴⁴ Non sembra che le conclusioni cui siamo giunti possano essere confutate sostenendo che il compratore potrebbe comunque ottenere una situazione economicamente equivalente a quella cui approderebbe se la risoluzione gli venisse concessa ove la determinazione del risarcimento del danno a lui spettante tenesse conto anche del profilo attinente la restituzione della parte di corrispettivo che rappresenta il valore del vizio. In tal modo, infatti, si piegherebbe il meccanismo risarcitorio a finalità che non gli sono proprie al fine di pervenire a una soluzione (economicamente) equivalente a quella linearmente raggiungibile attraverso il riconoscimento del diritto di risoluzione.

³⁴⁵ Si è visto, infatti, che la regola dell'art. 1492, comma 3, c.c. può sì spiegarsi con il riferimento all'impossibilità della restituzione ma risponde a logiche estranee alla risoluzione di diritto comune, sicché non sembra affatto riproponibile in ordine alla fattispecie di difetto di conformità, la quale integra un inadempimento ordinario ed è sanzionata con il rimedio della risoluzione, che costituisce un'ipotesi applicativa (a carattere tendenzialmente stragiudiziale ed avente natura di diritto potestativo) del più generale rimedio previsto dall'art. 1453 c.c.

³⁴⁶ Ciò che, di per sé, costituisce un grave indizio contrario all'accoglimento della tesi che sostiene l'applicabilità dell'art. 1492, comma 3, c.c. alla vendita di beni di consumo: cfr. G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1049.

affatto essere richiesta dalla necessità di rimediare a un presunto squilibrio³⁴⁷ fra le posizioni contrattuali di cui verrebbero a essere titolari il professionista e il consumatore nell'ipotesi di concessione della risoluzione. Invero, il riconoscimento della facoltà di risoluzione in capo al consumatore nelle varie ipotesi di perimento del bene (e sempre che ricorra il citato requisito della non lieve entità del difetto di conformità, richiesto dall'art. 130, comma 10, c.cons.) non crea alcun ingiustificato arricchimento di costui, in quanto tale facoltà si unisce all'imposizione dell'obbligo di pagare alla controparte il valore economico della prestazione ricevuta. Il calcolo del *quantum* da restituire andrà, peraltro, operato tenendo conto del difetto di conformità, sicché la pretesa restitutoria del *tradens* sarà pari al valore economico della prestazione ricevuta, diminuito dell'incidenza del difetto³⁴⁸ e aumentato del vantaggio che *l'accipiens* ha tratto dall'eventuale godimento del bene³⁴⁹.

La soluzione che si è raggiunta merita di essere estesa anche alle ipotesi in cui il perimento non derivi da caso fortuito: invero, anche in tali ipotesi, sembra debba operare la disciplina di diritto comune, la quale consente senz'altro la restituzione per equivalente delle prestazioni che non possano più costituire oggetto di restituzione in natura. Non si vede, infatti, per quale motivo debba essere negata la tutela risolutoria al compratore, potendosi regolare l'ulteriore profilo degli obblighi restitutori alla stregua dei principi generali.

Nessuna obbligazione restitutoria, invece, graverà sul compratore ove il perimento del bene sia stato causato dai difetti che lo affliggevano³⁵⁰, poiché, da un canto, all'alienante non può essere consentito di trarre vantaggio dal proprio inadempimento³⁵¹, e dall'altro, può senz'altro presumersi che il valore economico di un bene il quale perisca a causa dei propri vizi sia pari a zero. Ove, invece, il perimento del bene sia conseguenza di una condotta ascrivibile alla sfera del compratore, la situazione che viene a crearsi è la medesima che già si è vista con riguardo all'ipotesi di perimento fortuito: nell'una e nell'altra ipotesi, il compratore sopporta il costo del perimento, potendo esperire il rimedio risolutorio ma dovendo

³⁴⁷ La cui esistenza, si è visto, è asserita da F. RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella Direttiva 1999/44/CE del 15 maggio 1999*, cit., p. 838 s.

³⁴⁸ G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1050; A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 98 ss.

³⁴⁹ Così E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 390.

³⁵⁰ G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1050.

³⁵¹ E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 391 fa riferimento al fatto che «è altresì logico che gravi sul *solvens* il rischio del perimento che lui stesso ha generato, immettendo nella circolazione giuridica un bene difettoso».

corrispondere alla controparte il valore economico della prestazione definito attraverso il computo dell'incidenza dei difetti.

La ricostruzione qui propugnata³⁵² consente, peraltro, di risolvere in maniera funzionalmente omogenea l'ipotesi del perimento e quella (concettualmente limitrofa) del mero deterioramento (o perdita di valore di mercato) del bene trasferito. In questo secondo caso, infatti, ove il deterioramento (o la perdita di valore) siano riconducibili a fatti del compratore o al caso fortuito, il professionista potrà essere destinatario della risoluzione del consumatore ma avrà altresì il «diritto di detrarre dalle somme che è tenuto a versare al consumatore a titolo di rimborso del prezzo, una somma di ammontare corrispondente alla diminuzione di valore subita dal bene»³⁵³ a causa del deterioramento del bene nonché - ai sensi dell'art. 130, comma 8, c.cons. - ai vantaggi e alle utilità che il consumatore abbia tratto dall'uso del medesimo. Al contrario, ove il bene si sia deteriorato (o abbia subito una diminuzione del proprio valore) esclusivamente in ragione dei difetti che lo affliggevano, il consumatore si vedrà sempre riconosciuto il diritto di risolvere il contratto, liberandosi dai propri obblighi restitutori attraverso il mero ritrasferimento del bene al venditore nello stato in cui lo stesso si trova.

La posizione contraria all'applicazione della regola di esclusione della redibizione sancita dall'art. 1492, comma 3, c.c. alla vendita di beni di consumo deve, infine, essere confermata anche con riferimento alle ultime due fattispecie considerate dalla disposizione, ovvero l'alienazione e la trasformazione della cosa. Possono, infatti, ripetersi anche riguardo a tali ipotesi le considerazioni appena svolte in ordine alla garanzia del livello minimo di tutela del consumatore previsto dalla direttiva, il quale non consente l'introduzione di fattispecie di esclusione del rimedio risolutorio - traducendosi queste in altrettante limitazioni dei diritti del consumatore -, e alla considerazione della *ratio* sottesa alla preclusione in parola, ravvisata da taluni, ancora una volta, nel limite intrinseco derivante dall'impossibilità della restituzione³⁵⁴ e da altri nel principio in forza del quale «la parte non può chiedere la risoluzione del contratto quando abbia definitivamente utilizzato la prestazione

³⁵² La nostra ricostruzione, pur seguendo linee argomentative differenti, perviene a risultati assimilabili a quelli cui approdano L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 424 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI - E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1050; A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 98.

³⁵³ Sono parole di G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI - E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1050.

³⁵⁴ Così D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 804 s.

spettantegli»³⁵⁵. Anche in questo caso, la prima giustificazione può essere accolta soltanto nei limiti in cui essa venga ricondotta non a un'impossibilità di rango generale e coerente con i principi accolti in sede di disciplina della risoluzione per inadempimento, ma a una libera e consapevole scelta di politica legislativa dei codificatori del 1942, motivata dalla speciale natura dell'azione redibitoria. Tale conclusione trova, poi, con riferimento alla fattispecie dell'alienazione del bene, un ulteriore addentellato, ove si noti come quest'ultima non possa essere a priori considerata causa di impossibilità della restituzione del bene, potendo il compratore-alienante anche recuperare il bene³⁵⁶. Un ulteriore chiaro indice della mancata rispondenza della preclusione del rimedio risolutorio ai principi generali in materia di risoluzione del contratto può, inoltre, essere ravvisato nell'art. 1458 c.c., ai sensi del quale la risoluzione non pregiudica i diritti sulla cosa acquistati *medio tempore* dai terzi: ciò che, letto *a contrariis*, non può che significare che la risoluzione rimane percorribile anche allorché il bene sia stato alienato dal compratore, senza distinguere fra l'ipotesi in cui la risoluzione del contratto sia richiesta dall'originario alienante o dall'acquirente.

Se ciò è vero, deve però comunque essere attentamente considerata l'effettività della seconda obiezione, giacché l'esistenza di un principio che colleghi alla definitiva utilizzazione della prestazione la preclusione all'esercizio della redibitoria potrebbe costituire una ragione per l'estensione della regola preclusiva anche all'ipotesi di vendita di beni di consumo.

Non sembra, peraltro, che un principio siffatto possa operare nel senso di privare di tale tutela il compratore il quale fosse ignaro dell'esistenza del vizio al momento in cui è avvenuta l'alienazione o la trasformazione della cosa³⁵⁷. Invero, seguendo l'opinione esposta, il compratore che alieni la cosa a terzi anteriormente al manifestarsi del vizio si troverebbe a poter essere convenuto con la domanda di risoluzione dal subacquirente, non potendo invece esperire il medesimo rimedio nei confronti del proprio dante causa. Tale conclusione non può essere accettata: in carenza di una preclusione espressa di tenore assimilabile a quella contenuta nell'art.

³⁵⁵ Sono parole di C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 856, il quale ritiene che tale principio costituisca espressione dell'esigenza di conservare il vincolo negoziale che abbia raggiunto un risultato finale di utilità per il contraente. Condivide l'opinione di Bianca, R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 4 nt. 1.

³⁵⁶ Condivide questa notazione, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 857 ss. Sul punto si veda anche G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 155, il quale ritiene che l'idoneità dell'alienazione a fungere da causa preclusiva della restituzione deve essere valutata nel caso concreto, giacché l'alienazione, di per sé, non ha necessariamente tale conseguenza.

³⁵⁷ In questo stesso senso, ma con riferimento alla disciplina dell'art. 1492, comma 3, c.c., cfr. R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, cit., p. 253.

1492, comma 3, c.c., l'alienazione o la trasformazione della cosa non può costituire elemento decisivo al fine di interdire il ricorso del compratore al rimedio risolutorio, riconosciutogli inderogabilmente dalla direttiva e dall'art. 130 c.cons. Ne consegue che gli eventi concretanti la c.d. "utilizzazione della prestazione" non sono in grado di comportare *ex se* il venir meno del diritto alla risoluzione, il quale potrà prodursi soltanto allorché alle ricordate operazioni si accompagni la volontà (espressa o tacita) di rinunciare alla risoluzione³⁵⁸.

4.5. L'inapplicabilità della preclusione derivante dall'art. 1492, comma 3, c.c. alla fattispecie della mancanza di qualità essenziali o promesse

Quanto appena scritto con riferimento alla disciplina della vendita di beni di consumo e all'inesistibilità alla stessa della più volte citata preclusione contenuta nell'art. 1492, comma 3, c.c. può essere messo a frutto anche al fine di escludere che tale disposizione possa essere applicata con riferimento alla fattispecie della consegna di una cosa mancante delle qualità essenziali o promesse (art. 1497 c.c.).

La posizione della giurisprudenza è, in proposito, di netta chiusura: sulla base della (peraltro indimostrata) premessa secondo cui la norma *de qua* sarebbe espressiva non già di una regola peculiare – motivata dalla specialità dei rimedi cui accede –, ma di quel principio generale che non consentirebbe l'esperimento della risoluzione del contratto in ogni caso in cui la restituzione del bene non sia più possibile per fatto imputabile al venditore, essa pratica in maniera unanime e tralascia l'applicazione analogica di tali preclusioni anche alla fattispecie regolata dall'art. 1497 c.c.³⁵⁹.

Tale modo di argomentare, si è visto, appare agevolmente superabile, in quanto, da un canto, deve negarsi recisamente la ricorrenza delle condizioni che legittimano l'applicazione analogica della disposizione, la quale ha carattere palesemente

³⁵⁸ Non meraviglia il fatto che in questa sede si accolga una soluzione simile a quella sopra criticata con riferimento alla disciplina posta dall'art. 1492, comma 3, c.c.: invero, come si è chiarito *supra*, la ricorrenza della volontà espressa o tacita di rinuncia alla risoluzione non può costituire condizione per l'operare della preclusione dettata dalla disciplina codicistica per l'assorbente ragione che una simile lettura della disposizione ne costituisce un'interpretazione fondamentalmente obliteratrice «perché non vi è certo bisogno di una disposizione di legge per ammettere nel singolo caso concreto una rinuncia tacita allorché risoluti provata» (D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicc. Messineo*, cit., p. 804). Al contrario, nella disciplina di settore, laddove abbiamo appena veduto non sussistere ragioni sufficienti a consentire l'applicazione dell'art. 1492, comma 3, c.c., non pare dubbio che la precedente manifestazione della volontà di rinuncia al rimedio risolutorio, eventualmente verificatasi nel contesto di un'operazione di trasformazione o di alienazione della cosa, costituisca l'unica ipotesi di preclusione del suo esercizio nel contesto della vendita di beni di consumo.

³⁵⁹ Si vedano, a mo' di esempio, Cass. 23 gennaio 1988, n. 521 e, più risalente, Cass. 8 novembre 1965, n. 2327.

eccezionale³⁶⁰, e dall'altro, non vi è chi non veda come essa sottovaluti il fatto che la risoluzione del contratto prevista dall'art. 1497 c.c. quale rimedio concesso al compratore di cosa che presenti mancanze di qualità segue, per espresso disposto di legge, le regole dell'ordinaria risoluzione del contratto, in ordine alla quale non è prevista alcuna preclusione di tale contenuto.

Tale silenzio è, infatti, giustificato poiché nell'uno come nell'altro caso, colui il quale acquisti un bene che si riveli privo delle qualità essenziali o promesse, quale parte non inadempimento di un contratto a prestazioni corrispettive, si vede riconosciuto dall'ordinamento soltanto il diritto alla risoluzione del contratto, sicché l'applicazione anche in questa ipotesi della preclusione derivante dall'art. 1492, comma 3, c.c. comporterebbe l'aberrante risultato di vincolare irrimediabilmente l'*accipiens* al rapporto contrattuale³⁶¹, pur in presenza di un inadempimento imputabile alla controparte, potendo costui domandare il solo risarcimento del danno. Come visto, invece, la negazione della tutela risolutoria, in sede di garanzia per vizi, si traduce nella concessione in via esclusiva dell'azione estimatoria, attraverso la quale il compratore ottiene la riduzione del corrispettivo pagato³⁶². Ciò che, invece, non potrebbe accadere nell'ipotesi di vendita di cosa mancante di qualità, coerentemente con la previsione generale dell'art. 1453 c.c., il quale offre la sola alternativa fra azione di adempimento e risoluzione³⁶³.

Pertanto, l'inapplicabilità dell'art. 1492, comma 3, c.c. alla fattispecie dell'acquisto di beni privi di qualità essenziali o promesse è perfettamente coerente con i principi

³⁶⁰ Cfr., oltre a quanto già esposto nel corso del presente capitolo, l'autorevole, conforme opinione di C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 823 s.; G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 243 ss.; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 291, nt. 257.

³⁶¹ In maniera convincente, P. GRECO – G. COTTINO, sub art. 1497, in IID., *Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 310, nt. 9, i quali ritengono che l'orientamento giurisprudenziale prevalente non possa trovare accoglimento in quanto l'applicazione dell'art. 1492, comma 3, c.c. comporta la privazione del diritto alla risoluzione, con la concessione in via esclusiva dell'azione *quanti minoris*, ciò che non può accadere con riferimento alla fattispecie disciplinata dall'art. 1497 c.c., ove «l'alternativa tra *redhibitoria* e *quanti minoris* non è prevista», i quali però poi si esprimono nel senso che l'operare della preclusione non avrebbe alcuna conseguenza pregiudizievole per il compratore, il quale «potrà poi sempre – in aggiunta o, se del caso, in sostituzione – ottenere il risarcimento del danno, e quanto meno, sotto questo profilo, una riduzione del prezzo corrispondente alla differenza fra il minor valore della cosa col difetto di qualità e il maggior valore che avrebbe avuto senza quest'ultimo».

³⁶² Così E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 386 s.

³⁶³ L'esattezza di questo rilievo preclusivo, come visto in apertura del presente capitolo, non può essere messa in dubbio dalla proclamata generalità applicativa del rimedio della riduzione del corrispettivo (per la quale v. soprattutto C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 850 e A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 294, ma pure, proprio in riferimento al tema che ci occupa, R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 60), la cui esistenza, contrariamente a quanto può ritenersi riguardo alle tendenze di fondo manifestatesi a livello di diritto uniforme (Convenzione di Vienna, direttiva 1999/44/CE, Principii UNIDROIT), con riferimento al diritto comune patrimoniale italiano, non ha ancora trovato una dimostrazione soddisfacente, ma anzi è contraddetta da numerosi indici.

(questi sì) generali in materia di risoluzione del contratto per inadempimento, sicché la pretesa di integrare tale disciplina mediante l'introduzione di una disposizione la quale risponde a una logica del tutto estranea si palesa assolutamente erronea.

4.6. L'inapplicabilità della preclusione derivante dall'art. 1492, comma 3, c.c. alla vendita dell'*aliud pro alio*.

In chiusura delle osservazioni dedicate a chiarire l'ambito di operatività della preclusione del rimedio risolutorio, sancita dall'art. 1492, comma 3, c.c. a carico del compratore, un cenno deve essere dedicato all'ipotesi di c.d. consegna di cosa radicalmente diversa³⁶⁴.

Seguendo la ricostruzione di autorevole dottrina³⁶⁵, tra le ipotesi di *aliud pro alio* possiamo distinguere la consegna di cosa diversa in senso stretto, la quale ha luogo allorché il venditore consegni un bene differente da quello su cui l'accordo delle parti si era formato, e il trasferimento in proprietà di cosa diversa, che invece avviene quando il compratore si vede attribuito il diritto reale di un bene che, sebbene coincida con quello su cui è caduto il consenso delle parti, è inidoneo ad «assolvere a destinazione economico-sociale della cosa dedotta in contratto»³⁶⁶.

Nella prima ipotesi, l'operatività della preclusione della risoluzione derivante dalla regola prevista in materia di garanzia per vizi è radicalmente esclusa già in ragione del fatto che in tal caso la tutela del compratore deve percorrere la diversa strada dell'ordinaria risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 c.c., motivata dall'inesatta esecuzione dell'obbligazione di consegna³⁶⁷ (art. 1476, n. 1, c.c.). Invero, l'acquirente è divenuto proprietario di un bene differente da quello consegnatogli e successivamente perito, trasformato o alienato, sicché non si realizza affatto quella difformità fra risultato traslativo programmato e trasferimento effettivamente

³⁶⁴ Su questo tema, pur con trattazione limitata in linea di principio al solo aspetto del perimento fortuito del bene, ma con conclusioni estensibili alla generalità delle ipotesi contemplate dalla disposizione in parola, cfr. R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 63 ss. Sul tema si v. anche il breve accenno di E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 391.

³⁶⁵ A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 284 ss.

³⁶⁶ In ordine a questa distinzione, v. quanto già esposto *supra* in sede di identificazione dei caratteri del vizio materiale e delle differenze correnti fra questo, la mancanza di qualità e, appunto, la consegna di cosa diversa. In giurisprudenza, sull'attribuzione in proprietà di bene inidoneo a svolgere la funzione economico-sociale della cosa dedotta in contratto, cfr. Cass. 19 ottobre 1994, n. 8537; Cass. 13 gennaio 1997, n. 244; Cass. 23 marzo 1999, n. 2712; Cass. 23 febbraio 2001, n. 2659; Cass. 25 settembre 2002, n. 13925; Cass. 7 marzo 2007, n. 5202; Cass. 18 maggio 2011, n. 10916.

³⁶⁷ In questo stesso senso, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 911 e A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 286.

realizzatosi che costituisce il presupposto dell'operatività delle regole della garanzia per vizi. Pertanto, il compratore dovrà tutelare le proprie ragioni attraverso i rimedi generali dettati per l'inadempimento dell'obbligazione nel contesto di un contratto a prestazioni corrispettive, senza che il ricorso alla risoluzione possa essergli precluso da una disposizione eccezionale³⁶⁸ qual è quella contenuta dall'art. 1492, comma 3, c.c. In ragione del fatto che la proprietà del bene consegnato non si è trasferita al compratore, egli non sopporterà il peso del perimento fortuito³⁶⁹ (né di quello conseguente all'eventuale difettosità della cosa), sicché su di lui non dovrebbe ritenersi gravare neppure un obbligo restitutorio per equivalente, pur avendo diritto alla restituzione del corrispettivo pagato. Nel caso di perimento causato dal fatto dell'acquirente, di trasformazione e di alienazione della cosa consegnata³⁷⁰, fermo il diritto di ottenere la risoluzione del contratto e la connessa restituzione del prezzo, il compratore dovrà invece corrispondere alla controparte il valore del bene perito, alienato o trasformato.

A conclusioni non dissimili si perviene anche con riferimento all'eventualità di trasferimento in proprietà di cosa diversa, rispetto al quale autorevole dottrina è propensa ad applicare la disposizione contenuta nell'art. 1479 c.c., poiché la radicale difformità fra il risultato traslativo programmato e quello effettivamente realizzato può essere equiparata alla totale inattuazione dell'effetto reale³⁷¹. In quest'ordine di idee³⁷², al compratore spetta senz'altro l'esercizio dell'azione di risoluzione³⁷³ –

³⁶⁸ Sul punto v. *supra*, al paragrafo 4.4, nonché i già citati C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 822 ss. e L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., p. 261 ss.

³⁶⁹ Così anche R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 64.

³⁷⁰ Ad avviso di C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 856, invece, la disposizione che esclude il ricorso alla risoluzione ove la cosa sia stata alienata o trasformata dal compratore «trova applicazione anche in caso di mancanza di qualità dovute e di prestazione di cosa radicalmente diversa». A supporto della propria affermazione l'A. riporta la conforme opinione espressa da Cass. 8 novembre 1965, n. 2327 («la disposizione di cui all'art. 1492, comma terzo c.c. secondo la quale non può domandarsi la risoluzione del contratto di compravendita ove il compratore abbia alienato o trasformato la cosa venduta e applicabile, oltre che ai vizi di carattere redibitorio, per i quali è espressamente dettata, anche ai difetti di qualità ed alla fornitura di *aliud pro alio*») e Cass. 18 ottobre 1960, n. 2810.

³⁷¹ In questo senso si esprime A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 286 s., la cui ricostruzione è seguita da R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 64 s.; a favore della teoria del Luminoso porta significativi argomenti E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 321 s.

³⁷² Ad esso si contrappone l'orientamento tradizionale, favorevole anche in questa ipotesi all'inquadramento della responsabilità del venditore nell'ambito dell'inadempimento contrattuale: cfr. P. GRECO – G. COTTINO, sub *art. 1490*, in *IID.*, *Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 238 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 914; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 899 ss.

³⁷³ Così anche R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 65, pur con riferimento alla sola ipotesi di perimento derivante da caso fortuito.

espressamente concessagli – anche ove ricorrano i casi previsti dall'art. 1492, comma 3, c.c.

CAPITOLO QUARTO

1. Il concorso dei rimedi edilizi nel codice civile

Chiariti i presupposti e la natura giuridica dell'azione estimatoria, deve ora essere fatto oggetto di considerazione il rapporto che corre fra l'azione in discorso e l'altro rimedio che la legge appresta per il caso di presenza di vizi nel bene compravenduto, ossia l'azione di risoluzione, comunemente detta redibitoria. In particolare, deve in questa sede essere affrontata la questione inerente i rapporti processuali fra le due azioni, disciplinati in maniera alquanto sommaria ed ellittica dall'art. 1492, comma 2, c.c., ove il legislatore ha precisato come «la scelta [sc. tra risoluzione del contratto e riduzione del prezzo] è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale». La disposizione, non diversamente da quella che ne viene frequentemente considerata l'antesignana³⁷⁴, ha costituito per decenni terreno di contrastanti prese di posizione sia in dottrina sia in giurisprudenza, per poi trovare alla fine degli anni '80 del secolo scorso³⁷⁵ una soluzione la quale ormai appare divenuta stabile presso le nostre

³⁷⁴ La disposizione cui s'intende fare riferimento è, come ognuno può immaginare, quella generale contenuta nel comma secondo dell'art. 1453 c.c., la quale, però, regola il concorso alternativo fra il rimedio risolutorio e la domanda di adempimento – in materia risoluzione del contratto per inadempimento – prevedendo che la proposizione della domanda di adempimento non precluda all'attore la facoltà di una successiva richiesta di risoluzione mentre quest'ultima preclude la possibilità di una successiva domanda di esatto adempimento. Il parallelismo fra le disposizioni in discorso, peraltro, è assai frequente nella letteratura (cfr., *ex plurimis*, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 853; C. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 765 ss. e in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, III, t. 1, Milano, 1991, p. 285 ss., dal quale luogo sono tratte le citazioni che seguono), benché la sovrapposibilità delle disposizioni non sia affatto totale. È d'immediata intelligenza, infatti, come la riduzione del prezzo non costituisca azione volta a ottenere l'adempimento del contratto bensì essa manifesti la volontà di provocare – attraverso l'evocazione dell'intervento giudiziale – una modificazione del contenuto del medesimo implicante l'accettazione della prestazione già eseguita (lo evidenzia anche C.M. BIANCA, *op. loc. citt.*).

³⁷⁵ Vedi Cass., sez. un., 25 marzo 1988, n. 2565, il cui *dictum* è stato successivamente confermato, tra le

corti, le quali sostengono in maniera pressoché generalizzata che non soltanto sarebbe inammissibile un cumulo alternativo fra i due rimedi edilizi, ma pure un cumulo condizionale (c.d. subordinato)³⁷⁶ con il quale il compratore spieghi l'azione estimatoria subordinatamente al rigetto della domanda volta a ottenere la risoluzione, proposta in via principale.

La giurisprudenza argomenta nel senso appena descritto partendo da un presupposto potenzialmente condivisibile, secondo cui le due azioni non si pongono fra loro in rapporto di *maius ad minus*³⁷⁷, bensì sono esperibili in presenza dei medesimi presupposti³⁷⁸ - coincidenti con il manifestarsi di un "vizio" avente le caratteristiche scolpite nell'art. 1490 c.c. -, per concluderne che, pertanto, non potrebbero darsi ipotesi in cui il rigetto dell'azione redibitoria possa lasciare spazio all'accoglimento dell'azione estimatoria, e pertanto la proposizione di questa seconda sarebbe sempre inammissibile. Diciamo potenzialmente condivisibile in quanto, come si è tentato di argomentare in precedenza, riteniamo fondamentalmente esatta la tesi che riconduce ai medesimi presupposti applicativi i due rimedi edilizi, i quali possono essere invocati sempre e soltanto allorché ricorrano l'inidoneità all'uso o l'apprezzabile decremento di valore della cosa oggetto della vendita; non condividiamo, però, - in ragione della previsione legislativa di ipotesi in cui l'azione redibitoria è esclusa da fatti estranei e ulteriori rispetto al verificarsi del vizio materiale (art. 1492, commi 1 e 3, c.c.) - la totale sovrapposizione fra i due rimedi e, quindi, il rigido corollario che le sezioni unite hanno mostrato di voler desumere dall'anzidetta osservazione, giacché, da un canto, la presenza di ipotesi in cui l'una azione può dirsi fondatamente esperita e l'altra no lascia spazio alla possibilità di una separata considerazione della loro fondatezza, e dall'altro, la conclusione della Cassazione sembra essere il frutto di un fraintendimento di regole sostanziali e processuali³⁷⁹.

altre, da Cass. 10 aprile 1996, n. 3299; Cass. 11 aprile 1996, n. 3398; Cass. 27 gennaio 2004 n. 1434; Cass. 29 novembre 2004, n. 22415.

³⁷⁶ Non è certo questa la sede per approfondire l'istituto del cumulo di azioni o di domande, in ordine al quale si rimanda senz'altro a C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2005, p. 176 s. e, per il tema che qui maggiormente interessa - ovvero quello del cumulo condizionale - alla ricca trattazione che vi dedica C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I e II, Padova, 1985.

³⁷⁷ L'espressione, felice, è di D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, cit., p. 802.

³⁷⁸ L'affermazione è condivisibile nei limiti e con le eccezioni descritti *supra*, al paragrafo 4, riguardanti i casi in cui la risoluzione sia esclusa dagli usi ovvero la cosa alienata sia perita per caso fortuito o per colpa del compratore, ovvero questi l'abbia alienata a sua volta o l'abbia trasformata.

³⁷⁹ Non condivide la soluzione accolta dalle sezioni unite neppure C. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, cit., p. 290, il quale efficacemente discorre di un «"cortocircuito" fra premesse di diritto sostanziale e soluzione di ordine processuale».

La perfetta e incondizionata alternatività fra le azioni edilizie comporta che il compratore di un bene affetto da vizi possieda una libera facoltà di scelta fra l'uno e l'altro rimedio³⁸⁰, ma – per volere del legislatore – tale libertà si consuma con la proposizione della domanda giudiziale, la quale fissa irrevocabilmente l'opzione del compratore (art. 1492, comma 2, c.c.). Tale scelta si pone in netta discontinuità con quella operata in materia di appalto, ove l'art. 1668, comma 1, c.c. non fa menzione di una simile conseguenza, sicché il committente ha la possibilità di mutare la propria scelta sia ove espressa in via stragiudiziale sia ove tradottasi nell'instaurazione del giudizio. Nel primo caso, infatti, la scelta potrà essere mutata liberamente da colui il quale abbia ricevuto l'opera viziata, almeno sino al momento in cui l'appaltatore abbia aderito alla richiesta di costui, con ciò fissandone irrevocabilmente la scelta³⁸¹. Nel secondo caso, poi, la mancanza di una disposizione di segno simile a quella posta in materia di vendita consente a una parte degli interpreti di concludere nel senso della praticabilità del mutamento della domanda in corso di causa, sino al momento della rimessione della causa in decisione³⁸², nonché della sicura cumulabilità condizionale dei due rimedi³⁸³. In particolare, non risulta possibile la proposizione della domanda giudiziale di risoluzione e il suo

³⁸⁰ Si è già visto *supra*, infatti, come il presupposto oggettivo fondamentale che condiziona l'esperibilità di entrambe le azioni sia la ricorrenza del vizio materiale, non avendo alcuna incidenza nella disciplina di diritto comune la maggiore o minore gravità dello stesso, di talché la ricorrenza di un vizio, tale da rendere la cosa venduta inidonea all'uso cui è destinata o da diminuirne in maniera apprezzabile il valore, legittima la richiesta e l'accoglimento della redibizione così come della riduzione del corrispettivo. Si deve, però, ancora una volta ricordare come si diano talune ipotesi – esistenza di usi contrari (art. 1492, comma 1, c.c.), perimento non conseguente ai vizi, alienazione o trasformazione della cosa acquistata (art. 1492, comma 3, c.c.) – in cui l'azione estimatoria può essere esercitata quale unico rimedio a disposizione del compratore.

³⁸¹ In questo senso, v. D. RUBINO – G. IUDICA, sub art. 1668, in IID., *L'appalto*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 440, i quali ricordano come questa sia l'opinione comune anche con riferimento all'art. 1453 c.c., nonché, come si dirà subito *infra*, costituisca quella da preferire anche con riferimento all'art. 1494. Ne consegue che la scelta operata in via stragiudiziale potrà «essere cambiata poi nella citazione (o nella riconvenzionale), e a maggior ragione prima di questa».

³⁸² Cfr., ad esempio, C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1977, p. 210 s., il quale esclude soltanto la congiunta proponibilità di entrambi i rimedi, in quanto volti alla tutela del medesimo interesse, mentre ammette che, proposta giudizialmente una delle domande in via principale o riconvenzionale nel giudizio di primo grado, si passi all'altra prima della rimessione della causa in decisione o addirittura per la prima volta in appello, non trattandosi di domanda nuova, appunto perché volta a tutelare lo stesso interesse di quella precedentemente spiegata. Nello stesso senso si esprime Cass. 22 febbraio 1999, n. 1475, la quale, dopo aver espressamente dichiarato inapplicabile al contratto d'appalto la regola sancita dall'art. 1492, comma 2, c.c. con riferimento al contratto di vendita, ritiene che pure l'applicazione dell'art. 1453, comma 2, c.c. non sia d'ostacolo al mutamento della domanda in corso di causa sulla base della considerazione secondo cui tale disposizione «impedisce al committente che abbia proposto domanda di risoluzione di mutare tale domanda in quella di adempimento, ma non anche di chiedere la riduzione del prezzo». L'opinione pare essere sedimentata nella giurisprudenza della S.C.: Cass. 27 aprile 1993, n. 4921; Cass. 6 febbraio 1986, n. 736; Cass. 20 gennaio 1977, n. 290; implicitamente, Cass. 4 agosto 1990, n. 7872.

³⁸³ In giurisprudenza, tra le molte, cfr. Cass. 12 luglio 2000, n. 9239; Cass. 27 aprile 1993, n. 4921.

successivo mutamento in quella di adempimento³⁸⁴, in quanto ciò trova ostacolo nel disposto dell'art. 1453, comma 2, c.c., mentre tale divieto non sembra applicabile al diverso caso in cui la richiesta di risoluzione sia mutata in quella di riduzione del prezzo, giacché quest'ultimo rimedio non ha natura di domanda di esatto adempimento e quindi non pare ricorrere la *ratio* giustificativa della regola restrittiva in parola³⁸⁵. Ne consegue che al committente deve essere riconosciuta tale facoltà di mutamento in corso di causa e, altresì, la proposizione contemporanea, con la medesima citazione, in via di cumulo subordinato, non ostandovi l'art. 1453, comma 2, c.c., che non può trovare applicazione per la ragione anzidetta, e anzi essendo tale scelta di massima assai condivisibile poiché consente di ottenere almeno la riduzione della controprestazione ove la difformità dell'opera non venga valutata tale da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, legittimando l'accoglimento della domanda principale.

Uno sguardo oltre confine, inoltre, rivela la "stravaganza" della scelta operata dal legislatore italiano anche ove confrontata con le opzioni prescelte dai codificatori europei nella disciplina dello stesso contratto di vendita. Infatti, non soltanto di una disposizione di contenuto simile a quella dell'art. 1492, comma 2, c.c. non v'è traccia nella direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999³⁸⁶ (né nella Convenzione di Vienna

³⁸⁴ Il principio generale posto dall'art. 1453, comma 2, c.c. è applicabile all'appalto in quanto la "garanzia" dell'appaltatore, diversamente da quella che fa capo al venditore secondo il codice civile, è direttamente sussumibile nella responsabilità da inadempimento, sicché soggiace alle regole generali in tema di risoluzione, le quali devono essere correttamente riferite non soltanto all'ipotesi in cui il committente chieda l'esecuzione dell'opera non ancora compiuta (domanda di adempimento in senso stretto), ma pure a quelle in cui sia richiesta l'eliminazione del vizio o il rifacimento dell'opera (domanda di c.d. esatto adempimento). In questo senso Cass. 27 aprile 1993, n. 4921 e D. RUBINO – G. IUDICA, sub *art. 1668*, in IID., *L'appalto*, in *Commentario Scialoja - Branca*, cit., p. 440. *Contra*, peraltro, Cass. 9 febbraio 1995, n. 1457, secondo cui la domanda con la quale si chiede la condanna dell'appaltatore alla eliminazione dei vizi della cosa non costituirebbe azione contrattuale di esatto adempimento bensì per responsabilità extracontrattuale, sicché il divieto di mutare in corso di causa la domanda di risoluzione del contratto di appalto in quella di condanna alla eliminazione dei vizi dell'opera, non conseguirebbe alla preclusione di cui all'art. 1453, comma 2, c.c., bensì discenderebbe dai principi generali in materia di domanda giudiziale.

³⁸⁵ Sul punto non sembra conferente neppure il richiamo all'applicazione analogica dell'art. 1492, comma 2, c.c. operato da D. RUBINO – G. IUDICA, sub *art. 1668*, in IID., *L'appalto*, in *Commentario Scialoja - Branca*, cit., p. 440, in quanto non ricorrono i presupposti per l'applicazione analogica, trattandosi di apparato rimediabile speciale avente natura assolutamente diversa da quella tipica delle "garanzie" in materia di appalto. Della nostra stessa opinione, d'altronde, era lo stesso Rubino in D. RUBINO, *L'appalto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1958, p. 371 s., ove l'illustre A. ammetteva pacificamente, oltre al cumulo condizionale, l'interscambiabilità delle domande nel corso del processo.

³⁸⁶ Sulle regole che presidiano la scelta del rimedio da parte del consumatore, e quindi sul rapporto fra riduzione del prezzo e altri rimedi previsti dalla direttiva dal punto di vista processuale, reagisce la natura giuridica dei medesimi, ascrivibile – come già si è tentato di illustrare – alla categoria dei diritti potestativi. Ne consegue che la scelta del legislatore comunitario è stata senz'altro condizionata in primo luogo dall'opzione di fondo riguardante la natura giuridica dei rimedi, ancor prima che da considerazioni circa l'opportunità o meno di porre una regola di foggia simile a quella vigente nel nostro diritto interno. Sul punto v. *infra* il paragrafo seguente.

del 1980, che ne costituisce l'antesignana), ma neppure il *code Napoléon* o l'abrogato³⁸⁷ § 462 BGB³⁸⁸ attribuiscono all'esercizio giudiziale di una delle azioni edilizie la conseguenza di consumare irrevocabilmente la scelta dell'acquirente.

L'art. 1492, comma 2, c.c. sembra aver trovato, nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Cassazione, un'articolazione rigidamente sillogistica, con la quale dalla premessa maggiore della necessaria scelta dell'azione al tempo della domanda giudiziale e dalla premessa minore dell'identità delle condizioni di diritto sostanziale che legittimano (la richiesta e) l'accoglimento delle azioni edilizie si è tratta la conclusione dell'inammissibilità non soltanto della proposizione dell'una dopo il rigetto dell'altra, ma pure del loro esercizio in regime di cumulo subordinato. La coerenza del sillogismo e la sua rispondenza alle regole logiche deve, però, essere vagliata alla luce di una corretta lettura del diritto sostanziale e del diritto processuale, al termine della quale la fermezza dell'assunto giurisprudenziale sembra decisamente vacillare.

Si è più volte ricordato come i presupposti di esperibilità delle due azioni, seppure legati inscindibilmente alla ricorrenza di un vizio materiale del bene come descritto dall'art. 1490, comma 1, c.c., non siano privi di punti di divaricazione, con la conseguenza che l'azione estimatoria possiede un campo di applicazione lievemente più ampio rispetto alla redibitoria, pur se questo non coincide con la sussistenza di un vizio di minore gravità³⁸⁹. Ne consegue che, come la stesse sezioni unite

³⁸⁷ Ci si riferisce qui al testo abrogato del BGB in quanto il confronto con il testo successivo alla *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002 sarebbe in parte improprio, avendo il legislatore tedesco abbandonato la configurazione dei rimedi posti a tutela dell'interesse del compratore all'interno della garanzia edilizia di foggia romanistica, in favore dell'accoglimento dell'apparato rimediario suggerito dalla direttiva 1999/44/CE, con la conseguente ricostruzione degli stessi rimedi concessi al compratore quali *Gestaltungsrechte*. Pertanto anche per il diritto tedesco valgono, con i necessari adattamenti, le considerazioni di cui *infra* al paragrafo seguente.

³⁸⁸ Peralto, benché l'abrogato § 462 BGB non prevedesse fra *Wandlung* e *Minderung* un onere di scelta irretirabile, l'opinione maggioritaria era propensa a ritenere non possibile il cumulo alternativo delle due azioni, sulla base della considerazione che, diversamente opinando, sarebbe stata sottoposta al giudice una domanda indeterminata. Sul punto v. H. HONSELL, sub § 465, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, München, 1978, p. 379 ss. e A. GEORGIADIS, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München, 1967, p. 250 ss.

³⁸⁹ Si veda, infatti, *supra*, al paragrafo 4 per la constatazione secondo cui, in ragione dell'autonomia della garanzia per vizi dovuta dal venditore rispetto alla categoria generale dell'inadempimento, risulta improprio il ricorso – operato da una parte degli interpreti, ma ormai abbandonato dalla giurisprudenza più recente – alla clausola generale sull'importanza dell'inadempimento di cui all'art. 1455 c.c. ai fini del riconoscimento dell'applicabilità dell'azione redibitoria, intesa quale fattispecie speciale di risoluzione per inadempimento. Si è già tentato di dimostrare come, al contrario, la garanzia per vizi nel contratto di compravendita si atteggi quale microsistema retto da logiche non riconducibili all'inadempimento e in cui la valutazione dell'importanza del vizio è operata a priori dal legislatore con la stessa definizione della fattispecie. In questo senso, si vedano, per tutti, P. GRECO – G. COTTINO, sub art. 1490, in IID., *Della vendita*, in *Commentario Scialoja - Branca*, cit., p. 252 nonché la già citata Cass. 29 novembre 2004, n. 22416, secondo la quale «non è esatto [asserire] che l'art. 1492 preveda una possibilità di risoluzione più ampia rispetto a quella (basata sull'inadempimento di non scarsa importanza) prevista dall'art. 1455, del quale, invece,

riconoscono, in tutti i casi di dubbia o contestabile fondatezza³⁹⁰ dell'azione di risoluzione, sia questa dovuta all'incerta esistenza o portata degli usi ovvero alla controversa ricorrenza delle ipotesi descritte dal terzo comma dell'art. 1492 c.c., la proposizione di entrambi i rimedi edilizi in via di cumulo subordinato non può essere ritenuta in contrasto con la scelta imposta dal secondo comma dello stessa disposizione, giacché una sola è l'azione esistente nel patrimonio dell'attore e l'esperimento in via principale della domanda di redibizione ha il solo scopo di provocare un accertamento preliminare in ordine alla sussistenza o meno della stessa. Nell'affermare ciò, il collegio appare memore dell'autorevole insegnamento³⁹¹, già penetrato nella giurisprudenza degli anni '50³⁹², che riteneva casi di *electio* impossibile quelli in cui il compratore ha a disposizione soltanto la *quanti minoris*, sicché la regola posta dall'art. 1492, comma 2, c.c. non avrebbe potuto applicarsi già perché mancava il presupposto della libera scelta.

La conclusione così raggiunta è senz'altro condivisibile, benché viziata un errore di fondo il quale si riverbera nella soluzione, qui non condivisa, che la giurisprudenza ha accolto riguardo alle ipotesi in cui il concorso fra le due azioni, in ragione – utilizzando la terminologia delle sezioni unite - dell'effettiva esistenza di entrambe nel patrimonio del compratore, è possibile e, pertanto, sottostà pienamente alla disposizione che ricollega l'irrevocabilità della scelta alla proposizione della domanda giudiziale.

Poiché l'art. 1492, comma 2, c.c. ricollega alla sola proposizione della domanda giudiziale l'effetto di fissare in maniera irretrattabile la scelta del rimedio, l'acquirente ha sempre la possibilità di modificare la pretesa avanzata in via stragiudiziale, salva l'eventualità in cui il venditore abbia aderito alla richiesta così avanzata. Una simile eccezione era, peraltro, espressamente prevista dal previgente § 465 BGB³⁹³, il quale – coerentemente con le premesse della *Vertragstheorie*³⁹⁴, un

costituisce applicazione restrittiva, avendo il legislatore, quando l'inadempimento del venditore si sostanzia nella consegna di una cosa affetta da vizi, operato una diretta valutazione dell'importanza dell'inadempimento in relazione ai presupposti dell'inidoneità della cosa all'uso cui è destinata o dell'apprezzabile diminuzione del suo valore, previsti dall'art. 1490, comma 1, c.c., richiamato dall'art. 1492».

³⁹⁰ Come si avrà modo di rilevare poco oltre nel testo, il richiamo all'ammissibilità, operato invece da Cass. 25 marzo 1988, n. 2565 e da tutte le successive sentenze conformi, è improprio.

³⁹¹ Risalente a D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 810, nonché a S. ROMANO, *Vendita, contratto estimatorio*, in *Tratt. Grosso Santoro-Passarelli*, cit., p. 268 e D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, p. 283.

³⁹² Si vedano, infatti, Cass. 27 maggio 1953, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 2174 e Cass. 13 aprile 1959, *ivi*, 1959, I, p. 1265.

³⁹³ Per un rapido ragguaglio sulla disposizione citata cfr. H. PUTZO, sub § 465, in *Palandt BGB Kommentar*, München, 2002, p. 554 s. Sulla medesima disposizione v. anche la ormai classica trattazione di H. HONSELL, sub § 465, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 376 ss.

³⁹⁴ Sulla quale si rimanda *supra*, al Capitolo 3.

tempo dominante – disponeva che «*die Wandlung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt*», sicché l'accordo delle parti circa il rimedio aveva l'effetto di fissare definitivamente la scelta dello stesso da parte del compratore³⁹⁵. Nonostante l'assenza di una disposizione di tenore assimilabile a quello del vecchio § 465 BGB, è evidente come le medesime conclusioni debbano valere anche per il diritto italiano, in quanto la natura di pretesa ad esercizio necessariamente giudiziale delle azioni edilizie conferisce alla proposizione stragiudiziale delle stesse la natura non già di esercizio dell'azione bensì di mera proposta di modifica del contenuto dell'originario contratto di vendita, alla quale il venditore può senz'altro sottrarsi ovvero aderire. Ove si verifichi questa seconda eventualità, tra le parti si conclude un vero e proprio contratto modificativo dell'originaria compravendita, a mezzo del quale essa può essere risolta ovvero adattata con riferimento al prezzo dovuto e all'esplicita esclusione della garanzia in ordine al difetto effettivamente manifestatosi. Dalla natura contrattuale di tale pattuizione³⁹⁶ – della quale nel diritto italiano è arduo dubitare, in considerazione del fatto che soltanto un accordo di tale natura può condurre al risultato di sciogliere l'originario negozio o di adattarne il contenuto – consegue l'irretrattabilità, una volta perfezionato, del consenso delle parti, le quali potranno sciogliere il patto estintivo o modificativo soltanto per mutuo consenso. Viceversa, configurando la richiesta stragiudiziale di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo una mera proposta contrattuale, deve coerentemente applicarsi alla stessa l'intera disciplina prevista dal codice civile per la proposta, ivi compresa la regola attinente la revocabilità della stessa sino al momento della conclusione del contratto (art. 1328 c.c.)³⁹⁷.

³⁹⁵ In questa sede non interessa scervere se si tratti davvero di un accordo contrattuale fra le parti volto a sciogliere il contratto o a modificarne il corrispettivo, ovvero dell'esercizio di un diritto del compratore rispetto al quale l'accettazione del venditore si pone quale volontà esterna volta soltanto a rendere irrevocabile l'opzione manifestata dal primo. Sul punto si rinvia pertanto a quanto già esposto in sede di trattazione della natura giuridica del rimedio della riduzione del prezzo, alla bibliografia ivi citata, nonché alla limpida trattazione di K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. II Band: Besonderer Teil. 1. Halbband*, cit., p. 53 ss., ove analisi delle principali tesi.

³⁹⁶ Alla natura contrattuale della pattuizione modificativa o estintiva dell'originario contratto di compravendita consegue linearmente l'onere per le parti di rispettare il requisito della forma scritta ove il negozio oggetto di modificazione o di risoluzione avesse natura di negozio formale, secondo il principio ormai tralatizio che impone ai negozi c.d. accessori la medesima forma prescritta per il negozio principale. Sul punto, v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, Milano, 2001, p. 736 e – in giurisprudenza – Cass. 7 gennaio 1984, n. 131; Cass. 15 maggio 1998, n. 4906; Cass. 14 novembre 2000, n. 14730; Cass. 6 aprile 2009, n. 8234.

³⁹⁷ In argomento non riveste alcuna rilevanza il disposto dell'art. 1286, comma 2, c.c., il quale sancisce l'irrevocabilità della dichiarazione di scelta di una delle prestazioni alternative da parte di colui cui spetta la concentrazione. Ciò per almeno due ragioni: da un canto, la scelta operata con atto stragiudiziale non è idonea a costituire esercizio del rimedio, il quale può dirsi proposto soltanto in esito alla domanda giudiziale; dall'altro, e più radicalmente, deve negarsi che, con riferimento

Risulta, pertanto, come l'esercizio in via stragiudiziale dei rimedi edilizi non possa dirsi un effettivo esercizio degli stessi, in quanto lo stesso si esaurisce in una proposta contrattuale volta a perfezionare un negozio avente effetti assimilabili a quelli che il compratore avrebbe diritto di conseguire – ove le sue pretese fossero valutate fondate – a seguito di una sentenza costitutiva dell'autorità giudiziaria. Proprio in quanto non costituiscono esercizio delle azioni redibitoria ed estimatoria, le richieste stragiudiziali dell'acquirente non sono soggette alla disciplina dedicata alle prime, bensì sono interamente regolate dalle norme che sovrintendono alla formazione del contratto.

L'effetto preclusivo descritto dall'art. 1492, comma 2, c.c. discende, secondo il dettato letterale della disposizione, dalla mera proposizione della domanda giudiziale, sicché la dottrina ha ritenuto di concludere che esso prescinda «dall'ulteriore svolgimento dell'azione e dalle ulteriori vicende del bene», poiché «ciò che importa è che al venditore sia notificato l'atto col quale il compratore propone la domanda che sancisce la sua decisione circa il mantenimento della vendita a prezzo ridotto o la sua totale risoluzione»³⁹⁸. Così facendo, però, si sottovaluta l'effettiva natura delle azioni costitutive e sembra prestarsi adesione a quelle ricostruzioni che ricollegano l'effetto costitutivo già alla dichiarazione di parte, sicché la pronuncia giudiziale sarebbe soltanto dichiarativa di un effetto modificativo della realtà giuridica già prodottosi e la cui verifica l'autorità giudiziaria si limiterebbe ad attestare con forza di giudicato. Infatti, predicare l'insensibilità della preclusione nei confronti delle sorti del processo, salvo il solo caso di nullità della domanda, equivale proprio a riconoscere l'effetto costitutivo in capo all'atto introduttivo del giudizio e a disconoscere che esso sia conseguenza della pronuncia giudiziale.

È evidente, in tale dottrina, l'influenza di riflessioni che affondano le proprie radici nella scienza giuridica germanica e, in particolare, nella ricostruzione della *Gestaltungserklärung* quale unica causa della produzione dell'effetto costitutivo, che attribuisce al giudice soltanto il dovere di accertare l'effetto già prodottosi e non già quello di produrlo attraverso l'atto che definisce il giudizio³⁹⁹. Corollario

alla facoltà di scelta fra le azioni edilizie previste dall'art. 1492 c.c., ricorra un'ipotesi di obbligazione alternativa, giacché l'esperimento delle azioni edilizie non comporta l'insorgere di obbligazioni in capo al venditore bensì introduce un giudizio di accertamento costitutivo, il cui esito è costituito da una modificazione della realtà giuridica di diritto sostanziale che prescinda dal momento obbligatorio.

³⁹⁸ Così C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 955, il quale avverte che l'irregolarità processuale e l'estinzione del processo non rimuovono l'effetto preclusivo, salva l'eventualità di nullità della domanda.

³⁹⁹ Per questo orientamento, circa il quale abbiamo già espresso *supra* le nostre riserve, cfr., tra i tanti, L. ENNECCERUS - H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: ein Lehrbuch*, I, 2,

dell'impostazione in parola è l'inapponibilità di condizioni all'atto di esercizio di diritti potestativi e, pertanto, il carattere di *actus legitimi* degli stessi⁴⁰⁰, giacché, risalendo la modificazione della realtà giuridica direttamente alla dichiarazione negoziale, questa dovrebbe necessariamente avere carattere incondizionato⁴⁰¹.

Tale ricostruzione depone chiaramente a sfavore della possibilità di un cumulo condizionale delle azioni edilizie, in quanto la dichiarazione comporta di per sé la modificazione giuridica, sicché, una volta che questa sia stata emessa, il diritto

Tubingen, 1960, p. 1193.

⁴⁰⁰ Per tutti, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes*, II, 1, Berlin, 1957, p. 212; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 919 s., il quale espressamente limita la rilevanza del principio «*nur für einseitige Gestaltungserklärungen, nicht für einseitige Rechtsgeschäfte allgemein*».

⁴⁰¹ La dottrina più attenta (per tutti, P. RESCIGNO, voce *Condizione (dir. vig.)*, in *Encicl. del diritto*, VIII, Milano, 1961, p. 790, il quale riporta le autorevoli conformi opinioni di M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 301 [con riferimento alla remissione del decito] e S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, p. 54 ss. [che ammette l'apposizione della condizione al negozio di rinuncia]) ha da tempo ridimensionato la portata del principio secondo cui gli atti unilaterali recettizi avrebbero natura di atti *bedingungsfeindlich*, ovvero che non tollerano l'apposizione della condizione, giacché esso ha ragione di essere soltanto con riferimento agli atti giuridici in senso stretto, in ordine ai quali al dichiarante non spetta il dominio degli effetti, rimesso interamente alla legge, mentre con riferimento agli atti negoziali non si rinviene alcuna ragione condivisibile per limitare a tal punto l'autonomia privata. Invero, se ormai si riconosce dalla dottrina pressoché unanime la facoltà di creare negozi unilaterali atipici, non si vede perché non dovrebbe essere permessa anche l'apposizione dell'elemento condizionale ai negozi già disciplinati dal legislatore, salvi i casi in cui la legge stessa ponga un divieto espresso (come accade agli artt. 108 [che dichiara nulla la condizione apposta al negozio matrimoniale], 137 [il quale sottopone al medesimo trattamento il riconoscimento del figlio naturale sottoposto a condizione], 475, comma 2 [in tema di accettazione dell'eredità, nulla ove condizionata], 520 [in punto di rinuncia condizionata all'eredità, parimenti nulla], 2010 [che dichiara nulla la condizione apposta alla girata di titolo all'ordine] c.c.) a cagione della particolarità dell'atto ovvero l'inapponibilità possa essere desunta dalla necessità di tutelare il destinatario della dichiarazione «in ordine al perdurare del rapporto» (P. RESCIGNO, *ibidem*). Si dubita, pertanto, sulla base di quest'ultima considerazione, dell'ammissibilità del recesso sottoposto a condizione e, per motivi analoghi, legati all'efficacia modificativa o estintiva del rapporto giuridico sottostante, potrebbe dubitarsi – pur mettendo a partito questi più recenti e maturi approdi della dottrina – della possibilità di apporre una condizione alla domanda di riduzione del corrispettivo o di risoluzione del contratto. Deve, però, essere messa in luce la profonda diversità intercorrente fra le ipotesi appena considerate: il recesso, infatti, è un negozio giuridico unilaterale con il quale una parte esercita in via stragiudiziale un diritto potestativo sostanziale, mentre le azioni edilizie costituiscono atti giudiziali di esercizio di un diritto potestativo sostanziale, il quale trova la propria attuazione in via necessariamente giudiziale. Non è senza rilevanza, in proposito, il fatto che la dottrina tedesca abbia ormai limitato l'operatività del principio di inapponibilità dell'elemento condizionale alle ipotesi in cui il *Gestaltungsrecht* venga esercitato in via stragiudiziale, con esclusione di quelle in cui esso si verifichi giudizialmente, giacché in questo secondo caso dovrebbe applicarsi la disciplina tipica degli atti processuali, la quale – in linea di principio e salva diversa previsione – non pone preclusioni alla facoltà delle parti di sottoporre il proprio comportamento processuale a condizioni il cui verificarsi è interno al processo (per riferimenti, v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., p. 49 ss.), come accade allorché si tratti di decisioni dell'organo giudicante (cfr. H. HEINRICHS, sub § 143, in *Palandt Kommentar zum BGB*, München, 2002, p. 145; JAUERNIG, sub § 158, in *Id.*, *BGB Kommentar*, München, 2003, p. 113, il quale – richiamando la giurisprudenza del BGH – fa riferimento ai negozi unilaterali *bedingungsfeindlich* limitando la categoria a quelli che lo siano per espressa previsione normativa ovvero allorché l'apposizione della condizione comporti una situazione di incertezza intollerabile). Si veda, inoltre, di seguito nel testo per la confutazione dell'opinione che riconduce l'effetto modificativo conseguente all'esercizio di un'azione costitutiva all'atto di esercizio dell'azione medesima e la conseguente insussistenza del limite all'apponibilità di condizioni qui in discussione.

potestativo dovrebbe considerarsi già esercitato senza che in capo al compratore possa residuare una possibilità di ritrattazione. Con l'emissione della dichiarazione egli ha consumato la propria scelta, la quale potrà essere modificata soltanto nell'ipotesi di nullità dell'atto introduttivo del giudizio – il quale costituisce l'atto attraverso il quale la scelta medesima è esercitata – ovvero di esercizio di un rimedio concretamente non spettante, come accade nell'eventualità di proposizione dell'azione redibitoria nelle già più volte richiamate ipotesi regolate dall'art. 1492, commi 1 e 3.

Non sembra, peraltro, che tale impostazione possa essere condivisa. Da tempo la nostra dottrina, al pari di quella germanica, ha abbandonato la concezione delle azioni costitutive sopra delineata, riconoscendo correttamente nella sola pronuncia giudiziale la fonte dell'effetto costitutivo sostanziale. La domanda giudiziale, infatti, costituisce soltanto l'atto con il quale l'attore manifesta la volontà che, in esito a un procedimento giudiziale, venga prodotta una determinata modificazione giuridica, i cui presupposti devono essere previamente verificati dal giudice, sicché la realtà giuridica non muta se non all'esito di tale complessivo procedimento, nel corso del quale l'autorità giurisdizionale dapprima verifica la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge per la produzione dell'effetto costitutivo e successivamente procede a dar vita a detto effetto attraverso l'atto conclusivo del giudizio⁴⁰². Poiché le cennate difficoltà e obiezioni in ordine all'ammissibilità del cumulo condizionale delle domande costitutive sembrano essere legate almeno in parte, dalla dottrina e – se non ci inganniamo – anche dalla giurisprudenza, proprio alla natura e alla rilevanza da queste attribuita all'atto introduttivo del giudizio, ove – invece – correttamente si attribuisca al solo atto di definizione del medesimo l'effetto di produrre il mutamento giuridico sotteso alla volontà del privato, esse sono destinate a cadere.

Se così è, cade già *in limine* uno dei più vigorosi argomenti addotti a sostegno della tesi che riconduce la preclusione di cui si tratta all'impossibilità di sottoporre a condizione l'esercizio di un diritto potestativo, seppure a necessario esercizio giudiziale, in quanto lo stesso sarebbe immediatamente modificativo della situazione giuridica della controparte. Pertanto, soltanto un divieto espresso di legge

⁴⁰² Peraltro, come nota C. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, cit., p. 309 (nonché ID., *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., p. 374 ss.), la stessa giurisprudenza della nostra Cassazione è, altrove, propensa ad ammettere il cumulo condizionale di azioni costitutive in via subordinata: è il caso della proposizione dell'azione di risoluzione in via principale e dell'azione di annullamento in via subordinata o dell'azione di rescissione in via principale e dell'azione di annullamento di nuovo in via subordinata.

potrebbe raggiungere detto risultato, non essendo invece contrario ai principi il fatto che l'attore possa presentare in regime di cumulo subordinato le domande di risoluzione e di riduzione del corrispettivo. Va, quindi, verificato se un effetto simile possa essere ricondotto alla previsione dell'art. 1492, comma 2, c.c., il quale invero si limita a dire che la scelta del rimedio «è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale».

Come già si è detto, ad avviso della giurisprudenza la previsione ora ricordata comporterebbe l'«inammissibilità» dell'abbinamento in via graduata delle due azioni edilizie, il quale potrebbe consentire al compratore di proporre in via principale la domanda di risoluzione e, in via subordinata, invocare la tutela estimatoria, ma che sarebbe percorribile soltanto ove, eccezionalmente, uno soltanto dei due rimedi risulti concretamente esperibile⁴⁰³. Nel riferirsi al concetto di «inammissibilità», il quale rieccheggia e rimanda direttamente alla negazione in rito della tutela giurisdizionale, le sezioni unite e le successive pronunce di legittimità⁴⁰⁴ e di merito sembrano operare un'impropria contaminazione fra il piano sostanziale dei presupposti di praticabilità della tutela e il piano processuale della titolarità del potere ovvero della fondatezza del suo esercizio⁴⁰⁵. In verità, il tema consiste nel chiedersi se, ed eventualmente a quali condizioni, il compratore di un bene viziato sia titolare, sul piano sostanziale, del diritto di chiedere la risoluzione del contratto di vendita e, al contempo, in via alternativa, del diritto – parimenti sostanziale – di domandare la riduzione del corrispettivo pattuito. Così sceverato il campo d'indagine, consegue che, in merito a siffatta problematica, può farsi questione soltanto di fondatezza e non già di ammissibilità dell'azione.

L'art. 1492, comma 2, c.c. richiede soltanto che al momento della presentazione della domanda giudiziale l'acquirente operi la propria scelta fra i rimedi edilizi, sicché certamente precluso – e, pertanto, correttamente qualificabile come «inammissibile»

⁴⁰³ Si è già ricordato più volte come i casi in cui la *causa petendi* delle due azioni non è esattamente congruente sono quelli regolati dall'art. 1492, comma 1 (che richiama i casi per i quali gli usi escludano la risoluzione) e comma 3 (a mente del quale la riduzione del prezzo è esclusa ove la cosa sia perita in conseguenza dei vizi, mentre la risoluzione non può essere pronunciata allorché la stessa sia perita per caso fortuito o per colpa del compratore, ovvero costui l'abbia alienata o trasformata).

⁴⁰⁴ Cfr. le già citate Cass. 10 aprile 1996, n. 3299; Cass. 11 aprile 1996, n. 3398; Cass. 27 gennaio 2004 n. 1434; Cass. 29 novembre 2004, n. 22415.

⁴⁰⁵ La critica è condivisa nell'articolato scritto di C. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, cit., p. 310 ss., il quale persuasivamente mette in luce come nel problema che ci occupa «non si tratt[ri], sicuramente, della titolarità del potere processuale di agire in giudizio per ottenere dal giudice una decisione di merito, ossia una decisione che accerti la fondatezza o meno della domanda giudiziale, appunto l'esistenza o meno della posizione giuridica – perlopiù, ma non sempre, regolata dal diritto sostanziale – nella specie azionata o comunque dedotta in giudizio da chi di essa si afferma titolare».

- è l'esercizio in via di cumulo alternativo delle due azioni, il quale si risolve in un mancato assolvimento dell'onere di scelta gravante sull'attore ai sensi della disposizione citata, mentre non lo è il cumulo subordinato di azione redibitoria e *quanti minoris* in quanto con esso il compratore esprime la propria scelta. Né inammissibile può dirsi, *uti singula*, l'azione di risoluzione o di riduzione del corrispettivo esercitata in via subordinata rispetto all'altra, sicché in ogni caso, ove l'attore spieghi le due domande in regime di cumulo subordinato, il giudice è tenuto a pronunciarsi nel merito con riguardo a entrambe⁴⁰⁶.

La sussistenza di una vasta area di congruità dei presupposti di esperibilità delle due azioni non può comportare l'inammissibilità della proposizione dell'una in via condizionata rispetto al rigetto dell'altra, in ragione del fatto che l'accoglimento della domanda subordinata sarebbe incompatibile con il rigetto della principale, ma soltanto l'eventuale rigetto nel merito (per infondatezza) di entrambe le domande ove ricorra una fattispecie concreta per cui la *causa petendi* delle due azioni sia identica. Pertanto, l'autorità giudiziaria è tenuta alla trattazione nel merito di entrambe le domande, senza che a ciò possa ostare il fatto della tendenziale coincidenza dei presupposti delle stesse, coincidenza che, nell'ipotesi concretamente sottoposta al vaglio del giudice, deve essere scrutinata attraverso un esame condotto nel merito. Soltanto in esito a un simile giudizio, infatti, è possibile verificare se la cosa abbia subito trasformazioni ovvero sia perita o ancora sia dubbia l'esistenza di usi che escludono la redibizione, e, pertanto, ricorrano o meno le condizioni che legittimano l'esperimento della *quanti minoris* e non dell'azione di risoluzione.

Nella questione che ci occupa, la giurisprudenza appare mossa più che altro da ragioni di economia processuale, le quali, nella necessità di trovare un addentellato normativo, si sono riverberate in un ricorso improprio al concetto di inammissibilità dell'esperimento dei due rimedi in regime di cumulo subordinato. Tale posizione, la cui erroneità abbiamo appena messo in luce, limita i propri palesi effetti distorsivi alle fattispecie in cui la *causa petendi* delle azioni edilizie non è perfettamente sovrapponibile per chi, come noi, ritiene che la nozione di vizio di cui all'art. 1490 c.c. incorpori in sé la valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento richiesta in generale per la risoluzione del contratto dall'art. 1455 c.c., ma provoca asimmetrie ancor più pronunciate ove si accolga la tesi⁴⁰⁷, diffusa anche in

⁴⁰⁶ In questo stesso senso si veda C. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, cit., p. 311.

⁴⁰⁷ Sulla quale ci siamo intrattenuti *supra* nel corso del presente capitolo; per tale tesi si consultino, comunque, *ex plurimis*, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 844; F. GALGANO, voce *Vendita*, in *Enciclopedia del dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 491 ss.; di recente, A. MUSY – S. FERRERI, *La vendita*, in *Tratt. Sacco*, cit., p. 228.

giurisprudenza, secondo cui, «nel caso di azione redibitoria, non ogni vizio della merce giustificerebbe la risoluzione della vendita, ma soltanto quello che concreti un inadempimento del venditore di non scarsa importanza in relazione all'interesse del compratore»⁴⁰⁸. Ove si aderisca a questa impostazione, la preclusione del cumulo appare tanto più irragionevole, in quanto priva il compratore della possibilità di invocare il rimedio della riduzione del corrispettivo anche nei casi in questo sia l'unico a poter essere giudicato fondato.

In considerazione dell'erroneità della tesi che ricollega alla non scarsa importanza del vizio la praticabilità del rimedio redibitorio, le considerazioni da ultimo svolte possono anche essere apparire di poco momento, ma altrettanto non può dirsi del profilo attinente la prescrizione delle azioni: infatti, ove si ritenesse inammissibile il cumulo subordinato dei rimedi edilizi, il compratore sarebbe esposto al concreto rischio di incorrere nella prescrizione dell'azione estimatoria pur a seguito del rigetto dell'azione redibitoria - in ragione dell'intervenuto perimento della cosa per caso fortuito o colpa del compratore, trasformazione ovvero alienazione della stessa⁴⁰⁹ - sicché egli risulterebbe in sostanza privato di tutela, in quanto la natura di diritto potestativo ad azionamento necessariamente giudiziale (*Gestaltungsklagerecht*) delle azioni concesse dall'art. 1492 c.c. sembra ostare a ogni possibilità di interruzione stragiudiziale della prescrizione. La proposizione immediata, in via subordinata, anche del rimedio volto alla riduzione della prestazione corrispettiva sembra costituire l'unica via a disposizione del compratore al fine di evitare di incorrere nella prescrizione della pretesa subordinata, sicché ritenere inammissibile il cumulo si risolverebbe in un'inaccettabile compromissione della sfera giuridica del compratore, conseguente a un mero errore di costui nella scelta del rimedio in concreto azionabile⁴¹⁰.

Prima di affrontare il tema del rapporto fra i rimedi a tutela del compratore nella vendita di beni di consumo, e in particolare quello dell'eventuale facoltà di variazione del rimedio già esperito anche con riferimento alla disciplina contenuta nella codificazione di settore, non sembra inutile un'ultima riflessione circa gli effetti

⁴⁰⁸ Così, letteralmente, Cass. 25 giugno 1980, n. 3992.

⁴⁰⁹ Si consideri, inoltre, che il perimento della cosa per fatto del compratore, la sua trasformazione e alienazione comportano l'insorgenza di un motivo di rigetto della domanda risolutoria anche ove tali situazioni sopravvengano in corso di causa. V. *supra*, Capitolo III.

⁴¹⁰ D'altronde è la stessa Cass., sez. un., 25 marzo 1988, n. 2565 a esprimere a chiare lettere come la regola della scelta imposta dall'art. 1492, comma 2, c.c. e la conseguente «immodificabilità della richiesta non vuole essere una sanzione per l'erronea individuazione dell'azione esperibile nel caso concreto».

dell'offerta da parte del venditore inerente l'esecuzione di uno specifico rimedio, tipico o atipico (quale la riparazione o la sostituzione del bene viziato).

In linea di principio, non sembra possibile avanzare dubbi circa la riconducibilità di queste ipotesi alla fattispecie della proposta contrattuale, sicché un eventuale vincolo per il compratore potrebbe sorgere solamente a seguito della sua accettazione. Tale conclusione vale senz'altro ove la proposta dell'alienante pervenga allorché la controparte non abbia ancora esperito alcuno dei rimedi tipici, ma non sembra esservi ragione per opinare diversamente quand'anche l'offerta venga formulata in pendenza del giudizio introdotto dalla domanda redibitoria o estimatoria proposta dall'acquirente.

Autorevoli interpreti⁴¹¹, nell'ambito di una ricostruzione della garanzia in chiave di responsabilità per inadempimento, hanno creduto di identificare un limite al cennato modo di operare dell'offerta di rimedi alternativi da parte del venditore riguardo alla proposta di riparazione o sostituzione del bene avanzata in pendenza del giudizio redibitorio o estimatorio: in tali casi, infatti, secondo tale opinione, il compratore sarebbe tenuto ad accettare l'offerta di esatto adempimento, in forza della clausola generale di buona fede, ove tale offerta sia idonea a soddisfare le finalità pratiche dello scambio⁴¹². Pertanto, pur persuasi del lodevole fine perseguito dalla dottrina in parola, riteniamo non possa condividersi l'assunto: se, in un'ottica di massima valorizzazione della clausola generale contenuta negli artt. 1175 e 1375 c.c.⁴¹³, può eventualmente considerarsi contrario a correttezza il comportamento del compratore il quale non consenta la riparazione o la sostituzione del bene in tempo anteriore alla proposizione giudiziale dell'azione edilizia, altrettanto di certo non potrà dirsi ove la redibitoria o l'estimatoria siano già state esercitate⁴¹⁴, potendo configurarsi – a quel punto – soltanto un patto transattivo, con l'indefettibile consenso di entrambe le parti.

⁴¹¹ In questo senso si veda, in particolare, R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, cit., p. 232; l'intuizione era già di A. RAVAZZONI, *La compravendita*, Parma, 1988, p. 216 e si ritrova nella dottrina tedesca in H. KÖHLER, *Zur Nachbesserung beim Kauf*, in JZ, 1984, p. 393.

⁴¹² Così, letteralmente, R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, cit., p. 232.

⁴¹³ Sulla cui ammissibilità, peraltro, non neghiamo di nutrire taluni dubbi, in considerazione del fatto che l'esito della descritta esegesi condurrebbe a ritenere che il venditore possa impedire, con l'offerta dell'esecuzione di attività atipiche (quali sono, per l'impianto della garanzia codicistica, le operazioni di riparazione o sostituzione del bene viziato), l'esercizio delle azioni concesse al compratore dalla legge. Così, addirittura con riferimento all'abrogato § 480 BGB (il quale prevedeva espressamente, per la vendita di cosa generica, il diritto del compratore all'esatto adempimento attraverso la sostituzione), la risalente pronuncia del BGH, 5 ottobre 1966 (in NJW, 1967, p. 33) ha escluso che l'acquirente sia tenuto ad accettare l'offerta di sostituzione delle cose viziate avanzata dall'alienante. La conclusione dovrebbe essere ancor più certa laddove, come nell'ordinamento italiano, il rimedio offerto non sia neppure contemplato dalla legge.

⁴¹⁴ In questo stesso senso, infatti, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 898 s.

2. Il rapporto fra riduzione del prezzo e altri rimedi a tutela del consumatore acquirente di beni non conformi nel codice del consumo

Nell'ambito della vendita di beni di consumo, la riduzione del corrispettivo appartiene, assieme alla risoluzione del contratto, alla categoria dei rimedi c.d. "secondari", in quanto il ricorso agli stessi da parte del compratore è subordinato alla ricorrenza di una delle situazioni descritte dall'art. 130, comma 7, c.cons., ovvero l'impossibilità o eccessiva onerosità di riparazione e sostituzione, la causazione al consumatore di notevoli inconvenienti a seguito dell'effettuazione dei rimedi principali o, infine, l'eccessivo ritardo del venditore nel provvedere a questi ultimi. Come si è visto, il consumatore non gode di illimitata libertà nella scelta del rimedio da azionare, in quanto la normativa europea ha optato per l'instaurazione di una rigida graduazione gerarchica⁴¹⁵ fra i rimedi a disposizione del compratore di beni non conformi alle previsioni contrattuali, in forza della quale la pretesa all'esatto adempimento della prestazione traslativa è assunta al rango di pretesa "primaria", a cui il consumatore può e deve ricorrere in via prioritaria. Tale ordine gerarchico fra rimedi non è alterabile da parte del compratore, il quale ha l'onere di richiedere al professionista, in prima istanza, la riparazione ovvero la sostituzione del bene difettoso, e soltanto nei casi di impraticabilità di tali rimedi ai sensi del ricordato art. 130, comma 7, c.cons. può ricorrere alla risoluzione del contratto o alla riduzione del corrispettivo.

I rimedi previsti dalla disciplina di settore hanno natura di diritti potestativi (*Gestaltungsrechte*)⁴¹⁶, in quanto con il loro esercizio il titolare può produrre direttamente, attraverso la sola manifestazione unilaterale di volontà, lo scioglimento del rapporto contrattuale ovvero la modificazione del contenuto del contratto medesimo⁴¹⁷. La modificazione giuridica, pertanto, prescinde dal consenso della controparte contrattuale e, contrariamente a quanto accade per le azioni

⁴¹⁵ Tale gerarchia è stata introdotta successivamente alla proposta di Direttiva del 18 giugno 1996, quale soluzione di compromesso, adottata nel tentativo di conciliare le contrapposte istanze ed esigenze di produttori-venditori, da un lato, e consumatori, dall'altro: cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 217 ss.; R. CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, cit., p. 467, il quale critica la soluzione imposta dal legislatore europeo, potendo la stessa risolversi in una minore tutela del consumatore rispetto al compratore cui si applichi il diritto comune della compravendita – al quale è consentito il ricorso immediato alla risoluzione del contratto e alla riduzione del corrispettivo – e non essendo immune da sospetti di violazione del principio di uguaglianza, in ragione dell'irragionevole disparità di trattamento acquirente consumatore e committente di un'opera (p. 487 s.)

⁴¹⁶ Sul punto si rimanda *supra* al paragrafo 4 del Capitolo III, ove ampi riferimenti dottrinali.

⁴¹⁷ Sulla differenza fra *Gestaltungsrechte* e *Gestaltungsklagerechte* si consulti la fondamentale monografia di P. SCHLOSSER, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, *passim*.

edilizie regolate dall'art. 1492 c.c., rinviene i propri effetti nella stessa dichiarazione di volontà del consumatore, la quale può essere manifestata in qualsiasi forma, anche in via stragiudiziale. Si è già detto, infatti, come il termine "richiedere" sia stato utilizzato in maniera impropria dal legislatore italiano, giacché i diritti alla riduzione del prezzo e alla risoluzione del contratto, diversamente dal diritto al "ripristino della conformità" mediante sostituzione e riparazione, non costituiscono pretese creditorie innestate in un rapporto obbligatorio. Il potere di modificazione giuridica attribuito al compratore di beni di consumo difettosi si esercita, come ricordato, secondo lo schema fatto-atto-effetto e non già secondo quello – tipico della garanzia di diritto comune – fatto-atto-sentenza-effetto. Ne consegue che la definitiva rilevanza sostanziale della scelta del rimedio si ricollega direttamente all'atto di esercizio (anche ove fosse, come sarà di regola, meramente) stragiudiziale. Pertanto, per quanto riguarda i rimedi secondari⁴¹⁸, la scelta del consumatore in ordine al rimedio preferito diviene irrevocabile già dal momento in cui la sua dichiarazione stragiudiziale sia portata a conoscenza del venditore, ovvero – qualora egli propenda per l'esperimento del rimedio per via giudiziale – a seguito della notifica dell'atto di citazione in giudizio, che segna la litispendenza⁴¹⁹. L'opinione non è, peraltro, incontrovertibile, giacché taluno⁴²⁰ ha ritenuto che l'insussistenza, all'interno della disciplina di settore, di una previsione di tenore assimilabile a quello dell'art. 1492, comma 2, c.c., al contrario, consentirebbe al consumatore di esercitare i due rimedi sussidiari in regime di cumulo subordinato. La tesi, però, non può essere seguita, non già in quanto il divieto di *ius variandi* possa operare anche con riguardo alla vendita di beni di consumo, ma per l'assorbente motivo per cui l'esercizio di un diritto potestativo a carattere non necessariamente giudiziale non può essere sottoposto a condizione. Sul tema qui trattato spiega grande rilevanza l'art. 130, comma 9, c.cons.⁴²¹, il quale prevede e disciplina l'ipotesi in cui il professionista offra al consumatore «qualsiasi altro rimedio disponibile» a seguito della denuncia del difetto di conformità.

⁴¹⁸ Il rapporto con i rimedi primari, per quanto riguarda l'aspetto in discorso, esula – salvi i cenni che se ne faranno nel prosieguo – dalla nostra trattazione in ragione della sussistenza della graduazione gerarchica delle tutele accordate al compratore.

⁴¹⁹ In questo senso, cfr. G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1047; A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 77 ss.; C.M. BIANCA, sub *art. 130*, in ID., *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 204.

⁴²⁰ In tal senso F. BOCCHINI, sub *art. 1519-quater*, in ID., *La vendita di cose mobili*, cit., p. 452 ss.

⁴²¹ La disposizione, ispirata dal considerando n. 12 della direttiva 1999/44/CE («nel caso di un difetto di conformità, il venditore può sempre offrire al consumatore, a titolo di composizione, qualsiasi rimedio disponibile; [...] spetta al consumatore decidere se accettare o respingere la proposta»), è stata inserita dal legislatore italiano con il dichiarato fine di «favorire al massimo la possibilità di

La disposizione⁴²² è diretta a regolare sia l'ipotesi in cui il compratore abbia già esercitato un determinato rimedio, sia quella in cui egli si sia limitato a denunciare il difetto senza contestualmente azionare alcuna pretesa, prevedendo nel primo caso la vincolatività della scelta del consumatore – salvo il consenso di quest'ultimo al rimedio offerto dalla controparte –, e nella seconda ipotesi ponendo a carico del compratore l'onere⁴²³ di accettare l'offerta del professionista ovvero di esercitare il diverso rimedio eventualmente preferito. Invero, la previsione riguardante l'eventualità in cui il consumatore abbia già espresso la propria preferenza per uno dei rimedi previsti dalla direttiva pare assolutamente pleonastica⁴²⁴, in quanto, da un canto, l'offerta da parte del professionista di un rimedio diverso rispetto a quello prescelto dal consumatore non spiega alcuna efficacia vincolante nei confronti di quest'ultimo già in forza dei principi generali in tema di adempimento⁴²⁵, e, dall'altro – come abbiamo già visto trattando della medesima eventualità nel regime della compravendita di diritto comune –, non avrebbe certo potuto dirsi dubbia, pur in assenza della menzionata disposizione, la facoltà per le parti di regolare anche il profilo in discorso attraverso un accordo fra privati, espressamente permesso dall'art. 134 c.cons., il quale sancisce la nullità dei patti volti a escludere o limitare i diritti riconosciuti al consumatore soltanto ove anteriori alla denuncia del difetto di conformità⁴²⁶.

accordi stragiudiziali». Di una simile disposizione non v'è traccia nei provvedimenti normativi di recepimento della direttiva emanati dagli altri Paesi europei.

⁴²² Sulla quale v., fra i molti, L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 456 ss.; F. BOCCHINI, sub art. 1519-quater, in ID., *La vendita di cose mobili*, cit., p. 479 ss.; A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 101 s.; G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI - E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1036 s.

⁴²³ "Onere" in senso tecnico - in ragione delle conseguenze che il dettato normativo pare ricollegare al silenzio del consumatore a fronte dell'offerta del professionista - sembra essere considerato dalla prevalente interpretazione quello previsto dalla disposizione *de qua*: cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 359; dubita, invece, della correttezza di tale conclusione, pur ritenendola la più vicina alla formulazione testuale della disposizione, G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI - E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1037 nt. 192. Sul punto si rimanda *infra* nel testo.

⁴²⁴ Cfr. L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 457.

⁴²⁵ Non può sfuggire, infatti, come l'offerta di esecuzione, da parte del professionista, di un rimedio differente rispetto a quello richiesto dal consumatore configuri un'offerta di prestazione diversa da quella cui il debitore è tenuto, sicché essa soggiace ai principi contenuti nell'art. 1197 c.c., in tema di prestazione in luogo dell'adempimento (richiama i principi in tema di adempimento anche M.G. FALZONE CALVISI, in M. BIN - A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Tratt. Galgano*, cit., p. 423 s.). Infatti, nella disciplina settoriale della compravendita, a fronte della scelta del rimedio da parte del compratore, il venditore è tenuto immediatamente all'adempimento del rimedio prescelto, proprio in forza dell'immediato effetto modificativo della sua situazione giuridica ricollegabile all'esercizio del *Gestaltungsrecht* da parte del consumatore stesso.

⁴²⁶ Per questa notazione, anteriormente al codice del consumo, v. A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La*

Merita, però, probabilmente di essere sottolineato come la fattispecie si atteggi in maniera alquanto differente rispetto all'ipotesi già vista di accordo delle parti circa il rimedio esperibile nel contesto della disciplina codicistica della compravendita: in tale occasione, infatti, le parti – in assenza della modificazione delle rispettive posizioni contrattuali, a cagione della carenza di efficacia modificativa immediata delle situazioni giuridiche delle parti che è propria della domanda spiegata dal compratore ai sensi dell'art. 1492 c.c. – agiscono direttamente sul contenuto contrattuale, attraverso un accordo che emenda l'originaria pattuizione; al contrario, nel contesto della vendita dei beni di consumo, ove il consumatore abbia già operato la propria scelta in ordine al rimedio "secondario" da esperire, la modificazione giuridica deve considerarsi come già avvenuta, sicché l'accordo che le parti verranno a raggiungere ai sensi dell'art. 130, comma 9, lett. a), c.cons. produrrà i propri effetti riguardo a una pattuizione già modificata nel proprio contenuto dall'agire del compratore. In entrambi i casi, peraltro, sembra di poter concludere per la sussumibilità dell'accordo nel tipo del contratto di transazione, in ragione dell'effetto estintivo o preventivo della controversia insorta fra le parti⁴²⁷.

Ferma, pertanto, in accordo con i principi generali, la possibilità che le parti del contratto di compravendita possano addivenire a una soluzione concordata circa la rimozione del pregiudizio derivante al consumatore in ragione della sussistenza del difetto di conformità, pur a seguito della richiesta di uno specifico rimedio da parte del compratore, la lett. b) dell'art. 130, comma 9, c.cons. prevede inoltre che «qualora il consumatore non abbia già richiesto uno specifico rimedio, il consumatore deve accettare la proposta o respingerla scegliendo un altro rimedio ai sensi del presente articolo». Nell'inerzia del compratore e a fronte dell'offerta di uno specifico rimedio da parte del venditore, il tenore letterale della disposizione parrebbe imporre – se si valorizza il verbo utilizzato: "deve" – a carico del primo un onere di accettazione o rifiuto della proposta ricevuta, peraltro senza precisare né il termine entro il quale tale onere dovrebbe essere assolto, né le conseguenze che deriverebbero dalla mancata tempestiva scelta. Trattandosi di aspetto non regolato dalla direttiva, questo tratto dei rapporti fra le parti deve essere interpretato alla luce della fondamentale regola per cui agli Stati membri non è consentito, in fase di

vendita di beni di consumo, cit., p. 101 e F. BOCCHINI, sub *art. 1519-quater*, in ID., *La vendita di cose mobili*, cit., p. 480, i quali pongono in risalto la chiara *ratio* della norma, volta a evitare che il consumatore sia indotto ad accettare deroghe convenzionali in ordine ai rimedi a lui spettanti ai sensi della disciplina di armonizzazione. Nel senso, invece, che l'offerta del venditore riguardante un diverso rimedio potrebbe anche precedere la denuncia del difetto, cfr. C.M. BIANCA, sub *art. 130*, in ID., *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 230, nt. 5.

⁴²⁷ Nel medesimo senso, v. A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 101.

recepimento o con altri provvedimenti legislativi, intaccare il livello di tutela del consumatore garantito dalla direttiva né, pertanto, onerare il consumatore di comportamenti ulteriori rispetto a quelli richiesti dalla normativa di armonizzazione. Per questa ragione non può essere accolta l'opinione volta a sostenere che il consumatore, a seguito dell'offerta da parte del professionista, sarebbe gravato da un onere in senso tecnico in conseguenza del quale egli dovrebbe far constare la propria scelta, sicché l'eventuale silenzio serbato sul punto avrebbe l'effetto di consolidare la proposta del venditore, la quale diverrebbe vincolante⁴²⁸. Tale esegesi della disposizione *de qua* contrasta con il divieto di compressione del livello minimo di tutela assicurato dalla direttiva 1999/44/CE, imposto dall'art. 8, comma 2 della medesima, ma ancor prima appare assolutamente insostenibile secondo gli stessi principi generali in materia di formazione del consenso contrattuale, poiché verrebbe a conferire a un'ipotesi di silenzio non circostanziato il valore di accettazione della proposta della controparte, in analogia con quanto previsto dall'art. 1333 c.c., il quale, però, risulta inapplicabile alla fattispecie in esame in ragione del fatto che il contratto la cui conclusione dovrebbe scaturire dal mancato tempestivo rifiuto del compratore non comporta affatto il sorgere di obbligazioni a carico del solo proponente, in quanto esso produce anche la modificazione della complessiva situazione giuridica di cui il consumatore è titolare a seguito del perfezionamento dell'originario contratto di vendita⁴²⁹.

Parimenti inaccettabile, poiché comporta implicitamente un aggravamento della posizione del consumatore rispetto alle previsioni della direttiva, è la tesi di coloro⁴³⁰ i quali ritengono che la violazione dell'onere che incombe sul consumatore ai sensi dell'art. 130, comma 9, lett. b), c.cons. possa essere sanzionata attraverso la concessione al professionista del diritto al risarcimento del danno eventualmente

⁴²⁸ In questo senso, fra gli altri, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 367; F. BOCCHINI, sub *art. 1519-
quater*, in ID., *La vendita di cose mobili*, cit., p. 422. Ad avviso di A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La
vendita di beni di consumo*, cit., p. 103 la tesi in discorso si espone all'ulteriore obiezione secondo cui,
ove tale fosse il significato da attribuire alla previsione dell'art. 130, comma 9, lett. b), il venditore
si vedrebbe riconosciuto un comodo strumento attraverso il quale potrebbe sottrarsi alla propria
responsabilità mediante la formulazione di una proposta che egli a priori consideri
insoddisfacente per il consumatore, «confidando nella mancata risposta o in un generico rifiuto da
parte di quest'ultimo».

⁴²⁹ Con ciò s'intende mettere in luce come, sebbene la scelta del rimedio gravi il solo venditore
dell'obbligo di provvedervi, la conclusione dell'accordo attraverso il quale le parti pattuiscono
l'esecuzione dell'uno o dell'altro rimedio non è scevra di un potenziale dispositivo della propria
sfera giuridica anche per il consumatore, in quanto – accettando la proposta del professionista –
egli rinuncia a far valere gli altri rimedi spettantigli. Ne consegue, pertanto, che tale rinuncia può
considerarsi validamente ed efficacemente effettuata soltanto qualora sia fatta in maniera espressa.

⁴³⁰ Si vedano A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 103.

patito in conseguenza della mancata comunicazione delle intenzioni del consumatore, il quale rimane però libero di avvalersi del rimedio che prediliga.

Invero, come già esposto, l'offerta di un rimedio da parte del venditore deve essere qualificata quale proposta contrattuale sicché l'unica conseguenza del silenzio serbato dall'oblatore a fronte di essa sarà la mancata conclusione del contratto⁴³¹. In tale prospettiva, il termine entro il quale il consumatore potrà far pervenire la propria accettazione alla controparte sarà quello previsto in generale dall'art. 1326, comma 2, c.c., ovvero quello espressamente fissato dal professionista-proponente. Né, sul punto, hanno ragione di sussistere interrogativi circa il termine entro il quale, pur a seguito del rifiuto (espresso o "silente") dell'offerta da parte del venditore, il compratore debba far constare a questi la propria scelta in ordine al rimedio preferito: non vi è dubbio, infatti, che anche in questo particolare caso tale termine coincida con quello di prescrizione della responsabilità del professionista fissato dall'art. 132 c.cons., sia nel caso di avvenuta denuncia del vizio sia laddove essa non abbia avuto luogo, giacché la proposta del venditore costituisce senz'altro un riconoscimento dell'esistenza del difetto, ai sensi del comma 2 dello stesso articolo.

In ogni caso, quale che sia l'opzione interpretativa prescelta, la disposizione in esame non può ritenersi idonea ad alterare la gerarchia dei rimedi posta dall'art. 3 della direttiva, sicché sebbene l'offerta del venditore possa avere ad oggetto uno qualsiasi dei rimedi concessi dalla c.d. garanzia europea, ove il consumatore rigetti la proposta avanzata dal professionista, potrà far valere soltanto gli strumenti che la legge gli attribuisce nel caso concreto. In tal senso depongono indubitabilmente due considerazioni: da un canto, la facoltà del venditore di offrire l'esecuzione di uno qualsiasi dei rimedi della direttiva o addirittura di un rimedio diverso e atipico (come, ad esempio, il rilascio di buoni-sconto per successivi acquisti, ovvero la consegna di un'altra cosa immune da difetti, senza restituzione di quella viziata⁴³²) è espressione della sua piena libertà in materia⁴³³, in quanto essa si compendia con la

⁴³¹ Così anche L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 460 nonché R. OMODEI-SALÈ, sub art. 130, in *Comm. dir. cons. De Cristofaro Zaccaria*, cit., p. 865. *Contra*, R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 248, ad avviso del quale la funzione di «sprone alla composizione amichevole della lite auspicata dall'autorità normativa» osterebbe alla rilevanza dell'eventuale termine fissato dal professionista ex art. 1326, comma 2, c.c.; nello stesso senso, M. WIND, *Die Lieferanten- und Herstellerregress im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, München, 2006, p. 211.

⁴³² Per questo esempio, relativo all'ipotesi particolare in cui il bene traferito consista in un cimelio non riparabile e dal quale il compratore non intenda separarsi, cfr. R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, cit., p. 250.

⁴³³ La previsione dell'ordine gerarchico dei rimedi, infatti, da un canto, tutela l'interesse del compratore ad ottenere l'esatto adempimento dell'obbligazione di conformità, ma, dall'altro e ancor prima, quello del venditore al mantenimento dello scambio, sicché la proposta fatta dal

facoltà di rifiuto del compratore, il quale – al contrario – può avvalersi degli strumenti concessigli dalla legge soltanto alle condizioni da questa poste, fra cui, in primo luogo, il rispetto dell'ordine gerarchico e delle condizioni che legittimano il ricorso ai rimedi sussidiari; in secondo luogo, lo stesso legislatore precisa che a tale gerarchia non si intende sia possibile derogare anche nell'ipotesi *de qua*, sancendo espressamente come il rigetto della proposta del venditore e la scelta di un diverso rimedio da parte del consumatore debba avvenire «ai sensi» dell'art. 130, e pertanto nel rispetto dell'ordine che tale articolo pone all'interno degli strumenti di tutela concessi al consumatore.

Pertanto l'immediata offerta di risoluzione del contratto ovvero di riduzione del corrispettivo può senz'altro essere avanzata dal professionista anche in assenza dei presupposti che consentono il ricorso ai rimedi secondari ai sensi dell'art. 130, comma 7, c.cons. Al contrario, ove l'oblato rifiuti l'offerta pervenutagli, potrà ricorrere soltanto ai rimedi primari, salvo il verificarsi delle situazioni che legittimano l'esperimento degli strumenti di tutela di rango sussidiario⁴³⁴.

professionista potrà legittimamente avere come contenuto anche l'esecuzione di un rimedio secondario, in quanto tale proposta non può ledere nessuno dei due menzionati interessi. Quello del consumatore è, infatti, salvaguardato dalla facoltà di rifiutare l'offerta, mentre quello del professionista, *in re ipsa*, non viene in considerazione in quanto, con la proposta del rimedio sussidiario, egli mostra inequivocabilmente di non avere interesse alla conservazione dello scambio (ove opti per la risoluzione del contratto) ovvero di preferire l'adattamento dello stesso (qualora proponga la riduzione del corrispettivo).

⁴³⁴ In questo stesso senso, cfr. L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub *art. 1519-quater*, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 458.

CAPITOLO QUINTO

Uno dei più evidenti segni della modesta attenzione scientifica suscitata dall'istituto cui sono dedicate queste pagine, nonché della ridotta applicazione pratica del medesimo, è senz'altro costituito dalla scarsità di approfondimento dei temi sottesi all'individuazione del *quantum* di corrispettivo da ridurre, segnatamente con riferimento al metodo di calcolo cui tale individuazione deve essere ancorata, alle modalità di determinazione del valore del bene e al momento temporale rilevante a questi fini.

Nelle pagine che seguono, pertanto, si tenterà di dare un contributo alla riflessione sul tema, anche attraverso l'uso di raffronti comparatistici e il riferimento all'esegesi di testi normativi riguardo ai quali esiste una significativa applicazione (quale, in particolare, la Convenzione di Vienna del 1980), al fine di affrontare i più importanti quesiti interpretativi che circondano l'impiego del rimedio.

La trattazione sarà condotta in maniera unitaria, pertanto con riferimento sia alla riduzione del prezzo concessa dall'art. 1492 c.c., sia a quella consentita dal codice del consumo, avendo peraltro cura di segnalare le ipotesi in ordine alle quali la diversa natura o disciplina dei due mezzi di tutela conducano a conclusioni inconciliabili.

1. Il calcolo della riduzione del prezzo

«Adeguate» o «congrua» (*appropriate* o *angemessene*, secondo le versioni in lingua inglese e tedesca) deve essere, secondo l'art. 3 della direttiva 1999/44/CE⁴³⁵, la

⁴³⁵ Nella propria opera di trasposizione, anche in questo caso, il legislatore italiano è stato fedele al più rigoroso *copy-out*, addirittura riproducendo la duplice qualificazione che compare nella

riduzione del prezzo riconosciuta al consumatore il quale si veda consegnata una cosa non conforme alle pattuizioni contrattuali. Ad una riduzione del prezzo *tout court*, poi, fa riferimento il nostro codice civile, senza fornire al riguardo indicazione alcuna circa le modalità attraverso cui questa dovrebbe avvenire ovvero i parametri ai quali dovrebbe essere ancorata.

Pur nella totale carenza, a livello legislativo, di un'indicazione delle regole⁴³⁶ che presidiano la determinazione della riduzione del prezzo, la considerazione della finalità dell'istituto – consistente, come più volte ricordato, nella conservazione di uno scambio che abbia ad oggetto il trasferimento di una cosa non corrispondente al programma obbligatorio verso il corrispettivo di un prezzo ridotto – consente di escludere che questo persegua finalità risarcitorie⁴³⁷, e di evidenziarne piuttosto la finalità di riequilibrio delle prestazioni facenti capo alla parti del contratto attraverso un adattamento dell'originario oggetto negoziale idoneo a ripristinare un rapporto economico di proporzionalità fra le prestazioni medesime. L'osservazione del fondamento dell'istituto, così individuato, unitamente alle indicazioni che è possibile trarre dall'esperienza comparativa, consentono di ritenere che anche nel nostro ordinamento la riduzione del corrispettivo debba essere operata secondo il c.d. metodo relativo⁴³⁸, il quale lega la determinazione della somma da ridurre al

versione italiana del testo comunitario

⁴³⁶ Come già magistralmente ricordato da E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, II, Berlin-Tübingen, 1958, p. 232, le possibili modalità di riduzione del prezzo storicamente impostesi sono fondamentalmente tre: due riconducibili al c.d. metodo assoluto e una al c.d. metodo relativo. Il primo tipo di metodo assoluto consiste nella riduzione del prezzo nella misura corrispondente alla differenza fra valore ipotetico e valore reale del bene in conseguenza dei vizi; il secondo, invece, decurta il corrispettivo pattuito sino a raggiungere l'importo del valore reale del bene. Il metodo relativo, infine, come meglio si vedrà nel testo, comporta la riduzione del prezzo in misura proporzionale al rapporto fra valore vero del bene e valore di questo in assenza di difetti.

⁴³⁷ In questo senso, invece, si pronuncia D. RUBINO, *L'appalto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1980, p. 516. L'opinione è assai diffusa negli ordinamenti di *common law*, laddove il rimedio in parola riscuote scarsissima fortuna e viene ricondotto a una voce inclusa nel risarcimento del danno (cfr. la *section 53 del Sale of Goods Act 1979*, ove si legge espressamente: «*Where there is a breach of warranty by the seller, or where the buyer elects (or is compelled) to treat any breach of a condition on the part of the seller as a breach of warranty, the buyer is not by reason only of such breach of warranty entitled to reject the goods; but he may: (a) set up against the seller the breach of warranty in diminution or extinction of the price, or (b) maintain an action against the seller for damages for the breach of warranty*»). La trattazione di tale disposizione è effettuata da P.S. ATIYAH - J.N. ADAMS - H. MACQUEEN, *Atiyah's Sale of Goods*, Harlow, 2010, p. 539 nel paragrafo dedicato ai *Damages for breach of condition or warranty*). Nel senso che la riduzione del prezzo costituirebbe una forma (*rectius*, una componente) del risarcimento del danno, non condividendo pertanto la previsione di questo quale rimedio autonomo all'interno della Convenzione in materia di vendita allora in discussione, cfr. altresì E.E. BERGSTEIN - A.J. MILLER, *The remedy of rection of price*, in *AM J. Comp. Law*, 1979, p. 255 ss.. Un relitto del passato (*a vestige of an important tool*) è considerato da J.O. HONNOLD, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention*, The Hague, 2009, p. 421.

⁴³⁸ Così anche D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, 1971, p. 812, ove si legge il seguente esempio: «se la cosa è stata comprata per 90 mentre effettivamente ne varrebbe 120 ove fosse in perfetto stato, e il vizio ne diminuisce il valore di un terzo, la riduzione sarà non di 40 ma di 30 [...] in quanto è giusto che il compratore conservi proporzionalmente immutata la posizione di favore che in origine aveva creduto di acquisire nel presupposto che la cosa fosse in buono

valore che la cosa alienata avrebbe posseduto ove fosse stata esente da difetti⁴³⁹. L'applicazione di tale criterio porta a riconoscere che il rapporto fra il prezzo pattuito dalle parti per la vendita del bene e il prezzo che si avrà in esito alla riduzione deve corrispondere al rapporto esistente fra il valore oggettivo che la cosa avrebbe avuto qualora non fosse stata difettosa e quello effettivo in ragione dell'incidenza del vizio. Soltanto attraverso tale procedimento⁴⁴⁰, difatti, è possibile

stato». Similmente, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, p. 850 s., ad avviso del quale «la riduzione del prezzo procede in modo proporzionale al fine di salvaguardare il nesso di equivalenza soggettiva posto dalle parti. In tal senso occorre accertare non quale valore abbia il bene difettoso ma in quale misura percentuale il difetto incida sul valore del bene integro: il prezzo deve allora essere diminuito in ragione della stessa percentuale». In giurisprudenza, chiaramente in questo senso Cass. 26 marzo 1969, n. 981; Cass. 21 luglio 1984, n. 4278; Cass. 16 novembre 1978, n. 5297, la quale, però, si esprime nel senso che, nei casi in cui non sia possibile l'identificazione della percentuale di riduzione del valore nel suo preciso ammontare, il giudice del merito deve provvedere con valutazione equitativa, a norma dell'art. 1226 c.c., ciò che – come si vedrà *infra* nel testo – non può essere condiviso.

Con riguardo alla disciplina consumeristica, a favore del metodo relativo si sono espressi, tra gli altri, M.G. CUBEDDU, *sub art. 1519-quater*, in S. PATTI, *Commentario sulla vendita di beni di consumo*, Milano, 2004, p. 285 e L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, *sub art. 1519-quater*, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2003, p. 444; *contra*, G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI - E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, Torino, 2005, p. 1048, ad avviso del quale gli aggettivi “adeguata” e “congrua”, utilizzati per definire la riduzione del prezzo, unitamente alla previsione secondo cui nel calcolo della riduzione deve tenersi conto dell'uso del bene, «sembrano denotare la volontà del legislatore di affidare la concreta determinazione della porzione di corrispettivo da “decurtare” a una valutazione “equitativa”, da condursi volta per volta alla luce delle peculiari caratteristiche del singolo caso concreto, e quindi non effettuabile esclusivamente sulla base di un unico, ben definito e predeterminato parametro di calcolo».

⁴³⁹ Il BGB accoglie espressamente questo metodo di calcolo al comma terzo del § 441: «Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde». Su tale disposizione si vedano fin d'ora: A. MATUSCHE-BECKMANN, *sub § 441*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, München, 2004, p. 312 ss.; H. PUTZO, *sub § 441*, in *Palandt BGB Kommentar*, München, 2003, p. 563 s.; D. MEDICUS - S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, München, 2010, p. 58 s.; H. BROX - W.D. WALKER, *Besonderes Schuldrecht*, München, 2011, p. 64 s. Sull'antecedente normativo della disposizione in parola, costituito dall'abrogato § 472 BGB cfr., per tutti, H. HONSELL, *sub § 472*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, München, 1978, p. 405 ss. e K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht. Besonderer Teil. 1. Halbband*, München, 1986, p. 57. Sul progetto di riforma del diritto delle obbligazioni tedesco e sulla proposta di introdurre un diverso metodo di calcolo della riduzione del prezzo, cfr. altresì C.W. CANARIS, *Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in *ZRP*, 2001, p. 329; H. HONSELL, *Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB*, in *JZ*, 2001, p. 281 s.

Il c.d. metodo proporzionale è, inoltre, applicato anche dalla Convenzione di Vienna del 1980, il cui art. 50 consente al compratore di ottenere la riduzione del prezzo «proporzionalmente alla differenza tra il valore che i beni effettivamente consegnati avevano al momento della consegna ed il valore che beni conformi avrebbero avuto in tale momento». Al riguardo, nella nostra dottrina, v. R. DE NICCOLIS, *sub art. 50*, in C.M. BIANCA, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. Commentario*, Padova, 1992, p. 234 ss., spec. p. 238 s.; in generale, cfr. M. MÜLLER-CHEN, *sub art. 50*, in P. SCHLECHTRIEM - I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, New York, 2010, p. 621 ss.; ID., in P. SCHLECHTRIEM - I. SCHWENZER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG - Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, München, 2008, p. 633 ss.; P. HUBER - A. MULLIS, *The CISG*, München, 2007, p. 199 s.

Il codice civile francese, invece, similmente a quanto si è visto per il codice italiano, non sancisce alcun metodo da seguire nella determinazione della riduzione del corrispettivo, limitandosi a fare riferimento a una riduzione «telle qu'elle sera arbitrée par experts» (art. 1644), evocando perciò la necessità di una valutazione tecnica.

⁴⁴⁰ Invero, il calcolo proporzionale potrebbe non trovare applicazione, venendo all'uopo sostituito

conservare l'esatta proporzione esistente fra le prestazioni delle parti⁴⁴¹, la quale verrebbe a essere alterata ove la diminuzione del corrispettivo avvenisse attraverso la sottrazione del valore oggettivo del bene alla somma pattuita quale prezzo di vendita, ovvero mediante l'applicazione della differenza fra valore oggettivo del bene integro e valore di questo in considerazione dell'esistenza del difetto⁴⁴².

Il metodo relativo, pertanto, consente di conservare – seppure proporzionalmente diminuita – la convenienza o la svantaggiosità del contratto inizialmente concluso, e per questo stesso motivo il valore rilevante ai fini del calcolo non può che essere quello oggettivo di mercato, poiché il riferimento al valore d'affezione, che le parti soggettivamente ricolleghino alla cosa compravenduta, comporterebbe un possibile fattore di alterazione della proporzione in tutti i casi in cui il valore d'affezione non sia correlato all'integrità della cosa e alla sua concreta utilità ma consegua alla sua identità. La necessità di una valutazione oggettiva del valore del bene comporta, altresì, che ai fini in parola nessun rilievo può essere attribuito al prezzo che il compratore sarebbe stato disposto a pagare ove avesse conosciuto l'esistenza del difetto⁴⁴³, né al fatto che il venditore, ove avesse conosciuto il difetto, non avrebbe accettato la riduzione del prezzo o non l'avrebbe accettata nella proporzione in cui essa è concretamente applicata. Il modo di operare del rimedio, infatti, è eminentemente oggettivo e prescinde dalle considerazioni soggettive delle parti circa la convenienza dello scambio a seguito della modifica di questo, giacché esso si

dalla mera sottrazione del minor valore del bene in ragione del difetto, allorché il valore della cosa coincida con il prezzo d'acquisto. Cfr. A. MATUSCHE-BECKMANN, sub § 441, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 313.

⁴⁴¹ Il valore della cosa esente da vizi (a) si rapporta al valore della cosa difettosa (b) come il prezzo pattuito (p) si rapporta al prezzo ridotto (x). Ne consegue che il prezzo ridotto è pari al prodotto fra il valore del bene non conforme e il prezzo pattuito, diviso per il valore del bene conforme. Ricavato il prezzo ridotto, la quantità di corrispettivo che deve essere sottratta all'originario prezzo è pari alla differenza fra quest'ultimo e il prezzo ridotto. In questo senso, cfr. espressamente A. MATUSCHE-BECKMANN, sub § 441, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, München, 2004, p. 312 ss. e D. MEDICUS – S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, München, 2010, p. 58, nonché R. DE NICTOLIS, sub art. 50, in C.M. BIANCA, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. Commentario*, cit., p. 238.

⁴⁴² Tale metodo di calcolo, definito "assoluto", altera comprensibilmente la proporzione esistente fra le originarie prestazioni in tutte le ipotesi in cui il prezzo pagato dal compratore non sia esattamente corrispondente al valore oggettivo del bene: ove tale valore fosse superiore al prezzo pagato, infatti, ciò comporterebbe una riduzione del corrispettivo più che proporzionale, sfavorendo il venditore; in caso contrario, la diminuzione sarebbe operata in misura inferiore alla proporzione iniziale, ledendo l'iniziale convenienza dell'affare per il compratore.

⁴⁴³ Ne consegue che, a nostro avviso, l'affermazione di D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicc. Messineo*, cit., p. 813, secondo cui «la riduzione [...] deve in tutti i casi corrispondere al minor prezzo che il compratore avrebbe pattuito se avesse conosciuto i vizi già alla conclusione del contratto», intanto può essere considerata corretta in quanto essa venga riferita non al prezzo che il compratore avrebbe concretamente pattuito nell'eventualità considerata, ma a quello che sarebbe stato fissato dalle parti, ove il vizio fosse stato conosciuto, tenendo conto dell'incidenza percentuale del difetto sul valore oggettivo del bene.

attua attraverso la conservazione obiettiva della proporzione fra le rispettive attribuzioni.

Il valore oggettivo del bene cui si deve fare riferimento è costituito – come è stato messo in luce dalla dottrina germanica⁴⁴⁴ – dal valore di mercato (*Verkehrswert*) e non già dall'eventuale valore reddituale posseduto dalla cosa (*Ertragswert*). Peraltro, allorché il contratto di vendita abbia ad oggetto beni quali un'azienda agricola ovvero appartamenti da affittare, rispetto ai quali il valore reddituale costituisce parametro comune di valutazione⁴⁴⁵, il valore obiettivo del bene potrà senz'altro essere desunto sulla base dell'*Ertragswert* ritraibile dalla cosa. Inoltre, a nostro avviso, laddove proprio il valore reddituale della cosa abbia costituito oggetto di un'espressa pattuizione fra le parti⁴⁴⁶, esso deve essere considerato come qualità promessa, rilevante ai sensi dell'art. 1497 c.c. ovvero dell'art. 129, comma 2, lett. d), c.cons, sicché – trattandosi di vendita di beni di consumo – la riduzione del prezzo in conseguenza della mancanza di tale qualità sarà senz'altro ammissibile e potrà essere calcolata sulla base del valore reale del bene desunto anche attraverso il riferimento all'*Ertragswert*, mentre – ove il contratto così concluso sia soggetto alla disciplina generale della compravendita – il compratore non potrà invocare la riduzione del prezzo, ma soltanto pretendere la risoluzione del contratto⁴⁴⁷.

2. Il tempo e il luogo rilevanti al fine di stabilire il valore oggettivo del bene

Contrariamente a quanto accade nell'ordinamento germanico a seguito della *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002, allorché il legislatore ha inteso mettere termine

⁴⁴⁴ Cfr., per tutti, A. MATUSCHE-BECKMANN, sub § 441, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 314.

⁴⁴⁵ A. MATUSCHE-BECKMANN, sub § 441, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 314 precisa, infatti, come «*die Rspr erkennt nicht, dass Ertrag regelmäßig nur einer von mehreren Bewertungsfaktoren ist; doch ist die Ertragswertmethode bei Mietshäusern und Unternehmen heute vorherrschend*».

⁴⁴⁶ Tale eventualità, peraltro, sembra riguardare principalmente contratti di vendita non sottoposti alla disciplina consumeristica, in ragione dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione di tale ultima normativa.

⁴⁴⁷ Quanto scritto nel testo richiede, però, una precisazione: la riduzione del prezzo, invero, sarà senz'altro esclusa soltanto nei casi in cui il compratore faccia valere direttamente la mancanza di qualità consistente nel diverso valore reddituale del bene rispetto a quello "garantito" dal venditore, mentre laddove egli lamenti la sussistenza di vizi *ex art. 1490 c.c.*, i quali indirettamente si riflettano sul valore reddituale del bene, l'esperibilità della *quantis minoris* è sicura, e per il calcolo del valore obiettivo del bene potrà operarsi il già visto riferimento al valore reddituale del medesimo.

alla discussione sorta sotto la vigenza del precedente § 472 riguardo al momento temporale con riferimento al quale va operata la determinazione del valore della cosa⁴⁴⁸, il codice civile italiano osserva in proposito il più rigoroso silenzio.

Nonostante tale silenzio, sembra – anche ai fini in parola – che il riferimento temporale rilevante debba essere identificato nel medesimo accolto dalla codificazione civile d’Oltralpe, coincidente con il momento della conclusione del contratto di vendita⁴⁴⁹, giacché è in tale istante che si crea il rapporto sinallagmatico fra le due prestazioni e viene fissato il prezzo di vendita in rapporto al quale deve essere operata la riduzione⁴⁵⁰. Invero, valorizzando il momento, eventualmente non coincidente, della consegna del bene⁴⁵¹ si verrebbe a introdurre una distorsione nel meccanismo di calcolo della diminuzione del corrispettivo, di talché per il compratore – in ragione dell’eventualità che il valore, nelle more della consegna, sia aumentato ovvero diminuito – può essere più o meno conveniente esperire il rimedio: al contrario, nell’ottica della conservazione proporzionale dell’equilibrio sinallagmatico delle prestazioni, così come il prezzo del bene non può che essere quello stabilito al tempo della conclusione del negozio, altrettanto varrà in ordine alla rilevanza del valore della cosa.

⁴⁴⁸ L’opinione maggioritaria era comunque già orientata nel senso della rilevanza del momento di conclusione del contratto di vendita (cfr. la lapidaria presa di posizione di H. HONSELL, sub § 472, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 408: «*maßgeblicher Zeitpunkt für die Festsetzung des Wertverhältnisses ist der Verkauf*»), e non per quello della consegna del bene. Nella letteratura italiana, v. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 812, nt. 108, pur nell’ottica, errata, della natura risarcitoria del rimedio. Nel senso qui propugnato parrebbe, inoltre, la risalente Cass. 6 febbraio 1952, in *Mass. Giur. it.*, 1952, c. 78, n. 286.

L’opzione per il momento della consegna è stata, invece, accolta dalla Convenzione di Vienna del 1980, la quale sul punto ha adottato (su sollecitazione delle delegazioni di Norvegia e Finlandia) una soluzione difforme sia dal progetto UNCITRAL sia dalla LUVI, entrambe volte a dare rilevanza al momento della conclusione del contratto. La ragione di tale scelta si fonda, secondo gli *Official Records, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods*, I, New York, 1981, p. 118, sulla considerazione per cui il riferimento alla consegna renderebbe più semplice per il compratore valutare la convenienza della riduzione del prezzo rispetto al rimedio risarcitorio e, inoltre, eviterebbe il problema derivante dalla possibile inesistenza dell’oggetto al tempo del perfezionamento del vincolo negoziale.

⁴⁴⁹ Il § 441, comma 3, BGB, come si è visto, fa letterale riferimento proprio allo «*Zeit des Vertragsschlusses*». Su questa indicazione v. A. MATUSCHE-BECKMANN, sub § 441, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 315.

⁴⁵⁰ Lo nota giustamente anche C.M. BIANCA, sub art. 130, in ID., *La vendita di beni di consumo*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 199.

⁴⁵¹ In questo senso si vedano, rifacendosi al fatto che la conformità del bene deve essere valutata al momento della consegna e non a quella della conclusione del contratto, le opinioni espresse da L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, sub art. 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 447; E. CORSO, sub art. 1519-quater, in EAD., *Della vendita di beni di consumo*, Bologna-Roma, 2005, p. 133; F. BOCCHINI, sub art. 1519-quater, in ID., *La vendita di cose mobili*, in *Comm. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2004, p. 459. Per la rilevanza del momento della denuncia del difetto di conformità, infine, cfr. l’isolata opinione di M.G. CUBEDDU, sub art. 1519-quater, in S. PATTI, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 286.

Peraltro, a nostro avviso, l'adozione del metodo proporzionale di calcolo che sopra si è illustrato, consente di considerare perfettamente fungibili i due istanti della conclusione del contratto e della consegna, sicché nei casi in cui la compravendita abbia ad oggetto merci ancora da costruire o comunque beni futuri potrà senz'altro farsi riferimento al tempo della consegna degli stessi. Infatti, salvo casi eccezionali⁴⁵², l'eventuale oscillazione del valore della cosa nel tempo compreso fra la stipulazione del contratto e il ricevimento dell'oggetto acquistato da parte del compratore non altera il rapporto esistente fra il valore che questo possiede qualora sia integro e quello derivante dalla presenza del difetto di conformità⁴⁵³. Sicuramente irrilevanti sono, invece, le variazioni di prezzo di mercato del bene, le quali potranno spiegare effetto ai fini in parola soltanto qualora le parti si siano accordate per una determinazione del prezzo di vendita riferita a un momento successivo alla conclusione del contratto⁴⁵⁴.

Il legislatore del 1942, al pari di quello comunitario, nessun indizio ha poi fornito rispetto al luogo con riferimento al quale deve essere condotta la determinazione del valore del bene rilevante ai fini del calcolo del *quantum* della riduzione del corrispettivo. Il silenzio serbato sul punto dalle disposizioni vigenti nel nostro ordinamento rispecchia, peraltro, quello esistente nello stesso codice civile tedesco nonché nell'articolato della Convenzione internazionale in materia di *Sale of Goods*⁴⁵⁵. Sul tema qui trattato, la letteratura germanica sembra avere una concorde preferenza per la rilevanza dell'*Erfüllungsort*, basata peraltro più sul traluzio riferimento a una risalente sentenza dell'*OLG Hamburg* che su una consapevole presa di posizione basata su considerazioni sistematiche. Invero, a fronte dell'inesistenza di dati letterali vincolanti nelle disposizioni considerate, la soluzione deve essere ricercata dall'interprete attraverso la scelta fra quattro possibili soluzioni: il luogo di conclusione del contratto, quello di destinazione dei beni stessi o, infine, quello della sede del compratore ovvero del venditore. Benché anche in questo caso, salvo eventi

⁴⁵² In riferimento ai quali vale senz'altro la regola fondamentale che ancora la valutazione al momento della conclusione del negozio di compravendita.

⁴⁵³ In un ordine di idee assimilabile al nostro v. le osservazioni di F. BONELLI, *La responsabilità per danni*, in G. ALPA - M. BESSONE, *La vendita internazionale*, Milano, 1981, p. 298 s., nt. 81.

⁴⁵⁴ Così anche A. MATUSCHE-BECKMANN, sub § 441, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 315, la quale, in ragione della natura dispositiva del § 441, comma 3, BGB, ammette altresì che le parti possano concordare la rilevanza del valore della cosa determinato in un momento diverso dalla conclusione del contratto. Come si è detto nel testo, però, tali pattuizioni sono idonee a produrre risultati effettivamente differenziati rispetto alla regola ordinaria solamente in ipotesi eccezionali, ovvero in ordinamenti i quali accolgano il metodo di calcolo assoluto e non quello relativo.

⁴⁵⁵ Riguardo a quest'ultima, peraltro, i già citati *Official records* registrano l'esistenza di una approfondita discussione in merito all'identificazione del luogo rilevante ai fini *de quibus*, nel corso della quale taluni Stati avevano proposto, senza esito, l'inserzione del riferimento «al luogo della consegna della cosa» o «al luogo della sede ovvero della residenza del compratore».

eccezionali, l'utilizzo del metodo di calcolo relativo consenta di concludere per una sostanziale equivalenza dei risultati raggiungibili attraverso l'applicazione dei diversi criteri appena elencati, sembra di poter aderire alla tesi che, laddove la cosa debba essere trasportata, ricollega il valore del bene rilevante ai fini della determinazione della riduzione del prezzo a quello che lo stesso possiede nel luogo di destinazione, giacché «*goods that have been dispatched to a particular place derive their economic value after dispatch from their destination and not from the place of dispatch*»⁴⁵⁶. L'opinione si palesa tanto più condivisibile laddove si noti, ulteriormente, come il luogo di destinazione coincida con lo spazio nel quale, normalmente, avverrà l'utilizzo del bene sicché proprio tale luogo segna e definisce l'utilità della cosa per il compratore, la quale costituisce il parametro sul quale costui basa la propria "disponibilità a pagare", che si riverbera sulla determinazione del prezzo d'acquisto. Ove la cosa non debba essere trasportata, invece, sembra potersi fare riferimento, per motivi analoghi a quelli appena visti, al luogo della consegna⁴⁵⁷.

3. L'esercizio della riduzione del prezzo

La necessaria proposizione della domanda giudiziale rende la proposizione dell'*actio quanti minoris* prevista dal codice civile assai meno problematica di quanto sia, invece, l'esercizio stragiudiziale del diritto di riduzione del prezzo sancito dall'art. 3 della direttiva 1999/44/CE, con riferimento al quale si pongono numerose questioni applicative di rilievo.

Invero, se si può senz'altro circa la superfluità dell'uso di forme solenni⁴⁵⁸, potendo la dichiarazione rivestire qualsiasi forma, purché idonea a costituire manifestazione

⁴⁵⁶ Sono parole di M. MÜLLER-CHEN, sub art. 50, in P. SCHLECHTRIEM - I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., p. 623. Nello stesso senso cfr. altresì U. MAGNUS, sub art. 50, in ID., *Wiener UN-Kaufrecht*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, München, 2005, p. 536 ove si legge: «*beim Versendungskauf und beim Verkauf auf dem Transport befindlicher Ware muß es aber auf die Wertverhältnisse am Bestimmungsort ankommen, an dem die Ware genutzt werden und für den Käufer ihren Wert haben soll*». Nel senso della rilevanza del luogo della sede del compratore, invece, v. VON HOFMANN, *Gewährleistungsansprüche im UN Kaufrecht*, in P. SCHLECHTRIEM, *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden Baden, 1987, p. 301.

⁴⁵⁷ Così si esprimono, con riferimento alla CISG, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti: cfr. OLG Graz 9 novembre 1995, in *Clout* 175; U. MAGNUS, sub art. 50, in ID., *Wiener UN-Kaufrecht*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 536; M. MÜLLER-CHEN, sub art. 50, in P. SCHLECHTRIEM - I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., p. 623. Sempre con riferimento al luogo di destinazione, invece, WILL, sub art. 50, in C.M. BIANCA - M.J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987, p. 373.

⁴⁵⁸ G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI - E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1047, il quale però segnala come

della volontà del consumatore di provocare la riduzione del corrispettivo pattuito⁴⁵⁹, più arduo è individuare il contenuto necessario di tale dichiarazione e, in particolare, se essa debba contenere o meno la determinazione dell'entità della riduzione "richiesta" dal consumatore. Nonostante, sul punto, il silenzio serbato dal legislatore non offra elementi decisivi a favore dell'una o dell'altra tesi, sembra potersi concludere nel senso della sufficienza della mera dichiarazione di volersi avvalere del diritto alla riduzione del prezzo, in quanto, da un canto, l'individuazione del *quantum* della "detrazione" consegue all'applicazione di una regola che è indipendente dalla volontà del compratore, e dall'altro, non sembra possibile onerare quest'ultimo del preventivo calcolo dell'importo da dedurre dal prezzo di vendita senza tradire la *ratio* della direttiva, volta ad agevolare l'esercizio dei rimedi spettanti al compratore di beni di consumo.

Laddove il prezzo di acquisto sia stato in parte pagato e in parte rimanga da pagare, ovvero sia stato pattuito il pagamento del corrispettivo mediante un certo numero di rate, deve ritenersi che – sia con riguardo al rimedio codicistico sia con riferimento a quello regolato dal codice di settore – la decurtazione dell'importo si operi in misura proporzionale su tutte le rate, siano queste già state pagate ovvero ancora da pagare⁴⁶⁰. Infatti, la suddivisione del pagamento in rate comporta il frazionamento del debito del compratore in un numero predefinito di pagamenti aventi un determinato importo, proporzionale all'ammontare totale del debito, sicché tale proporzione deve essere conservata anche a seguito della diminuzione del totale, senza che il creditore-venditore possa invocare la compensazione legale con i crediti vantati per le successive rate, trattandosi di crediti ancora inesigibili. Conseguendo da quanto detto, a nostro avviso, che il compratore il quale abbia subito l'iscrizione dell'ipoteca legale a garanzia del pagamento del residuo prezzo non ancora pagato (art. 2817, n. 1, c.c.) potrà altresì chiedere la diminuzione – in ragione della proporzione della riduzione del prezzo sull'ammontare totale di questo – della

un'opinione richieda invece, anche in questo caso, la proposizione di una domanda giudiziale (cfr. A. LUMINOSO, *Chiose in chiaroscuro in margine al D. Lgs. n. 24 del 2002*, in M. BIN – A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2003, p. 101 ss.).

⁴⁵⁹ Non è dubbio che, al riguardo, rileverà pure una manifestazione di volontà espressa *per facta concludentia*, purché univoca: cfr., per tutti, A. MATUSCHE-BECKMANN, sub § 441, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 311: «*die Minderung kann auch konkludent geltend gemacht werden, insbesondere durch das verlangen einer teilweisen Kaufpreistrückzahlung*».

⁴⁶⁰ In questo senso, nella dottrina germanica, cfr. ancora una volta A. MATUSCHE-BECKMANN, sub § 441, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 316 e H. PUTZO, sub § 472, in *Palandt BGB Kommentar. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, München, 2002, p. 256 s.

somma per la quale l'ipoteca è stata iscritta, purché la riduzione da operarsi sia superiore al quinto della somma originaria⁴⁶¹.

Qualora sia il venditore a richiedere il pagamento parziale del corrispettivo pattuito, il compratore potrà altresì opporre a costui la riduzione dell'importo delle singole rate calcolate in misura proporzionale all'ammontare totale del prezzo, mentre sarà tenuto senz'altro al pagamento della parte di prezzo pattuita ove questa sia stata determinata prescindendo da un rapporto proporzionale con il corrispettivo totale e la domanda dell'alienante non superi l'ammontare del prezzo ridotto⁴⁶².

Qualora, invece, il prezzo fosse stato già pagato per intero dal compratore, questi avrà diritto non soltanto alla restituzione della parte di corrispettivo pagato in più, ma pure alla corresponsione degli interessi corrispettivi su tale somma con decorrenza dal tempo del pagamento sino alla data della proposizione della domanda giudiziale (per la riduzione del prezzo prevista dall'art. 1492 c.c.) ovvero di efficacia della dichiarazione di riduzione (per il rimedio apprestato dalla disciplina di settore), nonché, successivamente a tale data, alla maggior somma tra l'importo degli interessi di mora e l'arricchimento conseguito dal venditore (art. 1224 c.c.). Non sembra, invece, possa accedersi all'opinione secondo cui a seguito della riduzione del prezzo il venditore dovrebbe altresì procedere a un proporzionale rimborso delle spese affrontate dal compratore per la stipulazione del contratto, non già perché «l'aver la legge previsto il rimborso delle spese di contratto solo per il caso di risoluzione induce a ritenere che non si sia voluto ammetterlo per il caso di semplice riduzione del prezzo»⁴⁶³, bensì in quanto tale rimborso non costituisce

⁴⁶¹ Nel senso che la disposizione dell'art. 2873, comma 2, c.c. (la quale consente la riduzione dell'importo dell'iscrizione laddove siano stati eseguiti pagamenti parziali tali da estinguere almeno un quinto del debito originario) debba essere ritenuta espressiva di una regola valevole per tutti i casi di parziale estinzione del credito per cui l'ipoteca è stata iscritta, prescindendosi dalla causa di tale parziale estinzione, cfr. G. GORLA - P. ZANELLI, sub art. 2873, in IID., *Del pegno, delle ipoteche*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 475.

⁴⁶² Sembra, invero, che proprio nella determinazione delle rate di prezzo attraverso il riferimento al metodo proporzionale ovvero mediante la determinazione in valore assoluto risieda il fattore discriminante ai fini della determinazione dell'efficacia della riduzione del prezzo, proporzionale nel primo caso e sul solo residuo nel secondo. Infatti, nell'ipotesi considerata per prima, il compratore gode del beneficio del termine riguardo a una somma determinata non già in valore assoluto, ma *per relationem* in via proporzionale all'intero prezzo, sicché non potrà che conservare tale beneficio anche a seguito della riduzione (come accade, del resto, nel caso di parziale estinzione anticipata di mutui, laddove il pagamento anticipato di più rate comporta non già il venir meno di un pari numero di rate successive, bensì l'abbassamento dell'importo di ciascuna delle rate stesse, fermo il loro numero); nel secondo caso, invece, il beneficio del termine riguarda somme espresse in valore assoluto sicché non sembra sussistere un interesse meritevole del compratore alla decurtazione dell'importo di ciascuna rata (in un esempio: se Tizio si è obbligato a pagare il prezzo di 100 mediante il pagamento di tre rate dell'importo, rispettivamente, di 50, 20 e 30, non può pretendere di ridurre l'importo di ciascuna rata della proporzione risultante dalla riduzione del prezzo complessivo, ma la decurtazione opererà per intero sulle rate previste a partire dall'ultima).

⁴⁶³ In questo senso, invece, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 815 e G. GORLA,

affatto oggetto di un obbligo restitutorio, ma di un obbligazione risarcitoria, la cui concreta sussistenza è subordinata alla colpa del venditore ai sensi dell'art. 1494 c.c. (per le compravendite seguono la disciplina generale) o dell'art. 1218 c.c. (per quelle sottoposte alla normativa di settore)⁴⁶⁴.

Nel regolare le conseguenze restitutorie dell'esperimento dei rimedi sussidiari, l'art. 130, c.cons. prevede⁴⁶⁵ che la determinazione dell'importo della riduzione debba avvenire tenendo conto anche dell'«uso del bene». La disposizione appare, già *prima facie*, difficile da inscrivere nel sistema, in quanto non è affatto chiaro per quale motivo nella determinazione del *quantum* della riduzione del corrispettivo dovrebbero rilevare (quali fattori da portare in detrazione sull'importo della riduzione calcolato in base al c.d. metodo relativo sopra visto) i vantaggi ritratti dal consumatore dall'utilizzo della cosa nelle more fra la consegna di questa e l'esperimento del rimedio, giacché questo comporterebbe l'obbligo per il compratore di "indennizzare" il professionista per l'uso di un bene che gli appartiene⁴⁶⁶ e il cui utilizzo, pertanto, è avvenuto in maniera pienamente legittima⁴⁶⁷. In ragione della difficoltà di conciliare l'effetto conservativo dello scambio derivante dalla riduzione

La compravendita e la permuta, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1937, p. 162.

⁴⁶⁴ A questo proposito, deve essere ulteriormente precisato come il risarcimento di spese come quelle in parola costituisca una tipica ipotesi di risarcimento del c.d. "interesse contrattuale negativo", consistente nell'equivalente economico delle conseguenze svantaggiose che la parte acquirente avrebbe evitato se il contratto non fosse stato concluso, ovvero, nel caso di specie, fosse stato concluso al prezzo ridotto. Ne consegue che la concreta risarcibilità di questa voce di danno postula, a monte, la risoluzione in senso positivo del quesito inerente la risarcibilità dell'interesse negativo in entrambe le fattispecie in considerazione. Sul punto, in generale, A. LUMINOSO, *sub art.* 1453, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1454*, I, 1, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 403 s., ove si fa riferimento all'interesse negativo nell'ipotesi in discorso identificandolo «nell'interesse a non concludere un contratto con un contenuto programmatico avente l'estensione originariamente convenuta» (nt. 3) e si precisa che oggetto dell'obbligazione risarcitoria potranno essere soltanto le spese che il compratore «avrebbe "risparmiato" qualora avesse stipulato un contratto che prevedesse, a suo carico e a suo favore, prestazioni di entità corrispondente a quella che consegue alla sentenza di riduzione», ma non già quelle che costui avrebbe comunque sostenuto o sarebbero rimaste quantitativamente immutate «qualora, fin dall'origine, fosse stato convenuto un contenuto regolamentare di portata (economicamente) più "ridotta"» (p. 404).

Nel ricondurre al risarcimento del danno la rifusione di tali spese, invece, i citati D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 815 e G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 162 non si avvedono di come l'affermazione degli obblighi risarcitori in parola non possa essere compresa nella tutela dell'interesse del compratore all'adempimento.

Per approfondimenti v., peraltro, il Capitolo seguente.

⁴⁶⁵ La disposizione *de qua* è stata introdotta sulla base del quindicesimo Considerando della direttiva 1999/44/CE, il quale consente agli Stati membri di «prevedere che il rimborso al consumatore può essere ridotto, in considerazione dell'uso che quest'ultimo ha fatto del bene dal momento della consegna».

⁴⁶⁶ Né è destinato a ritornare nella sfera giuridica dell'alienante a seguito dell'esperimento della riduzione del prezzo.

⁴⁶⁷ Lo notano, fra i molti, anche E. CORSO, *sub art.* 1519-quater, in EAD., *Della vendita di beni di consumo*, cit., p. 134; C.M. BIANCA, *sub art.* 130, in ID., *La vendita di beni di consumo*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 229; L. GAROFALO - A. RODEGHIERO, *sub art.* 1519-quater, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 450 ss.; R. OMODEI-SALÈ, *sub art.* 130, in *Comm. breve dir. cons. De Cristofaro Zaccaria*, cit., p. 859.

del prezzo con la previsione del computo «dell'uso del bene» nella determinazione dell'importo della riduzione del prezzo, taluni hanno suggerito di ritenere che quest'obbligo dovesse essere inteso come limitato al vantaggio concretamente tratto dall'uso della cosa, non comprensivo dell'eventuale diminuzione di valore della stessa⁴⁶⁸, sicché in tal modo la previsione potrebbe essere ritenuta fare applicazione del principio dell'ingiustificato arricchimento⁴⁶⁹. Sennonché, non si vede di quale arricchimento privo di causa possa godere il consumatore che utilizzi la cosa viziata e successivamente pretenda la riduzione del prezzo di vendita, giacché l'utilizzo della cosa costituisce sua legittima facoltà in ragione della proprietà che vanta sul bene e, ciò che più conta, a seguito dell'esperimento del rimedio, questo non deve essere restituito al professionista.

Invero, la previsione contenuta nel comma ottavo dell'art. 130 c.cons. è stata introdotta dal legislatore italiano approfittando del tenore del quindicesimo Considerando della direttiva 1999/44/CE, ai sensi del quale gli Stati membri sono autorizzati a disporre che i rimborsi al consumatore possano essere ridotti in considerazione dell'uso del bene dal momento della consegna, nonché a dettare regole sulle modalità di attuazione della risoluzione⁴⁷⁰. Proprio la lettura del Considerando nel suo complesso sembra avvalorare la tesi secondo cui il riferimento espresso dal legislatore comunitario debba intendersi limitato alla sola risoluzione del contratto⁴⁷¹, con riguardo alla quale la regola che impone al consumatore di indennizzare il venditore delle utilità ricavate dall'uso del bene (così come delle eventuali perdite di valore che la cosa abbia subito in conseguenza dell'impiego, ove si ritenga di accogliere tale interpretazione)⁴⁷² può trovare spiegazione nell'utilità che

⁴⁶⁸ Così, ad esempio, A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, Padova, 2002, p. 92 s.

⁴⁶⁹ In questo senso, infatti, A. NICOLUSSI, *Recensione a «L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo»*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 455, ad avviso del quale la disposizione *de qua* «non impone alcun indennizzo per la perdita di valore [...], ma applica un regola di restituzione dell'arricchimento».

⁴⁷⁰ Tale è, infatti, il significato da attribuire all'espressione «accordi dettagliati con i quali può essere disciplinata la risoluzione», la cui natura di errata trasposizione linguistica del testo appare lapalissianamente non appena venga confrontata con i testi in lingua tedesca (laddove il riferimento è a «*die Regelungen über die Modalitäten der Durchführung der Vertragsauflösung*») o francese (ove compare la dizione: «*les modalités de résolution du contrat*»).

⁴⁷¹ Non a caso, infatti, il progetto ministeriale del libro delle obbligazioni prevedeva originariamente, con riferimento alla sola risoluzione conseguente all'operare della garanzia per vizi, una disposizione (l'art. 332) la quale faceva obbligo al compratore di «restituire la cosa con gli utili ricavati nel frattempo» al contempo onerando il venditore di restituire il prezzo con gli interessi legali dal giorno del pagamento. In proposito v. le osservazioni di A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, p. 334 s.

⁴⁷² Tale è, infatti, il significato ascrivito alla previsione in parola, riguardo all'ipotesi di risoluzione, dalla dottrina che pare maggioritaria: cfr. F. BOCCHINI, *sub art. 1519-quater*, in ID., *La vendita di cose mobili*, in *Comm. Schlesinger Busnelli*, cit., p. 457 s.; L. GAROFALO - A. RODEGHIRO, *sub art. 1519-quater*, in L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della*

il compratore ritrae da un bene il quale, a seguito dell'esperienza del rimedio, ritorna di proprietà dell'alienante⁴⁷³, nonché nell'impossibilità per il venditore di commerciare la cosa come "nuova" a seguito della restituzione. Ove si consideri che, da un canto, il Considerando della direttiva detta una duplice regola, la cui applicazione è espressamente limitata alla sola risoluzione del contratto soltanto con riferimento alla parte di questa che consente la regolazione a livello di legislazioni nazionali delle modalità specifiche delle conseguenze dell'esperienza di tale rimedio, e dall'altro, l'estensione della restante parte della previsione anche alla riduzione del prezzo conduce a risultati palesemente incompatibili con la logica sottesa a questo secondo mezzo di tutela, deve a nostro avviso concludersi nel senso della contrarietà alla direttiva della scelta operata dal Governo italiano in sede di attuazione.

Tale conclusione, peraltro, appare tanto più ragionevole alla luce delle argomentazioni che è possibile dedurre dalla recente sentenza della Corte di Giustizia UE, 17 aprile 2008, C-404/06, *Quelle*⁴⁷⁴, con la quale la Corte di Lussemburgo si è pronunciata in ordine alla compatibilità con l'art. 3 della direttiva 1999/44/CE di una disposizione nazionale la quale accordi al venditore, che abbia provveduto alla sostituzione del bene non conforme, il diritto di pretendere dal consumatore un indennizzo pecuniario di ammontare corrispondente alle utilità tratte dal bene originariamente consegnato. Dopo avere affermato che «il legislatore comunitario ha inteso fare della gratuità del ripristino della conformità del bene da parte del venditore un elemento essenziale della tutela garantita al consumatore dalla direttiva», con ciò escludendo «la possibilità di qualsiasi rivendicazione economica da parte del venditore nell'ambito dell'esecuzione dell'obbligo a lui incombente di ripristino della conformità» medesima, la sentenza afferma altresì che tale conclusione non può essere infirmata dalla facoltà, concessa ai legislatori nazionali ai sensi del quindicesimo Considerando, di prevedere che il rimborso a favore del consumatore possa essere limitato in considerazione dell'uso che quest'ultimo ha fatto del bene⁴⁷⁵. Ad avviso della Corte di Giustizia, infatti, il tenore

vendita di beni di consumo, cit., p. 422.

⁴⁷³ Nel senso che questa costituirebbe la ragione della simile previsione contenuta nell'art. 1526, comma 1, c.c. v., per tutti, P. GRECO - G. COTTINO, sub art. 1526, in IID., *Vendita*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, p. 446 s. Per un collegamento fra l'art. 130, comma 8 c.cons. e l'art. 1526, comma 1, c.c. v. A. NICOLUSSI, *Recensione a «L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P.M. VECCHI, Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo»*, cit., p. 455.

⁴⁷⁴ Di tale pronuncia si veda l'approfondita analisi di A. DE FRANCESCHI, *La sostituzione del bene «non conforme» al contratto di vendita (a proposito di C giust. CE, 17 aprile 2008, C-404/06)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 559 ss.

⁴⁷⁵ Si veda il punto 38 della sentenza.

letterale della disposizione mette in luce come l'unica ipotesi considerata dal legislatore comunitario nel Considerando in discorso sia quella dell'esercizio della risoluzione del contratto, laddove «in applicazione del principio della mutua restituzione dei vantaggi ricevuti, il venditore deve rimborsare al consumatore il prezzo di vendita del bene». Assai differente è il caso in cui il rimedio esperito sia quello della riduzione del corrispettivo, allorché non sussiste alcuna esigenza di restituzione dei reciproci vantaggi conseguenti alla stipulazione del contratto, non producendosi lo scioglimento del rapporto, ma soltanto l'adattamento del suo contenuto in ragione dell'esistenza del difetto di conformità del bene.

Un'ulteriore, per quanto di per sé non decisiva, ragione che milita a favore dell'esclusione della riferibilità al rimedio che ci occupa della citata previsione del quindicesimo Considerando pare possa essere arguita anche sulla base dell'osservazione secondo cui il riferimento al "rimborso al consumatore" da ridurre in ragione dell'uso del bene può astrattamente riferirsi soltanto alle ipotesi in cui la riduzione del corrispettivo segua al pagamento integrale del prezzo convenuto, mentre risulta inconferente rispetto all'eventualità in cui la corresponsione di questo sia stata dilazionata nel tempo e il residuo sia pari o superiore all'ammontare della riduzione, ciò che comporterebbe non già una limitazione del "rimborso" al consumatore, bensì una decurtazione delle somme che questi deve ancora versare al professionista.

A nostro avviso, pertanto, la previsione del comma 8 dell'art. 130 c.cons. la quale prevede che la determinazione del *quantum* della riduzione del prezzo conseguente all'esercizio di tale rimedio debba essere operata "tenendo conto" dell'uso del bene si palesa contraria alla direttiva 1999/44/CE, sicché con riferimento alla disciplina di settore, come a quella di diritto comune, non può che concludersi nel senso dell'insussistenza di un obbligo del compratore di indennizzare il venditore per l'uso del bene che questi abbia fatto nelle more fra la consegna e l'esperimento del rimedio.

4. La riduzione del prezzo nel caso di parti soggettivamente complesse

Fra i molti problemi lasciati irrisolti dalla insufficiente regolamentazione normativa del diritto alla riduzione del prezzo una speciale attenzione sembra debba essere

riservata all'eventualità in cui la parte venditrice ovvero la parte acquirente costituiscano parti soggettivamente complesse⁴⁷⁶, onde comprendere come l'esercizio della riduzione del prezzo debba avvenire in tale eventualità.

Con riguardo alla vendita internazionale regolata dalla Convenzione di Vienna del 1980, si è ritenuto da taluno che la dichiarazione del compratore rivolta a uno dei più venditori produca effetto nei confronti di tutti, essendo immediatamente modificativa del contratto, mentre ove siano i compratori a essere in numero superiore a uno e il venditore siano uno soltanto prevarrebbe, per il medesimo motivo, il rimedio esperito per primo anche da uno soltanto degli acquirenti⁴⁷⁷.

Sembra, invece, che la natura di diritto potestativo che abbiamo riconosciuto al diritto di ridurre il prezzo concesso al compratore di beni di consumo dall'art. 130 c.cons. (in armonia con quanto accade proprio con riferimento alla CISG) costituisca un argomento insuperabile nel senso della indivisibilità dell'esercizio del rimedio⁴⁷⁸, il quale potrà essere esperito soltanto laddove tutti i soggetti componenti la parte acquirente dichiarino la propria concorde volontà in tal senso. Invero, a prescindere dalla divisibilità o meno dell'oggetto della vendita, in tale ipotesi la riduzione del prezzo avviene attraverso l'esercizio, da parte del compratore, di un diritto

⁴⁷⁶ Al contrario, il codice civile tedesco dedica a questa eventualità una specifica previsione (al comma 2 del § 441): «Sind auf der Seite des Käufers oder auf der Seite des Verkäufers mehrere beteiligt, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden». Tale soluzione, peraltro, è opposta a quella accolta dall'abrogato § 474, comma 1 (sul quale si rinvia a H. HONSELL, sub § 474, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, München, 1978, p. 410 s.), il quale sanciva la possibilità di esercitare la *Minderung* anche da parte di ciascuno o nei confronti di ciascuno, senza prevedere la necessità di un esercizio concorde da parte di tutti i soggetti o verso tutti i soggetti componenti la parte plurisoggettiva. Per la *Wandlung* vigevo, invece, la diversa regola dell'indivisibilità, sancita dal § 467 attraverso il rinvio alla generale regola sull'*Unteilbarkeit* del diritto di recesso contenuta nel § 356 BGB.

La previsione dell'abrogato § 474 non era stata immune da critiche: essa, infatti, da un canto, poneva una distinzione fra riduzione del prezzo e risoluzione non facilmente spiegabile da punto di vista dogmatico, e dall'altro, in applicazione del principio contenuto nel § 356, sanciva (al comma secondo) l'impossibilità di esercitare la *Wandlung* per tutti gli altri soggetti componenti la parte acquirente laddove uno di essi avesse optato esperito la *Minderung*, con ciò ponendo un ulteriore fattore di asimmetria fra i due rimedi.

⁴⁷⁷ Cfr. WILL, sub art. 50, in C.M. BIANCA - M.J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, cit., p. 374, seguito sul punto da R. DE NICTOLIS, sub art. 50, in C.M. BIANCA, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. Commentario*, cit., p. 243 s., i quali giustificano la soluzione in ragione dell'immediato effetto modificativo del contratto attribuito alla dichiarazione di riduzione del prezzo e alle necessità inerenti le transazioni commerciali internazionali, «che altrimenti andrebbero incontro ad incertezze e ritardi». La stessa De Nictolis, peraltro, limita la portata dell'affermazione ora riferita alle ipotesi in cui la prestazione sia indivisibile, mentre laddove questa sia divisibile ritiene maggiormente «conforme ad equità» (*sic!*) ritenere che il singolo compratore sia abilitato a disporre del rapporto contrattuale limitatamente alla propria quota, dando così luogo a una riduzione parziale del prezzo.

⁴⁷⁸ Anche la dottrina tedesca riconduce alla natura giuridica di diritto potestativo – attribuita alla *Minderung* dalla riforma dello *Schuldrecht* del 2002 – la previsione dell'indivisibilità attiva e passiva dell'esercizio del rimedio sancita dal citato § 441, comma 2, BGB. Cfr., per tutti, A. MATUSCHE-BECKMANN, sub § 441, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 311, la quale precisa altresì che non rileva, ai fini della disposizione *de quibus*, la divisibilità o meno dell'oggetto della vendita.

potestativo, che è per definizione indivisibile, sicché non sembra possibile predicarne l'esercizio parziale. Al contrario, riconosciutane correttamente la natura giuridica, il diritto alla riduzione del prezzo (al pari, peraltro, di quello alla risoluzione del contratto) non potrà che essere esercitato soltanto ove tale volontà sia espressa concordemente da tutti i compratori e verso tutti i venditori, producendosi l'effetto modificativo del negozio soltanto nel momento in cui la dichiarazione sia, da un canto, stata portata da tutti a conoscenza del venditore, e dall'altro, l'unico compratore la faccia pervenire a tutti i venditori. In proposito, non è affatto necessario che l'esercizio del rimedio avvenga contemporaneamente da parte di tutti i compratori o nei confronti di tutti i venditori, né che sia contenuto in un'unica dichiarazione, ma la produzione degli effetti della riduzione avverrà soltanto allorché (ai sensi dell'art. 1334 c.c.) l'ultima manifestazione di volontà giunga «a conoscenza» del o dei venditori⁴⁷⁹.

La natura giuridica del diritto sancito dall'art. 130 c.cons. comporta, altresì, che laddove la possibilità di esperire il rimedio si verifichi per uno soltanto degli acquirenti ovvero venga meno anche per uno soltanto di essi (ad esempio, in quanto, la sostituzione o la riparazione effettuate hanno provocato notevoli inconvenienti soltanto a taluni ma non a tutti i consumatori coinvolti nell'operazione di acquisto) ciononostante la possibilità di avvalersi della riduzione del prezzo (e, correlativamente, della risoluzione del contratto) deve ritenersi preclusa riguardo a tutti⁴⁸⁰.

Passando ora all'analisi della medesima problematica con riguardo all'ipotesi di esercizio dell'azione estimatoria concessa dall'art. 1492 c.c. al compratore di cosa viziata non pare che, in ragione della necessità dell'esercizio giudiziale del rimedio, possa darsi ingresso a una soluzione differente. Invero, anche in questa ipotesi, ciò che il compratore fa valere è un diritto potestativo, che differisce da quello concesso al consumatore soltanto per la necessità dell'esercizio giudiziale, ma la cui natura parimenti non tollera un esercizio soggettivamente parziale.

⁴⁷⁹ Da questo detto consegue linearmente che la manifestazione di volontà di uno soltanto dei compratori non è idonea a interrompere il corso della prescrizione, sicché, ove l'ultima dichiarazione pervenga a conoscenza del venditore posteriormente al compiersi della prescrizione, questa si compirà riguardo a tutti.

⁴⁸⁰ Tale, infatti, è la regola vigente nell'ordinamento germanico con riferimento al *Rücktritt*, con riferimento al quale il § 351 prevede espressamente: «*erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen*». Su tale disposizione, che si giustifica proprio in ragione della natura giuridica di diritto potestativo del recesso, cfr. brevemente A. TEICHMANN, sub § 351, in *Jauernig Kommentar BGB*, München, 2003, p. 428.

CAPITOLO SESTO

1. Risarcimento del danno e rimedi concessi al venditore: osservazioni generali

Da quando Triboniano e i suoi coadiutori hanno compendiato i rimedi previsti dal diritto onorario e dal diritto civile attraverso la generalizzazione del campo di applicazione delle azioni restitutorie nate dalla giurisdizione del pretore e la conferma dell'*actio empti* in funzione risarcitoria⁴⁸¹ l'esegesi dei testi della Compilazione e - in seguito - delle disposizioni di legge dedicati al risarcimento del danno subito dal compratore di beni viziati è sempre stata iscritta all'interno del più generale problema della garanzia per vizi, tanto da essere assai di frequente condizionata dall'opzione interpretativa prescelta riguardo alla natura della garanzia e dalle acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza in ordine alla responsabilità per vizi e ai rimedi restitutori accordati al compratore⁴⁸².

È opinione ormai prevalente, infatti, che l'art. 1494, comma 1, c.c. - nel riconoscere «in ogni caso» in favore del compratore di beni viziati il diritto al risarcimento del danno, salvo che il venditore provi «di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa» - sancisca un obbligo risarcitorio fondato sulla responsabilità contrattuale del

⁴⁸¹ Sul punto v. il Capitolo II, ove ampia ricostruzione dell'evoluzione storica dei rimedi apprestati dal diritto romano a tutela del compratore di beni affetti da vizi materiali nonché delle influenze di questo sistema sul diritto intermedio.

⁴⁸² In questo senso cfr. le articolate osservazioni di C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 450 ss., spec. 453 s., il quale acutamente segnala il problema dell'apriorismo nell'esegesi della disposizione contenuta nell'art. 1494 c.c., sia con riguardo al dato dell'inscindibilità del legame fra garanzia e risarcimento sia con riguardo al riferimento del risarcimento previsto dalla norma *de qua* all'interesse positivo.

venditore⁴⁸³ derivante dalla violazione della *lex contractus* ovvero dell'impegno traslativo⁴⁸⁴. Pertanto, la pretesa al risarcimento del danno che l'ordinamento riconosce al compratore di cosa viziata s'inscriverebbe nella generale categoria regolata dall'art. 1218 c.c.⁴⁸⁵: l'intendimento dei rimedi redibitori quale ipotesi, seppur speciale⁴⁸⁶, di responsabilità da inadempimento⁴⁸⁷ si riverbera sulla concezione della natura della responsabilità, anch'essa ricondotta alla disposizioni generali, quale peculiare previsione di responsabilità derivante dall'inattuazione imputabile del rapporto obbligatorio o della promessa contrattuale.

La conclusione cui in tal modo perviene la nostra dottrina è coerente con la ricostruzione del Pothier, il quale abbiamo visto⁴⁸⁸ considerò in maniera unitaria rimedi restitutori e i rimedi risarcitori, sulla base della propria idea secondo cui il venditore sarebbe gravato dell'*obligation de faire avoir la chose utilement*, sicché la sussistenza di vizi del bene dovrebbe essere qualificata quale inadempimento di tale obbligazione, inadempimento a cui per la controparte segue coerentemente la possibilità di risolvere il contratto e di ottenere il risarcimento dei danni subiti. È noto, infatti, come l'insigne giurista francese, partendo dalla considerazione della natura sinallagmatica della compravendita, perviene a gravare entrambe le parti del peso di un'obbligazione: da una parte, quella inerente al pagamento del prezzo, dall'altra, corrispettivamente, quella di far acquistare la cosa al compratore e di farla acquistare "utilmente", cioè esente da vizi. È da questo approdo che Pothier guarda

⁴⁸³ Per tutti, v. A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2011, p. 299.

⁴⁸⁴ Nell'ottica sostenuta da C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1978, p. 871.

⁴⁸⁵ P. GRECO – G. COTTINO, *sub art. 1492-1494*, in *IID., Della vendita. Artt. 1470-1547*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 275 si esprimono nel senso che il venditore il quale versi in colpa «è tenuto all'integrale risarcimento dei danni (interesse anche positivo) per l'inadempimento sia nell'ipotesi di risoluzione che di riduzione del prezzo»; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 873, il quale ritiene difficilmente giustificabile il tentativo di "svincolare" il risarcimento del danno previsto dall'art. 1494, comma 1, c.c. dal sistema generale della responsabilità contrattuale, in quanto ciò comporterebbe l'estraneità di un tipico caso di violazione della promessa contrattuale ai principi generali che regolano il risarcimento del danno, tanto da porre – secondo l'illustre A. - un problema di ingiustificata differenziazione di trattamento rispetto all'inesattezza della prestazione per mancanza di qualità essenziali o promesse. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 299 espressamente riconduce la disposizione dell'art. 1494, comma 1, c.c. nell'alveo dell'art. 1218 c.c. identificando la colpa del venditore nell'aver contratto l'impegno traslativo senza avere previamente appurato, secondo le norme di comune diligenza, la propria effettiva capacità di attuarlo, non avendo egli verificato l'assenza di vizi o avendo negligenzemente ignorato la loro sussistenza. Richiama l'art. 1218 c.c. anche D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1971, p. 817 ss, spec. 819.

⁴⁸⁶ Sulla specialità dell'ipotesi di responsabilità sancita dalla garanzia per vizi posta a favore del compratore v., per tutti, le osservazioni di A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 234 ss., ove si passano in rassegna tutte le regole di responsabilità speciale

⁴⁸⁷ È l'opinione oggi dominante, seppure con tutte le varie sfumature che si sono sottolineate nel Capitolo precedente. Si vedano, pertanto, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 634 ss. e 777 ss.; P. GRECO – G. COTTINO, *sub art. 1492-1494*, in *IID., Della vendita. Artt. 1470-1547*, in *Commentario Scialoja – Branca*, cit., p. 176

⁴⁸⁸ Si rimanda a tal proposito al Capitolo II.

al risarcimento del danno: pur confermandone, in aderenza alle fonti, l'inscindibile legame con la conoscenza del vizio da parte del venditore, egli non può che concludere per la natura contrattuale dell'obbligo di rifusione dei danni, in quanto sanzione per l'inadempimento dell'obbligo principale di *faire avoir la chose utilement*⁴⁸⁹.

In tal modo l'insigne giurista francese porta alle estreme conseguenze un *iter* di fusione che, come ricordato poche righe sopra, era iniziato già con l'opera sistematrice dell'epoca giustiniana, ma che solo con la scuola del diritto naturale e, soprattutto, l'opera del giurista d'Orléans arriva a compimento, obliterando – dimentico della vera natura dell'*actio empti* tramandataci dai classici⁴⁹⁰ – la diversa origine dei due ordini di rimedi e arrivando a concepirne un fondamento unitario, basato sull'idea di obbligazione e di sanzione restitutoria o risarcitoria della sua violazione.

Questo insegnamento ha fortemente condizionato i redattori del codice civile francese, il quale consente dapprima, all'art. 1644, la facoltà di scelta fra le azioni edilizie, e quindi, all'articolo seguente, prevede che «*si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur*», in tal modo legando il profilo restitutorio e il profilo risarcitorio in maniera inscindibile, in quanto la rifusione del danno è configurata a pieno titolo quale componente della garanzia. Non diversamente, l'art. 1486 del codice spagnolo, al comma 1 accorda al compratore il diritto di «*desistir del contrato*» oppure di «*rebajar una cantidad proporcional del precio*», per poi prevedere al comma successivo che il compratore può domandare, per il caso di mala fede del venditore⁴⁹¹, oltre alla risoluzione, anche il risarcimento del danno subito. Lo stesso

⁴⁸⁹ In questo stesso senso, nel ripercorrere il pensiero di Pothier, cfr. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 438 s.

⁴⁹⁰ Circa l'*actio empti*, la sua natura e la sua evoluzione si rimanda nuovamente al Capitolo II.

⁴⁹¹ Si avverte sin d'ora, però, come i codici spagnolo e francese, nel richiedere, per l'esperibilità del rimedio del risarcimento del danno, la conoscenza del vizio da parte del venditore e la mancata comunicazione dell'esistenza dello stesso al compratore, pongano un requisito differente e più stringente rispetto al codice del 1942 e si allineino, invece, con la codificazione italiana abrogata, il cui art. 1502 subordinava espressamente la condanna del venditore al risarcimento del danno alla conoscenza del vizio da parte di costui. Sul punto, v. P. GRECO – G. COTTINO, *sub art. 1492-1494*, in IID., *Della vendita. Artt. 1470-1547*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 275; G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1937, p. 114; F. DEGNI, *Lezioni di diritto civile: la compra-vendita*, Padova, 1935, p. 166. Ne consegue, come si vedrà *infra* nel testo, che negli ordinamenti ora ricordati il venditore risponde dei danni soltanto allorché abbia consegnato la cosa in mala fede e non già nelle ipotesi in cui abbia ignorato l'esistenza dei vizi, ma avrebbe potuto conoscerli con l'applicazione della normale diligenza.

Ciò che più importa, comunque, è che la descritta dissimiglianza comporta una diversità assai rilevante riguardo alla natura della responsabilità, la quale viene affrancata da taluni malintesi nati nel diritto intermedio e quindi innestatisi nelle moderne codificazioni attraverso l'opera del Pothier. Su questa diversità v. *infra* nel testo.

codice italiano del 1865, all'art. 1502, ripresentava la stretta connessione suggerita da Pothier fra azioni redibitorie e risarcimento, traducendo⁴⁹² alla lettera il dettato del *Code*.

Nel terzo Capitolo abbiamo tentato di dimostrare come l'idea del venditore quale soggetto gravato dell'obbligazione di far avere la cosa utilmente sia non soltanto antistorica ma ancor prima si risolva in una superfetazione che riconduce al vincolo obbligatorio l'assenza di vizi materiali senza considerare come – seppure le qualità della cosa venduta possano formare oggetto della pattuizione delle parti, come dimostra l'art. 1497 c.c. – l'idea che ha guidato il legislatore italiano, similmente a tutti i legislatori dell'epoca, è stata quella dell'estraneità della garanzia per vizi rispetto al contenuto contrattuale, la cui rilevanza poteva essere ricondotta soltanto alla violazione di qualità espressamente promesse o essenziali. Ne consegue che, in ragione dello stretto legame che gli interpreti hanno creduto di intravedere fra le azioni restitutorie e quella di risarcimento del danno concessa al compratore in ragione dell'esistenza dei vizi della cosa, appare d'uopo procedere a una rimediazione della natura di tale ultima responsabilità e dei rapporti esistenti fra questa e il sistema della garanzia, onde verificare la correttezza degli approdi dell'interpretazione oggi prevalente.

2. Il risarcimento del danno ex art. 1494 c.c. fra responsabilità contrattuale e precontrattuale

Come si è detto, è opinione assai diffusa nella nostra dottrina quella che legge l'art. 1494 c.c. quale sanzione per l'inadempimento colposo dell'obbligo di far acquistare la cosa esente da vizi (come nell'ordinamento francese) ovvero per violazione colposa della *lex contractus*. In tale seconda ottica si pone la norma nel solco comune a quegli ordinamenti europei che ai rimedi volti a sanzionare l'oggettiva inesatta attuazione dello scambio affiancano la pretesa al risarcimento del danno, legata alla colpa del venditore. L'osservazione è supportata dal confronto con le legislazioni a noi prossime. In apparente somiglianza con il nostro ordinamento, lo stesso codice austriaco del 1811 - che pure prende in parte le distanze dal modello romano proprio in materia di garanzia per vizi, ponendo il principio per cui il compratore ha diritto

⁴⁹² Art. 1502 c.c. del 1865: «Se il venditore conosceva i vizi della cosa venduta, è tenuto, oltre alla restituzione del prezzo ricevuto, al risarcimento dei danni verso il compratore».

in primo luogo all'esatto adempimento della prestazione traslativa e soltanto in subordine può ricorrere ai rimedi di origine edilizia – prevede, al § 933a, che il compratore possa pretendere il risarcimento del danno, ove il vizio sia imputabile alla colpa dell'alienante⁴⁹³. Analogamente, il BGB, a seguito della riforma dello *Schuldrecht*⁴⁹⁴, prevede al § 437, n. 3 che il compratore possa pretendere, oltre all'adempimento successivo, al recesso o alla riduzione del prezzo, il risarcimento del danno in applicazione delle disposizioni generali dei §§ 280, 281, 283 e 311a, ovvero chiedere il rimborso di spese inutilmente sostenute in base al § 284. La scelta del legislatore germanico è quella di ricondurre il diritto al risarcimento dei danni causati dal trasferimento di una cosa viziata nell'alveo della disciplina generale dell'inadempimento dell'obbligazione imputabile al debitore, sicché il compratore di beni viziati potrà ottenere dalla controparte la rifusione delle perdite patrimoniali causate dal colposo inadempimento dell'alienante all'obbligazione di conformità, su di lui gravante ai sensi del § 433, le quali non siano assorbite dall'eventuale esercizio del diritto di recesso o di riduzione del prezzo⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Il comma 2 del § 933a precisa, inoltre, che «wegen des Mangels selbst kann der Übernehmer auch als Schadenersatz zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch verlangen. Er kann jedoch Geldersatz verlangen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind». Pertanto, si ribadisce che il diritto al risarcimento del danno è legato alla colpa del venditore, il quale rifiuti di riparare il bene o di sostituirlo o non vi provveda entro un termine ragionevole, salvo il caso in cui l'esatto adempimento (sotto forma di riparazione o sostituzione del bene) sia impossibile o risulti eccessivamente oneroso. In tale ultima eventualità, infatti, il compratore, ai sensi del § 932, può far valere la *Wandlung* o la *Minderung*, con esclusione dell'ottenimento dell'esatta prestazione dedotta in contratto, sicché si giustifica la pretesa al risarcimento del danno.

⁴⁹⁴ Nel testo precedente l'entrata in vigore del *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 2002, il § 463 BGB disponeva: «Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat». Pertanto, al compratore di cosa affetta da vizi materiali o priva di qualità garantite, il diritto al risarcimento del danno era riconosciuto soltanto in alternativa alla risoluzione del contratto e alla riduzione del prezzo, e non già in aggiunta a tali rimedi; il risarcimento, inoltre, era indipendente dalla colpa. Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. II Band: Besonderer Teil. 1. Halbband*, München, 1986, p. 58 ss., ove l'A. ricorda anche un terzo caso – pur non espressamente disciplinato dal codice, ma ricavabile per analogia da quelli regolati dal § 463 – in cui al compratore è consentito pretendere il risarcimento del danno in luogo dei rimedi edilizi, e cioè allorché il venditore «das Vorhandensein einer günstigen Eigenschaft arglistig vorgespiegelt hat»; H. PUTZO, *sub § 463*, in *Palandt BGB Kommentar*, München, 2002, p. 551 ss.; H. HONSELL, *sub § 463*, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin, 1978, p. 355 ss. spec. p. 365 ss.; W. LEISER, *Schadenersatz wegen Sachmängeln. Rechtshistorisches zu § 463*, in *Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag*, Köln, 1972, p. 299 ss.

⁴⁹⁵ Con il riferimento ai danni subiti a causa del colposo inadempimento del venditore i quali non siano assorbiti dall'eventuale esercizio del diritto di recesso o di riduzione del prezzo intendiamo riferirci al fatto che il BGB prevede la possibilità per il compratore di scegliere fra la combinazione della pretesa al risarcimento con il recesso o la riduzione del prezzo e l'esercizio del diritto al risarcimento del danno in luogo della prestazione (§ 281). L'esperimento di tale rimedio è escluso, però, qualora «die Pflichtverletzung unerheblich ist» e richiede che il compratore medesimo abbia fissato inutilmente al debitore un congruo termine per l'adempimento o la *Nacherfüllung*. In proposito v. il

Ma tali analogie sono meramente superficiali, in quanto il codice del 1942, da un canto, come avrà modo di vedersi, non accoglie la ricostruzione del risarcimento del danno quale sanzione connessa ai rimedi edilizi e iscritta nel sistema della garanzia⁴⁹⁶, e dall'altro, neppure approda a ricollegare la responsabilità del venditore all'inadempimento di un'obbligazione derivante dal contratto ovvero del contratto stesso. Al contrario, la responsabilità di cui all'art. 1494 c.c. deriva da un contegno del venditore che attiene, per definizione alla fase precontrattuale, in quanto consiste nella verifica dell'assenza di vizi nella cosa venduta in un tempo anteriore alla conclusione del contratto.

Pur senza negare che la mancata comunicazione dei vizi della cosa derivante dalla colpevole ignoranza di questi concreti una violazione di un dovere attinente alla fase precontrattuale (*ex art. 1337 c.c.*), la dottrina⁴⁹⁷ finisce per ritenere che la responsabilità del venditore abbia cionondimeno carattere contrattuale, in quanto il negozio si è comunque validamente perfezionato e il comportamento scorretto tenuto *in contrahendo* si è riverberato in un inesatto adempimento della prestazione. Tale posizione finisce, peraltro, per operare un'evidente e inaccettabile inversione logica giacché costruisce quale effetto contrattuale la responsabilità derivante dalla violazione di doveri che sorgono nella fase anteriore alla conclusione del contratto stesso⁴⁹⁸.

Parimenti fondata sull'inadempimento del contratto è la concezione della responsabilità del venditore argomentata da coloro i quali ricostruiscono l'azione di danni di cui all'art. 1494 c.c. quale «surrogato della pretesa di adempimento»⁴⁹⁹, pertanto capace di assicurare al compratore il pieno risarcimento del danno, comprensivo dell'interesse positivo⁵⁰⁰. La contrattualità della responsabilità sarebbe poi confermata dalla struttura della fattispecie, ai fini della cui integrazione sarebbe

par. 5 di questo Capitolo e la bibliografia ivi citata. Circa l'esperimento "isolato" dell'azione di risarcimento del danno nel vigente diritto italiano v. *infra* nel testo.

⁴⁹⁶ Lo riconosce, infatti, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1971, p. 818, il quale ritiene che il risarcimento del danno esuli dalla garanzia vera e propria.

⁴⁹⁷ Così, infatti, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 878, nonché ID., *Diritto civile 3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 200, laddove si legge che «il contratto può tutelare un interesse (all'esatto adempimento) che si sostituisce interamente all'interesse anteriormente leso (all'informazione, alla chiarezza, ecc.) [...] in tal caso la parte non può far valere un distinto danno precontrattuale»; similmente, A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, Milano, 1974, p. 39 s.

⁴⁹⁸ Lo nota esattamente F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 118.

⁴⁹⁹ Si vedano senz'altro P. KRÜCKMANN, *Gewährschaft, Gefahrtragung und der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*, Stuttgart, 1936, p. 29 ss. e, nella nostra letteratura, L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 12 ss.

⁵⁰⁰ Espressamente in tal senso, L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 18.

sufficiente la mala fede dell'alienante, da intendersi quale puro stato intellettuale di conoscenza dei vizi.

L'una e l'altra ricostruzione, a nostro avviso, prestano il fianco a numerosi dubbi, riconducibili fondamentalmente al fatto che, da un canto, la responsabilità posta dall'art. 1494 c.c. si basa su presupposti differenti rispetto a quelli che consentono l'attivazione della garanzia per vizi e dei connessi rimedi edilizi⁵⁰¹, non trattandosi di effetto contrattuale, ma di sanzione conseguente alla violazione di un obbligo di correttezza nella fase delle trattative che si pongono a monte del perfezionamento del negozio, e dall'altro, la mala fede prevista quale requisito del comportamento del venditore rilevante ai fini in parola non si atpeggia affatto come elemento meramente psicologico-intellettuale, bensì realizza la fattispecie di responsabilità soltanto laddove e in quanto si riverbera nella mancata comunicazione al compratore dei vizi noti al venditore o da lui colposamente ignorati⁵⁰². Ne consegue⁵⁰³ che deve riconoscersi come l'art. 1494, comma 1, c.c. sancisca la responsabilità precontrattuale⁵⁰⁴ del venditore per l'inosservanza di un dovere di correttezza⁵⁰⁵, proseguendo la tradizione dell'antica *actio empti* e ponendosi nel solco dell'abrogato (e più limitato)⁵⁰⁶ § 463 BGB.

Emancipare la responsabilità del venditore sancita dal codice civile dall'inadempimento contrattuale, riconoscendone l'autonomia rispetto alla garanzia e la natura precontrattuale, comporta, in primo luogo, rilevanti interrogativi in ordine al profilo della prescrizione del rimedio, e insieme a questi, pone il problema dell'interesse risarcibile, che l'interpretazione maggioritaria ha sempre identificato nell'interesse positivo.

⁵⁰¹ In questo senso, limpidamente, C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 451.

⁵⁰² Sono parole di C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 455.

⁵⁰³ Nel senso che la distinzione fra responsabilità contrattuale e precontrattuale riposi in ciò che l'interesse tutelato dalla seconda si qualifica sì quale interesse all'adempimento ma «non di un'obbligazione *ex contractu*, bensì di una "diversa" obbligazione (il cui contenuto consiste in una pretesa ad un contegno altrui conforme a buona fede), che ha la sua fonte nella stessa trattativa», v. M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, p. 185, sulla scia di K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, p. 100 e, nella nostra dottrina, di L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 364 ss.

⁵⁰⁴ Una diversa conclusione non può essere argomentata sulla base di considerazioni attinenti l'onere della prova, poiché «il fatto che l'art. 1494, comma 1, preveda la non conoscenza scusabile dei vizi come elemento impeditivo della responsabilità non depone minimamente per la sottrazione della fattispecie all'ambito della responsabilità precontrattuale: [...] se si conviene che la fase delle trattative genera un rapporto strutturato in una serie di obblighi di rispetto della sfera giuridica del partner, una volta dimostrata l'esistenza e la mancata attuazione di uno di questi obblighi, sarà colui sul quale esso grava a [dover] dimostrare che l'inattuazione è dovuta a causa a lui non imputabile» (così, ancora, C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 456).

⁵⁰⁵ V., infatti, F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 46 s.

⁵⁰⁶ Tale disposizione, infatti, prevedeva due ipotesi in cui il compratore poteva richiedere il risarcimento del danno, al posto della risoluzione del contratto o della *Minderung*: si veda sopra per ulteriori chiarimenti.

Con riguardo al primo profilo, infatti, l'orientamento consolidato, in giurisprudenza⁵⁰⁷ come in dottrina⁵⁰⁸, sottopone la pretesa risarcitoria del compratore ai rigidi termini prescrizione e decadenziale contenuti nell'art. 1495 c.c. proprio facendo leva sull'inquadramento del rimedio risarcitorio all'interno del sistema della garanzia per vizi⁵⁰⁹. L'abbandono di tale prospettiva, pertanto, ha consentito agli Autori che riconoscono nella disposizione del primo comma dell'art. 1494 c.c. di propugnare l'autonomia del rimedio risarcitorio unitamente a quella del termine prescrizione del medesimo, sottratto quindi alle strettoie dell'onere di denuncia e del termine annuale. Peraltro, tale asserito comporta il confronto con diverse difficoltà, in ragione della discussa natura (contrattuale o aquiliana) della responsabilità precontrattuale⁵¹⁰ e, quindi, delle incertezze che circondano l'identificazione del termine di prescrizione della pretesa. Inoltre, la conclusione deve fare i conti con un'obiezione di ordine "pratico", avanzata dal Rubino, la quale consente altresì di introdurre il tema dell'interesse tutelato dal rimedio risarcitorio che ci occupa. Ad avviso dell'illustre studioso, infatti, l'autonomia dell'azione

⁵⁰⁷ Tra le tante, cfr. Cass. 13 marzo 1980, n. 1696; di recente, implicitamente, Cass. 14 gennaio 2011, n. 747, la cui massima recita: «in tema di compravendita, l'impegno del debitore di eliminare i vizi che rendano il bene inidoneo all'uso cui è destinato (ovvero che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore economico) di per sé non dà vita ad una nuova obbligazione estintiva-sostitutiva dell'originaria obbligazione di garanzia, ma consente al compratore di non soggiacere ai termini di decadenza e alle condizioni di cui all'art. 1495 c.c.; ne consegue che, ove il compratore, anziché chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, agisca per l'esatto adempimento dell'obbligo di riparazione o sostituzione della *res*, assunto spontaneamente dal debitore sulla base del riconoscimento dell'esistenza dei vizi, ugualmente non si determina un effetto novativo dell'obbligazione originaria e la prescrizione - venuta meno la regola "eccezionale" dell'art. 1495 c.c. - decorre secondo l'ordinario termine decennale di cui all'art. 2946 c.c.».

⁵⁰⁸ Per tutti, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, cit., p. 824 ss. e C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 877 ss., il quale, in una prospettiva opposta a quella qui accolta, ritiene che la soluzione consegua al fatto che «la risoluzione del contratto, la riduzione del prezzo e il risarcimento del danno [siano] tutti rimedi che integrano la tutela contrattuale del compratore contro l'inesattezza materiale del bene alienato».

⁵⁰⁹ Esempiarmente in questo senso v. L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 18 ss. e U. MORELLO, *L'azione di risarcimento dei danni derivati dai vizi della cosa*, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1497.

⁵¹⁰ Per sommarie informazioni in proposito, cfr. G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. contratto Roppo*, V, 2, Milano, 2006, p. 1106 ss. Nel senso della contrattualità dell'ipotesi di responsabilità in discorso si sono posti, tra gli altri, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 115 ss., M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 185 e R. SCOGNAMIGLIO, sub art. 1337, in ID., *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 215; *contra*, a favore di un inquadramento nella responsabilità extracontrattuale, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, cit., p. 157 ss. e P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 260 s.

In argomento v. anche L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 360 ss.; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 287 ss.; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (osservazioni in tema di recesso dalla trattativa)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 972; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972; A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 782; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1274 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

risarcitoria non postulerebbe indefettibilmente la sua sottrazione ai termini prescrizionali sanciti dall'art. 1495 c.c., in quanto così opinando – laddove si osservi che l'opinione maggioritaria consente l'esperibilità del rimedio risarcitorio anche prescindendo dalla contestuale domanda di risoluzione o riduzione del prezzo e che si ritiene altresì che il risarcimento comprenda il c.d. interesse positivo⁵¹¹ – si garantirebbe al compratore la possibilità di «raggiungere un risultato in parte equivalente [*scilicet*: a quello raggiungibile con l'esperimento delle azioni edilizie] ma senza l'osservanza della denuncia e del termine annale [*sic*] di prescrizione»⁵¹². Si è, peraltro, ribattuto⁵¹³ che l'interesse tutelato dal rimedio risarcitorio apprestato dall'art. 1494, comma 1, c.c. non sarebbe affatto quello positivo, incompatibile con la natura precontrattuale della responsabilità che si è ora riconosciuta, bensì quello negativo, la cui considerazione non potrebbe condurre ad affermare una regola di responsabilità dai contenuti “equivalenti” alle restituzioni derivanti dall'esperimento delle azioni edilizie.

Tale ulteriore obiezione non sembra, però, confutare l'argomento portato dal Rubino, giacché la tutela dell'interesse negativo, ove rettamente intesa⁵¹⁴ quale tutela dell'interesse del compratore a essere correttamente informata della condizione materiale della cosa onde contrarre in maniera consapevole, sembra palesarsi comunque in grado di assicurare al compratore utilità comparabili a quelle garantite dai rimedi edilizi, confermando la necessità di affermare un termine di prescrizione della pretesa risarcitoria pari a quello previsto per questi ultimi, onde evitare di consentirne l'aggiramento. Invero, a fronte della violazione dell'obbligo informativo che incombe sul venditore, il compratore – una volta prescritte le azioni edilizie⁵¹⁵ – potrebbe senz'altro richiedere, in via autonoma, il ristoro di tutte le spese sostenute per l'acquisto del bene che egli non avrebbe sostenuto ove l'alienante lo avesse reso edotto dei vizi di questo. Non vi è chi non veda come tale ristoro si atteggi diversamente in ragione di «quello che sarebbe accaduto se il compratore avesse

⁵¹¹ Come noto, le nozioni di interesse negativo e positivo risalgono a R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 1861, p. 1 ss. Nella nostra dottrina, si veda la brillante sintesi di M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 173 ss. nonché la convincente rivisitazione di G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 69 ss., dei cui approdi si terrà conto nel testo.

⁵¹² Così D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, cit., p. 825.

⁵¹³ Vedi C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 452 e G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., p. 221 s.

⁵¹⁴ La definizione di seguito fornita si avvale degli approdi cui giunge G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 196 ss.

⁵¹⁵ Appare chiaro come la medesima pretesa possa essere avanzata anche anteriormente alla prescrizione dei rimedi edilizi, ma in tal caso – com'è ovvio – non sorge il problema esattamente sollevato dal Rubino.

conosciuto il vero stato delle cose»⁵¹⁶, ovvero dell'eventualità in cui egli avrebbe comunque concluso il contratto alle stesse condizioni⁵¹⁷, non lo avrebbe concluso⁵¹⁸ o lo avrebbe concluso a condizioni differenti. In questo ultimo caso, in particolare, il compratore dovrebbe vedersi assicurato, attraverso il risarcimento del danno, il medesimo risultato economico che avrebbe potuto raggiungere attraverso la riduzione del prezzo⁵¹⁹. Sembra, pertanto, di dover concludere nel senso che anche il risarcimento del danno regolato dall'art. 1494, comma 1, c.c. segua i termini decadenziale e prescrizione dettati per le azioni edilizie.

Ciò che, però, maggiormente interessa è analizzare quali voci di danno possano essere oggetto di ristoro nelle ipotesi in cui la domanda risarcitoria in discorso venga accoppiata a quella di riduzione del corrispettivo, onde evitare che l'esperimento congiunto dei due mezzi di tutela possa condurre a duplicazioni.

Come si è visto nel Capitolo precedente, la riduzione del prezzo consente al compratore di ottenere la restituzione di una somma pari al prodotto fra il prezzo originariamente pattuito e il rapporto esistente fra il valore del bene viziato e quello che questo avrebbe ove fosse integro, sicché rimane proporzionalmente inalterato il rapporto di equivalenza tra cosa e prezzo stabilito soggettivamente dalle parti. Ne consegue che l'interesse negativo del compratore trova principale compensazione già nel rimedio estimatorio, il quale consente a costui di porsi nella posizione nella quale si sarebbe trovato ove avesse conosciuto il vizio, pur senza ricorrere al rimedio risarcitorio e senza dover invocare tale forma di tutela. Il contenuto della pretesa risarcitoria, pertanto, in questi casi avrà ad oggetto il rimborso delle spese e dei sacrifici che il compratore abbia affrontato in vista dell'originario oggetto contrattuale i quali siano divenuti proporzionalmente inutili in ragione della contrazione dell'oggetto del negozio: vi rientrano le spese sostenute per la trattativa, la conclusione e l'esecuzione del contratto che l'acquirente avrebbe risparmiato ove avesse concluso fin dall'inizio un negozio di contenuto corrispondente a quello

⁵¹⁶ Sono parole di G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 199, il quale si rifà a K. TIEDTKE, *Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus Verschulden beim Vertragsabschluss wegen fehlender Aufklärung*, in JZ, 1989, p. 569 s.

⁵¹⁷ Ciò che non lascia spazio per il risarcimento del danno riferibile al prezzo pagato, ma soltanto a quello derivante da maggiori spese di negoziazione ovvero ritardi.

⁵¹⁸ Laddove si è argomentato nel senso che la parte acquirente avrebbe diritto a ottenere, a mezzo del risarcimento del danno, di essere posta non nella medesima posizione in cui si sarebbe trovata se non avesse concluso il contratto, ma in una posizione a questa equivalente dal punto di vista economico (cfr. G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 201), sicché il risarcimento dovrà consentire al compratore di ottenere una somma pari alla differenza fra il prezzo pagato e il valore reale del bene.

⁵¹⁹ In proposito G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 203 ss. ritiene infatti che con riferimento alla determinazione del *quantum* risarcitorio dovrebbe applicarsi il metodo relativo comunemente accolto in tema di riduzione del corrispettivo.

risultante dalla sentenza di riduzione del corrispettivo⁵²⁰. Infatti, la riduzione del prezzo non comprende, di per sé, la riduzione proporzionale delle spese sostenute in vista del contratto o in forza di questo, sicché il rimborso di queste è possibile soltanto per mezzo del risarcimento del danno⁵²¹. La rifusione dell'interesse negativo, inoltre, essendo comunque dominata dal principio dell'integrale risarcimento del danno di cui all'art. 1223 c.c.⁵²², si estende altresì al lucro cessante, sicché attraverso il rimedio concesso dall'art. 1494 c.c. il compratore potrà ottenere ristoro delle vantaggiose occasioni di guadagno perdute in ragione del fatto di non avere, fin dal principio, concluso l'affare «nei termini più contenuti che poi sono risultati dal vittorioso esperimento dell'azione di riduzione della prestazione»⁵²³.

3. Risarcimento del danno e riduzione del corrispettivo nella vendita di beni di consumo

Tra i diritti attribuiti al consumatore per l'eventualità di difetti di conformità del bene acquistato, l'art. 3 della direttiva 1999/44/CE non annovera quello al risarcimento del danno⁵²⁴, devolvendo *in toto* agli Stati membri la risoluzione della

⁵²⁰ In argomento, v. A. LUMINOSO, sub art. 1453, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 404, il quale fa l'esempio delle spese tributarie o degli onorari notarili.

⁵²¹ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, p. 815 e C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, p. 870, nt. 2.

⁵²² Per questo insegnamento v., per tutti, M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 173 ss. e G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., p. 321.

⁵²³ Sono parole di A. LUMINOSO, sub art. 1453, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 405.

⁵²⁴ A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 1 definisce il risarcimento del danno «il grande "assente" della direttiva» Su questa mancanza della direttiva v. già i rilievi critici di G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, p. 191 ss.; ID., *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI - E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, in *Tratt. contratti Rescigno - Gabrielli*, Torino, 2005, p. 1053; ne scrive giustamente come di una «lacuna vistosa», A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Studium iuris*, 2000, p. 266; ne sottolinea la «stranezza», A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *I contratti*, 2002, p. 1053; R. CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, in *Contr. e impr. Europa*, 2000, p. 472 sostiene che le ragioni dell'omissione risulterebbero tanto più oscure e incomprensibili ove si ponga mente al fatto che gli ordinamenti nazionali dei Paesi europei sul punto divergono in maniera spesso assai accentuata, sicché l'imposizione di una disciplina organica in materia di garanzie avrebbe dovuto suggerire l'unificazione pure di questo aspetto. La mancanza è stata notata e censurata anche da studiosi di altri Stati membri: per tutti, cfr. W. KIRCHER, *Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf*, Tübingen, 1998, p. 116 nonché p. 283, ove persuasivamente si argomenta come l'armonizzazione delle regole degli Stati membri in materia di risarcimento del danno non si porrebbe affatto in contrasto con il principio di sussidiarietà (che la Commissione aveva invece

questione inerente se e in presenza di quali presupposti l'acquirente possa, ove il venditore non abbia correttamente adempiuto l'obbligazione di consegnare beni conformi al contratto, far valere nei suoi confronti una pretesa risarcitoria, e in caso affermativo, se questa si aggiunga o si sostituisca alle facoltà già accordate dalla normativa europea⁵²⁵.

Parrebbe di poter escludere che gli Stati membri abbiano la facoltà di prevedere che l'eventuale diritto al risarcimento del danno riconosciuto dalle legislazioni nazionali si sostituisca ai rimedi accordati dalla direttiva, poiché una tale previsione si porrebbe in contrasto con la direttiva medesima, privando il consumatore della tutela fornita dalla normativa europea. Ammissibile, viceversa, dovrebbe essere valutata ove fosse volta ad apprestare un livello più elevato di tutela dell'acquirente, conformemente al disposto dell'art. 8, comma 2⁵²⁶, come accadrebbe qualora riconoscesse al consumatore uno strumento di reazione all'inadempimento dell'obbligo di conformità ulteriore rispetto a quelli messi a disposizione dalla disciplina di armonizzazione. Lo stesso art. 8 della direttiva, peraltro, al comma 1 prevede che l'esercizio dei diritti riconosciuti dal *corpus* normativo di origine comunitaria lasci impregiudicata la facoltà, per il consumatore, di avvalersi di altri rimedi e diritti cui egli possa fare ricorso in forza dei diritti nazionali⁵²⁷, fra i quali

richiamato a giustificazione della propria scelta nella Relazione alla Proposta di direttiva, pubblicata in COM (1995) 520 def., p. 6), e F.A. SCHURR, *Die neue Richtlinie 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung – Chancen und Gefahren für deutsche Kaufrecht*, in ZRV, 1999, p. 227.

⁵²⁵ La ragione dell'omissione è persuasivamente ravvisata da G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 10, nota 17 - al di là del poco pertinente richiamo al principio di sussidiarietà operato dalla Commissione nella Relazione alla Proposta di direttiva ricordata alla nota che precede - «nelle scarsissime probabilità di successo che avrebbe avuto un tentativo di armonizzazione delle normative nazionali vigenti in questo settore», giacché «le profonde diversità esistenti fra i diversi ordinamenti avrebbero condotto a gravi contrasti in seno agli organi CE, con la conseguenza di rallentare, se non addirittura paralizzare, i lavori preparatori della direttiva».

⁵²⁶ In proposito deve ricordarsi come la disciplina germanica in tema di risarcimento del danno conseguente alla vendita di un bene non conforme preveda che, a certe condizioni (disciplinate dal § 281 BGB), il compratore abbia la possibilità di ottenere un risarcimento del danno sostitutivo della prestazione e alternativo rispetto ai rimedi di cui alla direttiva. L'accennata possibilità non si pone in contrasto con la direttiva giacché il compratore ha la piena facoltà di scelta fra l'esercizio del rimedio in parola e la combinazione della pretesa al risarcimento del danno con la dichiarazione di recesso o di riduzione del prezzo, sicché il § 281 BGB non può dirsi in alcun modo privare il consumatore delle tutele fornite dalla direttiva. L'esercizio dell'azione risarcitoria - per vizi del bene compravenduto - in via autonoma è ammesso anche dall'ordinamento italiano, ma in tal caso il contrasto con la direttiva non è nemmeno potenziale giacché la previsione riguarda soltanto le vendite sottratte alla disciplina consumeristica e, pertanto, al campo di applicazione della direttiva 1999/44/CE.

⁵²⁷ Senz'altro più preciso, da un punto di vista terminologico, è il testo in lingua tedesca della direttiva 1999/44/CE, che così si esprime: «*Andere Ansprüche, die der Verbraucher aufgrund innerstaatlicher Rechtsvorschriften über die vertragliche oder außervertragliche Haftung geltend machen kann, werden durch die aufgrund dieser Richtlinie gewährten Rechte nicht berührt*». Ciò lascia, infatti, meglio trasparire la finalità dell'inserimento della disposizione, la quale è volta precisamente a chiarire come l'intervento armonizzatore non abbia l'aspirazione di definire un *corpus* di rimedi a favore

rientra senz'altro il diritto al risarcimento del danno, sicché la mancata omogeneizzazione, a livello di direttiva, della disciplina riguardante il ristoro del danno derivante dall'inadempimento dell'obbligo di procurare beni conformi alle previsioni contrattuali si riverbera nella necessità di ricorrere a un'analisi degli ordinamenti interni al fine di ricostruire gli esatti contorni del rapporto fra tale rimedio e quelli oggetto del processo di armonizzazione.

Contrariamente a quanto operato, ad esempio, dal legislatore austriaco, il quale in sede di recepimento della direttiva ha novellato l'ABGB inserendovi il § 933a, ove si prevede espressamente che il compratore possa avvalersi dell'azione risarcitoria - il cui esercizio è, peraltro, limitato alle ipotesi in cui non sia possibile la riparazione o la sostituzione del bene difettoso⁵²⁸ - quello italiano non ha compiuto alcuna opera di sistematizzazione della materia in fase di attuazione, sicché l'articolato del codice del consumo⁵²⁹ si mostra carente di qualsiasi espresso riferimento all'ammissibilità e alle condizioni di un'eventuale pretesa risarcitoria. Sul punto soccorre, però, l'art. 135 c. cons. il quale - coerentemente all'abrogato art. 1519-*nonies* c.c. - dichiara che «le disposizioni del [capo dedicato alla disciplina della vendita di beni di consumo] non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico»⁵³⁰, aggiungendo nel capoverso - diversamente dalla

del compratore di beni di consumo esaustivo di tutte le pretese che costui può avanzare nei confronti della controparte, bensì sia volto a regolare compiutamente soltanto i rimedi che il consumatore può esperire a fronte del difetto di conformità.

⁵²⁸ Anche il legislatore austriaco, pertanto, ha previsto il diritto al risarcimento del danno come diritto che si aggiunge al novero dei rimedi di cui il consumatore può avvalersi a fronte del difetto di conformità del bene consegnatogli. V. *supra* nota 2 per la compiuta esposizione dei contenuti della disposizione.

Il legislatore francese, invece, nel modificare il *Code de la consommation* con l'*Ordonnance* n. 2005-136 del 17 febbraio 2005, all'art. L. 211-11, comma 2, ha genericamente previsto che l'applicazione delle disposizioni inerenti i rimedi concessi al consumatore in caso di difetto di conformità (artt. L. 211-9 e L. 211-10) «*ne font pas obstacle à l'allocation de dommages et intérêts*». Non diversamente ha operato la legge 1° settembre 2004 «relativa alla protezione dei consumatori in caso di vendita di beni di consumo» - con la quale il Belgio ha dato attuazione alla direttiva 1999/44/CE - la quale ha novellato il codice civile inserendo, fra le altre, la previsione secondo cui (art. 1649-*quinquies*) le pretese del consumatore alla sostituzione, riparazione, riduzione del prezzo o risoluzione del contratto si aggiungono ai «*dommages et intérêts le cas échéant*».

⁵²⁹ E altrettanto vale per il pressoché identico articolato degli abrogati artt. 1519-*bis* ss. c.c., i quali contenevano la prima stesura delle disposizioni di recepimento della direttiva 1999/44/CE. Sulle (poche, ma non irrilevanti ai fini del tema *de quo*) diversità fra il testo originario e quello del codice del consumo v. le sintetiche ma penetranti notazioni di G. DE CRISTOFARO, *Il codice del consumo*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 798 s.

⁵³⁰ Questa parte della disposizione è stata giustamente sottoposta a critica da G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, in *Studium iuris*, 2002, p. 1326 nonché in ID., *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI - E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 997 ss., il quale ha sottolineato come la trasposizione nell'ordinamento interno del disposto dell'art. 8, comma 1 della direttiva 1999/44/CE, operato dal legislatore italiano proprio con la previsione ora riportata nel testo, fosse del tutto superflua, in quanto tale articolo trova giustificazione soltanto in un testo legislativo rivolto a differenti ordinamenti, ciascuno dotato di proprie regolamentazioni differenziate, ma, a livello di ordinamenti interni, da un lato - laddove si riferisce a diritti dal

disposizione abrogata, che sul punto non si pronunciava – che «per quanto non previsto» dal medesimo titolo⁵³¹ «si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita». Non può sfuggire, infatti, come la pretesa risarcitoria costituisca il più rilevante diritto che l'ordinamento interno dei Paesi membri può accordare al consumatore in aggiunta ai rimedi apprestati dalla normativa di armonizzazione⁵³². La disposizione menzionata, però, al pari di quella che ne costituisce l'antecedente, è stata ed è tuttora oggetto di non pochi travagli interpretativi, ai quali non può non accennarsi in questa sede in quanto soltanto una corretta ricostruzione della portata normativa della disposizione medesima può consentire di delineare con precisione il rapporto corrente fra il diritto al risarcimento del danno e, in generale, i rimedi concessi dalla direttiva al consumatore il quale si veda consegnati beni non conformi al contratto, e fra questi ultimi, in particolare, la riduzione del prezzo.

L'indagine dei contorni di tale relazione è parte di quella, più ampia, concernente il rapporto fra il regime speciale delle vendite di beni di consumo e il regime generale della responsabilità per i difetti materiali della prestazione previsto dalla disciplina codicistica, in relazione al quale, sotto la vigenza dell'art. 1519-*nonies* c.c., una parte consistente degli interpreti⁵³³ aveva ritenuto che tale ultima disposizione fosse volta

contenuto diverso a quelli previsti dalla direttiva -, essa appare «sostanzialmente superflua», mentre, dall'altro – ove riferita a diritti di contenuto diverso da quelli oggetto della normativa di armonizzazione – si palesa «fuorviante e potenzialmente foriera di gravi confusioni, incertezze e sovrapposizioni». R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II. Il regime delle «garanzie» nelle vendite di beni di consumo, Napoli, 2007, p. 286 ss. imputa a un affrettato trasponimento (c.d. *copy-out*) la poca chiarezza della disposizione. Sul punto, in un'ottica differente si vedano: P. SIRENA, *sub art. 135*, in C.M. BIANCA, *La vendita di beni di consumo (artt. 128-135 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 572; L. GAROFALO, *sub art. 1519-*nonies**, in L. GAROFALO – V. MANNINO – E. MOSCATI – P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2003, p. 712 ss.

⁵³¹ Invero, come già si è detto nel Capitolo precedente, il Titolo III della Parte IV del d. legisl. 6 settembre 2005, n. 206 contiene inspiegabilmente un Capo I il quale esaurisce l'intero contenuto del Titolo medesimo, rendendo difficilmente comprensibile la ragione della previsione dell'ulteriore suddivisione. Ne consegue che la disciplina inerente la "garanzia di conformità" per i beni di consumo può essere indistintamente richiamata facendo riferimento sia al Capo sia al Titolo in discorso.

⁵³² In questo stesso senso v. R. CAMPIONE, *sub art. 135*, in *Comm. breve dir. cons. De Cristofaro – Zaccaria*, Padova, 2010, p. 899 e T. DALLA MASSARA, *sub art. 1519-*nonies**, in L. GAROFALO – V. MANNINO – E. MOSCATI – P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2003, p. 743.

⁵³³ Così, fra i tanti, con riferimento alla direttiva e al testo dell'art. 1519-*nonies*: T. DALLA MASSARA, *sub art. 1519-*nonies**, in L. GAROFALO – V. MANNINO – E. MOSCATI – P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 729 ss., spec. p. 738; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 904; C. IURILLI, *Autonomia contrattuale e garanzie nella vendita di beni di consumo*, Milano, 2004, p. 204; F. BOCCHINI, *sub art. 1519-*nonies**, in ID., *La vendita di beni mobili*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 598; nello stesso senso v. anche l'accenno contenuto in G.B. FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001, p. 77, ove l'A. accenna alla possibilità per il consumatore di «avvalersi anche della disciplina generale della risoluzione per l'inadempimento, in caso [...] di *aliud pro alio*».

a consentire al consumatore non soltanto l'esercizio di diritti e facoltà diversi e ulteriori rispetto a quelli concessi dalla normativa di armonizzazione, bensì – ove ne potesse derivare una maggiore tutela – l'utilizzo di ogni e qualsiasi rimedio azionabile dall'acquirente secondo la disciplina di diritto comune, anche qualora lo stesso fosse identico per struttura e funzione a quelli predisposti dalla direttiva. Pertanto, secondo l'intendimento in discorso, l'acquirente di beni di consumo potrebbe liberamente scegliere se azionare i diritti previsti dalla normativa codicistica, in generale o per i singoli tipi contrattuali riconducibili alla tipologia di scambio concretamente concluso, in qualità di comune contraente, ovvero, in veste di consumatore, ricorrere ai rimedi introdotti dal diritto comunitario, e addirittura potrebbe proporre i due ordini di rimedi in regime di cumulo subordinato⁵³⁴. La nuova disciplina, pertanto, finirebbe soltanto per giustapporsi e "sommarsi" alla vecchia, senza essere connotata da un ambito di applicazione esclusivo, ma concorrendo a pieno titolo con la normativa già operante, di cui il consumatore potrà pur sempre avvalersi, purché ne ricorrano i presupposti applicativi⁵³⁵. Pertanto, il consumatore che riscontrasse la sussistenza di vizi della cosa acquistata avrebbe la possibilità, ad esempio, di convenire il venditore con l'azione redibitoria prevista dall'art. 1492 c.c., e, ove ne ricorressero i presupposti, potrebbe invocare i rimedi di diritto comune che l'opinione ormai generalizzata in giurisprudenza e in dottrina appresta per il caso di consegna di *aliud pro alio*, sottraendosi alla gerarchia dei rimedi definita dal codice di settore.

Tale esegesi dell'art. 1519-*nonies* c.c. è stata osteggiata, fin dal suo apparire, da coloro⁵³⁶ i quali ritenevano fuorviante e contrastante con lo stesso obiettivo

⁵³⁴ L'opinione è piuttosto diffusa soprattutto fra i primi commentatori: v. A. MANIACI, *sub art. 1519-*nonies**, in AA.VV., *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002, p. 92; L. GAROFALO, *sub art. 1519-*nonies**, in L. GAROFALO – V. MANNINO – E. MOSCATI – P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 713 s.; T. DALLA MASSARA, *Nuovo art. 1519-*nonies*: possibili opzioni interpretative*, in *Corr. Giuridico*, 2003, p. 1369 ss., spec. p. 1372 e gli autori citati alla nota precedente. Di recente A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 327 ss., pur prendendo posizione nel senso descritto nel testo, ritiene non potersi «tuttavia nascondere che questa soluzione, oltre a compromettere l'obiettivo – perseguito dalla direttiva – della armonizzazione delle varie legislazioni nazionali, è fonte di incertezze, sovrapposizioni e soprattutto incongruenze normative che mettono a dura prova la coerenza e l'armonia interna del sistema». Nel senso propugnato da questi autori sembra porsi, nel descrivere l'ordinamento italiano, anche H.P. MANSEL, *Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts*, in *AcP*, 2004, p. 396 ss.

⁵³⁵ Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 387 il quale precisa come la possibilità di esperire gli ordinari rimedi codicistici sia subordinata, com'è ovvio, alla ricorrenza non già dei presupposti previsti dalla novella per l'integrazione del difetto di conformità bensì di quelli di «inidoneità all'uso o diminuzione apprezzabile del valore» alla cui sussistenza l'art. 1490 c.c. lega l'esistenza del vizio materiale, ovvero degli altri presupposti descritti dalle norme interne che regolano il tipo contrattuale in cui è sussumibile il negozio concluso.

⁵³⁶ In questo senso, v. i già citati scritti di G. DE CRISTOFARO, nonché S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e*

dell'armonizzazione dei diritti spettanti al consumatore-acquirente di beni di consumo la concessione allo stesso consumatore della libera facoltà di scelta in ordine all'esperimento dei rimedi previsti dalla direttiva e i rimedi ordinari aventi identica funzione e simile contenuto. Secondo questi interpreti, il richiamo ai «diritti attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento» doveva essere, invece, inteso nel senso di autorizzare il consumatore a far valere le disposizioni del diritto nazionale le quali prevedessero strumenti di tutela diversi da quelli apprestati dalla disciplina di derivazione comunitaria, con ciò evitandosi sovrapposizioni di disciplina potenzialmente lesive della certezza dei rapporti giuridici e della coerenza dello stesso ordinamento interno.

La posizione si palesa tanto più condivisibile ove si consideri come l'opzione interpretativa avversata, con il propugnare il concorso fra rimedi di diritto interno e rimedi *ex* direttiva, finisca per arrecare un mortale *vulnus* al principio di gerarchia (consacrato nell'art. 130 c. cons. e, in precedenza, nell'art. 1519-*quater* c.c.) che sovrintende ai medesimi per volontà del legislatore comunitario e che costituisce uno dei veri e propri tratti caratteristici su cui si basa l'impianto della "garanzia" europea. Infatti, sostenere la piena libertà del contraente consumatore di ricorrere a rimedi di diritto interno aventi la stessa funzione degli strumenti previsti dalla direttiva equivale a scardinare *in toto* l'idea fondante della normativa di armonizzazione la quale, in linea con la propria essenza di misura volta all'attuazione del mercato interno, è volta esplicitamente a creare un sistema in sé concluso ed esaustivo, che non tollera la concorrenza di altri sistemi di tutela di contenuto sovrapponibile ma soltanto la coesistenza con altri rimedi aventi diversa funzione. Il fraintendimento in cui mostra di essere caduta l'opinione favorevole al doppio binario di tutela è sì motivato da un fine potenzialmente apprezzabile – ovvero quello dell'innalzamento del livello di tutela del consumatore⁵³⁷ – ma

dir. priv., 2004, p. 1081 ss.; M.G. CUBEDDU, *sub* art. 1519-*nonies*, in S. PATTI, *Commentario sulla vendita di beni di consumo*, Milano, 2004, p. 441 s. e p. 465; G. PISCIOTTA, *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003, p. 50 ss.; E. CORSO, *sub* art. 1519-*nonies*, in EAD., *Vendita di beni di consumo*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 196.

⁵³⁷ Tale fine sembra prevalere in molte delle letture degli autori i quali sostengono l'esegesi qui avversata: cfr., per tutti, F. BOCCHINI, *sub* art. 1519-*nonies*, in ID., *La vendita di beni mobili*, cit., p. 598 s. (che riprende le stesse considerazioni anche in ID., *Contratti di alienazione di beni*, in ID. – E. QUADRI, *Diritto Privato*, Torino, 2011, p. 926), il quale sostiene che la gerarchia tra i rimedi di tipo "ripristinatorio" e i rimedi di stampo "restitutorio" (intesi come rivolti al riequilibrio economico dello scambio) si traduce a vantaggio delle imprese, le quali, attraverso l'intervento di sostituzione o riparazione possono evitare la restituzione (in tutto o in parte) del corrispettivo incamerato, sicché non si vede come si possa impedire al consumatore di avvalersi immediatamente della tutela derivante dalle norme sulla garanzia di diritto comune al fine di liberarsi del vincolo contrattuale, altrimenti dandosi luogo al paradosso per cui i rimedi edilizi (e non diversamente le tutele normalmente apprestate all'acquirente di *aliud pro alio*) sarebbero attivabili da qualsiasi compratore, ma non dai consumatori. Ma v. nel testo le ragioni che inducono a rigettare questa

tralascia di considerare che tale fine, per il legislatore comunitario, si compendia e deve essere perseguito unitamente e funzionalmente all'obiettivo del rafforzamento e dell'omogeneizzazione del mercato interno. Non vale a superare questa considerazione neppure l'obiezione⁵³⁸ secondo cui l'esercizio delle azioni edilizie non comporterebbe una deroga in senso tecnico della disciplina di nuova introduzione, e in particolare dell'ordine gerarchico che essa ha inteso imporre al consumatore, giacché non sarebbe sussistente un rapporto di genere a specie fra le due discipline, avendo le stesse presupposti applicativi assolutamente divaricati. Infatti, tale distinzione – proprio in relazione al contratto di vendita – si traduce in un'inutile quanto pericolosa superfetazione, poiché postulerebbe l'esistenza in capo al venditore di due distinte situazioni giuridiche soggettive, funzionali alla tutela non già di diversi interessi bensì dello stesso interesse del compratore, ma aventi contenuto ontologicamente incompatibile, gravando l'una l'alienante di un'obbligazione di conformità e prevedendo, invece, l'altra una mera "garanzia"⁵³⁹. Non vi è chi non veda come tale conclusione sia palesemente aberrante: anche il più spiccato *favor* per il consumatore non può trascendere le categorie giuridiche sino a spingersi a gravare uno stesso soggetto, da un lato, di un'obbligazione di conformità e, dall'altro, di una "garanzia", che il consumatore avrebbe la possibilità di azionare in via elettiva, poiché l'esistenza stessa dell'una non consente di predicare la sussistenza dell'altra⁵⁴⁰.

La disposizione di cui all'art. 1519-*nonies* c.c. non è stata modificata nell'*iter* che ha condotto al suo passaggio nel codice del consumo, ma l'art. 135 c. cons. – che, come detto, la riproduce – è stato formulato con l'aggiunta di un'alinea, ove il legislatore

ricostruzione.

⁵³⁸ Formulata, ad esempio, da T. DALLA MASSARA, *Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 139 s.

⁵³⁹ In questo stesso senso cfr. G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, in *Tratt. contratti Rescigno – Gabrielli*, cit., p. 999.

⁵⁴⁰ Lo stesso richiamo alla disposizione di cui all'art. 127 c. cons., in tema di responsabilità da prodotto difettoso, operato da T. DALLA MASSARA, *Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, cit., p. 139 al fine di suffragare la propria tesi, appare non cogliere nel segno: se è vero, infatti, che la disposizione *de qua* è da molti interpretata nel senso che la stessa non osterebbe ma anzi renderebbe possibile un concorso di diritti e rimedi di diritto interno e di diritto europeo (v., per tutti, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 709 e U. CARNEVALI, voce *Responsabilità del produttore*, in *Enc. diritto*, Milano, 1988, p. 938), tale esegesi è stata sconfessata più volte dalla Corte di Giustizia, la quale ha esaltato la vocazione armonizzatrice della normativa comunitaria e ha dichiarato che la salvezza dei diritti attribuiti al danneggiato dalle leggi nazionali deve essere intesa correttamente quale salvezza delle sole fattispecie di responsabilità contrattuali o extracontrattuali le quali trovino fondamento in elementi diversi rispetto alla responsabilità da prodotto difettoso (cfr. Corte Giust. CE, 25 aprile 2002, in C-154/00, *Commissione c. Repubblica Ellenica*, in particolare punto 178; Corte Giust. CE, 25 aprile 2002, in C-52/00, *Commissione c. Repubblica francese*, in particolare punti 22 e 23; in dottrina, in sintonia con l'orientamento della Corte di Giustizia, valorizzando i *Considerando* della direttiva CE 1985/374/CEE, v. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2008, p. 651).

ha sancito una regola assai più rilevante per il tema che qui ci impegna. Infatti, poiché il diritto al risarcimento del danno non viene in alcun modo regolato dall'intervento armonizzatore, la regola originaria di cui al comma 1 non solleva comunque perplessità in ordine all'ammissibilità del ricorso al rimedio risarcitorio anche qualora si ritenga di aderire all'interpretazione della stessa sostenuta poco sopra, ma apre il problema di identificare il corretto referente normativo della pretesa.

Peraltro, il comma 2 dell'art. 135 c. cons., statuendo che «per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in materia di contratto di vendita», sembra porre un decisivo argomento a favore della tesi qui propugnata, la quale ritiene di escludere la possibilità di un concorso fra i rimedi previsti dalla normativa di armonizzazione e quelli di diritto comune aventi la medesima funzione. Infatti, il nuovo alinea non soltanto stabilisce chiaramente la – già pacifica – applicabilità delle norme del codice civile agli aspetti delle vendite di beni di consumo non destinatari di una specifica regolamentazione, ma soprattutto precisa che tale applicazione deve avvenire soltanto «per quanto non previsto» dalla disciplina di settore⁵⁴¹. Ne consegue, linearmente, che per le fattispecie le quali già

⁵⁴¹ Valorizza questo dato testuale, G. DE CRISTOFARO, *Il codice del consumo*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 799; ID., *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. e impr. Europa*, 2006, p. 62 ss. (nel contesto di un più ampio argomento volto a delineare i rapporti fra codice di settore e codice civile, alla luce dell'art. 38 c. cons.). Similmente, G. DE NOVA, *La disciplina della vendita di beni di consumo nel "Codice" del consumo*, in *I Contratti*, 2006, p. 391, il quale ritiene che il capoverso dell'art. 135 c. cons. risolva in maniera definitiva il problema del concorso di rimedi, adottando la soluzione restrittiva; cfr. anche M.G. FALZONE CALVISI, *Il «taglia e incolla» non si addice al legislatore*, in *Contr. e impr. Europa*, 2006, p. 113, secondo cui la nuova norma esclude il cumulo dei rimedi, «essendo il rinvio alle norma sulla vendita limitato a "quanto non previsto" ed essendo i rimedi e il loro ordine di applicazione espressamente previsti nell'art. 130»; ritiene che l'opinione in discorso sia più aderente al dato testuale anche R. CAMPIONE, sub *art. 135*, in *Comm. dir. cons. De Cristofaro – Zaccaria*, cit., p. 901. Nel vigore dell'art. 135 c.cons. condivide l'opinione restrittiva anche M. GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra promissio e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 258.

Non convincono i tentativi di recuperare la disposizione contenuta nel più volte citato alinea all'ipotesi interpretativa più liberale, operati da taluni svalutando il contenuto precettivo della medesima (così P. SIRENA, sub *art. 135*, in C.M. BIANCA, *La vendita di beni di consumo (artt. 128-135 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, cit., p. 574, il quale ritiene la disposizione ininfluenza rispetto alle argomentazioni già avanzate nel vigore dell'art. 1519-*nonies* c.c.; scettico circa l'utilità della disposizione anche A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I Contratti*, 2006, p. 172), da altri argomentando nel senso che essa sarebbe volta soltanto a precisare il riferimento di cui al comma 1, dichiarando applicabile la normativa in tema di contratto di vendita per tutti «i rimedi non ridisciplinati dalla normativa di settore» (così l'approfondita disamina di T. DALLA MASSARA, *Art. 135 c.cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, cit., p. 147). Tale ultima tesi non può essere condivisa, in quanto, da un lato, si risolve in una petizione di principio e, dall'altro, pur partendo dall'intenzione di leggere i due commi «l'uno accanto all'altro» opera un'arbitraria scomposizione del significato precettivo degli stessi. L'A. citato, infatti, procede alla disamina del nuovo capoverso pretendendo di scorgere nel comma 1 il «riferimento all'insieme di tutti gli strumenti astrattamente applicabili, siano o meno essi disciplinati *ex novo* dal codice del consumo», con ciò dando per dimostrato ciò che costituisce non già un *prius* del procedimento ermeneutico bensì l'eventuale risultato dello stesso, che si pretenderebbe di dimostrare. Non solo: affermare che il riferimento a «quanto non previsto dal

ricevono nel codice del consumo una compiuta regolamentazione, non si dà alcun ricorso alla normativa codicistica, con ciò escludendosi la possibilità del concorso elettivo fra azioni edilizie e rimedi speciali.

Venendo specificamente al tema del risarcimento del danno, già nella vigenza dell'art. 1519-*nonies* c.c. il generico richiamo alle «altre norme dell'ordinamento» aveva diviso gli interpreti fra quanti, esaltando il profilo dell'obbligazione di conformità del bene al contratto, gravante sul venditore in forza della normativa di armonizzazione, ritenevano applicabili le norme in tema di responsabilità per inadempimento in generale⁵⁴², e quanti invece, propendendo per la ricostruzione che inquadra la “garanzia europea” nella categoria della responsabilità speciale, propugnavano l'applicazione della norma codicistica in materia di vendita⁵⁴³, ovvero dell'art. 1494 c.c.⁵⁴⁴.

A seguito dell'inserimento del nuovo capoverso nell'art. 135 c.cons., ove si fa espresso riferimento alle «disposizioni del codice civile in materia di vendita» allo scopo di colmare le lacune della normativa in materia di vendita di beni di consumo, potrebbe concludersi nel senso che il legislatore abbia portato un chiaro argomento a favore dell'applicabilità dell'art. 1494 c.c.⁵⁴⁵. Sennonché, posto che l'indicazione

presente titolo», contenuto nel comma 2, riguardi soltanto «i rimedi non ridisciplinati dalla normativa di settore», attribuendo contemporaneamente al comma precedente portata generalizzata relativamente a ogni ordine di rimedio extrasettoriale, costituisce una forzata asimmetria, la quale ha ragione di esistere soltanto ove si voglia mantenere ferma l'idea della possibilità del concorso elettivo dei rimedi.

⁵⁴² Cfr., *ex plurimis*, D. BUZZELLI, *Commento al comma 1, sub art. 1519-quater*, in L. GAROFALO – V. MANNINO – E. MOSCATI – P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2006, p. 313 ss.; G. PISCIOTTA, *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, cit., p. 150; G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, in *Tratt. contratti Rescigno – Gabrielli*, cit., p. 1053 s.; R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita*, Napoli, 2007, p. 300.

⁵⁴³ In questo senso, v. già A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, cit., p. 266 s.; C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 980 ss.; T. DALLA MASSARA, *sub art. 1519-nonies*, in L. GAROFALO – V. MANNINO – E. MOSCATI – P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 747; A. MANIACI, *sub art. 1519-nonies*, in AA.VV., *L'acquisto di beni di consumo*, cit., p. 105. Più di recente, cfr. l'articolata presa di posizione di R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali, II. Il regime delle «garanzie» nelle vendite di beni di consumo*, cit., p. 292 ss.

⁵⁴⁴ Anche in questo caso, non può sfuggire come il richiamo alla sola disciplina della vendita sia improprio, in quanto – poiché la normativa posta dagli artt. 128 ss. c. cons. ha carattere trans-tipico – dovrà applicarsi ad ogni singolo caso la disciplina del tipo contrattuale al quale, nel caso concreto, può essere ricondotta la pattuizione conclusa dalle parti. Nello stesso senso, v. G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1052.

⁵⁴⁵ Anche in presenza di tale univoca indicazione, peraltro, sembra potersi dubitare dell'obbligatorietà del riferimento alla disciplina generale della vendita laddove il contratto concretamente concluso sia piuttosto sussumibile nel tipo dell'appalto, della somministrazione ovvero del contratto d'opera. Ne consegue che il rinvio in parola deve, in generale, intendersi piuttosto operato alle singole discipline dei tipi contrattuali concretamente rientranti nella nozione di “vendita” posta dall'art 128 c.cons.: così anche R. CAMPIONE, *sub art. 135*, in *Comm. breve dir. cons. De Cristofaro – Zaccaria*, cit., p. 907.

legislativa in favore dell'applicazione delle disposizioni che regolano il tipo contrattuale non può essere sottovalutata, pare che essa non si presti a costituire strumento di incondizionato ingresso di tali disposizioni nel sistema disegnato dalla direttiva 1999/44/CE⁵⁴⁶, dovendo piuttosto essere condotta una previa analisi della compatibilità di queste con l'architettura concettuale della normativa di armonizzazione⁵⁴⁷.

Si è visto in apertura del presente Capitolo come l'art. 1494, comma 1, c.c. si iscriva coerentemente nella costruzione della garanzia per vizi di diritto comune fondante una responsabilità che prescinde dall'esistenza di un inadempimento, costituendo la sanzione del comportamento colposo del venditore consistente non già nel non avere procurato al compratore il bene esente da vizi, bensì nell'aver violato l'obbligo di correttezza nella fase delle trattative, assumendo un vincolo contrattuale pur senza avere preventivamente valutato la propria attitudine alla realizzazione del risultato traslativo programmato. Tale previsione si ricollega, trovando piena giustificazione, all'assenza di un obbligo del venditore di procurare al compratore la cosa avente le caratteristiche pattuite, sicché sembra non potersi conciliare con un sistema in cui all'alienante sia imposta l'obbligazione di consegnare beni conformi al contratto, giacché in tal caso la responsabilità per danni dovrebbe sanzionare l'inadempimento di tale obbligazione assunta con la conclusione del contratto, e non già un comportamento assunto nella fase precontrattuale⁵⁴⁸. Ne consegue, a nostro

⁵⁴⁶ In questa direzione sembra, invece, muoversi A. MANIACI, *sub art. 135*, in *Comm. cod. cons. Cuffaro*, p. 620, ad avviso del quale l'introduzione dell'alinea più volte menzionato avrebbe dissipato ogni residuo dubbio in ordine al referente normativo cui deve essere rapportato il rimedio risarcitorio dipendente dalla violazione dell'obbligazione di conformità.

⁵⁴⁷ Tale scrutinio di compatibilità, il cui svolgimento è imprescindibile ogni qual volta debba essere applicata a un determinato istituto una disposizione dettata per una differente fattispecie, si giustifica a maggior ragione nell'ipotesi in argomento, in considerazione delle profonde differenze funzionali che si sono riscontrate nel Capitolo precedente nella ricostruzione delle due tipologie di "garanzie" (di settore e di diritto comune), nonché delle differenti opzioni dogmatiche poste a base di ciascuna di esse.

⁵⁴⁸ Tale ragione di rigetto dell'applicazione dell'art. 1494 c.c. ci pare debba essere considerata non soltanto prioritaria ma assorbente, fondandosi sulla incompatibilità fra i due regimi di risarcimento. Peraltro, non sembra potersi negare valore all'osservazione di chi (A. VENTURELLI, *sub art. 135*, in *Comm. dir. cons. Vettori*, Padova, 2007, p. 1040) nota come riconoscere l'operatività dell'art. 1494 c.c. equivarrebbe a introdurre una duplice disarmonia: interna al sistema della direttiva, in ragione della sussistenza dei brevi termini di denuncia che si ritengono sottesi alla responsabilità codicistica (in applicazione dell'art. 1495 c.c.); fra la direttiva e la Convenzione di Vienna, che ne costituisce l'archetipo normativo, laddove è espressamente sancita una responsabilità contrattuale ordinaria a carico del venditore. Non sembra, invece, condivisibile l'ulteriore rilievo effettuato dallo stesso A., laddove opina nel senso che l'applicazione dell'art. 1494 c.c. non potrebbe essere accettata in ragione del suo effetto diminutivo della tutela del consumatore. Invero, sebbene sia certo che un simile effetto si produrrebbe in conseguenza dell'applicazione della regola posta dall'art. 1494 c.c., deve peraltro avvertirsi come tale diminuzione di tutela sia contraria alla direttiva soltanto allorché si riferisca a diritti assicurati al consumatore dalla direttiva medesima, ma non già allorché abbia riguardo a situazioni soggettive in ordine alle quali la regolazione è interamente rimessa ai diritti interni.

avviso, che il referente normativo della responsabilità per danni del professionista deve essere identificato in quello stesso che fornisce la disciplina della fattispecie più vicina a livello codicistico, ossia alla responsabilità per danni conseguente alla mancanza di qualità promesse o essenziali, la quale rinvia alla disciplina generale dell'inadempimento. In proposito, peraltro, non sembra possa essere posta alcuna distinzione fra le difformità esistenti al momento della conclusione del contratto di vendita e quelle che insorgano nelle more fra tale istante e il tempo della consegna del bene al consumatore, come ritenuto da autorevole dottrina⁵⁴⁹: non pare accettabile, infatti, scindere le due ipotesi di responsabilità riconducendo la prima al presupposto della negligente preventiva verifica della conformità del bene e la seconda all'inadempimento dell'obbligazione di consegna, con ciò applicando categorie tipiche della disciplina di diritto interno a fattispecie rispondenti a una logica del tutto estranea, essendo entrambe espressive dell'inesatto adempimento dell'obbligazione di consegnare beni conformi al contratto derivante dall'art. 129, comma 1, c.cons.

Dalle riflessioni che precedono consegue, a nostro avviso, che il risarcimento del danno, derivante alla consegna di cosa difettosa ai sensi della disciplina di settore, deve essere ricondotto alla fattispecie regolata dall'art. 1218 c.c., ciò che comporta l'applicazione della colpa quale criterio di imputazione dell'inesecuzione della prestazione⁵⁵⁰. La prova liberatoria che incombe sul professionista onde andare esente da responsabilità per danni, peraltro, ferma – come detto – l'unitarietà della fattispecie, si atteggia diversamente a seconda che l'esistenza del difetto di conformità fosse o meno conosciuta o conoscibile da parte di costui al momento della consegna del bene⁵⁵¹. Nel primo caso, infatti, il venditore avrà l'onere di dimostrare non soltanto di aver ignorato la sussistenza della mancanza di conformità al tempo della consegna⁵⁵² del bene, ma pure che il riscontro effettivo del

⁵⁴⁹ A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 387 ss.

⁵⁵⁰ Seguono tale opinione, tra i tanti, T. DALLA MASSARA, *sub art. 1519-nonies*, in L. GAROFALO – V. MANNINO – E. MOSCATI – P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 749; E. CORSO, *sub art. 1519-nonies*, in EAD., *Vendita di beni di consumo*, in *Comm. Scialoja – Branca*, cit., p. 200; R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita*, cit., p. 298.

⁵⁵¹ La stessa distinzione che ci accingiamo a compiere può essere letta altresì in G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1053, il quale pure propende per l'applicazione dell'art. 1218 c.c. alla fattispecie di responsabilità in parola.

⁵⁵² Non rileva, infatti, con riguardo alla vendita di beni di consumo, il tempo della conclusione del contratto, giacché in generale la valutazione dell'esatto adempimento dell'obbligazione di conformità si riferisce, a tutti gli effetti, al momento logicamente distinto della consegna. Qualora, infatti, il difetto di conformità del bene si palesasse al venditore nelle more fra la conclusione del contratto e la consegna della cosa al consumatore (ove tali momenti fattualmente non coincidessero), egli avrebbe l'obbligo di attivarsi onde consegnare un bene conforme al

difetto successivamente manifestatosi avrebbe richiesto l'applicazione di un grado di diligenza superiore a quello da lui esigibile in ragione del tipo di attività professionale esercitata (art. 1176, comma 2, c.c.). Ove, invece, il difetto di conformità del bene fosse conosciuto o "conoscibile" dal professionista al tempo della consegna, egli doveva considerarsi gravato dall'obbligo di ripristinare la conformità entro la data prevista per la consegna⁵⁵³, sicché potrà andare esente da responsabilità soltanto allorché sia in grado di provare, da un canto, che le difformità del bene sono derivate da eventi fortuiti imprevedibili e non prevenibili con l'ordinaria diligenza professionale, e dall'altro, che l'intervento di ripristino della conformità sarebbe stato impossibile o eccessivamente oneroso⁵⁵⁴.

L'applicazione della disciplina di diritto interno prevista dall'art. 1218 c.c. alla rifusione dei danni conseguenti al colposo inadempimento dell'obbligazione di conformità posta dalla normativa comunitaria, solleva peraltro tre ordini di problemi assai rilevanti, riconducibili all'individuazione dei termini prescrizionali di detta responsabilità, all'ammissibilità di patti di limitazione o esclusione del diritto al risarcimento dei danni, e soprattutto – ciò che più importa ai fini della ricerca qui condotta – al rapporto fra la tutela risarcitoria e i rimedi offerti dalla direttiva, in particolare sotto il profilo dell'individuazione dei danni risarcibili nell'ipotesi di esperimento del rimedio della riduzione del prezzo.

Con riferimento al primo dei temi richiamati gli interpreti si dividono fra quanti ritengono che l'operatività del rimedio di diritto comune non possa andare disgiunta dall'applicazione delle regole che presiedono alla sua applicazione, ivi compresa quella che sancisce la prescrizione della pretesa. Coerentemente con tale premessa e

compratore, eventualmente a seguito della sostituzione o della riparazione del bene: non procedendo in tal senso, invece, egli verserebbe per ciò stesso in colpa, essendo pertanto tenuto al risarcimento del danno ai sensi non dell'art. 1177 c.c. (come ritenuto da A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 388), ma dell'art. 1218 c.c., giacché l'obbligo inadempito è pur sempre quello attinente la consegna di un bene avente le caratteristiche pattuite nel contratto (in questo senso, G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1053).

⁵⁵³ Ove il ripristino della conformità avvenga, ma ciò procrastini la consegna del bene sino a data successiva a quella prevista per la consegna, al consumatore deve essere senz'altro riconosciuta la spettanza dei danni da ritardo, di cui è condivisibile, in questo caso, la riconduzione all'inadempimento dell'obbligazione di consegna *ex art.* 1477: così anche A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 389.

⁵⁵⁴ Ove, infatti, il ripristino fosse stato possibile e non eccessivamente oneroso, il professionista avrebbe dovuto senz'altro procedervi prima della consegna del bene al consumatore. In proposito può soltanto segnalarsi come debba essere vagliata (anche con riguardo al problema affrontato alla nota precedente) l'eventuale rilevanza giustificatrice dell'impossibilità o eccessiva onerosità le quali non siano tali in senso assoluto ma soltanto relativamente al momento della consegna, ciò che accadrà tutte le volte in cui la sostituzione o la riparazione, per loro natura o in vista del comportamento esigibile dal professionista medio del settore, non possano essere eseguite entro la data prevista per la consegna della cosa, ovvero ove eseguite entro tale riferimento temporale, comportino spese sproporzionate a carico del professionista.

con quanto si è venuto sin qui argomentando riguardo alla disposizione che regola il diritto al risarcimento⁵⁵⁵, si dovrebbe pertanto concludere per la sottoposizione del diritto al risarcimento del danno alla prescrizione ordinaria decennale prevista per la responsabilità contrattuale⁵⁵⁶. Sennonché l'accoglimento di tale ricostruzione introdurrebbe nel sistema una grave disomogeneità, consentendo al compratore di convenire con l'azione risarcitoria il professionista anche in tempo posteriore alla prescrizione dei diritti riconosciutigli dall'art. 130 c.cons., con evidenti ricadute sulla razionalità del sistema. Simmetricamente a quanto si è detto condividendo l'opinione dominante in materia di prescrizione dell'azione risarcitoria concessa dall'art. 1494 c.c., anche in questa sede deve ripetersi la censura di irrazionalità alla quale andrebbe incontro l'impianto delle tutele del compratore ove la rilevanza di uno stesso comportamento del venditore venisse a essere assoggettata a regimi temporalmente differenziati in ragione del mezzo di tutela concretamente esercitato dal consumatore⁵⁵⁷. Pertanto, onde evitare le divisate difficoltà di ordine sistematico, sembra che anche in riferimento al diritto al risarcimento del danno debba farsi riferimento alla disposizione dell'art. 132 c.cons., in forza della quale la responsabilità del venditore si limita alle difformità le quali si manifestino entro due

⁵⁵⁵ Gli Autori che, invece, ritengono di ricondurre la responsabilità del professionista alla disposizione speciale dettata in tema di garanzia per vizi propendono per l'applicazione del termine annuale previsto dall'art. 1495 c.c., nonché del termine decadenziale di otto giorni dalla scoperta del difetto ivi contenuto: così A. MANIACI, *sub art. 1519-nonies*, in AA.VV., *L'acquisto di beni di consumo*, cit., p. 105 nonché M. HAZAN, *Attuata la direttiva 99/44/CE: si rafforza la tutela del consumatore*, in *I Contratti*, 2002, p. 404.

⁵⁵⁶ Così, infatti, T. DALLA MASSARA, *sub art. 1519-nonies*, in L. GAROFALO – V. MANNINO – E. MOSCATI – P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 750, ad avviso del quale in tal modo «risulterebbe pure richiamato il tradizionale regime in materia di sospensione e interruzione dei termini di prescrizione, inclusa la previsione di cui all'art. 2941, n. 8, c.c., applicabile al caso dei difetti dolosamente occultati»; tale precisazione, però, rimane oscura in quanto, da un canto, non si vede per quale motivo la stessa conclusione non dovrebbe valere anche ove si riconoscesse l'applicazione di un termine prescrizione più breve (e infatti, nel senso che ai termini prescrizionali brevi si applicano pacificamente le disposizioni codicistiche in tema di sospensione e decadenza, v. Cass. 5 marzo 1998, n. 2463), e dall'altro, l'esclusione della prescrizione riguardo ai difetti non dolosamente occultati discende linearmente dal disposto dell'art. 132 c.cons., ove si acceda all'opposta ricostruzione. Nel senso della rilevanza del termine decennale si esprimono anche L. GAROFALO, *sub art. 1519-nonies*, in L. GAROFALO – V. MANNINO – E. MOSCATI – P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, cit., p. 716 s. e R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita*, cit., p. 301, secondo la quale tale conclusione si imporrebbe in quanto più tutelante per il consumatore. Ma v. quanto esposto poco *supra* circa il limite di operatività della *ratio* consumeristica nell'interpretazione delle disposizioni interne.

⁵⁵⁷ Nel senso dell'«illogicità [dell'assoggettamento] – in relazione ad una stessa fattispecie concreta – [de]i rimedi principali previsti dall'art. 130 ad un termine biennale e [de]l rimedio risarcitorio ad un termine di dieci anni» cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 390, il quale pertanto propende per l'applicazione analogica del termine prescrizione previsto dall'art. 132 c.cons. Nello stesso senso v. altresì F. RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella Direttiva 1999/44/CE del 15 maggio 1999*, in *Studium iuris*, 2001, p. 843; E. CORSO, *sub art. 1519-nonies*, in EAD., *Vendita di beni di consumo*, in *Comm. Scialoja – Branca*, cit., p. 203; G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, cit., p. 1052; A. VENTURELLI, *sub art. 135*, in *Comm. dir. cons. Vettori*, cit., p. 1043.

anni dalla consegna del bene e soggiace al limite della tempestiva denuncia delle medesime nel termine di due mesi dalla data della scoperta.

L'applicazione del regime generale della responsabilità contrattuale funzionalmente alla tutela di posizioni giuridiche soggettive le quali trovano il proprio fondamento all'interno di un provvedimento settoriale di tipo consumeristico potrebbe sollevare il problema del potenziale conflitto fra la rinunziabilità del diritto al risarcimento del danno non provocato dal comportamento doloso o gravemente colposo del debitore sancita dal primo comma dell'art. 1229 c.c. e la disposizione dell'art. 134, comma 1, c.cons. la quale dichiara la radicale nullità di ogni pattuizione volta a escludere o limitare i diritti riconosciuti al consumatore dalla disciplina di settore. Sennonché quest'ultima disposizione – al pari di quella, generale, contenuta nell'art. 143 c.cons. - risulta inapplicabile all'ipotesi in discorso, in quanto essa fa riferimento esclusivo ai diritti la cui disponibilità deriva al consumatore dal provvedimento comunitario e dalle norme di attuazione dello stesso, mentre il rimedio risarcitorio si fonda su disposizioni generali a essi estranee⁵⁵⁸. Trattandosi, però, di pattuizione intercorrente fra un professionista e un consumatore, non è neppure alla disciplina dell'art. 1229 c.c. che si deve fare riferimento, giacché al riguardo opera la disposizione contenuta nell'art. 36, comma 2, lett. b), ai sensi del quale sono nulle tutte le pattuizioni volte a «escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista [...] in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista». La nullità, peraltro, si estende a qualsiasi accordo che abbia a oggetto tale esclusione o limitazione, sia stato questo concluso in tempo anteriore o successivo alla consegna del bene, ovvero alla denuncia del difetto di conformità⁵⁵⁹. Assai più delicato è il terzo profilo indicato sopra, attinente al rapporto fra i rimedi previsti dalla direttiva e il diritto al risarcimento del danno, in ordine al quale, peraltro, i limiti della presente indagine impongono di affrontare soltanto i profili riguardanti, da un canto, la correlazione fra rimedio risarcitorio e ordine gerarchico dei rimedi, e dall'altro, l'identificazione dell'interesse da risarcire nel caso di

⁵⁵⁸ L'opinione espressa nel testo è condivisa da R. CAMPIONE, *sub art. 135*, in *Comm. breve dir. cons. De Cristofaro Zaccaria*, cit., p. 899; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 390; A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, Padova, 2002, p. 146; P. SIRENA, *sub art. 135*, in C.M. BIANCA, *La vendita di beni di consumo (artt. 128-135 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, cit., p. 577. Nella letteratura germanica, cfr. C. MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, Tübingen, 2005, p. 253.

⁵⁵⁹ Così P. SIRENA, *sub art. 135*, in C.M. BIANCA, *La vendita di beni di consumo (artt. 128-135 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, cit., p. 577 e A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 146, nonché – con riferimento alla direttiva – A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001, p. 93.

esercizio della pretesa risarcitoria in abbinamento al diritto potestativo di riduzione del prezzo.

Quanto al primo degli aspetti sottolineati, sembra senz'altro condivisibile l'orientamento interpretativo⁵⁶⁰ il quale ritiene preclusa per il consumatore la possibilità di ottenere il risarcimento in via autonoma e alternativa rispetto ai rimedi primari aventi natura ripristinatoria, in considerazione del fatto che, diversamente opinando, verrebbe a essere scardinato l'ordine gerarchico dei mezzi di tutela apprestati dalla direttiva. Invero, ove al compratore fosse concesso richiedere in via immediata e autonoma il risarcimento del danno per equivalente – consistente nella somma di denaro pari alla diminuzione di valore del bene o al costo della riparazione da effettuare per ripristinarne la conformità –, questi potrebbe facilmente aggirare il sistema disegnato dal legislatore comunitario, fondato sulla preferenza per i rimedi volti a produrre l'esatto adempimento dell'obbligazione di conformità, potendo evitare il ricorso a essi pur in assenza dei presupposti che consentono l'esercizio delle tutele sussidiarie⁵⁶¹. Ne consegue che la pretesa risarcitoria può essere avanzata dal consumatore soltanto in abbinamento con la richiesta di riparazione o sostituzione della cosa difettosa – al fine di consentire il conseguimento della rifusione delle perdite patrimoniali derivanti, ad esempio, dal ritardo nella consegna del bene conforme, ovvero dall'eventuale permanenza di difformità non eliminabili anche mediante l'esecuzione dei rimedi primari –, ma non

⁵⁶⁰ Nell'ordine di idee cui ci stiamo riferendo v. A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 143 ss.; A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 122; ID., *La compravendita*, cit., p. 389; A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 13 s., secondo il quale la direttiva ha indirettamente influenzato lo stesso regime del risarcimento del danno, considerando «prioritario il rimedio dell'esecuzione specifica, rispetto al risarcimento per equivalente, sovvertendo quindi il principio di *common law* e adottando invece quello di *civil law* secondo cui l'adempimento *in natura*, e quindi il diritto al ripristino, è da considerare prevalente (almeno per il diritto tedesco). Il che significa che il consumatore ha, in primo luogo, l'onere di avvalersi dei «diritti» che la direttiva all'art. 3 gli riconosce e non può optare per il risarcimento ove ritenga scarsamente conveniente la prima via. Solo ove si dimostri impossibile o eccessivamente difficoltosa questa via, si potrà optare per il risarcimento del danno. La soluzione si giustifica in funzione dell'esigenza di evitare l'intervento del giudice sul terreno del risarcimento, agevolando forme di ricomposizione tra le parti dell'ordine contrattuale e quindi, in altre parole, la manutenzione del contratto».

⁵⁶¹ La preoccupazione è segnalata in maniera esemplare da A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 122, il quale – in sede di commento alla direttiva 1999/44/CE – manifestava l'opinione secondo cui il legislatore dell'attuazione avrebbe dovuto tener conto, nel regolare il rimedio risarcitorio, della incompatibilità fra l'esercizio in via autonoma di tale pretesa e il principio del primato del c.d. adempimento in natura che si trova espresso nella direttiva. In sintonia con tale impostazione, riguardo alla normativa di attuazione, cfr. G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, in *Tratt. contratti Rescigno – Gabrielli*, cit., p. 1052 s., il quale si richiama alla «priorità accordata dall'art. 1519-*quater* (ora art. 130 c.cons.) all'esatto adempimento», nonché R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita*, cit., p. 302 s.

mai in via autonoma⁵⁶², né allorché sia richiesto il risarcimento per equivalente⁵⁶³, né ove la pretesa sia volta a ottenere «il pagamento delle somme necessarie all'eliminazione *motu proprio* del difetto»⁵⁶⁴ (c.d. *Selbstnachbesserung*)⁵⁶⁵. Anche in quest'ultimo caso, infatti, sembra che ostacoli insormontabili si contrappongano all'ammissione dell'esperimento in via autonoma dello strumento risarcitorio, non già consistenti nella presunta insussistenza dei vantaggi che il consumatore trarrebbe da tale mezzo di tutela – in ragione del fatto che il risultato cui egli intende pervenire gli sarebbe già assicurato *recta via* dal diritto al ripristino fornitogli dalla direttiva⁵⁶⁶ – in quanto una simile pretesa potrebbe essere funzionale all'interesse del compratore di sottrarre all'obbligato l'esecuzione del ripristino, addossandogliene però i costi⁵⁶⁷, ma nel consapevole disegno del legislatore europeo, il quale è imperniato, da un canto, sull'imposizione al venditore dell'obbligazione di conformità, e dall'altro – correlativamente –, sull'imposizione al consumatore di una

⁵⁶² Deve, peraltro, essere condivisa – in aderenza con quanto si è visto al Capitolo IV, paragrafo 2 rispetto all'accordo delle parti circa l'esperimento immediato dei rimedi secondari – l'opinione di R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita*, cit., p. 302, la quale ritiene che la pretesa autonoma al risarcimento debba essere considerata senz'altro legittima ove questa costituisca oggetto di un accordo tra consumatore e professionista (si veda, in proposito, il disposto dell'art. 130, comma 9, c.cons., il quale fa espresso riferimento all'offerta, da parte del professionista, di «qualsiasi altro rimedio disponibile»).

⁵⁶³ Nel senso, invece, che il consumatore potrebbe senz'altro richiedere il risarcimento del danno in via sostitutiva dell'esercizio dei rimedi previsti dalla direttiva 1999/44/CE, v. L. GAROFALO, *sub art. 1519-nonies*, in L. GAROFALO – V. MANNINO – E. MOSCATI – P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2003, p. 719 (secondo cui, ponendosi il diritto al risarcimento al di fuori del sistema di tutele apprestate dalla direttiva, questo non potrebbe essere influenzato nella sua possibilità di esperimento da logiche interne al sistema predetto) e P. SIRENA, *sub art. 135*, in C.M. BIANCA, *La vendita di beni di consumo (artt. 128-135 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, cit., p. 577, il quale avverte, però, che la proposizione in via diretta di tale domanda, disgiunta dalla richiesta di riparazione o sostituzione, dovrebbe ritenersi integrare l'ipotesi prevista dall'art. 1227, comma 2, c.c., il quale dichiara non dovuto il risarcimento per le ipotesi in cui si siano verificati danni che il creditore avrebbe potuto evitare con l'uso della diligenza ordinaria.

⁵⁶⁴ Sono parole di R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali, II. Il regime delle «garanzie» nelle vendite di beni di consumo*, cit., p. 290.

⁵⁶⁵ Ove il rimedio fosse considerato ammissibile, il consumatore avrebbe la possibilità di esigere immediatamente la corresponsione delle somme necessarie allo scopo di eliminare il difetto o di acquistare presso altri il bene, depurate in questo secondo caso del valore del bene difforme (altrimenti producendosi un indebito arricchimento del consumatore): così anche R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali, II. Il regime delle «garanzie» nelle vendite di beni di consumo*, cit., p. 292.

⁵⁶⁶ Ciò che, invece, può dirsi giustamente, con R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita*, cit., p. 464 riguardo all'eventualità in cui il consumatore avanzi la richiesta di risarcimento in forma specifica. Peraltro, anche ove si accedesse all'interpretazione qui criticata, si dovrebbe comunque applicare anche al risarcimento in forma specifica il canone della possibilità e dell'eccessiva onerosità vigente per i rimedi primari. Similmente, W. FABER, *Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht*, Wien, 2001, p. 170.

⁵⁶⁷ E, infatti, a un'istanza di questo tipo si richiama R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali, II. Il regime delle «garanzie» nelle vendite di beni di consumo*, cit., p. 291, allorché si pronuncia a favore dell'ammissibilità della *Selbstnachbesserung*: «non sembra identificabile alcuna ragione ostacolante l'addossamento all'obbligato dei costi per la rimozione degli effetti discendenti dall'inadempimento che finiscono con l'alterare l'equilibrio contrattuale. Nello stesso istante si protegge l'interesse del creditore a non servirsi più della parte che ha già dato cattiva prova di sé».

graduazione gerarchica dei rimedi che, a fronte dell'impegno del venditore, grava l'acquirente dell'"onere" di richiedere in prima istanza il ripristino della conformità del bene, concedendo una seconda *chance* al venditore. Non sembra, pertanto, proficuo fare leva sull'osservazione dei diritti interni, onde argomentare l'esistenza di un principio che lega la possibilità del ricorso all'esatto adempimento⁵⁶⁸ alla consequenziale concessione⁵⁶⁹ della possibilità di ottenere la liquidazione dell'equivalente monetario della prestazione ripristinatoria⁵⁷⁰, giacché la legittimità di tale modo di operare sottintende un'intima coerenza dei sistemi comparati, la quale, se esiste nella fondamentale opzione di preferenza per l'esatto adempimento, svanisce appena si esca da tale nucleo essenziale. Invero, è ancora una volta la strutturazione dell'apparato rimediale a essere ostativa: il riferimento alla comunanza di impostazione rispetto al diritto dell'*accipiens* all'esatto adempimento riconosciuto dalla disciplina interna del contratto d'appalto al pari della direttiva 1999/44/CE, infatti, non legittima di per sé il trapianto delle soluzioni accolte con riguardo al primo all'interno della disciplina della seconda, ciò che anzi trova un'obiezione insuperabile nell'opposta strutturazione del bagaglio di mezzi di tutela apprestati dalle discipline *de quibus*. L'art. 1668 c.c., infatti, consente al committente la più libera scelta fra i rimedi a esso concessi, e anzi, espressamente prevede il diritto di costui di chiedere l'eliminazione delle difformità «a spese dell'appaltatore»⁵⁷¹, mentre l'art. 130 c.cons. prescrive che il «ripristino, senza spese,

⁵⁶⁸ Come accade, nel nostro ordinamento, per il contratto d'appalto, in riferimento al quale l'art. 1668 c.c., il cui primo comma prevede la facoltà per il committente di chiedere «che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore».

⁵⁶⁹ Tale sembra essere la tendenza giurisprudenziale in tema di appalto, laddove l'orientamento maggioritario in sede di legittimità accorda al committente il diritto di ottenere il risarcimento del danno nella misura della spesa necessaria all'eliminazione dei vizi, senza addossargli l'onere della preventiva richiesta di condanna all'adempimento dell'appaltatore: in questo senso, fra le molte, la recente Cass. 16 marzo 2011, n. 6181; Cass. 2 agosto 2002, n. 11602, la cui massima recita: «la tutela apprestata al committente dall'art. 1668 c.c. si inquadra nell'ambito della normale responsabilità contrattuale per inadempimento e pertanto, qualora l'appaltatore non provveda direttamente alla eliminazione dei vizi e dei difetti dell'opera, il committente può sempre chiedere il risarcimento del danno, nella misura corrispondente alla spesa necessaria alla eliminazione dei vizi, senza alcuna necessità del previo esperimento dell'azione di condanna alla esecuzione specifica»; Cass. 10 gennaio 1996, n. 169.

Peraltro, tale tendenza appare essere patrimonio pressoché degli approdi giurisprudenziali, poiché la prevalente dottrina (D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 404 s. e G. MIRABELLI, *I singoli contratti*, in *Comm. UTET*, Torino, 1991, p. 445 s.) propende per la necessità del previo esperimento della domanda di condanna all'esecuzione in forma specifica, riconoscendo al committente, il quale provveda direttamente in prima persona o attraverso l'opera di terzi al ripristino del bene, soltanto il diritto alla riduzione del prezzo.

⁵⁷⁰ In questa linea, invece, si muove la penetrante argomentazione contenuta nel più volte citato R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II. *Il regime delle «garanzie» nelle vendite di beni di consumo*, cit., p. 290 ss. In generale, sul tema, nel quadro di una riflessione anche comparativa con l'ordinamento tedesco, v. la profonda trattazione di G. CIAN, *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 756 ss., spec. p. 758.

⁵⁷¹ Non è inutile ricordare come, nonostante questa previsione espressa, parte della giurisprudenza

della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione» avvenga «a norma dei commi 3, 4, 5 e 6» dello stesso articolo, i quali gli impongono di rivolgersi al venditore onde ottenere la rimozione della difformità. Ne consegue, pertanto, che l'intendimento volto a leggere il sistema rimediale concesso al compratore di beni di consumo con la lente focalizzata sull'apparato di tutele che il codice civile pone al servizio del committente non può che condurre a risultati palesemente inappaganti. L'esercizio in via autonoma del rimedio risarcitorio, invece, può senz'altro essere recuperato – pure nell'ottica della *Selbstnachbesserung* – in tutte le ipotesi in cui il ricorso ai rimedi primari possa essere evitato in virtù del verificarsi delle circostanze elencate dal comma 7 dell'art. 130 c.cons., giacché laddove non sussistano più le ragioni di preferenza che circondano la riparazione e la sostituzione del bene da parte del venditore nessun ostacolo si frappone all'ingresso della pretesa risarcitoria⁵⁷², dovendosi soltanto avvertire come l'accertamento dell'eccessiva onerosità delle forme primarie di tutela probabilmente debba essere inteso quale indice dell'eccessiva onerosità dello stesso rimedio risarcitorio, in ragione del collegamento sussistente fra l'importo delle spese necessarie all'esecuzione delle prime e la determinazione del *quantum debeat*⁵⁷³.

Ciò che, però, più importa in questa sede è analizzare la diversa fattispecie consistente nell'esercizio dell'azione risarcitoria in abbinamento al diritto potestativo di riduzione del prezzo. Come già si è notato⁵⁷⁴, la riduzione del prezzo non assicura al compratore, per propria natura e funzione, vantaggi patrimoniali equivalenti a quelli che egli avrebbe potuto trarre dall'esatta esecuzione del programma contrattuale, limitandosi a ristabilire l'originario rapporto economico di proporzionalità fra le attribuzioni patrimoniali facenti capo a ciascuna delle parti. Non sembra dubbio, peraltro, che tali utilità possano essere riconosciute al consumatore che agisca altresì per il risarcimento del danno, giacché l'esistenza in capo a lui di una pretesa avente ad oggetto l'esatta esecuzione della prestazione (art. 129, comma 1, c.c.) lo legittima a richiedere l'attribuzione – attraverso la via della

(per tutte, Cass. 14 marzo 1975, n. 964) e la dottrina citata alla penultima nota comunque intendano la disposizione nel senso che essa prescriva non già l'eliminazione dei vizi da parte di un terzo, con correlativo obbligo dell'appaltatore di rimborsare la relativa spesa al committente, ma nel senso che l'appaltatore sarebbe tenuto anzitutto a eseguire egli stesso le opere di correzione o di riparazione, senza diritto ad ulteriore compenso, e che, soltanto a seguito del suo rifiuto, il committente, il quale non intenda limitarsi a richiedere il risarcimento dei danni, potrebbe avvalersi del procedimento per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare.

⁵⁷² In questo senso, cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 390 e A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 146.

⁵⁷³ Condivide tale osservazione R. FADDA, in M. BIN - A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Tratt. Galgano*, XXXI, Padova, 2003, p. 457.

⁵⁷⁴ Si veda in apertura del presente Capitolo nonché i primi tre paragrafi del Capitolo III.

pretesa risarcitoria – di tutti i vantaggi connessi alla prestazione inesattamente attribuita. Infatti, essendo riconducibile alla violazione di un'obbligazione contrattuale, la responsabilità in parola conferisce il diritto al pieno risarcimento del danno, ossia al c.d. *Erfüllungsinteresse*, consistente nell'equivalente delle utilità che sarebbero a lui derivate dalla corretta esecuzione del contratto⁵⁷⁵.

Il consumatore, pertanto, avrà diritto a richiedere tanto il risarcimento del danno emergente rappresentato dalla perdita economica che residui a seguito della (e nonostante la) riduzione del corrispettivo, in ragione della più ridotta estensione dello scambio, e dalle eventuali conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla consegna di un bene difettoso, quanto la rifusione delle ripercussioni sfavorevoli derivanti dal godimento (sino all'esercizio del rimedio) di una prestazione qualitativamente difforme dal programma obbligatorio. La prima componente del danno emergente dovrà, poi, essere determinata secondo il noto metodo differenziale⁵⁷⁶, risultando dalla detrazione dall'ammontare del valore del difetto della parte di prezzo che deve essere restituita.

In conclusione dell'analisi qui condotta in ordine ai rapporti intercorrenti fra riduzione del prezzo e risarcimento del danno nel sistema della vendita di beni di consumo, rimane la necessità di soffermare l'attenzione sull'eventuale interferenza fra l'obbligazione derivante dall'esercizio della pretesa risarcitoria e l'obbligo restitutorio gravante sul venditore in esito all'esercizio del diritto alla riduzione del corrispettivo nell'eventualità in cui il compratore abbia pagato l'intero prezzo originariamente convenuto a suo carico. In proposito, mentre nel caso di esercizio "isolato" del rimedio previsto dall'art. 130, comma 7, c.cons. l'*accipiens* ha diritto di ottenere la corresponsione degli interessi corrispettivi sulla parte di prezzo pagato in più per il periodo intercorrente fra l'esecuzione del pagamento e l'esperimento della riduzione del corrispettivo e, successivamente a questa, la maggior somma fra l'importo di tali interessi e l'arricchimento conseguito dal venditore, nel caso in cui la riduzione del prezzo si affianchi alla pretesa al risarcimento del danno, al fine di evitare duplicazioni risarcitorie, al consumatore dovranno essere riconosciuti gli interessi corrispettivi (o la somma equivalente all'arricchimento del venditore) soltanto dal momento dell'esercizio del diritto potestativo di riduzione del prezzo,

⁵⁷⁵ R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, cit., p. 16, ove la definizione di interesse positivo è così tracciata: «*Interesse an der Aufrechthaltung des Contracts, also an der Erfüllung*».

⁵⁷⁶ Riguardo al quale, con riferimento alla risoluzione del contratto per inadempimento, cfr. A. LUMINOSO, sub *art. 1453*, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 268 ss.

mentre per il periodo anteriore non saranno dovuti, in quanto il risarcimento del danno a lui spettante ai sensi dell'art. 1218 c.c. comprende anche i pregiudizi conseguenti al mancato godimento dell'esatta prestazione dovuta dalla controparte⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ Si esprime in termini assimilabili A. LUMINOSO, sub *art. 1453*, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. Scialoja Branca*, cit., p. 430, il quale, però, conduce il proprio ragionamento con riferimento alla generalità dei contratti a prestazioni corrispettive e non con specifico riguardo alla compravendita.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., *L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente di beni di consumo. Atti del convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi (Padova, 14-15 settembre 2001)*, Padova, 2002

G. Afferni, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008

M. Allara, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952

G. Alpa – M. Bessone, *Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Milano, 1981

G. Amadio, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. Civ.*, 2001, I

G. Amadio, *La «conformità al contratto» tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001

V. Angeloni, *Clausole di garanzia nelle compre-vendite commerciali*, Napoli, 1924

- V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954
- P.S. Atiyah - J.N.Adams - H. MacQueen, *Atiyah's Sale of Goods*, Harlow, 2010
- G.G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942
- C. Baldus, *Una actioe experiri debet? Zur Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht*, in *Orbis Iur. Rom. (OIR)*, 1999
- D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962
- E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010
- E. Bargelli, «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale, in *Riv. dir. civ.*, 2008
- A. Bechmann, *Der kauf nach gemeinem Recht. 1. Geschichte des Kaufs im romischen recht*, Leipzig, 1876
- A. Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht. 2. System des Kaufs nach gemeinem Recht*, Leipzig, 1876
- A. Bechmann, *Der kauf nach gemeinem Recht. 3. System des Kaufs nach gemeinem Recht*, Leipzig, 1908
- A. Matusche Beckmann, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2004
- A. Belfiore, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989
- A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988
- G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2008
- F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963
- C. Berger, sub § 433, in *Jauernig Kommentar BGB*, München, 2003
- E.E. Bergstein - A.J. Miller, *The remedy of rection of price*, in *AM J. Comp. Law*, 1979
- M. Bessone, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (osservazioni in tema di recesso dalla trattativa)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972
- E. Betti, *Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla responsabilità del venditore per vizio redibitorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II
- E. Betti, *Iurisdictio praetoris e potere normativo*, in *Labeo*, 1968

- C.M. Bianca, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987
- C.M. Bianca, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padova, 1992 (estratto da *Le Nuove leggi civ. Comm.*, 1989)
- C.M. Bianca, *Diritto civile 3. Il contratto*, Milano, 2001
- C.M. Bianca, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Milano, 1994
- C.M. Bianca, sub art. 130, in Id., *La vendita di beni di consumo*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006
- C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977
- C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993
- B. Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, Palermo, 1912
- M. Bin, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. e impr. Europa*, 2000
- F. Bocchini, *Contratti di alienazione di beni*, in Id. – E. Quadri, *Diritto Privato*, Torino, 2011
- F. Bocchini, *La vendita di cose mobili*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004
- F. Bonelli, *La responsabilità per danni*, in G. Alpa - M. Bessone, *La vendita internazionale*, Milano, 1981
- P. Bonfante, *Per una revisione della teoria della consuetudine*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I
- C. Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980*, Bern, 2004
- D. Buzzelli, *Commento al comma 1, sub art. 1519-quater*, in L. Garofalo – V. Mannino – E. Moscati – P.M. Vecchi (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2006
- L. Cabella Pisu, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2002
- R. Calvo, *Dalla nozione mista di vizio all'art. 1519-ter*, in M. Bin-A- Luminoso, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2003

- R. Calvo, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, *Contr. e Impr. Europa*, 2000
- R. Calvo, *Vendita e responsabilità per vizi materiali, I. Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, Napoli, 2007
- R. Calvo, *Vendita e responsabilità per vizi materiali, II. Il regime delle «garanzie» nelle vendite di beni di consumo*, Napoli, 2007
- R. Campione, sub art. 135, in *Comm. dir. cons. De Cristofaro – Zaccaria*, Padova, 2010
- C.W. Canaris, *Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in *ZRP*, 2001
- C.W. Canaris, *Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB*, in *JZ*, 2001
- C.W. Canaris, *Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf*, in *JZ*, 2003
- C.W. Canaris, *Il programma obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I
- C.W. Canaris, *L'attuazione in Germania della direttiva concernente la vendita di beni di consumo*, in *Aa.Vv., L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova 14-15 settembre 2001*, Padova, 2002
- C.W. Canaris, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di G. De Cristofaro, trad. it. di Farneti e Haberl, Padova, 2003
- F. Carnelutti, *Il vizio redibitorio nel contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I
- U. Carnevali, voce *Responsabilità del produttore*, in *Enc. diritto*, Milano, 1988
- C. Castronovo, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2004
- C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006
- C. Castronovo, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Europa dir. Priv.*, 1999
- C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979
- G. Cian, *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti? Atti del convegno di Ferrara del 7-8 marzo 2003*, Padova, 2004

G. Cian, *Presentazione del Convegno*, in Aa.Vv., *L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova 14-15 settembre 2001*, Padova, 2002

G. Cian, *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998

G. Cian, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I

A. Ciatti, *L'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. e Impr. Europa*, 2000

G. Collura, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992

E. Corso, *Vendita di beni di consumo*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2005

C. Consolo, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I e in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, III, t. 1, Milano, 1991

C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I e II, Padova, 1985

M. Costanza, *sub art. 130*, in C.M. Bianca, *La vendita di beni di consumo. Commentario*, in *Le leggi civili commentate*, 2006

M.G. Cubeddu, *sub art. 1519-nonies*, in S. Patti, *Commentario sulla vendita di beni di consumo*, Milano, 2004

M.G. Cubeddu, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995

V. Cuffaro, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988

G. D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. contratto Roppo*, V, 2, Milano, 2006

T. Dalla Massara, *sub art. 1519-nonies*, in L. Garofalo – V. Mannino – E. Moscati – P.M. Vecchi (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2003

T. Dalla Massara, *Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. Civ.*, 2007, II

T. Dalla Massara, *Nuovo art. 1519-nonies: possibili opzioni interpretative*, in *Corr. giuridico*, 2003

G. De Cristofaro, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000

G. De Cristofaro, *Il «Codice del consumo»*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006

G. De Cristofaro, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, in *Studium iuris*, 2002

G. De Cristofaro, *La vendita di beni di consumo*, in E. Gabrielli – E. Minervini, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, Torino, 2004

G. De Cristofaro, *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. e impr. Europa*, 2006

A. De Franceschi, *La sostituzione del bene «non conforme» al contratto di vendita (a proposito di C. giust. CE, 17 aprile 2008, C-404/06)*, in *Riv dir. civ.*, 2009, II

R. De Nictolis, *sub art. 50*, in C.M. Bianca, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. Commentario*, Padova, 1992

G. De Nova, *La disciplina della vendita di beni di consumo nel “Codice” del consumo*, in *I Contratti*, 2006

G. De Nova, *La proposta di direttiva sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 1997

F. Degni, *La compravendita*, Padova, 1939

A. Di Majo, *Alienazione della cosa acquistata e azione di risoluzione per vizi*, in *Foro pad.*, 1966, I

A. Di Majo, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. Priv.*, 2002

A. Di Majo, *Il sistema dei rimedi: risoluzione del contratto, riduzione del prezzo e pretesa risarcitoria*, in Aa.Vv., *L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova 14.15 settembre 2001*, Padova, 2002

M. Di Pietropaolo, *sub art. 1519-bis*, in L. Garofalo - V. Mannino - E. Moscati - P.M. Vecchi, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2003

N. Donadio, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004

- I. Du Mont, *Die kombination von Rücktritt und Schadensersatz im neuen Schuldrecht. Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des Kaufvertrags*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2007
- H. Ehmann – U. Rust, *Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*, in *JZ*, 1999
- L. Enneccerus - H.C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: ein Lehrbuch*, I, 2, Tübingen, 1960
- W. Faber, *Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht*, Wien, 2001
- W. Faber, *Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter*, in *Juristische Blätter*, 1999
- R. Fadda, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Contr. e Impr. Europa*, 2000
- R. Fadda, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita*, Napoli, 2007
- M.G. Falzone Calvisi, *Il «taglia e incolla» non si addice al legislatore*, in *Contr. e impr. Europa*, 2006
- G.B. Ferri, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001
- G.B. Ferri, *La vendita in generale. Le obbligazioni del venditore. Le obbligazioni del compratore*, in *Tratt. Rescigno*, XI, Torino, 2000
- W. Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*^A, Münster, 1948
- W. Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Darmstadt, 1975
- R. Fubini, *La teoria dei vizi redibitorii*, Torino, 1906, p. 498
- E. Gabrielli – E. Minervini, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti Rescigno Gabrielli*, Torino, 2004
- F. Galgano, voce *Vendita*, in *Enciclopedia del dir.*, XLVI, Milano, 1993
- P. Gallo, *L'inadempimento*, in *Id.*, *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010
- P. Gallo, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I

- L. Garofalo, *sub art. 1519-nonies*, in L. Garofalo – V. Mannino – E. Moscati – P.M. Vecchi (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2003
- L. Garofalo, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I
- L. Garofalo, *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, in *Europa dir. priv.*, 1999
- L. Garofalo, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000
- A. Georgiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München, 1967
- A. Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I Contratti*, 2006
- A. Gentili, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990
- C. Giannattasio, *L'appalto*, in *Trattato Cicu Messineo*, Milano, 1977
- M. Girolami, *I criteri di conformità al contratto fra promissio negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I
- G. Gorla - P. Zanelli, *Del pegno, delle ipoteche*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1992
- G. Gorla, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934
- G. Gorla, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1937
- F. Graf von Westphalen, *Handbuch des Kaufvertragsrecht in den EG-Staaten (einschl. Österreich, Schweiz und UN-Kaufrecht)*, Köln, 1992
- U. Grassi, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996
- P. Greco – G. Cottino, *Della vendita*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1981
- H.C. Grigoleit – C. Herresthal, *Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht*, in *JZ*, 2003
- G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990
- S. Grundmann – D. Medicus – W. Rolland, *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrecht*, Köln, 2000

- A. Guarneri, *Gli usi e il sistema delle fonti del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II
- F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin, 1912
- J.D. Harke, *Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Sicht*, in *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 2005
- M. Hazan, *Attuata la direttiva 99/44/CE: si rafforza la tutela del consumatore*, in *I Contratti*, 2002
- H. Heinrichs, sub § 143, in *Palandt Kommentar zum BGB*, München, 2002
- A. Hellweg, *Über die Berechnung der Presiminderung bei der Actio quanti minoris*, in *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 1876
- K. Herberger, *Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1974
- J.O. Honnold, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention*, The Hague, 2009
- H. Honsell, *Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB*, in *JZ*, 2001
- H. Honsell, *Mortuus redhibetur*, in *Festschrift für Peter Schwerdtner zum 65. Geburtstag*, München, 2003
- H. Honsell, *Quod interest im Bonae-Fidei-Iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München, 1969
- H. Honsell, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 1978
- H. Honsell, *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984
- H. Honsell, *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin-NewYork, 1997
- P. Huber – A. Mullis, *The CISG*, München, 2007
- G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955
- C. Iurilli, *Autonomia contrattuale e garanzie nella vendita di beni di consumo*, Milano, 2004

E. Jakab, *Cavere und Haftung für Sachmängel. Zehn Argumente gegen Berthold Kupisch*, in Ead. - Ernst, *Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, Heidelberg, 2008

E. Jakab, *Diebische sklaven, marode Balken: Von den römischen Wurzeln der Gewährleistung für Sachmängel*, in Schermaier, *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, München, 2003

E. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997

H.H. Jakobs, *Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht – Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im Bürgerlichen Gesetzbuch und nach Einheitlichem Kaufrecht*, Paderborn, 1985

O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte, II*, Leipzig, 1901

M. Kaser, *Ausgewählte Schriften, II*, Napoli, 1976

M. Kaser, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, in *Mélanges P. Meylan, I*, Lausanne, 1963

Kaser, *Das römische Privatrecht, I*, München, 1971

H. Köhler, *Zur Nachbesserung beim Kauf*, in *JZ*, 1984

W. Kircher, *Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf*, Tübingen, 1998

Korth, *Minderung beim Kauf*, Tübingen, 2010

P. Krückmann, *Gewährschaft, Gefahrtragung und der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*, Stuttgart, 1936

K. Larenz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004

K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. II, 1. Besonderer Teil*, München-Berlin, 1956

K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil. 1. Halbband*, München, 1986

K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I*, München, 1987

K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil. 2. Halbband*, München, 1993

R. Lederle, *Mortuus redhibetur. Die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht*, Berlin, 1983

- W. Leiser, *Schadenersatz wegen Sachmängeln. Rechtshistorisches zu § 463*, in *Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag*, Köln, 1972
- O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927
- S. Lorenz, *Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB*, in *NJW*, 2006
- A. Luminoso, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001
- A. Luminoso, sub art. 1453, in A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, Bologna-Roma, 1990
- A. Luminoso, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *I contratti*, 2002
- A. Luminoso, *Chiose in chiaroscuro in margine al D.Lgs. n. 24 del 2002*, in M. Bin – A. Luminoso, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2003
- A. Luminoso, *La compravendita*, Torino, 2011
- A. Luminoso, *La lesione dell'interesse negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988
- A. Luminoso, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I
- J. Luzak, *Who should bear the risk of the removal of the non-conforming goods?*, in *EuVR*, 2012
- D.M. MacDowell, *The law in classical Athens*, London, 1978
- F. Macario, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001
- A. Magazzù, voce *Perimento della cosa*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983
- A. Magazzù, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 2, Milano, 1978
- U. Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, München, 2005
- C. Maiorca, *La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma*, Torino, 1937
- C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2005

- A.D. Manfredini, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2003
- L. Manna, 'Actio redhibitoria' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto 'de Mancipiis Vendundis', Milano, 1994
- A. Maniaci, *sub art. 1519-nonies*, in Aa.Vv., *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002
- H.P. Mansel, *Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts*, in AcP, 2004
- M. Mantovani, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995
- M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006
- F. Martorano, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959
- A. Matusche-Beckmann, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2004
- S. Mazzamuto, *Equívoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2004
- S. Mazzamuto, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002
- D. Medicus, *Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht*, in JuS, 2003
- D. Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962
- D. Medicus – S. Lorenz, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, München, 2010
- D. Medicus – S. Lorenz, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, München, 2010
- L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I
- L. Mengoni, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. Comm.*, 1953, I
- L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. Comm.*, 1956, I
- H. Micklitz, *Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*, in *EuZW*, 1999
- G. Mirabelli, *I singoli contratti*, in *Comm. UTET*, Torino, 1991
- R. Monier, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930
- U. Morello, *L'azione di risarcimento dei danni derivati dai vizi della cosa*, in *Foro it.*, 1965, I

- L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950
- M. Müller-Chen, sub art. 50, in P. Schlechtriem - I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, New York, 2010
- A. Musy – S. Ferreri, *La vendita*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2006
- S.K. Myoung, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, Paris, 1996
- A. Nicolussi, *Recensione a «L. Garofalo - V. Mannino - E. Moscati - P.M. Vecchi, Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo»*, in *Europa dir. priv.*, 2003
- R. Omodei-Salè, sub art. 130, in *Comm. breve dir. cons. De Cristofaro Zaccaria*, Padova, 2010
- R. Omodei Salè, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, Padova, 2004
- A.C. Pelosi, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975
- A. Pezzana, *Recensione a G. Impallomeni, L'editto degli edili curuli*, in *Iura*, 1956
- V. Pietrobon, *La direttiva 1999/44 del Parlamento europeo e del Consiglio e i problemi del suo inserimento nel diritto italiano*, in *Aa.Vv., L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova 14-15 settembre 2001*, Padova, 2002
- S. Piras, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940
- G. Pisciotta, *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003
- A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2011
- A. Pizzorusso, voce *Consuetudine, I*, in *Enc. diritto*, VIII, Milano, 1961
- M. Schwiemann, *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetz*, Wien, 1997
- F. Pringsheim, *Das Alter der aedilischen actio quanti minoris*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZSS)*, 1952
- F. Pringsheim, *The greek law of sale*, Weimar, 1950
- G.F. Puchta, *Vorlesung über das heutige römische Recht*, Leipzig, 1855

- H. Putzo, sub § 480, in *Palandt BGB Kommentar*, München, 2002
- H. Putzo, sub § 441, in *Palandt BGB Kommentar*, München, 2003
- L. Raape, *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, in *Arch. civ. prax.*, 1949 (150)
- E. Rabel, *Das recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, Berlin, 1958 (I edizione, 1936)
- E. Rabel, *Das recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, II, Berlin, 1964 (I edizione, 1957)
- E. Rabel, *The nature of warranty of quality*, in *Tulane Law Review*, 1950
- A. Ramella, *La vendita nel moderno diritto*, I. Parte generale, Milano, 1920
- A. Ravazzoni, *La compravendita*, Parma, 1988
- A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, II, Milano, 1974
- D. Reinicke – K. Tiedtke, *Kaufrecht*, Köln-München, 2009
- P. Rescigno, voce *Condizione (dir. vig.)*, in *Encicl. del diritto*, VIII, Milano, 1961
- F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile. VII. Dei contratti, del contratto di matrimonio e della vendita*, Torino, 1886
- P. Romana Lodolini, *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, in *Europa e dir. priv.*, 1999
- S. Romano, *Vendita, contratto estimatorio*, in *Tratt. Grosso – Santoro-Passarelli*, Milano, 1960
- V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 2001
- D. Rubino - G. Iudica, *L'appalto*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2007
- D. Rubino, *L'appalto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1958
- D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1971
- F. Ruscello, *Le garanzie post-vendita nella Direttiva 1999/44/CE del 15 maggio 1999*, in *Studium iuris*, 2001
- R. Sacco, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I

- A. Scarpello, sub *art. 1519-quater*, in *Aa.Vv., L'acquisto di beni di consumo: D. lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, Milano, 2002
- M.J. Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von der Glossatoren bis zum BGB*, Wien, 2000
- P. Schlechtriem, *Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der Kaufrechtsrichtlinie*, in *W. Ernest - R. Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsmodernisierung*, Tübingen, 2001
- P. Schlechtriem, *Die Anpassung des deutschen Rechts an die Klausel-Richtlinie und den Richtlinienvorschlag zum Verbraucherkaufrecht*, in *ZSR*, 1999
- P. Schlechtriem, *Kaufrechtsangleichung in Europa. Licht und Schatten in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*, in *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, München, 2000
- P. Schlechtriem – I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, New York, 2010
- P. Schlechtriem – I. Schwenzer, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG - Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, München, 2008
- P. Schlesinger, *Le garanzie nelle vendite di beni di consumo*, in *Corriere giur.*, 2002
- F. Schulz, *Classical roman law*, Oxford, 1951
- A. Schwarze, *Das recht des Leistungsstörungen*, Berlin, 2008
- F.A. Schurr, *Die neue Richtlinie 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung – Chancen und Gefahren für deutsche Kaufrecht*, in *ZRV*, 1999
- R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970
- G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2007
- D. Staudenmayer, *Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf*, in *NJW*, 1999
- H. Stoll, *Die Wirkung des vertragsmäßigen Rücktritts*, Bonn, 1921
- H. Stoll, *Rücktritt und Schadensersatz*, in *AcP*, 1929

- T. Süß, *Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel*, Leipzig, 1931
- M. Talamanca, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993
- L. Tartufari, *Della vendita e del riporto*, in *Il codice di commercio commentato*, Torino, 1915
- A. Teichmann, sub § 351, in *Jauernig Kommentar BGB*, München, 2003
- K. Tiedtke, *Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus Verschulden beim Vertragsabschluß wegen fehlender Aufklärung*, in *JZ*, 1989
- C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990
- P.M. Vecchi, sub art. 1519-ter, in L. Garofalo - V. Mannino - E. Moscati - P.M. Vecchi, *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2003
- A. Venturelli, sub art. 135, in *Comm. dir. cons. Vettori*, Padova, 2007
- H. Vincent, *Le droit des édiles. Études historique et économique des prescriptions édificiennes sur la vente et la garantie*, Paris, 1955
- G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972
- V. von Hofmann, *Gewährleistungsansprüche im UN Kaufrecht*, in P. Schlechtriem, *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden Baden, 1987
- R. von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 1861
- A. Von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes*, II, 1, Berlin, 1957
- H.P. Westermann, *Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkauf*, in *JZ*, 2001
- B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1906
- M. Wlassak, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena, 1879
- A. Zaccaria - G. De Cristofaro, *La vendita di beni di consumo*, Padova, 2002
- A. Zaccaria, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva 1999/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Studium iuris*, 2000
- R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990

E. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879