



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO – *CURRICULUM* PRIVATISTICO

XXXIII CICLO

TESI IN DIRITTO CIVILE

**RIMEDI E TUTELE NELLA DISCIPLINA DELLA VENDITA:
UNA RICOSTRUZIONE NELL'OTTICA DELL'AUTONOMIA**

Candidato
DOTT. EDOARDO PESCE

Tutor
CHIAR.MI PROFF. ALBERTO M. BENEDETTI
MAURO GRONDONA

AI MIEI AMATI GENITORI

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE	6
CAPITOLO PRIMO	
AUTONOMIA E RESPONSABILITÀ NELLA TEORIA DEI RIMEDI	9
<i>SEZIONE I. AUTONOMIA PRIVATA E RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE</i>	
1. Primo prologo: l'argomento di Josserand	9
2. Un nodo complesso: autonomia privata, giuridicità del vincolo, l'ordine pubblico	12
3. Secondo prologo. Indicazioni tratte dalla disciplina del contratto di deposito: a) nella prospettiva storica	14
3.1. <i>Segue.</i> b) nella prospettiva del diritto vigente (l'art. 1769 c.c.)	15
4. L'intervento convenzionale sulla disciplina dei rimedi: una «terza via» tra contratto e non contratto	19
5. Le due direttrici: l'azione per sottrazione/l'azione per addizione	22
<i>SEZIONE II: CONTRATTO E TEORIA DEI RIMEDI</i>	
6. «Rimedi» e «contratto»: alcune necessarie precisazioni terminologiche	24
7. «Impugnazione» e «impugnabilità» del contratto»	28
8. «Rimedi» e «torto»	31
9. Un sintagma di successo: i «rimedi sinallagmatici» nell'evoluzione del pensiero scientifico	34
10. Da un nuovo paradigma per i rimedi contrattuali ad un nuovo paradigma dei rimedi contrattuali	38
11. La riscoperta dei rimedi: un nuovo «punto di vista»	43
12. L'idea di rimedio: un primo riepilogo	47
CAPITOLO SECONDO	
DALLO SPECIALE AL GENERALE, DAI TIPI AI RIMEDI. LA VENDITA E LA SUA CENTRALITÀ	50
1. Ancora sugli «effetti» del contratto	50
2. La vocazione «generale» della parte speciale.	51
2.1 <i>Segue.</i> Tipi, rimedi, risoluzioni.	57
3. Il prototipo vendita e la sua centralità	61

**PARTE SECONDA. A PARTIRE DALLA VENDITA: LE TRAME DELL'AUTONOMIA
NELLA DISCIPLINA DEL TIPO** 65

CAPITOLO TERZO

UN PRIMO «SOTTOSISTEMA» DI TUTELE: VENDITA DI COSA ALTRUI ED EVIZIONE 66

1. Specialità dei requisiti di validità della vendita 66
2. Le peculiarità delle tutele nella vendita: l'obbligo di far acquistare il diritto sulla cosa al suo acquirente 68
3. La natura della risoluzione nella vendita di cosa altrui e nell'evizione 74
- 3.1 *Segue*. Risoluzione e risarcimento nel contesto dell'evizione: qualche spunto a partire da una sentenza 76
4. L'inderogabilità della restituzione del prezzo (art. 1488, co. 1, c.c.): primi corollari 81
- 4.1. *Segue*. Rinunciabilità della risoluzione per evizione totale e per vendita di cosa (interamente) altrui 82
- 4.2. *Segue*. Elementi di derogabilità nell'evizione parziale e nella vendita di cosa parzialmente altrui 88
- 4.3. *Segue*. Elementi di derogabilità della garanzia per evizione in caso di vendita forzata 92
5. Le ulteriori regole speciali nel «sottosistema» dell'evizione 93

CAPITOLO QUARTO

**IL SECONDO «SOTTOSISTEMA» DI TUTELE: GARANZIA CONTRO I VIZI E LE
MANCANZE DI QUALITÀ** 100

1. Garanzia contro i vizi e mancanza di qualità: analogie funzionali e differenze sostanziali con il sottosistema dell'evizione 100
2. Come il «fatto proprio» del venditore incida sulla (derogabilità della) garanzia contro i vizi 103
3. La rilevanza degli usi nella articolazione della garanzia contro i vizi e le mancanze di qualità 106
4. L'incidenza sul contenuto della garanzia dell'impossibilità di restituire la *res*: origini ed evoluzione di una regola (art. 1492, co. 3) 111
- 4.1 *Segue*. L'impossibilità restitutoria per alienazione o trasformazione della *res* 118
- 4.2 *Segue*. L'art. 1492, co. 3 espressione di un principio generale? 120
5. L'esclusione convenzionale della garanzia contro i vizi e le mancanze di qualità: è ammissibile una vendita «a rischio e pericolo del compratore» in relazione ai vizi? 125
6. La conformazione negoziale della garanzia contro i vizi. L'azione di esatto adempimento «voluta» dalle parti 132
- 6.1. *Segue*. L'azione di esatto adempimento e la «natura» della vendita: teorie e limiti 136

CAPITOLO QUINTO

LE «AUTOTUTELE» NELLA VENDITA DI MOBILI: IDEALTIPY PER UN' AUTONOMIA «RIMEDIALE»	146
1. I procedimenti di cui agli artt. 1513-1514 c.c.	146
2. La «vendita in danno» (art. 1515 c.c.): una ulteriore tutela del venditore contro il mancato pagamento del prezzo	149
3. La «compera in danno» (art. 1516 c.c.): una tutela in più nei confronti del venditore inadempiente	152
4. Le speciali risoluzioni di diritto di cui all' art. 1517 c.c. La liquidazione <i>ex lege</i> del risarcimento del danno nella vendita di (determinati) mobili (art. 1518 c.c.)	154
5. Un' autentica «autotutela»: il «diritto di riprendere possesso delle cose» vendute (art. 1519 c.c.)	157
6. Le autotutele nella vendita mobiliare quali strumenti «facoltativi»: sono anche «disponibili»?	159
6.1. <i>Segue</i> . I limiti di derogabilità delle autotutele: il modello della clausola <i>solve et repete</i>	163
6.2. <i>Segue</i> . Un altro (possibile) ordine di limiti: la «ragionevolezza» della rinuncia convenzionale alle autotutele	168
7. Dalle autotutele nella vendita mobiliare ad una certa idea di «rimedio»: ritorno all' origine dell' indagine	171
BIBLIOGRAFIA	178

INTRODUZIONE

Nelle pagine che seguono si vuole porre le basi per una ricostruzione che individui le condizioni di rinunciabilità o modificabilità degli strumenti di tutela messi a disposizione dei soggetti da parte dell'ordinamento, contro tutte quelle vicende del rapporto contrattuale che possono giustificare la produzione di nuovi effetti giuridici, in reazione a quelle stesse vicende, prima fra tutte, l'inadempimento.

Nel linguaggio corrente della civilistica contemporanea – anch'essa catturata dal largo processo di mondializzazione che sembra tutto coinvolgere – la perifrasi appena impiegata potrebbe agevolmente lasciare il passo a una formula agile riferita ai rimedi contrattuali, e dunque agli spazi dell'autonomia privata in relazione alla loro amministrazione. Ma qui si vuole essere consapevoli dei significati delle parole che si intende adoperare. E i significati di rimedio – termine suadente perché richiama una metafora medica sempre efficace ed espressiva nel contesto delle scienze sociali – sono molteplici e tutt'altro che originali.

Per questa ragione, dopo aver misurato paradigmaticamente il problema del nesso fra autonomia privata e responsabilità contrattuale, che è poi il problema classico della forza legale del contratto, guardando a due vecchie questioni in tema di responsabilità del vettore e del depositario, che sorsero o risorsero quando dell'autonomia privata si dava una rappresentazione fiduciosa (se non fideistica), dopo aver svolto questi due «prologhi», si cerca di capire da dove proviene il termine rimedio, quando e con quali accezioni ha cominciato ad essere utilizzato nella dottrina italiana, e quale posto ha occupato nella tassonomia del diritto privato. È questo il contenuto del **Capitolo I**: l'analisi rivela alcuni elementi significativi. Non solo la storia (dell'uso) dei rimedi quale categoria dottrinale, in un ordinamento continentale, e perciò tradizionalmente ricostruito sul metro della situazione giuridica sostanziale, è meno recente di quanto non si creda – la lettura rimediale ha riscoperto la categoria, non l'ha inventata. Ma si tratta di una categoria che, in coerenza con la storia dei suoi numerosi significati, ha permesso di raccordare la scienza privatistica sostanziale a quella processuale, la quale, almeno in Italia, ha cominciato a pensare il diritto, oltretutto il processo, in termini «rimediali» prima che lo stesso facessero civilisti e teorici generali.

Da qui l'invito a studiare il contratto e le obbligazioni non trascurando le loro dinamiche processuali. Sotto questo aspetto le parole e i loro etimi sono d'aiuto: della parola «rimedio», un nucleo di significato sufficientemente circoscritto, poi abbandonato forse perché eccessivamente ristretto, era originariamente riferito ai mezzi di impugnazione contro sentenze, e in particolare all'appello. Non si sono forse insegnate e studiate per molto tempo le impugnazioni e le impugnative del contratto? E nella letteratura contemporanea non si trovano forse quegli stessi istituti, o alcuni di loro, designati come rimedi? Come la dottrina ha mutato nomi, così ha fatto il legislatore: è superfluo raccomandare di non essere proni dinnanzi alle parole né dell'una né dell'altro.

Volendosi avvicinare il più possibile alla materia – pur sapendo che in natura non esistono rimedi come non esistono i fatti da cui originano, che sono semmai fattispecie e cioè *species facti* – si è preferito utilizzare la formula più semplice ed essenziale e si è scelto quale *genus proximum* quello degli effetti. Siccome gli effetti giuridici più vicini a una data operazione contrattuale si rinvergono nella disciplina dei tipi – che è assai più il portato di regole emergenti dalla realtà di quanto non lo sia la parte generale, raffinata costruzione dottrinale ancor prima che edittale – si è voluto guardare primariamente alla parte speciale per scoprire quegli interstizi ove l'autonomia privata può sostituirsi al diritto privato statutale nell'articolare tutele contrattuali. Anche qui la prospettiva storica chiarisce e conforta. Può dirsi che i rimedi, qualunque cosa siano, si rinvergono nei tipi perché i tipi stessi, a loro volta, provengono dai rimedi e sono stati dei rimedi, nell'accezione di mezzi di tutela giurisdizionale.

Il tipo che più annovera effetti di ogni specie, lungo tutto l'arco in cui si svolge un'operazione contrattuale, è la vendita. È ad essa che si deve guardare quale riferimento di una disciplina ricca e completa per capire quanto di quel regime, con specifico riguardo al piano delle tutele, possa essere legittimamente modificato e plasmato dai contraenti sulla base di differenti valutazioni.

Il punto, com'è agevole comprendere, sta nel poter ammettere rinunce ad effetti «secondi» che non siano tali, però, da comportare una rinuncia all'effetto «primo», e cioè alla giuridicità del vincolo obbligatorio: metaforicamente, è una «terza via» fra il contratto regolato dalla legge in tutto il suo contenuto e i suoi effetti (art. 1322, co. 1, c.c.), e la via del «non contratto», e cioè dell'accordo che sfugge alla disciplina legale e, dunque, alla sua piena coercibilità giuridica. Ebbene questa terza via si è voluto cercarla prendendo ad esclusivo riferimento la vendita e le sue molteplici regole.

Perciò, esplicitate nel **Capitolo II** le ragioni di questa scelta, si passa – nella parte II di questo lavoro – ad esaminare a fondo la disciplina codicistica della vendita in punto tutele.

Il **Capitolo III** è dedicato alla vendita di cosa altrui e all'evizione: un vero e proprio sottosistema di effetti e tutele, con regole proprie, che spesso tradiscono la propria natura intrinsecamente dispositiva prevedendo esplicitamente la propria derogabilità.

Il **Capitolo IV** guarda al secondo sottosistema, quello della garanzia contro i vizi. E cerca di verificare dove e come diverge da quello dell'evizione, perché le differenze rivelano differenti condizioni d'uso e, dunque, differenti limiti di inderogabilità. Affronta poi, in una schietta prospettiva di autonomia privata, un tema che è stato generalmente impostato nei termini della integrazione legale, vale a dire lamentando l'esistenza di una lacuna nel tipo, da colmare per via di interpretazione e di integrazione della legge. Qui si è cercato di capire le origini e le ragioni di quella pretesa lacuna e si è fatto leva sulla via «privatistica» all'integrazione legale, che è la possibilità per i contraenti di regolare essi stessi ciò che appare trascurato dal diritto oggettivo statutale. Il tema è quello della ammissibilità di un'azione di esatto adempimento nella dinamica delle tutele contro i vizi e la mancanza di qualità della cosa venduta.

Infine, nel **Capitolo V** si esaminano quelle norme (artt. 1513-1519 c.c.) che sono note come autotutele della vendita di mobili. Si prestano benissimo ad essere materia di autonomia privata perché, a ben vedere, sono pressoché tutti strumenti di diretta autotutela, che

possono fare a meno di un intervento propriamente giurisdizionale. Riprendendo il discorso di ordine (anche) filologico condotto nel capitolo iniziale, e confrontandosi da vicino con gli argomenti critici nei riguardi di una visione «iper-rimedialista» in ambito contrattuale, si traggono da queste particolari autotutele indicazioni utili per proporre una ridefinizione di rimedio che, si crede, può offrire un rinnovato e, forse, più costruttivo significato alla prospettiva rimediale.

Se si volesse riassumere quali fondamentali direttive di metodo hanno orientato la trattazione degli argomenti, qui presentati per sommi capi, si potrebbe dire che esse sono l'attenzione alla evoluzione storica degli istituti, e dunque la loro comparazione nel tempo ancor prima che nello spazio, e alla loro natura, parola anch'essa equivoca, ma il cui senso si fa meno ingombrante ed impegnativo se si pone mente alla categoria degli effetti naturali, e cioè a quegli effetti «normali» del tipo, perché ad esso particolarmente calzanti e adeguati. Così adeguati da poter essere, almeno secondo un insegnamento tanto suggestivo quanto meritevole di prudente verifica, financo esclusi per volontà delle parti.

L'amore per gli argomenti di questa tesi mi è stato trasmesso, insieme ad infiniti altri tesori, dal mio Maestro Professor Alberto M. Benedetti, che in questa nostra scuola genovese ha appreso e tramandato l'interesse per lo studio dell'autonomia privata e dei suoi confini. Mi sia consentito ringraziarlo qui per il suo costante insegnamento. Al Professor Mauro Grondona, alla sua totale generosità di studioso e di docente, sono grato per le tante idee e le altrettante occasioni di confronto, sempre dispensate con amicizia e pazienza.

Un grazie particolare, infine, all'amico e collega Luca Oliveri che, in tempi spesso trascorsi «a distanza», mi ha consentito di ricevere presto e bene documenti altrimenti consultabili con molta maggior difficoltà.

CAPITOLO PRIMO

AUTONOMIA E RESPONSABILITÀ NELLA TEORIA DEI RIMEDI

SOMMARIO: 1. Primo prologo. Autonomia privata e responsabilità contrattuale: l'argomento di Josserand. - 2. Un nodo complesso: autonomia privata, giuridicità del vincolo, l'ordine pubblico. - 3. Secondo prologo. Indicazioni tratte dalla disciplina del contratto di deposito: a) nella prospettiva storica. - 3.1. *Segue*. b) nella prospettiva del diritto vigente (l'art. 1769 c.c.). - 4. L'intervento convenzionale sulla disciplina dei rimedi: una «terza via» tra contratto e non contratto. - 5. Le due direttrici: l'azione per sottrazione/l'azione per addizione. - 6. «Rimedi» e «contratto»: alcune necessarie precisazioni terminologiche. - 7. «Impugnazione» e «impugnabilità» del contratto». - 8. «Rimedi» e «torto». - 9. Un sintagma di successo: i «rimedi sinallagmatici» nell'evoluzione del pensiero scientifico. - 10. Da un nuovo paradigma *per* i rimedi contrattuali ad un nuovo paradigma *dei* rimedi contrattuali. - 11. La riscoperta dei rimedi: un nuovo «punto di vista». - 12. L'idea dottrinale di rimedio: un primo riepilogo.

SEZIONE I. AUTONOMIA PRIVATA E RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

1. Primo prologo: l'argomento di Josserand

L'autonomia privata è un principio cui, nel recente passato, si è fatto ricorso anche per risolvere particolari questioni e non soltanto per argomentare la teoria del negozio giuridico¹ o, ad altezze ancora maggiori, per fissare in essa, e quindi nel problema delle

¹ Osserva giustamente L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 4, che coloro i quali «si sono fatti sostenitori del cosiddetto dogma della volontà, toccano un problema che non è il problema dell'autonomia privata nel suo nucleo centrale ed essenziale, come invece essi sembrano erroneamente ritenere», onde l'opportunità di distinguere il concetto di «autonomia privata» da quello di «autonomia della volontà», che dovrebbe rappresentare l'idea secondo cui nella volontà umana risiede la fonte dell'efficacia giuridica. Una difesa di questa concezione, entro un lato principio di «autonomia», si ritrova in G. OPPO, *L'esperienza privatistica*, in *I principi generali del diritto*, (Atti dei Convegni Lincei, n. 96, Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, 1992, pp. 228-229, il quale ritiene che il disconoscimento dell'importanza attribuita alla volontà «confonde oneri e limiti, di forma o di sostanza – effettivamente governati da criteri di responsabilità e affidamento – con la forza che anche giuridicamente – appunto in linea di principio – muove e realizza l'iniziativa e d'altra parte ne limita l'efficacia all'agente». Se si parla di «autonomia privata», tra le molteplici definizioni, che sarebbe impossibile qui riferire, una cui anche differenti ricostruzioni circa la teoria generale del negozio o del contratto, e, quindi, sul rapporto e storico oltretutto funzionale, fra autonomia e ordinamento giuridico, possono convenire, è tutt'ora «autoregolamento dei propri interessi fra gli stessi interessati», di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 42. Occorre prestare attenzione al concetto più che alle parole: ricorda R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 517, che «i francesi, e, tempo addietro, gli italiani, parlavano altrettanto volentieri di libertà dei contraenti, e di libertà del testatore, per indicare la medesima figura. La parola libertà ha il grande vantaggio di essere immediatamente comprensibile anche al non giurista; ma non lascia intendere che qui essa corrisponde ad un potere di creare regole».

relazioni fra individuo o gruppi e autorità, il fondamento stesso del diritto privato patrimoniale².

Può essere utile, per meglio comprendere il punto, muovere da un esempio paradigmatico. Dinanzi alla questione, non regolata dal Codice francese e italiano del tempo, se e per quale ragione il contratto di trasporto di persone obbligasse il vettore a proteggere³ il viaggiatore sino all'arrivo a destinazione da pregiudizi alla sua incolumità personale, Josserand scriveva che, se si riconosce a questa obbligazione natura propriamente contrattuale, le parti dovrebbero considerarsi libere di escluderla e perciò di sottrarsi: «giacché la responsabilità contrattuale non è certo di ordine pubblico, essa cede davanti alla volontà contraria delle parti; si dovrà dunque ammettere la validità, l'efficacia di una clausola di non responsabilità inserita nel contratto di trasporto di persone?»⁴.

La forza del contratto obbligatorio è tale da poter essere utilizzata dai contraenti per regolare, e cioè modificare o eliminare, le obbligazioni e le correlate responsabilità dallo stesso nascenti⁵.

Alcune osservazioni si rendono necessarie.

Quanto alla sicurezza del viaggiatore, va detto anzitutto che l'opinione ricordata è una *reductio ad absurdum*, formulata nel quadro di una più ampia indagine sul contenuto del

² Dell'autonomia privata quale «principio cardine della libertà dei privati in ordine ai loro interessi disponibili» dice P. RESCIGNO, in P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 54. Significativamente, e con trasporto, F. SANTORO PASSARELLI, in AA. VV., *I quarant'anni delle "Dottrine" di Francesco Santoro Passarelli*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 83, (anche in F. SANTORO PASSARELLI, *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p.7): «Privati, ci chiamiamo privati, ma perché? Siamo privati di qualche cosa? No, siamo privati perché l'ordinamento ci consente, per nostra fortuna, di considerarci come privati, cioè separati dall'apparato pubblico, e quindi liberi, fra l'altro, di regolare i nostri interessi». A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 827 e ss., considerando ancora l'autonomia privata il «motore» del diritto privato, osserva come nella realtà d'oggi «interi pezzi del nostro vivere economico, e non solo economico, sono plasmati da prassi, regole, usi, procedimenti la cui fonte risiede nel potere dei privati - sia nella loro dimensione di «operatori» che in quella di «utenti» o «consumatori» - di autogovernare le dinamiche della vita quotidiana, un potere caratterizzata la dimensione «globale» dell'organizzazione dell'odierna società».

³ Se concettualmente un obbligo di protezione, qual è generalmente ritenuto quello avente ad oggetto l'incolumità del passeggero, presenta un contenuto «del tutto autonomo rispetto all'obbligo di prestazione, in funzione della diversità degli interessi ai quali apprestano tutela», così C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 7, è pur vero che, calandosi nella disciplina particolare del contratto di trasporto, l'art. 1681 c.c. obbliga il vettore ad attività e comportamenti, ad adottare misure per assicurare il conseguimento della prestazione da parte del soggetto trasportato, sicché «il riferimento alla adozione delle cautele atte ad impedire l'evento dannoso concerne anche le modalità di esecuzione della attività di trasporto», come rileva S. ZUNARELLI, in S. ZUNARELLI - C. ALVISI, *Del trasporto*, Artt. 1678-1702, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 2014, p. 89. Ampiamente, su questo profilo, S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, XXVI, 1, Milano, 2007, p. 720 e ss.; 890 e ss. Di «contenuto unitario della prestazione» aveva parlato U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XVI, 1, Milano, 1974, p. 19, nella sua nota critica alla teoria dei doveri di protezione.

⁴ L. JOSSERAND, *Considerazioni sul contratto "regolato"*, in *Arch. giur.*, 1934, p. 17.

⁵ Il punto (esclusione/limitazione dell'obbligazione o della responsabilità?) è molto delicato: si comprende che per J. l'esonero da responsabilità corrisponda, almeno negli effetti, alla rimozione della giuridicità dell'obbligazione contrattuale.

contratto di trasporto e poi impiegata quale argomento per dimostrare la «*publicisation du contrat*»⁶.

La premessa, contestata dall'Autore, è che l'*obligation de sécurité* nasca nel (ancor prima che con il) contratto, nonostante, o perfino contro, il silenzio delle parti⁷. Un'idea a suo giudizio poco fondata anche per le conseguenze irragionevoli cui porterebbe, e in particolare per la facoltà data ai contraenti di sopprimere o comprimere quella stessa obbligazione attraverso una previsione eguale e contraria di fonte parimenti convenzionale⁸. La possibile «abrogazione» per contratto dell'obbligo in questione, dovuta a quella che, mutuando una categoria propria della legge, potrebbe definirsi come pari forza giuridica *attiva e passiva* del negozio, discende esclusivamente dalla qualificazione della sicurezza del passeggero quale oggetto di una vera e propria obbligazione contrattuale, fatta propria dalla giurisprudenza della Cassazione francese a partire da una famosa decisione del 1911⁹ ed avversata da Josserand¹⁰.

Se all'obbligo fosse invece attribuito carattere *extra*-contrattuale, e cioè aquiliano, o, come l'Autore propone, schiettamente legale (e quindi eteronomo), le parti nulla potrebbero disporre in contrario, restandovi obbligate in forza di una regola che, diversamente dal contratto, avrebbe a che fare con l'ordine pubblico o con norme imperative. Non c'è, pertanto, negazione della cogenza dell'obbligo di sicurezza¹¹; vi è, viceversa, rifiuto di

⁶ Oltre al saggio sopra citato, specificamente destinato al pubblico italiano, che riecheggia L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, in *D.H.*, 1933, p. 89, si v. ID., *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, in *Revue trim. dr. civ.*, 1937, p. 1; ID., *La "publicisation" du contrat*, in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, III, Paris, 1938, p. 143; ID., *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: le "contrat forcé" et le "contrat légal"*, in *D.H.*, 1940, p. 5. Al riguardo osserva S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (rist. 1970), p. 26 e n. 22, che «vi è qualcosa di toccante in questo ingenuo ritenere che le ragioni della civiltà si leghino, in definitiva, alla sopravvivenza di una nozione di contratto».

⁷ In L. JOSSERAND, *Les transports*, II ed., Paris, 1926, p. 911 e ss. Conclude l'A. (pp. 921-922), «En réalité, toutes ces théories contractuelles – et c'est la leur faiblesse commune, – violentent le contrat du transport pour y faire rentrer, bon gré mal gré, une obligation ayant trait à la sécurité du voyageur. La convention que l'on traite aussi rudement cesse d'être en réalité une convention, un libre accord des volontés individuelles, pour devenir un acte public, un acte d'autorité renfermant des clauses forcées et produisant des obligations auxquelles les parties n'avaient point songé, – des véritables obligations légales».

⁸ L. JOSSERAND, *Les transports*, cit., pp. 934-935; 963 e ss. Non diversa, in tema di obblighi di protezione e muovendo da una nozione contrattuale degli stessi, la posizione nella dottrina tedesca di J. ESSER – E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, t. 1, Karlsruhe, 1975, p. 83, che distingue, però, in relazione all'incidenza della deroga su posizioni soggettive di cui al § 823 I BGB o meno, contro la quale muove critiche C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., pp. 5-6.

⁹ Cass. civ. 21 nov. 1911, in *D.P.*, 1913, I, p. 249, note L. Sarrut; S., 1912, I, p. 73, note Ch. Lyon-Cahen; nonché in <https://beta.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006953018>

¹⁰ «Dans une législation scientifiquement établie, la responsabilité du voiturier n'est ni contractuelle ni délictuelle: elle est légale; libérée de la notion de la faute aquilienne comme de celle de la faute contractuelle, elle se présente sous une allure purement objective», L. JOSSERAND, *Les transports*, cit., p. 898. Anche oggi la dottrina più attenta, in tema di obblighi di protezione, preferisce riconoscere natura propriamente legale anziché contrattuale, si v. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 4.

¹¹ Tanto era già stato chiarito in Italia da A. ASQUINI, *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, pp. 364-365, secondo cui «accanto al principio: *ne dolus praestetur*, può fungere come limite della volontà delle parti il principio: *ne culpa praestetur*; e questo principio interviene precisamente dovunque vi sieno obbligazioni attinenti all'incolumità della persona umana». Ma già V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, p. 2, II ed., Roma, 1915, p. 464, - «per esempio nei trasporti di persone, essendo l'incolumità personale cosa da garantirsi rigidamente, senza consentire che possano le parti interessate in qualsiasi misura permettere che si menomino le cure ad essa dirette» - aveva così impostato il problema. Conformemente, come si è detto, nel quadro di una concezione che vede la responsabilità del

scorgere coerenza (e quindi «indisponibilità») in un obbligo che, secondo l'opinione riferita, nascerebbe dal contratto, e cioè in quello che viene percepito come il regno della «disponibilità»¹².

2. Un nodo complesso: autonomia privata, giuridicità del vincolo, l'ordine pubblico

Proprio qui sta il punto, ed è per questo che si è scelto di muovere dal pensiero di Jossierand, dalla cui apparente circolarità, si traggono due idee importanti.

In primo luogo, che i contraenti sono gli arbitri della giuridicità del vincolo obbligatorio: la loro iniziale libertà si volge in un «ordinamento» dei loro interessi, fondato su un regolamento legalmente sanzionato, se e quando essi lo *vogliono*¹³. In questo senso si è qui richiamato il principio di autonomia privata e se n'è riferita una particolare applicazione, perché nel potere di regolare, e cioè di *esercitare* l'autonomia, è compreso quello di *non* regolare e di non esercitarla¹⁴. La scelta positiva di costituire (o regolare o estinguere) tra le

vettore per danni alla persona quale ipotesi di responsabilità legale obiettiva, L. JOSSERAND, *Les transports*, cit., pp. 964-966, secondo cui (*ivi*, p. 965, n. 3), «l'inefficacité des clauses de non-responsabilité cadre avec le principes généraux du droit et doit donc s'entendre avec un rigueur absolue».

¹² L. JOSSERAND, *Les transports*, cit., p. 967, paragona la «disponibilità» dell'*obligation de sécurité* a quella delle garanzie nella vendita: essa «cède devant la volonté contraire des contractants, sauf la réserve indispensable pour le fait, c'est-à-dire en somme pour le dol du vendeur». Si tratta di un riferimento analogico: le garanzie della vendita sono *naturalia negotii* la cui disponibilità è regolata non dai contraenti ma dalla legge, che è la stessa fonte da cui promanano (*amplius*, nella parte II del presente lavoro).

¹³ Quello che E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, (rist. 1986), p. 118, definisce «il nesso libertà contrattuale-responsabilità contrattuale (o, detto in altra formula, profitto rischio)».

¹⁴ E', a ben vedere, la nozione di «potere», ancor prima che quella di «autonomia», entro cui questa può dirsi ricompresa, a presentare nel suo significato quale elemento distintivo - su cui molto insistettero T. PERASSI nella sua *Introduzione alle scienze giuridiche*, Napoli, 1922 e AL. LEVI nella *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950 - l'idea stessa della «possibilità» di azione, e quindi, anche, del possibile *non* esercizio del potere, particolare accezione designata nell'Europa medievale e moderna dalla filosofia scolastica con la parola *potentia* (e in quanto tale tenuta distinta dall'*actus*): si vedano sull'argomento, V. FROSINI, *Potere (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 440, nonché P. CAPPELLETTI, *Negoziio giuridico (storia)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 109 e ss., con molti riff. Il modello di questa elaborazione è stato offerto, com'è intuitivo pensare, dal paradigma proprietario. Sul punto, vanno richiamate le preziose indagini di P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in P. GROSSI (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973, p. 117 e ss.; il quale rileva, citando De Molina, che «l'uso non significa propriamente titolarità di una posizione giuridica, quanto un certo comportamento» (p. 171), sicché esso si colloca su un piano più basso e mediato rispetto all'idea di *dominium*, il cui momento costitutivo (*ivi*, p. 175) «è più in là, ed è il momento costitutivo della facultas del soggetto di tenere un certo usus; con il che si indica lucidamente una situazione soggettiva complessa; che è possibilità, anzi potentia, anzi potestas di traduzione della volontà astratta in modificazioni della concreta realtà storica; che è scelta - cioè manifestazione di libertà e di indipendenza - fra i tanti usus, di quello che il soggetto stima, nella circostanza, essergli più utile e più piacevole». Altri spunti, su piani logicamente e concettualmente diversi, sono offerti dalla teoria generale dell'abrogazione, su cui può vedersi, per un primo inquadramento, la voce di S. PUGLIATTI, *Abrogazione (Teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 141 e ss., spec. pp. 142-143. Muovendo dall'ammonimento dell'A. da ultimo citato, secondo cui (*ivi*, p. 156) «non sembra neppure legittimo né opportuno parlare di abrogazione nel campo del diritto privato, a proposito di fenomeni come la revoca dell'atto unilaterale o il contrarius consensus (o mutuo dissenso), che riguarda gli atti bi o plurilaterali», in ambito privatistico l'attenzione può rivolgersi, più che alla figura della revoca - la quale comunque esprime un «potere di ritrattazione facoltativa di un atto giuridico (privato)», così SALV. ROMANO, *Revoca (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 809 - al mutuo dissenso e, più problematicamente, a «quei modi

parti un rapporto giuridico patrimoniale fa nascere un vincolo giuridico prima assente ed effetti giuridici che senza di esso non ci sarebbero e non potrebbero esserci.

È vero che accanto ad effetti che solo il contratto è idoneo a produrre ve ne sono altri, e sono molti, che provengono da altre fonti, con regimi conseguentemente differenti. L'esempio fatto è istruttivo perché ricorda che un particolare effetto – l'obbligazione di sicurezza nel trasporto di persone – è stato volta a volta ritenuto da alcuni di fonte contrattuale, da altri extra-contrattuale o legale, e che il regime della sua disponibilità, governabile mediante clausole di limitazione o di esonero della responsabilità, ha risentito di questa variabile qualificazione.

Nondimeno vi è una «area di efficacia» per così dire primaria, quella della giuridicità (statuale) del vincolo¹⁵, che rimane ancorata all'autonomia dei contraenti ed è da essa condizionata¹⁶; mentre vi sono effetti susseguenti rispetto ai quali il contratto come atto voluto dalle parti perde centralità.

Qualsiasi indagine sull'area di incidenza della fonte privata, e cioè sull'esercizio di un potere regolamentare decentrato al livello degli stessi interessati, deve muovere da questo dato, e perciò confrontarsi con le teorie che cercano di definire, circoscrivere e classificare gli effetti giuridici, quando e come si producono, quando e come vengono meno.

In secondo luogo, dall'argomento di Josserand si trae l'idea, altrettanto fondamentale, secondo cui il limite (e parametro) dell'ordine pubblico si rivela non pertinente quando si tratti di stabilire se e in quale misura le parti contraenti possano scegliere di non dare vita a un'obbligazione contrattuale o, il che è lo stesso, di dare vita a un'obbligazione *non* contrattuale.

È evidente il nesso tra le due constatazioni: giuridicità come scelta «primaria», incoercibile perché voluta dalle parti interessate; ordine pubblico quale elemento che si trova a valle di quella scelta ed insiste sul *contenuto* di quella scelta, non sul suo *se*, intervenendo quale *limite* al concreto esercizio dell'autonomia privata contrattuale. In altre

coi quali vengono meno atti e rapporti giuridici, non per nuova volontà degli autore di essi, ma automaticamente, sia pure sulla base di una volontà precedentemente manifestata e concretata negli atti stessi (...). Questi ultimi costituirebbero, nel pensiero dell'A. da ultimo menzionato, ipotesi nelle quali «opera un'originaria autolimitazione della volontà che ha posto in essere l'atto, con un particolare atteggiamento dello stesso potere da cui questo è derivato», SALV. ROMANO, *Op. ult. cit.* p. 809. Per una diversa prospettiva, si cfr. la voce *Condizione* di S. MAIORCA, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ., III*, Torino, 1988, p. 278, ove, valorizzata l'incidenza del meccanismo condizionale sull'effetto negoziale, e quindi sulla sua vincolatività, si riconosce alla condizione la capacità di esaltare l'autonomia privata «in contrasto con l'affermazione, un tempo corrente, secondo cui, mediante la condizione, le parti autolimitano la propria libertà, e ne riducono gli effetti» (p. 277). Tuttavia, prosegue l'A. da ultimo citato (*ivi*, p. 278), «non rientrando nella normale autonomia dei privati, il potere in questione appare sostanzialmente improntato ad un carattere di eccezionalità», sicché in assenza della previsione legale le parti non sarebbero, in tesi, libere di condizionare i propri negozi.

¹⁵ L' «effetto negoziale», distinto dagli «effetti finali», su cui, per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale, nel Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, III ed., Milano, 1972, pp. 191-193. La premessa è la stessa nella costruzione di S. MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 291 e spec. n. 71.

¹⁶ P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, II ed., Napoli, 1972, p. 263: «la fonte privata rimane, è vero, il motore del contratto; nel senso che la sua mancanza o impedisce una valida conclusione del contratto (nel senso della invalidità per vizio del volere, ecc.) o preclude la possibilità di parlare di contratto in senso tecnico (ed in questo senso limita pure la possibilità delle altre fonti di partecipare alla formazione del regolamento)». Conf., F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987, pp. 19-20: «l'ordinamento giuridico di regola ricollega effetti giuridici alle convenzioni stipulate dai privati soltanto quando costoro lo vogliono».

parole, una valutazione sulla giuridicità del vincolo, e dunque sulla possibilità per le parti di *non regolare* affatto o di regolare *in assenza delle garanzie offerte dall'ordinamento* per assicurare in via coattiva l'osservanza del contratto, non potrebbe servirsi del criterio «ordine pubblico».

3. Secondo prologo. Indicazioni tratte dalla disciplina del contratto di deposito: a) nella prospettiva storica

Per chiarire quanto sin qui accennato vi è un esempio che appare storicamente calzante. Nell'esperienza romana il deposito prende le forme di contratto reale avente ad oggetto la custodia e la riconsegna di una cosa mobile soltanto dopo aver goduto per molto tempo di una protezione affidata ad azioni di natura penale: il deposito (cioè la sua inosservanza) nasce come delitto e diventa contratto¹⁷. Forse per questo¹⁸, la responsabilità del depositario almeno per tutto il periodo classico, è fondata esclusivamente sul dolo¹⁹.

Alcune fonti romane testimoniano della prassi di regolare convenzionalmente il regime della responsabilità, poi allargatasi alla *culpa lata*, estendendo o restringendo l'area di debito del depositario. Ma un limite, proveniente dai *boni mores*, si frappone alla libertà dei contraenti: il *pactum de dolo non praestando* è nullo²⁰. Altri frammenti (due leggi nel titolo *De Pactis*), tuttavia, parrebbero contraddire o quantomeno limitare la portata di questa regola, introducendo una distinzione apparentemente problematica, giacché – premessa la nullità della clausola che esclude la responsabilità per dolo – si aggiunge che «*si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit*»²¹.

Si è ritenuta inconciliabile una simile facoltà data ai contraenti con il limite del dolo («*vi ipsa*») e si è tratto motivo da ciò per sostenere che il testo riportato sia stato interpolato dai compilatori, sicché, tutto al contrario, «*quod pactum (non) proderit*»²².

Ma una lettura più attenta, consapevole delle difficoltà con cui il *contratto* di deposito si è affermato e dei dubbi che possono sorgere intorno alla sussistenza di un vero e proprio vincolo giuridico quando esso sia *gratuito*²³, permette di superare l'*impasse* e le ipotesi

¹⁷ Si v. G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, vol. XII, 1909, p. 272; G. ASTUTI, *Deposito (storia)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 212-213; G. NEGRI, *Deposito nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino, 1989, p. 227 e ss.

¹⁸ L'argomento è di G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, cit., pp. 271-272.

¹⁹ Una ricostruzione, con molti riferimenti, in F. MASTROPAOLO, *Il deposito*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 12, Torino, 1985, pp. 514-515, n. 22.

²⁰ *Ulp. Dig.* 16, 3, 1, 7; *Ulp. Dig.* 50, 17, 23.

²¹ *Paul. Dig.* 2, 14, 27, 3; *Ulp. Dig.*, 2, 14, 7, 15.

²² Così E. ALBERTARIO, *Variazioni di responsabilità nell' «actio depositi» derivanti da patto*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 25, 1912, pp. 36-37, secondo cui «pattuire con alcuno che non sarà tenuto con l'actio depositi, che non sarà – cioè – tenuto per il dolo che commetterà, è realmente pattuire una cosa immorale, un tutelare da ogni possibile azione il dolo stesso». V. ancora G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, cit., p. 298 e ss.

²³ Su cui si vedano le classiche pagine di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, p. 169 e ss. Della provenienza del deposito dalla *fiducia cum amico*, «e quindi della custodia di cosa mobile assunta per puro spirito di amicizia», discorre C.A. FUNAIOLI, *Il contratto di deposito in generale*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 10; 41.

interpolazionistiche rilevando la diversità delle fattispecie cui i testi riportati si riferiscono e, dunque, la loro piena conciliabilità.

Si tratta infatti di riconoscere nel *pactum ne depositi agat* lo strumento convenzionale con cui le parti sottraggono in modo esplicito e chiaro il rapporto di deposito alla giuridicità di un vincolo obbligatorio per affidarlo alla loro spontanea obbedienza, alla semplice e reciproca fedeltà alla parola data²⁴, per porlo, in una frase, «fuori della giurisdizione statale»²⁵.

Si è osservato che tanto nel diritto romano quanto in quello moderno «alle parti contraenti resta libero, entro certi limiti – purché cioè non offendano l'ordine pubblico e il buon costume, - di completare l'opera del diritto positivo dando al rapporto concreto da esse posto in essere una disciplina ed un regolamento più perfettamente convenienti alla sua vera indole, e, per tale ragione, allontanandosi in una direzione o nell'altra, dal regolamento tipico o normale dettato dalla legge»²⁶. Ma «quella immoralità che induceva i giuristi romani a giudicare nullo il *pactum de non praestando dolo*, non si riscontra affatto nel patto *ne depositi agat*, e non deve quindi sorprendere che questo patto venisse considerato pienamente valido». La ragione la si è detta: «il primo di questi due patti presuppone infatti *la volontà di far valere il contratto*, mentre il secondo *implica rinuncia alla tutela giuridica del medesimo*»²⁷. Il che doveva ritenersi del tutto ammissibile, giuridicamente e moralmente, allora come oggi. Si comprende pertanto come la stessa espressione «clausola di irresponsabilità» possa risultare inappropriata nella misura in cui sposta sopra un piano logicamente distinto il problema pregiudiziale del se un'obbligazione sia stata contratta e quanto essa limiti l'originaria libertà dei contraenti²⁸.

3.1. Segue. b) nella prospettiva del diritto vigente (l'art. 1769 c.c.)

²⁴ Gia Pothier aveva scritto che questo accordo non permette al depositario una mancanza di fedeltà al deposito «ma lo suppone talmente incapace di essa che non vuole che il deponente sia ammissibile a promuoverne la questione; nel che nulla si rinviene di contrario a' buoni costumi», v. G.R. POTHIER, *Trattato del contratto di deposito*, in *Opere contenenti i trattati del diritto francese*, trad. it., II ed., t. II, Livorno, 1842, n. 25, p. 295.

²⁵ Così G. PACCHIONI, *Aggravamento e attenuamento convenzionali in tema di responsabilità contrattuale*, nota a Cass. civ. Torino, 8 giugno 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 425.

²⁶ G. PACCHIONI, *Op. ult. cit.*, p. 417.

²⁷ Entrambe le citazioni in G. PACCHIONI, *Aggravamento e attenuamento convenzionali*, cit., p. 425, corsivi dell'A. Questa ricostruzione appare più esatta di quella che vede invece nel *pactum ne depositi agat* una liberalità/rinuncia a proprio diritto, su cui cfr. G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, cit., p. 299 e A. CHENEVIER, *Responsabilité contractuelle et responsabilité delictuelle*, Nancy, 1899, pp. 143-144.

²⁸ La necessità di distinguere, nel deposito e in altri contratti aventi ad oggetto prestazioni di custodia, clausole che escludono la responsabilità da clausole che escludono l'obbligazione, delimitando l'oggetto del contratto, è ben spiegata da A. TUNC, *Le contrat de garde*, Paris, 1942, p. 392 e ss., ad avviso del quale (*ivi*, p. 395) «nous devons au contraire reconnaître, du moins en principe, la pleine valeur des clauses de non-obligation, c'est-à-dire des clauses par lesquelles le débiteur écarte certaines obligations qui lui eussent incombé. Ces clauses sont en effet un moyen de délimiter le contenu du contrat; les parties, qui auraient pu ne pas s'engager du tout, se préviennent mutuellement que leur engagement est restreint et ne s'étend pas à telle et telle obligation. Cette manifestation de leur volonté semble devoir être totalement efficace; elle ne présente pas, à première vue, l'illogisme interne et les dangers d'une clause d'irresponsabilité».

Dalla disciplina attuale del deposito si ricavano ulteriori spunti di ordine generale che è bene raccogliere qui perché potranno servire più avanti.

Nel deposito, come altrove, si scorge infatti su un piano operativo l'interferenza fra il sistema della responsabilità contrattuale con quello della responsabilità extracontrattuale, e si ha prova del ruolo suppletivo, talvolta integrativo e correttivo, che la seconda svolge allorché la prima non trovi applicazione²⁹.

Tanto accade, innanzitutto, nell'ipotesi, come quella appena considerata, in cui le parti *rinuncino* per patto espresso ad instaurare un rapporto giuridico di deposito. A ben vedere, questa fattispecie, che ha le proprie radici storiche nel patto *ne depositi agat* appena esaminato, si avvicina assai a quello che in tempi più moderni è stato chiamato «deposito di cortesia» - eppure la prossimità delle due fattispecie non sembra essere stata colta - alla possibilità cioè di lasciare sul piano della benevolenza interindividuale, purché lo rivelino «*chiare riserve note all'altra parte*»³⁰, la momentanea custodia di una cosa mobile³¹. Se si ammette il deposito di cortesia³², oppure in presenza di un chiaro patto *ne depositi agat*,

²⁹ Le ragioni di questo intreccio sono molto profonde e si legano all'origine storica del deposito che la codificazione napoleonica, sotto l'insegnamento di Domat e Pothier, non tradì. Scrive J. CARBONNIER, *Variations sur les petits contrats*, in ID., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, VI ed., Paris, 1988, p. 293, che «certes, ces contrats (prêt à usage, dépôt, mandat, cautionnement, Nda) ont une sanction juridique, mais, dans le régime que la loi leur donne, ils se souviennent encor d'avoir été originellement de purs arrangements amicaux, dominés par une exigence de gratuité et de confiance personnelle. La gratuité explique beaucoup de traits dérogatoires - alternativement de rigueur ou d'indulgence - dans l'appréciation des responsabilités contractuelles». Si ricordi in ogni caso quanto sotto il vecchio Codice osservò G. ROTONDI, *Dalla «Lex Aquilia»*, all'art. 1151 Cod. civ. *Ricerche storico dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, p. 286: «se, in ipotesi, il nostro diritto positivo si fosse limitato a sancire il principio dell'efficacia vincolante del contratto senza far parola delle conseguenze della violazione, non c'è dubbio che tutta quanta la giurisprudenza si sarebbe aiutata coll'art. 1151».

³⁰ G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 170.

³¹ Ma la giurisprudenza, valorizzando indici oggettivi e di tipicità sociale, ha preferito riconoscere gli estremi di un contratto di deposito gratuito. Esempio Cass. civ., 14 luglio 1952, n. 2188, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1504, con nota di T. Pacifici (che esclude il rapporto di cortesia in un caso in cui un allevatore si lascia sfuggire la coppia di buoi affidatagli da un compaesano in occasione di una fiera pubblica), allorché, nota R. SACCO, *Il contratto*, nel *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, p. 491, n. 15, «era intervenuto l'elemento perfezionativo del contratto reale di deposito, e comunque era iniziata la prestazione, onde l'obbligo di continuarla secondo i principi - quanto meno - della responsabilità per gestione». Nello stesso senso anche Cass. civ., 27 gennaio 1975, n. 315, in *Mass. Foro it.*, 1975, voce Deposito (contratto di), nn. 1-2. Ulteriori pronunce e notazioni in M. NOVITÀ, *Il deposito*, in V. NAPOLETANO, E.M. BARBIERI, M. NOVITÀ, *I contratti reali*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, II ed., Torino, 1979, p. 179 e ss. Tuttavia, Cass. civ., 2 giugno 2000, n. 7363, in *Contratti*, 2000, p. 1124, con nota di A. Natale, lascia intendere in motivazione che la figura del deposito di cortesia presenta una propria autonomia, «considerato che anche il deposito di cortesia (nel quale non sussiste alcun rapporto contrattuale) è soggetto ai principi della responsabilità *ex recepto*». In dottrina, sul deposito di cortesia, si vedano, in particolare, oltre agli AA. citati nelle note seguenti, F. MASTROPAOLO, *Il deposito*, cit., p. 482 e ss.; U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975, p. 114 e ss.; A. SCALISI, *Il contratto di deposito*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, p. 60 e ss.; M. GRONDONA, *Il deposito*, nel *Tratt. dei contratti*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, IV, Milano, 2014, p. 410 e ss.

³² Perplessi A. DALMARTELLO - G.B. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 272-273. Affermano invece che «accanto a forme più evolute e professionalizzate di esercizio dell'attività di custodia continuano ad essere frequenti, nella vita quotidiana, rapporti di deposito che si costituiscono per spirito di solidarietà, benevolenza e perfino cortesia», ritenendo che «non c'è alcuna ragione che impedisca di ricondurli al tipo deposito e di considerare tuttora giustificato nei loro confronti il requisito della realtà», A. GALASSO - G. GALASSO, *Deposito*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ. V, Torino, 1989, i quali concludono, a proposito del deposito di cortesia, che si tratti di una *quaestio voluntatis*. Sul che si può convenire a patto che la *voluntas* delle

soccorre la responsabilità extracontrattuale (e la norma di cui all'art. 1177 c.c.) ad evitare che chi per colpa perda la cosa altrui affidatagli o la danneggi non risponda del proprio agire³³.

Vi è poi una disposizione nel Codice italiano, non particolarmente studiata, l'art. 1769 c.c., secondo la quale «il depositario incapace è responsabile della conservazione della cosa nei limiti in cui può essere tenuto a rispondere per fatti illeciti». Anche a questo riguardo sono sorti dubbi interpretativi: si tratta di una deroga all'ordinario regime dell'annullamento³⁴ oppure questa regola non farebbe altro che ribadire (e forse precisare) quanto già si desume in materia di illecito commesso dall'incapace³⁵?

L'art. 1769 c.c. sembra dire che la conservazione della cosa depositata (e cioè la sua custodia) permanga nell'area di debito del depositario *nonostante* la sua incapacità, e cioè anche quando il titolo da cui sorge fosse annullato e privato retroattivamente dei propri effetti, cosicché di eventuali mancanze il depositario risponderebbe comunque, ma a titolo extracontrattuale perché il contratto è stato annullato, e secondo il regime previsto per il fatto illecito dell'incapace: dunque personalmente, se l'incapacità di intendere e di volere deriva da sua colpa (art. 2046 c.c.); per mezzo di chi doveva sorvegliare, negli altri casi (e salva comunque l'applicazione dell'art. 2047 cpv. c.c.)³⁶.

Effettivamente la norma appare a tutta prima pleonastica, non tanto in punto conseguenze della responsabilità, quanto, piuttosto, con riferimento al fondamento della

parti in ordine alla creazione di un rapporto di cortesia sia stata concordemente e inequivocabilmente manifestata.

³³ Così, C.A. FUNAIOLI, *Il contratto di deposito in generale*, cit., pp. 41-42, n 98; A. DE MARTINI, *Deposito (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, pp. 510-511; F. MASTROPAOLO, *Il deposito*, cit., p. 483; A. GALASSO - G. GALASSO, *Deposito*, cit., p. 256. In tema di trasporto di cortesia, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 92, riconosce che «il solo divario d'importanza pratica concerne la misura della responsabilità e la distribuzione dell'onere della prova», salvo richiamare il consenso del viaggiatore per gli effetti dell'art. 50 c.p. (non si possono qui esaminare né anche solo riferire le dottrine sul trasporto di cortesia: indicazioni in A.M. BENEDETTI, *Trasporto di cortesia e presunzione di responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 209 e ss. e S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 238 e ss.; 250 e ss., dove una difesa della tesi extracontrattuale). Nello stesso senso, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, I, t. 1, VIII ed., Milano, 1954, p. 235, il quale, tuttavia, in altro luogo, precisando il proprio pensiero, avanza l'idea che l'applicazione del regime extracontrattuale risponda ad esigenze di opportunità ma abbia «scarso fondamento logico, poiché l'altro estremo del dilemma, negato il carattere contrattuale del trasporto di cortesia, non è soltanto il carattere extracontrattuale, ma addirittura il carattere non-giuridico, che porterebbe ad escludere ogni specie di responsabilità», così ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, IX ed., Milano, 1958, pp. 607-608. Si v. anche M. D'AMELIO, *Cortesia e diritto*, in *Corriere della Sera*, 13 gennaio 1934, p. 5: «una obbligazione contrattuale non può esistere per la semplice ragione che manca il contratto: ma una obbligazione da colpa o extracontrattuale può ben sorgere dal fatto di colui che promettendo con leggerezza e ritirando la promessa con pari leggerezza, o, comunque, senza ragionevole motivo, ha cagionato danno all'amico». Un particolare significato riveste, infine, la posizione di SALV. ROMANO, *Il trasporto di cortesia*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 485 e ss. Muovendo dalla concezione pluralistica delle norme e degli ordinamenti giuridici, l'A. vede nella violazione della cortesia l'infrazione di una vera e propria normativa privata regolatrice di rapporti (che non solamente il contratto può inquadrare e disciplinare), e in particolare una «concessione di esercizio di propri diritti e poteri o facoltà» (si potrebbe dire il «permesso» del benevolente), il cui regime risulta per lo più attratto da quello contrattuale (salvo in punto onere della prova), essenzialmente perché (*ivi*, p. 502) «ovunque vi sia un rapporto non si ha il campo d'applicazione degli artt. 2043 ss. c.c., legati alla tutela esterna delle sfere private obbiettivamente lese».

³⁴ V. spec. A. FIORENTINO, *Del deposito*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, pp. 82-82; F. MASTROPAOLO, *Il deposito*, cit., p. 500 e ss.; A. SCALISI, *Il contratto di deposito*, cit., p. 85 e ss.

³⁵ In questo senso, A. DALMARTELLO - G.B. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, cit., p. 256.

³⁶ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, I, t. 1, cit., p. 268.

custodia che può ritrovarsi anche altrove. Finché il contratto non è annullato, infatti, esso produce i propri effetti, obbligando il depositario alla conservazione della cosa; quando il contratto è annullato, il depositario, ancor prima della sua condanna e poi per effetto di essa, è tenuto alla restituzione della cosa presso di lui depositata, e tale obbligo importa l'applicazione dell'art. 1177 c.c.³⁷: come l'incapace, annullato il contratto, è tenuto a restituire la cosa presso di lui depositata, così *medio tempore* la deve custodire, continuando a risponderne *ex contractu*³⁸.

Proprio a questo punto comincia a delinarsi un senso per la prima parte dell'art. 1769. Della conservazione della cosa – esso dice – il depositario *incapace* risponde «nei limiti in cui può essere tenuto a rispondere per fatti illeciti». Non «annullato il contratto» o simili, ma «il depositario incapace è responsabile...», cioè indipendentemente dall'annullamento del contratto e, soprattutto, anche prima che esso abbia luogo, quando il contratto produrrebbe normalmente i suoi effetti, la responsabilità del depositario, pur avendo base e fondamento contrattuale, è *limitata* e *commisurata* secondo il regime extracontrattuale. L'obbligo di custodia c'è (e ci sarebbe comunque), essenzialmente *ex art. 1177 c.c.*, che qui trova fondamento nella necessaria riconsegna della cosa depositata; l'obbligato, tuttavia, risponde del suo inadempimento come ne risponderebbe al di fuori del contratto, alla stregua di un qualunque soggetto incapace che cagioni ad altri un danno ingiusto e che di esso è tenuto responsabile secondo quanto prevedono gli artt. 2046-2048 c.c.

La sfuggente regola dell'art. 1769³⁹ si apprezza perciò in modo particolare *prima* che il contratto sia annullato, modificando il regime di responsabilità a cui è soggetto il

³⁷ Cass. civ., 11 novembre 1977, n. 4892, in *Giust. civ. Mass.*, 1977, p. 1955: «qualora il compratore venga convenuto (o agisca) in giudizio per l'annullamento o la risoluzione della vendita, egli ha l'onere di custodire la cosa venduta quale proprietario e quale obbligato sub conditione alla restituzione di essa, senza aver diritto ad alcun compenso, fino alla sentenza esecutiva di annullamento o di risoluzione. Dopo tale sentenza egli ha l'obbligo di custodia, in quanto tenuto alla riconsegna (ex art. 1177 c.c.) e, qualora il venditore diffidato a ritirare la cosa, si renda moroso, egli ha diritto al rimborso delle spese per la custodia e la conservazione ex art. 1207, comma 2 c.c.». V. anche Cass. civ., 23 aprile 1991, n. 4423, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1341, e i precedenti riportati in nota. Analogamente, Cass. civ., 30 settembre 2009, n. 20995, in *Giust. civ., Mass.*, 2009, 1386, e per esteso in *De Jure*: «poiché l'obbligazione di consegnare una cosa determinata include, ai sensi dell'art. 1177 c.c., quella di custodirla fino alla consegna, risponde di inadempimento all'obbligazione accessoria di adeguata custodia - in relazione al furto avvenuto in un cantiere edilizio - l'appaltatore che non dimostri di avere adottato tutte le precauzioni suggerite dall'ordinaria diligenza, senza che possa rilevare l'avvenuta cessazione del rapporto principale di appalto (nella specie, per risoluzione di diritto, ex art. 81 del r.d. n. 267 del 1942, a seguito della sottoposizione della committente a liquidazione coatta amministrativa), atteso che l'obbligo di custodia è correlato alla detenzione dei beni affidati all'appaltatore e non all'attualità del rapporto di appalto, al quale esso sopravvive». In dottrina, sul deposito, spec., A. GALASSO - G. GALASSO, *Deposito*, cit., p. 261. Nell'appalto, con riguardo ai materiali consegnati dal committente, in caso di morte o incapacità dell'appaltatore, v., per tutti, D. RUBINO, *L'appalto*, nel *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, IV ed., Torino, 1980, p. 865 e ss. Più in generale, cfr. L. CABELLA PISU, *Sub art. 1177*, nel *Commentario del Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, pp. 232-233.

³⁸ Così, ancora A. GALASSO - G. GALASSO, *Deposito*, cit., p. 261, secondo cui «il mutare della fonte dell'obbligo (non) può indurre a ritenere che muti il criterio di valutazione della responsabilità, essendo in definitiva la regola fissata dall'art. 1768 c.c. un'applicazione dei principi generali in tema di diligenza (art. 1176 c.c.)»; e già A. DE MARTINI, *Deposito*, cit., pp. 513-514, secondo cui «l'obbligazione (di custodia) rimane, perciò, impregiudicata nei suoi normali caratteri e nella sua normale portata, ma del suo inadempimento solo in certi casi la persona del depositario incapace risponde».

³⁹ La cui norma, per F. CARRESI, *Il contratto*, cit., t. 2, p. 790, n. 214, si dovrebbe estendere «a tutti i casi in cui taluno detiene una cosa altrui (anche se immobile) come è per il conduttore, l'affittuario, il vettore, il mandatario, il sequestratario, il comodatario, il creditore anticretico e il creditore cessionario dei beni».

depositario⁴⁰ e in modo tale da impedire che ad essa possa sottrarsi (beninteso sussistendo in concreto i presupposti dell'art. 2043 c.c.). Questa singolarità – responsabilità extracontrattuale in costanza di un contratto invalido ma inizialmente efficace – può spiegarsi in ragione della possibilità riconosciuta al depositante di riavere sempre indietro la cosa depositata non appena la richieda (art. 1771 c.c.) e ciò, specialmente, proprio nell'ipotesi di incapacità del depositario (art. 1769, seconda parte: «in ogni caso il depositante ha diritto di conseguire la restituzione della cosa finché questa si trova presso il depositario»).

L'esercizio di questo diritto – che estingue il contratto e a cui può riconoscersi anche una finalità *lato sensu* rimediale – finisce infatti per rendere secondario se non addirittura superfluo l'annullamento giudiziale del titolo, almeno per quanto concerne il riacquisto della disponibilità della cosa da parte del depositante, allorché essa si trovi ancora presso il depositario e non sorgano contestazioni in ordine alle spese dovute al depositario e ad un suo eventuale compenso⁴¹. In questa situazione – assicurata al depositante la restituzione della cosa – l'art. 1769, prima parte controbilancia questo diritto assoggettando il depositario incapace a una responsabilità per mancata o colpevole conservazione della cosa che altrimenti sarebbe (ingiustamente) contrattuale, garantendo al contempo al depositante il rimedio «minimo» della tutela extracontrattuale (secondo il regime applicabile per il caso di incapacità del responsabile). Siccome l'annullamento è del tutto eventuale, la norma non vuole soltanto *regolare* la responsabilità – stabilendo cosa succede se la custodia non viene prestata – ma, ancor prima e ancor di più, vuole *costringere* il depositario incapace a conservare la cosa per tutto il tempo in cui il rapporto ha esecuzione; e tanto fa richiamando in servizio il precetto primario dell'art. 2043 c.c. ad integrare il regime contrattuale, in una singolare ipotesi di «equità» rimediale⁴².

4. *L'intervento convenzionale sulla disciplina dei rimedi: una «terza via» tra contratto e non contratto*

Si sono affacciate alcune idee: *a*) la giuridicità del vincolo è nella iniziativa delle stesse parti interessate (ad affidarvi la regolazione di propri interessi patrimoniali); *b*) la «disponibilità» di questo potere sta nella facoltà di non esercitarlo e di lasciare che la regolazione rimanga sopra un piano non propriamente giuridico (ad intendere, per comodità, «giuridicità» in senso coincidente con «statualità»); *c*) l'ordine pubblico è un parametro non adeguato ed anzi inconfidente al fine di misurare l'esercizio di detta facoltà;

⁴⁰ «La posizione del depositario incapace si presenta più gravosa rispetto a quella di un qualsiasi contraente incapace, meno gravosa rispetto a quella del depositario capace», così osservano A. GALASSO – G. GALASSO, *Deposito*, cit., p. 262.

⁴¹ Su questo problema v. F. MASTROPAOLO, *Il deposito*, cit., pp. 501-502, e i riferimenti indicati.

⁴² Osserva F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, t. 1., cit., pp. 267-268, che l'incapacità del depositario, più che rendere annullabile il contratto, come dovrebbe dirsi secondo la disciplina generale, «produce il doppio effetto di limitare la responsabilità di lui, per la conservazione della cosa e di autorizzare il depositante a ottenere, in ogni momento, la restituzione della *res deposita*».

d) l'ordine statale, e quindi l'ordine pubblico, non rinuncia mai a regolare certi fatti, e cioè a prescrivere determinate conseguenze effettuali (*ex-factis*), malgrado la scelta in senso contrario alla efficacia «giuridica» convenuta dalle parti.

Si tratta ora di sviluppare queste idee e di applicarle al tema della presente indagine, poiché le si ritiene utili coordinate per affrontare il problema degli spazi dell'autonomia privata sul fronte dell'articolazione dei rimedi contrattuali. Il nesso potrebbe non risultare immediatamente evidente. Un'immagine, forse, chiarisce meglio il senso dell'accostamento.

Tradizionalmente⁴³ i limiti interni all'autonomia privata in campo contrattuale, quelli cioè concernenti il *quomodo* del contratto, i requisiti perché esso possa dirsi tale, gli effetti che è idoneo ad attivare – in una formula: tutto ciò che attiene al profilo *funzionale* del contratto – sono ritenuti completamente insuperabili in via convenzionale. Lo stesso concetto di limite pare, a pensarci bene, inadeguato, perché nel suo significato comune presuppone un'area di libertà contro la quale è posto, figurativamente, in un certo luogo e secondo una consistenza variabile, un muro, un confine (*limes*). Qui, invece, non ci sarebbe alcuno spazio libero, ma costrizione entro quelle forme che l'ordinamento mette a disposizione dei privati, e impotenza al di fuori di esse, parendo la categoria più vicina quella della *irrilevanza* giuridica: le regole attinenti alla struttura e al funzionamento del contratto potrebbero definirsi come requisiti di *rilevanza* interna del concetto normativo di contratto⁴⁴. I consociati possono costruire discorsi ed inventare, praticandole, nuove parole (art. 1322, co. 1 e 2, c.c.). Ma le regole della grammatica e della sintassi non sono di loro competenza e *non* sono perciò derogabili.

Ciò che le parti possono fare è soltanto – almeno in linea di principio⁴⁵ – optare per l'*extra-giuridicità*⁴⁶, rinunciando alla diretta tutela offerta dallo stato (ma anche dagli arbitri), attraverso meccanismi regolatori e sanzionatori *extra ordinem*. Nell'impostazione dottrinale che forse più ha influenzato la teoria generale del negozio nella letteratura italiana del Novecento questi due assunti (indisponibilità degli effetti giuridici salvo la scelta di escluderli) convivono accanto come i due pilastri di un medesimo edificio⁴⁷.

⁴³ Su questa «tradizione», v. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, p. 2 e ss.

⁴⁴ Cfr. N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1111: «irrilevanza è negazione logica di rilevanza, poiché il fatto non è adeguato al tipo legale e non rientra nel suo ambito».

⁴⁵ Ma i giudici sono tutt'altro che propensi a prendere atto della scelta dei contraenti di regolare i propri rapporti al di fuori della sfera giuridica statale e tendono, con argomenti vari, ad attrarli sotto la loro cognizione (per poi intervenire). Si v. sul punto B. OPPETTI, *L'engagement d'honneur*, in *D.*, 1979, *Chron.*, p. 107 e ss., secondo cui (p. 115), «il faut sans doute y voir le signe que l'ordre juridique étatique ne se considère pas comme lié par la volonté des parties et se réserve d'attacher des effets de droit à tel ou tel accord, quoiqu'aient voulu les parties, dès lors que ces dernières ont entendu s'engager sur un plan quelconque». D'altronde sarebbe miope non considerare i grossi problemi di prova che simili accordi pongono allorché vengano in rilievo in una lite (benché le limitazioni probatorie previste nel ns. ordinamento per i contratti dagli artt. 2721 c.c. e ss. non dovrebbero a rigore applicarsi perché concernenti «contratti»), il che dà alla questione un valore innegabilmente più accademico che non realistico.

⁴⁶ Valga il richiamo, sul significato di giuridicità, a G.B. FERRI, *Il diritto statale e il suo doppio*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 15 (corsivi dell'A.): «è possibile dire che l'agire negoziale dei privati individua, già nell'ambiente sociale in cui si realizza, una dimensione giuridica *originaria* ed autonoma e che, dunque, tale è, di per se stessa, fuori e a prescindere da ogni *contatto* (*riconoscimento* o *delega*) con la dimensione giuridica espressa dal sistema di norme e principi espressi dall'ordinamento statale».

⁴⁷ Il riferimento è a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 84 e ss.

L'area in cui si svolge o cerca di svolgersi questa «fuga» dal diritto statale non è per la verità depressa, anzi, tende a rivelarsi sempre più popolata nella realtà d'oggi, dove sembra essere favorita, da un lato, dalle potenzialità di mezzi tecnologici e informatici che consentono l'autosufficienza anche nei confronti dei meccanismi di tutela offerti dall'ordinamento; dall'altro, dalla necessità per molti operatori economici di trovare nuove vie nella risoluzione delle controversie tra privati, alternative a quelle usualmente disponibili, inefficienti, specialmente in termini di durata del procedimento decisorio, e/o troppo costose. Né, come già si è detto, questa realtà corrisponderebbe a uno «stato di natura» totalmente abbandonato dall'ordinamento statale alla effettività delle soluzioni offerte da questi altri «sistemi»⁴⁸.

Il campo dei rapporti bi o plurilaterali *non-contrattuali* comprende nella sua varietà le relazioni di cortesia; i *Gentlemen's agreement* o patti d'onore, che larga applicazione incontrano nel commercio internazionale e nell'ambito endosocietario attraverso una particolare colorazione dei patti parasociali⁴⁹; dichiarazioni di intenti; lettere di *patronage* e altre figure che la prassi va creando là dove ci sono comunità, situazioni di cointeressenza e di eguaglianza per così dire «ambientale», rapporti di forza riconosciuti, elementi tutti in grado di dare vita a «ordinamenti» che possono funzionare, e perciò *regolare*, anche in assenza del braccio dello stato⁵⁰. Si può pensare a figure ancora più sofisticate: clausole, quindi regole *nel* contratto, che però escludono il contratto, e cioè i suoi effetti, anche in via subordinata ed eventuale, per l'ipotesi in cui l'ordinamento ricollegasse al contratto effetti difformi dall'intento perseguito dai contraenti (per modo che se ciò accadesse il negozio sarebbe da considerare *tamquam non esset*); oppure l'inserimento nel contratto di un *pactum*

⁴⁸ Osserva G. GORLA, *Consideration*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 181, che «a ben vedere, il problema fondamentale del contratto è quello della responsabilità per l'interesse positivo, o beneficio derivante dal contratto, e per quello negativo (o *reliance interest*), comprendendo nel primo anche il beneficio derivante dalla remissione di debito, dai patti modificativi, dall'opzione, dall'offerta irrevocabile o simili. Alla responsabilità per le perdite o i danni, di cui al precedente § 5, si può provvedere invece in modo soddisfacente anche in via extracontrattuale». V. le ipotesi indicate nel menzionato § 5 ove la *common law* sopperisce al difetto di *consideration* e, dunque di responsabilità contrattuale, con figure di responsabilità *in tort*, come la *misfeasance* di chi custodisce cose altrui.

⁴⁹ I quali possono benissimo essere, e tali li riteneva la dottrina cui se ne deve l'individuazione, veri e propri contratti: v. sul punto L. FARENGA, *Patti parasociali*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., XI, Torino, 1995, p. 12 e ss.

⁵⁰ Si v. G. GORLA, *Consideration*, cit., p. 179 e ss, a proposito delle promesse non sanzionate nella *common law* per difetto di *consideration*: quelle fattispecie, alcune delle quali largamente utilizzate nel modo degli affari, sogliono essere rispettate come *Gentlemen's agreements*, «una morale utilitaria, con le sue regole accanto a quelle della *law*». Sul tema M. D'AMELIO, *Gentlemen's agreement*», in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, p. 226 e ss., che ricollega la fattispecie in questione ai negozi di buona fede dell'esperienza romana. Spiega V. SCIALOJA, *Negozio giuridico*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 986, che «nei negozi di buona fede la norma giuridica che deve regolarli è sempre fondata sopra la buona fede, la quale è già di per sé cosa né fissa né invariabile, né certa, come la regola di stretto diritto; d'altra parte è contenuto di ogni regola di buona fede di aver riguardo a tutte le circostanze possibili e di controbilanciare gli effetti che ciascuna di queste circostanze di per sé potrebbe produrre, sicché nel giudizio *bonae fidei* non vi può mai essere quell'assoluta certezza dell'ultima conclusione a cui il giudice può arrivare, certezza che si può avere nei negozi *stricti iuris* (o anche *stricti iudicii*)». L'A. ricorda che, a questo riguardo, «la *bona fides* in italiano si può tradurre per buona fede, in senso tecnico, oppure per regole di *onestà comune* o del *galantomismo*», (*ivi*, p. 986, n. 3, corsivi aggiunti).

de non petendo in perpetuum, anomalo perché contestuale al negozio stesso⁵¹, col quale si inibisce a una parte di agire in forma coattiva per l'attuazione del contratto⁵².

Ma non è questi spazi che si vuole indagare, anche se può essere utile capire quali sono e come operano i meccanismi che ne assicurano l'esecuzione quando la conformazione spontanea fallisce.

Qui si vuole capire, piuttosto, se esista una *terza via* tra il blocco degli effetti *ex lege* che l'ordinamento assicura al contratto riconosciuto e dotato di «forza di legge tra le parti» e il blocco degli effetti *extra*-giuridici che conseguono alla scelta delle parti di regolare i propri rapporti patrimoniali al di là e al di fuori dell'ordinamento statale. E capire se questa terza via, la quale, è superfluo precisarlo, si pone al di sotto del metaforico «ombrello» della nozione di contratto, possa delinearci sopra un piano ben preciso che è quello dei cosiddetti *rimedi contrattuali*⁵³, quegli strumenti che, normalmente, l'*ordinamento* mette a disposizione agli operatori perché se ne servano quando il rapporto contrattuale presenta delle difficoltà tali da incidere in maniera rilevante sopra gli interessi di una parte. E ciò al di là delle possibilità esplicite che il diritto oggettivo già attribuisce all'autonomia dei contraenti al fine di adattare il sistema dei rimedi a particolari esigenze così frequenti e irrefrenabili da aver dato luogo a figure tipiche quali clausole penali, recessi convenzionali, clausole risolutive espresse, caparre, per limitarsi ad alcune ipotesi di parte generale.

5. Le due direttrici: l'azione per sottrazione/l'azione per addizione

L'autonomia «rimediale» che qui interessa e di cui si vogliono cercare i fondamenti è quella che va *oltre* gli strumenti di diritto positivo e non *dentro* questi⁵⁴.

⁵¹ Come correttamente lascia intendere l'Autore richiamato nella n. successiva – che ragiona di irrilevanza del contratto, e quindi di *extra*-giuridicità nel senso che si è detto, con riguardo al *pactum de non petendo* – quest'ultimo strumento negoziale può essere concepito ed utilizzato nella dinamica dei rapporti contrattuali, indipendentemente dalla sua riconduzione ad altre figure (remissione del debito), soltanto se lo si configura come patto o accordo *successivo*, o comunque temporalmente separato, dal negozio primario dei cui effetti obbligatori potrebbe disporre perfino *in perpetuum*. In altre parole, un *pactum de non petendo in perpetuum* non può che essere un patto *ex intervallo*, se non si vuole trascorrere nell'area dell'*extra*-statualità oppure, convincendosi della natura propriamente contrattuale del titolo, in quella dell'irresponsabilità *ex art. 1229 c.c.* con conseguente nullità del *pactum*. Il punto qui accennato emerge molto chiaramente nella trattazione di GIAND. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un riveduto concetto del «patto» nell'ordinamento attuale*, in *Riv. not.*, 1986, p. 606 e ss.; 619 e ss., che inquadra il *pactum* tra i negozi esecutivi di diritto privato. Per una diversa configurazione, ma il cui dissenso rileva poco ai fini che qui interessano, si consideri la tesi di F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 140, citando un passo di Cass. civ., 12 luglio 1958, n. 2539, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1958, II, p. 333 e in *Foro pad.*, 1959, I, c. 299, secondo cui «nel caso di obbligazione soggettivamente semplice, il patto di non chiedere (in perpetuo) «consegue praticamente nei confronti del debitore lo stesso effetto estintivo della remissione»».

⁵² Di queste possibili clausole discorre F. CARRESI, *Il contratto*, cit., pp 563-564.

⁵³ Detto altrimenti: possono le parti modificare il regime dei rimedi contrattuali (nei modi che si prospettano nel testo) senza perciò sconfinare nel mondo del «non contratto»?

⁵⁴ Il tema, esteso alle garanzie, è stato prospettato anche da R. SACCO, *Garanzie e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, a cura di G. Ajani, A. Gambaro, M. Graziadei, R. Sacco, V. Vigoriti, M. Waelbroeck, Napoli, 2011, p. 439 e ss., il quale tuttavia lo affronta analizzando quattro ipotesi tipiche (clausola penale, patto commissorio, risoluzione c.d. di diritto e

Essa potrebbe svolgersi, in ipotesi, secondo due direttrici:

1) *escludere* in via preventiva l'operare di alcuni rimedi a favore di altri, rinunciando *ex ante* e in modo vincolante ad invocarne l'applicazione allorché verrebbero in soccorso di un dato difetto di funzionamento del contratto, oppure *sottrarre* effetti alle fattispecie rimediali normative, depotenziandole a vantaggio di altri strumenti, già presenti nella disciplina legale o foggiate *ex novo* dalle parti, o, ancora, *aggiungere* presupposti o requisiti *non previsti* alle figure tipiche al fine di scoraggiarne o renderne più difficile l'impiego. In una parola, in tutte queste ipotesi riconducibili alla direttrice «n. 1»: agire *per sottrazione* sul sistema eteronomo dei rimedi contrattuali;

2) *ampliare* le alternative rimediali offerte dalla legge articolando veri e propri rimedi contrattuali *atipici* di fonte convenzionale, *estranei* alla previsione normativa ma ad essa paralleli, restando in capo alle parti interessate il potere di ricorrervi o meno senza che ciò importi rinuncia agli strumenti normalmente disponibili, oppure attribuire alle fattispecie rimediali tipiche effetti *ulteriori* a quelli normalmente ricollegati, oppure ancora rendere *più agevole* l'applicazione dei rimedi codificati, eliminandone presupposti o requisiti, ampliando l'ambito applicativo delle norme che li esprimono, per esempio postergando l'intervento del giudice all'esercizio di un potere di parte in sede stragiudiziale. In una parola, in tutte queste ipotesi sommariamente riconducibili alla direttrice n. «2»: agire *per addizione* sul sistema eteronomo dei rimedi contrattuali.

A queste due direttrici deve poi essere avvicinata un'altra possibilità, la quale, tuttavia, si colloca in un momento logico oltreché temporale diverso e dà pertanto luogo a questioni distinte, e cioè la *mancata attivazione* di un determinato rimedio contrattuale (tanto tipico quanto convenzionale), per una scelta espressa, o comunque in tal senso concludente, da parte di chi sarebbe legittimato a servirsene: è la *rinuncia (ex post)* al rimedio contrattuale, oppure la *tolleranza* nei confronti del fatto che ne giustificherebbe l'applicazione.

Così impostata la questione ed individuate già alcune coordinate entro cui collocarla, si presenta una domanda non più differibile: di che cosa parliamo quando parliamo di rimedi contrattuali?

Per capirlo conviene muovere da un altro interrogativo: quando si è cominciato ad utilizzare questa espressione nel linguaggio corrente della civilistica?

Occorre allora risalire alla nozione di rimedio, e a quella di rimedio contrattuale in particolare, comprendere come essa si afferma, cosa descrive, quali elementi ne consentono una definizione, quali ideologie la inseguono, quale è il rapporto fra genere (*rimedio*) e specie (*rimedio contrattuale*). Solo da un corretto inquadramento della categoria, nel rapporto con altre fattispecie ed altri concetti, si possono analizzare e valutare i margini di derogabilità e, soprattutto, – perché è all'ipotesi di massima tensione cui si deve guardare – di vera e propria escludibilità o rinunciabilità *ex ante* dei rimedi contrattuali positivi. Riflettere sul fondamento dei rimedi significa anche, a ben vedere, riflettere sul senso più profondo della

fideiussione gratuita), concludendo (*ivi*, pp. 451-452) che «il nostro diritto applicato è un diritto discontinuo, che passa da un trattamento assistenziale riservato *praeter legem* al debitore che si carica di un patto commissorio o di una clausola penale ad un trattamento protettivo accordato *secundum legem* al debitore che consente alla risoluzione di diritto e infine ad un trattamento *praeter legem* punitivo contro il fideiussore gratuito».

norma privatistica e, quindi, sulla sistemazione degli interessi «privati» che essa dispone attraverso le particolarità della propria struttura deontica.

SEZIONE II: CONTRATTO E TEORIA DEI RIMEDI

6. «Rimedi» e «contratto»: alcune necessarie precisazioni terminologiche

Il rapporto tra *rimedi* e *contratto* appare connaturale, com'è quello fra due concetti strettamente legati l'uno all'altro, al punto da faticare a distinguerli: il contratto sembra, in un certo senso, un rimedio esso stesso (*infra*, cap. II) – se si riflette sull'origine storica del *pactum* e del *contractum* si incontra sempre l'idea di conflitto insorto che il contratto è volto a «medicare» (*re-mederi*) – ma, ancor di più, si tende a vedere negli strumenti che il contraente ha a disposizione per far valere coattivamente il contratto da lui concluso, nelle armi che difendono il (o dal) contratto, il significato ultimo del contratto stesso⁵⁵, secondo una metonimia molto frequente nel discorso giuridico.

Queste sono impressioni comuni nella coscienza giuridica contemporanea. Tuttavia, se si vuole andare oltre le impressioni, o almeno capire come si sono formate, e guardare non tanto al concetto indistinto quanto alla parola «rimedio» e agli usi specifici che ha assunto nel diritto dei contratti di oggi, si deve notare che l'importanza oggi riconosciuta nei sistemi di diritto continentale, e in Italia in particolare, è un fenomeno abbastanza recente, non dovuto a un particolare contributo delle fonti normative⁵⁶. Il rimedio, con riferimento al contratto, ha preso il posto che oggi occupa solo dopo essersi emancipato dal significato diluito e fungibile di mezzo di tutela processuale di diritti e, dunque, essenzialmente, di

⁵⁵ Scrive P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, IV ed., Oxford, 1989, p. 433: «contract law provides a battery of remedies as sanctions against those who breach their contracts, and in one sense these remedies are remarkable examples of the willingness of the State to lend its assistance to the enforcement of private arrangements. When a contracting party goes to law, and obtains a judgment against his defaulting partner, he obtains the right to the support of all the forces of the State to enforce that judgment». Sul contributo dell'analisi economica del diritto a questo modo di pensare, si accennerà *infra*. Ma viene subito da chiedersi: l'opinione di A. PEKELIS, *Azione*, in *Nov. dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 98, secondo cui «il così detto rapporto giuridico sostanziale, intercorrente direttamente, per es., fra creditore e debitore, altro non è che l'ombra gettata dai due rapporti che il creditore ed il debitore hanno con lo Stato e consistenti, il primo, nel diritto d'azione dell'uno, nel diritto cioè all'azione dello Stato, ed il secondo, nello stato di soggezione effettiva nella quale si trova, rispetto all'azione stessa, l'altro, il debitore» non anticipa già in un qualche modo quest'ordine di idee?

⁵⁶ Nel Codice civile il termine rimedi – ricorda G. DE NOVA, *Nuovi rimedi e nuove tutele in materia contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 453 – ha fatto il suo primo ingresso il 23 marzo 2002, con l'entrata in vigore del D.Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, che, in attuazione della Direttiva 1999/44 CE «*su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*», aveva introdotto l'art. 1519-*quater*. Ma quella disposizione è durata brevemente nel Codice civile e, abrogata dall'art. 146.1, lett. s), del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, è confluita nel Codice del consumo entro l'art. 130, dedicato ai diritti del consumatore in relazione alla vendita di beni di consumo. Se non ci si sbaglia, dopo quella fugace apparizione, il termine rimedi è tornato ad eclissarsi dal lessico del Codice.

azione⁵⁷. In questo senso⁵⁸ lo si poteva certo trovare impiegato nei manuali e nei testi istituzionali più classici ma senza che ad esso fosse riconosciuta la funzione propria di una categoria ordinante: insomma, di «rimedi» si legge talvolta nei testi, ma difficilmente all'interno di indici o sommari.

Ciò si riscontra, invece, nella letteratura processualistica, cui l'elaborazione dogmatica della categoria rimediale deve molto (*infra*, nel cap. II, per un ulteriore e pregnante punto d'incontro fra *rimedi processuali* e *contratto*). Bisogna premettere che «rimedio giuridico» è un concetto eminentemente processuale, nel cui lessico ha per molto tempo assunto un significato ancor più determinato e preciso, e cioè quello di *mezzo di impugnazione* e specialmente di *appello*, mutuato dal tedesco⁵⁹ e testimoniato da fonti più antiche⁶⁰. In questa accezione se ne propose, senza successo, l'adozione nei due Progetti ministeriali di Codice di Procedura Penale del 1905 e del 1911⁶¹.

⁵⁷ È sorprendente ritrovare nelle molteplici dottrine sull'azione - le quali vogliono spiegare il rapporto intercorrente fra *azione* e *diritto soggettivo* - gli argomenti di fondo del dibattito sui rimedi e su quella che viene chiamata come *prospettiva rimediale* (v. *infra* nel testo). Assai istruttiva è la menzionata voce di A. PEKELIS, *Azione*, cit., p. 91 e ss., recensita da B. CROCE, in *Recensione* ad ALESSANDRO PEKELIS - *Azione* (estr. dal *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1937, in 4.°, pp. 19), in *La Critica*, XXXVI, 1938, p. 457, quale «importante tentativo (v. spec. §14-20) di lumeggiare le varie e contrastanti dottrine giuridiche, - e in questo caso la teoria dell'azione (processuale) - in rapporto alla storia politica e civile dei vari tempi e paesi».

⁵⁸ Che è il più tradizionale ed è ancora impiegato (sebbene insieme ad altre numerose accezioni: v. spec. *infra* nel Cap. V, § 7). Questo senso, mutuato dal diritto romano (ma v. *infra* in questo cap. e in quello successivo), è poi passato nella *common law*. La nota formula «*remedies precede rights*», sostanzialmente corrispondente al brocardo «*ubi remedium, ibi ius*», significa infatti che gli strumenti *processuali* di tutela precedono, storicamente e concettualmente, le posizioni sostantive azionate. Fondamentale al riguardo è quanto osservato da R. DAVID, *Les Contrats en Droit Anglais*, Paris, 1973, pp. 58-59: «l'obligation n'intéresse le juriste anglais que lorsqu'il s'agit d'en fixer la sanction, de la déduire en justice. Pour Holmes, on «commet un contrat» (commit a contract) comme on commet un délit; on n'entre dans le droit que lorsqu'on n'exécute pas le contrat. Dans l'analyse qui a été faite, sur le continent européen, de l'obligation en *debitum* (*Schuld*) et *obligatio stricto sensu* (*Haftung*), le droit anglais, axé sur l'action en justice, considère avant tout la sanction procédurale de l'obligation, les dommages-intérêts qui en sanctionnent l'inexécution, - alors que le droit français, plus étroitement lié à la morale, soucieux d'établir des règles de comportement, envisage plus volontiers au contraire le premier aspect de l'obligation: le devoir juridique qu'elle impose à son sujet. *Remedies precede rights*: l'adage continue à commander la démarche de pensée du juriste anglais; en France, au contraire, sous l'influence d'Universités qui n'étaient pas maîtresses de commander à la pratique, l'attention s'est concentrée sur les droits, se désintéressant quelque peu de leur sanction». Sull'influenza di questo modello sull'obbligazione e il contratto nella tradizione continentale si dirà *infra* nel testo. Il tema è centrale nell'opera di A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, II ed., Milano, 1993, *passim*, che ha affrontato il rapporto diritti soggettivi/rimedi guardando anzitutto alla formazione dell'esperienza di *common law* a partire dalle *forms of action* (v. spec. p. 63 e ss.). Su origini, significati, superamento ed eredità delle *forms of action*, si v. intanto L. MOCCIA, *Action (Forms of)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 82 e ss., e i riff. ivi.

⁵⁹ Ove i mezzi di impugnazione, tanto civili quanto penali, sono detti *Rechtsmittel*, e cioè, letteralmente, «rimedi giuridici».

⁶⁰ Riferimenti in V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. IV, Torino, 1932, pp. 454-455, n. 3, che richiama le istituzioni spagnole del medioevo e il diritto canonico. Ma v. anche *Cod.*, 2, 9, 3 (*remedium appellationis*). Il termine rimedio compare sovente nel *Corpus* nella più vasta accezione sopra menzionata di mezzo processuale di tutela.

⁶¹ Ma la Commissione speciale del Senato, nella Relazione stilata da Ludovico Mortara, la rifiutò recisamente: «(...) mezzi di impugnazione dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria, che il progetto continua a denominare rimedi giuridici traendone esempio dal codice penale, ove però questa espressione, usata quasi per incidenza, non pare abbia ottenuto un battesimo tecnico definitivo. Se mai di rimedi si volesse parlare, non sarebbe esatto qualificarli giuridici, bensì dovrebbero essere detti giudiziari o giurisdizionali. Per altro la Commissione esprime il voto che si usi una denominazione schiettamente italiana e conforme, nel significato, alla cosa che si designa, lasciando da parte la improprietà di neologismi (p.es.: produrre un rimedio giuridico)

Oltre a ciò, è ancora nel contesto del processo che il «rimedio» si rivela un concetto utile e funzionale per descrivere le vicende dell'atto processuale e della sentenza *invalidi*⁶². Da qui, con uno sforzo di maggiore estensione, il concetto di rimedio si lega alla teoria generale dell'atto giuridico che quella stessa dottrina processualistica andava costruendo⁶³, nell'ambito della quale viene inteso come prototipo del mezzo con cui l'ordinamento reagisce all'illegalità (e all'ingiustizia) dell'atto: «nonostante lo stimolo derivante dall'onere o dall'obbligo alla perfezione dell'atto può darsi che l'atto riesca imperfetto, in che sta una perdita economica, contro la quale il diritto reagisce. Il mezzo della reazione si chiama *rimedio giuridico*»⁶⁴.

Calata nella dimensione del contratto e del negozio, questa idea di rimedio si avvicina o addirittura si sovrappone a quella di *impugnazione*, dunque, nuovamente, ad un altro importante concetto ed istituto della procedura. Comprendere, però, se l'impugnazione della sentenza preceda storicamente quella del contratto o viceversa – e se possa perciò stabilirsi quale «modello» di impugnazione abbia contribuito a determinarne la categoria – è un dilemma notevole, favorito da molteplici terminologie impiegate spesso con significati non coincidenti⁶⁵. La stessa plurivocità si riscontra peraltro anche nello stesso ambito

non esattamente attinti da idiomi stranieri. Il codice di procedura civile (poiché da quello di procedura penale non si trae indicazioni in proposito) ha consacrato il nome generico di mezzi per impugnare le sentenze, che può essere ricevuto nella nuova compilazione della legge sul processo penale». Il brano, unitamente alla Relazione per intero, si legge nella Rivista, *La scuola positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale*, 1912, p. 135.

⁶² Scrive F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, vol. I, V ed., Roma, 1956, p. 286: «il vizio dell'atto è un evento contro il quale naturalmente il diritto cerca di reagire; già tale reazione richiama il concetto di rimedio (contro il vizio) dell'atto. Ma il concetto di rimedio è più vasto e merita fin d'ora d'essere meditato. Nonostante ogni cura nella determinazione dei requisiti può darsi uno di questi casi: o che, a malgrado del vizio, l'atto tuttavia risponda a convenienza e a giustizia; o che, viceversa, non vi risponda per quanto sia dotato di ogni requisito. Anche queste ipotesi richiamano il concetto di rimedio, non già come misura per eliminare il vizio, sibbene per adeguare alla convenienza e alla giustizia dell'atto la sua legalità». Ma v. già, analogamente, ID., *Sistema del diritto processuale civile*, II vol., Padova, 1938, p. 486 e ss.

⁶³ Lo ammette l'Autore stesso: «dell'atto giuridico sono state costruite soltanto alcune teorie particolari, forse anzi, sul serio, due soltanto, che riguardano il negozio e il reato; purtroppo la teoria generale non s'è mai spinta oltre qualche vaga proposizione. Ecco che, in gran parte, gli strumenti di lavoro per la trattazione dell'atto processuale me li sono dovuti costruire da me; e così, insieme con la teoria dell'atto processuale, è venuta fuori nel libro una teoria dell'atto giuridico, come genere comprensivo di tutte le sue specie», in F. CARNELUTTI, *Recensione a F. CARNELUTTI, Sistema del diritto processuale civile*, volume secondo, Padova, Cedam, 1938, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, p. 82.

⁶⁴ «Il rimedio tende veramente a guarire il vizio dell'atto, che ne determina la irregolarità o la inefficacia, o quanto meno ad eliminare l'incertezza cagionata dallo stato di pendenza, che spesso dal vizio deriva», così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, p. 329, corsivo dell'A. Una classificazione dei rimedi giuridici segue a p. 339 e ss. nelle due macrocategorie della «convalidazione» e «invalidazione» da un lato, e della «rettificazione» e della «rescissione» dall'altro.

⁶⁵ Ci si limiterà in questa sede a fornire soltanto alcuni riferimenti, in relazione a un dibattito articolato. Secondo E. ALLORIO, *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, p. 194, «i gravami sono le impugnazioni nel senso pubblicistico del termine, le impugnazioni autonome sono quanto rimane, in un ordinamento processuale pubblicistico come quello attuale, del vecchio regime dell'impugnazione come rimedio di diritto privato, rivolto contro un negozio giuridico privato, qual era considerata la sentenza», e ciò a partire dall'idea che la sentenza nasca come atto di autonomia privata e la «pubblicizzazione» del processo rappresenti un'idea successiva, legata all'affermarsi del «principio autoritario». Contro questa concezione, e contro l'affermazione dell'originaria natura privata del provvedimento decisorio e delle conseguenti implicazioni sul fronte delle impugnazioni, si levò la voce di S. SATTA, *Storia e "pubblicizzazione" del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, spec. pp. 48-49. Per A. TOZZI, *In margine*

contrattuale, ove ai nomi *impugnazione*, *impugnabilità*, *impugnative*, malgrado la radice comune, sono stati assegnati significati tutt'altro che corrispondenti.

A questa polisemia sembra aver contribuito, ancora una volta, una ricostruzione formulata nella letteratura processualistica, e quindi spuria rispetto alle tipologie e alle classificazioni dei civilisti, destinata, tuttavia, per il suo stesso contenuto, ad influenzare le teorie di questi ultimi. Secondo questa autorevole dottrina, le *azioni di impugnazione* dei negozi comprendono tanto le azioni di nullità, quanto quelle di annullamento e di rescissione o di risoluzione; le prime dando luogo ad azioni di mero accertamento, le seconde e le terze ad azioni costitutive, in quanto il mutamento dello stato giuridico preesistente cui portano si produrrebbe per effetto della sola statuizione giudiziale.

ad una polemica, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 105, «quanto afferma l'Allorio sul carattere privato ed arbitrario del processo per *legis actiones* e per *formulae*, fondato su di un atto autonomo e volontario delle parti, mentre lo Stato si limita a tutelare la pace sociale, ed a autorizzare e controllare il giudizio; e così pure quanto afferma l'Allorio in materia di sentenza e di appello, sono tutte cose pacifiche per i romanisti (compreso il Wenger, che per il Satta fa testo) e divenute ormai nozioni acquisite». La posizione di Allorio si rifà alla teoria espressa da P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, Torino, 1920, *passim*, secondo cui i mezzi di gravame debbono essere distinti dalle azioni di impugnativa (o impugnazioni autonome), considerato peraltro che (*ivi*, p. 202) «l'azione di impugnativa (così per motivi di annullabilità, come per motivi di revocabilità) può servire ad invalidare tanto una sentenza quanto un negozio giuridici: si può dire anzi che l'azione impugnativa contro la sentenza deriva da una estensione al campo processuale dei concetti propri del diritto sostanziale». Per una critica alla distinzione di Calamandrei, si v., *ex multis*, S. SATTA, *Impugnazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 698. Per altri, invece, il concetto di impugnazione nasce nel processo: cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 347-348, secondo cui «i concetti della impugnazione e della impugnabilità sono, come si suol dire, emersi sul terreno del diritto processuale e sono stati perciò elaborati dalla scienza in questo settore. Poiché i fenomeni relativi, se pur si presentano su quel terreno con maggiore abbondanza, sono però propri anche di altri campi (e basta pensare alle azioni di rescissione, che il codice civile, agli art. 1447 e seg., pone accanto alle azioni di annullamento), è necessario che anch'essi, come qui tento di fare, siano trasferiti sul piano della teoria generale». Occorre però sottolineare che nella costruzione di Carnelutti l'impugnazione presenta un proprio ambito ristretto ed è tenuta distinta dalla *invalidazione*, perché, a differenza di quest'ultima, malgrado altri profili di analogia, è rivolta contro la *ingiustizia* dell'atto. L'impugnazione è, pertanto, «un presupposto della rescissione» (*ivi*, p. 347). I limiti di questa teoria, nella parte in cui riferisce alle sentenze deduzioni maturate sul piano della teoria generale (ma v. *supra* l'osservazione secondo cui la teoria generale carneluttiana è costruita a partire dall'atto processuale), sono segnalati da A. CERINO-CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 10 e ss., il quale ciò nondimeno definisce la teoria dell'impugnazione di Carnelutti «l'elaborazione dogmatica più compiutamente realizzata» (*ivi*, p. 10). Anche G. LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali. Parte generale*, Napoli, 1935, pp. 16-17, afferma che il termine «mezzi di impugnazione» – da questi definiti «alla tedesca» come «rimedio giuridico» (*ivi*, p. 15), v. *supra* nel testo – «potrebbe essere limitato ai rimedi diretti contro decisioni dell'organo della giurisdizione. Così, nel diritto privato le cd. azioni di impugnativa dei negozi giuridici poste accanto alle azioni di nullità (rescissione, revoca, risoluzione, riduzione di liberalità, ecc.) non possono chiamarsi mezzi di impugnazione. Il concetto, pertanto, di impugnazione è in funzione del concetto di decisione giudiziale: un concetto, quindi, eminentemente processuale, avente diretta e necessaria correlazione col concetto di giurisdizione». Sul tema, al di là di affermazioni di principio, sono da condividere le osservazioni di A. GUARNERI, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 41 e ss., spec. p. 44, secondo cui, nell'esperienza romana, la «identità tra la nozione di nullità della sentenza e la nozione di nullità del negozio è diretta emanazione della imperfetta separazione tra diritto sostanziale e diritto processuale e della origine contrattuale della sentenza, caratteristiche queste entrambe del diritto romano classico, per cui la nozione di iudicium e la nozione di negozio non apparivano così profondamente diverse come hanno incominciato ad apparire quando è emerso il carattere decisamente pubblicistico del processo». È dunque arduo stabilire priorità, mentre nell'esperienza medievale, affermatasi la nozione di sentenza nulla (nel senso di *an-nullabile*) suscettibile di *querela nullitatis*, poi sviluppata dai canonisti come vera e propria *actio nullitatis*, si fa strada «l'estensione di tale azione anche agli atti giuridici extraprocessuali e lo studio contemporaneo e parallelo della nullità della sentenza e di quella dei contratti, come manifestazioni diverse dello stesso istituto» (*ivi*, p. 50). Utili spunti anche in R. ORESTANO, *Appello (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 708 e ss.

Ma quello che preme qui sottolineare è che sotto il nome di *impugnazione* sono poste tanto le azioni di *nullità* del contratto quanto quelle di *annullabilità* o di *rescissione* o *risoluzione*⁶⁶.

Il punto appare ancora più chiaro allorché, discorrendo di azioni di mero accertamento (qual è appunto in tesi quella di nullità) e di interesse ad agire, si afferma che «la semplice esistenza di atti simulati o di *atti nulli* (*contratti, testamenti, regolamenti*) da cui non possiamo ricevere nocumento e contro cui la legge ammetta la *impugnazione*, basta per legge a giustificare la azione diretta ad eliminare un atto contrario al nostro interesse o anche solo la sua parvenza, e ciò anche prima che il nostro avversario abbia manifestato l'intenzione di servirsi di quell'atto»⁶⁷.

Dunque, secondo Chiovenda, si può parlare di *impugnazione del contratto* anche riguardo alla *nullità*, benché l'impugnazione vera e propria appaia, sempre secondo questa dottrina, una componente ben più caratterizzante nelle ipotesi di annullamento, nelle quali il negozio produce effetti giuridici fintantoché non sia annullato dal giudice. In questo lato senso «chiovendiano» si suole fare riferimento alle *impugnative negoziali*, comprendendovi anzitutto quelle che, secondo la rinnovata partizione del Codice del 1942, sono *nullità* e *annullabilità* del contratto.

7. «Impugnazione» e «impugnabilità» del contratto»

Nella letteratura civilistica, viceversa, il concetto di *impugnabilità*, che dovrebbe a rigore intendersi come *attitudine all'impugnazione*, sebbene inteso in vario senso, quando è stato proposto in termini compiuti, non ha mai ricompreso al proprio interno la figura della nullità.

In una delle più rilevanti sistemazioni dottrinali anteriori al nuovo Codice – la cui più raffinata configurazione delle invalidità del contratto avrebbe di molto agevolato l'opera degli scrittori successivi e, per mezzo loro, la nuova codificazione – si definisce *impugnabilità* il regime cui sono sottoposti i negozi nei quali sussista una «circostanza che avrebbe dovuto mancare, e tale che se sia fatta valere dall'interessato, il negozio giuridico perde l'efficacia che avrebbe avuto, ove quella circostanza non si fosse avverata, o non fosse stata fatta valere»⁶⁸. A questa definizione sono ricondotte le ipotesi di 1) risoluzione (allora prevista solamente in caso di inadempimento, dall'art. 1165, c.c. 1865); 2) revocazione di donazioni per sopravvenienza di figli o ingratitudine; 3) rescissione per lesione, in caso di vendita immobiliare o di atti che importano divisione, *ex artt.* 1529 e ss. c.c. 1865; art. 1038, cpv., c.c. 1865; 4) revocatoria per atti in frode dei creditori; 5) riduzione di liberalità oltre la quota disponibile⁶⁹. In una formula, l'impugnabilità designa quella forma di inefficacia del negozio fatta valere per iniziativa del soggetto interessato, ogniquale volta l'incidenza di

⁶⁶ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, II ed., Napoli, 1953, p. 179 e ss.

⁶⁷ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 200, corsivi aggiunti.

⁶⁸ Così, N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, III ed., (Milano, 1924), rist. Napoli, 1992, p. 331.

⁶⁹ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 345.

determinati fatti lo induca a mettere in discussione gli effetti sino ad allora prodottisi⁷⁰. Si tratta di ipotesi di molto avvicinati ai casi di *annullabilità* – ove «il diritto di impugnativa non spetta che a persone determinate in cui favore la legge fa produrre l'inefficacia del negozio»⁷¹ - ma che da quelli si distaccano essenzialmente per una differente disciplina, in punto retroattività degli effetti⁷².

La somiglianza con i casi di annullabilità propriamente intesi è così marcata che altri ha ritenuto l'impugnabilità un altro nome per indicare le ipotesi di annullabilità: «non risulta, infatti, che il trattamento giuridico dell'impugnabilità si distacchi da quello dell'annullabilità; epperò, l'impugnabilità, e anche l'*impugnativa*, possono considerarsi sinonimi (o, tutt'al più, sottospecie), di annullabilità e, rispettivamente, di annullamento»⁷³. I negozi *impugnabili* sarebbero, dunque, i (soli) negozi annullabili.

Una più larga concezione dell'impugnabilità in ambito negoziale si riscontra, invece, in un'ulteriore opinione, che si ricollega alla definizione di Nicola Coviello, replicandone anche alcune incongruenze, ma nel mutato contesto normativo rappresentato dal nuovo Codice. Qui l'impugnabilità, separata in modo più netto dalle forme di inefficacia *semplice*, designerebbe i casi di 1) *risolubilità*, per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta; 2) *rescindibilità*; 3) *riducibilità*, delle donazioni e delle disposizioni testamentarie a tutela dei legittimari e 4) *revocabilità*, per frode ai creditori, sopravvenienza di figli o ingratitudine e, analogamente, restituzione dei doni in caso di mancato matrimonio. Ipotesi tutte accomunate dal ricorrere di una «circostanza estrinseca, spesso sopravveniente, cui l'ordinamento dà rilievo con riguardo alla pratica, effettiva attuazione del risultato perseguito, ovvero alla difesa di una condizione di eguaglianza delle parti,

⁷⁰ Questa formula si ritrova anche in E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 471 e ss.; 497 e ss., il quale tuttavia non dà grande risalto al nome *impugnabilità*, che compare piuttosto occasionalmente.

⁷¹ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 345. Ed infatti per ALF. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, spec. p. 281 e ss. annullabilità, rescindibilità e risolubilità sono figure tutte accomunabili nella lata categoria del «negozio ad efficacia eliminabile», concetto che, a dire del suo proponente, si lascia preferire a quello di impugnabilità perché designa l'effetto cui tende, ove è decisivo, ai fini dell'individuazione della categoria, il carattere della retroattività. Egli scrive (*ivi*, p. 283): «dire che l'annullabilità, la rescindibilità e la risolubilità sono figure diverse perché nella prima il presupposto dell'eliminabilità delle vicende è intrinseco al negozio e nelle altre due è estrinseco e sopraggiunto, è lo stesso che affermare che il rapporto di proprietà che si costituisce in seguito ad usucapione è un fenomeno, un rapporto diverso da quello che si costituisce, ad esempio, mediante accessione od occupazione».

⁷² L'ulteriore elemento di distinzione fra *annullabilità* ed *impugnabilità* nella sistemazione di N. Coviello – individuato nella mancanza in quest'ultima di un *vizio* (dell'atto) da sanare – non può essere correttamente riferito alla rescissione.

⁷³ Così, F. MESSINEO, *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, II, 1958, p. 469, corsivo ns. L'illustre Autore osserva (*ivi*, p. 470) che «i termini «impugnativa» e «impugnazione» sono impiegati con maggior frequenza nel diritto processuale civile e penale; ma, qui, col significato tecnico del riferimento a provvedimenti giudiziari (sentenza, ordinanza; il decreto è reclamabile, non impugnabile), dei quali si tende a provocare, mediante un nuovo giudizio, la correzione, l'annullamento, o la sostituzione con un altro, conforme (o più conforme) a giustizia». Questa nozione è ripresa poi in F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, t. II, in *Tratt. Dir. civ. comm. Cicu – Messineo*, Milano, 1972, p. 293 e ss., con ulteriori rife. Il contratto è «annullabile, cioè spetta a determinati interessati il diritto di impugnativa per provocarne l'annullamento» anche per F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 150.

ovvero alla tutela di determinati terzi, che possono essere colpiti indirettamente dagli effetti del negozio»⁷⁴.

Di una siffatta nozione di *impugnabilità* sono stati segnalati i limiti funzionali oltreché concettuali. Essa infatti, come già nella sistemazione cui si rifà, colloca la figura in questione nell'ambito della *inefficacia* negoziale (successiva), insistendo nel contrapporla al *genus* delle *invalidità*, non avvedendosi, però, che vi sono più analogie di regime fra le pretese ipotesi di *impugnabilità* e le fattispecie di *annullamento*, che fra queste ultime e le *nullità*, malgrado la comune appartenenza al medesimo *genus*, e senza considerare la problematicità della rescissione intesa quale pura forma di inefficacia⁷⁵.

Si coglie, ad ogni modo, nella elaborazione della categoria dell'impugnabilità, e già in quella più risalente, uno slancio verso un'amplissima tipologia destinata a raccogliere tutte le ipotesi in cui il contratto presenti una determinata *patologia*⁷⁶, che, proprio utilizzando il *nomen* rimedio, e in un'accezione che non trova riscontro in altre esperienze, sarebbe stata delineata in dottrina soltanto in seguito (*infra*, § 8).

Prima di allora, il *rimedio*, nella teoria del contratto, emerge poco. In particolare, com'è stato acutamente notato, si fatica a ragionare di rimedi in relazione alla responsabilità

⁷⁴ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 383. Su questa linea anche R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 259 e ss. Non parla di *impugnabilità*, ma sostanzialmente la intende sotto il lemma di *reagibilità*, facendo leva sullo squilibrio originario o sopravvenuto della sinallagmaticità delle prestazioni, e vi ricomprende tutti i casi di risoluzione, la rescissione, le eccezioni dilatorie, il risarcimento del danno in caso di evizione e l'*actio quanti minoris* per i vizi redibitori, tenendo distinte queste ipotesi dalle fattispecie di annullabilità, ove il vizio è originario e attiene alla «ossatura del contratto», L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, *L'attuazione*, Milano, 1964, p. 382 e ss.

⁷⁵ La critica è in R. SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 843-844. Sui rapporti tra rescissione e inefficacia, v., per tutti, V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 371 e ss. e i riferimenti alle dottrine sull'argomento, nonché per ulteriori considerazioni sulla categoria dell'impugnabilità in relazione a quella di inefficacia. La rescissione, peraltro, è una «causa di invalidità» nel disposto dell'art. 1757, co. 3 («Provvigione nei contratti condizionali o invalidi»); mentre l'art. 1970 c.c. stabilisce che «la transazione non può essere *impugnata* per causa di lesione».

⁷⁶ Un significativo contributo a questa sistemazione è stato dato da Messineo. Nonostante, come si è visto *supra*, ascrivesse all'impugnabilità un senso «debole», secondo cui l'annullabilità è l'impugnabilità, altrove l'A. ha dedicato alle «vicende del contratto» una parte cospicua della trattazione dell'istituto, ponendo sotto questa macrocategoria, di fatto, tutte le situazioni in cui il contratto può trovarsi *dopo* la sua conclusione: proroga, rinnovazione, cessione, nullità, annullabilità, inefficacia, rescissione, morte del contraente o sua sopravvenuta incapacità di agire, risoluzione per mutuo dissenso, risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta della prestazione, per eccessiva onerosità, recesso unilaterale, revoca unilaterale, modificazione unilaterale, eccezione di inadempimento o di adempimento inesatto, sospensione della prestazione, fallimento di una delle parti, clausola «*solve et repete*», garanzia per evizione, esaurimento naturale del contratto. «In tutti i casi di invalidità, di inefficacia, di rescissione, di risoluzione, di recesso, di revoca del contratto, cade il rapporto obbligatorio; e il debitore non è più tenuto ad eseguire il contratto, ossia ad adempiere l'obbligazione», così F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (artt. 1321-1469 Cod. Civ.)*, Milano, 1944, p. 438, corsivo dell'A. Si tratta di una considerazione degna di molta considerazione perché si crede che in essa (v. *infra* nel testo) possa ritrovarsi il fondamento della nozione di rimedio contrattuale com'è oggi generalmente intesa. Non stupisce, dunque, che Messineo utilizzi largamente il termine *rimedio* nel riferirsi alle azioni a tutela dei contraenti nell'ambito delle vicende del rapporto. Anche ALF. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, cit., spec. p. 306 e ss., sfumando le differenze obiettive tra nullità e annullabilità con riferimento alla c.d. «eliminabilità dovuta a sfasamento quantitativo» e «qualitativo», e rilevando peraltro (*ivi*, p. 308) che «il legislatore, nel suo arbitrio sovrano, può benissimo attribuire ad un fatto giuridico, che prima costituiva un elemento essenziale del negozio, il carattere di semplice presupposto per la definitività delle vicende negoziali», pone le basi (sia pure senza sviluppi compiuti) per una ricostruzione unitaria con riferimento alle vicende del negozio.

contrattuale in Italia e negli altri ordinamenti continentali che «tendono invece a «sostanzializzare» ogni effetto del contratto»⁷⁷.

Non mancano però spunti teorici interessanti, proprio sul piano che più si presta all'incontro tra *rimedi* e *contratto* che è, appunto, quello dell'inadempimento.

8. «Rimedi» e «torto»

Un'ardita (ma poco fortunata) «parte generale del diritto», pensata per raccogliere i concetti fondamentali comuni nella scienza del diritto, colloca tra questi il *torto* e i *rimedi* contro di esso, il torto civile e il torto penale, i rimedi civili e i rimedi penali⁷⁸. Si tratta di una costruzione per molti aspetti moderna e controcorrente⁷⁹, influenzata dall'opera di Carnelutti di cui si è detto, e che ambisce anch'essa – ma precedendola di un decennio – a fornire una teorizzazione unitaria del diritto, superando in via puramente concettuale le distinzioni tra diritto sostanziale e processuale, tra civile e penale, privato e pubblico.

Ha il merito di assegnare al *rimedio* un posto di tutto rilievo nel lessico civilistico italiano, individuando il *torto* quale momento centrale dell'esperienza giuridica. Di fronte al torto – che è definito come la violazione di un qualsiasi diritto soggettivo – «il diritto oggettivo reagisce con rimedi diretti a mortificare il torto, restaurando il diritto»⁸⁰, attraverso mezzi volti essenzialmente a rimuovere gli effetti del torto, e cioè il danno da esso arrecato, o il pericolo di danni futuri (*remedies as cure of wrongs*). Nella dinamica del contratto, il *torto* è l'inadempimento, da cui derivano danni per l'avvenire e conseguenze dannose già verificatesi con esso. Per i primi, la reazione al torto è possibile «mediante l'adempimento tardivo, quando sia possibile e in pari tempo sia utile per il creditore; (o) mediante la prestazione dell'equivalente al detrimento permanente cagionato al creditore dall'inadempienza. Per quel che riflette il danno passato la rimozione del danno stesso cagionato da simili torti si opera: (...) mediante prestazione dell'equivalente alla sofferta perdita di utilità»⁸¹.

Dunque, secondo questa teoria, il *rimedio* per eccellenza nell'ambito dei rapporti obbligatori è il *risarcimento* del danno: sia che si tratti dell'equivalente della prestazione originaria non più possibile o non più di interesse per la parte non inadempiente (il c.d. danno *permanente*), sia che si tratti delle conseguenze dannose ulteriori rispetto alla mancata prestazione tempestiva (c.d. danno *passato*). Eppure, tradendo le premesse della categoria come sopra disegnata, si precisa più avanti che «l'adempimento tardivo non può

⁷⁷ Così, A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, p. 93 e ss.

⁷⁸ F. INVREA, *La parte generale del diritto*, Padova, 1935, Libri VIII e IX, ma v. già, per quanto qui interessa, F. INVREA, *La nozione del torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 265 e ss.; ID., *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 638 e ss.; ID., *Il torto e l'azione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, p. 154; ID., *La sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, p. 30 e ss.

⁷⁹ Si confrontino le recensioni a F. INVREA, *La parte generale del diritto*, cit., di F. CARNELUTTI in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, pp. 192-193, con quelle più critiche di P. GRECO, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 471 e ss. e di R. BALZARINI, in *Dir. lav.*, 1935, p. 77.

⁸⁰ F. INVREA, *La parte generale del diritto*, cit., p. 355.

⁸¹ F. INVREA, *Op. ult. cit.*, p. 358.

considerarsi come un vero rimedio contro il torto (non costituendo un'obbligazione nuova a carico del debitore inadempiente) ma bensì come l'oggetto del primitivo diritto di obbligazione o di credito»⁸², mentre di altri *rimedi* contro l'inadempienza non si parla neppure (su tutti, la risoluzione)⁸³.

Appaiono evidenti i limiti di questa ricostruzione in ambito contrattuale, che finisce, a ben vedere, malgrado la modernità della sua terminologia, attinta soprattutto dal diritto canonico e molto probabilmente anche dall'esperienza giuridica anglosassone, per «sostanzializzare» i relativi rimedi appiattendoli sul piano puramente risarcitorio, cosicché il paradigma della dimensione rimediale nei rapporti privatistici diventa giocoforza quello della responsabilità extracontrattuale, sul cui esempio la dinamica contrattuale sarebbe modellata.

Pur con questi difetti e nonostante i rapporti con la moderna prospettiva rimediale risultino più apparenti e nominali che reali, la sistemazione di Invrea rappresenta un capitolo fondamentale (ed il primo) nell'affermazione dell'idea di rimedio, poiché lo pone all'interno del sistema quale suo essenziale ingranaggio e ne fa un concetto di diritto sostanziale⁸⁴.

⁸² F. INVREA, *La parte generale del diritto*, cit., p. 359, già anche ID., *I rimedi contro il torto*, cit., p. 650. Ma a parziale rettifica di questa esclusione, in F. INVREA, *La sentenza di condanna*, cit., p. 37, l'A. scrive che il concetto di rimedio (quale contenuto di una sentenza di condanna) deve intendersi in senso ampio, «comprendente quindi anche il semplice adempimento tardivo dell'obbligazione», poco oltre (*ivi*, p. 39) definito come un «rimedio improprio», e ciò sulla scia del diritto romano classico secondo cui (*ivi*, p. 38) «il pagamento della somma di denaro formante il contenuto della *condemnatio* era sempre considerato come il contenuto di un nuovo debito, ossia di un nuovo *dare oportere* in luogo di quello originario, anche quando esso aveva per oggetto l'identica somma che formava il contenuto del debito, ossia del *dare oportere* anteriore alla *litis contestatio*».

⁸³ Pure qui una «appendice» si ritrova in F. INVREA, *La sentenza di condanna*, cit., pp. 43-44, dove l'A. spiega perché ai suoi occhi la risoluzione non costituisca propriamente un rimedio ma, semmai, dinanzi a un inadempimento colpevole, un mezzo di assoggettamento dell'autore del torto (il debitore inadempiente) al conseguente rimedio, e cioè il risarcimento del danno.

⁸⁴ «Parlo di rimedi anziché di sanzioni, perché il concetto di rimedio è assai più ampio e comprensivo che non quello di sanzione. Esso comprende ogni sorta di riparazione: partendo da quelle della restituzione e del risarcimento dei danni (il cui fine diretto è il ristoro del danno sofferto dal soggetto del diritto, e quindi il vantaggio economico di questo, e solo in linea indiretta può rappresentare, e non sempre, una sanzione contro la disobbedienza alla legge) giungendo a quella della pena propriamente detta, o pena penale (in cui il carattere di sanzione è predominante, pur essendo sempre compreso il concetto di ammenda o di riparazione, nel senso di riparazione dell'offesa arrecata col torto). I rimedi di cui si tratta si distinguono in rimedi civili e rimedi penali, o meglio in rimedi di diritto civile e in rimedi di diritto penale secondo che appartengono al diritto civile o al diritto penale». Così, F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., p. 641 (nonché in ID., *La parte generale del diritto*, cit., pp. 355-356). L'A. distingue poi tra *rimedi attivi* e *rimedi passivi*, i primi implicando «un'obbligazione positiva (di fare o di dare) a carico dell'autore del torto (il quale è così tenuto ad una certa attività), e ascrivendosi ai secondi quelli che non contengono un'obbligazione positiva a carico del medesimo, il quale è costretto semplicemente a sopportare l'applicazione del rimedio ovvero è astretto da un'obbligazione negativa» (ID., *La parte generale del diritto*, cit., p. 386); e tra rimedi *latae sententiae* e rimedi *ferendae sententiae*: «sono rimedi *latae sententiae* quelli per i quali il diritto attuale ai medesimi sorge ipso iure per il fatto del torto; sono invece *ferendae sententiae* quelli in cui il diritto attuale al rimedio sorge soltanto in virtù di una sentenza avente carattere costitutivo; in altri termini sono quelli in cui il torto fa sorgere a favore del leso (o dello Stato) un diritto soltanto potenziale, e più precisamente un diritto *ferendae sententiae*», così ID., *La parte generale del diritto*, cit., p. 387. Ancora, «accanto alla divisione fra rimedi attivi e quelli passivi, deve porsi una divisione, assolutamente distinta, tra rimedi obbligatorii e rimedi non obbligatorii, secondo che i rimedi implicano o no un'obbligazione (positiva o negativa) a carico dell'autore del torto. I rimedi obbligatorii formano oggetto di un diritto di obbligazione a favore dell'avente diritto al rimedio; invece i rimedi non obbligatorii formano

Se alla dottrina processualistica (v. *supra*) si deve l'aver legato il *rimedio* all'*atto* – quello processuale, la sentenza e, per il mezzo dell'*impugnazione*, il contratto – è nella costruzione di Francesco Invrea che il *rimedio* prende una propria forma autonoma, si «reifica», diventando l'*oggetto* di un *diritto* (il diritto di chi abbia subito un *torto*); il contenuto di un atto (in genere, un *provvedimento* giurisdizionale, ma anche un negozio: assai importante è la configurazione della *clausola penale* quale puro rimedio⁸⁵) e, dunque, un momento centrale della dinamica giuridica, che dal suo angolo visuale può essere osservata⁸⁶. Peraltro, è difficile stabilire se la dottrina in questione sia stata influenzata dagli studi sul processo o non li abbia piuttosto influenzati essa stessa. Ad ogni modo, al loro incontro si deve l'introduzione del linguaggio dei rimedi nella letteratura civilistica italiana⁸⁷. Non è certo un caso che in una delle trattazioni più moderne e realistiche della disciplina generale dei contratti, pensata e scritta da un insigne processualista per l'insegnamento nelle scuole superiori di commercio, si legga che «il rimedio tradizionale contro l'inadempienza, specifico per quanto al suo modo di operare, ma generale perché esperibile in tutti i casi, è proprio il ricorso al giudice in sede civile e cioè nelle forme della procedura civile (comprese fra queste le forme del fallimento). (...) E quanto ai provvedimenti bisognerà distinguere quelli tendenti a costringere all'esecuzione oppure a sostituirla con degli equivalenti o dei surrogati che si possono ottenere d'autorità, senza però far venir meno l'efficacia obbligatoria originaria del contratto, da quelli che implicano una cosiddetta risoluzione del

oggetto di un diritto reale a favore del medesimo, diritto reale che ben può consistere nel vedere sottoposto l'autore del torto ad una determinata sofferenza o privazione», *ivi*, p. 386. Si noti l'insistenza di Invrea sul rimedio quale *diritto* in favore del soggetto vittima del torto, su cui, *amplius*, nei capp. II e V del presente lavoro.

⁸⁵ F. INVREA, *La parte generale del diritto*, cit., pp. 372-373.

⁸⁶ Tanto avviene nell'affinamento della teoria dei rimedi che si ritrova in F. INVREA, *La sentenza di condanna*, cit., pp. 40-41, ove la sentenza di condanna è definita «come la sentenza che contiene: a) l'accertamento di un torto (compreso in questo concetto anche l'inadempienza); b) la pronuncia di un rimedio, civile o penale, non ancora attuato prima della pronuncia (compreso nel novero dei rimedi anche il rimedio improprio dell'adempimento tardivo). Questa pronuncia implica essenzialmente l'accertamento del diritto soggettivo (della persona a cui favore la condanna è pronunciata) al rimedio o ai rimedi non ancora conseguiti. (...) Invece la sentenza che si limita a dichiarare che l'autore del torto è già incorso in un rimedio (pena penale o civile di carattere passivo, pena cioè che non consiste in una obbligazione positiva a carico dello stesso autore), quale sarebbe una sentenza che dichiarasse Tizio colpito dalla indegnità a succedere perché autore di uno dei torti previsti dall'art. 725 cod. civ., non può considerarsi come sentenza di condanna (ben inteso in quanto contenga esclusivamente tale dichiarazione)».

⁸⁷ Pare muoversi entro le coordinate già fissate dalla dottrina processualistica e da Invrea, sia pure con ulteriori sviluppi, anche l'importante e precorritore contributo di A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 23 e ss., ad avviso del quale (*ivi*, p. 26), «l'idea di rimedio giuridico include ogni ipotesi di realizzazione secondaria che abbia come suo presupposto necessario e sufficiente la mancanza della realizzazione primaria, e come suo precipuo compito e risultato, la reintegrazione dell'interesse rimasto ancora senza tutela e della norma in cui tale tutela è predisposta». La prospettiva dell'illustre A. si rivela particolarmente costruttiva nella parte in cui il rimedio viene inteso quale mezzo di surrogazione all'adempimento mancato, così da comprendervi non solo le reazioni del creditore all'inadempienza del debitore, ma anche gli strumenti di risposta *ex latere debitoris* all'inerzia del creditore che non consente, per una sua mancanza, la liberazione del debitore: «nell'ordine giuridico positivo i rimedi si riducono dunque a due tipi fondamentali, a seconda che la mancanza a cui si deve supplire sia dalla parte del debitore o dalla parte del creditore» (così, *ivi*, p. 29).

contratto (che di solito è poi viceversa una trasformazione di autorità dei suoi effetti e delle sue conseguenze)»⁸⁸.

Il rimedio è diventato lo strumento pratico, affidato al ministero del giudice, con cui si ripara il torto contrattuale, e cioè l'inadempimento.

9. Un sintagma di successo: i «rimedi sinallagmatici» nell'evoluzione del pensiero scientifico

Un altro passaggio rilevante nel percorso che si sta descrivendo è, sul piano della nomenclatura sistematica, l'introduzione della categoria dei *rimedi sinallagmatici*. Anche qui le origini sembrano potersi ritrovare in quella stagione di studi particolarmente attenti alla «realtà» del diritto e, quindi, pronti a seguire le implicazioni concrete e processuali dei nuovi problemi portati soprattutto dalla pratica commerciale. È vero che la formula diventa di uso corrente solo in anni successivi⁸⁹, ma la si ritrova già in testi di fine anni Trenta, e in particolare nelle riflessioni di chi, muovendo dalla nozione di sinallagma, ha provato a saggiarne la tenuta e l'operatività nel contesto dei rapporti societari, guardando soprattutto alla «manifestazione maggiore» del c.d. sinallagma funzionale, e cioè alla risoluzione per inadempimento⁹⁰.

Le premesse sono costituite dunque dall'opera di Gorla sul rischio⁹¹, dalla sua rivisitazione delle dottrine allora correnti sulla «condizione risolutiva tacita», dall'inquadramento del contratto sinallagmatico entro la fattispecie dei «contratti bilaterali» cui l'art. 1165 del vecchio Codice si riferiva e dallo sviluppo della dicotomia sinallagma genetico/sinallagma funzionale utilizzata già cinquant'anni prima dalla dottrina tedesca⁹².

Ma – è bene rilevarlo fin d'ora – Gorla è più un critico che non un propugnatore della dottrina del sinallagma funzionale, nella cui trama scorge, a ragione, un'erronea concezione della causa e, in conseguenza di essa, un fraintendimento circa fondamento e funzione della risoluzione per inadempimento⁹³: una volta accolta la prospettiva del sinallagma

⁸⁸ Così, E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1933 (I ed. 1931), pp. 111-112. L'importanza di quest'opera è lumeggiata nelle recensioni di T. ASCARELLI e di W. BIGIAVI, rispettivamente in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 77 e ss. e *ivi*, pp. 88-89.

⁸⁹ Specialmente in G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, p. 6 e ss.; in R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 931 e ss., e che si ritrova poi in R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 10, t. 2, Torino, 1982, p. 507 e ss.; nonché in F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, *passim*. Rispettivamente al primo e al secondo attribuiscono il primato nell'impiego del nome, A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 3, n. 11 e A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 57, n. 173.

⁹⁰ Il riferimento è in particolare ad A. DALMARTELLO, *La risoluzione del contratto sinallagmatico per inadempimento non colposo*, in *Giur. comp. dir. civ.*, 1939, vol. IV, p. 147, ove compare l'espressione «rimedi sinallagmatici». Ma v. oltre nel testo per un più ampio inquadramento del pensiero dell'A., che a più riprese si è occupato di risoluzione e degli altri rimedi.

⁹¹ G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, spec. p. 97 e ss.

⁹² I riff. in G. GORLA, *Op ult. cit.*, p. 98, n. 1; p. 102, n. 2; pp. 103-104, nn. 1-2.

⁹³ Molto chiaramente: «se la causa del contratto bilaterale stesse nel momento della prestazione, l'inadempimento dovrebbe far cadere il negozio per difetto di causa: si dovrebbe dire, ma non lo si può dire, per quanti sforzi si facciano, che il negozio non esiste. Invece in simile caso si dà, *ma non è detto che si debba*

funzionale, infatti, è arduo non ricorrere, per designare la risoluzione, all'infelice formula del difetto sopravvenuto di causa. Egli preferisce spiegare la *sinallagmaticità* muovendo dalla risoluzione (e dall'eccezione di inadempimento), piuttosto che il contrario, ed intendere la risoluzione come una vicenda non del negozio (e delle obbligazioni che lo compongono) ma del rapporto⁹⁴, da essa cancellato quando per la possibile infruttuosità dell'azione di adempimento residuerebbe un ingiustificato arricchimento in danno del contraente non inadempiente, onde, *in conseguenza* (e non *a priori*) un legame tra le prestazioni⁹⁵. Forse è per questo che l'ellittica espressione *rimedi sinallagmatici* non appartiene al suo vocabolario.

Ciò nondimeno, come si è detto, è alle tesi di Gorla che si lega la dottrina che comincia a discorrere di *rimedi sinallagmatici* nel sostenere la natura sinallagmatica dei contratti plurilaterali diretti al perseguimento di uno scopo comune e, specificamente, del contratto di società, ove la dimensione sinallagmatica, intesa come scambio di obbligazioni in vista di uno scopo comune, peraltro – è uno spunto già dello stesso Gorla⁹⁶ – risulterebbe financo più marcata che nella corrispettività fra due sole parti. Da qui il richiamo all'istituto che più esprimerebbe il contenuto della sinallagmaticità – la risoluzione per inadempimento⁹⁷ – da una parte, per spiegare quegli istituti che nella dinamica societaria varrebbero anch'essi, in quanto *rimedi*, ad assicurare l'operatività del sinallagma funzionale nel contratto di società, e cioè l'esclusione del socio e la decadenza dell'azionista (artt. 2286, 2287, 2477, co. 3, 2527;

logicamente dare, un rimedio: la risoluzione del contratto, il quale pure vive e potrebbe ancora vivere». Così, G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., p. 111, corsivi ns. Ancora (*ivi*, p. 133, corsivi dell'A.): «se si ritroverà, nel campo del rapporto creato dal contratto, una reciproca dipendenza fra le prestazioni, non da ciò si potrà trarre che in tale dipendenza consiste la causa del contratto, così come ad essa dipendenza, nel momento funzionale del rapporto, non si oppone il fatto che la causa del contratto (negozio) stia nella reciproca dipendenza fra le obbligazioni. Sicché, se si ritrovasse che una tutela riceve l'intento *individuale* di avere la controprestazione effettiva, si dovrà dire che si tratta di una tutela non diretta, ma indiretta, determinata cioè da ragioni diverse da quelle dell'esistenza di un simile intento individuale, che ho già qualificato giuridicamente irrilevante. L'errore della dottrina individualista della causa è stato di aver connesso due fatti veri, ma non connessi (esistenza di un intento individuale, di ottenere la controprestazione, e tutela corrispondente): è stato di aver aderito all'apparenza. Che esista una tutela *corrispondente ad un intento* non significa necessariamente esistenza di una tutela *dell'intento*, quando la tutela possa essere determinata, come è nel caso, da altre ragioni». Infine, ID., *Op. ult. cit.*, pp. 161-163. Le ambiguità della formula «*sinallagma funzionale*» sono state messe in luce anche da G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1957, anche in G. OSTI, *Scritti giuridici*, t. II, Milano, 1973, pp. 802-803.

⁹⁴ Spec. G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., p. 135 e ss. Ed infatti, *contra* A. DALMARTELLO, *La risoluzione del contratto sinallagmatico per inadempimento non colposo*, cit., p. 146, per cui «secondo il concetto del nostro legislatore la «risoluzione», anche quando si fonda sull'inadempimento, è tutt'altro che un mezzo il quale colpisca «il rapporto nel suo complesso»: essa colpisce, piuttosto, l'obbligazione, cioè il vincolo di una delle parti (nel caso di risoluzione per inadempimento, il vincolo della parte insoddisfatta)». A favore di questa tesi potevano invocarsi argomenti di ordine normativo, superati dalla nuova Codificazione.

⁹⁵ Sul punto v. G. GORLA, *Op. ult. cit.*, num. 68, pp. 140-141, ove l'A. così conclude: «un legame, una reciproca dipendenza fra le prestazioni deve esistere, se addirittura la legge ha sentito il bisogno di derogare ai principi per prevenire l'eventualità della rottura di questo legame. Fermo che il legame stesso è di natura *obiettiva*, che non dipende dalla causa del contratto, che funziona non nel contratto, ma nel rapporto giuridico da questo creato» (corsivo dall'A.).

⁹⁶ G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., p. 119. D'altronde per Gorla (*ivi*, p. 117, n. 3), non deve dirsi ««in tanto l'una parte si obbliga, in quanto si obbliga l'altra», ma «in tanto le parti consentono, convengono, in quanto hanno la mira comune dello scambio delle obbligazioni»».

⁹⁷ Il rimedio della risoluzione «è il «padre» di tutti i rimedi di matrice sinallagmatica», così, A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 58.

2344 del nuovo Codice); dall'altra, per argomentare l'applicabilità della stessa risoluzione e dell'altro rimedio sinallagmatico (l'eccezione di inadempimento, la manifestazione «minore» del sinallagma funzionale) ai rapporti *inter socios*⁹⁸.

Di lì a poco il Codice civile italiano del 1942, con la sua rinnovata partizione della disciplina generale del contratto, avrebbe favorito l'affermarsi della categoria dei *rimedi sinallagmatici*, pur senza farne esplicito uso. La cui definizione può fare leva, da un lato, sulla tipologia dei contratti suscettibili di rimedio, appunto quelli sinallagmatici, e cioè *in primis* i bilaterali a prestazioni corrispettive e poi quelli plurilaterali funzionali al perseguimento di uno scopo comune – qui si apprezza lo sforzo fatto per conciliare sinallagmaticità e contratti plurilaterali, in specie società,⁹⁹ e l'elaborazione, nel compimento di esso, della categoria in questione (il problema sarebbe stato risolto dal nuovo Codice con gli artt. 1420, 1459 e 1466 c.c.) – dall'altro sul vizio, o, se si preferisce, sul tipo di *torto*, che può affliggere questi contratti, consistente in una alterazione tendenzialmente successiva della «scambievolezza» o corrispettività iniziale, determinata da fattori esterni¹⁰⁰.

Dunque, *rimedi sinallagmatici* in quanto rimedi *dei* contratti sinallagmatici, e rimedi che attengono *al* sinallagma e alla sua *funzionalità*. Se la Relazione al Codice sembra suggerire la riconducibilità alla categoria di tutte le specie di risoluzione di parte generale e speciale

⁹⁸ La premessa di questa teoria si ritrova già in A. DALMARTELLO, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Milano, 1937, ora anche in A. DALMARTELLO, *Studi di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 2009, p. 127, corsivo aggiunto: «è preliminare alla costruzione di tali rapporti la esatta distinzione dei due diritti che scaturiscono dal contratto sinallagmatico: il diritto all'adempimento e il diritto alla risoluzione. A prima vista non si scorge tra essi una differenza sostanziale, ed anzi pare che si tratti di due *rimedi* in tutto e per tutto paralleli ed equivalenti (art. 1165 cod. civ.). Ma se dalla esteriore apparenza si scende ad una analisi più approfondita si vedrà che il diritto alla risoluzione presenta diversità essenziali dal diritto all'adempimento, e che tali diversità, se possono rimaner latenti in quasi tutti i contratti, affiorano decisamente nel contratto di società e vi determinano notevoli conseguenze». Più avanti (*ivi*, p. 134), si afferma che «ogni socio, come parte di un contratto sinallagmatico, ha, in astratto, il diritto alla risoluzione del contratto stesso nei confronti del socio inadempiente». La tesi è poi sviluppata in diversi altri scritti, e particolarmente in ID., *Società e sinallagma*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, 495 e ss., ora anche in ID., *Studi di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 2009, p. 359 e ss. (spec. p. 382 e ss.; pp. 391-393); ID., *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*, Padova, 1939, *passim*; ID., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962 (I ed., 1952), p. 250 e ss., ora anche in ID., *Studi*, cit. I, p. 588 e ss.; ID., *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 126 e ss., ora anche in ID., *Studi*, cit. II, p. 171 e ss. (spec., per quanto qui interessa, pp. 175-177; p. 184 e ss.; p. 205 e ss.); ID., *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 354 e ss., ora anche in ID., *Studi*, cit. II, p. 41 e ss. (spec., pp. 57-58). Preziose osservazioni intorno a queste opere e alle idee che vi sono espresse, in G.B. PORTALE, *Arturo Dalmartello nel diritto commerciale*, in A.A. DOLMETTA – G.B. PORTALE (a cura di), *Un maestro del diritto commerciale. Arturo Dalmartello a cento anni dalla nascita*, Milano, 2010, pp. 42-44.

⁹⁹ Oltre alla dottrina indicata nella nota precedente, non si può non richiamare il pensiero di G.G. AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, ora anche in G.G. AULETTA, *Scritti giuridici*, I, Milano, 2001, p. 58 e ss., su posizioni distinte da quelle di Dalmartello. Sulla questione, v. anche G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 83 e ss.

¹⁰⁰ In questo senso si esprime la Relazione al Codice civile, n. 650: «anomalie influenti sul sinallagma sono l'inadempimento di una delle parti e l'impossibilità o l'eccessiva onerosità della prestazione dovuta da una di esse. A causa dell'inadempimento di una delle parti o della impossibilità di una delle prestazioni viene meno il rapporto funzionale tra le reciproche attribuzioni; a causa dell'eccessiva onerosità si crea uno squilibrio tra le attribuzioni medesime, in modo tale che gli effetti del contratto non sono più corrispondenti alla volontà iniziale delle parti. La identica conseguenza cui adducono ciascuna delle cennate situazioni, di rompere il vincolo di corrispettività e quindi di togliere giustificazione alla prestazione o alla controprestazione, ha condotto ad un avvicinamento delle medesime sotto l'unico profilo della risoluzione del contratto, *in modo che questa viene considerata dal nuovo codice come rimedio concesso per ogni caso di mancata realizzazione del sinallagma*» (corsivo aggiunto).

(comprese le eccezioni dilatorie che nella sistemazione codicistica coabitano con la risoluzione)¹⁰¹, per altri, invece, i rimedi sinallagmatici sarebbero solamente quelli relativi a quella ben definita alterazione del sinallagma costituita dall'*inadempimento*, e dunque la risoluzione (giudiziale) e le altre forme di risoluzione c.d. di diritto, nelle quali maggiore è l'apporto della volontà delle parti e di cui si sottolinea la funzione compulsiva dell'adempimento¹⁰². Particolarmente discussa è la possibilità di considerare anche la *rescissione* quale rimedio sinallagmatico: si ripresentano qui gli stessi dubbi della dottrina, riferiti *supra*, circa la riconducibilità della stessa a una forma di *impugnabilità*¹⁰³.

Un elemento importante è però da registrare: la circostanza che i *rimedi sinallagmatici* siano, almeno tendenzialmente, amministrati in via giudiziale non pare decisiva ai fini della loro individuazione e definizione; è ormai diluito in questa formula quell'originario senso che la parola «rimedi» evocava, e cioè che essi fossero anzitutto mezzi di tutela *processuale* di una determinata posizione sostanziale. La corrispettività o scambievolezza, contro le cui alterazioni questi rimedi sarebbero rivolti, è dopotutto una «questione privata» di cui il giudice può conoscere se e quando ciò sia o diventi di interesse per una parte; inoltre è la legge stessa a consentire che molti di questi rimedi operino in via unilaterale (recessi e risoluzioni c.d. di diritto, specialmente), secondo forme, talvolta (perfino di) auto-tutela. Si presentano dunque particolarmente adatti perché le parti contraenti possano esplicitare nei loro confronti una certa autonomia, anzitutto secondo una di quelle direttrici prospettate nella parte finale del § 5, quella della *stragiudizialità*.

¹⁰¹ È questa la classificazione accolta anche, in particolare, da R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 931 e ss., e ID., *I rimedi sinallagmatici*, cit., p. 507 e ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XL ed., Milano, 2001, p. 715 e ss., e ancora V. ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, pp. 941-944, per ciò che concerne il *nomen* «rimedi sinallagmatici». Ma sul concetto di «rimedio» per questo A., v. *infra* nel testo.

¹⁰² Così per A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 58 e ss.; analoga classificazione in F. CARRESI, *Il contratto*, cit., II, p. 906 e ss.

¹⁰³ L'idea che la rescissione costituisca un'espressione della sinallagmaticità è in L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, *L'attuazione*, cit., p. 389 e ss., p. 443 e ss., il quale, tuttavia, come si è detto, non discorre di rimedi sinallagmatici ma di «reagibilità» e di «mezzi di reazione». Si legge (*ivi*, p. 389, n. 2) che «veramente nei due casi di rescindibilità gli artt. 1447, 1448 non limitano esplicitamente la reagibilità ai contratti con prestazioni corrispettive come hanno fatto invece gli art. 1453 seg. 1467 seg. Ma mi pare sottintesa tale limitazione nella natura stessa delle due situazioni, presupponenti quel contrasto di interesse – con reciproco sacrificio, se anche sproporzionato – che è proprio del contratto con prestazioni corrispettive. L'articolo 1448 accenna poi esplicitamente alle due opposte prestazioni». Nello stesso senso anche, successivamente, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986, p. 855; 899, ove «per i contratti con prestazioni (attribuzioni) corrispettive sono previsti taluni rimedi che non avrebbero senso rispetto alla categoria dei contratti con obbligazioni (attribuzioni) a carico di una sola parte. (...) Ma dove non vi è corrispettività non si ha di norma possibilità di squilibrio e non vi è quindi ragione di sciogliere il vincolo contrattuale». La rescissione è una forma di *invalidità* che riguarda i contratti a prestazioni corrispettive, e quindi non può dirsi a rigore rimedio sinallagmatico, per C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000, p. 681 e ss., così già anche G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 576., e ancor prima ALF. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, cit., pp. 246 e ss.; 282, secondo cui, peraltro, la rescissione del contratto concluso in stato di pericolo integra una vera e propria ipotesi di annullabilità per vizio del consenso. Su *rimedi sinallagmatici e rescissione*, v. A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 4, e *ivi* ult. ruff.

10. Da un nuovo paradigma per i rimedi contrattuali ad un nuovo paradigma dei rimedi contrattuali

Ritorniamo agli studi sul contratto per capire come sia cambiata l'identificazione dei suoi rimedi.

In un volume pubblicato nel 1977¹⁰⁴ si trova un *distinguo* che ben sintetizza gli approdi cui le dottrine sin qui riferite erano giunte in ordine alla individuazione della categoria, in uno, tuttavia, con una rinnovata considerazione del problema della responsabilità contrattuale che in anni di poco precedenti quella stessa scuola aveva inaugurato. Si legge che «il controllo di funzionalità del contratto, o di compatibilità tra circostanze e adempimento, è cosa radicalmente diversa dal controllo di liceità del contratto, o di compatibilità del regolamento con le direttive economico-sociali fatte proprie dall'ordinamento. La differenza si manifesta già dal punto di vista delle sanzioni che il diritto ricollega all'esito negativo di ciascuno dei controlli in questione: al controllo di liceità consegue invariabilmente la nullità del contratto; viceversa, il contratto sottoposto a controllo di funzionalità non è mai dichiarato nullo, applicandosi se mai ad esso sanzioni e rimedi di tipo diverso (annullamento, rescissione, risoluzione)»¹⁰⁵.

È dunque tenuta ferma la distinzione *validità* (o *liceità*) – *efficacia* (qui *funzionalità*); si avvicina l'annullabilità alla risoluzione e alla rescissione – tendenza, come visto, presente già, almeno *in nuce*, nelle dottrine sulla *impugnabilità*¹⁰⁶ –; si imposta il tema dei *rimedi*, benché la categoria compaia rapsodicamente e non le sia riconosciuta una funzione unificante, sul confronto fra circostanze e adempimento, ove il rimedio è quanto consegue a «un controllo sulla funzionalità del contratto, diretto ad accertare se sia giusto o ragionevole pretendere da un contraente il regolare adempimento dei suoi impegni contrattuali, anche in presenza di circostanze che perturbano a suo danno l'equilibrio economico dell'operazione»¹⁰⁷. Anche la disciplina dell'annullamento – qui il salto rispetto alla tradizione è notevole – si spiega in questa luce, secondo una prospettiva già delineata nello studio che ha impostato il paradigma circostanze-adempimento, e cioè il *paradigma dell'esigibilità*¹⁰⁸. Secondo questa concezione, l'ordinamento, nel congegnare e regolare i

¹⁰⁴ E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, (rist. 1986). «Con uno stile chiarissimo, con un metodo certamente innovativo, Roppo è qui un po' allievo di Trimarchi (nello stile, nell'analisi della disciplina) e un po' di Rodotà (nei frequenti richiami alla storia, all'economia, alla politica)». Così, A.M. BENEDETTI, *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, in *Pol. dir.*, 2017, 2, p. 342, n. 55.

¹⁰⁵ E prosegue, nel motivare le differenze: «ma diversi sono soprattutto gli obiettivi che stanno a fondamento del controllo: il controllo di liceità persegue di regola la *salvaguardia dell'interesse pubblico*, tutela le ragioni della collettività contro quelle dei contraenti, ed è perciò potenzialmente *antagonista alle scelte di autonomia privata*; il controllo di funzionalità persegue invece, in linea di principio, la *tutela dell'interesse privato di un contraente contro l'interesse dell'altro contraente*, ispirandosi all'esigenza di non alterare l'originario equilibrio economico, o comunque di rispettare il senso che l'operazione doveva ragionevolmente avere per le parti – e perciò in una logica non di conflitto ma di *sostanziale garanzia dell'autonomia privata*». Così, E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 200-201, corsivi dell'A. Per una notazione analoga, v. anche R. TOMMASINI, *Invaldità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 587-589.

¹⁰⁶ Nonché schiettamente in ALF. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, cit., p. 221 e ss.

¹⁰⁷ E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 200.

¹⁰⁸ Il riferimento è a M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, spec. p. 28 e ss. A suo riguardo scrive E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 330-331, che «si tratta di un lavoro dedicato, in generale, alle questioni di disciplina del contratto che si aprono per il verificarsi di circostanze che ne turbano l'originaria

rimedi, individua la misura del *rischio* in cui circostanze contestuali o sopravvenute alla conclusione del contratto possano incidere sulla sfera giuridica dei contraenti, e quale di loro debba sopportarlo: se il rischio è posto a carico di una parte significa che questa è tenuta comunque ad eseguire le prestazioni cui è tenuta in forza del contratto *nonostante* l'intervento di una circostanza perturbatrice; se il rischio, invece, incombe sull'altro contraente, vorrà dire che la parte obbligata potrà far valere queste circostanze ed attivare, in via giurisdizionale o meno, un *rimedio* che legittimamente le consentirà di non adempiere, vuoi mediante la rimozione del contratto o l'uscita da esso, vuoi attraverso una modifica del suo regolamento, vuoi ancora per mezzo di cause di giustificazione del proprio inadempimento¹⁰⁹. Si comprende che questo approccio muove da una riconsiderazione del problema della responsabilità contrattuale¹¹⁰, e, ancor prima, da una concezione del contratto che guarda primariamente alla *operazione economica* sottostante e lo intende come la sistemazione data dalle parti ai loro rispettivi interessi secondo un certo rapporto profitto-rischio¹¹¹, entro un angolo visuale non troppo lontano da quello dell'analisi economica del diritto¹¹².

In un contributo successivo, Roppo porta il paradigma dell'esigibilità/efficacia a traguardi ulteriori. Sotto il nome di «rimedi contrattuali» sono ricondotte tutte le «vicende del contratto»¹¹³ in cui questo presenti una determinata patologia, sia cioè «difettoso», siccome afflitto da vizi originari o sopravvenuti che ne alterano la funzionalità o rendono indesiderabile la produzione degli effetti. Il criterio funzionale in ragione del quale era tenuto distinto (v. *supra*) il controllo di *liceità* da quello di *funzionalità* – la circostanza che il secondo sia ispirato a una logica di *coerenza* con l'autonomia privata, il primo ad una di *antagonismo* nei confronti di essa – è sì mantenuto, ma gli strumenti mediante i quali queste due logiche trovano concretizzazione sono *tutti* parimenti definiti *rimedi contrattuali*. Da ciò deriva, come appare intuitivo, che anche la *nullità* del contratto diventa un rimedio – laddove nella sistemazione precedente si preferiva designarla come *sanzione*. Essa è «il

economia, così da porre il problema della «esigibilità» dell'adempimento; proprio per la sua impostazione molto generale, esso si misura così con una serie assai ampia di temi (dalla risoluzione per eccessiva onerosità all'errore, dalla interpretazione del contratto alla responsabilità per inadempimento, dalla integrazione del regolamento contrattuale alla contrapposizione tra causa e motivi, etc.), che vengono ricostruiti e organizzati secondo un disegno complessivo molto vicino a quello che qui si sintetizza nella formula delle «regole del gioco» contrattuale».

¹⁰⁹ «Tutte queste ipotesi si risolvono, in concreto, in altrettante *ragioni di liberazione del contraente-debitore dai vincoli e dagli impegni contrattualmente assunti*, e in altrettanti argomenti di difesa per respingere le pretese di controparte al rigoroso rispetto di quegli impegni», così E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 204, corsivo dell'A.

¹¹⁰ Acutamente U. ROMAGNOLI, nella sua *Recensione a Bessone* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1433, sostiene che un buon sottotitolo di *Adempimento e rischio contrattuale* sarebbe stato «Il principio *pacta sunt servanda* rivisitato».

¹¹¹ In partic., v. E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 243 e ss. «Già la scelta del tipo negoziale non è altro che ricerca del mezzo adatto a ridurre l'entità del rischio da sopportare», scrive M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 2.

¹¹² Su cui già P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 512, ad avviso del quale (*ivi*, p. 513) un'analisi economica della responsabilità contrattuale è particolarmente rilevante «proprio perché qui, a differenza del campo extracontrattuale, quello economico può costituire, di regola, il criterio unico e incontrastato di valutazione». Indicazioni di metodo in M. BESSONE, *Analisi economica del diritto e metodo degli studi di teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 62 e ss.

¹¹³ V. *supra*, n. 76 a proposito della sistemazione data da F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 365 e ss. che anticipa quanto qui ora si sta descrivendo.

rimedio preordinato alla rimozione del vincolo e dei corrispondenti effetti contrattuali (...) o perché si tratta di operazione irrealizzabile o insensata; o perché si tratta di operazione (realizzabile e sensata, ma) disapprovata dall'ordinamento in quanto socialmente dannosa»¹¹⁴. Concorre, insieme ai rimedi attinenti alla funzionalità del contratto (che ne costituiscono le «regole del gioco»), ad orientare le scelte negoziali private entro determinati obiettivi, in questo caso di interesse generale – benché si metta in evidenza come con la *conversione* del contratto nullo (art. 1424 c.c.) e con la *nullità parziale* (art. 1419, co. 1, c.c.) l'ordinamento commini la nullità secondo una logica di collaborazione con le parti e non di ostilità¹¹⁵.

Il dato significativo – specie se si considerano precedenti negazioni – sta nella nullità intesa, senza remore e senza lo schermo dell'azione o della impugnazione¹¹⁶, quale vero e proprio rimedio contrattuale. La ricostruzione delle varie tappe che hanno condotto a questo esito aiuta a capire che ciò è stato fatto spingendo la categoria della nullità verso l'area delle regole *sul funzionamento* del contratto: il *modello* di rimedio contrattuale è dato, infatti, inequivocabilmente, dalle «regole del gioco» che consentono di controllare la funzionalità dell'operazione economica «vestita» dal contratto e di governare l'incidenza su di essa delle circostanze di fatto che la vulnerano¹¹⁷. A questo modello – si è parlato di *paradigma dell'esigibilità* – si è avvicinata la nullità, lasciando in secondo piano il suo essere forma di controllo del perfezionamento della *fattispecie* e valorizzando invece, da un lato, il suo sapersi *conformare* alle posizioni e agli interessi soggettivi delle parti (specie in alcune figure di nullità «nuove» introdotte dalla legislazione speciale)¹¹⁸; dall'altro, e ancor di più, la sua capacità di operare quale funzione ordinante del rapporto (si pensi ancora alle potenzialità in tal senso offerte dalla regola di nullità parziale, in entrambe le ipotesi di cui all'art. 1419 c.c.). Un'attitudine, quest'ultima, che la nullità presenta *ex se* in quanto *veicolo di*

¹¹⁴ Così, E. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., IV*, Torino, 1989, p. 134. Questa impostazione è poi portata a pieno compimento in V. ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 725 e ss.

¹¹⁵ E. ROPPO, *Contratto*, cit., pp. 134; 127-128, ma già in E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 188. L'interesse per la regola di nullità parziale aveva già condotto l'A. a fondamentali risultati nel noto scritto, E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 686 e ss.

¹¹⁶ Si ricordi che di *nullità* quale *rimedio* si è sempre parlato, anche in relazione al contratto ma soprattutto al negozio (si pensi al matrimonio) e alla sentenza, nei termini di *impugnazione* dell'atto (v. *supra*, § 3), e cioè di rimedio giuridico in uno dei suoi sensi più risalenti. L'idea della nullità quale *rimedio contrattuale*, di cui si riferisce nel testo, ha però poco a che vedere con una simile accezione.

¹¹⁷ «Può accadere (ed è quanto accade nella normalità dei casi) che, fatto un contratto, non esista al tempo della sua formazione, né sopravvenga successivamente, alcun elemento il quale giustifichi o renda necessario cancellare o rimettere in discussione i corrispondenti effetti contrattuali; che nessuna ragione si opponga alla permanenza del vincolo, e dunque alla concreta realizzazione degli spostamenti di ricchezza cui il vincolo contrattuale dà forza giuridica. Il contratto, in tutti questi casi, funziona regolarmente. *In altri casi, invece, esistono al tempo della formazione del contratto, oppure sopravvengono in epoca successiva, fattori che si oppongono al regolare funzionamento del contratto.* (...) In questi casi possiamo dire, con formula generica, che il contratto è difettoso. Quando il contratto è difettoso, scattano rimedi contrattuali predisposti dalla legge. Questi rimedi hanno il comune obiettivo di *impedire o cancellare gli effetti del contratto*, e con essi gli spostamenti di ricchezza che ne dovrebbero conseguire». Così, E. ROPPO, *Contratto*, cit., p. 133, corsivi aggiunti.

¹¹⁸ Questo processo di «soggettivazione» della nullità che l'ha portata ad avvicinarsi ai rimedi «contrapposti alla nullità (e unificati tra loro)», e cioè annullabilità, rescissione e risoluzione, è evocato in uno scritto «mediano» rispetto alle opere citate *retro* nelle nn. 104 e 114: E. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 485 e ss.

*inefficacia*¹¹⁹. L'operazione ricostruttiva con cui si è portata la nullità nell'insieme dei rimedi contrattuali si è potuta perciò svolgere facendo perno sul contenuto di inefficacia che la nullità esprime, ed assegnando proprio alla categoria dell'*inefficacia*, e non alla nullità o all'invalidità, la funzione concettualmente più aggregante¹²⁰. In poche parole: la nullità diventa un rimedio se e quando viene intesa come particolare specie di inefficacia, altrimenti tende ad atteggiarsi a *sanzione* o a mera *conseguenza* (di un giudizio di disvalore)¹²¹. Questo prevalente *paradigma dell'inefficacia*, d'altronde, altro non è che il rovescio del paradigma dell'esigibilità, osservato nel momento della patologia.

Dietro a questo cambiamento di prospettiva vi è certamente l'influsso di altri sistemi normativi: diritti «secondi» (leggi speciali disgreganti l'impianto del Codice in tema di invalidità¹²²), e in particolare il diritto «europeo» dei consumatori¹²³, che raccoglie i frutti di esperienze normative maturate lontano dall'Italia negli anni Sessanta e Settanta¹²⁴. Prende corpo l'idea di una nullità-funzione, capace di adeguare e conformare il contratto a determinati obiettivi di *policy* (quali il riequilibrio della posizione economica delle parti), e tendere in questo modo anche alla *protezione* di interessi specifici riferibili a *classi* di soggetti.

¹¹⁹ Conf. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 735: «è attraverso l'inefficacia che l'invalidità può svolgere la sua *funzione rimediabile*» (corsivo dell'A.). Vi si rifletterà più avanti.

¹²⁰ Un'intuizione già di ALF. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, cit., p. 329, sviluppata poi da D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, VI ed., Torino, 1965, p. 489 e ss., secondo cui «parliamo d'*inefficacia*, in genere, del negozio giuridico, per indicare ogni situazione in cui, data la manifestazione d'un intento negoziale, o non se ne hanno gli effetti perseguiti, o possono farsi cessare, o non si possono far valere di fronte a certe persone. (...) Abbiamo dunque: a) una *inefficacia dipendente da invalidità del negozio come tale*, che assume le qualificazioni specifiche di «nullità», «annullabilità» e «rescindibilità» - inefficacia *opponibile ad onta di qualsiasi clausola negoziale, che ne stabilisce l'inopponibilità* (tale clausola sarebbe nulla: art. 1462); b) e una *inefficacia dipendente da mancanza di presupposti o requisiti in genere di efficacia*, che, oltre alle qualificazioni di «nullità» e «annullabilità», riguardo alle quali è pure nulla ogni clausola negoziale d'inopponibilità - come ora si è visto -, assume anche le qualificazioni proprie di «sospensione», «risolubilità», «revocabilità», «caducità» e «inopponibilità» in senso tecnico specifico» (corsivi dell'A.).

¹²¹ Per un esempio e per alcuni ulteriori riff. si può vedere intanto A.M. BENEDETTI - E. PESCE, *Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale*, in *Giur. it.*, 2020, 6, p. 1528 e ss.

¹²² Oltre a V. ROPPO, *Il contratto* (II ed.), p. 705 e ss., tra tanti, A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, t. II, Torino, 1999, p. 1339 e ss.

¹²³ In luogo di molti, V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 489 e ss., anche in V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 647 e ss., partic. p. 665, per l'affermazione secondo cui «la nullità europea si presenta come qualificazione negativa (non inqualificazione) di un negozio rilevante, capace in quanto tale anche di conseguenti effetti più o meno ampi, più o meno estesi, più o meno eliminabili o transitori». Ma *infra* in nota per l'opinione di questo A. sulla disciplina delle clausole vessatorie.

¹²⁴ La notazione è in C.M. BIANCA, *Note introduttive. Precedenti della legge di attuazione della direttiva comunitaria e problemi di diritto intertemporale*, in *Commentario al Capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 753, e, con ulteriori riff., in M. NUZZO, *Sub art. 1469-quinquies, co. 1° e 3°, ibi*, pp. 1212-1214. Quelle esperienze normative erano state studiate *amplius* da E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, spec. p. 229 e ss. Per le linee di tendenza delle discipline consumeristiche prima dell'iniziativa normatrice comunitaria, cfr. M. BESSONE, *I contratti standard e la tutela del consumatore. Quale politica del diritto?*, in *Giur. merito*, 1984, IV, p. 449 e ss.; ID., *Tutela del contraente debole e ordine pubblico economico. Il caso degli standards negoziali di impresa*, in *Giur. merito*, 1986, IV, p. 1261; G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977, p. 185 e ss. Più in generale, per l'impatto della normativa di derivazione europea sul sistema delle invalidità, P.M. PUTTI, *L'invalidità del contratto*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. II, Padova, 1997, p. 690 e ss., spec. pp. 695-698, nonché ID., *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, Sez. civ., Agg., Torino, 2000, p. 673 e ss.

Una nullità propriamente *rimediale* perché funzionale alla rimozione di un torto – rinvenibile già nella condotta del contraente più forte che in fase di formazione viola precisi doveri di informazione – di cui paralizza gli effetti devianti.

La vicenda del trattamento delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore nell'ambito della normativa di recepimento italiana è, a questo riguardo, esemplare.

Com'è noto, l'abrogato art. 1469-*quinquies* c.c., nel recepire all'interno del Codice la Direttiva 93/13 CEE «concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con consumatori» e in particolare il suo art. 6.1., stabiliva che «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 1469-bis e 1469-ter sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto». L'improprietà del richiamo alla inefficacia era stata colta da molti¹²⁵. Il legislatore ha dimostrato di condividere quelle perplessità e nel Codice del Consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) l'art. 36, co. 1, attualmente vigente prevede che «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto».

Ma dietro quei dubbi circa la possibilità di ricondurre alla nullità il regime delle clausole vessatorie c'erano, oltre a preoccupazioni di disciplina¹²⁶, anche resistenze dovute a una scarsa confidenza con le attitudini *rimediali* della nullità, che si stentava a riconoscere, per la sua storia e per la sua abituale fisionomia, come vero e proprio mezzo di tutela *funzionale*. Da qui l'adesione al richiamo alla *inefficacia*, che per questo compito, invece, era ben allenata. La flessibilità richiesta ad un siffatto rimedio non la si trovava nella nullità, «tradizionalmente legata all'idea della mancata integrazione della fattispecie negoziale e quindi espressiva di una rigida qualificazione negativa da parte dell'ordinamento, quella qualificazione negativa di cui si trova un'eco significativa nella disciplina della responsabilità professionale del notaio». Meglio dunque, proseguiva questa autorevole dottrina, fare ricorso «al rimedio della (semplice) inefficacia parziale (...). Piuttosto che continuare a «erodere» la nullità fino alla completa frammentazione, sembra preferibile, almeno per chi intenda rimanere coerente con l'idea della centralità del principio della buona fede, cominciare a «vestire» l'inefficacia «nuda»¹²⁷.

Tuttavia, ancor prima che la legge assegnasse apertamente alla nullità il compito di presidiare la non vessatorietà delle clausole nei contratti coi consumatori, si era altrove segnalata l'importanza di quella norma di derivazione europea in quanto espressiva di una «tutela di invalidazione», che altro non sarebbe se non un rimedio contrattuale a disposizione del contraente (debole), qui declinato sotto forma di «reintegrazione in forma specifica dell'interesse leso (quello al non inserimento di clausole inique) (art. 2058)»¹²⁸. Una

¹²⁵ Si v. i rife. negli A. richiamati da V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., pp. 666-667, il quale riteneva appropriato il riferimento alla inefficacia (da lui sempre intesa «in senso proprio») non rinvenendo nella vessatorietà «carenze strutturali». Anche per P. SIRENA-Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 365, la nullità delle clausole abusive nei contratti dei consumatori non rappresenterebbe un rimedio, mentre lo sarebbero «l'azione individuale di accertamento ovvero quella collettiva di inibitoria».

¹²⁶ Ne dà conto P.M. PUTTI, *L'invalidità del contratto*, cit., p. 696.

¹²⁷ Entrambe le citazioni sono di F.D. BUSNELLI, *Note introduttive. Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al Capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, cit., pp. 773-774.

¹²⁸ Così, A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 65.

tutela nuova se non altro perché fondata su un ruolo della buona fede che era sconosciuto alla tradizione continentale, non venendo questa normalmente impiegata quale strumento di valutazione in ottica invalidante delle pattuizioni private¹²⁹.

11. La riscoperta dei rimedi: un nuovo «punto di vista»

La categoria della *tutela di invalidazione* si inserisce in un più ampio discorso che ha profondamente segnato il dibattito della civilistica italiana sui rimedi. Anzi, si può dire che lo abbia creato *ex novo* o, quantomeno, risvegliato da un lungo sonno (*supra*), portando il concetto stesso di rimedio al centro della riflessione dottrinale. A questa ritrovata centralità si deve, per un altro ordine di ragioni, l'allargamento del significato di rimedio contrattuale di cui si è detto nel paragrafo precedente.

L'indagine sui rimedi giuridici condotta da A. di Majo nei suoi scritti¹³⁰ costituisce (una proposta per) un cambio di prospettiva nell'analisi dei problemi *de iure condito* e *de iure condendo* in un ordinamento che persegue la *effettività dei diritti*, e cioè la garanzia che le posizioni giuridiche riconosciute come rilevanti attribuiscano in concreto, secondo criteri di efficacia ed efficienza, quel risultato di tutela dell'interesse protetto che prospettano e promettono a livello edittale. La riflessione dell'Autore è, in altre parole, un invito rivolto al giurista di tradizione continentale a saper *ragionare* per rimedi, e a vagliare l'utilità di questo metodo fin dal momento *genetico* della rilevanza giuridica, quando si tratta di offrire protezione a nuovi bisogni e a nuovi interessi, portati dai tempi e dalla prassi.

Si tratta perciò di un modello che risponde a determinate esigenze, per troppo tempo lasciate in secondo piano dalla dottrina italiana. In primo luogo, quella di considerare il momento della *tutela* dei rapporti privatistici secondo il precetto di cui all'art. 24 Cost., norma che «ha sconvolto il placido pelago entro il quale il momento della tutela sembrava dover essere confinato dagli interpreti»¹³¹. Riconosciuto (una volta di più) agli studi processualistici il primato dell'intuizione sull'impatto sistematico della proclamazione contenuta nell'art. 24, co. 1, Cost. - «una sorta di norma in bianco la quale aderisce a tutte le norme sostanziali, che attribuiscono diritti o interessi legittimi»¹³² - si trae da esso il

¹²⁹ Come colse in pagine ormai classiche L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, pp. 16-17: «in deroga a un principio del nostro diritto privato, si è così aperta una breccia, per ora limitata ai contratti del consumatore, alla penetrazione nella sfera degli atti di autonomia privata - sotto specie di iudicium bonae fidei condizionante la validità della clausola - di un sindacato di ragionevolezza analogo a quello esercitato dalla Corte costituzionale sulle norme di legge, con conseguente attribuzione al giudice civile di un difficile compito di bilanciamento di interessi».

¹³⁰ A partire da A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, I ed., Milano, 1987 (il quale raccoglie i frutti di un corso di lezioni tenuto nel 1982), e poi in numerosi scritti successivi che saranno citati nel prosieguo.

¹³¹ A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 133, nonché in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989.

¹³² «Queste norme, anche se nulla dispongono (e il più delle volte non dispongono) sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto». Così, V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Nuova Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 314-315. Ma v. anche ID., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 269 e ss., spec. p. 280 e ss.

fondamento del principio di *effettività della tutela*, di cui il processo, quale luogo preordinato alla concreta assicurazione del medesimo o tutt'al più equivalente *risultato di vantaggio* previsto dalla norma non direttamente osservata dai consociati¹³³, è *una*, non già *la*, forma possibile¹³⁴.

Su questa premessa – *l'imperativo dell'effettività a tutto campo* – si guarda criticamente allo stato delle tutele nell'ordinamento civile *post-costituzionale* e si rinvengono punti di debolezza e falle. Tra questi, spiccano le posizioni dei c.d. interessi diffusi, il ristretto ambito di applicabilità della tutela inibitoria e la dubbia eseguibilità in forma specifica delle obbligazioni di fare, vero e proprio *punctum dolens* dei sistemi franco-italiani¹³⁵.

Non sembra esagerato arguire che è proprio per avere riconosciuto questi *deficit* di protezione, e per aver avvertito la necessità di dare risposte operative a vecchi e nuovi problemi di *ineffettività*, che, con l'aiuto della comparazione, si è intrapreso il discorso sui rimedi, portando su di essi il fuoco dell'indagine sull'adeguatezza delle forme di tutela. Il «piano dei rimedi» costituirebbe in tesi, infatti, un modo alternativo di concepire la rilevanza giuridica, che inducono a guardare primariamente al momento della *concreta attuazione* e difesa degli interessi protetti, allorché essi sono vulnerati, anziché a quello della loro astratta previsione, per *descrivere* il diritto oggettivo secondo questa prospettiva e per *prescrivere* soluzioni là dove si ritiene insufficiente la risposta normativa ai bisogni di tutela avvertiti dai consociati eppure ancora privi di fattispecie. I rimedi sono dunque un «angolo visuale», un punto di vista, proveniente dall'esperienza anglosassone ma ancor prima da quella romana delle origini, alternativo (anzi antagonista) a quello della più tarda tradizione continentale, fondato sul protagonismo del *diritto soggettivo* quale posizione giuridica di diritto sostanziale, cui accede in chiave *strumentale* e servente il separato diritto di *azione*. Si è del resto già accennato che molte formule e asserzioni di cui questa costruzione si compone trovano un proprio antecedente nelle varie teorie sull'azione che, a partire da Savigny, hanno impegnato giuristi di molte generazioni.

Si tratta, insomma, di una (non del tutto) nuova prospettiva, la *prospettiva rimediale*, che contrappone il rimedio al diritto soggettivo sottolineandone le differenze, e che abbraccia, proprio in quanto metodo, una pluralità di istituti del diritto privato patrimoniale e non, accomunati dalla circostanza di essere osservati nel momento in cui tradiscono specifici

¹³³ Parafrasando V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 269-270.

¹³⁴ V. sul punto A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., pp. 6-7.

¹³⁵ «Nonostante le migliori intenzioni, resta il fatto che il problema della coazione all'adempimento è irrisolto con riguardo agli obblighi *infungibili* e/o meglio la cui esecuzione dipenda esclusivamente dalla volontà del debitore, giacché per tale forma di coazione, almeno allo stato, non si dispone di adeguati strumenti, onde l'avente diritto sarà obbligato a ripiegare sul risarcimento», così A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 258, corsivo originale. Su questo tema lo studio dell'A. si lega alla precedente ricerca di S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, e cioè alla prima indagine analitica condotta nella civilistica italiana sugli strumenti di coazione all'adempimento. Ribadisce che «la prima comparsa del concetto di rimedio nell'esperienza italiana si presenta come una conseguenza della discesa del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost. e come un ripudio del concettualismo della tradizione continentale e degli antichi steccati tra diritto sostanziale e diritto processuale», S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 837, nonché p. 843 e ss.

bisogni di tutela, allorché occorre capire quali siano e come funzionino le forme e i mezzi coi quali l'ordinamento (parti interessate comprese) reagiscono ad essi¹³⁶.

Si distinguono così le *forme di tutela* dai *rimedi*: le prime sono i modelli che aggregano i singoli rimedi previsti dal diritto sostanziale e processuale in risposta a determinati bisogni di tutela, «in relazione ad una funzione o alle più funzioni che la tutela in concreto si trova ad esercitare»¹³⁷ (funzione restitutoria, risarcitoria, ripristinatoria, satisfattiva, ma anche dichiarativa e costitutiva, con riferimento a tutele di tipo prevalentemente giurisdizionale); il rimedio, invece, è lo *strumento concreto* mediante il quale quelle forme di tutela trovano compiuta attuazione, il quale «gode di autonomia rispetto al diritto e/o interesse alla cui tutela è preordinato e si distingue altresì dalla azione processuale ossia dallo strumento con cui può essere fatto valere in giudizio»¹³⁸. Ad un diverso grado di astrazione vi sono poi le *tecniche di tutela*, cioè i meccanismi di cui i rimedi si servono per perseguire l'obiettivo di tutela cui tendono: «per es. la stipulazione di una penale o la dazione di una caparra rappresentano tecniche di tutela basate sul consenso delle parti e dirette ad indurre l'obbligato ad adempiere. Sono dunque prevalentemente al servizio di rimedi in fatto a carattere specifico. L'espropriazione forzata del patrimonio è invece una tradizionale tecnica coercitiva destinata ad attuare rimedi a carattere pecuniario»¹³⁹. Dette tecniche possono essere di tipo consensuale, coercitivo, surrogatorio, sanzionatorio... Esse interessano prevalentemente il processualista e possono servirsi anche di strumenti propri del diritto pubblico¹⁴⁰ (es. la tutela *amministrativa* dei beni), mentre «al sostanzialista interessa massimamente la individuazione di un ventaglio di rimedi e/o mezzi di tutela che sia all'altezza di quei bisogni che un determinato ordinamento è andato riconoscendo, con riferimento alle varie categorie di interessi c.d. «giustiziabili»»¹⁴¹.

Si è detto che l'approccio rimediale è impiegato quale chiave di lettura per i più disparati fenomeni del diritto privato: dalla tutela della persona, alla proprietà e alle altre posizioni di appartenenza, passando per interessi diffusi, i danni, e, naturalmente obbligazioni e contratti.

Con riguardo a questi ultimi¹⁴², si è ritenuta particolarmente proficua la lettura in chiave rimediale poiché «la vera sostanza della obbligazione è la possibilità di reagire contro la delusione dell'aspettative di un bene e/o di un profitto»¹⁴³. L'affermazione è molto importante: è, si potrebbe dire, la «rimedializzazione» dell'obbligazione, in evidente

¹³⁶ Coerentemente si ammette che «tutto sta nel vedere con quale «velocità» l'ordinamento dato è disposto a qualificare «diritto» un determinato interesse oppure ad apprestare per esso un «rimedio» di tutela adeguato», così A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit., cc. 137-138.

¹³⁷ Così, A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 376.

¹³⁸ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 47.

¹³⁹ A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit., cc. 141-142.

¹⁴⁰ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 18 e ss.

¹⁴¹ A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit., c. 143. Ma v. anche per maggiore chiarificazione ID., *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 55.

¹⁴² Su cui l'indagine dell'A. è stata estesa in altre opere qui già menzionate: A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., e la voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, cit., ove (p. 43) osserva che seppure «l'adempimento «in natura» non gode di priorità rispetto al risarcimento per equivalente, ma è solo alternativo alla risoluzione (art. 1453 cod. it.), esso nondimeno costituisce un rimedio contrattuale *pleno iure* e si converte in risarcimento, e cioè nell'*id quod interest* solo se impraticabile».

¹⁴³ A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit., c. 140.

contrapposizione con l'idea, notoriamente problematica, della sua considerazione quale diritto soggettivo¹⁴⁴. Ma la rimedializzazione dell'obbligazione, se non si sbaglia, per le implicazioni che ne seguono, rivela al contempo la debolezza costruttiva intrinseca della *prospettiva rimediale* applicata al contratto, come si proverà a spiegare nelle pagine seguenti. Si tratta d'altra parte di capire in quale misura la prospettiva rimediale aiuti la riflessione sui rimedi contrattuali, al di là della apparente attinenza, e verso quali risultati nuovi ed utili la possa condurre, nonché quale contributo sia in grado di portare al problema che costituisce l'oggetto del presente lavoro.

Infine, una panoramica dell'evoluzione del discorso intorno a rimedi e contratto nei suoi momenti salienti non potrebbe dirsi completa se non desse brevemente conto dell'interesse che per questi temi hanno mostrato i cultori dell'analisi economica del diritto, anche in ambiente italiano. Ragionare per *remedies* è uno degli schemi mentali più congeniali per quella scuola – la cui «cattedrale» altro non è che l'alternativa fra due distinte *forme di tutela*, quella *proprietary* e quella di *responsabilità*¹⁴⁵ – sicché è agevole riconoscere i punti di contatto con quanto sin qui esposto. A ben vedere, l'analisi economica sposa la prospettiva rimediale proponendosi di trovare gli argomenti che sul piano dell'efficienza permettano di individuare i rimedi giuridici migliori, tenendo conto di tre fondamentali variabili, gli incentivi comportamentali (da cui deriva l'ipotesi dell'*efficient breach*), le esternalità e i costi transattivi¹⁴⁶.

Queste inclinazioni, benché orientino la riflessione intorno a qualsivoglia tipologia di rimedio (e specialmente su quelli riguardanti proprietà e responsabilità civile), contribuiscono grandemente all'idea, così importante e problematica, che il contratto (e l'obbligazione) siano in ultima istanza i rimedi che li assistono e proteggono quando non funzionano¹⁴⁷. Ma ciò, come si è detto, impone delle verifiche.

¹⁴⁴ Si fa riferimento alla nota dottrina secondo cui «il «credito» si distingue dal «diritto soggettivo» in quanto, mentre questo comporta un *agere licere* del soggetto sull'oggetto del rapporto, quello non comporta che una «aspettativa tutelata della consecuzione dell'oggetto dalla prestazione del debitore». Il creditore non può conseguire da sé, con atto proprio, la soddisfazione che l'ordinamento gli attribuisce, salvo difendersi con l'«azione» se il debitore non adempie. Ma il rivolgersi all'ordinamento giuridico, esercitando l'azione a difesa del credito violato, non significa prendersi la soddisfazione dovuta, bensì chiedere all'ordinamento medesimo, tutore dell'osservanza dei propri comandi, che ne prenda l'equivalente dal patrimonio del debitore e lo consegni al creditore. E mentre nella correlazione «diritto soggettivo – dovere generico dei terzi» l'accento cade sul primo termine come quello col cui esercizio (esercizio del diritto) si ottiene la soddisfazione, nella correlazione «credito – debito» l'accento cade sul termine «debito», dal cui adempimento è attesa la soddisfazione dell'interesse tutelato». Così, D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, cit., pp. 135-136, sul cui pensiero, *amplius, infra* (spec. Cap. II, § 7).

¹⁴⁵ La celebre regola di Calabresi e Melamed (G. CALABRESI – A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in (1972), Harvard L.R., vol. 85, n. 6, p. 1089 e ss.) su cui anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 15 e ss.

¹⁴⁶ Sul punto, per tutti, U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 115 e ss. Indicazioni preziose (su cui si tornerà), in R. PARDOLESI, *I rimedi*, in A. DI MAJO, G.B. FERRI, E. GABRIELLI, A. GENTILI, R. PARDOLESI, S. RODOTÀ, *Lezioni sul contratto*, raccolte da A. Orestano, Torino, 2009, p. 117 e ss.

¹⁴⁷ Il che riecheggia la celebre definizione del Justice O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in (1896-1897), Harvard L.R., vol. 10, n. 8, p. 462, secondo cui «the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, – and nothing else. If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference», indirettamente evocata nella prec. n. 58. Si ritrova

Un valore indubbio che l'analisi economica reca allo studio degli spazi di autonomia privata in relazione ai rimedi contrattuali è il risalto dato al tema dell'incidenza dei costi transattivi sulle pattuizioni private: che «il valore netto di un rimedio per una parte dovrà sempre scontare il costo del suo ottenimento»¹⁴⁸ è un dato che nessuna ricostruzione su questo argomento può fare a meno di tenere in calcolo. L'autonomia privata rimediabile, o meglio una delle sue forme, potrà *ridurre* i costi relativi all'accesso al sistema giurisdizionale e all'*ottenimento* del rimedio domandato ad una autorità giudicante; ma potrà al contempo aumentare i costi di *negoziazione*, quando si tratti di congegnare meccanismi rimediali sofisticati, rispondenti a specifici interessi delle parti o, più realisticamente, alla più forte di esse, in alternativa ai rimedi *standard* offerti dalle *default rules* del diritto codificato¹⁴⁹.

12. L'idea dottrinale di rimedio: un primo riepilogo

Si sono forniti alcuni elementi per capire quando e come, in ambiente italiano, si è cominciato a parlare di *rimedi* nel diritto privato, e di *rimedi contrattuali* in modo particolare. Si è sottolineato il notevole contributo che all'impiego di questa formula ha dato la dottrina processualistica (CARNELUTTI e CHIOVENDA), che se n'è servita nella teoria sulla patologia dell'atto processuale e della sentenza, e ricordando peraltro che un significato sufficientemente preciso e determinato di *rimedio giuridico* ha circolato per molto tempo provenendo direttamente dal lessico procedurale, quale sinonimo di mezzo di impugnazione o gravame prima, e, più in genere, di *azione* poi.

Nella civilistica, dapprima con riguardo al negozio e poi, sempre di più, al contratto, si è preferito parlare di *impugnabilità*, *impugnative* e *impugnazioni* (N. COVIELLO; ALF. FEDELE; MESSINEO; CARIOTA FERRARA). Ad un certo momento prende piede la formula dei *rimedi sinallagmatici* (DALMARTELLO; successivamente, SACCO; SCALFI), che ne orienta l'applicazione entro l'ambito dei difetti funzionali e primariamente dell'inadempimento. Molti anni prima, con moderna terminologia, con uno sguardo non troppo velato al pensiero giuridico di *common law*, dai *Commentaries* di Blackstone in poi, si era costruita una teoria o parte generale del diritto che annoverava il *torto* e il *rimedio* tra i suoi concetti fondamentali (INVREA; sulla sua scia, con affinamenti sistematici, FALZEA), in contrasto con le sistemazioni più ortodosse, nelle quali di rimedi si parlava semmai nei consueti termini di *azione*, e dunque in chiave subordinata e servente rispetto al dominio del *diritto soggettivo*.

negli studi menzionati l'asserzione secondo cui «non è possibile ottenere alcuna conoscenza del contenuto di una situazione soggettiva prescindendo dall'analisi dei concreti *remedies* a disposizione del suo titolare», che è di U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987, p. 89. Ma anche per V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e impresa*, 2005, 3, p. 898, «il cuore del diritto civile è il contratto. E il cuore del contratto sono i rimedi contrattuali».

¹⁴⁸ Così, U. MATTEI, *I rimedi*, cit., p. 118.

¹⁴⁹ Su questo tema, I. AYRES – R. GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, in (1989), 99, Yale L.J., p. 87 e ss.

Questa diversa lettura si ritrova *mutatis* in quella nuova *prospettiva rimediale* che viene tracciata e seguita tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli Ottanta da una moderna indagine sulla *tutela civile dei diritti*, che muove dalle aspettative tradite del Libro VI del Codice e porta in Italia schemi di pensiero e risultati affermatasi in area anglosassone, anche sull'onda dell'analisi economica del diritto (DI MAJO; MATTEI).

Nel frattempo, in sintonia con la «riscoperta» dei rimedi e l'evoluzione del diritto privato europeo, l'uso di *rimedio contrattuale* soppianta quello di impugnabilità e i suoi derivati: il fatto più significativo è che questo concetto, invero sempre piuttosto indeterminato, accoglie ad un certo punto entro il proprio ambito figure tradizionalmente concepite come specie di *invalidità* (annullabilità e, soprattutto, nullità), rigorosamente distinte fino ad allora dai fenomeni attinenti alla *inefficacia* o alla *non funzionalità* del contratto, dando così luogo ad una vastissima categoria, che ha raccolto finora un indubbio successo, imponendosi nel lessico della civilistica contemporanea (ROPPO), in esito a una riflessione che ha posto al centro il tema dell'efficacia e dell'inefficacia (BESSONE; SCALISI, ma già BARBERO; MESSINEO). Anche di questo tutto sommato recente approdo, dove i rimedi vanno dalle nullità alle risoluzioni, non mancano timidi cenni «profetici» in studi più datati, a dispetto delle formule utilizzate (MESSINEO; ALF. FEDELE; su un piano più lessicale e con riguardo all'inadempimento, REDENTI).

CAPITOLO SECONDO

DALLO SPECIALE AL GENERALE, DAI TIPI AI RIMEDI. LA VENDITA E LA SUA CENTRALITÀ

SOMMARIO: 1. Ancora sugli «effetti» del contratto. - 2. La vocazione «generale» della parte speciale. - 2.1 *Segue*. Tipi, rimedi, risoluzioni. - 3. Il prototipo vendita e la sua centralità.

1. Ancora sugli «effetti» del contratto

L'aver ricostruito quando e come il concetto di rimedio si sia affermato con una funzione aggregante nella letteratura civilistica – a dispetto di ogni particolarità, l'esperienza italiana è ben rappresentativa delle tradizioni di diritto continentale – non ha permesso di stabilire che cosa debba intendersi per *rimedi contrattuali*. Semmai ha rivelato che già intorno al *genus* (rimedio) non vi è accordo su un significato comunemente accettato, riflettendosi quella vaghezza sulla *species* che qui interessa (rimedio contrattuale). Da una parte, gli istituti che sono variamente chiamati rimedi trovavano già altre più o meno determinate designazioni (azioni, impugnative, inefficacie, *etc.*), sicché la confusione concettuale è la normale conseguenza della sovrapposizione di un nuovo *significante* sopra *significati* preesistenti non ridefiniti; dall'altra, si è visto, quello dei rimedi parrebbe essere un *linguaggio*, una diversa *prospettiva*, cioè una *lente* in grado di trasfigurare la realtà che descrive senza mutarla, il che non favorisce salde sistemazioni.

In queste condizioni, qualunque discorso che provi a introdurre nuove declinazioni del concetto di rimedio contrattuale, come quella della sua possibile disponibilità convenzionale nelle forme sopra prospettate, deve giustificare le proprie premesse, non potendo fare assegnamento su un oggetto sufficientemente chiaro *a priori*. Siccome a questo riguardo le classificazioni della dottrina risultano di scarso aiuto, non resta che volgere lo sguardo al puro dato normativo per cercare di trarne indicazioni più orientative. Non per proporre nuove definizioni e classificazioni di rimedi – non è certo questo lo scopo del presente lavoro – ma per ricercare nelle pieghe del *linguaggio delle norme* quegli elementi utili e necessari per impostare la soluzione del problema qui indagato, che nel (piuttosto oscuro) *linguaggio dei rimedi* non è dato trovare con la stessa sicurezza. Nel fare ciò si avrà occasione di ottenere elementi utili per una ridefinizione dei rimedi incontrati: verranno colti nei limiti in cui possano servire a questa indagine.

L'opportunità di questo approccio trova peraltro una giustificazione logica nei seguenti termini: benché i rimedi contrattuali siano di difficile individuazione, si può consentire nel qualificarli anzitutto come *effetti giuridici* conseguenti a determinate circostanze di *fatto*. Normalmente è la legge ad essersi assunta il compito di dare *rilevanza* ai fatti da cui questi effetti possono derivare, individuandoli entro *fattispecie*, e di *sancire* la *natura* e il *modo di*

operare degli effetti conseguenti. Ancor prima che per la loro capacità di attribuire posizioni giuridiche a soggetti, gli effetti sono *giuridici* in quanto previsti e regolati dall'ordinamento (il che, si badi, non significa dare per dimostrato che *solo* l'ordinamento giuridico statale sia competente a prevedere e regolare *tutti* gli effetti giuridici, come la dottrina più risalente era solita insegnare piuttosto assiomaticamente). Senza dimenticare quest'ultima notazione, si può concludere che si debba guardare alle fattispecie normative per capire come la legge governi gli effetti del contratto; se essa stessa, nel farlo, consenta di attribuire ad alcuni di essi la qualificazione di *effetti-rimedi* o *effetti rimediali*, e se la loro disciplina consista integralmente di norme categoriche o vi siano già a livello edittale spazi più o meno espliciti di derogabilità.

Verrebbe naturale cominciare questo esame dalla disciplina generale del contratto, ma, come si precisa nei §§ seguenti, l'alto grado di astrazione degli artt. 1321 - 1469-*bis* c.c., dove è più evidente l'apporto delle concettualizzazioni dottrinali, e la circostanza che in relazione ad essa vi sia già un certo accordo sull'ampiezza del riferimento «rimedio contrattuale» - grosso modo, malgrado i distinguo accennati, quest'area comprenderebbe nullità, annullabilità, rescissione, risoluzioni per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione - consigliano di cercare altrove norme più «pure».

Si volgerà lo sguardo pertanto alla parte speciale, e cioè alla disciplina dei contratti tipici contenuta principalmente nel Titolo III del Libro quarto del Codice, ai quali può applicarsi la formula di contratti «di diritto comune»¹, e lo si fisserà sul contratto tipo che di questa parte speciale è, per opinione diffusa, il «*princeps*», e cioè la *vendita*².

I contratti *extra Codicem*, espressivi di altri «paradigmi», non solo incrociano problemi peculiari, non estranei alle *rationes* di politica del diritto cui la loro disciplina è ispirata, ma la più parte di loro è stata recepita in un'epoca in cui la prospettiva rimediale era già parte della conoscenza comune, specialmente nell'ambito del diritto privato europeo, il che inquina l'analisi che si vuole condurre, con la quale, se così può dirsi, si vogliono cercare e capire i rimedi prima che fossero chiamati tali. Quando la legge prevede che per il mancato realizzarsi di taluni effetti se ne producano altri, rimettendone l'iniziativa alla parte interessata, si preferirà parlare, per il momento, di *tutele* o di *autotutele*³.

2. La vocazione «generale» della parte speciale.

Nel segno della sistemazione pandettistica del diritto delle obbligazioni, che divide la parte *generale* del fenomeno obbligatorio dalla parte *speciale* dedicata alle singoli fonti, e che

¹ A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 370 e ss.

² Basti qui il giudizio di A. LUMINOSO, *La compravendita. Corso di diritto civile*, VII ed., Torino, 2011, pp. 1-2, secondo cui la vendita, tra i contratti di scambio di beni, è «il più diffuso nella pratica degli affari. È anche il più importante fra tutti gli schemi contrattuali (nominati e innominati), sia per la rilevanza della sua funzione economica, sia, ancora, per il valore paradigmatico che assume nell'ambito della teoria dei contratti, sia, infine, per la ricchezza e la varietà di atteggiamenti, di sottotipi, di clausole e di regole che presenta».

³ Sulle «autotutele», e spec. nella vendita, si dirà *infra* nel cap. V.

sviluppa sino in fondo la medesima distinzione (soltanto) in seno alla principale di queste ultime, e cioè al *contratto*, si insegna «l'esigenza logica ed economica di svolgere la trattazione dei fenomeni giuridici procedendo dal generale al particolare e di utilizzare pertanto nel sistema del diritto la partizione teoria generale – teoria speciale»⁴. Ma in quella stessa (ri)sistemazione⁵ si insiste altresì nel rimarcare un'altra bipartizione, che forse riproduce qualcosa della relazione superiore fra *genus* e *species*, e cioè «quella relativa al contenuto del contratto e quella relativa agli *effetti* del contratto stesso»⁶.

Ora in questo lavoro si tratta di *effetti*⁷. Ciò basterebbe a giustificare un'analisi che procede alla rovescia, *a minori ad maius*, perché gli effetti si collocano al livello più vicino ai *fatti*, e da questi risalgono alle norme che li ricollegano – l'effetto si posiziona proprio in questo nesso *norma-fatto*⁸ – norme tanto più generali e astratte quanto più si distanziano dai fatti.

In ambito contrattuale le norme più vicine al fatto «contratto» e quelle dove si trova il maggior numero di *effetti* – tra cui quelli che interessano la nostra indagine – sono le norme del *tipo*, non quelle della parte generale del contratto: «è nell'elenco dei tipi che si rinviene la sede principale della disciplina legislativa in materia contrattuale»⁹. Una conclusione che discende intanto da una semplice ricognizione della organizzazione del sistema delle fonti del contratto, come emerge in modo piuttosto nitido già dal testo dell'art. 1323 c.c., improntato al criterio di *specialità*, da cui consegue che «tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina *particolare*, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo». Disciplina *particolare* e quindi inevitabilmente più specifica e dettagliata, sebbene non antitetica ma, piuttosto, complementare rispetto a quella *generale e comune*, ricompresa tra gli artt. 1321 e 1469: già chi teneva ferma questa relazione non mancava di mettere in rilievo che il *paradigma del contratto* (distinto da *quel dato contratto*) «costituisce qualcosa di monco, dal punto di vista normativo, in quanto *privo di contenuto sostanziale*, facendogli difetto la concretezza: ossia la particolare articolazione contenutistica, che, invece, è presente in tutte le figure di contratto *in concreto* (art. 1470 e ss. c.c.) e varia

⁴ Così, M. ALLARA, *La vendita (corso di diritto civile)*, Torino, 1958, p. 8.

⁵ Che alla distinzione parte generale / parte speciale, sostituisce la bipartizione fra teoria del contenuto del rapporto giuridico e teoria delle vicende del rapporto stesso: v. *amplius*, M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, IV ed., Torino, 1953, p. 163 e ss.

⁶ M. ALLARA, *La vendita*, cit., p. 11, enfasi dell'A. Si tratta di una distinzione valida tanto per il contratto in genere quanto per il singolo contratto nominato. V. infatti, riguardo al primo, M. ALLARA, *La teoria generale del contratto (corso di diritto civile)*, II ed., Torino, 1955, p. 54 e ss.

⁷ Ai riferimenti già indicati, adde lo stesso M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, cit., p. 48, secondo cui «per ciò che riguarda il fenomeno della efficacia eliminabile, nelle sue varie sfumature, corrispondenti alle espressioni negozio (o contratto) *annullabile, risolubile, rescindibile, riducibile e revocabile*, è spontanea l'osservazione che lo studio di un tale fenomeno debba essere collocato, anziché in un capitolo o parte a sé stante, nel capitolo o nella parte stessa dedicata agli effetti del negozio o del contratto» (ma l'analisi degli effetti non è compiuta dall'A. nel Corso menzionato). Si v. poi in modo particolare V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 1045 e ss., spec. p. 1051 e ss., ove è detto che «in quanto dispositivo tecnico di tutela realizzativa, il rimedio si iscrive all'area dell'efficacia giuridica e dunque è, indubitabilmente, un effetto giuridico».

⁸ Per restare nell'ambito della ricostruzione da cui si è scelto di muovere, M. ALLARA, *La vendita*, cit., p. 8. Per un primo ineludibile approfondimento, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 e ss., nel quale è data (*ivi*, p. 472) la seguente nozione: «effetto giuridico è ogni valore giuridico condizionato, ogni valore giuridico assunto dal diritto positivo sotto la condizione che si sia prodotta una precedente situazione di fatto».

⁹ Così, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 53.

dall'una all'altra»¹⁰. Vi è già dunque in quella visione, oggi in parte superata per la considerevole emancipazione della *specialità*, con suoi paradigmi, dal modello centrale e originario del primo *contratto*¹¹, il riconoscimento del «contenuto sostanziale» normativo *all'interno del tipo* e non già nella *cornice* della parte generale, ove pure «affiorano eccezionalmente taluni elementi contenutistici: più precisamente di carattere etico o sociale»¹².

A *fortiori* quel giudizio, e dunque l'idea che il *materiale* normativo vero e proprio attraverso il quale l'ordinamento regola il rapporto contrattuale si ritrovi al livello del tipo, è stato successivamente confermato «di fronte ad una indubbia frammentazione della figura del contratto e ad una palese tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti sempre più lontane dalla disciplina generale»¹³.

Ma che la disciplina del contratto e specialmente dei suoi effetti, risieda nel tipo non ce lo dice soltanto la logica o l'osservazione di tendenze in atto. Ce lo dice anzitutto la storia.

La storia *del contratto* nella tradizione di *civil law* è la storia della faticosa affermazione di un paradigma unificante fondato sull'idea che le parti, sol che lo vogliano, possono costituire tra loro un rapporto obbligatorio giuridicamente sanzionato e perciò coercibile, a partire da un sistema, qual era quello romano classico, che non conosceva che *singoli tipi* di operazioni contrattuali: «tutto il progresso è avvenuto nel passaggio da singoli schemi particolari ad uno schema generale, sempre nondimeno foggato dal diritto, in cui possono cadere tutti quegli accordi delle volontà»¹⁴. È un processo di allontanamento e di emancipazione da una originaria *tipicità* ad una successiva *non tipicità*, nella quale emerge un modello generale e sintetico di contratto¹⁵, che, proprio perché *superiore a qualsiasi tipo*, può anche aprirsi alla *a-tipicità*, com'è generalmente intesa, e cioè al mondo delle figure

¹⁰ Sono le eloquenti notazioni di F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv. – Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 787, secondo cui «la disciplina giuridica di ogni *singolo contratto* poggia su un corrispondente substrato, che è di natura *economica*, e dà l'impronta alla finalità (o funzione) di esso; e lo rende idoneo (di regola) al soddisfacimento di un corrispondente *determinato bisogno* dei contraenti», qui come nella citazione riportata nel testo i corsivi sono dell'A.

¹¹ Su cui, per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., cit., p. 83 e ss.

¹² F. MESSINEO, *loc. ult. cit.*

¹³ Così, G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 333, *ivi* la conclusione che «il lineare rapporto tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti, che leggiamo nell'art. 1323, non è mai stato rispondente al diritto positivo».

¹⁴ Così, mettendo acutamente in luce lo stretto legame («anche se non sempre avvertito») fra *obligatio*, e dunque contratto, ed *actio* – su cui si insisterà in modo particolare poco oltre nel testo – B. BRUGI, *Azione (storia)*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 111.

¹⁵ Se, come spiega, G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., pp. 11-12, n. 1 e p. 352, n. 20, «ciò che distingue il diritto romano dalla *common law* è il sistema delle azioni: fondato il primo sul tipo e quindi più rigido, col conseguente tardo riconoscimento del contratto non tipico; fondata, la seconda, sulla persistenza e o sviluppo di un'azione di origine delittuale (*l'assumpsit*), apparentemente tipica, ma in realtà assai elastica e tale da permettere subito il riconoscimento di qualsiasi contratto, anche il più atipico. La categoria del contratto innominato resta così sconosciuta alla *common law*», si può però osservare che anche in ambito di *common law* la (pur diversa) affermazione del paradigma del *contract* muove da un'originaria e remota atmosfera di *tipicità*, quella delle *forms of action*, su cui G. ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1987, p. 12 e ss., nonché, *amplius*, L. MOCCIA, *Action (Forms of)*, cit.

contrattuali ignote, non riconducibili a nessun tipo noto, e che premono per un loro autonomo riconoscimento normativo - statale¹⁶.

Dalla tipicità dei *negotia*, e dunque da *affari* nominati e definiti, si è giunti a un'idea di *contratto* quale categoria *generale* per mezzo soprattutto di *concettualizzazioni*, cui hanno dato un impulso decisivo le idee volontaristiche e le forme di esprimerle della scuola del diritto naturale affermatasi nel XVII secolo¹⁷, e da questa tramandate alle tradizioni successive, fino al più compiuto sviluppo sotto la pandettistica tedesca nella seconda metà dell'Ottocento, che culmina nell'elaborazione della teoria del *negozio giuridico*. Entrambe le figure, sebbene con esiti distinti, muovono da un'opera eminentemente *dottrinale* che, seppur pungolata dalla prassi, e in modo non irrilevante da quella *commerciale*¹⁸, ha provveduto a pensare,

¹⁶ Ricorda G. GORLA, *Op. ult. cit.*, pp. 7-8 che «lo studio del contratto atipico (ivi compreso, in senso lato, anche quello a titolo gratuito) è essenziale per intendere lo sviluppo storico e la concezione moderna dell'obbligazione contrattuale». Sulla atipicità contrattuale oggi, e sul giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322, co. 2, c.c., si v. M. COSTANZA, *Tipicità e tipo*, in *Enc. dir.*, ne *I tematici: Contratto*, Milano, 2021, pp. 1174-1175, secondo la quale «la configurazione di un "nuovo" contratto sorte proprio quando i modelli negoziali reperibili nelle leggi appaiono inadeguati rispetto ai risultati (economici) che si intendono raggiungere. (...) La meritevolezza fungerebbe da criterio di giudizio per stabilire se quelle situazioni o quelle relazioni possano divenire materia sulla quale ragionare o meno in termini di diritto. Il passaggio del giudizio di meritevolezza a valutazione sull'equilibrio dell'assetto di interessi definito nell'accordo contrattuale lo rende giudizio interno alla realtà normativa, mentre esso dovrebbe compiersi come valutazione preliminare per l'accesso a tale realtà».

¹⁷ Si v. al riguardo, *ex multis*, F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv. - Teoria generale)*, cit., pp. 784-786 (m v. *infra* la n. succ.); F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, cit., p. 6 e ss., spec. p. 11, secondo cui «l'influenza della scuola del Diritto Naturale fu decisiva (...) sostenendo essa che la volontà umana è la fonte più genuina delle obbligazioni (Grozio), e quindi il consenso delle parti avente un contenuto lecito deve essere produttivo di obbligazioni»; G. ASTUTI, *Obbligazioni (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 126 e ss.; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, cit., p. 203 e ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., pp. 52-53; E. ROPPO, *Il contratto* (1977), cit., p. 25, che segnala come, peraltro, quelle elaborazioni «si collocano in un'epoca e in un'area geografica che coincidono con quelle del capitalismo nascente».

¹⁸ V., con riguardo all'affermarsi del consenso obbligante, G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 43 e ss., nel notare che «il successo in questo campo fu dovuto soprattutto al fatto che l'ambiente, il costume, era ormai maturo per considerare l'aspettativa o credito, derivante da una promessa, come un bene equivalente alla *res* del contratto reale medievale, qualcosa che si poteva considerare come un elemento del patrimonio, aveva un valore venale e si poteva scambiare. A ciò giovarono la diffusione dei commerci e della fiducia, per cui ormai ci si affidava e si dava valore alla promessa, sotto la spinta, almeno teorica, delle scuole romanistiche, canonistiche e poi anche di diritto naturale; ma soprattutto sotto l'influenza delle idee e della prassi diffuse negli ambienti commerciali, ove appunto il credito era considerato un bene e veniva dai commercianti inserito nei loro bilanci all'attivo». Poco oltre (*ivi*, pp. 56-57), l'A. mette in guardia contro un'eccessiva fiducia nel ruolo svolto dalla scuola del diritto naturale nell'affermazione del principio consensuale: «l'influenza del diritto naturale e delle connesse eccessive tendenze alle generalizzazioni e alle razionalizzazioni, nonché delle tendenze a scambiare gli ideali con la realtà, ciò che si desidera con ciò che è, tendenze ancor oggi operanti nella *civil law*; questa influenza è stata veramente nefasta, sia per la interpretazione del diritto attuale che per il suo retto intendimento dal punto di vista storico. Le codificazioni segnarono il netto sopravvento della scuola e della teoria (intesa come opera di generalizzazione e razionalizzazione sotto pretesto di sistemazione) sulla prassi, la tradizione, l'esperienza. E ciò perché i compilatori dei codici trovavano, senza fatica, nelle opere di quei teorici, quella sistemazione o razionalizzazione dei dati della quale avevano bisogno per un codice, e che rispondeva alla loro mentalità e alla mentalità generale del secolo XVIII. Purtroppo i suddetti teorici, per sistemare e razionalizzare, avevano lavorato su testi romani e sul diritto naturale, più che sulla prassi e l'esperienza (a differenza di quanto faranno i teorici della *common law*)». Di «generosa illusione» del diritto naturale, sempre in relazione al contratto consensuale, parla anche R. SACCO, *Contratto (genotipi e fenotipi del)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg. *****, Torino, 2009. *Contra*, per la non soverchia importanza della prassi commerciale per il sorgere del principio consensuale, G. ASTUTI, *Contratto (dir. interm.)*, IX, Milano, 1961, pp. 776-777. Ma v. l'importante rilievo di F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv. - Teoria generale)*, cit., p. 786, n. 7: altro è ricostruire l'evoluzione del processo che ha portato all'affermazione del contratto quale categoria e paradigma

elaborare e classificare figure grezze presenti in «natura», raffinate dal legislatore per mezzo di quella precedente lavorazione scientifica¹⁹.

Ma il sostrato più antico, quello più vicino alla operazione economica regolata – «anche il contratto, come la proprietà, è un fenomeno economico prima che giuridico»²⁰ – su cui si sono depositati nei secoli l'interpretazione dapprima e poi il diritto posto, nonché l'apporto normativo della prassi²¹, è rimasto al livello dei *tipi*²².

In modo particolare, è nei tipi che si ritrovano innumerevoli *tutele* in relazione ai rapporti contrattuali ivi disciplinati, le quali (a prima vista) *completano* il «sistema» consacrato nella parte generale, specializzando fattispecie comunque sussumibili, sia pure indirettamente, entro l'ambito applicativo delle norme generali (*infra*, nel cap. IV per un simile esempio con riferimento all'art. 1455 c.c.); molte altre volte, invece, annoverano regole che hanno un proprio autonomo campo applicativo e che possono risultare anche antitetiche rispetto a quelle previste nel titolo II del libro IV del Codice (*passim*, nella parte II del presente lavoro).

generale, altro è risalire al principio consensuale, al suo riconoscimento e alla sua applicazione, cui si riferiscono le opinioni *supra* riportate. Scindere i due momenti non sembra tuttavia agevole, giacché l'affermarsi del contratto non formale obbligatorio risponde alla necessità di colmare un vuoto (Gorla lo riduce alla promessa non formale gratuita e al contratto atipico) oltre gli spazi già occupati dai contratti tipici (*negotia*) conosciuti, consensuali e reali, del contratto formale secondo lo schema elastico della *stipulatio* e dello schema di contratto generico *eseguito* dall'una delle parti o innominato. Di un'evoluzione «presumibilmente parallela» discorre, d'altra parte, lo stesso F. MESSINEO, *Op. ult. cit.*, p. 785, pur segnalando il diverso problema dogmatico.

¹⁹ Con riguardo alla teoria generale del negozio giuridico, assai chiaramente, per un'ipotesi, V. SCIALOJA, *Negozio giuridico*, cit., p. 974, secondo cui «non è improbabile che essa sia stata messa innanzi, non tanto per bisogno di raggruppare sotto una sola categoria le regole generali applicabili a tutti i negozi, quanto, piuttosto, per costruire *a priori* il sistema. (...) (Essa) non è propriamente una teoria romana, nel senso che i giuristi romani abbiano conosciuto questa teoria come parte della loro scienza giuridica; bensì una teoria che si è venuta formando sopra elementi di diritto romano per via di astrazione». Su quest'ultimo aspetto, nella sterminata bibliografia, basti rinviare a G.B. FERRI, *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 61 e ss., ove conclude che «il negozio giuridico sia un po' il figlio soprattutto d'una temperie culturale particolarmente sensibile alle concettualizzazioni e alle sistemizzazioni, derivanti dallo sforzo di introdurre elementi di razionalizzazione, nel tronco del metodo giusnaturalistico». Da segnalare come nell'esperienza italiana l'astrazione concettuale della dottrina, sull'esempio tedesco, sia giunta al negozio per poi ridiscendere, al momento della codificazione del 1942, al *contratto*, sia pure continuandosi per un tempo non breve a insegnare e a tramandare il negozio: sul tema, E. ROPPO, *Il contratto* (1977), cit., p. 49 e ss.

²⁰ Così, in uno scritto destinato alla divulgazione televisiva, F. CARNELUTTI, *Come nasce il diritto*, Torino, 1959, p. 12.

²¹ Scrive esattamente G. ASTUTI, *Obbligazioni (dir. interm.)*, cit., p. 121, che «la tipicità corrisponde ad esigenze profonde di certezza dei rapporti giuridici, e non contrasta con l'autonomia contrattuale rettamente intesa, la quale, nella pratica degli affari, si giova della possibilità di immediato riferimento a schemi comuni e ben conosciuti, con disciplina consolidata dall'esperienza e da una sicura giurisprudenza».

²² Il tipo, e il metodo tipologico, «può sostituirsi al concetto, per costituire il tramite fra il caso di specie e la normativa», così G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 149. M. COSTANZA, *Tipicità e tipo*, cit., p. 1177, si domanda «se il tipo abbia condotto al tipizzato ed abbia così perduto la elasticità e la flessibilità date dai suoi chiaroscuri. Se dal tipo o, meglio, dal tipico si trascorre alla tipizzazione ovvero ad una pluralità di tipi si rende minimo, se non azzerato, lo scarto fra quanto normato e quanto nella realtà si compie e si elidono le stesse ragioni della qualificazione, della ricerca della norma di riferimento. La dialettica concreto – astratto si risolve in un giudizio di conformità o di difformità anziché di deviazione o di disallineamento, sicché ciò che si discosta dal tipizzato non diviene altro da questo, pur meritevole di valore giuridico, ma diviene un normativamente non contemplato».

È emblematico il caso del *recesso* quale strumento rispondente a bisogni di *tutela* del contraente²³: «il potere di recesso è la regola, nella disciplina dei singoli tipi»²⁴, laddove nella disciplina generale esso appare come un istituto eccezionale che contraddice la santità della forza legale del contratto²⁵. L'esame dei tipi rivela una situazione ben diversa, in cui l'esistenza di una via d'uscita dal rapporto, per diversi ordini di ragioni, è tutt'altro che recessiva rispetto alla sua necessaria conservazione.

Così, si scopre che il recesso fa parte del materiale normativo del contratto traslativo per eccellenza, la vendita, che tende ad essere un contratto a esecuzione istantanea e perciò, come tale, sottoposto al limite di cui all'art. 1373, co. 1, c.c., ove, semmai, la recedibilità può essere *voluta* dalle parti per mezzo di clausole²⁶, e specificamente di quello della vendita *immobiliare*, nelle fattispecie regolate dagli artt. 1537, co. 2 e 1538, co. 2, c.c., cui si combina una disciplina puntuale delle *conseguenze* del recesso (art. 1539 c.c.). A fronte di una divergenza *quantitativa* in eccesso della superficie di un immobile, venduto «a misura» o «a corpo», alla pretesa del venditore in ordine a un supplemento sul prezzo dovuto, il compratore può reagire *ex lege* recedendo dalla vendita, qualora l'eccedenza superi il ventesimo della misura dichiarata su cui si è determinato il consenso e non intenda versare il sovrapprezzo²⁷: un contesto che pare di schietta *autotutela*, com'è *tipico* nella vendita (lo si vedrà, *amplius*, nel cap. V)²⁸.

Ma considerazioni in parte analoghe possono valere per la *risoluzione*. Qui non si pone tanto un rapporto di *antitesi* fra parte generale e speciale, quanto, piuttosto, un diverso atteggiarsi della tutela risolutoria a seconda dell'*ambiente tipico* in cui opera. Da questo ambiente, corrispondente innanzitutto al tipo ma estensibile a raggruppamenti più ampi²⁹, si possono raccogliere indicazioni da norme che riguardano mediamente la risoluzione

²³ «In una numerosa serie di ipotesi il recesso consente alle parti di modificare o di sciogliere il vincolo già esistente per la presenza di vizi originari del contratto o di vizi sopravvenuti successivamente alla conclusione di esso, atteggiandosi così il recesso come strumento parallelo all'annullamento o alla risoluzione». Così, G. GABRIELLI - F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 32. Ma il linguaggio della legge è disomogeneo e spesso utilizza (proprio nei tipi) denominazioni diverse per riferirsi a fattispecie concettualmente riconducibili al recesso: v., *ivi*, pp. 27-28.

²⁴ G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti. Appunti da una ricerca*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, p. 12.

²⁵ G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti*, cit., p. 9 e ss. E difatti, da questo dato, col concorso di altri, l'A. trae l'impressione che «la forza di legge del contratto trovi smentite via via più numerose e rilevanti». Così, in ID., *Il contratto ha forza di legge*, in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 256, e già in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, t. II, Milano, 1994, p. 315 e ss.

²⁶ In questo senso V. ROPPO, *Il contratto* (2011), cit., p. 514, secondo cui «la possibilità del recesso anche nei contratti con effetti reali è suggerita proprio dall'ampia delega data in materia all'autonomia privata, cui si consente di togliere all'intervenuta esecuzione il suo normale effetto preclusivo».

²⁷ Così, GABRIELLI - F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, cit., pp. 34-35, *ivi* ultt. ruff. per diverse ricostruzioni.

²⁸ Per un'esplicita configurazione del recesso *ex artt.* 1537 e 1538 quale strumento di *autotutela*, esercitabile *facoltativamente* e dunque in alternativa alle altre tutele previste - profilo cui si lega la nozione di *autotutela* fissata *infra* nel cap. V - F. BOCCHINI, sub art. 1538, in *Dei singoli contratti (artt. 1470-1537)*, a cura di D. Valentino, nel *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011, pp. 590-591. Per un inquadramento sistematico del recesso, e degli altri casi di modificazione ed eliminazione del vincolo contrattuale per volontà unilaterale, quali forme di «justice privée licite», e specificamente di «justice privée agressive», v. A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, pref. R. Demogue, Paris, 1926, p. 437 e ss.

²⁹ Su questa possibilità, con vari spunti ricostruttivi, G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti*, cit., pp. 331-332, domandandosi se le norme di parte speciale siano eccezionali (e dunque insuscettibili di applicazione analogica *ex art.* 14 *prel.*).

(come, nel caso della vendita, dalle garanzie per l'evizione e contro i vizi, su cui, rispettivamente, nei capp. III e IV del presente lavoro), e che si rivelano preziose per capire il senso, e dunque i *limiti* di impiego e financo di *rinuncia*, di *quella* risoluzione, e non della sua sagoma tracciata nella parte generale: insomma, «a ogni significativa tipologia contrattuale, la *sua propria* risoluzione»³⁰.

2.1 Segue. Tipi, rimedi, risoluzioni.

La circostanza che nella disciplina dei tipi si trovino le tutele effettive di un dato rapporto contrattuale o, se si preferisce, pur tenendo a mente i *caveat* elencati, i *rimedi contrattuali* prevalenti, può d'altronde leggersi – ancora una volta – con le lenti della storia. Si è ricordato che i *tipi*, e cioè i *contratti*, precedono *il contratto*. Ora, spostando lo sguardo ancora più in là, si deve riconoscere che prima dei tipi c'erano le *azioni* e che i tipi si sono costruiti attorno alle azioni perché la giurisprudenza romana classica – prima di giungere ad un'idea sufficientemente autonoma di *actio* – vedeva la sistemazione dei rapporti giuridici tra privati attraverso il primo fondamentale filtro delle azioni, e «alla individuazione delle azioni era connessa quella delle obbligazioni e delle diverse *causae* tipiche di obbligazione, con la conseguente classificazione di tipi e di contratti e delitti, differenziati in rapporto ai caratteri propri della relativa tutela processuale»³¹. La *tipicità* romana, da cui tutto o molto ebbe inizio nella tradizione giuridica continentale, era dunque in origine una tipicità delle *azioni*, prima

³⁰ Così, V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in in C. CONSOLO, I. PAGNI, S. PAGLIANTINI, V. ROPPO, M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, p. 18, corsivo aggiunto. Di una disciplina generale della risoluzione che «trova più spesso deroghe e specificazioni nella disciplina dei singoli contratti» discorre G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti*, cit., p. 1, ad avviso del quale (*ivi*, p. 3): «la risoluzione per inadempimento appare, in linea di massima, destinataria di una disciplina speciale tipo per tipo; al contrario, la risoluzione per impossibilità e per eccessiva onerosità sopravvenute appaiono istituti di parte generale». Ma già in ID., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti*, cit., p. 329, per l'idea che il tema della risoluzione «per riguardare le vicende del rapporto contrattuale, più si avvicina al tema centrale delle discipline particolari».

³¹ Lo mette in rilievo G. ASTUTI, *Obbligazioni (dir. interm.)*, cit., p. 91.

che una tipicità di *contratti*, dunque, se si preferisce, una tipicità *rimediale*³². Ed è dalle azioni che quella tipicità è trascorsa nei contratti, non il contrario³³.

Qui conviene lasciare brevemente la parola a una autorità della scienza giuridica qual è stato Vittorio Scialoja, che ha tracciato l'itinerario dei *negotia* nel modo seguente.

«Vi fu una conquista del diritto romano, che è rimasta perpetuo patrimonio del diritto civile di tutti i tempi, anche moderno. *I negozi giuridici assumono ciascuno una forma tipica* (forma non nel senso di una forma solenne), *una figura tipica*. Abbiamo per es., la compravendita: basta enunciare questo concetto per richiamare alla mente una quantità di regole determinate che caratterizzano questo negozio; e di questi negozi tipici abbiamo una lunghissima serie nel diritto romano.

La via per la quale storicamente si sono formati questi tipi di negozi giuridici è stata soprattutto la procedura; specialmente la procedura formulare, perché ogni qual volta il pretore, per difendere un determinato rapporto, creava, oppure, sulla base della regola del diritto civile, adattava a quel rapporto una formula, gli attribuiva precisamente la vera importanza giuridica, poiché rapporto giuridico perfetto è quello difeso giudiziariamente mediante azione; ora nella formula venivano ad essere prestabiliti alcuni elementi fondamentali, perché la persona potesse valersi di essa: ed avveniva quindi che quando si erano costituiti questi punti essenziali di diritto, si formava precisamente un rapporto che poteva essere garantito mediante quella formula e prendeva un aspetto a sé, una figura propria, diventava cioè un negozio giuridico tipico. (...)

Soprattutto mediante l'editto pretorio e mediante poi l'elaborazione giuridica sopra l'editto medesimo, si vennero a fissare in modo molto certo e diremmo quasi cristallino, questi tipi giuridici di negozi; il che è un immenso vantaggio per il diritto privato, ed anche per il diritto in genere. (...)

³² Cfr. G. GORLA, *Il contratto*, cit., pp. 12-13, con riferimento alla mancata affermazione (su cui *retro*) di una figura contrattuale obbligatoria innominata nell'esperienza romana classica: «da questa rigidità del sistema classico, come sistema di tipi di negozi o, meglio, di azioni, nasce il problema di classificare, in questo o quel tipo, certe situazioni che presentano qualche divergenza rispetto al tipo stesso; problema che accentua la tendenza alla «tipicità» del diritto classico», corsivo aggiunto. Ma il problema perdura anche nell'età del diritto comune, come spiega G. ASTUTI, *Op. ult. cit.*, p. 118: «gli interpreti del diritto comune non pervennero ad isolare il concetto dell'azione conferendole piena autonomia rispetto al diritto fatto valere in giudizio, e continuarono a classificare le azioni con riferimento alle diverse cause di obbligazione; tuttavia la nuova concezione del rapporto tra azione e processo, in correlazione con il rinnovato ordinamento dei giudizi civili, esercitò una profonda influenza sul modo di intendere la pretesa, l'oggetto sostanziale della domanda, e quindi anche sulla concezione generale del sistema delle fonti delle obbligazioni. Questo rimase bensì fondato sulla tipicità delle forme o figure negoziali, antiche e nuove, individuate come cause di vincoli obbligatori, ma assunse gradualmente una fisionomia molto diversa da quella tradizionale, che si manifestò con maggiore evidenza nell'ulteriore sviluppo della teoria generale dei contratti».

³³ B. BRUGI, *Azione (storia)*, cit., p. 108, lamentando uno studio del diritto romano che trascura di cominciare dall'analisi del processo civile romano, passa in rassegna le seguenti «erronee idee. Si crede, ad esempio, che in Roma si possa già distinguere nettamente il diritto formale dal sostanziale, come facciamo noi; si ignora spesso che la procedura, l'*actio*, è la causa di tipi di istituti (fonti delle obbligazioni, contratti, ecc.) che noi studiamo non di rado come logiche costruzioni *a priori*; non si ha sempre consapevolezza del carattere della tutela giuridica, che nel diritto giustiniano è una conseguenza di premesse ormai storiche». L'illustre A. ricorda con Windscheid che l'*actio* «non è qualche cosa che sta dietro al diritto, ma sta invece nel diritto; non è alcun che di derivato, ma di sostanziale; non è derivazione, ma espressione del diritto», *ivi*, p. 109. V. anche, *supra*, n. 14.

Quando cade la procedura formulare, spariscono queste distinzioni dal punto di vista processuale; ma la conquista, dal punto di vista del diritto sostanziale, era fatta; non si parla più d'un' *actio empti et venditi* diversa dall' *actio locati*, ma la distinzione già formata e stabilita è ormai dalla procedura civile passata al diritto civile; e quando siete ammessi ad un'azione generale per tutti i diritti (come quella di diritto giustiniano e di diritto moderno) vi siete ammessi per far valere quel determinato diritto, fondato sopra quel negozio sostanzialmente considerato come tipo»³⁴.

Si è visto che in suo risalente senso comune, quello che emerge dal motto *ubi remedium, ibi ius* e dal suo opposto³⁵, tutt'oggi perdurante, ma senza monopolio, convivendo con altre accezioni (*retro*, nel cap. I e *infra*, nel cap. V), il *rimedio* è anzitutto l'azione processuale³⁶, e in un significato ancor più specifico, forse primitivo, l'azione di *appello* (v. *retro*, cap. I)³⁷. Ora si riesce a cogliere questa originaria identità semantica da un altro angolo visuale, e cioè scorgendo dietro al rimedio contrattuale che assicura a tutt'oggi l'attuazione della posizione sostantiva non realizzata, il germe del tipo, che si è costruito a partire dal e attorno al *remedium* e cioè allo strumento processuale di tutela. Ciò spiega perché al livello del tipo e nella sua disciplina vi siano tutt'ora molti rimedi: essi sono come le crisalidi per i tipi, che, come le farfalle in natura, hanno compiuto la metamorfosi mantenendo i tratti essenziali primigeni.

Anche un rimedio particolare, il cui fondamento è stato lungamente disputato, qual è la *risoluzione per inadempimento* – che non tende all'attuazione del vincolo ma al suo scioglimento in presenza di circostanze legittimanti – pare legarsi a un contesto di tipicità. Non nel senso che determinati tipi si sono formati attorno ad essa, il che sarebbe un controsenso trattandosi di una tutela che *presuppone* un vincolo già costituito, ma perché la *risoluzione*, almeno in una delle sue molteplici vesti, si è imposta nella prassi a cominciare da figure contrattuali *determinate*, in relazione alle quali poteva *funzionare* e assicurava il soddisfacimento di *interessi* concreti; mentre solo in epoche successive, per via di concettualizzazioni e fatiche definitorie, avrebbe finito per riguardare qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive³⁸.

³⁴ Così, V. SCIALOJA, *Negozio giuridico*, cit., p. 987, corsivo dell'A.

³⁵ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 13 e ss.

³⁶ Si v. su questo uso, R. ZAKRZEWSKI, *Remedies Reclassified*, II ed., Oxford – New York, 2005, pp. 11-12; 17-21; 44 e ss.

³⁷ Per un primo itinerario su questo, e altri significati, si v., nella letteratura romanistica, W. LITEWSKI, *Il significato del termine «remedium» in Cons. 5.6*, in *IURA*, 1972, I, p. 115 e ss.

³⁸ Sul punto, U. PETRONIO, *Risoluzione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, *passim*, e spec. p. 1294: «l'esperienza giuridica medievale e moderna ha fatto a lungo i conti con i singoli contratti nella loro configurazione tipica, e solo tardi è giunta a costruire "il contratto come paradigma", che costituisce uno dei presupposti teorici per una trattazione unitaria dei problemi riferibili alla risoluzione del contratto. Ciò significa, in concreto, che singole situazioni risolutorie possono aver assunto rilievo in riferimento a questo o a quel contratto e che li sono state analizzate dai giuristi, senza che se ne estendesse la portata alla generalità dei contratti. Né va dimenticato che è rimasta a lungo la contrapposizione, elaborata dai giuristi romani, tra contratti nominati e contratti innominati, che producevano effetti obbligatori per vie diverse e ricevevano tutela giuridica diversa»; nonché *ivi*, p. 1300 e n. 58, per un esempio di estensione *ultratipica* di regole provenienti da tipi. Quanto alla *risoluzione* intesa come istituto distinto dal *contrarius consensus* e avvicinabile con molta prudenza alla fattispecie di cui all'art. 1453 c.c., conosciuto nell'esperienza romana come *pacta adiecta* a determinati negozi (tra i quali la *lex commissoria*), per P. CERAMI, *Risoluzione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1287-1288, «la prassi negoziale dei patti risolutivi in questione risulta rigorosamente circoscritta alla

Ecco una manifestazione dell'ambiguità del termine *rimedio*. Alle origini della risoluzione non sembra esserci un *remedium*, e cioè uno strumento di diretta tutela *processuale*, ma una serie di *pacta* e cioè di strumenti di determinazione convenzionali, che prevedevano lo scioglimento del vincolo al ricorrere di determinate circostanze, com'è stato esemplarmente per il patto commissorio nella vendita. Tuttavia, a questa tipologia di risoluzione *pattizia* sembra essersi affiancata, proprio nel diverso ambito dei contratti *innominati*, e quindi al di là della più tradizionale tipicità, una forma di risoluzione improntata a una dimensione *processuale*, giacché in quelle ipotesi «qualora l'*accipiens* non esegua la prestazione, il *dans* potrà esperire, a sua scelta, o la *condictio ob causam datorum* (per la ripetizione di quanto ha dato) o l'azione per l'adempimento (*actio prescriptis verbis*)»³⁹. Si è sostenuto che le due forme di risoluzione – quella per patto e quella per *ripetizione*⁴⁰ – si siano col tempo, e per l'influsso della pratica consuetudinaria francese, fuse in un solo istituto, da cui sarebbe derivata la c.d. condizione risolutiva tacita di cui all'art. 1184 del *Code* francese, replicato dall'art. 1165 del Codice italiano del 1865⁴¹. Entrambe quelle disposizioni, forse sull'influsso di una dottrina insegnata dai canonisti⁴², affidano l'amministrazione della risoluzione al ministero del *giudice*, il che non era la regola all'epoca dei *pacta*, ove semmai poteva rilevare sotto forma di una eccezione, la *exceptio pacti*, operando altrimenti come vera e propria risoluzione *ipso iure*⁴³.

sola *emptio-venditio*. (...) Specificamente, la *lex commissoria* assolveva, nell'ambito della compravendita, una funzione paragonabile, a grandi linee, a quella svolta dalla cosiddetta condizione risolutiva tacita, accolta nel nostro codice civile (art. 1453) e risalente all'antico diritto consuetudinario francese»; e dalla compravendita sarebbe passata ad altri contratti. Ma il punto è discusso, così com'è discussa l'idea – di cui riferisce U. PETRONIO, *Op. ult. cit.*, p. 1296 – che a forza di ribadire nei contratti il patto commissorio espresso questo sarebbe divenuto implicito per consuetudine. Su cui v. i rilievi critici di R. CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, in *Rev. trim. droit civil*, 1945, p. 160 e ss., ad avviso del quale (*ivi*, p. 162) «le droit romain, c'est un fait incontesté, n'a pas connu la résolution pour inexécution dans les contrats consensuels nommés, comme la vente. Cependant, il a connu la résiliation d'autres contrats nommés et successifs, comme le louage, la société. Mais c'est dans les textes romains relatifs à des contrats de formation juridique moins solide, les contrats innommés, que les commentateurs du moyen âge et des époques suivantes ont trouvé l'exemple décisif d'un contractant autorisé à obtenir la restitution de la chose livrée par lui, grâce à une *condicio ob causam, ob rem dati, causa data causa non secuta*, lorsque son attente avait été déçue par la défaillance de son coéchangiste. (...) Tout véhicule doit avoir un moteur. C'est le droit canonique qui, en l'espèce, a fourni les principes dynamiques». *Amplius* sul tema, G. BOYER, *Recherches sur la résolution des contrats (origines de l'article 1184 C. civ.)*, Paris, 1924, nonché, nella dottrina italiana, O. BREGLIA, *Patto commissorio*, in *Diz. prat. dir. priv.*, a cura di V. Scialoja, vol. V, t. I, Milano, 1938, pp. 304-305. Per l'influenza di queste idee sulla risoluzione giudiziale e stragiudiziale nel panorama europeo, AND. FUSARO, *La risoluzione del contratto sulla via della codificazione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II pp. 313-314.

³⁹ Così, P. CERAMI, *Risoluzione (dir. rom.)*, cit., p. 1290, il quale conclude: «in questa facoltà di scelta si suole ravvisare la remota radice storica dell'art. 1453 c.c.». Ma si è ricordato alla n. precedente che per l'A. la funzione assolta oggi dall'art. 1453 c.c. veniva assolta, nell'ambito della compravendita, dal patto risolutivo della *lex commissoria*.

⁴⁰ Sul cui valore insiste in modo particolare C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. A. Ascoli – F. Cammeo, Milano, 1908, p. 161 e ss.

⁴¹ Così, A. GALIZIA, *Sulla cosiddetta "condizione risolutiva tacita" in materia civile e commerciale*, in *Il dir. comm.*, 1911, p. 856.

⁴² Lo rimarca R. CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, cit., p. 170: «le juge ecclésiastique appréciait si le contractant inexécutant avait commis un péché susceptible de sanctions ecclésiastiques, indépendamment de la libération de son cocontractant».

⁴³ Come sottolinea O. BREGLIA, *Patto commissorio*, cit., p. 305.

Non è questa la sede per scrutinare le diverse ricostruzioni e vagliare quale, sul piano storico ancor prima che dottrinale, meglio spieghi la risoluzione e l'itinerario che essa ha percorso: la questione è tutt'altro che semplice, e da essa dipartono visioni opposte sul fondamento dell'istituto, che hanno dato corpo ad articolate teorie⁴⁴. Qui preme soltanto mettere in rilievo la provenienza della risoluzione da una certa atmosfera di tipicità e di *negotia* e il suo essere, in quel senso, un elemento (cioè un *effetto*) *naturale*, proprio perché posto «in relazione colla particolare natura economica del singolo rapporto di cui si tratta»⁴⁵. E che la risoluzione (forse) non era un *remedium*, perché poteva fare a meno del ministero giudiziale, ma lo è diventata; accogliendo tuttavia una più larga nozione di *rimedio*, che raccolga tutti i mezzi di tutela contro i torti (*retro*, Cap. I) indipendentemente dalle forme e dai procedimenti attraverso i quali producono effetti, essa lo è stata *ab origine*, sia pure in relazione a determinati *tipi*.

Se si volesse impiegare una formula riassuntiva potrebbe dirsi che i «rimedi» sono nei tipi anzitutto perché i tipi provengono dai «rimedi» e cioè dai *remedia*; ma (altri) rimedi sono nei tipi perché da questi provengono e solo in seguito si sono da loro emancipati.

3. Il prototipo vendita e la sua centralità

Se è alla disciplina dei tipi che bisogna guardare per confrontarsi con effetti e tutele - e sapendo che nei tipi si annidano prevalentemente norme *dispositive*, legittimanti manifestazioni di autonomia privata⁴⁶ - non occorre motivare a lungo perché si posi lo sguardo, nelle pagine che seguono, sulla *vendita*, sui suoi sistemi e sottosistemi di tutele e di autotutele.

A tacere di un ruolo che questo tipo avrebbe avuto nel processo stesso di astrazione del paradigma contrattuale⁴⁷ - il che pare probabile se si pensa che l'evoluzione del diritto

⁴⁴ Esaminate e discusse da G. OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in ID., *Scritti giuridici*, t. I, Milano, 1973, p. 403 e ss. Un'eco di quella dialettica in G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Rimedi* - 2, a cura di V. Roppo, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, Milano, 2006, che si domanda se non si tratti di un «falso problema».

⁴⁵ G. OSTI, *Op. ult. cit.*, p. 445.

⁴⁶ Lo rammenta M. COSTANZA, *Tipicità e tipo*, cit. p. 1171.

⁴⁷ Vi accennano G. DIURNI - C. PECORELLA, *Vendita (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 484, secondo i quali, pur dopo l'affermarsi della scuola giusnaturalista, «il contratto di compravendita era ancora nelle pastoie o di una prassi mercantile, che tutto risolveva con i propri tribunali che giudicavano *ex bono et aequo*, o di una proprietà immobiliare effettivamente e teoricamente divisa e quasi inaccessibile. Le nuove concezioni segnano la crisi di un sistema, tuttavia ancora vigoroso, che la giurisprudenza dei grandi Tribunali in qualche modo legittimava e alimentava. Ma di lì a poco si aprirà una nuova stagione, in cui la proprietà libera e assoluta e il dogma della volontà offriranno la base per una concezione unitaria e atipica del contratto e per l'affermazione del principio dell'autonomia contrattuale». Ma osserva P. CARLINI, *Contratto e patto nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, pp. 86-87, che «la giurisprudenza del diritto comune, pur proclamando, a partire dal XVI secolo, teoricamente, la consensualità della vendita usa limitarne poi la portata pratica a mezzo del principio secondo il quale «*dummodo res sit integra, venditor nisi rem venditam non tradidit nec pretium recepit, non tenetur frangenti fidem fidem servare*». Analogamente la consensualità della vendita viene dichiarata in «*common law*», fin dal XIV secolo, ma la «*doctrine*» è temperata, in pratica, dall'esigenza della forma scritta e dal medesimo principio della «*res integra*». Di una parte generale del contratto «la quale ha ricevuto proprio dalla vendita il maggior contributo di materia e di linguaggio», dice E.

privato risponda ad esigenze di ordine pragmatico – vi è una ragione legata, ancora una volta, al valore intrinseco del tipo. Questa motivazione può essere espressa mutuando il pensiero di un chiaro scrittore che ha guardato alla vendita come alla maggiore manifestazione del *potere* dispositivo di un soggetto, quello di disporre di beni, e intendendola quale un *procedimento* che muove dalla formazione del contratto e giunge alla sua *tutela* o, meglio, alla sua *autotutela* (*infra*, cap. V), secondo un approccio che rivela ancora oggi la sua originalità. Ebbene, quel modo di guardare al tipo porta a riconoscere che «il procedimento negoziale della vendita presenta il maggior numero di regole particolari rispetto agli altri contratti, e questo non solo per l'intrinseca complessità della parte di formazione e di conclusione, ma anche per il suo sdoppiamento in due direzioni. Nell'una, il contratto si risolve nella determinazione che ha per oggetto il trasferimento; nell'altra opera la determinazione che presenta il vero contenuto obbligatorio e in cui domina il momento e l'elemento dell'assunzione delle obbligazioni da eseguire»⁴⁸.

Dunque, la vendita come il tipo che contempla il maggior numero di *effetti*, attraverso regole peculiari, che mettono a prova l'apparentemente semplice relazione di interferenza fra parte generale e speciale⁴⁹.

Molte di queste *regulae* – lo si vedrà – hanno anzitutto contraddistinto un tipo affatto speciale qual è stata, per molti decenni, la *vendita commerciale*, sottoposta al regime del Codice di commercio del 1882. Da esso provengono numerose norme che hanno costituito il regolamento legale della vendita unitaria (art. 1470 e ss. c.c. vigente), così come, anteriormente, «le regole elaborate per questo contratto dall'attività mercantile e giuridica si trasformarono rapidamente, appunto per lo loro grande influenza, in regole generali a tutti i contratti commerciali»⁵⁰. Ma – è noto – molte di quelle stesse regole hanno fornito cospicua materia all'edificio della parte generale del contratto. Si parla spesso di commercializzazione del diritto privato, e specificamente del contratto⁵¹: essa in realtà è stata in primo luogo commercializzazione della *vendita* e, poi, del contratto in genere. È un dato da tener in conto quando si cerca di capire ragioni e limiti di un dato regime: si avrà modo di riscontrarlo (*spec.*, *infra*, cap. IV).

Tenendo fermo il confronto fra legge e diritto *dei privati*, si deve poi riconoscere che la vendita, oltre ad essere fittamente regolata nel suo tipo legale – e forse proprio per la ricchezza normativa di quest'ultimo – è altrettanto modellata di regole dagli stessi

FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale. I «modelli» italo-europei e internazionali*, Napoli, 2018, p.7.

⁴⁸ Così, SALV. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, vol. V, Milano, 1960, pp. 211-212.

⁴⁹ In termini corrispondenti, anche D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, II ed., Milano, 1962, p. 1, secondo cui «per la sua funzione economica, la compravendita è il più importante dei contratti, ed anche il più frequente nella vita pratica. Correlativamente, essa è il contratto più ampiamente e minuziosamente regolato dal codice. Ed è anche il contratto che presenta la maggiore varietà di sottospecie, di clausole e di atteggiamenti particolari nella pratica, sempre per via della ricchezza e complessità del substrato economico da essa disciplinato».

⁵⁰ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, IV, Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*, V ed., Milano, 1926, n. 1633, p. 121.

⁵¹ V., per tutti, E. ROPPO, *Il contratto* (1977), cit., p. 55 e ss.

contraenti attraverso pattuizioni in varia misura modificatrici della disciplina legale: è il terreno «dove maggiormente abbondano le clausole aggiunte»⁵².

Attraverso di esse le parti adattano il regolamento ad esigenze peculiari, intervenendo proprio su quegli *effetti* che la legge predispone, in molti casi, con norme dichiaratamente derogabili, in altri fornendo *aliunde* indici di superabilità per volontà delle parti. Negli effetti sono ricomprese le *tutele* contro l'inadempimento o altre anomalie che frustrano interessi protetti del venditore o del compratore. Se il linguaggio della legge non sempre esplicita la derogabilità delle norme rilevanti, esso è però piuttosto chiaro in alcune sue parti, come nel contesto delle *garanzie* contro l'evizione e i vizi, nel dettare *limiti* «massimi» di derogabilità, assai più di quanto non faccia nella disciplina generale.

Infine, la vendita è un tipo rispetto al quale hanno svolto un ruolo normativo rilevante gli *usi*: nel sistema del Codice di commercio erano parte integrante dello statuto normativo del tipo per effetto del suo art. 1. Oggi hanno sì spazi di applicazione più limitati e ristretti, ma sono rimasti entro fattispecie decisive (si pensi all'ipotesi di cui all'art. 1492, co. 1 (*amplius*, nel cap. IV). La prassi, dal canto suo, spesso guarda agli usi, compilati e raccolti, come regole sufficientemente sperimentate da riversare nelle proprie clausole. Gli usi da tempo «vanno perdendo quell'odore di polvere che soleva accompagnarli»⁵³. Malgrado l'importanza particolare che oggi assumono in certi contesti, si avverte fin d'ora che nelle pagine seguenti non si tratterà della vendita internazionale e, dunque, di quelle fonti, anche comprendenti usi, che la riguardano. Sono discipline molto importanti per capire il tipo vendita oggi⁵⁴; ma esulano dall'obiettivo di questo lavoro che è quello di trarre dalla disciplina *interna* della vendita indici di derogabilità di quei particolari effetti che si suole chiamare rimedi.

⁵² Così, F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv. – Teoria generale)*, cit., p. 820, n. 115.

⁵³ G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti*, cit., p. 333.

⁵⁴ Per una ricostruzione sistematica con cui riportare ad unità la frammentarietà dei vari modelli di vendita negli ordinamenti odierni, si v. E. FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale*, cit., *passim*, spec. p. 13 e ss.

PARTE SECONDA

A PARTIRE DALLA VENDITA:

LE TRAME DELL'AUTONOMIA NELLA DISCIPLINA DEL TIPO

CAPITOLO TERZO

UN PRIMO «SOTTOSISTEMA» DI TUTELE:

VENDITA DI COSA ALTRUI ED EVIZIONE

SOMMARIO: 1. Specialità dei requisiti di validità della vendita. - 2. Le peculiarità delle tutele nella vendita: l'obbligo di far acquistare il diritto sulla cosa al suo acquirente. - 3. La natura della risoluzione nella vendita di cosa altrui e nell'evizione. - 3.1. *Segue*. Risoluzione e risarcimento nel contesto dell'evizione: qualche spunto a partire da una sentenza. - 4. L'inderogabilità della restituzione del prezzo (art. 1488, co. 1, c.c.): primi corollari. - 4.1. *Segue*. Rinunciabilità della risoluzione per evizione totale e per vendita di cosa (interamente) altrui. - 4.2. *Segue*. Elementi di derogabilità nell'evizione parziale e nella vendita di cosa parzialmente altrui. - 4.3. *Segue*. Elementi di derogabilità della garanzia per evizione in caso di vendita forzata. - 5. Le ulteriori regole speciali nel «sottosistema» dell'evizione.

1. Specialità dei requisiti di validità della vendita

La disciplina della vendita, lo si è scritto, è forse la più ricca di indicazioni sul fronte degli effetti.

Intanto alla sua nozione – trasferimento di proprietà o altro diritto su una cosa verso il corrispettivo di un prezzo (art. 1470) – seguono delle ipotesi speciali di *invalidità*.

La fattispecie del contratto di compravendita risulta perciò sottoposta ad ulteriori requisiti di struttura e di valida formazione, mancando i quali la vicenda contrattuale è eliminata per via di *nullità* o di *annullamento*. Peraltro, le ipotesi di nullità ben difficilmente, in assenza di queste previsioni, potrebbero venire rispettivamente ricondotte sotto le omologhe fattispecie di parte generale: qui il contratto è nullo allorché una *parte* (il compratore) riveste una determinata qualità o qualifica (pubblicistica) che assume rilievo in relazione all'acquisto di determinati beni (art. 1471, co. 1, nn. 1-2, c.c.); il contratto *diviene* nullo allorché, trattandosi di cosa futura ed escludendosi il caso di alea convenzionale (*emptio spei*), la cosa non venga ad esistenza (art. 1472, co. 2).

Le ipotesi di annullabilità speciale consistono anch'esse in «divieti speciali di comprare» per taluni soggetti in relazione a determinati beni; ciò che muta è il rilievo pubblicistico dell'attività di *amministrazione* posta in essere dai soggetti sui beni il cui acquisto è loro inibito, giacché nelle ipotesi di nullità (che secondo l'insegnamento comune persegue esigenze di salvaguardia dell'interesse generale) si tratta di un'attività di amministrazione

nell'interesse pubblico, in quelle di annullabilità di amministrazione nell'interesse privato altrui¹.

Se queste fattispecie sono particolari, gli *effetti* nonché le regole e i procedimenti mediante i quali farli valere sono quelli normali: il contratto concluso in spregio ai divieti di compera di cui ai nn. 1-2 dell'art. 1471, così la vendita avente ad oggetto una *res sperata* non venuta ad esistenza, sono nulli; si tratta di nullità (totale) assoluta, imprescrittibile e rilevabile d'ufficio, insuscettibile di convalida. Anche l'annullabilità (art. 1471, nn. 3-4) è quella ordinaria, con le sue regole e i suoi limiti: legittimazione relativa, prescrittibilità quinquennale, possibile convalida, necessaria eccezione di parte.

Siccome le norme speciali tacciono sugli *effetti* sul rapporto negoziale che derivano dalla nullità e dall'annullamento del titolo, bisogna interrogarsi sull'applicabilità dell'art. 1338 c.c. per stabilire se il compratore che abbia violato i divieti di comprare debba anche risarcire l'alienante per avere questi confidato senza colpa sulla validità del contratto, e ciò nei limiti dell'interesse negativo; e se la stessa norma possa essere invocata nel caso previsto dall'art. 1472, co. 2. La risposta affermativa è più sicura con riguardo alla nullità/annullabilità *ex art.* 1471; lo è meno in relazione alla vendita della cosa sperata, ove il richiamo alla nullità per un vizio sopravvenuto è parso a tal punto improprio da indurre a ritenere che si tratti di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, con la conseguenza che il risarcimento (comprensivo dell'interesse positivo) richiederebbe fatti «imputabili» al venditore, in relazione alla mancata venuta ad esistenza della cosa, o di normale risolubilità per inadempimento, con correlata responsabilità contrattuale².

Si comprende che il problema da ultimo accennato è un problema di *effetti*: se vi è un'obbligazione in capo al venditore di produrre il risultato traslativo, e quindi non solo di *impedire* che la cosa *non* venga ad esistenza, ma di *fare* quanto egli può perché accada il contrario, alla violazione di questo effetto primario segue la *responsabilità* per il suo inadempimento, salva la prova della sua non imputabilità, responsabilità che sussiste malgrado (e indipendentemente da) l'eliminazione del titolo; se quest'obbligazione non c'è, l'eliminazione del titolo non lascia sopravvivere alcun effetto *contrattuale* (cioè che trae efficienza dal contratto), fermo quanto comunque dispone la legge in presenza del fatto proprio altrui, come è nel caso regolato dall'art. 1338 c.c. Ma al riguardo nulla dice la disciplina positiva della vendita.

¹ Per tutti, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, t. 1, Torino, 1972, p. 99 e ss.

² V. l'opinione e i riferimenti in C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 343-345. Esclude la nullità, ragionando di effetti preliminari della vendita, ma sostiene l'applicazione dell'art. 1338 in caso di colpa del venditore, con limitazione del risarcimento del danno al solo interesse negativo, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 184 e ss. Ma la giurisprudenza riconosce che «quando il venditore non abbia assunto alcun obbligo ulteriore rispetto a quello di trasferire il bene, il quale dovrà venire ad esistenza per opera di un terzo, senza che esso venditore debba compiere alcunché per determinarne la produzione, si è in presenza di un contratto di vendita di "cosa futura", disciplinato dall'art. 1472 c.c. (...) per cui se la cosa non viene ad esistere il contratto manca di oggetto e la vendita è nulla», così Cass. civ., 25 gennaio 2007, n. 1623, in *De Jure*. Per l'idea che, quando un obbligo di produzione del bene non sia stato previsto in contratto, trovi applicazione l'art. 1472, co. 2, con conseguente nullità della vendita in caso di mancata produzione del bene ed eventuale risarcimento *ex art.* 1338, V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., cit., pp. 324-325.

Tra le «disposizioni generali» (artt. 1470-1475) è poi previsto il possibile intervento dell'ordine giudiziario, nella persona del presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto³, ai fini della nomina del terzo cui, in assenza di accordo delle parti, è chiesto di determinare il prezzo della vendita (artt. 1473, co. 2.; 1474, co. 3). Il potere di ricorrere ad un giudice affinché questi, non già direttamente, come è nella disciplina generale del contratto (art. 1349), ma attraverso l'intermediazione di un terzo, in ragione delle sue competenze tecniche, determini un elemento dell'oggetto del contratto, è attribuito dalla legge a ciascuna delle parti, al mancato verificarsi di alcune circostanze. Se non possono propriamente dirsi dei «torti», sono tuttavia degli inconvenienti le cui conseguenze la legge cerca di correggere affidandosi al ruolo suppletivo (indiretto) del giudice, allorché il terzo non voglia o non possa accettare l'incarico di determinare il prezzo, ovvero le parti non si accordino sulla sua nomina o sostituzione (art. 1473, co. 2); oppure, in caso di rinvio al «giusto prezzo», qualora i criteri legali di determinazione siano inapplicabili e le parti non riescano ad accordarsi (art. 1474, co. 3). Il prezzo non può certo mancare, e malgrado l'ampia libertà delle parti in ordine alla sua determinazione - non occorrendo che esso risulti determinato fin dalla conclusione del contratto - la legge risolve il possibile «stallo» in cui la libertà delle parti dovesse cadere attribuendo loro il diritto di ricorrere al giudice perché provveda al riguardo.

2. Le peculiarità delle tutele nella vendita: l'obbligo di far acquistare il diritto sulla cosa al suo acquirente

Indicazioni sugli *effetti* si fanno numerose e particolarmente rilevanti a partire dall'art. 1476, che individua le «*obbligazioni principali* del venditore» (consegnare la cosa al compratore; fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto; garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa).

Queste obbligazioni principali sono *effetti* di tipo obbligatorio che il contratto di vendita produce. Come si vedrà, effetto *principale* non significa *indisponibile dalle parti*: se è inammissibile concepire una vendita in cui le parti escludano il trasferimento del diritto, perché ciò significherebbe tecnicamente impedire la concretizzazione della fattispecie «vendita», è la legge stessa ad ammettere che la garanzia per evizione e per i vizi della cosa possano essere diversamente articolate dalle parti e, sia pure talvolta in termini più nominali che effettivi, financo escluse⁴.

Ma, prima, interessa considerare come la disciplina tipica precisi il contenuto dell'obbligazione di cui al n. 2 dell'art. 1476.

L'art. 1478 stabilisce, anzitutto, che in caso di vendita di cosa altrui, e cioè di cosa che al momento della cessione appartenga ad altri e sia dichiarata come tale, il venditore è

³ Ma per la vendita di mobili, v. anche l'art. 82, disp. att. c.c.

⁴ Mentre vi sono casi di vendita «senza» consegna, ad es. allorché il compratore sia già in possesso della *res*, o perché si cedono posizioni giuridiche «immateriali» o di puro fatto: sul punto, M. ALLARA, *La vendita*, cit., p. 150 e ss.

obbligato a procurarne l'acquisto al compratore (art. 1478). Significativamente, da un punto di vista di tecnica legislativa, la legge tace sugli effetti conseguenti al mancato adempimento di quest'obbligo, mentre l'art. 1479 (che considera la diversa ipotesi in cui il compratore ignori l'altruità della cosa venduta) è disposizione assai più dettagliata e si occupa specificamente di effetti.

Questa differenza non avalla l'argomento *a contrario* secondo cui la risoluzione del contratto, espressamente prevista dall'art. 1479 per il caso in cui il compratore sia in buona fede, sarebbe preclusa al compratore cosciente (parlare di malafede è fuorviante), giacché si verterebbe in un'ipotesi di vendita «a rischio e pericolo del compratore»⁵; ma vale piuttosto quale implicito richiamo alla disciplina di parte generale: il venditore che non procura l'acquisto al compratore viola una precisa obbligazione impostagli *ex lege* (artt. 1478 e 1476, n.2), incorrendo nella conseguente normale responsabilità per inadempimento. Inadempimento cui il compratore può reagire domandando (anche) la risoluzione del contratto *ex art.* 1453.

Il punto, semmai, sta nella circostanza che la risoluzione potrà chiedersi soltanto in presenza di un *inadempimento* in senso tecnico, e cioè quando risulti scaduto un termine, convenzionalmente o giudizialmente stabilito, per l'adempimento dell'obbligazione di procurare l'acquisto. La giurisprudenza ha opportunamente chiarito che la natura della prestazione formante oggetto di questa obbligazione è tale da esigere la fissazione di un termine, se del caso *ope iudicis* ai sensi dell'art. 1183, co. 1, scaduto il quale il compratore potrà domandare la risoluzione del contratto⁶.

Dall'art. 1479 si desume invece che il compratore in buona fede può chiedere ed ottenere la risoluzione del contratto fin da subito, fintantoché il venditore non gli abbia procurato l'acquisto del bene, essendo egli arbitro di attendere, e dunque consentire al venditore di fargli acquistare *medio tempore* la proprietà della cosa altrui, o di porre *immediatamente* fine al rapporto⁷.

⁵ Così F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, t. 1, VIII ed., Milano, 1954, p. 59.

⁶ Si v., *ex multis*, Cass. civ., Sez. un., 15 marzo 1982, n. 1676, in *Giur. it.*, 1984, I, c. 184; Cass. civ., 11 ottobre 2001, n. 12410, in *De Jure*, nonché già Cass. civ., 19 ottobre 1963, n. 2794, in *Foro it.*, 1964, I, c. 565. In dottrina, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 688-689; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 356 e ss. Va notato che in alcune delle decisioni menzionate si è riconosciuto al compratore «cosciente» il potere di agire ordinariamente *ex art.* 1218 nei confronti del venditore inadempiente e di domandare la risoluzione, una volta scaduto il termine, affermandosi in *obiter* che ciò è possibile «se il contratto non sia stato stipulato a rischio e pericolo del compratore e non vi sia stata esplicita rinuncia convenzionale alla garanzia» (così, Cass. civ., 9 giugno 1969, n. 2044, in *Foro it.*, 1969, I, c. 3143, con nota di And. D'Angelo, ma anche in Cass. civ., 12 giugno 1980, n. 3134, in *Giur. it.*, 1981, I, c. 109, con riguardo all'ipotesi di contratto preliminare, su cui la n. successiva, e riferendosi specificamente, seppure sempre in *obiter*, all'azione di risoluzione). Si tratta di un'endiadi poco felice, forse influenzata dalla vecchia formulazione dell'art. 1485 del Codice del 1865, che va interpretata come facente riferimento a una ipotesi soltanto (sul punto, una critica già in A. BOSELLI, *Vendita con «pactum de non preaestanda evictione» e vendita a rischio e pericolo del compratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 596), e cioè a quella della vendita «a rischio e pericolo del compratore» (art. 1488, co. 2, su cui *amplius infra* nel testo). Quando essa è stipulata – ed occorrerà determinarlo sul piano interpretativo – il compratore cosciente dell'alienità della cosa rinuncia al diritto di chiedere il risarcimento del danno e/o la risoluzione del contratto in caso di inadempimento del venditore, *ancor prima che si sia verificata l'evizione* (salvo il dolo o la colpa grave del venditore *ex art.* 1229 e il suo «fatto proprio» *ex art.* 1487).

⁷ La giurisprudenza però ritiene che se le parti hanno concluso un contratto preliminare, fintanto che non scada il termine per la stipulazione del definitivo, il compratore *anche di buona fede* non possa domandare la risoluzione del contratto. Ciò potrà avvenire soltanto una volta scaduto detto termine, se, naturalmente,

A questo vantaggio temporale si accompagna un maggiore *quantum* di risarcibilità del danno: oltre alla restituzione del prezzo pagato – effetto che segue propriamente alla domanda di risoluzione, ma che qui è reso insensibile all'eventuale diminuzione del valore della cosa o al suo deterioramento – e salva l'eventuale applicazione dell'art. 1223, con risarcibilità dell'interesse positivo in tanto in quanto sussista un inadempimento imputabile al venditore⁸, l'alienante deve rimborsare al compratore le spese e i pagamenti «legittimamente fatti per il contratto», oltre alle spese necessarie e utili fatte per la cosa (art. 1479, co. 2), nonché, in caso di sua malafede, anche quelle voluttuarie.

Questa diversa disciplina per l'ipotesi di vendita di cosa altrui al compratore di buona fede porta a ritenere che il *potere* di risoluzione riconosciuto dall'art. 1479, i suoi presupposti, così come le sue conseguenze, si distacchino propriamente dalla nozione di *inadempimento* in senso tecnico (dalla legge generalmente chiamato in servizio mediante un esplicito rinvio alle norme di cui agli artt. 1218 e/o 1453), che, secondo un'interpretazione consolidata sul cui effettivo fondamento non è questa la sede per interrogarsi, sarebbe ancorato al concetto di *colpa*. Viceversa, la risoluzione *ex art. 1479* e le conseguenze che da essa derivano in ordine alla restituzione del prezzo e ai rimborsi delle spese sostenute per il contratto (salvo quelle voluttuarie che richiedono la malafede del venditore e la detrazione dell'utile conseguito dal compratore di cui discorre l'ultimo periodo dell'art. 1479, co. 2), prescinderebbero dalla colpa del venditore, rispondendo ad un meccanismo di tipo *oggettivo*, tanto in questa situazione quanto in quella sua successiva fase che è l'*evizione*⁹. Un indice a conferma di questa ricostruzione si può trovare nell'inciso «salvo il disposto dell'art. 1223» con cui si apre il secondo comma dell'art. 1479: applicandosi l'art. 1223 *se e nella misura in cui* sussista un inadempimento imputabile, così sarebbe anche per il risarcimento degli *ulteriori danni* distinti dalle voci considerate dall'art. 1479; mentre le tutele qui previste (risoluzione *per la*

l'acquisto non sia stato procurato al compratore. Così, tra le più recenti, Cass. civ., 16 gennaio 2020, n. 787, in *De Jure*. Questa stessa soluzione è da seguire anche nell'ipotesi di termine convenzionale (su cui D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 361, n. 24), ove la richiesta anticipata di risoluzione si porrebbe peraltro in contrasto con la buona fede e col divieto di *venire contra factum proprium*.

⁸ Mentre le voci di danno direttamente considerate dall'art. 1479 costituirebbero risarcimento dell'interesse *negativo*. Così, L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto «a non domino»*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, pp. 279; pp. 282-283; nonché R. LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 191. *Contra*, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 665 e ss. Il risarcimento dei danni che il compratore abbia sofferto per aver concluso un contratto che non gli trasferisce immediatamente la piena proprietà della cosa può essere dovuto anche se l'acquisto viene successivamente procurato al compratore, e dunque indipendentemente dalla risoluzione del contratto. Sul punto, chiaramente, R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 185; nonché SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., pp. 83; 85; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 362, il quale ricorda che questo eventuale risarcimento presuppone comunque la colpa del venditore.

⁹ In giurisprudenza, apertamente, con riferimento all'evizione, Cass. civ., 18 ottobre 2005, n. 20165, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Vendita*, n. 59: «gli effetti della garanzia per evizione, che sanziona l'inadempimento da parte del venditore dell'obbligazione di cui all'art. 1476 c.c., conseguono al mero fatto obiettivo della perdita del diritto acquistato e, quindi, indipendentemente dalla colpa del venditore e dalla stessa conoscenza da parte del compratore della possibile causa della futura evizione, in quanto detta perdita comporta l'alterazione del sinallagma contrattuale e la conseguente necessità di porvi rimedio con il ripristino della situazione economica del compratore quale era prima dell'acquisto»; Cass. civ., 9 marzo 1988, n. 2369, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2285 e ss., con ulteriori richiami.

restituzione del prezzo e gli ulteriori rimborsi¹⁰) sarebbero a disposizione del compratore *indipendentemente* dall'inadempimento altrui.

Certo, si può parlare di inadempimento della *prestazione traslativa*, di inadempimento dell'obbligazione derivante dall'art. 1476 (come si legge in giurisprudenza¹¹), di una responsabilità per inadempimento del venditore «poiché è inetto ad eseguire l'impegno assunto»¹², ma queste formule sembrano cogliere solo un lato della questione¹³. Già un'antica dottrina avvertiva che «è uso assai comune parlare di inadempimento riguardo alla vendita di cosa altrui, all'evizione, ecc., mentre non si tratta di inadempimento di obbligazioni, ma di una *violazione immediata* dei diritti dell'altro contraente, ignaro della vera situazione»¹⁴. La prospettiva dell'inadempimento non può infatti trascurare che nell'ipotesi in cui taluno, al di fuori di una vendita *obbligatoria*, venda ad altri una cosa che questi crede¹⁵ appartenere al proprio venditore vi è qualcosa di *più*, ancor prima che di diverso, di un'obbligazione inadempita. Vi è un'*unilaterale* alterazione dell'effetto traslativo; un fatto, le cui radici si collocano temporalmente prima della conclusione del contratto, che rende imperfetto (ma pur sempre perfettibile, almeno fino all'evizione) quell'effetto essenziale e peculiare della vendita immediatamente traslativa che è la trasmissione del diritto di proprietà a norma dell'art. 1376. Scambio del diritto contro prezzo, ove la dazione del secondo è giustificata in quanto il primo effettivamente sussista nella sfera giuridica del titolare nel momento stesso in cui avviene lo scambio.

Il diritto positivo attribuisce allora al compratore che scopra l'alienità della cosa acquistata, il potere di reagire *illico et immediate* all'anomalia del negozio impedendo che esso realizzi un arricchimento ingiustificato del venditore. Il Codice del 1865 chiamava

¹⁰ Di risoluzione quale «mezzo necessario per il conseguimento, da parte del compratore, dell'interesse contrattuale negativo» parla L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui*, cit., p. 285, secondo cui «l'azione di risoluzione (ex art. 1479 NdR) si giustifica non, come d'ordinario, sulla base dell'inadempimento della controparte, quale reazione alla rottura del sinallagma, bensì sulla base di un illecito precontrattuale, eccezionalmente rilevante sotto un profilo meramente obbiettivo».

¹¹ Oltre alle sentenze citate alla n. 9, v. Cass. civ., 19 marzo 2015, n. 5561, in *Diritto e Giustizia*, 2015, con nota di D. Achille.

¹² C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 665, che più di altri ha inquadrato la disciplina della vendita di cosa altrui e dell'evizione nella prospettiva dell'inadempimento.

¹³ Lucidamente, a proposito di «evizione e inadempimento», A. DE MARTINI, *Evizione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960, p. 1054 e ss., ma meno con riferimento alla pretesa assenza di riferimenti alla risoluzione nella disciplina dell'evizione (totale), su cui si commenterà *infra* nel testo.

¹⁴ Così, R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 165, n. 1, corsivo dell'A. Per i riff. alla dottrina più remota che soleva già impostare il problema dell'evizione nella prospettiva dell'inadempimento, v. A. DE MARTINI, *Evizione*, cit., p. 1055. L'improprietà di questa tendenza è rimarcata anche da D. BARBERO, *Sistema*, II, cit., pp. 281-282, che, con riguardo all'evizione, parla di «illegittima negoziazione», ribadendo che «l'evizione di per sé non congloba l'inadempimento».

¹⁵ Per Cass. civ., 17 luglio 1967, n. 1809, in *Giust. civ. Mass.*, 1967, p. 952, «ai fini della responsabilità del venditore nel rapporto di compravendita è irrilevante che l'acquirente sia stato in grado di conoscere, mediante l'esame dei registri immobiliari, l'esistenza di trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli, quando il venditore abbia affermato, contrariamente al vero, l'inesistenza di diritti altrui e di oneri sulla cosa alienata». Già Cass. civ., 15 dicembre 1962, n. 3372, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1220, aveva statuito che l'art. 1479 «ai fini della «buona fede» del compratore, richiede solo l'ignoranza (dell'alienità della cosa) ossia la mancanza di conoscenza in linea di fatto».

questo mezzo di reazione *nullità* (art. 1459¹⁶), ma la dottrina correttamente la riteneva un'ipotesi di *annullabilità*, in ragione della legittimazione relativa e della riconosciuta possibilità di un successivo perfezionamento mediante *convalida* a seguito dell'acquisto successivo dell'alienante¹⁷. Il Codice del '42, seguendo l'esempio del Codice di commercio¹⁸, ha optato per la *validità* della vendita di cosa altrui anche nell'ipotesi di «malafede» del compratore e ha chiamato il mezzo di reazione del compratore di buona fede *risoluzione*, con maggiore precisione di linguaggio – perché si ha riguardo a una vicenda del rapporto e non dell'atto – e coerentemente con una tassonomia che intende la risoluzione come causa di eliminazione successiva della vicenda negoziale ad iniziativa dell'interessato (v. *retro*, cap. I).

Si tratta di *nomi*, alternativamente scelti dal legislatore - «dinanzi al problema del trattamento da fare al difetto di un presupposto del negozio, la legge non è vincolata a schemi concettuali prestabiliti, e può adottare la soluzione che appare più opportuna, cioè meglio rispondente alla contingente valutazione comparativa degli interessi in conflitto»¹⁹ - su cui frequentemente si dibatteva nel vigore del vecchio Codice²⁰. A ben vedere, in un'ipotesi come questa, si attaglierebbe comodamente il nome *impugnabilità*, avendosi qui una situazione di *temporanea* efficacia eliminabile per iniziativa dell'interessato o per l'intervenuto acquisto del venditore, una categoria capace, come si è visto, di evocare situazioni in cui il confine fra annullabilità e risolubilità appare piuttosto attenuato²¹.

¹⁶ Il quale così recitava: «La vendita della cosa altrui è nulla: essa può dar luogo al risarcimento dei danni, se il compratore ignorava che la cosa era d'altri. La nullità stabilita da questo articolo non si può mai opporre dal venditore».

¹⁷ Avvenuto anche «in pendenza del giudizio promosso dal compratore per ottenere l'annullamento del contratto». Così, Cass. civ., Sez. un., 26 marzo 1936, n. 1047, in *Foro it.*, 1936, I, c. 425, nonché in *Ann. giur. comp. dir. civ.*, 1939, II, p. 309, con nota di L. Cariota Ferrara.

¹⁸ L'art. 59 del Codice di commercio così si esprimeva: «La vendita commerciale della cosa altrui è valida. Essa obbliga il venditore a farne l'acquisto e la consegna al compratore, sotto pena del risarcimento dei danni».

¹⁹ Così, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 216.

²⁰ Se per L. CARIOTA FERRARA, *Sulla convalida della vendita di cosa altrui in caso di acquisto della cosa da parte del venditore*, in *Giur. comp. dir. civ.*, 1939, II, p. 311, «sarebbe stato più opportuno, e più logico servirsi di un altro mezzo: la risoluzione per inadempimento. Ma la legge ha preferito l'annullamento» (v. però *infra* nel testo la denominazione successivamente impiegata dall'A.), per F. FERRARA (*senior*), *I negozi sul patrimonio altrui. A proposito di una recente pubblicazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, p. 193, «la vendita di cosa altrui è una vendita vuota di contenuto attuale e perciò nulla, ma poiché l'acquisto della proprietà è cosa che interessa solo il compratore, e non il venditore, e d'altra parte questo acquisto di proprietà può verificarsi in futuro, è lasciato in balia del compratore di agire per la nullità subito o di contentarsi di questo contratto valido solo dal lato obbligatorio, ma potenzialmente capace d'avere anche effetti reali in futuro» (corsivi dell'A.). Ancora, secondo N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, Napoli, 1924, p. 154, si avrebbe invece «rescindibilità di un contratto valido in sé, ma che per una circostanza estrinseca alla sua validità reca danno a uno dei contraenti; sicché l'azione data al compratore non è altro che l'azione di rescissione per la possibile evizione futura». Idea quest'ultima da respingere sotto il vecchio Codice civile, ove la vendita di cosa altrui era letteralmente *invalida*, ma tutt'altro che peregrina (ancora una volta, malgrado i nomi) nel sistema vigente.

²¹ Dell'annullabilità quale «figura d'invalidità che più si avvicina alla inefficacia sopravveniente dietro reazione dell'interessato, tanto che qualche volta, nel trattamento delle anomalie del negozio, essa viene sostituita – per l'opportunità di una migliore tutela degli interessi in giuoco – dalla sanzione affine della risolubilità (così, per il difetto di legittimazione, che si ha nella vendita di cosa altrui: artt. 1479, 1480 cod. civ.)», discorre E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 476. Anche in V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 881, si dice che in questi casi «la risoluzione si lega a difetti del contratto che non sono sopravvenuti, bensì già presenti al tempo della conclusione. E allora non sorprende che la qualificazione e il trattamento di questi casi talora sconfinino nell'area dell'invalidità (annullabilità), per le interferenze e sovrapposizioni con la materia dei vizi

Ciò che rileva è, infatti, che al compratore sia offerto il mezzo per *rendere inefficace* la vendita da lui conclusa e recuperare il prezzo versato (oltre alle spese sostenute in ragione dell'affidamento sul contratto), se pagato, o, in caso contrario, per liberarsi prontamente dall'obbligo del suo versamento, al fine di evitare *in via preventiva* quell'ingiustificato arricchimento a vantaggio del venditore, che diventerebbe definitivo con l'evizione. L'ordinamento sceglie di *anticipare la tutela* che costituisce il contenuto della garanzia per evizione – nesso reso palese dal richiamo degli artt. 1483 e 1484 agli artt. 1479 e 1480 – al momento immediatamente successivo alla conclusione del contratto da parte del compratore di buona fede, purché nelle more non sopravvenga l'acquisto dell'alienante, così come sempre in via preventiva ammette la sospensione del pagamento del prezzo in caso di pericolo di rivendica ai sensi dell'art. 1481. L'evizione consuma un'alterazione del rapporto che nella fattispecie regolata dall'art. 1479 è ancora soltanto potenziale, ma il fondamento dei due istituti è il medesimo²²: la fattispecie del 1479 offre un *quid pluris* di tutela al compratore, cui viene consentito, ancor prima di aver subito l'evizione, di essere posto nelle condizioni giuridico-patrimoniali antecedenti alla conclusione della vendita, come se mai la avesse conclusa²³.

della volontà». In senso critico, L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui*, cit., pp. 279-280. È significativo che, nonostante sotto il vecchio Codice *de iure condendo* postulasse un esplicito riferimento alla risoluzione per inadempimento, successivamente, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 392, n. 17; p. 373, n. 7, preferisca riferirsi alla tutela di cui all'art. 1479 quale ragione di *impugnabilità* sotto specie di *risolubilità*. Per SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 82, «in ogni caso di sorpresa della buona fede del compratore in merito all'appartenenza della *res*, si cumulano le considerazioni di un errore e della mala fede del venditore (semplice regola perché non sono da escludere casi di buona fede). Il risultato è il ricorso ad un tipo di azione, come quella di risoluzione, che mutua i suoi caratteri da una maggiore valutazione del comportamento dal lato effetti (inadempimento ad es.) che non dal lato cause (vizi del consenso ad es.)».

²² Ampiamente, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 361; 629 e ss.; 647 e ss.; 706 e ss.; R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., pp. 167; 169; 233; 242-244; E. RUSSO, *Della vendita. Disposizioni generali. Delle obbligazioni del venditore. Artt. 1471-1482*, nel *Commentario Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2013, p. 188 e ss. Di «rimedi preventivi» discorre anche M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, III ed., Milano, 1975, pp. 68-69. In giurisprudenza, particolarmente perspicua è Cass. civ., 25 luglio 1977, n. 3306, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2164, con nota di F. Pietrosanti, che ha ritenuto sostanzialmente coincidente la domanda di risoluzione *ex art. 1479* con quella di restituzione del prezzo *ex art. 1483*, sicché la qualificazione del giudice nei termini della prima a fronte della formale proposizione della seconda non integra un vizio di extrapetizione, dal momento che il «fondamento è, in entrambi i casi, il mancato trasferimento del diritto come effetto immediato del consenso, di un diritto, cioè, esente, da vincoli di espropriabilità. Talché, più che di due diverse ipotesi, si tratta di due successive fasi cronologiche della medesima ipotesi (mancato trasferimento del diritto per questo appartiene ad altri), rispettivamente prima e dopo l'evizione». Partic. interessante, in giurisprudenza, è Trib. Potenza, 16 gennaio 1966, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1966, p. 328 e ss., che accoglie la domanda proposta dai compratori di un complesso di case dirute risultanti di proprietà altrui nei confronti del venditore, con la quale erano state chieste la restituzione del prezzo e le spese conseguenti, in ragione del «difetto funzionale (sopravvenuto) della causa, divenuto effettivo dopo l'evizione, mentre prima era solo potenziale. E se anche il contratto, in precedenza, era pienamente valido ed efficace, tra le parti, per cui non può parlarsi di sua nullità, come sostengono gli attori, tuttavia per effetto della garanzia per evizione, il contratto è da dichiararsi risolto (e gli attori hanno appunto richiesto tale pronuncia), non avendo esso più ragione di esistere ancora giuridicamente, per il venir meno del sinallagma funzionale»; dove il difetto funzionale «potenziale» è da intendersi riferito alla fattispecie considerata dall'art. 1479.

²³ L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui*, cit., p. 284, vede in questo potere di risolubilità «un effetto sanzionatorio dell'illecito (obbiettivo) *in contrahendo*, commesso dal venditore, accanto e come *prius* logico della sanzione del risarcimento del danno», ove quest'ultimo si compone delle voci di interesse negativo cui fa espresso riferimento l'art. 1479. Ma la «responsabilità» cui allude questa norma presuppone che un contratto (valido) ci sia; inoltre il suo regime varia a seconda del fatto che il compratore conoscesse o meno

3. La natura della risoluzione nella vendita di cosa altrui e nell'evizione

La comune funzione della risoluzione *ex art.* 1479 e della garanzia per evizione – evitare che da prestazioni traslative imperfette conseguano spostamenti di ricchezza ingiustificati – distinguendosi i due istituti per il *momento* in cui questo scopo può essere perseguito, fornisce indicazioni preziose sulla natura e sui fini della risoluzione, anche al di là della disciplina della vendita, mentre, all'interno di questa, consente di superare un'apparente incongruenza normativa. Si è notato, infatti, che le disposizioni sull'evizione, nonostante i vari rinvii, tacciono sulla facoltà di ottenere la risoluzione del contratto, come se essa fosse esclusa dal novero degli effetti che il compratore evitto può attivare a seguito del fatto evizionale²⁴.

Ma non c'è alcuna dimenticanza o lacuna. La *risoluzione* della vendita, o meglio il suo effetto, la sua sostanza, indipendentemente dai nomi impiegati, è nel contenuto stesso della garanzia per evizione: non c'è necessità di *sancire* normativamente un diritto alla risoluzione perché questo prende forma e si realizza nel momento stesso in cui si verificano le conseguenze giuridiche derivanti dall'evizione. Il bisogno c'è, e la legge ha scelto di soddisfarlo, nella fase *anteriore* all'evizione, ove altrimenti il compratore di buona fede, una volta scoperta l'alienità della cosa che credeva avere efficacemente acquistato, sarebbe condannato ad *aspettare* il consumarsi dell'evizione o a confidare nell'eventualità che il venditore *medio tempore* diventi *proprietario* della cosa, potendo semmai reagire all'inadempimento di costui a norma dell'art. 1478 (e senza poter ricorrere all'azione di esatto adempimento stante l'incoercibilità della prestazione²⁵).

Con l'evizione, invece, si consuma un'alterazione del sinallagma (pressoché) definitiva e irreversibile²⁶, a cui, in assenza di riferimenti normativi ad altre tutele di stampo

l'alienità della cosa, senza peraltro avere rilevanza l'eventuale colpevolezza dell'ignoranza (v. *supra* n. 15), come invece vuole la responsabilità *in contrahendo* di cui all'art. 1338 e, inoltre, indipendentemente dall'adempimento da parte del venditore di doveri informativi.

²⁴ Il rilievo è di A. DE MARTINI, *Evizione*, cit., pp. 1056-1057, che lo supera ragionando *a fortiori*, muovendo dalla disciplina dell'evizione parziale, ove l'art. 1484 fa rinvio «alle disposizioni dell'art. 1480», nelle quali la risoluzione è espressamente contemplata.

²⁵ Per Cass. civ., 24 agosto 1994, n. 7500, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 1103, integralmente in *De Jure*, «è inammissibile per difetto di interesse la domanda volta ad ottenere la condanna del venditore (o del promittente venditore) di una cosa determinata di proprietà altrui all'adempimento dell'obbligazione di procurarne l'acquisto al compratore (o promissario acquirente) trattandosi di una obbligazione di fare infungibile, non suscettibile di esecuzione coatta in forma specifica. Del pari è inammissibile l'ulteriore domanda proposta nello stesso giudizio di risarcimento dei danni da ritardato adempimento dell'obbligazione anzidetta, presupponendo essa l'accoglimento della domanda principale». V. anche App. Genova, 1 giugno 1960, in *Foro it.*, 1961, I, c. 690, in motivazione, decisione esaminata approfonditamente *infra* nel testo. Il presupposto è che si ragioni sempre, come qui, di vendita di cosa *determinata*.

²⁶ «Pressoché» perché dopo l'evizione il compratore potrebbe comunque recuperare la proprietà della cosa altrui alienatagli, in ipotesi del tutto particolari (come quella dell'aggiudicazione al venditore della cosa forzatamente espropriata al terzo proprietario), su cui si sofferma D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 717-718. Si veda anche C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 788-790, con riferimenti giurisprudenziali, nonché E. RUSSO, *Della vendita*, cit., p. 235 e ss., con riguardo alle medesime fattispecie ma osservate dal lato del compratore che intenda difendersi dall'evizione (o meglio, dalla rivendica) del proprietario; situazioni in cui, peraltro,

conservativo (modifica del contratto, riduzione del prezzo, etc.), e salvo il distinto profilo risarcitorio, può reagire la sola *risoluzione* del rapporto, e cioè il suo *scioglimento*.

Sono molte, d'altronde, le decisioni che ricorrono a una formula molto evocativa quale è quella del difetto di *sinallagma funzionale* in presenza di una fattispecie di evizione²⁷. Se essa

ricorrerebbero casi di «fatto proprio» del venditore, sempre protetti dalla garanzia per evizione ai sensi dell'art. 1487, co. 2.

²⁷ V., tra le tante, Cass. civ., 10 ottobre 2011, n. 20877, in *Riv. nel diritto*, 2011, p. 1605, con nota di G. Guida; Cass. civ., 23 novembre 2007, n. 24448, in *De Jure*; Cass. civ., 15 febbraio 1990, n. 1140, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1230, con nota di R. Triola; Cass. civ., 6 novembre 1986, n. 6491, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 3, p. 1823. In dottrina, vi ricorre F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1973, p. 185, il quale, com'è noto, fonda anche la risoluzione per inadempimento sul sopravvenuto difetto della causa, ma tenendo comunque concettualmente distinta l'ipotesi dell'evizione, ragionando in ordine ad essa di un «impedimento all'efficacia reale, sulla quale il compratore abbia fatto affidamento». L'idea, nella sostanza, ricorreva già nella dottrina francese più antica (v. *infra*). L'opinione è giudicata esatta da D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 360, n. 22; 363, e da A. DE MARTINI, *Evizione*, cit., pp. 1055 e ss., 1065 e ss. che la fa propria e sviluppa, e, parrebbe, anche da SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 75, che ragiona, a proposito dell'art. 1479, di una risoluzione fondata «su elementi obiettivi», ma v. *ivi*, p. 83 e ss. per l'idea che il fondamento dell'azione ex art. 1479 riposerebbe sulla frustrazione di un legittimo affidamento di buona fede. Lo stesso Autore, però, trattando dell'evizione, esprime una opinione molto originale (*ivi*, pp. 219-220), giacché la considera «non sotto l'angolo visuale dell'adempimento ma in relazione ad un momento precedente, in quanto mancano i presupposti per l'esercizio del potere negoziale, con la conseguenza di una nullità radicale; di risoluzione potrà parlarsi in ordine a quella parte del contratto non toccata dalla nullità, cioè in caso di evizione parziale o di oneri non dichiarati, come potere del compratore di mantenere o meno il contratto in vita per la parte valida». Nella direzione della *causa*, sia pure muovendo da premesse concettuali distinte, anche R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., partic., p. 193: «la vendita (odierna) è diretta al trasferimento della proprietà nel compratore, e (...) perciò, se manca questo essenziale effetto, il prezzo si ha come sborsato *sine causa*, senza riguardo allo stato in cui la cosa si trovi attualmente: ritenere il prezzo, senz'aver prestato il *vero corrispettivo* di esso, costituirebbe un indebito lucro per il venditore, un arricchimento senza causa» (corsivi dell'A.). Da segnalare, nella più vecchia dottrina italiana, F. BIANCHI, *Garanzia di evizione nelle espropriazioni forzate*, in *Studi senesi*, 1887, vol. IV, fasc. I, p. 10 e ss., secondo cui «la base prima dell'obbligo di garanzia, sta nel principio di corresponsività, una delle manifestazioni della giustizia commutativa. L'acquirente che riceve una cosa a titolo oneroso ha, perciò solo, diritto di esigere che la cosa sia veramente quale gli fu ceduta, presenti cioè quel complesso di qualità e quantità che ne determinarono il valore; senza di ciò il prezzo e il corrispettivo che egli ha dato per la cosa, si trova (in tutto o in parte) pagato *sine causa*». Questo, parimenti, l'insegnamento di F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, vol. XXIV, trad. it., Napoli, 1885, n. 234, p. 180: «il compratore s'obbliga a pagare il prezzo per acquistare la proprietà della cosa, che il venditore s'obbliga a trasmettergli. Se il venditore non gli trasmette la proprietà, l'obbligo del compratore di pagare il prezzo non ha più causa; dunque, se lo ha pagato ed è evitto, il venditore non ha più nessun diritto al prezzo e lo riterrebbe senza causa. È dunque perché ha pagato il prezzo senza causa che il compratore lo ripete contro il venditore; e costui deve restituirlo perché non ha nessun motivo legale per ritenerlo». Concettualmente distinta, con specifico riguardo alla nozione di garanzia, la posizione di G. GORLA, *La compravendita*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1937, p. 89, secondo cui quella contro l'evizione è una *supergaranzia*, che non corrisponde né a una fattispecie di inadempimento né a una di responsabilità. «Il venditore è obbligato a procurare la proprietà: ma sussiste il pericolo del fatto materiale della evizione, della perdita del possesso per effetto della posizione giuridica di un terzo riconosciuta superiore. Se questo evento dannoso si verifica, certo il venditore risponde anzitutto della sua inadempienza, ma potrebbero sorgere questioni sulla esistenza di questa o sulla sua misura: di più, vi sono danni che non sarebbero risarcibili o lo sarebbero soltanto in caso di dolo, secondo i principii comuni sull'inadempimento. Il compratore vuol essere garantito in ogni caso e pienamente; vuole avere, per così dire, una supertutela, oltre quella che gli deriva dalle sanzioni per l'inadempienza. Ed allora si garantisce anche contro l'evizione per tutti, tutti i danni che ne possono derivare». Sulla base di questa premessa, l'A., il quale scrive sotto la vigenza del Codice del 1865, conclude (*ivi*, pp. 95-96) che «l'inadempienza può importare risoluzione ex art. 1165 o 1459 o *exceptio inad. contractus*; la garanzia no. Il contratto resta: più che risoluzione si potrà avere, e non sempre, restituzione in pristino, o così detto arresto definitivo»; sicché – prosegue (*ivi*, p. 107) – il prezzo, in conseguenza dell'evizione, «è dovuto come parte dell'indennità garantita, non perché il prezzo sia *sine causa*, non cioè per una risoluzione che postulerebbe il concetto di restituzione in pristino, per cui al compratore dovrebbero addebitarsi i deterioramenti». *Contra*, per il significato con cui Gorla intende la

è impropria e poco persuasiva con riguardo al fondamento della risoluzione per inadempimento, lo è meno ed assume un significato non trascurabile nel caso di evizione e, quindi, di vendita di cosa (determinata) altrui. La risoluzione del contratto concluso fra venditore (di cosa altrui) e il suo compratore rappresenta uno degli effetti propri della garanzia legale per evizione *totale*²⁸, la quale comporta *inderogabilmente* (art. 1488, co. 1) la *restituzione del prezzo* pagato dall'acquirente all'alienante²⁹, salvo il caso di vendita convenuta a rischio e pericolo del compratore (su cui si dirà tra poco). Nel domandare la restituzione del prezzo, il compratore domanda perciò implicitamente la risoluzione del contratto, da ritenersi in essa *compresa*.

Non sembra tuttavia opportuno pensare ad una rilevabilità d'ufficio della risoluzione per evizione, analogamente a quanto si è sostenuto con riguardo alla risolubilità per impossibilità sopravvenuta della prestazione³⁰. Se si considerano quelle ipotesi (*amplius* più avanti) non totalmente irrealistiche, in cui *nonostante* e pur *dopo* l'evizione, il venditore si trovi ad essere proprietario della cosa sì da trasmetterla *ipso facto* al compratore – sono i casi di c.d. *legitimitatio superveniens* – al quale competerebbero nel caso un'azione di accertamento o di adempimento in forma specifica, si comprende che ciò non potrebbe avvenire sul piano giuridico se anteriormente fosse stata attivata la garanzia per evizione³¹, o, più precisamente, se la risoluzione, o anche solo la restituzione del prezzo³², fossero già state chieste: meglio dunque lasciare l'iniziativa alla parte interessata ed escludere la rilevabilità d'ufficio della risoluzione *per evizione*.

3.1 Segue. Risoluzione e risarcimento nel contesto dell'evizione: qualche spunto a partire da una sentenza

La risoluzione deve essere chiesta dal compratore (può però ritenersi sufficiente la domanda di restituzione del prezzo)³³ e non è automatica. Tuttavia, la soluzione secondo

garanzia, D. BARBERO, *Sistema*, II, cit., p. 281, spec. n. 6, ad avviso del quale esso muove da presupposti «suoi personali, che non sono certamente di patrimonio comune».

²⁸ Evizione totale, e cioè evizione rivendicataria, espropriatoria o risolutiva, secondo la tipologia di D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 649-650.

²⁹ Puntualmente, D. RUBINO, *Op. ult. cit.*, p. 644, nonché Cass. civ., 25 luglio 1977, n. 3306, cit., cc. 2167-2168.

³⁰ Così da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 222, ma *contra* V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 936, ad avviso del quale la risoluzione per impossibilità sopravvenuta «opera di diritto, senza bisogno di un atto di parte né di provvedimento del giudice» ma è «rilevabile a istanza di parte, non d'ufficio». Sul punto la giurisprudenza è incerta.

³¹ Correttamente osservano P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita. Artt. 1470-1547*, nel *Commentario Scialoja – Branca*, II ed., Bologna – Roma, 1981, p. 202 e n. 4, che se la garanzia è stata messa in moto, essa implica «la risoluzione del contratto, con la restituzione del prezzo ed il risarcimento». Anche per C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 790, «il diritto del compratore alla reintegrazione dell'acquisto viene meno se nel frattempo il contratto sia stato risolto, estinguendo in tal modo l'impegno di alienazione del diritto». In argomento, v. anche G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, nel *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, t. 3, Torino, 1968, pp. 74-75.

³² Conf. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 718, che vede inoltre nella restituzione del prezzo ottenuta stragiudizialmente un'ipotesi di risoluzione per mutuo consenso.

³³ Si vedono poco oltre nel testo le ragioni per cui il compratore potrebbe guardarsi dal domandare la risoluzione e/o la restituzione del prezzo.

cui il compratore potrebbe esercitare la garanzia per evizione totale (che non richiede la «colpa» del venditore), limitandosi a domandare il *solo* risarcimento del danno *in alternativa* alla risoluzione del contratto³⁴ va riconsiderata.

La pur importante decisione di legittimità adottata a sostegno di questa tesi³⁵, per quanto ricca di spunti, è meno netta di quanto non si affermi. Il caso: viene venduto un appartamento realizzato dal venditore attraverso la sopraelevazione di uno stabile, in difetto della prescritta autorizzazione del Comune, che ha emesso al riguardo, sette anni prima della vendita, un ordine di demolizione mai eseguito. Scoperta la reale situazione, il compratore – che nel frattempo ha preso ad abitare l'immobile e non ha alcun interesse a retrocederlo – conviene in giudizio il venditore chiedendone la condanna alla regolarizzazione edilizia e al risarcimento dei danni sofferti.

In primo grado, il Tribunale – ritenuta configurabile una vendita di *aliud pro alio* assoggettata alla disciplina generale dell'inadempimento *ex art. 1453* – condanna l'alienante «a regolarizzare e normalizzare la costruzione stessa a proprio carico e spese, manlevando la parte attrice da tutti gli oneri imposti od imponendi sull'immobile oggetto della vendita» e pronuncia anche condanna provvisoria al risarcimento dei danni, conseguenti all'accertato *inadempimento* del convenuto. Significativamente (si legge nella requisitoria del P.M. in Cassazione), il Tribunale precisa che «ove poi l'adempimento di che trattasi fosse risultato impossibile, in quanto dipendente da un potere della pubblica amministrazione e si fosse dato corso all'ordinanza di demolizione, restava salva alla parte attrice l'azione di nullità o di risoluzione del contratto per inadempimento o per evizione» (si noti l'equivalenza «nullità»/«risoluzione»).

Correttamente la Corte d'Appello di Genova³⁶ ritiene che l'adempimento in forma specifica non potesse essere domandato, trattandosi di una prestazione di *facere* infungibile: questo punto viene specificamente confermato dalla Cassazione, ad avviso della quale, oltre a non potersi conseguire un adempimento in forma specifica, trattandosi di attività rimessa alla discrezionalità incoercibile dell'autorità amministrativa, una detta domanda avrebbe potuto in ipotesi proporsi soltanto nei confronti del proprietario dell'immobile, ossia... l'attore stesso, in ragione della effettiva trasmissione del diritto al compratore, mai messa in discussione. La sentenza d'appello riforma poi integralmente la decisione del Tribunale escludendo l'*aliud pro alio* ed invocando l'applicabilità delle sole garanzie per la vendita, quale disciplina *speciale* che prescinde dalla colpa del venditore e soppianta *in toto* il regime generale dell'inadempimento: in questo sistema, prosegue la Corte d'Appello, il compratore può domandare *soltanto* la risoluzione o la riduzione del prezzo, nonché i relativi rimborsi, ma mai l'adempimento in forma specifica. «Vero è che la garanzia opera indipendentemente dalla colpa, ma ciò non vuol dire che là dove questa sussista, si abbia una diversa qualifica giuridica dell'azione: in tale ipotesi, si avrà soltanto un accrescimento del contenuto della

³⁴ Il rif. è a C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 778, n. 7, conf. anche nella II ed. del volume (ID., *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, p. 866).

³⁵ Cass. civ., 23 maggio 1962, n. 1193, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1949, ma anche in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 997 e ss., dove è stato anche pubblicato il resoconto stenografico della requisitoria pronunciata dal P.M. C. GENTILE (*ivi*, pp. 997-1004).

³⁶ App. Genova, 1 giugno 1960, cit., *supra* in nota.

responsabilità che grava sul venditore, il quale, per l'effetto, sarà tenuto non soltanto ai rimborsi, ma anche al risarcimento dei danni causati». Questo è l'argomento centrale del giudice di appello, il quale prospetta (ma non sviluppa) la configurabilità nel caso concreto di un'ipotesi di *evizione*³⁷.

Su questo passaggio si concentra la *reformatio* della Corte di Cassazione, il cui ragionamento risulta facilmente ricostruibile grazie alle conclusioni del Sostituto procuratore generale pubblicate insieme alla decisione.

Essa, infatti, da una parte conferma l'impossibilità di ricorrere ad una domanda di adempimento in forma specifica - e così supera la questione dell'*aliud pro alio* che rimane assorbita - dall'altra, però, esclude che questa impossibilità precludesse la proponibilità di una domanda di risarcimento.

Tuttavia, va sottolineato, la proponibilità della domanda risarcitoria in alternativa a quella di risoluzione viene fondata sul presupposto più volte espresso che *non si abbia*, come appunto nel caso esaminato, un'ipotesi di *evizione totale*. Al di là di una discutibile considerazione del P.M. - secondo cui l'art. 1483 non farebbe riferimento alla risoluzione del contratto perché non vi sarebbe motivo per chiederla «se la prestazione del venditore è rimasta totalmente inadempita e non si pone un problema di responsabilità per colpa»³⁸ - tutte le ipotesi cui questi si riferisce *ad exemplum* per sostenere la proponibilità di una domanda risarcitoria *indipendente* dalla risoluzione del contratto sono fattispecie affatto *diverse* dall'*evizione totale*: art. 1480 («Vendita di cosa parzialmente di altri»), ove in talune circostanze il compratore può chiedere la sola riduzione del prezzo e il risarcimento del danno; art. 1484 («Evizione parziale»), che rinvia alla disciplina di cui all'art. 1480; art. 1489 («Cosa gravata da oneri o da diritti di godimento di terzi»), ove vi è un esplicito rinvio alla norma fondamentale di cui all'art. 1480.

In tutti questi casi, com'è evidente, la risoluzione dell'*intero* contratto può essere sostituita da una domanda di riduzione del prezzo e/o di risarcimento del danno perché il compratore può avere interesse a mantenere la proprietà della cosa al netto della parte altrui (artt. 1480 e 1484) o dei pesi ed oneri che *diminuiscono* il godimento della cosa venduta senza averlo reso *totalmente impossibile*, come invece si avrebbe in casi di *evizione totale*.

Se così è, riaggiustato il rapporto sotto il profilo del corrispettivo ed assicurato il risarcimento dei danni sofferti, non vi è interesse del compratore a domandare la risoluzione dell'*intero* contratto o, il che è lo stesso, la restituzione dell'*intero* prezzo pagato. E il risarcimento del danno può rappresentare una tutela sufficiente (ma proprio perché non c'è stata *evizione totale*). Esattamente come nella fattispecie considerata dalla sentenza, ove, scrive il P.M. nella sua requisitoria, vi è la «impossibilità di applicare le norme sull'*evizione totale*, come invece ritenuto dai giudici di appello: invero, finché la disposta demolizione

³⁷ Altrettanto correttamente la Corte d'Appello segnala l'incongruità della decisione di primo grado nella parte in cui, come si è detto, riserva all'attore la proponibilità di un'azione per nullità o di risoluzione per *evizione*: com'è possibile accertare un inadempimento (e condannare genericamente al risarcimento dei danni da esso derivanti), e al contempo prospettare l'invalidità del titolo su cui quella condanna si poggia?

³⁸ E come potrebbe allora il compratore ottenere la restituzione del prezzo, se pagato, o peggio, in caso di mancato suo pagamento, liberarsi dal relativo obbligo? Che la norma sull'*evizione*, pur non facendo espresso riferimento al rimedio risolutorio, lo dia per implicito non è revocabile in dubbio. V. per tutti C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 777.

non sarà attuata, la prestazione dovuta dal (venditore convenuto) risulterà adempiuta, salvi i riflessi di ordine negativo che derivano dalle accertate irregolarità (...). In una ipotesi così caratterizzata sembra invece applicabile la norma di cui all'art. 1489 citato, che disciplina la garanzia dovuta al compratore ove la cosa risulti gravata da oneri non apparenti che ne diminuiscano il libero godimento».

In questo caso si può allora prospettare una domanda risarcitoria alternativa a (o cumulativamente con) quella di riduzione del prezzo: poiché non si tratta di evizione *totale*, la disciplina di riferimento è quella dell'evizione parziale, o, meglio della vendita di cosa in parte altrui (art. 1480), conformemente alla quale la *riduzione* del prezzo può essere domandata al posto della risoluzione dell'intero contratto ogniqualvolta il compratore, per utilizzare il fraseggio dell'art. 1480, avrebbe comunque acquistato la cosa pur essendo a conoscenza degli oneri che la gravano. Dunque, lo si ribadisce, la domanda di risarcimento può essere *alternativa* a quella di risoluzione in tanto in quanto trovi applicazione la fattispecie di cui all'art. 1489 e *non* quella dell'art. 1483, il che, nella fattispecie esaminata, si sarebbe verificato nell'eventualità in cui l'ordine di demolizione avesse trovato concreta attuazione.

A questo ragionamento il P.M. e il Collegio aggiungono un'altra fondamentale ragione che rende improprio il riferimento a questa decisione per sostenere che, nella disciplina generale della garanzia per evizione, la domanda di risarcimento possa sempre sostituirsi a quella di risoluzione. Questo fatto decisivo è la presenza, nel caso analizzato, di una situazione di *inadempimento* imputabile³⁹.

La Cassazione supera pertanto l'assunto della Corte d'appello secondo cui la disciplina delle garanzie sia incompatibile con quella generale dell'inadempimento⁴⁰: tutt'al contrario

³⁹ Scrive al riguardo il P.M.: «la fondatezza della censura (alla sentenza d'appello per le ragioni sopra riportate, NdR), peraltro, diviene *del tutto incontestabile* ove si consideri che il risarcimento del danno è stato chiesto dal F. (compratore) *anche e specialmente* sul presupposto di una *colpa* del S. (venditore), in relazione alla irregolarità che inficiano l'immobile in contestazione. Accertata, per le considerazioni esposte in ordine ai primi motivi di ricorso, la applicabilità ai contratti di compravendita delle norme relative all'inadempimento dei contratti *sempreché risulti la colpa del venditore*, diviene evidente che il risarcimento dei danni può essere chiesto anche se non è stata proposta o non viene accolta la domanda di risoluzione o di adempimento (art. 1453 c.c.). L'errore di diritto nel quale sono incorsi i giudici di appello dà luogo, quindi, ad un grave vizio di motivazione, per non essere stato preso in esame il punto nel quale, in effetti, *si accentrava il presupposto della domanda di risarcimento: la colpa del S. (venditore)*. Né è vano ricordare che, su tal punto, i giudici di primo grado si erano pronunciati in senso pienamente favorevole al ricorrente» (sottolineature aggiunte).

⁴⁰ D'altronde lo ammette lo stesso art. 1479, qui non invocabile, con l'inciso, su cui già si è detto, «salvo il disposto dell'art. 1223». Sono molto interessanti le considerazioni del P.M. a proposito dei rapporti fra garanzie e tutela generale per inadempimento: «non è vano peraltro rilevare che, anche nella disciplina generale dei contratti, risulta prevista una analoga tutela del negozio giuridico per la ipotesi della impossibilità della prestazione non imputabile all'obbligato: se la impossibilità preesiste alla stipulazione del contratto è data l'azione di nullità; se è sopravvenuta sono dettate le norme di cui agli artt. 1463-1466. In entrambe le ipotesi la tutela concessa al creditore risulta assai più limitata rispetto a quella prevista per il caso di impossibilità dovuta a colpa dell'obbligato e, comunque, non dà adito all'azione per il risarcimento del danno. Ma non si è mai sostenuto che le norme, relative alla impossibilità non imputabile a colpa dell'obbligato, debbano considerarsi come derogatrici delle norme sulla responsabilità per colpa, sì da impedire in ogni caso la applicabilità dei principi generali in tema di inadempimento». Va rimarcato l'accostamento delle garanzie (evizione compresa) alla disciplina dell'impossibilità della prestazione (originaria e sopravvenuta) e alle tutele che da questi due sistemi conseguono. Il riferimento è particolarmente evocativo, come già si è accennato, anche con riguardo al fondamento e all'operatività della risoluzione.

lo è, nella misura in cui sussista una *colpa* del venditore⁴¹. Si comprende perciò che, al di là delle pur decisive considerazioni sull'evizione *parziale* e sull'applicabilità dell'art. 1489, il vero tema è dato dall'*inadempimento* del venditore in quanto comportamento *colposo*, e non dalla operatività della garanzia per evizione che da esso prescinde. L'attore ha infatti chiesto il risarcimento del danno *anche* («e specialmente», scrive il P.M.) in ragione di una *colpa* del venditore che sembrerebbe essere stata accertata dal Tribunale. Sicché il risarcimento in questione, a ben vedere, non è quello regolato dalle norme sull'evizione, di cui in questa vicenda si potrebbe anche fare a meno, ma quello della normale responsabilità contrattuale, nel cui regime non vi è alcun rapporto di dipendenza reciproca fra domanda di risoluzione e di risarcimento⁴².

Il piano su cui si colloca il principio di diritto affermato dalla Cassazione – «l'acquirente d'un immobile costruito senza le prescritte autorizzazioni della pubblica Amministrazione, che ne abbia ordinato la demolizione, può chiedere al venditore il risarcimento del danno anche se non domanda la risoluzione del contratto»⁴³ – è ben lontano da quello della pura (garanzia per) evizione cui si riferiscono le considerazioni finora svolte sul senso e sul fondamento della risoluzione (e sulla sua superabilità in via convenzionale, tra poco).

La «risolvibilità» della vendita in conseguenza dell'evizione era peraltro molto chiara alla dottrina francese più antica⁴⁴, ed emerge nitidamente nell'*obiter dictum* di un remoto

⁴¹ Si legge nella sentenza: «una limitazione, nel caso di evizione o di vizi *colposi*, dei rimedi apprestati in relazione ad ogni altra forma di *inadempimento colposo*, non troverebbe alcuna giustificazione e sarebbe anzi in contrasto con l'istituto della garanzia volta invece a rafforzare la tutela del compratore», corsivi aggiunti).

⁴² Posto che l'attore può domandare l'adempimento in forma specifica o la risoluzione (anche subordinatamente) «salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno» (art. 1453). Ovviamente, secondo la disciplina generale – il punto è implicito nel ragionamento della Corte – non essendo possibile (per le ragioni sopra viste) ottenere l'adempimento in forma specifica, la relativa domanda si converte in quella di risarcimento per l'equivalente. Nelle premesse, la Cassazione sembra rifarsi all'insegnamento di D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 646, secondo cui l'azione per esatto adempimento è ammissibile «quando vi è colpa del venditore, perché anche questo rimedio è consentito dalla legge, per i contratti in generale, nell'ipotesi di inadempimento colposo. Escluderlo sol perché non è previsto dalla garanzia quando manca una colpa del venditore, significherebbe estendere arbitrariamente la disciplina di questa ipotesi alla diversa ipotesi nella quale interviene invece quella colpa. Con la conseguenza che la garanzia, rimedio apprestato per una maggior tutela del compratore, in quanto lo protegge anche in mancanza di una colpa del venditore, si risolverebbe qui in un indebolimento della posizione del compratore, il quale si vedrebbe privato di un rimedio che negli altri contratti compete al creditore in caso di inadempimento colposo». Più immediato il richiamo esplicito a Cass. civ., 14 aprile 1961, n. 810, in *Giust. civ. Mass.*, 1961, II, p. 344, nonché in *Sett. Cass.*, 1961, I, p. 642, secondo cui: «in tema di compravendita, allorché l'inadempimento si ricolleggi ad una condotta colposa del venditore, l'azione generale di responsabilità per colpa ex art. 1453 c.c. diventa sostitutiva del rimedio speciale apprestato dagli art. 1483, 1484 e 1490 c.c. (garanzia per evizione e per vizi) che prescinde dalla colpa, poiché l'esercizio della detta azione di responsabilità rende possibile il conseguimento di tutte le pretese del compratore, ivi compresi anche quei rimborsi realizzabili in virtù dell'azione di garanzia. In siffatta eventualità il compratore può limitarsi a chiedere il semplice risarcimento del danno, costituito da qualsiasi pregiudizio economico subito per effetto della compravendita, e quindi anche quello concernente il minor valore obiettivo della cosa».

⁴³ Questa la massima ufficiale, anche in *Rep. Foro it.*, 1962, voce Vendita, n. 62.

⁴⁴ Già per J. DOMAT, *Lois civiles*, liv. I, tit. II, sect. X, n° 11, Paris, 1767: «Il y a des troubles qui de leur nature résolvent la vente, comme si l'acquéreur est évincé par le propriétaire; d'autres qui de leur nature peuvent ou résoudre, ou ne pas résoudre la vente, selon les circonstances. Ainsi, une éviction hypothécaire ne résout pas la vente si le vendeur ou l'acheteur acquittent la dette; mais si l'héritage est adjugé aux créanciers, la vente est résolue, et dans tous ces cas, soit que la vente subsiste, ou qu'elle soit résolue, le vendeur doit les dommages et intérêts selon l'effet du trouble» (corsivo aggiunto). Secondo R.J. POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, t. 1, trad. it., Venezia, 1834, n. 69, p. 64, «non avendo io contratto verso il mio venditore l'obbligo di pagargli il prezzo, se non in quanto ch'egli non mancherà al suo, e il mio venditore avendovi mancato per mancanza di

precedente italiano, secondo cui, quando il compratore subisce l'evizione totale o parziale della cosa per la quale non aveva ancora pagato il prezzo, «cessa rispettivamente in tutto o in parte l'obbligo del pagamento del prezzo, perché questo resterebbe senza causa (...). L'evizione totale o parziale produce soltanto lo scioglimento totale o parziale del contratto»⁴⁵.

In altri termini, l'evizione giustifica tanto la restituzione del prezzo *pagato* quanto il venir meno dell'obbligo di *pagarlo* (situazione più frequente in caso di «buona fede» del compratore), posto che non si può esigere ciò che si sarebbe costretti a restituire: la dinamica risolutoria è perciò assicurata su ogni lato.

4. L'inderogabilità della restituzione del prezzo (art. 1488, co. 1, c.c.): primi corollari

La «immanenza» dell'effetto risolutorio/restitutorio nell'evizione totale trova un'ulteriore solida base normativa nel testo dell'art. 1488, co. 1⁴⁶.

Nel regolare gli effetti dell'esclusione della garanzia per evizione si prevede che, se l'evizione ha luogo, «il compratore può pretendere dal venditore soltanto la restituzione del prezzo pagato e il rimborso delle spese». Scriveva Troplong che la restituzione del prezzo «est tellement étroite, qu'elle pèse sur le vendeur, alors même qu'il est dispensé de garantir. Combien, à plus fort raison, lorsqu'il a pris cette obligation à sa charge?»⁴⁷.

tradizione, o per non avermi egli difeso dall'evizione che ho sofferto, l'obbligo che io aveva contratto verso di lui di pagargli il prezzo, del pari che il diritto risultante a suo favore da questa obbligazione, si risolvono; il mio venditore da quel punto cessa di aver verun diritto al prezzo che io mi sono obbligato di pagargli; d'onde segue ch'esso non può esigerlo, e se fu pagato, egli non può ritenerlo, ed io posso ripeterlo in intero coll'azione personale che chiamasi *condictio sine causa*» (corsivi aggiunti). Ulteriori riferimenti in A. DE MARTINI, *Evizione*, cit., p. 1065 e n. 12.

⁴⁵ Così Cass. civ., Roma, 31 dicembre 1910, in *Giur. it.*, 1911, I, c. 163. Sulla base di questa premessa la Corte esclude che il compratore evitto prima del pagamento del prezzo possa pretendere dal venditore la restituzione dei frutti che quegli sia tenuto a rendere al rivendicante, diversamente dall'ipotesi in cui il compratore già avesse pagato il prezzo. Questa decisione si fa carico di quei rilievi critici sulla norma relativa alla restituzione dei frutti in caso di evizione (art. 1483, co. 2 nel Codice attuale) che avrebbe successivamente espresso anche D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 709-710, ed applica rigorosamente la *ratio* da lui in seguito arguita. Se la restituzione dei frutti da parte del venditore *senza colpa*, come la legge consente, potrebbe spiegarsi come «corrispettivo» per gli interessi maturati da lui maturati sul prezzo conseguito, qualora il prezzo non fosse stato pagato, la restituzione dei frutti non si spiegherebbe e non dovrebbe trovare applicazione. Tuttavia, D. RUBINO, *Op. ult. cit.*, p. 710, n. 91, giudica questa distinzione operata dalla Cassazione di Roma «contraria al preciso testo legislativo» (ma è probabile che sia stata considerata solo in massima ed è da tenere conto della diversa formulazione dell'art. 1483, co. 2 rispetto al vecchio art. 1486, che riproduceva, sostanzialmente, l'art. 1630 cod. civ. fr., ragion per cui l'A. definisce la restituzione dei frutti un'ipotesi di «risarcimento senza colpa»). Invece, P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 201, n. 4, seguono l'impostazione della sentenza qui riferita, senza citarla, giustificando la norma di cui all'art. 1483 cpv., «almeno nella sua *ratio* ispiratrice - se si considera, con la vecchia dottrina, che il prezzo di regola è già stato pagato ed i frutti fanno da contropartita al mancato godimento degli interessi». Orientato a ritenere che l'art. 1483, co. 2 si applichi al solo caso in cui il compratore abbia già pagato il prezzo è anche G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 73.

⁴⁶ Cfr. gli artt. 1485 del Codice civile del 1865 e 1629 del *Code* francese.

⁴⁷ R.T. TROPLONG, *De la vente, ou Commentarie du Titre VI du Livre III du Code Civil*, III ed., t. I, Paris, 1837, n. 487, p. 619.

Da questa norma possono ricavarsi interessanti corollari.

1) In primo luogo, quella che il Codice chiama «esclusione convenzionale della garanzia» per evizione (art. 1487) non è affatto una *esclusione* ma una mera *limitazione* della garanzia⁴⁸: le parti possono *diminuire* il *quantum* del *risarcimento* conseguente all'evizione (il risarcimento del maggior danno, che è poi il risarcimento conseguente non all'evizione ma all'inadempimento⁴⁹, e la restituzione dei frutti di cui all'art. 1483 cpv.⁵⁰) ma, sopravvenuta l'evizione, il venditore non può sfuggire alla restituzione del prezzo ricevuto (o alla perdita del diritto di riceverlo) e al rimborso delle spese sostenute dal compratore al momento della vendita.

2) Ciò significa, in secondo luogo, che le parti *non potrebbero convenire in anticipo l'esclusione della risoluzione del contratto* per il caso di evizione *totale* della cosa, nella misura in cui ciò impedisca al compratore evitto di ripetere il prezzo pagato e le spese sostenute (come si vede i frutti, proprio in quanto non conseguenti alla risoluzione, non sono menzionati).

3) Quando le parti escludono la risoluzione e/o impediscono al compratore di ottenere la restituzione del prezzo e delle spese, significa che esse hanno concluso una *vendita a rischio e pericolo* di quest'ultimo (art. 1488, co. 2).

Ciò è quanto si trae dal quadro sin qui ricostruito. È venuto ora il momento di interrogarsi se queste conclusioni non possano essere messe fuori gioco da soluzioni alternative di carattere pattizio.

4.1. Segue. Rinunciabilità della risoluzione per evizione totale e per vendita di cosa (interamente) altrui

Vi sono dei casi in cui al compratore compete una tutela per così dire in forma specifica, attivando la quale, nonostante e pur dopo l'evizione, egli potrebbe recuperare la proprietà della cosa evitta. Si è però precisato (v. *supra*, § 3.1), sulla scorta di un'esatta opinione seguita in dottrina, che questa possibilità è da ritenersi preclusa ogniqualvolta il contratto dei cui

⁴⁸ Per tutti, P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 215. Si v. anche, F. BENATTI, *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, pp. 398-399.

⁴⁹ Ragione per cui si ritiene in ogni caso applicabile l'art. 1229 e si esclude che nel diminuire la garanzia per evizione le parti possano andare oltre il limite del dolo o della colpa grave. Così, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 787; SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 230. Ma v. *infra* sull'art. 1487, co. 2, quale regola speciale e alternativa al precetto generale di cui all'art. 1229.

⁵⁰ Le «spese» – tutte (perciò anche quelle di cui trattano l'art. 1479 e l'art. 1483, co. 2) – parrebbero invece garantite insieme alla restituzione del prezzo. *Contra*, R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 240, secondo cui le spese sempre ripetibili *ex art.* 1488 sarebbero solo quelle menzionate dall'art. 1475, perché altrimenti il legislatore avrebbe attribuito al c.d. patto di esclusione della garanzia «effetti assai scarsi e quasi nulli, ciò che non si può ammettere». Ma lo stesso A. ammette (*ivi*, pp. 239-240) che in via convenzionale le parti potrebbero condizionare l'attivazione della garanzia per evizione al dolo o alla colpa del venditore (salvo il rispetto dell'art. 1229: e cioè equiparando al dolo la colpa grave e tenendo sempre per responsabile il venditore in dolo o colpa grave); il che pure significa «escludere» la garanzia per evizione, e non è certo poco. L'opinione lascia perplessi in quanto anche in questa eventualità dovrebbe essere sempre assicurata la restituzione del prezzo e delle spese ai sensi dell'art. 1488, così come rileverebbe pur sempre il «fatto proprio» del venditore *ex art.* 1487, co. 2.

effetti si discute fosse nel frattempo venuto meno, anzitutto perché *risolto*. E ciò, come si è visto, potrebbe aversi, oltre che per applicazione dell'art. 1479 oppure in presenza di una espressa domanda di risoluzione, nell'eventualità in cui il compratore avesse *esercitato* la garanzia per evizione, domandando (anche in via stragiudiziale) la *restituzione* del prezzo. In tutte queste ipotesi, infatti, non sussisterebbe più quel *titolo* che giustifica l'operatività del meccanismo traslativo di cui all'art. 1478, co. 2, sicché la sopravvenuta legittimazione a disporre del proprietario non sarebbe più idonea a produrre l'effetto automatico del trasferimento del diritto al compratore.

Questa notazione permette di concludere, contrariamente all'avviso di una pronuncia della Cassazione⁵¹, che la tutela in forma specifica eccezionalmente a disposizione del compratore – dovuta alla circostanza di fatto che la cosa venduta sia tornata legittimamente nel patrimonio del venditore – non rappresenta, nel sistema della legge, una modalità alternativa di attivazione della garanzia per evizione, normalmente operante quale vicenda risolutoria del contratto *più* il risarcimento dei danni. Essa altro non sarebbe, invece, che la richiesta di adempimento in natura della *prestazione di consegna* della cosa (non più altrui) rientrata nella titolarità del venditore, o, il che è lo stesso, dell'*obbligazione di trasmettere il diritto ex art. 1478*, il cui adempimento in forma specifica risulta eccezionalmente coercibile trovandosi il bene nella disponibilità giuridica dell'alienante⁵². Si tratta, cioè, dell'esercizio della normale responsabilità per *inadempimento*⁵³ (dell'obbligo di procurare l'acquisto) attraverso la tutela in forma specifica, in ragione della pregiudiziale possibilità giuridica della prestazione. Peraltro, proprio perché si è nel campo dell'inadempimento, nulla impedirebbe al compratore di domandare la risoluzione *ex art. 1453* in ragione del *ritardo di non scarsa importanza* con cui il venditore gli abbia procurato l'acquisto della cosa evitta, fermo restando che detto ritardo giustificerebbe in ogni caso una domanda risarcitoria.

Giunti a questo punto ci si può domandare: la circostanza che nei casi considerati, nei quali il venditore acquisti successivamente la legittimazione a disporre⁵⁴, diventi

⁵¹ Cass. civ., 4 agosto 1949, n. 2160, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, p. 969 con nota adesiva di A. Biscardi. In questo senso anche il P.M. C. Gentile nella requisitoria pubblicata in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1000, in calce a Cass. civ., 23 maggio 1962, n. 1193, cit. Ma l'argomento non può dirsi esplicitamente accolto dalla decisione.

⁵² Così, P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 202 e n. 4, i quali osservano che «la pretesa di adempimento è insomma la conseguenza di una scelta del compratore, non un'applicazione della disciplina dell'evizione: che si pone in alternativa rispetto ad essa».

⁵³ Per questo motivo D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 645-646; 717 e ss., ammette l'azione di adempimento solo quando vi sia *colpa* del venditore: perché si è fuori dalla garanzia per evizione che da essa prescinde. Questa opinione, malgrado talune osservazioni del Pubblico ministero, è stata seguita da Cass. civ., 23 maggio 1962, n. 1193, cit. (su cui *amplius supra* nel testo), secondo la quale «sia nel caso di cui all'art. 1489 c.c., sia in quella di evizione vera e propria, come anche in quella di vizi, qualora sussista la colpa provata o presunta del venditore, alla responsabilità per garanzia si sostituisce quella generale propria dell'inadempimento in genere, onde non è dubbio che in tal caso al compratore compete l'azione per ottenere il risarcimento dei danni, anche se, come nella specie, non sia stata chiesta la risoluzione». Parrebbe *contra* G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 75, n. 34, ad avviso del quale la limitazione dell'azione di adempimento al solo caso di colpa sarebbe ingiustificata.

⁵⁴ E dunque anche quando *inter vivos* il venditore acquisti la cosa dal terzo evincente, come sostiene, sia pure sulla base di premesse diverse, G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., pp. 74-75, nonché Cass. civ., 4 agosto 1949, n. 2160, cit. *Contra*, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 717, secondo cui «nella vendita di cosa infungibile, a rigore, l'adempimento sarebbe ancora possibile, in quanto il venditore potrebbe ancora acquistare il diritto dal titolare, risultato vittorioso nel giudizio di evizione, trasmettendolo per ciò stesso al compratore. Tuttavia, dopo l'affermazione del suo diritto fatta dal titolare con la evizione, la legge, a differenza che per la fase

astrattamente percorribile una via di tutela *alternativa* alla risoluzione, potrebbe forse consentire e giustificare una *rinuncia* convenzionale *preventiva* alla risoluzione per il caso di evizione?

La risposta sembra essere in linea di principio negativa, salvo limitati casi in cui, a certe condizioni, una simile deroga pattizia alla tutela risolutoria in favore di *altri effetti o tutele* appare ammissibile.

In linea di principio, infatti, la *possibilità* di una tutela in forma specifica che assicuri al compratore un risultato equivalente a quello che può conseguire attivando la garanzia per evizione (e dunque risolvendo il contratto), sfugge totalmente alla disponibilità del compratore, trattandosi di una possibilità rimessa alla circostanza di fatto, insuscettibile di formare oggetto di una pronuncia giudiziale⁵⁵, che il venditore sia subentrato al terzo proprietario nella titolarità della cosa e abbia perciò stesso trasmesso il diritto al compratore. Il compratore può ottenere in giudizio che il venditore gli consegni la cosa specifica *una volta acquistata dall'evincente* ma non può costringerlo con il ministero di alcun giudice ad acquistarla da costui.

Una rinuncia alla risoluzione in favore dell'adempimento in forma specifica (dell'obbligo di procurare l'acquisto) sarebbe dunque uno scambio «certo per incerto»⁵⁶. Senza contare che una simile possibilità è rimessa alla ulteriore condizione che il compratore non abbia reagito all'evizione attivando la relativa garanzia.

Le parti, ciò nonostante, potrebbero aver preso in specifica considerazione proprio l'ipotesi in cui il venditore si trovi ad essere proprietario della cosa venduta *dopo* l'evizione del terzo, articolando una tutela su piani «subordinati», lasciando cioè al compratore la scelta di ricorrere alla risoluzione mediante richiesta di restituzione del prezzo oppure, in tanto in quanto ciò sia possibile, di rinunciare alla risoluzione in favore della consegna della cosa evitta (salvo il risarcimento per il ritardo), *per il solo caso* in cui il venditore ottenga la disponibilità giuridica del bene. In termini pratici, una simile clausola potrebbe congegnarsi soltanto attraverso un'articolazione *cronologica* delle due tutele, posto che l'eventuale acquisto della legittimazione a disporre del venditore non può avere luogo che dopo l'evizione del terzo.

Si è pensato, infatti, ad una mera limitazione *temporale* del diritto di risolvere il contratto a seguito di evizione, mediante la fissazione di un termine dato al venditore per acquistare la cosa evitta dal terzo, solo scaduto infruttuosamente il quale il compratore potrebbe

precedente l'evizione, a ragione considera praticamente esclusa anche quella possibilità e conclusa la vicenda dell'acquisto del diritto. Per le cose specifiche, quindi, non è più possibile esatto adempimento». Ma anche le ipotesi in cui l'A. da ultimo citato ritiene possibile l'azione di esatto adempimento (successione *mortis causa* del venditore al terzo proprietario; aggiudicazione al venditore della cosa espropriata al terzo, che è la fattispecie decisa da Cass. 2160/1949, cit.), presuppongono, a ben guardare, l'evizione del compratore e l'affermazione del diritto dell'evincente, sicché non si comprende quale criterio possa giustificare un trattamento giuridico distinto.

⁵⁵ Molto chiara sul punto, Cass. civ., 24 agosto 1994, n. 7500, cit.

⁵⁶ Salva l'ipotesi di una *datio in solutum* preventivamente convenuta, su cui Trib. Catanzaro, 6 maggio 1926, in *Rep. Foro it.*, 1926, voce Vendita, n. 212: «il patto, secondo il quale nel caso di molestia o evizione debba intendersi invece venduto altro immobile di proprietà d'un fideiussore, non importa vendita alternativa (di cui è requisito essenziale la scelta), ma l'esistenza di un'obbligazione secondaria».

domandare la risoluzione⁵⁷. Si tratterebbe, sostanzialmente, dell'evocata ipotesi di un'azione di adempimento in natura «subordinata» al mancato esercizio della risoluzione. Correttamente si è ritenuto che una simile opzione sia ammissibile, considerando la legittimità della vendita convenuta a rischio e pericolo del compratore, cui molto somiglia: un simile patto, infatti, modifica semplicemente lo statuto della vendita a rischio, integrandolo con la previsione dell'obbligo in capo al venditore di procurare l'acquisto della cosa altrui⁵⁸.

Tuttavia, va osservato, anche nella vendita a rischio e pericolo, qualora il venditore dovesse successivamente diventare proprietario della cosa, il compratore potrebbe rivendicarla *ex art. 1478, co. 2.*⁵⁹ Che il venditore diventi successivamente proprietario è, d'altronde, un *rischio* di segno eguale e contrario a quello che il compratore subisca l'evizione, del tutto in armonia con la dimensione prettamente aleatoria della vendita a rischio⁶⁰.

Occorre poi considerare, come si è più volte messo in rilievo, che in presenza di un *inadempimento imputabile* del venditore con riguardo al fatto di evizione – il che, per inciso, non integra necessariamente il «fatto proprio» dell'alienante ai fini dell'art. 1487 – il compratore avrebbe a disposizione anche i rimedi ordinari contro l'inadempimento⁶¹ e potrebbe pertanto agire *direttamente* domandando il risarcimento del danno (da intendersi a rigore quale equivalente monetario della prestazione originaria quando il suo adempimento in forma specifica non sia possibile⁶² o il suo conseguimento non sia più di interesse per il creditore⁶³).

⁵⁷ Così, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, p. 54, n. 51.

⁵⁸ Ove ciò non avviene, perché il compratore a rischio non potrebbe chiedere al giudice la fissazione di un termine, per domandare la risoluzione della vendita alla sua scadenza. Così, tra gli altri, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 741, e *ivi* ult. rife.

⁵⁹ Senza però, coerentemente, godere del diritto di domandare la risoluzione in ragione del ritardo di non scarsa importanza con cui il venditore gli ha trasmesso il diritto, che può essere ammesso al di fuori della vendita convenuta a rischio e pericolo del compratore.

⁶⁰ La vendita a rischio è tecnicamente aleatoria per Cass. civ., 9 gennaio 2013, n. 314, in *De Jure*. In dottrina, accoglie questa soluzione F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv. – Teoria generale)*, cit., p. 925; per SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 230, «il contratto diventa allora aleatorio e le parti hanno riguardo al rischio di una esecuzione che può mancare». In argomento, si v. C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 792 e ss., anche per l'articolazione della soluzione accolta nel testo sull'efficacia della trasmissione del diritto al compratore in caso di successivo acquisto da parte del venditore, pur in presenza di una vendita a rischio. In quest'ultimo senso, anche G. GORLA, *La compravendita*, cit., p. 119, secondo il quale tale pattuizione ha l'effetto «di modificare, almeno per normale implicita volontà, il contenuto dell'obbligazione del venditore, nel senso che egli non è obbligato a far avere il diritto, ma, oltre che a dare il possesso, a compiere soltanto un atto traslativo (senza assicurarne gli effetti), e a ripeterlo nel solo caso che per avventura la cosa diventi sua (così detta *legitimatatio superveniens*): non dunque a procurarsi la proprietà del terzo per trasmetterla».

⁶¹ V. ancora Cass. civ., 23 maggio 1962, n. 1193, cit. e Cass. civ., 14 aprile 1961, n. 810.

⁶² Una rigorosa impostazione del problema – pur muovendo dalla premessa qui giudicata errata secondo cui sarebbe concepibile anche un adempimento in forma specifica nell'ambito della garanzia per evizione – si legge in Cass. civ., 4 agosto 1949, n. 2160, cit., secondo cui «il principio della reintegrazione in forma specifica del patrimonio leso non costituisce eccezionalità particolare delle obbligazioni da illecito (art. 2058). È generico e valido anche per le obbligazioni da contratto (art. 1218, 1453). Forma il contenuto primario del diritto del creditore, a meno che non si dimostri di impossibile attuazione».

⁶³ Sulla perdita di interesse all'adempimento in forma specifica e interesse alla tutela per equivalente (quando il creditore non intenda chiedere la risoluzione del contratto), cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 59 e ss., spec. pp. 61-62.

Si può dunque pensare ad un'escludibilità convenzionale della risoluzione per il caso di evizione (da tenere concettualmente distinta dalla risoluzione per *inadempimento* pure invocabile)?

Anche qui si tratta di un piano di tutela alternativo alla evizione e affidato alla disciplina generale dell'inadempimento, ove però, quale domanda «principale», si pone il risarcimento del danno (di tutto il danno, comprendente l'interesse positivo) in luogo dell'adempimento in natura, concretamente impossibile. Il presupposto è che il venditore abbia agito «in colpa», ignorando l'altruità della cosa venduta (oppure la presenza di vincoli sulla stessa) o mancando al suo obbligo di procurare l'acquisto⁶⁴.

Anche in queste ipotesi vi è un profilo di «incertezza», seppure inferiore a quello poc'anzi considerato: la «imputabilità» al venditore del suo «inadempimento» (dell'obbligo di trasmettere la proprietà di una cosa non gravata da pesi o vincoli che la possano far sottrarre a chi l'abbia acquistata). Ma anche rispetto a questa incertezza, le parti potrebbero premunirsi e prendere in specifica considerazione proprio l'eventualità di un inadempimento imputabile del venditore, stabilendo – per il caso in cui ciò occorresse – che, solo in quel caso, il compratore non potrebbe domandare la risoluzione del contratto ma soltanto, per esempio, chiedere il risarcimento del danno.

Una previsione di questo tipo sembra incompatibile con la buona fede del compratore, sicché la sua presenza già sposterebbe la tutela legale per l'ipotesi di vendita di cosa altrui nella fase precedente all'evizione dalla fattispecie dell'art. 1479 a quella dell'art. 1478, fondata, come si è detto, sul paradigma dell'inadempimento. Ad evizione consumata, anche questa ipotesi parrebbe collegarsi alla vendita a rischio e pericolo, di cui costituisce un *minus*⁶⁵, non perché la risoluzione – scaduto un dato termine – rimanga nella disponibilità del compratore (come nell'ipotesi della rinuncia «a tempo»), ma perché essa verrebbe scambiata con una tutela di tipo risarcitorio la cui attivazione è tuttavia rimessa alla circostanza che l'inadempimento del venditore risulti essere (cioè sia stato accertato come) imputabile.

Un'articolazione pattizia delle tutele che rispettasse i criteri seguiti dalla legge dovrebbe mantenere il medesimo regime di imputazione, e dunque prevedere che il venditore risponda del fatto evizionale, risarcendo il compratore di tutti i danni subiti, *indipendentemente da qualsiasi colpa* del primo per avere trasferito all'acquirente una cosa successivamente evitta, esattamente come opera la garanzia legale in ordine alla restituzione del prezzo e al risarcimento del c.d. interesse negativo⁶⁶. Se così non fosse, pattuire

⁶⁴ Le varie forme della colpa, in relazione alle possibili cause dell'evizione e la loro rilevanza ai fini del risarcimento del danno, sono tracciate da D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 713-714.

⁶⁵ In tema, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., p. 54, n. 51.

⁶⁶ Solo così si avrebbe una modificazione legittima della garanzia per evizione, entro i limiti consentiti dall'art. 1488. L'idea, sopra ricordata, di R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., pp. 239-240, secondo cui sarebbe possibile per le parti di *limitare* la garanzia per evizione modificando il regime di imputazione del contenuto della garanzia, prevedendo la colpa là dove la legge ne prescinde, non può valere per quanto riguarda la restituzione del prezzo e delle spese. In senso contrario anche D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 736: «sia per la restituzione del prezzo che per il rimborso delle spese, l'esclusione è vietata non solo per l'ipotesi di colpa del venditore, ma anche per l'ipotesi in cui tale colpa manchi (il che, del resto, è implicito nel fatto stesso che si verte in materia di garanzia, essendo proprio la mancanza di colpa del venditore la situazione più caratteristica cui si riferisce la garanzia)».

l'esclusione della risoluzione in favore del solo risarcimento del danno, al ricorrere, perciò, di un inadempimento imputabile del venditore, significherebbe, nei fatti, *escludere il normale operare della garanzia per evizione* e dunque concludere una vendita a rischio e pericolo del compratore.

Dall'esame svolto si può desumere che la *derogabilità convenzionale* delle tutele offerte dalla garanzia per evizione è resa possibile dal ricorrere di determinate circostanze:

i) la dinamica *temporale* del fatto di evizione in relazione all'obbligo di trasmettere il diritto sulla cosa alienata, che può in alcuni casi consentire l'esercizio della tutela in forma specifica *dopo* l'evizione;

ii) l'espreso *riconoscimento legale* della validità della *vendita a rischio e pericolo* del compratore, che permette soluzioni sul fronte degli effetti, con l'eliminazione o la modificazione di alcuni essi, le quali, altrimenti, dovrebbero essere sottoposte ad un puntuale controllo di meritevolezza *ex art. 1322 cpv.* (oggetto del controllo sarebbe la vendita priva di tutele in caso di imperfetto adempimento della prestazione traslativa e resa perciò sotto questo riguardo *aleatoria* o comunque *non tipica*);

iii) l'*interferenza* della disciplina generale dell'*inadempimento* con il «sottosistema» della garanzia per evizione, che rende possibile, a certe condizioni, uno *spostamento* delle tutele da un piano all'altro. Quest'ultimo è un aspetto del modo di operare della garanzia per evizione (di cui, peraltro, in passato si è dubitato⁶⁷), che si rivela percorribile anche in relazione ad altre *garanzie* previste dalla disciplina legale della vendita e degli altri contratti tipici (garanzia per vizi nella vendita *in primis*, su cui si dirà più avanti).

Se non vi fosse la combinazione di questi elementi, la risoluzione della vendita in caso di *evizione totale* della cosa compravenduta non potrebbe essere esclusa per volontà delle parti.

Considerazioni in parte analoghe possono farsi a proposito della fase *antecedente* all'evizione, e cioè con riguardo alla risoluzione di cui all'art. 1479. Si è visto trattarsi di una tutela data dalla legge al compratore *in buona fede* di cosa altrui che anticipa gli effetti propri della garanzia per evizione, consentendogli una liberazione immediata dal vincolo contrattuale, funzionale alla riduzione in pristino, prima del verificarsi dell'evizione.

Il cuore della tutela sta, dunque, nel *momento* in cui essa può essere esercitata, mentre il contenuto corrisponde a quello della garanzia per evizione anche nel criterio di imputazione. Non è un caso che l'art. 1479 faccia espressa menzione della *risoluzione* laddove la disciplina sull'evizione ne omette il riferimento: una risoluzione concettualmente autonoma, quale effetto specificamente previsto dalla legge in relazione ad una data situazione di fatto altrimenti insuscettibile di dare luogo a detto effetto, è pensabile per la vendita di cosa altrui (sotto il vecchio Codice tacciata di invalidità), non per l'evizione ove, lo si ribadisce, la *ri-soluzione* o *dissoluzione* della vendita è una *normale conseguenza* della vicenda evizionale, salvo quanto si è osservato nei punti precedenti.

Ora, questa risoluzione voluta dalla legge nell'art. 1479 potrebbe essere accantonata per volontà delle parti? Ci si deve chiedere quali sarebbero le conseguenze di una simile scelta.

Anzitutto, pare da escludere che la rinuncia del compratore al potere di domandare la risoluzione ai sensi dell'art. 1479 comporti la conclusione di una vendita a rischio *ex art.*

⁶⁷ Esemplamente, App. Genova, 1 giugno 1960, cit.

1488, cpv.: per quanto questa possa desumersi da elementi e circostanze che vanno al di là delle espressioni impiegate, essa ha luogo nel momento in cui le parti, prospettandosi l'eventualità dell'evizione, ne allocano il relativo rischio interamente (salvo l'eventuale riacquisto della legittimazione del venditore), in capo al compratore; e ciò non può dirsi se l'effetto perseguito è semplicemente l'esclusione o la limitazione temporale del potere dell'acquirente di chiedere *subito* la risoluzione del contratto *ex art. 1479*. Se questo potere è escluso - e la vendita non può dirsi convenuta a rischio e pericolo del compratore - significa che, a tacere dell'operatività della garanzia in caso di evizione, il venditore *resta obbligato* a procurare l'acquisto al venditore, obbligazione assistita dalla normale tutela per inadempimento.

Qual è dunque l'effetto dell'esclusione in questione? Quello di portare il contratto sotto la fattispecie dell'art. 1478, a norma del quale la risoluzione è possibile alle condizioni e nei modi propri della normale risoluzione per inadempimento (art. 1453 e ss.). D'altronde, malgrado le variabili del singolo caso, sembra difficile poter conciliare l'accettazione di una clausola con cui si esclude l'esercitabilità della risoluzione immediata per il caso di vendita di cosa altrui, *con la buona fede* del compratore stesso, e cioè l'ignoranza (sia pure non necessariamente incolpevole), dell'altruità della cosa, sicché il rapporto verrebbe comunque attratto alla disciplina di cui all'art. 1478: anzi, la clausola in questione può essere un utile indizio della circostanza che il compratore *non abbia acquistato in buona fede* la cosa rivelatasi altrui.

4.2. Segue. Elementi di derogabilità nell'evizione parziale e nella vendita di cosa parzialmente altrui

Anche la disciplina dell'evizione parziale si presta ad essere osservata nella prospettiva qui adottata: *mutatis*, può dirsi che essa riproduce la tutela prevista per l'evizione totale declinandola «al parziale».

Al centro vi è l'art. 1480, che adatta la regola sancita dalla disposizione precedente all'ipotesi di vendita di cosa *parzialmente* altrui. Si tratta di una norma particolarmente importante, cui fa rinvio la disciplina dell'evizione parziale (art. 1484), dalla quale tradizionalmente proviene (cfr. artt. 1492-1493 cod. civ. abr. nonché artt. 1636-1637 cod. civ. fr.). Al pari dall'art. 1479, anche l'art. 1480 prende in esame l'ipotesi di un compratore *in buona fede*, il quale «riteneva» che la cosa vendutagli fosse interamente del venditore e non soltanto parzialmente, come in seguito abbia avuto a scoprire (il caso di vendita parzialmente altrui in cui il compratore non sia in buona fede, non trovando puntuale regolazione, pone alcuni problemi interpretativi su cui si dirà poco oltre). Questa coincidenza fa sì che anche qui, come nel caso di vendita di cosa *interamente* altrui, il compratore di buona fede sia *arbitro* di attendere che il venditore gli faccia acquistare *medio tempore* la parte altrui, oppure di esercitare *immediatamente* i diritti che l'art. 1480 gli attribuisce.

I diritti del compratore di buona fede in caso di vendita parzialmente altrui sono i seguenti: «il compratore può chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno a norma dell'articolo precedente, quando deve ritenersi, secondo le circostanze, che non avrebbe acquistato la cosa senza quella parte di cui non è divenuto proprietario; altrimenti può solo ottenere una riduzione del prezzo, oltre al risarcimento del danno».

Al compratore è dunque riconosciuta un'alternativa – ed è la prima norma di parte speciale ad ammetterla – tra risoluzione dell'intero contratto e riduzione del prezzo (*quantum minoris*), oltre al risarcimento del danno (rispetto al quale valgono le considerazioni sul diverso criterio di imputazione a seconda che si tratti della risarcibilità dell'interesse negativo o di quello positivo, viste a proposito dell'art. 1479).

Ma questa alternativa va intesa nel senso che la tutela *principale* del compratore è la *riduzione del prezzo*, proporzionale rispetto alla perdita di valore della cosa conseguentemente al «distacco» della parte altrui.

Si tratta di un meccanismo tipicamente conservativo del contratto, espressione della regola *utile per inutile non vitiatur*: la cosa parzialmente altrui, se non fatta acquistare al compratore nelle more, è, all'evidenza, *altrui*. Il diritto non pone in discussione, tuttavia, che la parte di titolarità del venditore sia legittimamente trasferita al compratore e l'acquisto possa dirsi, *pro parte*, salvo. Ma, al contempo, riconosce al compratore il diritto a una riduzione del prezzo in ragione del *minor valore* della cosa trasferita o, se l'ha già pagato, il diritto alla restituzione del prezzo in eccesso, secondo la *ratio* della ripetizione dell'indebito⁶⁸. Questa riduzione del prezzo è stata peraltro anche intesa in dottrina come una *risoluzione parziale*⁶⁹, poiché il contratto si risolverebbe per quella parte rispetto alla quale la prestazione traslativa è imperfetta. Si potrebbe dire che la *riduzione del prezzo*, tutela prima e finale nella vendita di cosa parzialmente altrui e nell'evizione parziale, corrisponde alla restituzione del prezzo della vendita di cosa altrui o dell'evizione totale: la riduzione del prezzo è, infatti, non in termini aritmetici ma concettuali, la *restituzione del sovrapprezzo* pagato in relazione all'intero⁷⁰.

⁶⁸ Si v. al riguardo l'analisi di F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nella compravendita*, Napoli, 2015, pp 19-20; 30-31; 214 e ss.; nonché D. RUBINO, *L'appalto*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, t. 3, IV ed. con note di E. Moscati, Torino, 1980, pp. 516-517, e n. 3, con riferimento alla *quantum minoris* nell'appalto.

⁶⁹ Così, R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 198.

⁷⁰ Dimostra di riconoscerlo la giurisprudenza quando afferma che «in tema di trasferimento della piena proprietà su una porzione di bene inferiore a quanto previsto nell'accordo negoziale, l'obbligazione del venditore di restituire parte del prezzo, conseguente all'accoglimento dell'*actio quantum minoris* ex art. 1480 cod. civ., ha natura di debito di valuta, trattandosi di un rimborso a favore dell'acquirente che, in sé, non inerte ad un'obbligazione risarcitoria, derivando dal venir meno, per effetto dell'accertamento della parziale alienità della cosa, della causa dell'obbligazione di pagamento dell'intero prezzo. (...) Ne consegue che il debito di restituire una parte del prezzo ricevuto in pagamento non è soggetto a rivalutazione monetaria, se non nei termini del maggior danno rispetto a quello ristorato con gli interessi legali ai sensi dell'art. 1224 cod. civ.». Così, da ultimo, Cass. civ., 29 gennaio 2013, n. 2060, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 2063. Analoga soluzione in ipotesi di evizione *totale* - «il diritto alla restituzione del prezzo pagato per l'evizione del bene costituisce un credito di valuta, e, poiché prescinde dalla colpa, anche solo presunta, del venditore, se il giudice esclude la sussistenza del diritto al risarcimento del danno, e l'acquirente non prova il pregiudizio derivatogli dal ritardo nel riavere la somma, su di essa non può essere riconosciuta la svalutazione monetaria» - è stata data da Cass. civ., 10 luglio 2014, n. 15754, in *De Jure*. Molto istruttiva, in tema di garanzia contro i vizi, era la formulazione del vecchio art. 1501 del Codice del 1865, che traduceva sostanzialmente l'art. 1644 del Codice civile francese, a tenore del quale: «il compratore nei casi indicati negli articoli 1498 e 1500 ha la scelta di rendere la cosa e

Ma la legge anche a questo riguardo – e osservando una regola molto antica⁷¹ – offre un *quid pluris* di tutela consentendo al compratore, malgrado il difetto traslativo (e l'evizione che si prospetta) sia *parziale*, di ottenere *subito* la risoluzione *totale* del contratto. La formula impiegata dall'art. 1480 (la risoluzione può essere chiesta dal compratore «quando deve ritenersi, secondo le circostanze, che non avrebbe acquistato la cosa senza quella parte di cui non è divenuto proprietario») ricorda apertamente quella contenuta nell'art. 1419 (forse un lascito della nullità sancita dal vecchio Codice per la vendita di cosa altrui); ciò nondimeno, «nella vendita di cosa parzialmente altrui deve tenersi conto esclusivamente dell'interesse del compratore, e cioè dell'importanza che ha la parziale deficienza del diritto rispetto al suo interesse all'esatto e integrale adempimento»⁷², ragion per cui si è preferito vedere in questa norma una declinazione, adattata alla particolarità della fattispecie, del requisito della gravità dell'inadempimento di cui all'art. 1455⁷³.

Così facendo, oltre ad alleggerire oneri probatori difficilmente giustificabili in questo contesto – perché costringere un compratore di buona fede a dover provare la sua effettiva intenzione anziché prendere realisticamente atto del suo (perduto) interesse *rebus sic stantibus*? – e a dare parametri più oggettivi per questo tipo di controllo, si pongono le premesse per risolvere un'apparente incongruenza della disciplina legale, la quale trascura di prendere in esplicita considerazione l'ipotesi in cui il compratore abbia acquistato la cosa *sapendo* della parziale alienità, e, dunque, non in una condizione di *buona fede*⁷⁴. Come l'analisi della disciplina in materia di vendita di cosa altrui e di evizione totale ha rivelato, in assenza di buona fede del compratore, la tutela è assicurata dal normale regime della responsabilità per inadempimento, dunque:

a) risolvibilità del contratto solo in presenza di un inadempimento in senso tecnico dell'obbligazione di procurare la cosa parzialmente altrui (e non risoluzione *statim*);

b) valutazione dell'inadempimento alla stregua dell'art. 1455, sostanzialmente corrispondente a quella *ex art.* 1480 (qui si appunta la pretesa incongruenza normativa, ritenendosi quest'ultimo requisito più gravoso di quanto non richieda l'art. 1455, nel presupposto che si tratti di criteri fondamentalmente diversi);

farsi restituire il prezzo, o di ritenerla e di farsi restituire quella parte di prezzo, che sarà determinata dall'autorità giudiziaria». Anche il Progetto Italo Francese di un Codice comune delle obbligazioni e dei contratti del 1927 (poi ripreso, com'è noto, dal Progetto ufficiale del libro delle obbligazioni del 1936) utilizzava lo stesso disposto.

⁷¹ Scrive R.J. POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, t.1, cit., n. 144, p. 128: «la evizione di una parte può talvolta attribuire al compratore il diritto di concludere contro il venditore la rescissione del contratto per intero; e ciò ha luogo allorchando è verisimile che senza la parte evitta il compratore non avrebbe voluto comprare il rimanente». La citazione ci ricorda una volta di più quanto i *nomi*, spesso mutevoli, non ingannino se si tiene lo sguardo fisso sulla sostanza che esprimono. Cfr. SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., pp. 219-220, e n. 292, per l'idea che solo in relazione all'evizione parziale (e non a quella totale) possa parlarsi propriamente di *risoluzione*, come «potere del compratore di mantenere o meno il contratto in vita per la parte valida», laddove «il riferimento alla risoluzione contenuto nei richiami all'art. 1479 cod. civ., e nell'art. 1483 cod. civ., intorbida i concetti dell'evizione stessa».

⁷² Così, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 699-700.

⁷³ In quest'ordine di idee, Cass. civ., 9 ottobre 2015, n. 20347, in *Rep. Foro it*, 2015, voce *Vendita*, n. 38, nonché integralmente in *De Jure*.

⁷⁴ Il problema è segnalato da R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., pp. 200-201.

c) necessaria imputabilità del fatto di inadempimento (il che rileva più ai fini della risarcibilità del danno che non a quelli della risoluzione).

Un presunto difetto di formulazione della legge è stato inoltre riscontrato in sede di esegesi dell'art. 1488, co. 1. Nel prospettare l'esclusione convenzionale della garanzia per evizione, la disposizione stabilisce che, fermi la restituzione del prezzo pagato e il rimborso delle spese, «non si applicano le disposizioni degli artt. 1479 e 1480». Dunque, in caso di esclusione della garanzia per evizione, qualora si verifichi un'evizione soltanto parziale (regolata dall'art. 1480 per il rinvio contenuto nell'art. 1484), stando al tenore letterale dell'art. 1488, sembrerebbe che il compratore possa ottenere soltanto la restituzione del prezzo (e cioè la sua *riduzione*) e il rimborso *proporzionale* delle spese, ma non la risoluzione dell'intero contratto quando non avrebbe acquistato la cosa *senza la parte* successivamente evitta.

Taluno ha osservato che «se è questa l'intenzione della legge, per maggiore chiarezza sarebbe stato preferibile che nell'art. 1488 1° comma si fosse richiamato, oltre gli artt. 1479 e 1480, anche l'art. 1484, che è poi quello specifico all'evizione parziale»⁷⁵.

Questa omissione è in ogni caso significativa, a seconda di come la si legga.

Si può affermare, in prima ipotesi, che essa trovi una possibile spiegazione nel fatto, già segnalato, che l'esclusione della garanzia per evizione difficilmente si concilia con la buona fede del compratore, sicché le tutele che la presuppongono, quale è il potere di domandare la risoluzione dell'intero contratto *ex art. 1480*, vengono conseguentemente meno. La limitazione dei diritti del compratore parzialmente evitto in presenza di una clausola di esclusione della garanzia per evizione alla sola riduzione del prezzo (o c.d. risoluzione *parziale*) assumerebbe dunque un significato non illogico. Certo, si deve rilevare che un conto è una rinuncia alla garanzia in caso di evizione *totale*, un altro è una rinuncia per il caso di evizione *parziale*: se è stata pattuita la prima, anche ammesso che il compratore non fosse in buona fede, perché, se poi si verifica una evizione soltanto parziale, dovrebbe essergli privato il diritto di ottenere in quel momento, al ricorrere dei presupposti richiesti, la risoluzione *totale* del contratto? Qui si può effettivamente riscontrare una lacuna della disciplina e risolverla nel senso che, in questa specifica fattispecie (e salvo sempre il controllo sulla buona fede dell'acquirente rispetto all'ipotesi di evizione *parziale* in presenza di una *generica* clausola di esclusione della garanzia per evizione o di una specifica clausola di esclusione della garanzia per evizione *totale*), il richiamo dell'art. 1480 contenuto nell'art. 1488 debba intendersi riferito alle sole poste risarcitorie e non al potere di domandare la risoluzione *totale* sancito in quella disposizione, che rimarrebbe nella disponibilità del compratore parzialmente evitto. Ciò non toglie, tuttavia, che questo potere di risoluzione totale possa essere *specificamente ed esplicitamente* escluso per volontà delle parti e sostituito, per esempio, con la sola riducibilità del prezzo.

Ad intendere, invece, la norma nel significato opposto, secondo il quale per la presenza di una clausola di esclusione della garanzia per evizione, viene meno, in caso di evizione parziale, il potere di risolvere il contratto *subito ed interamente* al ricorrere dei presupposti

⁷⁵ Così, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 737.

di cui all'art. 1480, si ricava dalla legge stessa un argomento assai forte a sostegno della derogabilità dell'art. 1480.

La *risoluzione* in questione, lo si sottolinea ancora, rappresenta un *quid pluris* di tutela predisposto dall'ordinamento con una propria norma di *default*. Diversamente dalla «risoluzione» per evizione totale, che è una risoluzione *sui generis* immanente alla vicenda evizionale e perciò indisponibile, la volontà delle parti può superare la norma di *default* e dare a quel potere risolutivo un'altra configurazione, se non optare per una sua completa rinuncia. È la legge stessa a sottintendere la derogabilità dell'art. 1480 sancendo, se così si interpreta l'art. 1488, che l'esclusione della garanzia per evizione totale implica esclusione della risolubilità per evizione parziale, sul presupposto che la tutela in questione non sia indefettibile, per quanto, come si è notato, questa regola si riveli irragionevole allorché il parametro della buona fede induce a preferire, almeno in quei casi, la soluzione interpretativa opposta. Inutile precisare che se la vendita è stata convenuta a rischio e pericolo del compratore, anche la tutela *ex art.* 1480, al pari di ogni altra, rimane preclusa.

4.3. Segue. Elementi di derogabilità della garanzia per evizione in caso di vendita forzata

Quanto osservato permette di guardare con meno stupore ad un'altra questione, nascente dalla disciplina, introdotta col nuovo Codice, della garanzia contro l'evizione nel caso di vendita *forzata* (art. 2921), rispetto alla quale, anche prima della sua formulazione legislativa, il problema di una possibile regolazione su base pattizia si era posto con maggiore frequenza e rilevanza.

L'art. 2921⁷⁶ chiarisce anzitutto che nelle vendite *forzate*, la garanzia per evizione, a differenza di quella per vizi (art. 2922), *opera*, sia pure nella sua dimensione più essenziale⁷⁷, e cioè consentendo all'aggiudicatario di ripetere il prezzo versato, prima o dopo la distribuzione della somma, anche nei confronti dell'espropriato, nei limiti del residuo e salvo il pagamento delle spese della procedura e l'inopponibilità dell'evizione nei confronti

⁷⁶ Recita l'art. 2921: «L'acquirente della cosa espropriata, se ne subisce l'evizione, può ripetere il prezzo non ancora distribuito, dedotte le spese, e se la distribuzione è già avvenuta, può ripeterne da ciascun creditore la parte che ha riscossa e dal debitore l'eventuale residuo, salva la responsabilità del creditore procedente per i danni e le spese. Se l'evizione è soltanto parziale, l'acquirente ha diritto di ripetere una parte proporzionale del prezzo. La ripetizione ha luogo anche se l'aggiudicatario, per evitare l'evizione, ha pagato una somma di denaro. In ogni caso l'acquirente non può ripetere il prezzo nei confronti dei creditori privilegiati o ipotecari ai quali la causa di evizione non era opponibile».

⁷⁷ Esagera Cass. civ., 23 marzo 1964, n. 655, in *Foro it.*, 1964, I, c. 714, in adesione all'opinione dottrinale di G.A. MICHELI, *Esecuzione forzata*, in *Tutela dei diritti. Artt. 2910-2969*, nel *Commentario del Codice civile Scialoja - Branca*, II ed., Bologna - Roma, 1964, p. 128 e ss., nel sottolineare le differenze di fondamento fra evizione nella vendita volontaria e l'evizione, come regolata dall'art. 2921, nella vendita forzata. In entrambe le ipotesi, a ben vedere, si discute di *trasferimenti di ricchezza ingiustificati* che le norme sull'evizione mirano ad annullare. In caso di evizione totale nella vendita volontaria, si è visto, vi è un pagamento (quello del prezzo) *indebito*, in quanto *sine causa*, non meno di quanto non vi sia nel contesto di un'espropriazione forzata. La differenza è, semmai, nel contenuto della garanzia, più ampio nella vendita volontaria perché esteso alla risarcibilità dell'interesse negativo, indipendentemente dalla sussistenza di una colpa dell'alienante; limitato alla sola restituzione del prezzo, con deduzione delle spese e salva l'opponibilità dei creditori privilegiati o ipotecari, nella vendita forzata; differenza, perciò, più quantitativa che qualitativa.

dei creditori ipotecari e privilegiati; mentre il profilo risarcitorio (i danni e le spese sostenuti dall'aggiudicatario in relazione al bene staggito), è affidato alla disciplina generale della responsabilità, in tanto in quanto si possa riscontrare quella del creditore procedente⁷⁸. Anche qui, pur nel silenzio della legge, si comprende che l'evizione (della cosa espropriata) *risolve* l'espropriazione stessa, aprendo la via alle conseguenti restituzioni.

La divaricazione dal regime previsto per le vendite volontarie si fa ancor più evidente nell'ipotesi di evizione *parziale*: qui le tutele dell'aggiudicatario risultano inferiori a quelle dell'acquirente, giacché può essere chiesta la ripetizione di una *parte proporzionale* del prezzo – che corrisponde, come si è detto, alla riduzione del prezzo – ma non la risoluzione dell'intero contratto. Insomma, come nell'ipotesi di esclusione convenzionale della garanzia per evizione (art. 1488, co. 1), anche secondo la disciplina legale in caso di vendita forzata, se l'evizione è soltanto parziale, non sussisterebbe il diritto di domandare la risoluzione dell'intero contratto *ex art.* 1480⁷⁹.

Il dato è significativo perché consente di dedurre, esattamente come sopra, alternativamente, l'esistenza di una lacuna oppure la *disponibilità convenzionale* di questa risoluzione – che la legge omette di sancire presupponendone la rinunciabilità – e, allora, la possibilità per i privati di stabilirla autonomamente ad integrazione della norma dispositiva statale.

Nel contesto della vendita forzata, in presenza di una disciplina particolarmente dettagliata, e dissociata *ratione materiae* dalle norme sull'evizione, pare da escludere l'esistenza di una lacuna normativa colmabile in via interpretativa, e convince di più optare per la seconda opzione, e cioè, in altri termini, ritenere che la lacuna possa essere colmata non già interpretativamente ma (soltanto) *normativamente* dalle parti nell'esercizio della propria autonomia. In Francia, ove una regola analoga all'art. 2921 non è tutt'ora prevista, i *cahiers des charges* delle vendite di giustizia hanno costituito un contesto contrattuale ideale per esclusioni e modificazioni delle tutele dell'aggiudicatario, attraverso rinunce totali ad ogni garanzia in caso di evizione, sul modello della vendita convenuta a rischio e pericolo del compratore, o limitatamente al potere di domandare la risoluzione in ipotesi di evizione parziale. Ciò nonostante, si arguiva, «*en l'absence d'une pareille clause dans le cahier des charges, l'adjudicataire est fondé, comme au cas de vente ordinaire, à demander la résolution du jugement d'adjudication, toutefois sans dommages et intérêts, à moins de fraude et de mauvaise foi caractérisée, pour une éviction partielle, conformément à l'article 1636, si la partie de la chose est de telle conséquence relativement au tout, qu'il n'eût point acheté sans cette partie dont il a été évincé*»⁸⁰.

5. Le ulteriori regole speciali nel «sottosistema» dell'evizione

⁷⁸ Critica questa soluzione D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 751.

⁷⁹ Sul punto, G.A. MICHELI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 133. *Contra*, dubitativamente, D. RUBINO, *loc. ult. cit.*

⁸⁰ Così, L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des Titres III e IV, Livre III, du Code Napoléon. Artt. 1101 à 1386*, t. II, Paris, 1857, n. 25, p. 324, corsivi aggiunti.

Quello dell'evizione è un sottosistema di tutele che soggiace non solo a presupposti propri ma anche a regole e procedimenti particolari⁸¹.

La norma di cui all'art. 1487, cpv., in particolare, rappresenterebbe un adattamento del principio per cui il fatto doloso o gravemente colposo importa inderogabilmente la responsabilità di chi lo ha commesso (art. 1229). In un sottosistema ove l'elemento soggettivo non è un presupposto necessario per l'operatività della garanzia, il limite imperativo sarebbe dato dal mero «fatto proprio» dell'alienante⁸², contro cui neppure varrebbe la stipulazione di una vendita a rischio e pericolo del compratore⁸³. È il contrafforte della disciplina dell'evizione, l'espressione di quel fondamentale principio con cui si è aperta la trattazione nel primo capitolo di questo lavoro, attraverso il quale l'ordinamento afferma il suo primato e pone un limite invalicabile all'autonomia privata: qualunque sia l'adattamento convenzionale del regime normativo in punto evizione (e si è visto che la libertà delle parti è al riguardo piuttosto estesa), la garanzia, nel suo contenuto massimo (i.e.: restituzione risolutoria del prezzo e risarcimenti *ex art.* 1479), è *indeclinabile* e non può essere *esclusa* se l'evizione è eziologicamente la conseguenza di un fatto posto in essere dall'alienante⁸⁴. Siccome dell'evizione il venditore risponde anzitutto *indipendentemente* dall'accertamento di una sua colpevolezza – e dunque anche per fatti totalmente estranei alla sua sfera giuridica – il principio di (auto)responsabilità verrebbe così parametrato sulla pura condotta dell'alienante quale coefficiente causale della successiva evizione⁸⁵. Ciò che conta è che il fatto evizionale sia ascrivibile ad un *fatto proprio* del venditore – si è sostenuto

⁸¹ In questa luce vanno considerate le norme di cui agli artt. 1481, 1482, 1485, 1486 e 1487, co. 2.

⁸² Che altro sia «dolo» altro il «fatto proprio» o «personale» è confermato dall'art. 797, n. 2, relativamente alla garanzia per evizione nella donazione, la quale è dovuta, tra gli altri casi, se «l'evizione dipende dal dolo o dal fatto personale» del donante.

⁸³ Così, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 745, nonché C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 793-794, i quali, come anche SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 230, concordano nel ritenere che la vendita a rischio soggiaccia anche al limite dell'art. 1229, ma mentre il primo accusa la regola di cui all'art. 1487, co. 2 di superfluità, giacché replicherebbe il precetto dell'art. 1229, il secondo la considera una norma integrativa e nient'affatto superflua, poiché «il fatto proprio del venditore è sempre un fatto d'inadempimento ma esso non implica necessariamente gli estremi del dolo o della colpa. È invero possibile che il fatto sia compiuto per errore scusabile. Il venditore che vende una seconda volta la cosa potrebbe, ad es., essere caduto in errore sulla identità di questa», così C.M. BIANCA, *Op. ult. cit.*, p. 791. Qui si ritiene che non solo il limite del «fatto proprio» *ex art.* 1487, co. 2 non sia un inutile doppiopone, ma che esso costituisca una regola speciale prevista appositamente nei riguardi della *garanzia*, per porre un limite *imperativo* alla sua derogabilità convenzionale, fondato su presupposti distinti da quelli di cui all'art. 1229, che pertiene, invece, a situazioni di *responsabilità*.

⁸⁴ Sottolinea Cass. civ., 23 settembre 1985, n. 4711, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Vendita*, n. 82, che l'art. 1487 «sancisce la nullità del patto di esclusione (non anche del patto di aumento o di diminuzione) della garanzia nel caso di evizione derivante da un fatto proprio del venditore».

⁸⁵ Così A. DE MARTINI, *Evizione*, cit., p. 1069. Intende nello stesso modo il «fatto proprio» quale limite inderogabile all'esonero convenzionale dalla garanzia sull'esistenza del credito previsto dall'art. 1266, co. 1, A. ZACCARIA, *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 380. Ritiene, invece, il fatto proprio *ex art.* 1487, cpv. *sussumibile* nella fattispecie dell'art. 1229, predicando la superfluità dell'art. 1487, co. 2, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 747. *Contra* la superfluità della norma si esprime invece C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 791, secondo cui la regola «presuppone l'intendimento del fatto proprio del venditore come atto dispositivo del bene e trae quindi fondamento dall'esigenza che l'alienante non si sottragga in nessun caso all'impegno traslativo avvalendosi del suo stesso atto dispositivo in contrasto con tale impegno» e ritiene (*ivi*, p. 787) che essa *integri*, e non *sostituisca*, la regola generale dell'art. 1229. In questo ultimo senso anche A. CHIANALE, *Evizione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992.

- anche posteriore alla conclusione del contratto di vendita⁸⁶: in questi casi la garanzia non può essere *esclusa* e qualora lo fosse in virtù di una clausola questa sarebbe *nulla*.

La norma di cui all'art. 1487, co. 2 non può dirsi un doppione del 1229 perché ha riguardo a situazioni distinte dal dolo e dalla colpa grave, nelle quali vi sia, però, la diretta riferibilità del fatto alla persona del venditore⁸⁷. Inoltre, andrebbe rimarcato, l'art. 1229 pertiene alla *responsabilità*⁸⁸, e può dunque valere come limite inderogabile per quanto attiene alle *conseguenze risarcitorie dell'evizione*⁸⁹, reclamabili, come si è visto, anche in via autonoma (in determinate circostanze); mentre il limite del *fatto proprio* varrà prettamente per la *garanzia* e il suo contenuto, e cioè la restituzione del prezzo più le spese, effetti normalmente *indisponibili* (art. 1488, co. 1) e perciò rilevanti al cospetto del «fatto proprio» di cui all'art. 1487, co. 2, nella (sola) ipotesi eccezionale della vendita a rischio (art. 1488, co. 2).

Il limite del fatto proprio assume infatti il suo significato più pregnante proprio nell'ipotesi di vendita a rischio e pericolo - che è la vera ed effettiva esclusione della garanzia per evizione - stabilendo che, quand'anche la vendita fosse convenuta a rischio e pericolo, il venditore rimane nondimeno tenuto alla garanzia se l'evizione deriva da un fatto suo proprio.

Tuttavia, a questa notazione, logicamente dedotta, vanno affacciate due osservazioni correttive. Il tenore dell'art. 1487 (sotto questo aspetto, infelice) - «quantunque sia pattuita l'esclusione della garanzia, il venditore è sempre tenuto per l'evizione derivante da un fatto suo proprio» - indurrebbe a ritenere che il limite in questione valga con riguardo a qualsivoglia forma di esclusione della garanzia, e quindi anche a quella di cui discorre l'art. 1488, co. 1, la quale, lo si è rimarcato più volte, è un'esclusione di nome ma non di fatto, consistendo semmai in una *limitazione* dell'evizione alla sola restituzione del prezzo e al rimborso delle spese. Un'interpretazione non strettamente letterale, che segnali l'effettivo significato della «esclusione della garanzia» nel linguaggio delle norme sull'evizione, può orientare alla soluzione che dove non c'è esclusione ma solo modificazione e diminuzione della garanzia, il limite del «fatto proprio» non operi, e trovi piuttosto applicazione quello di cui all'art. 1229. Altrimenti si deve concludere per la coesistenza di entrambi⁹⁰.

In secondo luogo, quando a rigore dovrebbe operare «l'unico limite» del fatto proprio, e cioè nell'ipotesi di vendita a rischio e pericolo, si ritiene che la garanzia sia dovuta anche nell'ipotesi di *dolo* del venditore, e cioè, sostanzialmente, quando questi abbia in malafede taciuto l'altruità della cosa, pur non riferibile ad un «fatto suo proprio», e abbia indotto il

⁸⁶ Conf. C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 791-792. *Contra*, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 746; 747 e ss. Più sfumata la posizione di P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 219 e ss.

⁸⁷ Per tutti, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 790-792.

⁸⁸ Sul punto, v. ancora F. BENATTI, *Clausole di esonero dalla responsabilità*, cit., p. 398 e ss.

⁸⁹ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 736, ma anche C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 787, ad avviso del quale «in quanto le diminuzioni ed esclusioni della garanzia per evizione attengono all'esonero della responsabilità contrattuale del venditore, esse ripropongono infatti un limite segnato all'autonomia privata in ragione di una essenziale esigenza di tutela minima del diritto alla prestazione».

⁹⁰ Senza approfondire, Cass. civ., 23 settembre 1985, n. 4711, cit., parla di «unico limite» a proposito dell'art. 1487, co. 2.

compratore a sottoscrivere la rinuncia totale alla garanzia per evizione, similmente a quanto prevede in materia di vizi l'art. 1490, co. 2 (su cui *amplius infra*)⁹¹.

Una forma di *autotutela* peculiare nel quadro dell'evizione è prevista in caso di «pericolo di rivendica» (art. 1481) o per il fatto della scoperta da parte del compratore, successivamente alla vendita, di garanzie reali o di altri vincoli sulla cosa acquistata (art. 1482): qui è consentita la *sospensione* del pagamento del prezzo oppure, nell'ipotesi di cui all'art. 1482 cpv., la fissazione di un termine giudiziale scaduto inutilmente il quale il contratto si risolve *di diritto*, con risarcibilità del danno ai sensi dell'art. 1479. Si tratta di una tutela singolare e ibrida – nella quale il meccanismo tipico della diffida ad adempiere *ex art.* 1454 viene calato in una dimensione giudiziale, mentre l'effetto risolutorio opera al di fuori del processo e indipendentemente dal giudizio di non scarsa importanza dell'inadempimento – ritenuta in giurisprudenza *alternativa* alla ordinaria tutela dell'inadempimento (come predicato anche in tema di evizione al ricorrere di un *inadempimento imputabile*). La peculiare dinamica temporale di questo meccanismo di tutela, ove la risoluzione è necessariamente subordinata alla infruttuosa scadenza del termine giudizialmente fissato, ha portato a affermare che qui non operi il divieto di *mutatio* di cui all'art. 1453, co. 2. Dopo la proposizione della domanda *ex art.* 1482, co. 2, il compratore (o il promissario acquirente) potrebbe quindi domandare l'adempimento in forma specifica, malgrado la precedente richiesta *sui generis* di risoluzione⁹², e alla fissazione del termine potrebbe provvedere il giudice anche in assenza di una specifica domanda di parte⁹³, non potendo pronunciarsi l'immediata risoluzione del contratto prima della decorrenza del termine, salvo il caso della risoluzione ordinaria in ragione di un inadempimento di non scarsa importanza. Com'è agevole arguire, queste tutele si prestano ad una diversa articolazione su base pattizia⁹⁴.

L'operatività della garanzia per evizione richiede, in alcune circostanze, la collaborazione del compratore, il cui onere controbilancia la speditezza e la relativa facilità di presupposti di questo sistema di tutela: il *diritto* alla garanzia viene meno se il compratore, convenuto in

⁹¹ Così, chiaramente, F. BENATTI, *Clausole di esonero dalla responsabilità*, cit., p. 399, nonché C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 793, che invoca al riguardo l'art. 1229 e conclude che «la clausola di rischio e pericolo non è quindi operante quando il mancato adempimento della prestazione traslativa sia imputabile a dolo o colpa grave del venditore (il quale, ad es., abbia alienato il bene pur sapendo di non poterne disporre)». Nella dottrina più antica, riconduce quest'ultima ipotesi alla nozione di fatto proprio («fait qui lui est personnel», secondo l'art. 1628 c.c. fr.), sovrapponendola al dolo, R.T. TROPLONG, *De la vente*, cit., n. 474, pp. 604-605: «Ainsi, vous me vendez un immeuble que vous ne vous êtes procuré que par une vente lésionnaire, et sur lequel pèse par conséquent une chance d'éviction. Si ce fait de lésion, qui est le vôtre, amène ma dépossession, vous serez responsable envers moi, malgré la stipulation de non-garantie»; e, più oltre, (*ivi*, n. 477, p. 606) «l'acheteur qui souscrirait aveuglément une convention par laquelle il consentirait à prendre à sa charge tous les faits antérieurs de son vendeur, sans se les faire déclarer, ferait un acte de folie; il favoriserait des réticences dolosives; il donnerait une prime à la mauvaise foi; une telle convention doit évidemment être considérée comme non écrite». *Contra*, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 746-747, per cui si non si avrebbe in questo caso fatto proprio del venditore bensì dolo, rilevante sotto il precetto dell'art. 1229, onde (erroneamente) la dichiarata superfluità dell'art. 1487, co. 2.

⁹² V. Cass. civ., 7 dicembre 1977, n. 5300, in *Giur. it.*, 1979, I, c. 367; più di recente, Cass. civ., 5 agosto 2015, n. 16388, in *De Jure*.

⁹³ In dottrina, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 708-709. In giurisprudenza, Cass. civ., 23 febbraio 1982, n. 1119, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1607.

⁹⁴ Specificamente riconosciuta da Cass. civ., 17 giugno 1955, n. 1877, in *Giust. civ. Mass.*, 1955.

giudizio dall'evincente, non chiama in causa il venditore, e questi riesce a dimostrare che intervenendo avrebbe potuto far valere ragioni sufficienti per respingere la pretesa dell'attore (art. 1485, co. 1); oppure se il compratore spontaneamente riconosce il diritto reclamato del terzo, a meno che non provi che dette ragioni non sussistevano (art. 1485, co 2).

Il sottosistema riconosce anche una via alternativa al normale operare della garanzia per evizione, espressamente contemplando una possibilità transattiva altrimenti rimessa all'accordo delle parti e alla loro creatività, e cioè la *facoltà* del venditore di liberarsi degli obblighi nascenti dalla garanzia *rimborsando* al compratore la somma da questi pagata al terzo per evitare l'evizione, integrata dagli interessi e da «tutte le spese» (art. 1486).

Pur trattandosi di una agevolazione per il venditore – che avrà interesse ad avvalersi di questa facoltà quando la somma pagata dal compratore sia inferiore a quella cui egli sarebbe tenuto ai sensi dell'art. 1483 – la norma ribadisce «il principio che l'acquirente deve uscire indenne dalla pretesa del terzo, senza però arricchirsi a danno dell'alienante (né far ricadere su questi le conseguenze dei suoi atti imprevedenti o azzardati)»⁹⁵. L'art. 1486 appare disposizione particolarmente interessante ai nostri fini perché commina il suo effetto mediante la previsione di una *facoltà* del venditore anziché di un *diritto* dell'acquirente⁹⁶. Ciò trova spiegazione se si considera che quello in esame non è un *effetto secondo*, col quale la legge reagisce all'evizione ascrivendo posizioni giuridiche sostantive alle parti coinvolte, ma, a ben vedere, un *effetto terzo*. L'evizione quale *torto* è stata infatti già neutralizzata («evitata») dal compratore col pagamento di una somma di denaro al terzo; il compratore ha il *diritto* di ascrivere al venditore le conseguenze anche potenziali dell'evizione e, perciò, di essere posto nella stessa situazione economica patrimoniale in cui si sarebbe trovato se l'acquisto non fosse stato turbato da alcuna pretesa di terzi; il venditore ha la *facoltà* di adempiere l'*obbligo* di garanzia (qui si apprezza l'opinione dottrinale secondo cui l'evizione più che una garanzia è una forma di *responsabilità*⁹⁷), rimborsando al compratore la somma con cui ha tacitato il terzo, oltre gli interessi e «tutte le spese», anche se questa somma non corrisponde alla misura *legale* della garanzia, e sfuggendo altresì all'eventuale risarcimento del maggior danno (comprendente l'interesse positivo), giacché *ex art.* 1486 il venditore si libera di «tutte le conseguenze della garanzia»⁹⁸, pur rimanendo salva, in ogni caso, l'applicazione dell'art. 1485, ult. co.

⁹⁵ Così, P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 210-211.

⁹⁶ Il quale non può ottenere alcuna condanna al *rimborso* ma solo alla restituzione e ai risarcimenti che discendono dall'applicazione della garanzia per evizione ai sensi degli artt. 1483 e 1479. Per un caso, si v. Trib. Bergamo, 12 giugno 2002, in *Giur. merito*, 2002, 1249, nonché in *De Jure*.

⁹⁷ Così, D. BARBERO, *Sistema*, II, cit., p. 281, ripreso da A. DE MARTINI, *Evizione*, cit., p. 1054 e ss.

⁹⁸ D'altronde, osserva D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 724-725, «il fatto successivo del compratore, che ha ricomprato la cosa dal terzo a maggior prezzo, rompe il nesso di causalità fra la colpa del venditore e il particolare danno costituito dalla differenza tra la somma pagata al terzo e quella complessivamente dovuta dal venditore a titolo di garanzia ordinaria, e rende questo particolare danno, nei confronti del venditore, un danno indiretto e quindi non risarcibile (art. 1223). Anzi, se preferisce non avvalersi dell'art. 1486, il venditore, anche se è in colpa, deve solo rimborsare il prezzo e le spese fatte dal compratore per il contratto di vendita, e invece, non deve rimborsare le spese fatte dal compratore per la cosa né l'eventuale maggior valore effettivo della cosa rispetto al prezzo di vendita: perciò la differenza fra la garanzia ordinaria e la responsabilità limitata *ex art.* 1486 si riduce all'eventuale differenza di ammontare fra il prezzo di vendita e la somma pagata dal

La disciplina legale dell'evizione si presenta come una fitta trama normativa nelle cui pieghe è dato ritrovare significativi interstizi ove l'autonomia delle parti può svolgersi eliminando o modificando gli effetti disposti *ex lege*. Più che per un esplicito riconoscimento di questa facoltà dispositiva, le norme analizzate si segnalano - e qui risiede la loro importanza - perché consentono di individuare in modo sufficientemente chiaro i *limiti* che quegli effetti voluti dalle parti debbono rispettare, dal che si desume, per converso, quanto e fin dove esse possano spingersi nell'articolare tutele alternative.

compratore al terzo (o il valore del diverso sacrificio economico sopportato dal compratore per tacitare il terzo)».

CAPITOLO QUARTO

IL SECONDO «SOTTOSISTEMA» DI TUTELE:

GARANZIA CONTRO I VIZI E LE MANCANZE DI QUALITÀ

SOMMARIO: 1. Garanzia contro i vizi e mancanza di qualità: analogie funzionali e differenze sostanziali con il sottosistema dell'evizione. - 2. Come il «fatto proprio» del venditore incida sulla (derogabilità della) garanzia contro i vizi. - 3. La rilevanza degli usi nella articolazione della garanzia contro i vizi e le mancanze di qualità. - 4. L'incidenza sul contenuto della garanzia dell'impossibilità di restituire la *res*: origini ed evoluzione di una regola (art. 1492, co. 3). - 4.1 *Segue*. L'impossibilità restitutoria per alienazione o trasformazione della *res*. - 4.2 *Segue*. L'art. 1492, co. 3 espressione di un principio generale?. - 5. L'esclusione convenzionale della garanzia contro i vizi e le mancanze di qualità: è ammissibile una vendita «a rischio e pericolo del compratore» in relazione ai vizi?. - 6. La conformazione negoziale della garanzia contro i vizi. L'azione di esatto adempimento «voluta» dalle parti. - 6.1. *Segue*. L'azione di esatto adempimento e la «natura» della vendita: teorie e limiti.

1. Garanzia contro i vizi e mancanza di qualità: analogie funzionali e differenze sostanziali con il sottosistema dell'evizione

Alle norme sull'evizione segue la disciplina che il Codice riserva ai vizi e alla mancanza di qualità delle cose compravendute (artt. 1490 – 1497). Norme molto note, frequentemente invocate in giurisprudenza e in letteratura.

Quelle sui vizi danno luogo anch'esse ad un particolare «sottosistema», il quale, tuttavia, si può dire, tende a correre sullo stesso doppio binario proprio della garanzia per evizione sin qui studiata¹. In presenza di vizi nella cosa immobile o mobile acquistata, il compratore può attivare delle tutele che, indipendentemente dalla generale disciplina dell'inadempimento, gli consentono di ottenere l'eliminazione del rapporto per via di risoluzione con *conseguente* rimessione in pristino, e cioè nella medesima situazione in cui il compratore si sarebbe trovato se non avesse concluso il contratto, o una sua modificazione mediante la riduzione del prezzo pattuito. Il dettato normativo è in lieve misura più chiaro di quello offerto dalle disposizioni sulla vendita di cosa altrui e sull'evizione nel prevedere

¹ Un'affermazione in Cass. civ., 9 agosto 1960, n. 2349, in *Giust. civ. Mass.*, 1960, p. 881 (citata da Cass. civ., 23 maggio 1962, n. 1193, cit., su cui *supra* ampiamente): «il compratore che abbia sofferto un danno a causa dei vizi o del difetto di qualità della cosa può rinunciare a chiedere la risoluzione del contratto, e, quindi, la restituzione del prezzo, ovvero, nell'ipotesi di vizi, a domandare una riduzione del prezzo pattuito, e limitarsi, invece, a far valere il diritto al risarcimento del danno per l'inadempimento colpevole del venditore, sulla base delle norme generali degli art. 1218 e 1223 c.c., sempre che dimostri la fondatezza, in tesi, della proposta azione di garanzia». Ma v. anche Cass. civ., 30 gennaio 1967, n. 263, in *Foro it.*, 1967, I, c. 497, con ricca nota di richiami di F. Pellegrino.

che il profilo *risarcitorio* sia affidato al sistema della responsabilità contrattuale, e perciò assoggettato, almeno prevalentemente, alle sue regole (art. 1494)².

Dunque, norme «speciali» e apparentemente autonome dalla parte generale per quanto attiene al contratto, da considerarsi «viziato» come la cosa che ne forma l'oggetto; norme «generali», ma sottoposte ad importanti deroghe sul fronte del tempo e del modo della loro applicazione, per ciò che riguarda le conseguenze economiche derivanti dal vizio, in eccedenza rispetto alle «spese e (a)i pagamenti legittimamente fatti per la vendita», che, a norma dell'art. 1493, rientrano tra gli «effetti della risoluzione del contratto».

Su questo secondo versante sono declinate le tutele contro la mancanza di qualità promesse o essenziali per l'uso cui la cosa è destinata (art. 1497): il riferimento è alle «disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento» – formula che significativamente non ricorre in nessun'altra delle disposizioni sulle garanzie nella vendita – cui si applicano tuttavia le regole speciali di cui all'art. 1495. Pur in assenza di un'esplicita previsione, questo modello è adottato anche per il profilo risarcitorio in caso di mancanza di qualità³.

Nonostante la somiglianza nel *modus operandi*, fra garanzia per evizione e garanzia per vizi corrono notevoli differenze. Si tratta di differenze di ordine normativo che riguardano non tanto, come si è accennato, il *contenuto* della garanzia, gli effetti che la loro attivazione produce sul contratto di vendita, quanto piuttosto i *presupposti* e i *limiti* di funzionalità delle due tutele, come essi traspaiono dal testo delle previsioni di legge. È questo, d'altronde, il piano che interessa alla presente analisi poiché nei presupposti impliciti e nei limiti che presiedono all'operare delle garanzie si trovano le ragioni della rinunciabilità e della derogabilità della loro disciplina legale.

Le differenze fra le due garanzie sembrano rimontare ad una fondamentale divergenza che attenua di molto il valore della affermazione, ricorrente in giurisprudenza e in dottrina, secondo cui tanto l'evizione (e già, prima della sua compiuta verifica, l'altruità della cosa ceduta), quanto la presenza di vizi, determinerebbero una rottura del *sinallagma funzionale*, fatto obiettivo che giustificerebbe il fondamento delle garanzie e il loro regime⁴.

Eppure, come non riconoscere che la rottura del sinallagma o l'inadempimento dell'attribuzione traslativa che l'evizione realizza è di ben *altro* tenore e grado rispetto a

² *Contra*, per l'idea che anche la tutela *ex art.* 1494 rientri nella pura garanzia e consenta il risarcimento dell'interesse positivo, L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 17 e ss.

³ Così in giurisprudenza, tra le tante, Cass. civ., 13 marzo 1980, n. 1696, in *Giust. civ. Mass.*, 1980; Cass. civ., 3 agosto 2001, n. 10728, in *Contratti*, 2002, p. 175; Cass. civ., 16 dicembre 2019, n. 33149, in *De Jure*. Nel merito, Trib. Grosseto, 3 ottobre 2018, n. 844, in *De Jure*.

⁴ In giurisprudenza, si v. specialmente Cass. civ., 26 settembre 2018, n. 23015, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1358, con nota di M. Magliulo, nonché Cass. civ., 16 dicembre 2019, n. 33149, cit. Con riguardo ai vizi, particolarmente nitida è su questo punto, la risalente Cass. civ., 30 marzo 1932, in *Foro it.*, 1932, I, c. 1079 e ss., secondo cui «perché un difetto della cosa venduta ignoto al compratore possa dar luogo ad azione di garanzia è necessario e sufficiente che esso determini una apprezzabile rottura dell'equilibrio delle prestazioni reciproche fra i contraenti e faccia venir meno nella vendita il carattere commutativo». In dottrina, per tutti, C.G. TERRANOVA, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 73. Con originalità, ma senza svilupparne la trattazione, rimarca la diversità fra fatto evizionale e vizi occulti, e le rispettive garanzie, criticando l'attrazione dei secondi entro la tematica dell'inadempimento (v. *infra* nel testo), M. ALLARA, *La vendita*, cit., pp. 108-110.

quanto consegue dalla presenza di vizi redibitori? Si è scritto, muovendo dalla tesi appena richiamata, che tra le due fattispecie si misurerebbe la distinzione tra un adempimento inesatto (dato dai vizi) e un inadempimento totale (dato dall'evizione)⁵. Il raffronto appare riduttivo e fuorviante, se si considera che la tutela redibitoria è data allo stesso tempo contro vizi suscettibili di *diminuire* in modo apprezzabile il valore della cosa e contro vizi che ne potrebbero causare il *perimento*, ipotesi, questa sì, avvicinata all'evizione, ma ha il pregio di segnalare con una certa enfasi il divario fra i due istituti.

Il vero è che con l'evizione (totale) il compratore *perde* la disponibilità giuridica e materiale della cosa (salvo il caso della sopravvenuta legittimazione del venditore, su cui si rifletterà *infra*); in presenza di vizi, invece, la disponibilità giuridica *rimane* astrattamente inalterata (salvo il caso della distruzione) e quella materiale variamente *diminuita*, poiché non si può escludere un eventuale diverso impiego funzionale od economico del bene viziato.

Da questa radicale differenza riscontrabile in fatto sembra discendere il diverso regime normativo della garanzia per vizi, nella parte in cui condiziona l'operatività delle tutele a presupposti assenti nel vicino campo dell'evizione, o allorché ammette l'evitabilità di determinati effetti, i quali, invece, in materia di evizione, si collocano nell'area dell'indisponibilità.

Il primo elemento che testimonia il carattere, per così dire, non irreversibile della presenza di vizi è dato dal rilievo decisivo che assume la loro *riconoscibilità*.

Secondo l'art. 1491, «non è dovuta la garanzia se al momento del contratto il compratore conosceva i vizi della cosa; parimenti non è dovuta, se i vizi erano facilmente riconoscibili, salvo, in questo caso, che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi».

È dunque prevista un'esclusione *legale* della garanzia, nel senso che, come il tenore letterale aiuta a comprendere, essa non sorge nemmeno di fronte a vizi riconosciuti dal compratore, in quanto effettivamente percepiti, o che questi avrebbe potuto facilmente riconoscere, a meno che il venditore non ne dichiari espressamente l'insussistenza. La legge presume che l'acquisto consapevole di un bene viziato implichi l'accettazione del suo stato, e dunque la presenza di un interesse del compratore, ragionevolmente bilanciato da uno sconto sul prezzo, a diventarne proprietario malgrado la difettosità, e perciò impedisce al compratore di avanzare successive pretese in ordine ad essa. La garanzia riguarda i vizi *occulti* (o *non facilmente riconoscibili*) e quelli facilmente riconoscibili allorché il venditore abbia *dichiarato*⁶ che la cosa non è affetta da vizi: in quest'ultima ipotesi, ancor più che un'esplicita tutela di un «supplementare» affidamento del compratore, si ha la consequenziale risposta normativa alla speciale circostanza che l'impegno traslativo abbia ad oggetto non la cosa per come *appare*, con i suoi riconoscibili vizi, ma per come essa viene

⁵ Così, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 864.

⁶ In un'interessante decisione, Cass. civ., 13 settembre 2004, n. 18352, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 9, interamente in *De Jure*, conferma la sentenza d'appello secondo cui nella condotta del produttore di latte che, a fronte di una clausola contrattuale la quale lo obbligava a consegnare separatamente il latte prodotto da mucche sottoposte a trattamento antibiotico, consegna la partita di merce convenuta senza operare alcuna separazione in recipienti distinti, si ha «una indiretta garanzia dei venditori che il prodotto fosse esente da vizi» ai sensi dell'art. 1491.

descritta e presentata dal venditore. Ed è il fatto che essa risulti poi diversa da come è stata presentata dal venditore a legittimare l'esercizio della garanzia da parte del compratore nonostante la riconoscibilità del vizio⁷. Se mancano dichiarazioni o assicurazioni del venditore, invece, al compratore è imposto «un onere di diligenza minimo nella scoperta del vizio, in applicazione del principio di autoresponsabilità»⁸, il mancato assolvimento del quale esclude in radice la garanzia: il rischio dei vizi è allocato dalla legge sul compratore, che lo sopporta indipendentemente da qualsiasi colpa del venditore⁹, com'è proprio della garanzia.

Nulla di tutto ciò nell'evizione, ove la garanzia opera indipendentemente da qualsiasi valutazione soggettiva di *conoscibilità* del fatto evizionale da parte del compratore al momento della conclusione del contratto¹⁰ - questa semmai rileva *ante evictionem* nella disciplina della vendita di cosa altrui non *escludendo* le tutele ma *posticipandone* l'esercizio, lo si è visto *supra* - e dove nessuna norma prevede che la garanzia possa per alcun motivo non essere *dovuta*, l'unica esclusione possibile essendo quella *voluta* dalle parti, nei limiti esaminati (artt. 1487, co. 2 e 1488). Nel quadro delle due garanzie la norma di cui all'art. 1491 è un *unicum* che riflette la segnalata peculiarità dei vizi quale forma di imperfetta realizzazione dell'impegno traslativo.

2. Come il «fatto proprio» del venditore incida sulla (derogabilità della) garanzia contro i vizi

Anche la disciplina dell'esclusione *convenzionale* della garanzia per i vizi - altra fattispecie nella quale la garanzia non sorge¹¹ - riflette la particolarità dei vizi materiali rispetto al fenomeno dell'evizione. «Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa», recita l'art. 1490, co. 2.

La disposizione sembra un'applicazione del principio di responsabilità per fatto doloso¹², dal momento che la malafede con cui il venditore, consapevole dell'esistenza di vizi, li tace al compratore integra il dolo.

⁷ Così, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 819 e ss.

⁸ In questo senso, Cass. civ., 2 aprile 1997, n. 2862, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 517, interamente in *De Jure*.

⁹ V. D. RUBINO, *La compravendita*, pp. 791-792.

¹⁰ In giurisprudenza, lo puntualizza, tra le più recenti, Cass. civ., 10 ottobre 2011, n. 20877, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, p. 1622. In dottrina, si v. per tutti D. RUBINO, *Op. ult. cit.*, pp. 648-649, e i riff. ivi indicati, che rimarca l'argomento tratto dall'ultimo co. dell'art. 1482.

¹¹ L'identità funzionale fra esclusione legale (art. 1491) ed esclusione convenzionale (art. 1490, co. 2) della garanzia per vizi è rimarcata da Cass. civ., 11 dicembre 2000, n. 15395, in *De Jure*, secondo cui in entrambi i casi «non è neppure configurabile un inadempimento, sanzionabile con il risarcimento dei danni» ai sensi dell'art. 1494. Sul punto già chiaramente Cass. civ., 6 febbraio 1992, n.1325, interamente in *De Jure*: «l'azione di risarcimento del danno, conseguente alla risoluzione del contratto, per vizi della cosa venduta, concessa al compratore dall'art. 1494 c.c., va tenuta distinta dall'azione di garanzia di cui all'art. 1492 c.c. - tant'è che può essere esercitata anche da sola - sul presupposto che sussistano tutti i requisiti della garanzia per i vizi e che ricorra, inoltre, la colpa del venditore, la quale invece - come si è già rilevato - esula dalla garanzia vera e propria».

¹² I riferimenti romanistici in R.J. POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, t.1, cit., pp. 196-197, n. 210.

Ma è pure una difesa contro possibili aggiramenti di natura pattizia: nell'economia della redibitoria il silenzio di malafede del venditore, oltre a rilevare ai fini del risarcimento del maggior danno *ex art.* 1494, può impedire la riconoscibilità del vizio occulto e consentire perciò l'operare della garanzia altrimenti esclusa; il venditore potrebbe pensare di neutralizzare a suo vantaggio gli effetti del proprio silenzio facendo sottoscrivere al compratore una clausola di esclusione della garanzia; l'art. 1490 cpv. impedisce che un simile disegno vada in porto dichiarando l'inefficacia di una simile clausola, anche qualora fosse di mera modificazione (a danno del compratore) della garanzia, rendendo quest'ultima *pienamente* operativa¹³. In questo senso la norma in esame rappresenta il contraltare dell'art. 1491, ult. parte, secondo cui il venditore è tenuto contro i vizi facilmente riconoscibili quando abbia dichiarato all'acquirente, assicurandolo, l'integrità della cosa venduta.

Se si guarda al regime dell'evizione si ha la sensazione di una regola ben diversa. L'esclusione della garanzia – anche quella *totale*, possibile solamente con la stipula di una vendita a rischio e pericolo del compratore *ex art.* 1488, co. 2 – trova un limite nel semplice *fatto proprio* del venditore, quale antecedente causale della successiva evizione. Perché allora nell'ambito dei vizi il limite all'esclusione per via convenzionale della garanzia parrebbe essere ancorato ad un parametro soggettivo quale è il silenzio *doloso* del venditore e non al mero *fatto proprio*? Anche la garanzia per vizi, lo si è ribadito più volte, al pari di quella per evizione prescinde dalla colpa, e a maggior ragione dal dolo, ragione, questa, con cui si è spiegato (v. *supra*) il senso dell'art. 1487, co. 2 e la sua specificità rispetto al più generale principio espresso dall'art. 1229, sicché logicamente si potrebbe pensare ad una regola analoga anche nel regime dei vizi.

Questa congettura, tuttavia, trova un ostacolo nel decisivo ruolo svolto dall'elemento della (facile) *riconoscibilità* nel contesto della garanzia di cui all'art. 1490: il venditore risponde soltanto dei vizi *non facilmente riconoscibili* dal compratore, al di là dei quali è la legge stessa a stabilire che il venditore si trova in un'area di «irresponsabilità». Qualsiasi *ulteriore* limitazione della responsabilità del venditore convenuta dalle parti trova perciò quale punto di partenza *legale* e dispositivo, al cui superamento esse sono appunto interessate, non una pura responsabilità «obiettiva» del venditore in ragione del semplice verificarsi del «torto» in questione, ma una responsabilità suscettibile di essere già esclusa *ex lege* qualora si ravvisi un certo atteggiamento del compratore, che avrebbe potuto riconoscere i vizi della cosa e rifiutarsi di concludere il contratto (anticipando l'effetto della *redhibitoria*) o contrarre condizioni più vantaggiose (anticipando l'effetto della *aestimatoria*).

¹³ Il silenzio, e cioè la reticenza del venditore che conosce i vizi ma omette di rivelarli all'acquirente, se si inserisce in un comportamento preordinato ad ingannare la controparte, mediante raggiri o altri strumenti, può valere ai fini dell'annullamento del contratto. Sul punto, R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 274. Ma l'*occultamento* del vizio è un'ipotesi attratta anche sotto la tutela redibitoria dall'art. 1495, co. 2, che dispensa il compratore dall'onere della denuncia, sicché sembra configurabile un concorso elettivo di azioni, con notevoli vantaggi in punto prescrizione per il compratore. Si v. al riguardo, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 793-794, secondo cui anche il silenzio di malafede (a rigore distinguibile dall'*occultamento*) giustificerebbe il venir meno dell'onere di denuncia *ex art.* 1495.

Il limite di inderogabilità stabilito dal capoverso dell'art. 1490 riflette quindi questo insieme di circostanze e reagisce pur sempre al *fatto proprio* del venditore, ma in un contesto nel quale rimane decisiva la *riconoscibilità* del vizio da parte del compratore: il fatto proprio del venditore è il fatto con cui egli *impedisce* la riconoscibilità del vizio *al fine* di impedire che il compratore, riconosciuto il vizio e sapendo che di esso dovrà farsi carico, rinunci a concludere la vendita o pretenda un prezzo inferiore. Se non ci fosse un'esclusione convenzionale, la garanzia opererebbe comunque nonostante il silenzio del venditore per la presenza di un vizio *occulto* e cioè non riconoscibile. Ma se una clausola di esclusione o di limitazione fosse stata pattuita, il venditore sarebbe riuscito in questo modo a neutralizzare il proprio impegno in danno del venditore, sollevandosi da una responsabilità a cui altrimenti sarebbe andato incontro e di cui avrebbe potuto liberarsi soltanto se il compratore fosse stato pienamente consapevole dell'effettivo stato del bene (v. *infra*).

È questo il comportamento del venditore che la legge, con una propria norma *imperativa*, vuole evitare, stabilendo l'inderogabile e irrinunciabile responsabilità del venditore allorché abbia taciuto in mala fede il vizio al compratore, esattamente come prevede l'art. 1491 per il caso in cui, in presenza di vizi riconoscibili, il venditore ne abbia nondimeno dichiarato l'inesistenza. La specialità dell'art. 1490, co. 2, nel quale il principio di autoresponsabilità (cioè la responsabilità per il fatto proprio) viene coniugato con il requisito della non riconoscibilità del vizio, e dunque la circostanza che questa regola si ricolleggi più al precetto espresso dall'art. 1487 che non a quello dell'art. 1229¹⁴, spiega perché l'ipotesi della *colpa grave*, normalmente associata al dolo, non sia in esso contemplata e debba perciò ritenersi esclusa dal suo ambito applicativo: il venditore che ometta di dichiarare i vizi della cosa al compratore per *colpa grave*, e quindi non al precipuo fine di ingannare il compratore ma, ad esempio, per una sua marchiana dimenticanza, non sarà tenuto alla garanzia se, d'accordo con il compratore, ne avesse convenuto l'esclusione¹⁵.

¹⁴ Si v. F. BENATTI, *Clausole di esonero dalla responsabilità*, cit., p. 398, secondo cui «nonostante la diffusa opinione contraria, l'art. 1490, 2° co., c.c. non si colloca nell'area dell'art. 1229, 1° co.: invero la prima norma disciplina il patto di esonero della garanzia, mentre la seconda prevede il patto di esclusione della responsabilità per inadempimento; ed è noto che garanzia e responsabilità per inadempimento in senso tecnico sono concetti distinti». Per G. DE CRISTOFARO, *Autonomia privata e pattuizioni di esclusione totale della garanzia per vizi nei contratti di compravendita. Note a margine di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 219 e ss., l'art. 1229 non può essere invocato nei riguardi della pura esclusione della garanzia per vizi perché «le menzionate clausole di esclusione della garanzia per vizi sono rivolte ad impedire *in toto* la produzione di un effetto "naturale" che in loro assenza scaturirebbe *ex lege* dalla stipulazione del contratto di vendita, e non a modificare il regime normativo delle conseguenze giuridiche destinate a prodursi *ex lege* nell'ipotesi in cui si verifichi l'evento "coperto" dalla garanzia o - se si preferisce - nell'ipotesi in cui non risulti adempiuta l'obbligazione di risultato avente ad oggetto la condizione materiale della cosa compravenduta».

¹⁵ Da ultimo, v. Cass. civ., 11 maggio 2016, n. 9651, in *Guida al diritto*, 2016, p. 83, la quale, sia pure affermando in un passo la natura derogatoria dell'art. 1490, co. 2 rispetto alla regola generale di cui all'art. 1229, indebolisce questa affermazione di principio osservando: «d'altra parte, il fatto che l'art. 1490 cpv., esiga la mala fede del venditore, e non si accontenti della colpa grave, trova spiegazione nel fatto che tale disposizione è dettata con riferimento al momento della conclusione dell'accordo negoziale e mira a salvaguardare la genuinità dello scambio dei consensi; a differenza dell'art. 1229 c.c., che invece detta una norma che ha riguardo allo svolgimento del rapporto obbligatorio e all'adempimento delle obbligazioni già pattuite». Per un remoto precedente nella giurisprudenza francese che ammetteva l'operare della clausola di esclusione della garanzia al ricorrere di un «simple erreur» del venditore sull'esistenza del vizio, Cass. civ., 14 décembre 1909, in *D.*, 1911, I, p. 296 e ss. In dottrina, in questo senso, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 865-

La *garanzia* per i vizi, con le sue regole e i suoi effetti, non può essere esclusa – e l'eventuale clausola che lo stabilisse sarebbe inefficace (v. *amplius infra*) – quando il vizio *occulto* successivamente manifestatosi fosse stato in mala fede taciuto dal venditore, che lo conosceva e sceglieva di tacerlo per ottenere dal compratore l'accettazione di una esclusione o limitazione convenzionale della garanzia¹⁶ (cui il venditore sarebbe stato tenuto stante la non facile riconoscibilità del vizio)¹⁷. Correttamente si è ritenuto che al compratore spetti provare la conoscenza del vizio da parte del venditore, mentre è onere di quest'ultimo provare che il proprio silenzio fosse di buona fede¹⁸.

La *responsabilità* per inadempimento (della prestazione traslativa), anch'essa con le sue regole e i suoi effetti, non ammette invece esclusioni o limitazioni convenzionali quando il debitore abbia agito con dolo o colpa grave¹⁹: se essa viene fatta valere in riferimento a vizi o mancanze di qualità (art. 1494), il venditore, nonostante qualsivoglia previsione pattizia, sarà sempre tenuto per il proprio inadempimento doloso o gravemente colposo.

3. La rilevanza degli usi nella articolazione della garanzia contro i vizi e le mancanze di qualità

Il regime della garanzia per i vizi diverge da quello dell'evizione su un ulteriore punto, che concerne direttamente il tema delle tutele e della loro escludibilità convenzionale. Se, come si è rimarcato, la *riconoscibilità* del vizio elimina in radice la garanzia (art. 1491), al pari della *volontà* delle parti (art. 1492), entrambe in modo non assoluto ma entro limiti corrispondenti, dall'art. 1492, co. 1 si desume che una delle forme di tutela in cui consiste il contenuto della garanzia, e cioè la *risoluzione*, può essere esclusa anche dagli *usi*.

866; F.U. DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni: parte speciale*, Milano, 1943, sub art. 1490, p. 57. *Contra*, per l'equiparazione della colpa grave al dolo, F. GALGANO, *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, pp. 493-494.

¹⁶ Di «callido silenzio» parla Cass. civ., 5 febbraio 2016, n. 2313, in *De Jure*, secondo cui la contestazione dell'inefficacia del patto di esonero o limitazione della garanzia ex art. 1490, co. 2, integra un'eccezione in senso stretto, avendo ad oggetto «fatti» che non possono essere fatti valere per la prima volta in appello. D'altronde, a conferma di questa interpretazione, non può non notarsi che la norma, a differenza dell'art. 1487, non parla di *nullità* del patto ma si limita a dire che esso «non ha effetto».

¹⁷ Puntualmente, per l'affermazione secondo cui l'esclusione *convenzionale* della garanzia non può che concernere vizi occulti o non facilmente riconoscibili, P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 253. Secondo C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 823, n. 12, «la specifica regola sul patto di esonero della garanzia sembra esprimere una diversa idea: che cioè il venditore è tenuto anche per i vizi facilmente riconoscibili quando egli ne abbia maliziosamente taciuto l'esistenza al compratore, essendo consapevole che questi di fatto non li aveva riconosciuti». Ma questa soluzione pare infrangersi contro l'opposta regola sancita dall'ultimo periodo dell'art. 1491: il venditore risponde (eccezionalmente) dei vizi facilmente riconoscibili quando abbia *dichiarato* che la cosa è esente da vizi, non quando li abbia taciuti. Dei vizi facilmente riconoscibili, in assenza di dichiarazioni volte ad ingenerare affidamenti contrari, il venditore non risponde *ex lege*: non ha bisogno di ulteriori patti.

¹⁸ Così, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 866, secondo il quale l'intenzione dolosa del venditore si presume in base al *quod plerumque accidit*, salvo prova del contrario. Nello stesso senso, in una fattispecie analoga, quella dell'art. 1529, co. 2, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 412 e n. 11: «non può dirsi, ad ogni modo, che la mala fede consista nel fatto stesso che il venditore non denunci il fatto conosciuto».

¹⁹ Così, C.M. BIANCA, *Op. ult. cit.*, p. 822. Una soluzione analoga si è segnalata in tema di evizione: v. *supra*, cap. III § 5.

Si tratta di una norma molto significativa. È la prima di parte speciale, e dunque nella disciplina della vendita, a richiamare esplicitamente gli usi quale fonte di integrazione del tipo, a riprova di un antico e inesauribile ruolo *normativo* delle consuetudini nel mondo della vendita (v. spec. art. 1496) e dei contratti tipici. Ma ad interessare è anche il significato di questo richiamo, che sembra collocarsi con precisione, assieme alle altre ricordate ipotesi di esclusione della garanzia, entro la fattispecie dell'art. 1374: la legge (quanto ai vizi facilmente riconoscibili); la volontà delle parti (salvo i vizi occulti conosciuti dal venditore e taciuti in mala fede); ed ora gli *usi* (per quanto attiene alla tutela redibitoria in senso stretto) sono tutte possibili *fonti* dell'esclusione della garanzia contro i vizi.

Questa intromissione degli usi nella dinamica della risoluzione si riscontra anche con riferimento alla mancanza di qualità della cosa. Se, infatti, l'art. 1492 lascia intendere che gli usi possano escludere la risoluzione in presenza di determinati vizi, *a vantaggio* però della riduzione del prezzo, dall'art. 1497 si desume che la risoluzione – regolata «secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento» – può dirsi esclusa, nel senso che non sorge il diritto di domandarla, quando il difetto di qualità non ecceda «i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi». In questo caso, però, stando alla lettera dell'art. 1497, non vi sarebbe spazio per la tutela alternativa rappresentata dalla *quantis minoris*²⁰.

Anche in relazione alla tutela di cui all'art. 1497 si manifesterebbe dunque quella «croce della vendita», com'è stato definito lo sforzo di conciliare le norme sulla garanzia con il sistema dell'inadempimento²¹, per la apparente sovrapposizione di due diversi criteri. Da una parte, il rinvio esplicito alle disposizioni sulla risoluzione per inadempimento conduce all'applicazione dell'art. 1455, e dunque alla subordinazione della risolubilità ad un inadempimento di non scarsa importanza; dall'altra, la presenza di un altrettanto esplicito limite ancorato agli usi, analogo a quello fatto proprio dall'art. 1492, interrogano sul coordinamento delle due norme e, con maggiore introspezione, sulla *natura* di queste (diverse?) *risoluzioni*.

²⁰ Dà rilievo a questo riguardo alla lettera dell'art. 1497, L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria*, cit., p. 23, pur ritenendolo «poco comprensibile». Peraltro, per l'A. quella di cui all'art. 1497 è un'azione riconducibile nei presupposti e nella disciplina alla *garanzia*, stimando il richiamo alla disciplina generale dell'inadempimento «una costruzione sbagliata del legislatore». Più di recente, per l'esclusione della *quantis minoris*, G. AFFERNI, *La garanzia per i difetti materiali nella vendita. Una prospettiva di diritto privato europeo*, Torino, 2018, p. 96. Ma la presunta lacuna può essere facilmente colmata, o meglio ovviata, in forza di quel doppio binario di cui si è detto in apertura del presente capitolo: il compratore potrà ottenere gli effetti della riduzione del prezzo, quando la risoluzione è esclusa dagli usi o egli preferisce non domandarla, attraverso una domanda di risarcimento del danno, possibile «in ogni caso», ma al ricorrere dei presupposti di legge, ai sensi dell'art. 1494. Così, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 892, e n. 3., nonché P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 313-314, i quali sottolineano anche il possibile ricorso alla tutela in forma specifica, mediante l'azione di esatto adempimento, se e quando sia possibile (in questo ultimo senso, già R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., pp. 267-268). Sostiene invece «la generalità del rimedio (della riduzione del prezzo, NdR) nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive», C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 850. In giurisprudenza nega il ricorso alla *quantis minoris*, Cass. civ., 8 marzo 2013, n. 5845, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 975. Per la soluzione opposta, ricollegando la riduzione del prezzo alla domanda di risarcimento del danno (fondata sull'inadempimento del venditore e, dunque, sulla sua *colpa*), Cass. civ., 10 gennaio 1981, n. 247, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, ma già, chiaramente, Cass. civ., 30 gennaio 1967, n. 263, cit. *supra* alla n. 1, in una fattispecie di vendita su campione, il cui regime è ricondotto all'art. 1497.

²¹ L'espressione è in L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria*, cit., p. 3. Ma un rilievo di analogo significato è già in C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., n. 1664, p. 150.

La prima questione si può affrontare utilizzando il criterio di specialità, ed arrivare ad un esito – la risoluzione è condizionata alla gravità dell’inadempimento in tanto in quanto *non* vi siano usi che stabiliscano soglie di tollerabilità del difetto di qualità – che segnalerebbe la *coincidenza* di risultati oppure la *complementarietà* dei due criteri, di modo che quand’anche gli usi deponessero per la non tollerabilità del difetto, e dunque per la risolubilità del contratto, dovrebbe comunque valutarsi l’inadempimento alla stregua dell’art. 1455²². La seconda questione, invece, non si presta a risposte definitive. Non si tratta peraltro di un problema influenzato dalla prima questione poiché la risoluzione di cui all’art. 1497 potrebbe ben essere una figura ibrida che assomma i caratteri della risoluzione per inadempimento con altri propri della garanzia, quale è evidentemente il regime della sua proponibilità (art. 1497, co. 2), e come potrebbe anche essere in punto inadempimento risolutorio, restando solo da definire il coordinamento con l’art. 1455. Non convince però la conclusione secondo cui «vengono così ad equivalere negli effetti e perciò ad identificarsi nelle particolari fattispecie le due diverse ipotesi dell’art. 1455 e del primo comma dell’articolo in esame»²³: la somiglianza o anche la coincidenza degli effetti non dimostra l’identità delle due fattispecie, altro essendo la funzione, altro la natura dell’istituto.

Il dato differenziale fra le due ipotesi sta nella circostanza che la risoluzione per mancanza di qualità, al pari di quella per vizi non facilmente riconoscibili, cede di fronte a una *fonte* eteronoma *esterna*, diversa dalla legge, gli usi, i quali operano come un parametro prettamente *oggettivo*, indipendente da valutazioni riferibili al concreto interesse del creditore, cui invece si tende a riportare il giudizio di non scarsa importanza previsto dall’art. 1455 che lo menziona nel suo disposto²⁴. Non a caso si suole negare rilevanza al parametro degli usi quando si discuta di qualità *promesse*, rispetto alle quali, si dice, la comune considerazione delle parti quale concretizzazione dei reciproci interessi è tale da rendere qualsivoglia successiva difformità suscettibile di giustificare la risoluzione del contratto²⁵. Benché, va osservato, il limite della non scarsa importanza dell’inadempimento

²² Per la prima soluzione, v. P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 314. Per la coesistenza dei criteri, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 847, con rife. giurisprudenziali. In giurisprudenza, v. Cass. civ., 28 marzo 1996, n. 2843, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 362, che pare alludere ad una applicazione congiunta dei due criteri.

²³ Così P. GRECO – G. COTTINO, *loc. ult. cit.*, corsivo aggiunto.

²⁴ Per una diversa prospettiva, cfr. G. COLLURA, *Importanza dell’inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, p. 46 e ss., secondo cui «il riferimento alle qualità promesse o essenziali all’uso (...) si risolve in un criterio individualizzante che conferisce rilevanza alla destinazione economica del bene nel patrimonio dell’acquirente. Ciò che muta è invece il parametro di apprezzamento che viene fatto consistere, attraverso il richiamo agli usi, nella generale tolleranza di mercato. Questo diverso riferimento si può comprendere probabilmente con l’inerenza della norma alle vendite di massa». Una «concretizzazione» del limite di cui all’art. 1455, e dunque una figura diversa da quella sinora considerata, si ha nella regola di cui all’art. 1525, nell’ambito della vendita con riserva di proprietà: una «presunzione» di «scarsa importanza» che inibisce la risoluzione e la decadenza dal beneficio del termine per le rate successive a quella non pagata.

²⁵ Da ultimo, v. Cass. civ., 16 giugno 2016, n. 12465, in *De Jure*: «la qualità della cosa compravenduta, qualora sia espressamente promessa, assume, per volontà dei contraenti, un carattere di essenzialità di per se stesso incompatibile con la tollerabilità della sua mancanza, la quale quindi comporta sempre il diritto del compratore di ottenere la risoluzione del contratto»; v. anche Cass. civ., 25 marzo 1995, n. 3550, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1402, con nota di M. Maienza.

dovrebbe comunque rimanere fermo²⁶, a meno che non si accolga una superata concezione soggettivistica dell'inadempimento risolutorio, quasi che la promessa di determinate qualità corrispondesse a una clausola risolutiva *inespressa*.

Se si volesse instaurare un paragone dovrebbe dirsi che il riferimento agli usi dell'art. 1497 per le mancanze di qualità corrisponde a quello contenuto nell'art. 1491, co. 1, per i vizi – in entrambi i casi si tratta di *consuetudini* contrarie al ricorso alla risoluzione cui la legge sceglie di subordinarsi. Diversamente, il limite rappresentato nella disciplina generale dalla non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455) trova quale *pendant* nel sottosistema della garanzia e della azione per mancanza di qualità il presupposto stesso del loro operare, e cioè la *entità* del vizio o della mancanza di qualità che legittima il compratore ad attivare la tutela redibitoria: vizi che rendano la cosa «inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore» (art. 1490) e difetti di «qualità promesse ovvero (di) quelle essenziali per l'uso cui è destinata» (art. 1497). Sono questi presupposti a svolgere il ruolo proprio della gravità dell'inadempimento *ex art. 1455*, selezionando il tipo di torto che, per l'impatto sul sinallagma, giustifica l'applicazione di tutele alternative (ma anche complementari) a quelle offerte dalla disciplina generale dell'inadempimento: in altre parole, nella vendita, la *gravità* dell'inadempimento *ex latere venditoris*, con riferimento all'integrità e alla qualità della cosa, è resa a livello di formulazione della fattispecie redibitoria²⁷. Su questo *giudizio* si sovrappone un'ulteriore operazione intellettuale, più di *accertamento* che non di *giudizio*, volta alla ricerca di *usi normativi* preclusivi di determinate tutele, che mirano ad assicurare una tutela *proporzionata* a fronte di determinati vizi o difformità, attraverso un *abbuono* sul prezzo²⁸. Dal punto di vista della tipologia di intervento del giudice, si tratta di momenti distinti e ben distinguibili, anche per i criteri alla stregua dei quali queste valutazioni vengono svolte. Nel contesto dell'art. 1497 la simmetria dei passaggi è alterata da quell'esplicito richiamo alla «disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento» che pone in forma più diretta il problema se si debba, e come, ricorrere anche al giudizio di cui all'art. 1455.

²⁶ Così infatti, SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 282; M. BACCIGALUPI, *Vizi, mancanza di qualità e cosa non contrattata*, in *Foro it.*, 1950, IV, c. 123, ma anche D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 772, con ulteriori distinzioni, tuttavia, non suffragate dal dettato normativo.

²⁷ La giurisprudenza oscilla nel concludere che la indicazione nella fattispecie dei caratteri del vizio redibitorio esaurisca il profilo della gravità o, invece, non escluda l'impiego dell'ulteriore criterio stabilito nell'art. 1455: Cass. civ., 26 settembre 2018, n. 23134, in *De Jure*, rifacendosi a Cass. civ., 25 settembre 2013, n. 21949, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, nonché per esteso in *De Jure*, segue la seconda soluzione. Ma per Cass. civ., 26 agosto 2015, n. 17138, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, e integralmente in *De Jure*, «in tema di garanzia per vizi della cosa venduta e per il caso in cui l'azione di riduzione del prezzo sia accordata al compratore non in via esclusiva, ma in via concorrente con l'azione di risoluzione, è inammissibile la domanda di riduzione esperita in subordine rispetto alla proposizione in via principale dell'azione di risoluzione, atteso che entrambe le azioni si ricollegano ai medesimi presupposti, cioè la sussistenza di vizi con le caratteristiche fissate dall'art. 1490 c.c., che stabilisce una disciplina della materia completa e non integrabile con le regole dell'art. 1455 c.c. sull'importanza dell'inadempimento, restando esclusa la configurabilità di un rapporto di subordinazione fra le rispettive domande, sicché il compratore deve scegliere fra l'una o l'altra», affermazione ricorrente in altre sentenze di legittimità e di merito.

²⁸ Gli dà risalto C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., n. 1675, p. 165, nonché nell'esemplificazione degli usi, *ivi*, n. 1664 *bis*, p. 151.

Qui preme sottolineare la cedevolezza delle tutele redibitorie legali – risoluzione, ma anche, almeno nella vendita di animali, riduzione del prezzo²⁹ - di fronte agli *usi*, ogniqualevolta questi vi siano e le norme di legge, come in questo caso, li richiamino (art. 8 prel.)³⁰. Non può dirsi lo stesso nell'ambito della disciplina generale dell'inadempimento, dove il giudizio di gravità di cui all'art. 1455 prescinde dalla considerazione di qualsiasi uso e può essere al più vinto *dalle parti* in relazione a determinati inadempimenti per il tramite di clausole risolutive espresse³¹; né, peraltro, in quello della disciplina codicistica degli altri contratti nominati, ove nessuna norma assegna agli usi la capacità di condizionare o influenzare l'insorgere di un mezzo di tutela così come accade nella vendita (cfr. anche l'art. 1512 secondo cui la garanzia *convenzionale* di buon funzionamento può essere dovuta in mancanza di pattuizione per l'effetto di usi). Di pretesi usi *negoziali* che incidano sulla tollerabilità dell'inadempimento al fine precipuo di precludere la risoluzione non si trova riscontro in giurisprudenza fuorché nella vendita: ciò porta a pensare che questi usi, quand'anche fossero negoziali, intervengono a regolare il rapporto in virtù del richiamo a loro fatto dall'art. 1497 (o 1496), e non *ex art.* 1340, e comunque entro il solo perimetro della vendita perché vi sono nella sua disciplina norme di legge che direttamente li invocano³².

²⁹ Così, Cass. civ., 21 febbraio 1969, n. 595, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1480, con nota di B. Novella, nella quale si legge che «le consuetudini parmensi stabiliscono (art. 8 della raccolta) che al compratore, per qualunque vizio o difetto redibitorio riscontrato nell'animale (nella specie, buoi da lavoro, NdR), non compete mai l'azione estimatoria, ma soltanto quella redibitoria. E gli usi locali possono, tra l'altro, ampliare o restringere il contenuto della garanzia e i rimedi offerti dalla legge, consentendone alcuni ed escludendone altri, e possono derogare a specifiche norme cogenti, con il solo limite del rispetto dei principi generali dell'ordine pubblico e del buon costume». Più di recente, presumibilmente riguardo ai medesimi usi, si v. Trib. Parma, 4 settembre 2018, in Banca dati *Leggi d'Italia*. Sul tema, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 835.

³⁰ Gli esempi riportati nella n. precedente, tratti dalla disciplina della vendita di animali, sembrano confermare che la *esclusione* di una tutela redibitoria *prevista dalla legge* in forza di un *uso* sia possibile ed efficace se e in quanto la legge stessa, secondo l'art. 8, co. 1, prel., richiami espressamente la fonte consuetudinaria, come nei casi degli artt. 1492, co. 1; 1497, co. 1. e, appunto, 1496, e non in virtù di una generale applicabilità degli usi *ex art.* 1374 – che presupporrebbe proprio la «mancanza» della legge – né *ex art.* 1340, dovendosi qui ragionare di usi normativi e non di clausole d'uso, benché la distinzione non sia sempre agevole (v. sul punto le considerazioni di C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 217-218), dal momento che qui vengono in discussione gli *effetti* del contratto e non il suo contenuto (in questo senso, per il valore di questa distinzione, v. A. PAVONE LA ROSA, *Usi normativi e usi negoziali*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, che classifica l'art. 1492 tra le disposizioni facenti riferimento a usi normativi. Per l'idea che gli usi possano modificare la disciplina legale della garanzia in tanto in quanto richiamati dalla legge, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 861). Non era così per le vendite commerciali regolate dal vecchio Codice di commercio, il cui art. 1 assegnava agli «usi mercantili» (generali o speciali) una posizione intermedia nella gerarchia delle fonti, inferiore alle leggi commerciali e superiore a quelle civili, con la conseguenza che la più parte della disciplina della garanzia redibitoria nelle vendite commerciali era regolata da usi: v. al riguardo C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., n. 1664 bis, p. 150 e ss. Anche dal superamento di quel sistema, con l'abolizione dell'art. 1 c. comm. e dalla sua mancata riproposizione, si trae un forte argomento a favore dell'idea che nella disciplina attuale gli usi concorrano a regolare l'istituto della garanzia redibitoria soltanto in presenza di norme di legge che li invocano: sotto questo aspetto non si è avuta una «commercializzazione» del diritto privato.

³¹ Molto chiaramente sul punto, per il nesso fra clausola risolutiva espressa e importanza dell'inadempimento *ex art.* 1455, E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto, Parte speciale*, nel *Codice civile. Libro delle Obbligazioni, Commentario*, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, vol. I, sub art. 1455, Firenze, 1948, p. 821, nonché, tra gli altri, G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, cit., p. 122 e ss. Per V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., cit., p. 905, proprio qui sta il «senso forte della clausola risolutiva espressa».

³² Ugualmente per quanto riguarda le c.d. differenze quantitative nell'adempimento della prestazione di consegna della *res vendita*, su cui, ad es., App. Firenze, 23 marzo 1982, n. 263, in *Arch. civ.*, 1983, I, p. 305: «la differenza (in più, ma generalmente, in meno) che viene o deve essere tollerata dipende dalle clausole

4. *L'incidenza sul contenuto della garanzia dell'impossibilità di restituire la res: origini ed evoluzione di una regola (art. 1492, co. 3)*

La «cedevolezza» della garanzia contro i *vizi*, e segnatamente di quella che il Codice chiama agli artt. 1492 e ss. *risoluzione*, sembra inesauribile: con l'eccezione dell'equità³³, essa può essere preclusa dalla comune volontà delle parti (sui cui *infra*), e perfino per il verificarsi di determinati *fatti*. Anche nel sottosistema dell'evizione si registra una regola per certi aspetti simile, stabilendosi all'art. 1485 che il compratore perda il diritto alla garanzia quando abbia impedito al venditore di intervenire nel processo instaurato dall'evincente, frustrando in questo modo le ragionevoli possibilità per il venditore di *evitare* l'evizione – nel che consiste, sotto forma di *onere*, il primario contenuto della relativa garanzia (o responsabilità) – mentre le regole sull'evizione parziale, cui pure fa rinvio la fattispecie regolata dall'art. 1489, nel prevedere l'alternativa fra risoluzione e riduzione del prezzo ammettono sì l'esclusione della prima a vantaggio della seconda, ma ne rimettono sostanzialmente la scelta alla discrezionalità del compratore (v. *supra*, cap. III).

Nell'art. 1492, co. 3, invece, lo stesso *aut aut* parrebbe governato da meri fatti che, indipendentemente dalla volontà del compratore, sbarrano la strada alla risoluzione: se la cosa è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, la garanzia contro i vizi può essere fatta valere *soltanto* con la *quanti minoris*; diversamente, se il perimento è conseguente ai vizi, è *possibile* la risoluzione (al pari della riduzione del prezzo).

contrattuali e dagli usi locali, i quali ultimi non hanno bisogno di essere specificamente richiamati per vincolare le parti: tale margine di tolleranza va, peraltro, considerato ai fini di un duplice effetto, rilevando sia per la risoluzione del contratto, sia per la semplice rettifica del prezzo». Per C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 278-279, n. 1, «il richiamo (all'art. 1497 Ndr) vale anche in tema di inesattezza quantitativa se si ritiene che la quantità rientri fra gli attributi qualitativi in senso ampio del bene» ma, altrove (*ivi*, p. 217), l'A. inclina per la possibile applicazione di clausole d'uso. Occorre poi considerare che in questo campo un esplicito via libera agli usi è dato anche dall'art. 1181 a proposito di adempimento parziale (che gli usi lì menzionati siano normativi è affermato da A. PAVONE LA ROSA, *Usi normativi e usi negoziali*, cit.; Trib. Roma, 15 febbraio 2018, in Banca dati *Leggi d'Italia*, in motivazione). Come è stato rilevato in giurisprudenza, tuttavia, tra art. 1181 e art. 1455 non c'è interferenza, attenendo il primo «al potere del creditore di rifiutare la prestazione parziale e di agire, quindi, per il conseguimento dell'intero, e (il secondo) al potere del contraente di ottenere la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive, nel caso di inadempienza di non lieve entità dell'altra parte. Pertanto, il legittimo rifiuto dell'adempimento parziale, non può costituire elemento giustificativo della risoluzione del contratto e non esime dal valutare la importanza dell'inadempimento imputabile alla controparte». Così, da ultimo, Cass. civ., 5 agosto 2019, n. 20893, in *Guida al Dir.*, 2019, fasc. 48, p. 88. Gli usi vengono dunque in rilievo con riferimento al potere del creditore di *rifiutare* o meno l'*adempimento* parziale, non ai fini del giudizio di gravità dell'inadempimento nella risoluzione del contratto.

³³ Ma non così nel Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti, comune all'Italia ed alla Francia: ai sensi dell'art. 368, co. 2, «ma anche se il compratore domanda lo scioglimento del contratto, l'autorità giudiziaria può limitarsi a ridurre il prezzo, se ritiene che lo scioglimento non sia giustificato dalle circostanze». Norme analoghe erano state inserite nel progetto della Commissione reale e in quello ministeriale, di cui riferisce R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 252, n. 2, ma non furono accolte nel testo definitivo.

Si è così giunti al cospetto di una norma di grande rilievo, prestatasi nel tempo in letteratura e in giurisprudenza a notevoli «sovra-interpretazioni», perché in essa è stata ravvisata l'espressione di un più ampio e generale principio che, oltrepassando i confini della vendita e della garanzia redibitoria, troverebbe il suo fondamento nella disciplina della «risoluzione per inadempimento generale»³⁴.

Questa indagine, nel corso della quale già si è potuta constatare l'ingannevolezza dei nomi e l'ambiguità di un certo linguaggio, vuole suggerire cautela di fronte a pretesi «caratteri» assegnati *a priori* a istituti fuggevoli e multiformi, quale è la risoluzione, da cui trarre indicazioni per spiegare fattispecie di più ristretto ambito applicativo. Anzi, semmai, esorta al percorso inverso – dai «caratteri» della norma speciale alla loro (eventuale) ascrizione alla norma generale – per lo svolgimento del quale è bene muovere dagli antecedenti della norma speciale, qui l'ultimo comma dell'art. 1492.

Si è detto a proposito della vendita di cosa altrui, e si può riferire anche alla garanzia contro i vizi, che il Codice del 1942 ha scelto di chiamare *risoluzione* lo specifico mezzo di tutela con cui il compratore reagisce agli «inadempimenti» della prestazione traslativa per conseguire la rimessione in pristino, ogniqualvolta preferisca non conservare il rapporto. Si è poi rimarcato, vedendosi in ciò il segno di una mutazione puramente nominalistica, che la risoluzione, espressamente richiamata solo nell'importante fattispecie dell'art. 1480, è *immanente* alla evizione totale, pur manifestandosi più come una *dissoluzione* o uno *scioglimento* (per sopravvenuto difetto di causa), che non quale risoluzione, domandata ed ottenuta dalla parte interessata. Peraltro, ulteriore notazione, l'associazione della risoluzione menzionata nelle norme sulle garanzie alle «disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento» compare in una sola e problematica fattispecie, l'art. 1497, gemmata *ex novo* nella codificazione del '42 in mezzo alle norme sulla tutela redibitoria ma tradizionalmente pensata ed applicata quale «azione contrattuale».

Di risoluzione, o, secondo il lessico del tempo, di «condizione risolutiva tacita», non si faceva alcuna menzione nella disciplina della garanzia contro i vizi contenuta nel vecchio Codice del 1865, corrispondente pressoché *in toto*, nell'ordine e nella formulazione letterale, alle disposizioni del *Code* che vanno ancora oggi sotto gli artt. 1641-1649; ciò per la semplice ragione che neppure il Codice francese faceva uso in quell'ambito di *résolution* o di *condition résolutoire*.

In particolare, nella fattispecie del Codice abrogato che, come l'attuale art. 1492, declinava le tutele contro i vizi della cosa – l'art. 1501 riprodotto l'art. 1644 francese – si stabiliva che in presenza di vizi o difetti occulti «il compratore ha la scelta di rendere la cosa e farsi restituire il prezzo, o di ritenerla e di farsi restituire quella parte di prezzo, che sarà determinata dall'autorità giudiziaria».

Questa dicitura recupera fedelmente la nozione di *redhibitio* in cui consisteva l'originaria azione edilizia detta *redhibitoria*, ammessa in relazione alle vendite di schiavi e animali, e poi estesa dall'unificazione giustiniana a tutte le vendite di cose determinate, come accadde

³⁴ Così D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 804, n. 99. Ma l'idea è condivisa pressoché da tutta la trattatistica classica: si v., C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 856; 861; R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 252; P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 271-271; SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 267 e n. 36.

all'altra azione, tendente alla riduzione del prezzo e chiamata *quanti minoris* o *aestimatoria*³⁵. La *redhibitio* è infatti la *resa* o la *restituzione* della cosa viziata al venditore, a cui il compratore chiede che la riprenda (*redhibeo* < *red-*, *habeo*), e gli restituisca il prezzo pagato; mentre la *aestimatio* è la stima dell'effettivo valore del bene viziato, allo scopo di far conseguire all'acquirente una riduzione sul prezzo pagato, che si atteggia ad una parziale sua *restituzione*, ferma la ritenzione della cosa.

L'azione redibitoria in senso stretto, come accolta dalla codificazione napoleonica e consegnata a quella italiana unitaria, ricalcava lo schema della *venditio* romana meramente obbligatoria ed appariva come una «(quasi) *restitutio in integrum* di entrambe le parti, talché anche il venditore deve essere rimesso nella situazione in cui si trovava prima della vendita, come se la *res* fosse *inempta*»³⁶. La redibizione è la rimessione in pristino stato che si realizza allorché ciascuna parte restituisce all'altra la prestazione ricevuta³⁷, dove l'adempimento «rovesciato» dell'una è la condizione per il conseguimento della restituzione altrui. In questo meccanismo non c'è spazio per un'*iniziativa* risolutoria: la risoluzione, semmai, come ebbe a osservare Mengoni riprendendo il pensiero dei commentatori (e con molto scetticismo sulla possibile configurazione della garanzia redibitoria sotto forma di *impugnazione* del contratto), la si ottiene *per viam restitutionis*, perché le restituzioni di entrambe le parti portano alla risoluzione del rapporto, similmente a quanto si è visto a proposito di evizione, per il tramite di «una azione diretta precipuamente a far valere, sulla base del contratto, la pretesa alla restituzione del prezzo»³⁸.

Infatti, siccome la tutela contro i vizi è tutela *del compratore*, l'interesse di questi, il *petitum* della sua domanda, è dato dalla *restituzione del prezzo*, alla quale in tanto può accedere in quanto possa offrire al venditore la restituzione della cosa venduta, risiedendo in questo *incrocio* di restituzioni il contenuto dell'azione redibitoria classica. La restituzione della cosa è, perciò, nella tutela redibitoria, un *prius*, più precisamente, l'adempimento di un *onere*³⁹ o,

³⁵ Cfr. C.G. TERRANOVA, *Redibitoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 2.

³⁶ Così, G. GORLA, *Azione redibitoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 879. Da questa configurazione muove l'indagine di E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, p. 101 e ss., sul rapporto tra regole restitutorie e l'azione redibitoria. Quest'ultima, scrive l'A. (*ivi*, p. 101), «per il fatto di costituire il primo nucleo storico, già nel diritto romano, di una risoluzione di fonte legale, rappresenta il modello più antico e consolidato di scioglimento unilaterale del contratto nel diritto europeo»

³⁷ «*Facta redhibitione, omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercesserit*», in D. 21, I, 60. Paul, 69 *ad ed.*

³⁸ L. MENGONI, *Profili di una revisione*, cit., p. 9. In senso analogo, F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. VII, *Dei contratti - del contratto di matrimonio e della vendita*, II ed., Torino, 1886, n. 183, p. 344, per cui «esercitando il compratore l'azione redibitoria, il contratto si risolve; onde sono applicabili al caso le norme che regolano la risoluzione dei contratti in genere», nonché, sia pure meno nettamente, F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, vol. XXIV, cit., nn. 289; 292, pp. 220; 221. Di una azione redibitoria che «crea la «risoluzione» del contratto» parla L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, *L'attuazione*, cit., p. 1095.

³⁹ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 317, e n. 32, secondo cui «technically, condemnation of the vendor was dependent upon restitution of the slave; there was no action that the vendor could bring to get the slave returned». Questa ricostruzione è stata coltivata in modo particolare, sotto il vigore del Codice del 1865 (cfr. le osservazioni nel testo), da G. GORLA, *La compravendita*, cit., p. 157 e ss., spec. p. 163 e ss., ed è stata fatta propria in giurisprudenza, pur nel mutato quadro normativo, da Cass. civ., 19 ottobre 1963, n. 2787, in *Foro it.*, 1964, I, c. 567 e ss., ove si legge che «anteriormente alla domanda giudiziale, alla quale retroagiscono gli effetti della sentenza di risoluzione, non sussiste un obbligo di restituzione in pristino *a parte emptoris*; il compratore ha un diritto di scelta che discende direttamente dal 2° comma dell'art. 1492; un diritto, che, allorquando sia esercitato con la pretesa riduzione in

nei termini già di Pothier, «ciò che il compratore deve offrire per essere ammesso a questa azione»⁴⁰, la condizione di ammissibilità per l'accoglimento della domanda di restituzione del corrispettivo.

In questo quadro si colloca tradizionalmente una regola che il Codice del 1865, traducendo l'art. 1647 del *Code* francese, rendeva così: «se la cosa che era difettosa, è perita in conseguenza de' suoi difetti, il perimento sta a carico del venditore, il quale è tenuto verso il compratore alla restituzione del prezzo, ed alle altre indennità indicate nei due articoli precedenti. È però a carico del compratore il perimento derivante da caso fortuito» (art. 1504).

È l'antecedente della norma racchiusa nell'ultimo comma dell'art. 1492, da cui si distingue in modo integrale, tanto nell'ambito applicativo quanto nella disciplina della fattispecie. Da essa si desume che il perimento della cosa affetta da vizi - l'unica vicenda allora considerata - incide diversamente sul sorgere della garanzia a seconda della ragione per cui si è verificato. Le ipotesi, a dispetto del tenore letterale, sono tre: difettosità della cosa, ascrivibile al venditore; caso fortuito (o forza maggiore); fatto imputabile al compratore. Nella prima la garanzia sorge ugualmente o, meglio, è *come se* sorgesse ugualmente. Il compratore non potrebbe adempiere l'onere di riconsegna perché la cosa è andata distrutta - ma, scrive Pothier, se qualcosa rimane o se erano stati consegnati accessori, conghi pure ciò che non è andato perduto⁴¹ - ciò nondimeno il venditore è tenuto alla restituzione del prezzo e alle altre indennità risarcitorie dipendenti dalla sua eventuale conoscenza del vizio. La legge supplisce all'impossibilità della prestazione di riconsegna da parte del compratore in ragione del fatto che essa non gli è imputabile, e trasla la sua non imputabilità sul venditore, indipendentemente da una colpa di quest'ultimo, come è proprio della garanzia, sancendo *tout court* che «il perimento sta a carico del venditore». L'origine del perimento sta infatti nella cosa stessa, che era obbligo del venditore trasferire senza vizi occulti.

Nelle altre due ipotesi, invece, la legge non supplisce alcunché e, severamente, addossa al compratore la perdita della cosa dovuta a caso fortuito e, *a fortiori*, a sua colpa: non potendo essere assolto l'onere della riconsegna della *res*, il compratore, stando alla lettera delle disposizioni, sopporta la perdita senza poter pretendere altro dal venditore, malgrado il vizio.

In realtà, il caso della perdita dovuta a colpa del compratore, sulla scorta del diritto romano⁴² e dell'insegnamento di Pothier, perlomeno prima delle codificazioni, veniva

pristino, importa l'onere dell'acquirente di restituire la cosa acquistata. Trattasi dunque di un diritto *cum onere*, nel senso che quel potere di scelta è condizionato, oltre che all'effettivo esercizio dello stesso con una inequivocabile manifestazione di volontà del compratore portata a conoscenza del venditore, all'attività restitutoria dell'acquirente medesimo, e quindi ad un comportamento positivo di quest'ultimo». Analogamente, F.U. DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni*, cit., sub art. 1492, pp. 61-62. Per C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 863 e ss., «l'idea che la restituzione costituisca un onere del compratore risale ad un pensiero tradizionale e trova accoglimento negli attuali orientamenti giurisprudenziali». Ma l'applicabilità di questo ordine di idee nel sistema attuale lascia perplessi: v. *infra* le considerazioni nel testo.

⁴⁰ R.J. POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, t.1, cit., n. 219, p. 205.

⁴¹ R.J. POTHIER, *Op. ult. cit.*, n. 220, p. 205.

⁴² D. 21, I, 1, 31, 11. Ulp. 1 *ad ed.*, «Si mancipium quod redhiberi oportet mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emptoris vel familiae eius vel procuratoris homo demortuus sit: nam si culpa eius decessit,

diversamente regolato, ritenendosi che l'azione redibitoria potesse comunque esercitarsi a condizione che il compratore *indennizzasse* il venditore «per ciò che la cosa venduta valeva nello stato in cui era, se non fosse perita per colpa del compratore»⁴³, lucrando altrimenti il venditore un arricchimento ingiustificato. Ciò significava, a ben vedere, ammettere che il compratore potesse restituire la cosa *per equivalente*, nel suo valore effettivo *ante* perimento⁴⁴, il quale valore, essendo presumibilmente inferiore all'ammontare del corrispettivo pagato dal compratore, gli consentiva di recuperare e farsi restituire il *quid pluris* versato: ecco che in questa maniera si otteneva sostanzialmente il medesimo risultato conseguente all'esercizio dell'azione di riduzione del prezzo⁴⁵.

Quanto alla perdita dovuta a caso fortuito, è manifesta la scelta della codificazione francese e italiana unitaria di andare contro la tradizione del diritto romano e dell'equità addebitando totalmente in capo al compratore il rischio della perdita della cosa affetta da vizi⁴⁶. Tanto si fece, essenzialmente, per ragioni di agevolazione probatoria⁴⁷, ma sacrificando la ragionevolezza della soluzione per mezzo di una regola «qui repose sur une fausse application de la maxime *Res perit domino*»⁴⁸. Che il proprietario debba sopportare il rischio del perimento della cosa acquistata non è certo una regola assoluta, applicabile indistintamente ad ogni fattispecie – ed è proprio la prima parte della norma in questione ad ammettervi una deroga stabilendo che la perdita conseguente ai vizi resti a carico del

pro vivo habendus est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret». V., sul punto, quanto osserva R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 333. *Contra*, L. GAROFALO, *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 3, p. 849 e ss., che la ritiene un'alterazione della giurisprudenza classica ad opera dei dottori del diritto comune.

⁴³ Così, R.J. POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, t.1, cit., n. 221, p. 206, ripreso da R.T. TROPLONG, *De la vente*, cit., t. 2, Paris, 1845, n. 568, p. 30. V. anche, per l'ammissibilità nel diritto romano, A. DURANTON, *Corso di Diritto civile secondo il Codice francese*, vol. IX, trad. it., Napoli, 1844, n. 326, p. 105, secondo cui «quando anche la cosa fosse perita per colpa del compratore, competeva a costui l'azione (redibitoria, NdR), salvo a dover compensare al venditore quello che avrebbe potuto valere la cosa, se gli si fosse restituita così com'era stata consegnata, lo che stimavasi a giudizio de' periti». *Contra* l'ammissibilità di questa soluzione sotto l'impero del Codice del 1804, F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, vol. XXIV, cit., n. 306, p. 231.

⁴⁴ Con i problemi di prova segnalati da L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano. Libro terzo*, vol. IV, parte I, Torino, 1878, *sub art.* 1504, p. 428.

⁴⁵ Ed infatti per R.T. TROPLONG, *loc. ult. cit.*, «si c'est par la faute de l'acheteur, il sera tenu d'en payer l'estimation» (corsivo aggiunto), dove il pagare la stima non è altro che il contenuto originario dell'azione *aestimatoria*. Nella giurisprudenza italiana la soluzione è testimoniata in alcune pronunce sull'ipotesi di *deperimento*, tenuta distinta dal *perimento* regolato dall'art. 1504 c.c. abr. Si v. ad es., Cass. civ. Napoli, 22 marzo 1886, in *La Legge. Rep. Gen. 1875-1886*, Roma, 1888, pp. 828-829: «se però il deperimento dell'animale, nella specie la zoppia del cavallo venduto, facendosi luogo all'accoglimento della redibitoria per vizio preesistente alla vendita, la bolsaggine, sia sopravvenuta per colpa del compratore, il venditore ha diritto ad indennizzarsi sul prezzo ritenendo la parte equivalente al deperimento»; App. Roma, 20 ottobre 1893, in *Temì romana*, 1893, p. 424, secondo cui «il deperimento della merce avvenuto anche pel fatto o colpa del compratore non toglie il diritto quesito all'azione redibitoria, ma può dar luogo ad una minore restituzione del prezzo da parte del venditore in proporzione del deterioramento verificatosi». *Ma contra*, Cass. civ. Roma, 21 novembre 1883, in *Foro it.*, 1884, I, c. 322 e ss., ad avviso della quale «esonero la legge il venditore pel perimento da caso fortuito, a maggior ragione doveva esonerarlo nella ipotesi che la morte dell'animale derivasse da colpa del compratore».

⁴⁶ La regola essendo quella del D. 21, I, 47,1. Paul. 11 *ad Sab.*, «Post mortem autem hominis aedilitiae actiones manent».

⁴⁷ V., a detto riguardo, F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., p. 345.

⁴⁸ Così, C. AUBRY – C.F. RAU, *Cours de Droit civil français d'après le méthode de Zachariae*, V ed., t. V, Paris, 1907, § 355 *bis*, n. 22, p. 115.

venditore – ma un effetto che presuppone la piena regolarità del trasferimento, come rivelano le regole sull'evizione⁴⁹, di talché al compratore dovrebbe essere pur sempre riconosciuto quantomeno il ricorso all'azione di riduzione del prezzo⁵⁰.

Alla iniquità della soluzione si pensò di porre rimedio nei successivi Progetti di riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti. Così, radicalmente, l'art. 371 del Progetto Italo Francese pubblicato nel 1927, ribaltando la regola dei due Codici, prevedeva che «la perdita o il deterioramento della cosa, anche se dovuti a caso fortuito, non impediscono al compratore di esercitare le azioni attribuitegli dall'art. 368» (*i.e.* redibitoria e *quanti minoris*). La medesima formulazione ricorreva nel successivo Progetto della Commissione reale dell'agosto 1936.

Secondo quella disciplina, tanto la perdita della cosa quanto il suo deterioramento, indipendentemente dalle cause e dalla imputabilità dei fatti da cui conseguono, avrebbero legittimato il compratore ad agire per ottenere, alternativamente, la restituzione del prezzo o la sua riduzione. Una soluzione che, nel consentire all'acquirente di esercitare l'azione redibitoria e di ripetere perciò l'intero prezzo anche nell'ipotesi di perdita o di deterioramento della cosa per *sua colpa*, sarebbe andata oltre quanto generalmente ammesso dal diritto romano e dall'antico diritto consuetudinario francese⁵¹.

È nel c.d. Progetto ministeriale del 1941 che si trova per la prima volta il testo poi confluito nell'ultimo comma dell'art. 1492, la cui formulazione supera al contempo il disposto del Codice del 1865, corrispondente all'art. 1647 del *Code civil*, che ammetteva o negava la sola azione redibitoria con riguardo alla sola fattispecie del *perimento* della cosa venduta, e la

⁴⁹ Sul punto, v. A. DURANTON, *Corso di Diritto civile*, vol. IX, cit., n. 326, p. 105. Per l'art. 1487 del c.c. abr., corrispondente all'art. 1631 del *Code* francese, «se quando si verifica l'evizione, la cosa venduta si trova diminuita di valore o notabilmente deteriorata, tanto per negligenza del compratore, quanto per forza maggiore, il venditore è ugualmente tenuto a restituire l'intero prezzo». A questa norma si riconduceva l'ipotesi, non regolata, di perimento parziale della cosa successivamente evitta, su cui, *ex multis*, R.T. TROPONG, *De la vente*, cit., t. 1, n. 489, pp. 620-621; F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, vol. XXIV, cit., n. 239, p. 184 e, nella dottrina italiana, F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., pp. 308-309. Nel sistema vigente, per la proponibilità dell'azione di risoluzione della vendita di cosa altrui malgrado l'impossibilità di restituire la cosa per perimento non imputabile al compratore, v. C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 687 e ss.

⁵⁰ Così, G. GORLA, *La compravendita*, cit., pp. 163; 167-168, ove l'affermazione generale: «con l'impossibilità dell'onere di restituzione in pristino si ha un concentramento dell'obbligazione alternativa nella prestazione di parte del prezzo (*quanti minoris*)». In Francia, in costanza del disposto dell'art. 1647, lo ha riconosciuto la giurisprudenza: v. Cass. civ., 3 décembre 1996, 94-19.176, in *dictionnaire-juridique.com*. In Italia, sotto il Codice abrogato (perché quello attuale muta la regola, v. *infra*, nel testo), lo aveva già affermato Cass. civ. Torino, 11 giugno 1884, in *La legge*, 1885, vol. I, p. 624 e ss., secondo la quale, in caso di perdita tanto incolpevole quanto colpevole, il compratore «sarà tenuto a pagare il prezzo; ma il prezzo di cosa difettosa se riesca a provare i vizi preesistenti, non mai il prezzo di cosa perfetta quale convenuta e che il venditore non ebbe mai a consegnare». *Contra*, generalmente, la dottrina, per lo meno *de iure condito*. Si vedano F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., p. 345, pur rilevando che la disciplina offerta dall'art. 1504 «contiene una deroga ai principii generali del diritto»; E. COLMET DE SANTERRE, *Course analytique de Code Civil*, Art. 1582-1831, t. VII, Paris, 1873, n. 84 bis III, p. 112, favorevole alla soluzione adottata dal Codice francese.

⁵¹ Cfr. C. ARNO, *La costituzione ultima del Codice De periculo et commodo rei venditae*, in *Studi in onore di Biagio Brugi*, Palermo, 1910, pp. 160-161; L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. I, Paris, 1889, p. 490. Ma v. anche J. DOMAT, *Lois civiles*, liv. I, tit. II, sect. XI, n° 9, cit.: «tous les changemens qui arrivent à la chose vendue, après la vente, et avant la redhibition, soit que la chose perisse ou se diminue, sans la faute de l'acheteur, et des personnes dont il doit répondre, regardent le vendeur qui doit la reprendre; et aussi il profite des changemens qui la rendent meilleure».

soluzione proposta da ultimo nel Progetto del 1936⁵². Nella Relazione al Progetto ministeriale il Guardasigilli scrive (n. 345) che «questa generalizzazione è contraria al sistema da me adottato sul rischio nei contratti traslativi, che pone a carico del compratore il perimento della cosa (art. 264 di questo progetto); perciò ho distinto da un lato il perimento in conseguenza dei vizi e dall'altro il perimento fortuito o per colpa del compratore, nonché l'alienazione o la trasformazione fatta da compratore stesso. Nel primo caso il compratore può esercitare l'azione per lo scioglimento, nell'altro invece può soltanto domandare la riduzione del prezzo (art. 376)».

Si giunge così ad una sistemazione totalmente rinnovata, che pone al centro il *perimento* della cosa, ma che ne regola differentemente le diverse fattispecie. Da un lato, il perimento della cosa *conseguente* ai vizi, in relazione al quale la scelta del compratore fra redibitoria e *quanti minoris*, o, secondo il nuovo lessico del Codice, fra *risoluzione del contratto* e *riduzione del prezzo*, è libera e non condizionata da presupposti particolari (rimanendo quelli *generali* previsti da altre norme). Dall'altro, il perimento per caso fortuito o per colpa del compratore, dove si riconosce al compratore un'unica via di tutela: la riduzione del prezzo, soluzione estesa per la prima volta anche per l'ipotesi in cui il compratore abbia alienato o trasformato la cosa viziata anteriormente all'esercizio della garanzia.

L'*excursus* storico sin qui svolto permette di meglio apprezzare il senso e la portata della nuova regola introdotta con il Codice del 1942. Si può dire che essa, per quanto concerne il *caso fortuito*, da un lato, supera il rigore della precedente disciplina, mutuata dalla codificazione napoleonica; dall'altro, si riavvicina alla tradizione romanistica e di diritto comune, la quale, tuttavia, al pari dell'art. 371 dei precedenti Progetti citati, pareva addossare *totalmente* quel rischio in capo al venditore, qui invece *ripartito* tra le due parti per mezzo della riduzione del prezzo. È in questi termini che la regola si è accordata col regime del rischio nei contratti traslativi di cui all'art. 1465, come recita la Relazione.

La medesima ripartizione del rischio è operata dalla legge con riguardo al perimento dovuto a *colpa* del compratore, sopravvenuto alla conclusione del contratto ma anteriore all'esercizio della garanzia. La fattispecie, come si è visto, non era contemplata dalla norma precedentemente vigente. Benché dalla soluzione là adottata per la perdita fortuita potesse dedursi che anche la perdita attribuibile a colpa del compratore fosse totalmente a carico del compratore, ciò, si è notato, non aveva impedito ad alcuni autori, talvolta seguiti in giurisprudenza, di continuare ad applicare la vecchia regola del diritto romano, poi riaffermata da Pothier (v. *supra*), che ammetteva la redibitoria, ma con deduzione del valore effettivo della cosa venduta dal prezzo restituito al compratore. Questo meccanismo conduceva, nei fatti, al *medesimo* risultato conseguibile mediante l'esercizio dell'azione *quanti minoris*: il nuovo Codice compie il passo di prevedere apertamente che il compratore, in caso di perimento della cosa della cosa viziata ascrivibile a sua colpa, possa chiedere ed ottenere la *riduzione del prezzo*.

⁵² La quale, estendendosi anche alla fattispecie del *deterioramento*, generalizzava l'esercizio di entrambe le azioni di garanzia, per l'ipotesi di caso fortuito e per quella di colpa dell'acquirente.

4.1 Segue. *L'impossibilità restitutoria per alienazione o trasformazione della res*

Per quanto concerne l'alienazione e la trasformazione della *res*, il Codice del 1942 introduce una regola in relazione a una fattispecie non contemplata nei vecchi Codici e poco considerata nelle fonti più antiche⁵³. L'art. 1492, co. 3 parrebbe aver voluto superare l'orientamento giurisprudenziale affiorato sotto la vigenza del vecchio Codice che riteneva, per così dire, implicita e definitiva nell'alienazione della cosa viziata, la rinuncia all'esercizio dell'azione redibitoria – idea fatto oggetto di severe critiche dottrinali⁵⁴ – ammettendo invece, in virtù di un'ulteriore moderata applicazione del principio *res perit domino*, il ricorso alla *quanti minoris*.

In realtà, quella critica si dirigeva contro l'idea che il solo fatto della alienazione del bene viziato potesse considerarsi espressivo della volontà del compratore di rinunciare alla tutela redibitoria – rimanendo però tenuto alla medesima garanzia nei confronti del subacquirente – quando invece tendeva (e tende tutt'ora) ad essere una sorta di autotutela per mezzo della quale il compratore cerca di limitare le conseguenze dannose dell'acquisto di un bene viziato. Contro questa ricostruzione si postulava allora il diverso fondamento di quella preclusione alla risoluzione, individuandolo nella *impossibilità* della restituzione in pristino, vigente un sistema in cui poteva dirsi che questo principio «come si applica al caso in cui la restituzione sia divenuta impossibile per perimento fortuito, così trova applicazione anche al caso in cui l'impossibilità di restituire dipenda da precedente subalienazione. L'essenziale in entrambi i casi è che il compratore non si trova in grado di restituire la cosa al momento in cui si dovrebbe rinnovare, a rovescio, lo scambio delle prestazioni primitive e ripristinare la condizione del venditore, come se la cosa non fosse mai uscita dal suo patrimonio. Il compratore non si trova in grado di restituirla per una circostanza interna alla sua sfera patrimoniale e pertanto indifferente alla controparte»⁵⁵.

⁵³ Da segnalare però il seguente passo (un po' oscuro) di R.J. POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, t.1, cit., n. 222, p. 206: «qualche volta peraltro il compratore, il quale pel suo fatto si è posto fuori di stato di restituire la cosa, deve per questo motivo essere dichiarato non ammissibile all'azione redibitoria: come sarebbe quando egli avesse disposto della cosa, quando l'avesse impiegata, e che ne avesse tratto profitto nello stesso modo che l'avrebbe ricavato se fosse stata esente dal vizio. Si argomenta dalla legge 47 *Dig. d. tit.*». La fonte romana citata è *Dig. 21, I, 47pr. Paul. 11 ad Sab.*, «si hominem emptum manumisisti, et redhibitoriam et quanti minoris denegandam tibi labeo ait, sicut duplae actio periret: ergo et quod adversus dictum promissumve sit, actio peribit». Su questo e altri riferimenti, v. E. BETTI, *Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla responsabilità del venditore per vizio redibitorio*, nota a Cass. civ., 10 dicembre 1924, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 337 e ss.

⁵⁴ Il riferimento è a E. BETTI, *Influenza dell'alienazione*, cit., p. 335 e ss., e alla sentenza da lui annotata, citata nella n. precedente. Merita notare che questa pronuncia, che è del 1924 e porta la firma di Mariano d'Amelio, risolve la fattispecie controversa (un caso di plurime vendite successive di un bovino aggressivo), facendo sostanzialmente applicazione delle fonti romane (la L. 43 § 8, *Dig. de aedilio edicto* e la L. 47 pr., *Dig. h. t.*) e delle relative dottrine.

⁵⁵ Così, E. BETTI, *Op. ult. cit.*, pp. 343-344, che prosegue (*ivi*, p. 345, corsivi dell'A.): «dal rapporto di corrispettività deriva che, non potendo rinnovarsi, a rovescio, lo scambio fra il prezzo e la cosa per sopravvenuto perimento o indisponibilità della cosa da parte del compratore, il venditore dev'essere esonerato dalla prestazione corrispettiva. Ma il fatto che non si possa rinnovare lo scambio non sarebbe decisivo, di per sé solo, come dimostra l'art. 1504 cpv. I°. Decisiva è la natura della circostanza che rende impossibile al compratore la sua prestazione. Essenziale è che tale circostanza cada esclusivamente nella sfera patrimoniale del compratore, e quindi non possa riguardare il venditore». Questa impostazione è ripresa, malgrado il mutato quadro normativo, da D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 804-809; 853.

Questa tesi, nella sua *pars costruens*, poggia però su premesse poco solide⁵⁶. L'evoluzione della disciplina in tema di perimento della cosa e di tutela contro i vizi mostra che l'impossibilità materiale di restituire la cosa è stata variamente considerata dall'ordinamento e non sempre ha precluso il ricorso alla garanzia da parte del compratore, consentendosi perfino in alcune esperienze l'esercizio dell'azione redibitoria in senso stretto, in alcuni casi (come nell'ipotesi di perimento dovuto a colpa dell'acquirente), attraverso la restituzione di un equivalente monetario, dedotto il valore che la cosa avrebbe avuto se effettivamente restituita. Il diverso atteggiarsi della considerazione normativa spiega, in altre parole, che il fondamento della disciplina in analisi non risiede in una *ragione obiettiva*, suscettibile di impedire concretamente l'accesso a una determinata tutela, per effetto di una pretesa impossibilità restitutoria «fisica», che già nel diritto romano poteva dirsi smentita, e lo è tutt'ora, contingentemente, per l'ipotesi di perimento della cosa conseguente ai suoi vizi. Il limite trova motivo, semmai, nell'assolvimento di una *condizione di ammissibilità* per la (sola) redibitoria in senso stretto che ne rispecchia la natura originaria di «restituzione della cosa in vista della restituzione del prezzo» e che viene tuttavia declinata dall'ordinamento in misura diversa a seconda dell'attore negoziale su cui voglia riversarsi l'arricchimento determinato dalla vendita di un bene viziato, equamente ripartito dalla norma vigente⁵⁷. La tesi riferita è stata anche criticata nella parte in cui muove dall'idea che la restituzione in pristino sia governata da un nesso sinallagmatico al pari del rapporto contrattuale, paventandosi, nella ricerca di questa finalità di scambio «post-contrattuale», «una catena che non avrebbe più fine»⁵⁸.

È un fatto che la giurisprudenza abbia mostrato di fidarsi poco dell'impossibilità di riduzione in pristino in relazione alla alienazione e alla trasformazione della cosa viziata, e abbia preferito trovare un altro fondamento dell'istituto, non certo inedito, nella rinunciabilità *ex post* della risoluzione in conseguenza dell'accettazione del bene viziato, da accertarsi in concreto, posto che la mera alienazione o trasformazione della *res vendita* – sul punto vi è adesione al pensiero di Betti – si presenta come un fatto «neutro»⁵⁹. Questa lettura

⁵⁶ La posizione è ritenuta «eccentrica» anche da L. GAROFALO, *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, cit., p. 856, n. 45.

⁵⁷ Cfr. ancora G. GORLA, *La compravendita*, cit., pp. 166-167, ad avviso del quale nel sistema del Codice del 1865, e a differenza del diritto romano, «l'impossibilità, anche se parziale (salvo si tratti di fatto minimo), importa perdita del diritto alla redibitoria, in quanto la restituzione in pristino *a parte emptoris* non può più avvenire e in quanto, essendo essa oggetto di un onere, non di un'obbligazione, non si ammette il surrogato dell'inadempimento (risarcimento in danaro)». Da segnalare che, coerentemente con le ricordate premesse, nel ritenere che l'impossibilità della restituzione in pristino non impedisse al compratore di ricorrere alla *quantum minoris*, e ciò a dispetto del tenore letterale dell'art. 1504 c.c. abr. (v. *supra*, nel testo), Gorla anticipava la soluzione che avrebbe adottato il Codice del 1942.

⁵⁸ Così, A. DI MAJO GIAQUINTO, *Alienazione della cosa acquistata e azione di risoluzione per vizi*, nota a Cass. civ., 22 gennaio 1966, n. 68, in *Foro pad.*, 1966, I, c. 760. Sul tema, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 27 e ss.

⁵⁹ Si tratta di un orientamento giurisprudenziale molto cospicuo: sotto il nuovo Codice, il primo precedente edito risulterebbe Cass. civ., 28 gennaio 1950, n. 237, in *Foro it.*, 1950, I, c. 1270, secondo cui «il fatto del compratore, che abbia rivenduto la merce acquistata e ricevuta, non esclude il suo diritto ad esperire azione redibitoria contro il venditore, quando la nuova vendita non debba essere interpretata come accettazione dell'esecuzione del primo contratto». Si v. poi Cass. civ., 22 gennaio 1966, n. 68, cit., e i molti riff. nella nota citata; Cass. civ., 15 gennaio 2001, n. 489, in *Foro pad.*, 2001, I, c. 468, nonché in *Foro it.*, 2001, I, c. 1905, con nota di P. Pardolesi; Cass. civ., 24 maggio 2002, n. 7619, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, p. 84 e ss.; Cass. civ., 29 luglio 2013, n. 18202, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, per intero in *De Jure*. V. al riguardo i rilievi di C.M. BIANCA, *La*

comporta una forzatura al tenore testuale dell'art. 1492, co. 3, perché ammette che, in alcune circostanze, quando l'alienazione o la trasformazione della cosa non sia accompagnata dall'intento di accettare la cosa viziata e, dunque, di rinunciare a domandare la risoluzione, il compratore *conservi* il diritto di ricorrere a questa tutela, e non a quella riduzione del prezzo che la norma sembra attribuirgli in via esclusiva, con la particolarità che, in un simile caso, «all'obbligo della restituzione specifica dei beni periti si sostituisce quello della restituzione per equivalente»⁶⁰.

La norma viene dunque sistematicamente riscritta in giurisprudenza, ammettendosi una *protestatio* che nulla del tenore letterale dell'art. 1492 parrebbe giustificare: viene allora da chiedersi, a tacer d'altro, se una regola così tormentata possa ritenersi espressiva di un principio generale nel più vasto ed eterogeneo campo della risoluzione del contratto «in genere». È significativo, peraltro, che la soluzione ultratestuale riferita sia stata estesa anche ad ipotesi in cui si discuteva di mancanza di qualità promesse e di vendita di *aliud pro alio*⁶¹, dove il regime di riferimento è quello della pura risoluzione per inadempimento. E cioè a fattispecie che costituirebbero l'ideale terreno di prova per la tenuta di un simile principio oltre il perimetro della garanzia contro i vizi, e che, piuttosto, si prestano a rivelarne un altro, di segno opposto, giudicato «più razionale e più ampio: *la risoluzione non può concedersi a chi dimostra colle parole o coi fatti l'intenzione di accettare l'esecuzione data al contratto dall'altra parte*»⁶².

4.2 Segue. L'art. 1492, co. 3 espressione di un principio generale?

vendita, cit., p. 858 e ss., che riprende anche gli argomenti critici di A. DI MAJO GIAQUINTO, *Alienazione della cosa acquistata e azione di risoluzione per vizi*, cit., cc. 763-764, secondo cui è all'assetto di interessi determinato dal mero comportamento dell'acquirente che deve guardarsi, come a un *atto in senso stretto* e non a un *negozio*: la preclusione alla risoluzione, da escludere quando quel mero fatto sia «colorato» dalla incidenza di un diverso ordine di interessi (ad es., il ricorrere di uno stato di necessità o di pericolo), è l'effetto (indisponibile) «socialmente più opportuno» ricollegato dalla legge a quella fattispecie. La ricostruzione di C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 859-860, nella quale la *ratio* della norma è data dalla «obiettiva rilevanza delle definitiva utilizzazione della cosa e (dal)l'incongruità di un rimedio inteso a rimuovere l'alienazione di un bene di cui ormai il compratore si sia avvantaggiato», ammettendosi l'operatività della preclusione quando l'alienazione o la trasformazione della cosa non costituiscano atti di utilizzo nell'interesse dell'acquirente, è fatta propria in un interessante caso da Cass. civ., 25 maggio 2006, n. 12382, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, nonché integralmente in *De Jure*.

⁶⁰ Così, tra le ultime, Cass. civ., 31 gennaio 2018, n. 2429, in *De Jure*, cui *adde*, le ultime sentenze citate nella nota precedente.

⁶¹ Rispettivamente, Cass. civ., 15 gennaio 2001, n. 489, cit., e Cass. civ., 24 maggio 2002, n. 7619, cit.

⁶² Sono parole di C. VIVANTE, *Il compratore che accettò la merce non può più chiedere la risoluzione del contratto*, nota a Cass. civ. Torino, 16 luglio 1913, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, p. 5, corsivo dell'A., riprese in ID., *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., n. 1623, p. 113.

All'esito di questo discorso si può spendere qualche parola sull'effettiva portata dell'art. 1492, co. 3, sulla sua «sovrainterpretazione» giurisprudenziale⁶³ e dottrinale⁶⁴, che vorrebbe fare della restituibilità in natura della prestazione ricevuta un *presupposto* necessario per ottenere la risoluzione del contratto, in ogni caso.

L'analisi diacronica di questa norma e delle sue alterne vicende rivela che una simile ricostruzione è, nel nostro ordinamento, priva di un sufficiente fondamento. Essa infatti attribuisce alla risoluzione per inadempimento un connotato che appartiene ad un istituto in origine ben diverso, quale era la vecchia *redhibitoria* romana, poi consegnata al diritto comune. In quel mondo, la restituzione della cosa viziata era sì un presupposto (ancor prima che un effetto) della garanzia, poiché costituiva l'onere necessariamente assolvendo affinché il compratore potesse ripetere il prezzo pagato; ma un presupposto/onere, non ci si stanca di ripeterlo, *mutevole* ed esposto all'incidenza di interessi confliggenti⁶⁵ o di altre *contingenti* variabili⁶⁶, pertanto assoggettato dalle fonti a un regime «relativistico», foriero di soluzioni definite «highly questionable»⁶⁷. Ad ogni modo, un sistema congegnato in modo tale che la *risoluzione* della vendita conseguisse alle reciproche *restituzioni*⁶⁸, vera essenza della redibitoria, e comportanti «la rimessione dei litiganti nella situazione economica in cui si sarebbero trovati se quel contratto non avessero stipulato ed attuato»⁶⁹.

⁶³ Si v. in questo senso, Cass. civ., 12 maggio 1981, n. 3137, in *Giust. civ. Mass.*, 1981; Cass. civ., 23 gennaio 1988, n. 421, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1206; Cass. civ., 18 febbraio 1983, n. 1254, in *Giust. civ. Mass.*, 1983; Cass. civ., 17 ottobre 1964, n. 2610, in *Foro it.*, 1965, I, c. 728, nella quale si legge che «la regola posta dall'art. 1492, quale fattispecie ostativa alla risoluzione del rapporto, non costituisce un diritto singolare, strettamente limitato all'istituto della garanzia per vizi, e potendo quindi più in generale operare in ogni caso di risoluzione del contratto bilaterale, nel quale trovi tutela il principio della rimessione in pristino».

⁶⁴ Così, ad esempio, oltre agli AA. citati nella precedente n. 34, E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto, Parte speciale*, cit., sub art. 1453, pp. 812-813; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 254 e ss.; A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1329 e n. 91; G. MARESCA, *Impossibilità della restitutio in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 78 e ss.

⁶⁵ E. BETTI, *Influenza dell'alienazione da parte del compratore*, cit., p. 342, n. (b), secondo cui l'imputazione al venditore del perimento fortuito nel diritto romano trovava una possibile spiegazione nel rapporto di causalità col vizio, avanza l'idea che «tale nesso venisse addirittura presunto per facilitare al compratore quella difesa che la coscienza sociale esige» (corsivo aggiunto). Osservazioni preziose in L. GAROFALO, *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, cit., p. 845 e ss., da consultare anche per l'analisi comparatistica ivi svolta.

⁶⁶ Ad esempio, per C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 3, p. 823, n. 47, la differenza di formulazione dell'art. 1492, co. 3 rispetto all'art. 1504 del vecchio Codice porta a pensare che «il cambiamento sia dovuto a una ricognizione del BGB che, dopo avere previsto al § 350 che il perimento della cosa per caso fortuito non impedisce la risoluzione, ai § 351, 352 e 353 la esclude proprio in caso di perimento per colpa del compratore o di trasformazione o di alienazione della cosa. Così anche in questo caso la disciplina italiana è risultata per metà francese e per metà tedesca». E v. ancora L. GAROFALO, *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, cit., p. 854 e ss., per una particolare interpretazione dell'allontanamento della Codificazione napoleonica dalla tradizione del diritto romano e comune.

⁶⁷ Così, R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract in German Law*, in *Restitution Law Review*, 1997, 5, p. 21.

⁶⁸ V. *supra* in corrispondenza della n. 38 e gli Autori ivi citati.

⁶⁹ Così, L. GAROFALO, *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, cit., p. 845. Più sofisticata la posizione di G. GORLA, *La compravendita*, cit., pp. 164-165, il quale, pur ritenendo, come si è spesso ricordato, che la redibitoria avesse la struttura dialettica del «diritto *cum onere*», escludeva che il suo esercizio determinasse la risoluzione del contratto, rilevando che «per la risoluzione, la restituzione in pristino è determinata dal venir meno della causa dei trasferimenti, cioè del rapporto obbligatorio (onde la bilateralità

Col tempo questo modello ha ceduto il passo ad una differente impostazione che vede nell'azione redibitoria un contenuto essenzialmente *risolutorio* anziché *restitutorio*⁷⁰ – lo si riscontra bene nella definizione di Domat secondo cui la redibizione è «la risoluzione della vendita a causa di qualche difetto della cosa venduta, il qual difetto bisogna che sia di tal natura che basti per obbligare il venditore a ripigliarsi la cosa, e annullare la vendita»⁷¹ - la cui più compiuta espressione legislativa si ha con la formulazione dell'art. 1492, co. 1 del Codice italiano del 1942⁷².

In questo contesto, dove la garanzia è (o forse, *diviene*) il potere di *domandare* la risoluzione del contratto oppure la riduzione del prezzo, la *restituzione* della cosa da parte del compratore (apparentemente) cessa di essere un presupposto dell'azione, quale era, e inevitabilmente *diventa*, come peraltro espressamente stabilisce il successivo art. 1493, cpv., un *effetto* della proposta risoluzione, secondo la normale dinamica della risoluzione in genere. Ma le antiche regole della vecchia redibitoria che, nei modi e con quella mutevolezza che si sono descritti, ne condizionavano la proponibilità, sono rimaste, trovando collocazione nell'ultimo comma dell'art. 1492, sotto forma di «fatti», capaci di escludere il ricorso alla tutela risolutoria, a vantaggio di quella estimatoria. Ne è risultato un sistema un po' confuso in cui la restituzione della *res empti* parrebbe essere al contempo un *presupposto* e un *effetto*, e cioè a dire un *onere* e un *obbligo* insieme⁷³. Un ingegnoso tentativo di abbinare questa duplice natura lo compie una decisione che ricostruisce le tutele previste dal nuovo Codice considerandole quali distinti e susseguenti momenti di una protezione normativa efficace in sede stragiudiziale ancor prima che giudiziale:

1) il compratore avrebbe, anzitutto, un «diritto di scelta» tra riduzione in pristino e diminuzione del prezzo, sottoposta, se orientata alla prima opzione, all'*onere*, assolvibile senza particolari formalità, della restituzione della cosa al venditore, il quale ha però l'*obbligo* di riceverla;

2) questa scelta diventa irrevocabile (art. 1492, co. 2) con la successiva domanda giudiziale di risoluzione, dal cui accoglimento segue l'*obbligo* per il compratore di restituire la cosa al venditore e l'accertamento giudiziale della legittimità dell'attività restitutoria anteriore alla

dell'obbligo di restituzione *hic et inde* e la *condictio sine causa*); nella redibitoria invece la restituzione è oggetto di una obbligazione unilaterale del garante, e così di un diritto del garantito, la cui attività, rispetto alla prima obbligazione, ha soltanto valore di un onere. I trasferimenti attuati in base al contratto non restano quindi senza causa». Va ricordato che quando Gorla scriveva queste pagine non vi era una norma corrispondente all'attuale art. 1493, co. 2.

⁷⁰ V. le perplessità di L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria*, cit., p. 7 e ss., sulla configurazione della redibitoria quale forma di *impugnazione* del contratto.

⁷¹ G. DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, trad. it. di V. Aloj, t. I, Napoli, 1786, p. 193, n. 1. Su questa scia, la prevalente dottrina francese: v., per tutti, G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *De la vente et de l'échange*, nel *Traité theorique et pratique de Droit civil*, III ed., Paris, 1908, n. 414, p. 422; n. 433, p. 451.

⁷² Eppure, per esempio, G. GORLA, *Considerazioni in tema di garanzia per i vizi redibitori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pp. 1273-1274, continua a definire l'azione redibitoria come «la eliminazione dell'affare, mediante restituzione in pristino di entrambe le parti, e così mediante restituzione della cosa con i frutti e gli accessori, da parte del compratore, e restituzione del prezzo e accessori, comprese le spese di contratto, da parte del venditore». Analogamente, in ID., *Azione redibitoria*, cit., p. 880. Di «risoluzione» non si fa parola.

⁷³ In questo senso, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 863 e ss., secondo cui «il dovere di restituzione del bene non esclude infatti che la stessa risoluzione si qualifichi come un onere della parte sotto il profilo della sua necessità per realizzare un effetto favorevole».

proposizione della domanda di risoluzione, che è condizionata alla effettiva sussistenza dei vizi contestati;

3) «il diritto di scelta del compratore sussiste in ogni caso, e cioè a prescindere dalla avvenuta proposizione della domanda giudiziale, se la cosa sia perita o sia andata smarrita successivamente alla vendita in conseguenza dei vizi o difetti, ovvero per altro fatto imputabile al venditore; e così anche alla sua ingiusta opposizione alla riduzione in pristino, se questa sua resistenza ed il conseguente comportamento di disinteresse in ordine alla cosa offerta in restituzione abbiano occasionato il rischio, e quindi escluso il fortuito dell'eventuale smarrimento»⁷⁴.

Ma questa sottigliezza non sembra essere seguita ed applicata dalla giurisprudenza successiva: in una lineare vicenda di consegna di un bene ritenuto privo delle sue qualità essenziali (art. 1497)⁷⁵, al motivo di ricorso con cui il venditore censura la sentenza impugnata per non avere precluso al compratore il ricorso alla risoluzione, in ragione del fatto che questi non avesse mai offerto la restituzione della cosa anche dopo l'instaurazione del giudizio, la Cassazione risponde che ciò non costituisce un ostacolo alla risoluzione, giacché «la restituzione della cosa da parte dell'acquirente che, tra l'altro, non risulta, nel caso concreto, essere stata richiesta dal venditore - consegue, comunque, *ex lege* alla risoluzione del contratto (art. 1493 c.c.), e, pertanto, nessuna pronuncia il tribunale avrebbe dovuto emettere in merito»⁷⁶. Come a dire che la restituzione della cosa viziata o difettosa è solo un *effetto* - peraltro legale e che non richiede la domanda di parte, com'è invece nel contesto della normale risoluzione per inadempimento⁷⁷ (art. 1458) - e non certo un *onere* o una *condizione di ammissibilità* della domanda di risoluzione *ex art.* 1490 o 1497, il quale va adempiuto *dopo* la sentenza e non prima.

Ma è chiaro che questa soluzione non regge nelle ipotesi di perimento della cosa e viene dunque da chiedersi se in quel caso non si dovrebbe riportare in auge la più articolata ricostruzione poco sopra riferita, che ha peraltro il pregio di favorire un approccio «stragiudiziale» alla tutela redibitoria⁷⁸. In altre parole, finché la cosa viziata non perisce si

⁷⁴ Così, Cass. civ., 19 ottobre 1963, n. 2787, cit., c. 572. Le considerazioni della sentenza sembrano riferite a qualsivoglia "difformità" della merce rispetto alla legge e al contratto, e dunque a vizi o difformità dal campione (quale era la fattispecie oggetto di causa) ma anche a difetti di qualità *ex art.* 1497 o ad ipotesi di *aliud pro alio*.

⁷⁵ Ma si tratta di uno di quei casi in cui si avverte la difficoltà di distinguere tra vizi e difetti di qualità (una pelliccia afflitta da scuciture o «spaccature»): ad ogni modo la decisione applica le regole proprie della tutela redibitoria, e specialmente quelle che qui interessano, gli artt. 1492 e 1493.

⁷⁶ Così, Cass. civ., 20 febbraio 2003, n. 2566, in *De Jure*.

⁷⁷ O in ipotesi di *aliud pro alio*: v. al riguardo Cass. civ., 1 luglio 2008, n. 17995, in *Guida al dir.*, 2008, 40, p. 48, nonché in *De Jure*, secondo la quale «la declaratoria di risoluzione del contratto, pur comportando per il suo effetto retroattivo espressamente sancito dall'art. 1458 c.c., l'obbligo di ciascuno dei contraenti di restituire la prestazione ricevuta, non autorizza il giudice a emettere i relativi provvedimenti restitutori, in assenza di domanda della parte interessata».

⁷⁸ Come ha fatto Cass. civ., 28 ottobre 1969, n. 3537, in *Foro it.*, 1970, I, c. 486, in un caso di vendita di azienda, successivamente fatta oggetto di un provvedimento di chiusura da parte dell'autorità sanitaria in ragione dei vizi (umidità) dei locali: «il perimento, essendo intervenuto quando la venditrice era in mora a ricevere la restituzione offertale dalla compratrice e per causa non imputabile a quest'ultima, non poteva compromettere l'accoglimento della domanda di risoluzione, della quale sussistevano, al momento della proposizione, le condizioni di accoglimento». Va peraltro notato che in questo caso, come rileva la sentenza stessa, si trattava di perimento della cosa conseguente ai vizi, di per sé sufficiente a consentire la risolubilità del contratto in

può anche sostenere che la sua restituzione sia solo un *effetto* (dell'accoglimento della) risoluzione/redibitoria e non un suo presupposto; ma se invece essa perisce e al momento della (proposizione della domanda di) risoluzione il compratore non l'ha più, salvo il caso di perimento in conseguenza dei vizi (art. 1492, co. 3, prima parte), la restituzione si atteggia eccome a necessario *presupposto*, oltreché ad effetto, e l'impossibilità di eseguirla *impedisce* la risoluzione del contratto (non la riduzione del prezzo e il risarcimento del danno), a meno che il compratore non avesse anteriormente offerto la restituzione della cosa al venditore e questi l'avesse illegittimamente rifiutata ponendosi «in mora»⁷⁹; il che è d'altronde conforme alla natura dei *presupposti* e degli *oneri*.

Non vi è spazio per considerazioni generalizzanti che trascendano il perimetro della tutela contro i vizi nella vendita: l'impossibilità della restituzione in pristino quale ostacolo all'esercizio della risoluzione è un carattere che quest'ultima ha assunto quando (e proprio perché) è stata calata *ex lege* nello stampo della vecchia azione redibitoria. Di quest'ultima, la risoluzione ha modificato la tradizionale fisionomia (ma non la sostanza)⁸⁰, senza *portare* nulla in dote dalla propria disciplina di istituto generale e, conseguentemente, senza *prendere* nulla dalla particolare fattispecie di cui all'art. 1492, co. 3 che possa avere una più larga applicazione, ove non ricorrono i caratteri e le finalità della garanzia contro i vizi⁸¹. Ben si è detto pertanto, a proposito della risoluzione per inadempimento, che può domandarla anche «colui che non può restituire la prestazione ricevuta. Le restituzioni infatti sono un effetto – e non un presupposto – della risoluzione»⁸².

ogni caso, ai sensi dell'art. 1492, co. 3, prima parte. Rammenta – ma è superfluo – che «se il perimento della cosa interviene prima che la azione di risoluzione sia proposta, per una causa non imputabile al venditore, la risoluzione è esclusa, non potendo il compratore restituire la cosa», Cass. civ., 8 novembre 1991, n. 11892, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2460.

⁷⁹ Secondo C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 865, «trova quindi applicazione la regola che esonera l'offerente dai rischi del ritardo (art. 1207¹ cod. civ.). La regola è dettata in tema di offerta di adempimento dell'obbligazione ma, in generale, la normativa dell'offerta deve ritenersi operante in via analogica anche con riguardo all'adempimento dell'onere». Per Cass. civ., 19 ottobre 1963, n. 2787, cit., cc. 571-572, - lo si ricorda – non sono però necessarie le formalità della costituzione in mora del creditore: basta che il compratore metta prontamente a disposizione del venditore l'intera partita della merce ricevuta. Nella specie, il compratore aveva fatto «tramite il corriere I.t.a. materiale offerta della merce al venditore nella sede del medesimo, e pertanto posto il calzaturificio Patrizia (venditore, NdR) in condizione di riavere immediatamente il materiale possesso della merce rifiutata e di disporne a suo piacimento secondo il proprio interesse».

⁸⁰ Per L. GAROFALO, *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, cit., p. 856, «il codice civile italiano del 1942 (...) perpetu(a), con varianti trascurabili sotto il profilo sostanziale, la disciplina sancita dall'art. 1504 del codice precedente» (corsivo aggiunto).

⁸¹ Si veda, a proposito di risoluzione del contratto, di appalto, Cass. civ., 25 settembre 2012, n. 16291, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 1144, nonché per intero in *De Jure*: non trova applicazione «la preclusione del rimedio della risoluzione, prevista in tema di compravendita dall'art. 1492, comma 3, c.c., per l'ipotesi in cui il compratore abbia alienato o trasformato il bene consegnato, dal momento che tale norma, dettando una peculiare disciplina relativa alla garanzia per i vizi della cosa venduta, non è espressione di un principio generale in materia di risoluzione del contratto».

⁸² Così, R. SACCO, *Risoluzione per inadempimento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 59, e nn. 16-17. In senso analogo, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 885-886; C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., pp. 823-824; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, nel *Commentario Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2007, p. 331 e ss.; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 243, *in fine*. Sotto il vecchio Codice, l'opinione qui contrastata poteva appoggiarsi sulla discussa configurazione della risoluzione quale «condizione risolutiva tacita» e quindi su norme dettate in materia di «condizione risolutiva» *tout court*, quali l'art. 1158, co. 2 («la condizione risolutiva è quella che, verificandosi, rimette le cose nello stato in cui erano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo»), e l'art. 1164, a

5. *L'esclusione convenzionale della garanzia contro i vizi e le mancanze di qualità: è ammissibile una vendita «a rischio e pericolo del compratore» in relazione ai vizi?*

Si può parlare di una vendita convenuta «a rischio e pericolo» dell'acquirente anche nel contesto della garanzia contro i vizi, oltreché in quello dell'evizione?

È la domanda fondamentale per stabilire quali siano i limiti di derogabilità convenzionale della disciplina sulla garanzia contro i vizi, il vero nervo dal quale si può capire l'imperatività di questo sottosistema di tutele: non lo si è ancora fatto, ma si dispone ora di molti elementi che permettono di delineare una risposta.

Anche a questo riguardo si rende necessario un chiarimento terminologico perché forte è il rischio di utilizzare impropriamente formule note e confondersi sui significati. L'aver già ragionato lungamente di evizione e di modifiche convenzionali al suo regime agevola questa chiarificazione.

Nell'ambito dell'evizione si è visto che la vendita «a rischio e pericolo del compratore» - figura specificamente nominata dall'art. 1488, cpv. nonché dall'art. 1629 del Codice francese e perciò dotata di un significato sufficientemente preciso - corrisponde ad una (anzi, alla) vera e propria *esclusione* della garanzia per evizione: solo mediante questa pattuizione le parti possono rinunciare *in toto* alla garanzia, accettando il compratore di farsi carico del *rischio e pericolo* che la cosa compravenduta sia rivendicata da terzi, sebbene, si è anche osservato, non in senso assoluto, poiché, da un lato, in alcuni casi il compratore potrebbe recuperare la disponibilità della cosa (c.d. *legitimatio superveniens*); dall'altro, per il fatto che anche la stipula della vendita a rischio e pericolo lascia sussistere *inderogabilmente* la *responsabilità* del venditore che per suo *fatto proprio* abbia determinato l'evizione ai sensi dell'art. 1487, co 2. Ma se le parti non hanno utilizzato questa clausola, alla quale si suole riconoscere una portata di *aleatorietà*, esse possono al più *limitare* sul solo piano risarcitorio, non già escludere, la garanzia per evizione, come il testo dell'art. 1488, co. 1, a dispetto della sua formulazione, suggerisce.

Non è così per la garanzia contro i vizi. Qui l'esclusione convenzionale risulta ammessa al pari della più limitata modificazione e non si fa menzione di vendita a rischio e pericolo del compratore, né direttamente né per richiamo al regime dell'evizione. In altre parole, nella garanzia contro i vizi non è necessario sottostare a una pattuizione «a rischio e pericolo del compratore» per *eliminare* la garanzia contro i vizi dagli *obblighi del venditore*. È sufficiente, per l'appunto, *escluderla convenzionalmente*, come peraltro già fanno - se n'è detto

tenore del quale «La condizione risolutiva non sospende l'esecuzione dell'obbligazione: essa obbliga soltanto il creditore a restituire ciò che ha ricevuto, ove accada l'avvenimento preveduto nella condizione». Ma già C. VIVANTE, *Il compratore che accettò la merce non può più chiedere la risoluzione del contratto*, cit., p. 2, avvertiva, a proposito dell'uso o della rivendita della merce viziata (v. *supra*), che «l'efficacia retroattiva non è punto essenziale all'istituto della risoluzione». Oggi la questione dell'impossibilità di restituire la cosa alienata sotto condizione risolutiva, che pertiene esclusivamente alla disciplina di questo istituto e nulla ha a che vedere con la ben distinta risoluzione per inadempimento, va affrontata a partire dall'art. 1465, ult. co., il quale, però, si pronuncia soltanto sulla condizione *sospensiva*.

a lungo - la *legge* stessa, per i vizi facilmente riconoscibili, salvo che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente dai vizi (art. 1491); gli *usi*, a favore della sola tutela estimatoria (art. 1492, co. 1); e, in questo stesso senso, i *fatti* presi in considerazione dall'ultimo comma dell'art. 1492.

Dunque, se si discorre di vendita «a rischio e pericolo» a proposito di vizi redibitori si dovrebbe per necessità logica alludere a *qualcosa di più* della mera esclusione della garanzia, risultando altrimenti improprio il ricorso a una formula così impegnativa. Al di fuori delle garanzie, vendita a rischio e pericolo per eccellenza è la c.d. *emptio spei*, la vendita *aleatoria* di cosa futura (ex art. 1472, co. 2), stipulata la quale il compratore assume il *rischio* della mancata venuta ad esistenza della *res* - è utile ricordarlo qui - «per fatto non imputabile al venditore»⁸³.

Qual è allora questo *quid pluris* che permette di designare con proprietà un patto di «rischio e pericolo» in relazione ai vizi redibitori? Di fronte, per esempio, ad un bene usato, che cosa può distinguere una vendita in cui il venditore pattuisca di non prestare la garanzia, magari perché il vizio è reso manifesto e quindi «riconoscibile» attraverso una clausola del tipo «merce vista e piaciuta»⁸⁴ oppure perché è esclusa la garanzia per qualsiasi eventuale vizio occulto, da una vendita stipulata «a rischio e pericolo del compratore»?

Questa distinzione non sembra tenuta nel debito conto da alcune pronunce⁸⁵ che sovrappongono i due distinti concetti, di fatto utilizzando l'espressione in discorso per designare sinonimicamente la semplice *esclusione* della garanzia, laddove essa possiede *ex se* un significato più radicale. Formule analoghe, con la medesima ambiguità, si ritrovano anche nell'antico linguaggio degli usi, e specialmente nella vendita di animali, ove costituiscono ancora essenzialmente la disciplina normativa di riferimento. Si legge, per esempio, di vendite concluse «a fuoco e fiamma»; «per la cavezza»; «per la corda»⁸⁶; «per un sacco di ossa»; «per la pelle»; «alla riga»; «fuori di qua non rispondo più»; «vendo, crepi o scoppi»; «non garantisco fuori dalla mia stalla»; «lo brucino, lo passino, non ne voglio più

⁸³ Così, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 411, con riferimento alla fattispecie prevista dall'art. 1529 (vendita su documenti di cose in viaggio assicurate), ma riferibile anche alla *emptio spei*, ove, peraltro, il venditore è obbligato a procurare l'acquisto attraverso la *venuta ad esistenza* della cosa futura (obbligazione distinta da quelle principale e qualificabile come *preparatoria*), sicché la nullità della vendita prevista dall'art. 1472, cpv., non toglie la «responsabilità per inadempimento della prestazione di far esistere o di procurare l'esistenza della cosa negoziata, che è da principio il contenuto dell'obbligazione che gli deriva dal contratto», come rileva D. BARBERO, *Sistema*, II, cit., p. 272. Più in generale per G. GORLA, *La compravendita*, cit., p. 38, in caso di *emptio spei*, «come ogni negozio aleatorio, se una delle parti conosce la mancanza dell'alea (il compratore la esistenza della cosa, il venditore la inesistenza), la promessa del compratore può essere annullata per dolo».

⁸⁴ In questo senso, ricostruendo l'evoluzione della giurisprudenza in materia, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 862 e ss., n. 180. Sul punto v. anche C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 824-825. Per l'idea che la clausola «vista e piaciuta», o formule analoghe, comporti la piena esclusione della garanzia redibitoria, come la interpretava la giurisprudenza più risalente, si era espresso G. GORLA, *La compravendita*, cit., pp. 179; 369, commentando gli usi.

⁸⁵ V., ad esempio di questa improprietà, Cass. civ., 18 ottobre 1968, n. 3368, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1294, con nota di M. Grossi; Cass. civ., 24 gennaio 1995, n. 806, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, nonché per intero in *De Jure*; sulla scia di quest'ultima, nella giurisprudenza di merito, Trib. Perugia, 11 ottobre 2019, n. 1565, in *De Jure*.

⁸⁶ Espressioni molto ricorrenti: v., ad es., le Raccolte degli Usi delle province di Lecco, Modena, Como, Parma, Reggio Emilia.

sapere»⁸⁷; «brucia camicia» o «brocca secca»⁸⁸; «all'uso di fiera»⁸⁹; «a lagnanza nessuna», «diventi carbone», «io vendo morto», «morto sotterrato», «com'è lì»⁹⁰.

Nella Raccolta degli usi comuni generali per la vendita dei prodotti della zootecnica tutt'ora vigenti nella provincia di Cremona si dice che in presenza delle formule menzionate si ha «esclusione di ogni garanzia» ma – si precisa – «il venditore è in ogni caso responsabile dei danni causati dall'animale per vizi d'animo che il compratore ancora non conosceva e dei quali il venditore, cui erano noti, non lo aveva avvertito». Da una fonte più datata si ricava l'impressione che quelle formule esprimessero invece un significato maggiore, giacché per mezzo di esse «il contratto è assunto dal compratore *a tutto suo rischio e pericolo*, tranne il caso di malattie contagiose che resta sempre tacitamente convenuto»⁹¹. Ciò lascia intendere che la vendita di un bovino o di un equino «a fuoco e fiamma» o «alla cavezza» comportasse, per lo meno nelle aree geografiche ove trovava riconoscimento normativo, che il venditore si sgravasse di *qualsiasi* responsabilità o garanzia per vizi, con la sola eccezione delle malattie contagiose. Parimenti, in una relazione del Comizio agrario di Fabriano, riferente antichi usi vigenti in una parte della provincia di Ancona, si dice che «col patto *a fuoco e fiamma* si esclude qualunque garanzia per qualunque vizio o difetto, anche occulto e preesistente alla vendita»⁹².

Si comprende allora che in questo ambito la vendita a rischio e pericolo è quella per mezzo della quale le parti mirano ad *eliminare integralmente* la garanzia redibitoria, perfino sottraendo al venditore quella responsabilità che la giurisprudenza prima e la legge poi, con un'importante innovazione del Codice del 1942 anticipata (ma in forma più blanda) dai precedenti Progetti, gli hanno ascritto pur in presenza di patti «con cui si esclude o si limita la garanzia», allorché egli abbia «in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa» (art. 1490, co. 2)⁹³.

Il *quid pluris* della vendita a rischio e pericolo in punto vizi redibitori è perciò dato dalla clausola con la quale il venditore, pur *conoscendo* i vizi occulti della cosa che si appresta a cedere e pur *tacendoli* al compratore, si vale o pretende valersi dell'esonero dalla garanzia redibitoria che il compratore abbia accettato, consapevolmente aderendo a detta clausola. Il

⁸⁷ Così nelle Raccolte degli usi delle province di Cremona e di Bergamo.

⁸⁸ Queste due ultime formule si riscontrano negli usi in vigore nella provincia di Pavia.

⁸⁹ V. gli usi della provincia di Enna.

⁹⁰ Queste le formule attestate dalla Raccolta degli usi della provincia di Cuneo, sempre nel contesto della vendita di prodotti della zootecnica.

⁹¹ Così in *Gli usi commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, p. 172 e n. 1, corsivo aggiunto, che riporta gli usi in materia di vendita di bestiame della provincia di Mantova, giudicati a questo riguardo conformi a quelli delle province di Alessandria, Cremona, Padova e Verona.

⁹² La fonte citata è riportata in *Annali di agricoltura. 1886, Leggi e consuetudini vigenti in Italia e all'estero intorno ai vizi redibitori nel commercio del bestiame*, a cura del Ministero di agricoltura, industria e commercio – Direzione generale dell'agricoltura, Roma, 1886, p. 50.

⁹³ Una norma analoga non era prevista dal vecchio Codice, limitandosi l'art. 1500 a sancire che il venditore «è obbligato pe' vizi occulti quantunque non gli fossero noti, eccetto che avesse stipulato di non essere in questo caso tenuto ad alcuna garanzia». Nell'art. 367 del Progetto Italo Francese, poi confluito nei successivi lavori fino al Progetto ministeriale del 1941, a quella disposizione si aggiunge un capoverso così formulato: «Ma il patto di non garanzia è nullo, se il venditore ha fraudolentemente dissimulato i vizi al compratore», il che, si legge nella Relazione sul Progetto Italo Francese (§ 28), «non era pacifico sotto l'impero dei codici vigenti». Nella versione definitiva del Codice questa eccezione si allarga perché alla dissimulazione fraudolenta si sostituisce il semplice silenzio di mala fede di cui all'art. 1490, co. 2.

punto è comprendere se ciò sia possibile al cospetto di una previsione quale l'art. 1490, co. 2.; se essa imperativamente lo impedisca o se invece non osti alla introduzione ad opera delle parti di un'*alea convenzionale* che sposti sul venditore lo specifico rischio di vizi dolosamente taciuti al compratore.

Al di là degli antichi usi sopra ricordati – i quali debbono pur sempre sottostare oggi come ieri al limite dell'ordine pubblico⁹⁴ – l'opinione circa la validità di una vendita a rischio e pericolo nel senso che si è qui ricostruito è stata sostenuta apertamente soprattutto dalla dottrina francese, in un ordinamento che non codifica una regola corrispondente a quella dell'art. 1490, cpv. del Codice italiano ma mantiene all'art. 1643 la stessa norma espressa dall'art. 1500 del Codice del 1865; con più timidezza, invece, nella nostra letteratura, per lo più sotto la vigenza del Codice abrogato.

La più ampia ammissione di una siffatta pattuizione è stata compiuta infatti da Troplong, che ha ritenuto replicabile sul piano della garanzia contro i vizi la distinzione fra patto di esclusione e patto «a rischio e pericolo», così limpida in tema di evizione. Una volta stabilito che la conoscenza dei vizi non consente al venditore di essere irresponsabile, T. prosegue rilevando che «néanmoins, il en serait autrement si la vente était aléatoire; car la clause à tous risques, hasards et fortune, ou acheter à ses risques et périls, a beaucoup plus d'énergie que la stipulation de non garantie. Elle affranchirait évidemment le vendeur qui n'aurait pas déclaré le vice rédhibitoire. Vainement lui opposerait-on l'art. 1643! Cette disposition n'est faite que pour le cas où la vente ne contient pas autre chose qu'une simple dispense de garantie»⁹⁵. Tesi analoghe sono state abbracciate nella dottrina giuscommerciale⁹⁶.

In Francia, peraltro, l'elaborazione in materia ha presto seguito una strada rimasta inesplorata nella nostra giurisprudenza. Stimolata, come si è osservato, da una fattispecie lacunosa o quantomeno invecchiata, la Cassazione francese ha individuato la figura del *vendeur professionnel* proprio in relazione alla sua conoscenza dei vizi della cosa venduta, considerandola requisito necessario di quella professionalità, per questa via introducendo una *presunzione* di mala fede che impedisce la stipulazione di *qualsivoglia* clausola di esonero o modifica della garanzia legale nell'ambito dei rapporti contrattuali con venditori professionisti⁹⁷. Risultato conseguito nel nostro ordinamento sopra un altro piano

⁹⁴ Conf. C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 831.

⁹⁵ R.T. TROPLONG, *De la vente*, cit., t. II, n. 560, pp. 21-22. Nello stesso senso, L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. I, cit., n. 477, p. 489, il quale fa esplicito richiamo alla disciplina dell'evizione e all'art. 1629 c.c. fr.: «bien que ce text soit écrit pour la garantie en cas d'éviction, il faut l'étendre à la garantie des défauts cachés»; C. AUBRY – C.F. RAU, *Cours de Droit civil français*, t. V, cit., § 355 bis, pp. 114-115; M. PLANIOL – G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X: *Contrats civils*, II ed., Paris, 1954, n. 139, p. 160, ad avviso dei quali convenendo la vendita «a rischio e pericolo» la garanzia non opera «même au cas de mauvaise foi du vendeur», ma, proseguono, «même s'il a acheté à ses risques et périls, l'acheteur conserve le droit de demander la nullité de la vente pour cause de dol, s'il prouve l'existence de manoeuvres frauduleuses».

⁹⁶ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., n. 1679, pp. 167-168, con riferimento alla clausola «merce visitata e piaciuta» nelle vendite di merci viaggianti provenienti dai paesi d'origine, che assumono «un carattere eminentemente aleatorio: il compratore si sobbarca ad accettare la merce inferiore che la nave porta con sé, in vista del prezzo più basso e della merce ottima che spesso vi si mescola alla rinfusa. Certamente quella clausola può fare buon gioco alla *malafede* o alla negligenza del venditore informato della cattiva qualità della merce, ma il timore della frode non è motivo sufficiente per sfuggire ad un patto liberamente accettato» (enfasi aggiunta).

⁹⁷ Apripista, a partire dai vizi nella vendita di automobili, Cass. Req. 5 juin 1929, in *Gaz. Pal.*, 1929, 2, p. 433. Su questa notevole costruzione giurisprudenziale, v. P. MALINVAUD, *Pour ou contre la validité des clauses*

(complementare) di tutela, e cioè ragionando in termini di vessatorietà, dapprima ai fini dell'art. 1341 – non si è mai dubitato che *qualsiasi* alterazione del regime legale in punto garanzie (evizione e vizi) dovesse essere *chiara*⁹⁸ e dunque *specificamente accettata* dal compratore ogniqualvolta il contratto fosse predisposto dal venditore⁹⁹, per quanto sia dubbia la loro qualificazione in termini di «limitazioni di responsabilità» (*supra* e *infra*) – e poi, nel contesto della protezione consumeristica, al fine di considerare simili patti *inefficaci* o *nulli*, «quantunque oggetto di trattativa» (artt. 134; 36, co. 2, lett. b), c.cons.)¹⁰⁰: ragione per cui le considerazioni che si stanno svolgendo concernono compravendite non calate in un rapporto di *consumo* oppure entro altri rapporti fatti oggetto di una disciplina speciale¹⁰¹.

La soluzione francese sulla presunzione di conoscenza da parte del «vendeur professionnel» ricaccia le possibilità di una vendita a tutto rischio e pericolo dentro i confini dei rapporti *tra professionisti* «de même spécialité» o tra *non professionisti* («vendeurs profanes»)¹⁰². Ma anche in questi campi la giurisprudenza ha avuto modo di compiere riflessioni ulteriori e di affermare che, nonostante la presenza di una relazione commerciale tra soggetti professionisti, la società venditrice la quale *conosceva* l'esistenza di amianto nelle unità commerciali trasferite e che abbia «*sciemment dissimulé un élément de dépréciation susceptible de faire revenir*» l'acquirente «sur sa décision de contracter à ce prix», non può

limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente, con commento di G. ALPA, in *Foro it.*, 1977, V, c. 121 e ss. nonché G. STELLA RICHTER, *La tutela del consumatore in una moderna giurisprudenza in tema di garanzia per i vizi occulti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1781 e ss., spec. p. 1790 e ss. e L. CABELLA PISU, *Garanzia per vizi e tutela del consumatore nella giurisprudenza francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 698 e ss. Per un più ampio inquadramento della giurisprudenza francese in tema di vizi di cose messe in vendita dal venditore fabbricante o commerciante professionale, v. G. GORLA, *Considerazioni in tema di garanzia per i vizi redibitori*, cit., p. 1283 e ss.

⁹⁸ Già C. VIVANTE, *Op. ult. cit.*, n. 1678, p. 167, con riff. giurisprudenziali; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria*, cit., parla di tenore «sufficientemente univoco».

⁹⁹ Così, da ultimo, Cass. civ., 7 maggio 2020, n. 8637, in *De Jure*, con indicazione di alcuni precedenti, tra i quali, Cass. civ., 23 marzo 1993, n. 3418, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2517; Cass. civ., 7 luglio 1988, n. 4474, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2942.

¹⁰⁰ Cass. civ., 21 marzo 2014, n. 6784, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, nonché integralmente in *De Jure*. In argomento, A. MANIACI, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, Pisa, 2018, p. 200 e ss.

¹⁰¹ Da segnalare che in Francia il legislatore, nel dettare una speciale disciplina concernente la vendita di immobili da costruire, ha previsto una specifica e maggiore responsabilità del venditore in relazione ai vizi (artt. 1642-1 e 1646-1 c.c. fr.), che ha reso totalmente inderogabile con l'art. 12 della l. n. 67-3 del 3 gennaio 1967, bandendo clausole di esclusione o modifica della garanzia. In Italia si è scelto un piano di tutela distinto: valorizzando la componente di appalto dell'operazione contrattuale avente ad oggetto il trasferimento di un immobile da costruire, più che la sua natura di vendita, con l'art. 4 del D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, modificato dal D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, si è introdotto l'obbligo in capo al venditore/costruttore di sottoscrivere una polizza assicurativa decennale, che può essere fatta valere dal solo acquirente, «a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi, cui sia tenuto ai sensi dell'articolo 1669 del codice civile, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione». Le garanzie edilizie rimangono disponibili e derogabili, ma l'acquirente è protetto dall'assicurazione sull'immobile e dalla fideiussione al cui rilascio il costruttore/venditore è obbligatoriamente tenuto (artt. 2-4, D.Lgs 122/2005). Ai sensi del successivo art. 5, co. 1-*bis*, «l'acquirente non può rinunciare alle tutele previste dal presente decreto; ogni clausola contraria è nulla e deve intendersi come non apposta». Sul tema, anche per l'analisi comparatistica, v. A. BARALE, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, in *Contr. Impr. Europa*, 2005, p. 810 e ss.

¹⁰² Cass. com., 29 novembre 1983, 82-13.503, in *Bull.* 1983, IV, n. 329; Cass. com. 3 février 1998, 95-18.692, in *D.*, 1998, p. 455.

giovarsi di una esclusione della garanzia contro i vizi pur liberamente pattuita¹⁰³. E successivamente ha dimostrato di attribuire un ruolo decisivo alla *effettiva conoscenza* del vizio da parte del venditore professionale, «salvando» la clausola di esonero, sempre in relazione alla scoperta di amianto nell'immobile venduto, poiché quella conoscenza non era stata sufficientemente provata dal compratore¹⁰⁴.

Si tratta di una sconfessione che attesta, perlomeno in questa tendenza giurisprudenziale, il riconoscimento di un limite inderogabile *prevalente* sulla libertà contrattuale, anche quando questa non fosse piegata a possibili sopraffazioni di stampo asimmetrico, e che impedisce una rinuncia integrale *a priori* alla garanzia contro i vizi.

La distribuzione dei rischi tra le parti di un contratto, anche traslativo, è in linea di principio *disponibile*, potendo costituire materia di ampia determinazione convenzionale attraverso interventi di vario segno¹⁰⁵ la allocazione degli specifici rischi che possono caratterizzare una data concreta operazione contrattuale¹⁰⁶. Ciò vale, però, finché non vengano in rilievo *limitazioni imperative* che, direttamente o indirettamente, precludano determinate attribuzioni di rischi e i patti che le realizzano, come quello che spogliasse il contraente «preventivamente ed incondizionatamente (delle) azioni di risoluzione e di risarcimento danni per ogni ipotesi di inadempienza del venditore»¹⁰⁷.

Nel quadro delle garanzie, d'altra parte, il riferimento al dolo e alla colpa grave contemplati dall'art. 1229 non convince del tutto. Nell'evizione il vero limite inderogabile si è visto essere dato piuttosto dal *fatto proprio* dell'alienante – esso peraltro al pari del (ma distinto dal) dolo è così rilevante da obbligare alla garanzia anche il donante nei confronti del donatario (art. 797, co. 1, n. 2) – contro il quale neppure può valere l'aver concluso la vendita a rischio e pericolo del compratore, ed entro un ambito applicativo più esteso di quello che si avrebbe riferendosi al dolo¹⁰⁸. Con la norma contenuta nel secondo comma dell'art. 1487, l'ordinamento stabilisce in quale momento un patto sull'evizione diventa

¹⁰³ Così, Cass. com., 7 novembre 2006, 05-10,793, in *RDI*, 2007, p. 330, corsivi aggiunti. Per un'ipotesi di vendita da parte di un «vendeur profane», v. Cass. civ., 16 décembre 2009, 09-10.540, in *Bull.* 2009, III, n. 288.

¹⁰⁴ Cass. civ., 30 juin 2016, 14-28.839, in *D.*, 2016, p. 1499.

¹⁰⁵ Ricorda in termini generali F. DELFINI, *Risoluzione per eccessiva onerosità, commutatività ed aleatorietà del contratto*, in ID., *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, II ed., Torino, 2017, pp. 249-250, che le parti possono, alternativamente, «incidere sulla causa stessa del contratto, rendendo aleatorio quello che in via astratta è tipo commutativo; oppure estendere il rischio economico connesso al contratto concreto, che pure resta commutativo, restando intatto il profilo causale del medesimo; ipotesi quest'ultima che può indicarsi come conformazione negoziale (in senso estensivo) dell'alea normale».

¹⁰⁶ Chiarito che il problema del *rischio* (al singolare) consiste nel determinare «se l'impossibilità fortuita della prestazione debba essere sopportata dal debitore, in quanto perda il diritto alla controprestazione, o dal creditore, in quanto resti a questa tenuto», così, per tutti, G. GORLA, *La compravendita*, cit., p. 39.

¹⁰⁷ Così, Cass. civ., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1459 e ss., con nota di P.L. B(IAMONTI), «e ciò indipendentemente dall'evidente carattere vessatorio della clausola di specie». Per un caso di riduzione conservativa di una clausola analoga che pareva escludere il diritto di risoluzione «in ogni caso», così salvata da nullità, già App. Milano, 7 marzo 1913, in *Mon. trib.*, 1913, p. 737 e ss., nonché in *Temi lomb.*, 1913, p. 296; *Il dir. comm.*, 1913, II, p. 308; *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 975 e ss., con nota di S. Seletti.

¹⁰⁸ F. BENATTI, *Clausole di esonero dalla responsabilità*, cit., p. 399, pur ritenendo incluso il dolo nella fattispecie dell'art. 1487, co. 2, scrive che «tale clausola non può essere equiparata a quella disciplinata dall'art. 1229, 1° co., dato che nei casi in esame dolo o colpa grave indicano la situazione psicologica di conoscenza o ignoranza inescusabile di fatti che possono causare l'evizione, mentre per l'art. 1229, 1° co., essi vengono in considerazione come criteri di imputazione dell'inadempimento».

lesivo o iniquo, al pari del patto leonino o del patto commissorio o di quello con cui si modifica la disciplina legale della prescrizione¹⁰⁹.

Torna allora assai utile l'aver motivato nelle pagine precedenti la coincidenza di logica e di funzione fra il limite del «fatto proprio» per l'evizione, da una parte, e il limite del silenzio di mala fede per i vizi, dall'altra, e dunque fra i capoversi degli artt. 1487 e 1490, che sembrano fattispecie speculari. Se il tacere in mala fede i vizi conosciuti corrisponde al dare cagione con il proprio comportamento alla successiva evizione, in un (sotto)sistema normativo in cui la garanzia scatta se e in quanto i vizi non siano facilmente riconoscibili dal (potenziale) acquirente della cosa o se, pur essendolo, il venditore abbia tradito l'apparenza con le proprie rassicurazioni (non necessariamente dolose¹¹⁰), fonte di affidamento per il compratore, da ciò può ricavarsi che ogni patto contrario alla responsabilità del venditore che abbia taciuto in mala fede i vizi della cosa è da ritenersi *inefficace*, e ciò in ogni caso, quand'anche il contratto fosse stato concluso «a rischio e pericolo del compratore», come si insegna in tema di evizione¹¹¹. Ma mentre nel contesto dell'evizione quanto appena rilevato non vale a togliere cittadinanza alla fattispecie della vendita a rischio e pericolo, sussistendo uno spazio compreso tra il limite sancito dall'art. 1487, co. 2 e la vendita di cui la garanzia costituisce un effetto *naturale* – e questo spazio è quello della effettiva *esclusione* della garanzia *salvo il fatto proprio del venditore* –; nel contesto dei vizi redibitori questo interstizio non si ravvisa, giacché l'effettiva esclusione convenzionale della garanzia risulta già ammessa *indipendentemente* dalla pattuizione «a rischio e pericolo», e appena oltre di essa si erge il limite di cui al capoverso dell'art. 1490. La formula «a rischio e pericolo» riferita ai vizi è pertanto, come spesso accade di constatare, *impropria* o meramente *sinonimica*.

In conclusione, il venditore che conosce l'esistenza di vizi nella cosa offerta in vendita ha dinnanzi a sé una precisa alternativa: rivelare, e cioè rendere *riconoscibili*, detti vizi, accettando il rischio che l'interessato rinunci all'acquisto o che, invece, lo concluda ugualmente, così rinunciando alla garanzia, esclusa *ex lege* (art. 1491); oppure tacerli e, se, conclusa la vendita, essi si manifesteranno, accettare il rischio di subire la susseguente iniziativa del compratore/proprietario¹¹². Il venditore non potrà invece beneficiare

¹⁰⁹ Per l'inquadramento della rinuncia pattizia alla garanzia per l'evizione derivante da fatto proprio del venditore nel novero dei patti «lesivi ed iniqui», già F. FERRARA (*senior*), *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, II ed., Milano, 1914, p. 123.

¹¹⁰ Sul punto, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 792, e n. 64, che cita «giurisprudenza pacifica».

¹¹¹ In un precedente francese molto antico si legge che «*quelles que soient les clauses de non garantie, elles sont impuissantes à affranchir le vendeur de la responsabilité d'un vice qu'il connaît, qui vient de son fait, et qui est ignoré de l'acheteur*» (corsivo aggiunto nel riferimento al *fatto proprio* in materia di vizi). Così C. d'Orléans, 31 juillet 1889, in *La France judiciaire*, 1889, II, p. 313.

¹¹² Dinamica analoga emerge dalla norma di cui all'art. 1529, relativamente ai rischi nella vendita su documenti di merci viaggianti assicurate: conformemente alle esigenze del commercio, i rischi del trasporto incombono sul compratore retroattivamente sin dal momento della consegna della merce al vettore da parte del venditore; nondimeno, «se il venditore al tempo del contratto era a conoscenza della perdita o dell'avaria della merce, e le ha in mala fede taciute al compratore», la relativa responsabilità torna ad essere del venditore. Osserva C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 412, che «in questo senso si avverte come il principio di correttezza imponga all'alienante di informare l'acquirente circa l'effettiva entità dell'alea trasmessa, mentre un altro generale principio esclude che l'obbligato possa trarre profitto dal suo inadempimento a carico dell'altra parte». Ma anche in questo caso la mera conoscenza da parte del venditore è insufficiente: questi deve aver

dell'esonero dalla garanzia o della sua mera limitazione che fosse riuscito a far accettare al compratore, a meno che egli non dimostri che, pur conoscendo i vizi, li avesse taciuti *in buona fede* (e non in «mala fede», secondo l'art. 1490, co. 2),¹¹³ senza, cioè, la finalità di impedire che si concretizzasse il rischio della mancata conclusione del contratto per il rifiuto del compratore: in tal caso la clausola resterebbe efficace.

È dunque la negoziazione della mala fede che viene repressa e resa insensibile ad un'eventuale pattuizione «a rischio e pericolo» del compratore, sia essa voluta dalle parti oppure portata da un uso¹¹⁴.

6. La conformazione negoziale della garanzia contro i vizi. L'azione di esatto adempimento «voluta» dalle parti

Individuato il limite imperativo alla possibilità di escludere in via convenzionale l'operare della garanzia contro i vizi, si traggono da esso utili indicazioni per poter valutare deroghe pattizie di segno diverso. La *conformazione negoziale* della garanzia può essere varia e tendere alla semplice modifica del regime legale anziché alla sua esclusione.

Un'area di frequente intervento è quella dei *termini* di esercizio dell'azione previsti dall'art. 1495, norma centrale scelta dal Codice quale punto di incontro di garanzie distinte: oltre alla redibitoria, vi è assoggettata l'azione con cui si fanno valere mancanze di qualità (art. 1497, co. 2), ma anche le difformità dal campione o dal tipo di campione (art. 1522, co. 3); con termini diversi ma di corrispondente natura la medesima norma si ritrova nella

deliberatamente taciuto quanto di sua conoscenza; il silenzio colposo lascia invece il rischio nella sfera giuridico-patrimoniale del compratore.

¹¹³ V. *supra* nel testo, e alle nn. 13 e ss.

¹¹⁴ Conf. nella dottrina di lingua francese, F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, vol. XXIV, cit., n. 305, p. 230, ma ragionando di semplice conoscenza del vizio; analogamente G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *De la vente et de l'échange*, cit., n. 421, p. 429; A. DURANTON, *Corso di Diritto civile*, vol. IX, cit., n. 312, p. 101: «ma se (il venditore) conosceva (il vizio) e lo abbia dissimulato, il patto che non si debba garantire non lo libera». Nella dottrina italiana classica, molto chiaramente, ma ragionando anch'egli di semplice conoscenza del vizio - è superfluo ricordare che tanto nel Codice francese quanto in quello italiano unitario non vi è l'espressa considerazione della mala fede fatta propria dall'art. 1490, co. 2 vigente - E. PACIFICI MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato, Trattato della vendita*, vol. I, Firenze, 1877, n. 272, pp. 498-499. Sul punto riconosce un limite imperativo insuscettibile di divenire oggetto di un'alea convenzionale, R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 1027-1028. Quanto agli usi, v. spec. la puntuale rassegna critica di quelli più antichi vigenti nel commercio zootecnico (tra cui quelli *supra* menzionati) svolta da M. BACCIGALUPI, *Note sulle clausole di garanzia nella compra-vendita di animali*, in *Riv. dir. agr.*, 1950, p. 189 e ss., il quale afferma, a proposito della necessaria conformità degli usi all'ordine pubblico, (*ivi*, p. 195), che «tanto più importante per la zoo-vendita è l'inefficacia delle clausole di esonero per dolo o colpa grave del venditore, o, meglio, per reticenza sui vizi a lui noti, che proprio in queste materia sono diventati non meno usuali gli artifici con cui i venditori sogliono occultare l'età o i difetti fisici o i vizi d'animo degli animali posti in vendita». Nel medesimo senso, C. FRASSOLDATI, *L'azione redibitoria nelle vendite di animali e il suo regolamento consuetudinario*, nota ad App. Bologna, 3 febbraio 1955, n. 69, in *Riv. dir. agr.*, 1956, p. 210, secondo cui invocando la vendita di bestiame «a fuoco e fiamma», «alla cavezza», «all'uso di fiera», «alla corda», *etc.* (*supra* nel testo), coi quali si intende pattuire l'esclusione della garanzia contro i vizi, qualunque sia il contenuto di simili usi, «troverà sempre applicazione il cpv. dell'art. 1490 nel caso della mala fede del venditore; infatti tale disposizione si riallaccia alla regola generale dell'art. 1229, primo comma, che è norma di ordine pubblico, limitatamente però al dolo e non anche alla colpa grave», idea quest'ultima, come si è rilevato altrove, facente capo a D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 865-866.

garanzia di buon funzionamento dei beni mobili (art. 1512, co. 1). Ad essa, pur nel silenzio della legge, ricorre poi la prevalente interpretazione per subordinare l'esercizio «in solitaria» dell'azione risarcitoria di cui all'art. 1494¹¹⁵, «e ciò perché tali termini non si considerano imposti a causa della particolare natura della responsabilità per garanzia, cioè perché questa prescinde dalla colpa, ma solo a causa della particolare natura del fatto di inadempimento, in sé e per sé considerato»¹¹⁶, in questo modo evitandone l'elusione attraverso la proposizione in via autonoma della domanda di risarcimento.

La legge stessa (art. 1495, co 1) ammette che il termine di decadenza entro il quale denunciare il vizio possa essere stabilito *dalle parti* in misura diversa dagli otto giorni richiesti *ex lege*, ma la libertà di determinazione convenzionale può riguardare soltanto la *denuncia* dei vizi o delle difformità - che potrebbe essere anche del tutto esclusa¹¹⁷ - e non *l'esercizio dell'azione*, il cui speciale termine di prescrizione annuale è inderogabile per effetto del generale divieto di modifica della disciplina legale della prescrizione sancito dall'art. 2936¹¹⁸. Ma anche l'autonomia delle parti sul termine della denuncia (espressamente

¹¹⁵ V. sul punto, per tutti, G. AFFERNI, *La garanzia per i difetti materiali nella vendita*, cit., pp. 79; 87, e la giurisprudenza ivi citata, cui *adde*, l'importante Cass. civ., 13 marzo 1980, n. 1696, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1914, con nota di G. Alpa, secondo la quale «il fabbricante-venditore di una cosa è responsabile non solo "ex empto" verso il compratore per i vizi in essa riconosciuti, ma altresì a titolo di illecito, del danno sofferto da terzi in dipendenza di tali vizi, che rendono la cosa pericolosa, anche se tale danno si è verificato quando la cosa stessa sia passata nella sfera di disponibilità di altri e sia stata da costoro utilizzata. Tale responsabilità extracontrattuale del fabbricante, svincolata dal termine di prescrizione stabilito dall'art. 1495 c.c., è soggetta al termine prescrizione previsto dall'art. 2497 c.c.», ripresa in motivazione da Cass. civ., 6 luglio 2017, n. 16654, in *Guida al dir.*, 2017, 44, p. 58.

¹¹⁶ P.M. C. GENTILE, *Requisitoria nella causa decisa da Cass. civ. 23 maggio 1962, n. 1193, cit.*, p. 1000.

¹¹⁷ Come prevedono alcuni usi in materia di vendita di animali, e perciò suscettibili di modificare il regime legale al pari della autonomia delle parti in forza dell'art. 1496, ricordati da C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 837. Ma si v. anche Cass. civ., 30 novembre 1962, n. 3324, in *Foro pad.*, 1963, I, p. 6. Benché la legge faccia riferimento al «diverso termine stabilito dalle parti o dalla legge», si verte in materia disponibile (con possibili rinunce *ex post* per fatti concludenti: v., tra le altre, Cass. civ., 24 aprile 1998, n. 4219, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 877, nonché per intero in *De Jure*), sicché è da riconoscere alle parti la facoltà di rinunciare anticipatamente all'onere della denuncia, il quale del resto viene meno *ex facto* nelle ipotesi contemplate dall'art. 1495, co. 2.

¹¹⁸ Esemplarmente C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 935 e ss. illustra che il termine di prescrizione previsto dall'art. 1495, ult. co., indipendentemente dal rigore della sua formulazione letterale, concerne il *diritto sostanziale* del compratore di avvalersi della garanzia, diritto il cui esercizio può ben aversi *prima* dell'instaurazione del giudizio ove la *scelta* dell'azione diviene irrevocabile, come stabilisce l'art. 1492, co. 2 (si rinvia nuovamente sul punto a Cass. civ., 19 ottobre 1963, n. 2787, cit., chiarissima nel delineare la dinamica temporale della garanzia, ma utili spunti in tema anche nella motivazione di Cass. civ., 14 gennaio 2011, n. 747, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 798 e ss., con nota di A. Cerulo), ragione per cui, conformemente alla disciplina generale della prescrizione, è da ritenersi consentito al compratore di *interrompere* la prescrizione anche mediante atti *stragiudiziali* ai sensi dell'art. 2943, co. 4, e cioè mediante ogni atto che valga quale costituzione in mora del debitore/venditore. Ciò, dopo un contrasto giurisprudenziale iniziato nei primi anni 2000, è stato vigorosamente riaffermato da Cass. civ. Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, in *Contratti*, 2019, p. 501 e ss., con commenti di M. D'Onofrio e T. dalla Massara. In argomento, G. PORTONERA, *Le sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizione*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 2, p. 693 e ss. Le sezioni unite nella sentenza citata rilevano che attraverso una possibile interruzione stragiudiziale della prescrizione «esiste una plausibile possibilità che il venditore intervenga eventualmente - a seguito della costituzione in mora - eliminando i vizi (possibile, se le parti convengano, prima e al di fuori del processo, configurandosi solo in questo senso la limitazione dei rimedi stabilita dall'art. 1490 e segg.), così evitando che il compratore debba rivolgersi necessariamente al giudice esercitando la relativa azione in sede, per l'appunto, giudiziale». In *obiter*, peraltro, è dato per «pacifico che, ove la consegna non sia accettata, il termine prescrizione abbreviato in questione non decorre, poiché il rifiuto dell'acquirente non consente di

ammessa anche dall'art. 1512 con riguardo alla garanzia di buon funzionamento) non è assoluta: l'art. 2965 prevede la nullità dei patti con i quali si stabiliscono termini decadenziali «che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto», senza contare che la previsione di decadenze inferiori al termine di legge rientra *ex se* nella fattispecie dell'art. 1341, co. 2, con conseguente loro inefficacia se non specificamente sottoscritte (mentre nella vendita di beni di consumo i termini di denuncia non sono derogabili dalle parti, cfr. artt. 132, co. 2; 134, co. 1, c.cons.). Dalla combinazione di queste limitazioni di ordine imperativo la giurisprudenza ha avuto modo di sanzionare articolazioni convenzionali che si è ritenuto rendessero eccessivamente gravoso l'esercizio dei diritti del compratore¹¹⁹.

Di più ampia portata è l'insegnamento che l'esame svolto nel paragrafo precedente può offrire con riguardo alla azione di *esatto adempimento* nel sottosistema della garanzia contro i vizi.

Le premesse sono note: il Codice italiano, a differenza della disciplina internazionale di diritto uniforme (art. 46, §§ 2 e 3, della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci, "CISG") e di quella interna della vendita di beni di consumo (art. 130, co. 2 e ss., c.cons.), non prevede nel quadro delle garanzie offerte in via edittale al compratore il diritto di questi di attivare nei confronti del venditore una tutela *in forma specifica*, quale reazione alla consegna di un bene viziato o difforme. Solo nell'ipotesi considerata dall'art. 1512, e cioè di una garanzia specificamente voluta dalle parti o dovuta in forza di un uso normativo, la legge fa parola nel contesto della vendita di diritto comune di una possibile tutela *in natura* avverso beni difettosi oggetto di compravendita, attribuendo al giudice la facoltà di condannare «secondo le circostanze» il venditore a *sostituire o riparare* la cosa «in modo da assicurarne il buon funzionamento» (art. 1512, ult. co.); oltre quel perimetro non vi è nessuna traccia di adempimento in forma specifica¹²⁰.

considerare eseguita la prestazione». Conf. su quest'ultimo punto, C.M. BIANCA, *Op. cit.*, p. 933; *contra*, P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 294.

¹¹⁹ Così, Cass. civ., 22 luglio 2003, n. 11412, in *De Jure*, conferma la nullità *ex art.* 2965 della clausola che prevedeva un termine di denuncia dei vizi occulti di sessanta giorni, decorrente però dalla consegna della merce, non già dalla loro scoperta: «con riferimento al tipo di vizio oggetto della contesa - non visibile né percepibile alla consegna - la fissazione della decorrenza dalla consegna della merce equivaleva di fatto ad una esclusione del diritto a far valere la garanzia». In massima, Cass. civ., 1 febbraio 1968, n. 338, in *Foro it.*, Rep., 1968, voce *Vendita*, n. 74. Ragionando di vessatorietà e di nullità per mancanza di specifica sottoscrizione, v. spec. Cass. civ., 25 maggio 1965, n. 1006, in *Foro it.*, 1965, I, c. 2073 e ss., con nota di M. Grossi, invocando in motivazione anche l'art. 2965, con riferimento ad una clausola che imponeva un prontissimo collaudo mancando il quale il compratore avrebbe perso il diritto ad ogni garanzia; Cass. civ., 7 aprile 1964, n. 764, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1661 e ss., su clausola che faceva decorrere gli otto giorni dalla consegna anziché dalla scoperta del vizio. Nel merito, sovrapponendo mancanza di approvazione per iscritto e violazione dell'art. 2965, Trib. Vicenza, 26 maggio 2015, in *Leggi d'Italia*.

¹²⁰ E ciò nemmeno nell'ambito del Codice di commercio, su cui v. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., n. 1676, pp. 165-166. L'omissione, secondo R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 254, si spiega «per influenza della tradizione», dalla quale i codificatori non vollero distaccarsi, benché, scrive l'A., l'adempimento in natura sia «il dovere fondamentale, originario, che deve essere affermato (e imposto) dalla legge anche se il creditore, mancato l'adempimento, scelga un'altra via, ad esempio quella della risoluzione del contratto». Ragione per cui l'A., come altra dottrina su cui *infra*, argomenta la deducibilità della tutela in forma specifica dal complesso del sistema e dai principi generali e caratteristici del rapporto obbligatorio.

Questa omissioni, sovente giudicata anacronistica nell'intreccio delle fonti vigenti¹²¹, se da tempo è di stimolo a molti autori e a una più timida giurisprudenza per la formulazione di costruzioni giuridiche che derivano *comunque* ed *altrove* le possibilità di tutele in forma specifica per il compratore deluso dai vizi e/o dalle difformità di beni *non di consumo* acquistati, è, al contempo, il terreno privilegiato ed ideale per elaborazioni pattizie - non sempre si tiene nella giusta considerazione che nell'ambito dei rapporti privati patrimoniali un ruolo non secondario nella integrazione di molte *lacune legislative* può essere (e in effetti viene) svolto dall'*autonomia privata*.

Il prevedere che il venditore, il quale abbia consegnato un bene viziato, possa essere tenuto ad eseguire, o a fare eseguire a sue spese, le riparazioni necessarie per ripristinarne la piena funzionalità o addirittura a sostituire il bene viziato con altro sano, a richiesta del compratore, è un esempio molto chiaro e frequente nella prassi di clausola mediante la quale le parti esercitano la propria «creatività» nel campo delle tutele, creatività tanto più ricercata dai contraenti in quanto volta ad assicurarsi un effetto non contemplato dalla legge, e perciò suscettibile di essere oggetto di una effettiva negoziazione.

Si tratta, all'evidenza, di una modifica convenzionale che, per essere in astratto più favorevole al compratore, cui viene offerta un'arma estranea alle regole di *default*, sarà verosimilmente accompagnata da rinunce o attenuazioni su altri fronti, risolvendosi così il patto in una *limitazione* della garanzia legale; per questa ragione anch'essa, come la più radicale esclusione della garanzia, soggiace al limite imperativo di cui all'articolo 1490, co. 2, e, se del caso, a quello della necessaria specifica sottoscrizione *ex art.* 1341, incontrati poco sopra.

È molto probabile, infatti, che la previsione di un obbligo *manutentivo* di riparazione o sostituzione comporti l'espressa esclusione delle altre tutele (redibitoria ed estimatoria), come eventualmente del risarcimento dei danni (salva in questo caso l'applicazione dell'art. 1229): costituirà una questione interpretativa stabilire se l'introduzione della nuova tutela voglia *precludere* quelle normali, benché in assenza di prova del contrario dovrà considerarsi quale un effetto *ulteriore*, non incidente sugli altri diritti normalmente a disposizione del compratore¹²². Nella compravendita di mobili un risultato sostanzialmente analogo viene

¹²¹ In partic. E. FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale*, cit., p. 317 e ss., spec. p. 328 e ss. Un quadro delle soluzioni presenti negli altri ordinamenti, in A. MANIACI, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, cit., p. 72 e ss.

¹²² Per l'astratto riconoscimento dell'azione di esatto adempimento *sub specie* di sostituzione della cosa specifica ma prodotta in serie (nel caso deciso, un'autovettura incendiatasi presso l'officina del venditore in occasione del primo collaudo), entro una clausola pattuita dalle parti, Cass. civ., 17 maggio 1966, n. 1262, in *Giur. it.*, 1967, I, c. 422 e ss., la quale pare però ammettere in termini generali, e indipendentemente da clausole di sorta, ritenendola ipoteticamente proponibile, una domanda «volta ad ottenere dal convenuto le riparazioni della macchina danneggiata». Cass. civ., 5 aprile 1974, n. 1194, in *Foro it.*, Rep., 1976, voce *Vendita*, n. 70, precisa che se l'azione di esatto adempimento è stata prevista convenzionalmente, ad essa «non sono applicabili i termini di decadenza e di prescrizione propri delle azioni derivanti dalla garanzia legale». Nello stesso senso, Cass. civ., 4 settembre 1991, n. 9352, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3139. In Cass. civ., 23 marzo 1993, n. 3418, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2517 e ss., si ha l'applicazione di una clausola puntualmente articolata e debitamente accettata dal compratore con la quale l'azione di esatto adempimento (*sub specie* di impegno a sostituire i pezzi difettosi di un macchinario dietro l'assolvimento di particolari oneri di collaborazione da parte dell'acquirente), si sostituisce al diritto del compratore di chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

ottenuto pattuendo la garanzia di buon funzionamento¹²³, cui l'art. 1512 attribuisce esso stesso un eventuale contenuto manutentivo, la quale potrà alternativamente affiancarsi alle azioni ex artt. 1490 e/o 1497 oppure escluderle¹²⁴.

Anche gli usi, allorché costituivano vera e propria fonte del diritto vigendo l'art. 1 del Codice di commercio, stabilivano talvolta che la tutela offerta dalle azioni edilizie potesse venire superata ed ampliata per mezzo della attribuzione al compratore del «diritto di esigere una nuova esecuzione del contratto»¹²⁵.

Eppure, malgrado questa interferenza della prassi commerciale, che ammetteva consuetudini in forza delle quali il venditore era obbligato ad eseguire sostituzioni o riparazioni dei beni viziati consegnati – prassi cui il legislatore ha attinto nella formulazione dell'art. 1512, come si legge nella Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale (n. 370) – ciò nonostante, proprio una certa impostazione commercialistica sembra suggerire la ragione essenziale per cui l'adempimento in forma specifica non sarebbe stato inserito nel novero delle tutele ordinariamente esperibili dal compratore.

6.1. Segue. *L'azione di esatto adempimento e la «natura» della vendita: teorie e limiti*

Le azioni edilizie sono estremamente agili e recise: o l'operazione di scambio viene annullata mediante risoluzione e conseguente riduzione in pristino oppure viene mantenuta con un riequilibrio *ex latere venditoris*, mediante riduzione (e cioè parziale restituzione) del prezzo, a seguito di accertamenti non particolarmente complessi. Questa dinamica «*aut aut*» ben si confaceva alla vendita commerciale regolata dagli art. 59 e ss. del vecchio Codice di commercio, in un ordinamento ispirato all'esigenza di speditezza dei traffici e che perseguiva questa finalità attraverso specifici istituti, passati tutti con scarse modifiche nel nuovo Codice unificato. Tra questi, anzitutto, la previsione di un termine di *denuncia* del vizio (art. 70 c.comm.), laddove il Codice del 1865 si limitava a fissare un unico termine corrispondente a quello di cui all'attuale art. 1495, co. 3¹²⁶; poi, le particolari «autotutele»

¹²³ Il cui contenuto è concettualmente distinguibile dalla garanzia contro i vizi: si tratta qui di cose che hanno un proprio *funzionamento*, rispetto al quale la relativa garanzia è giustificata entro un *determinato periodo* di tempo. *Amplius*, in argomento, R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 472 e ss. Ma v. anche sulla differenza la Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale, n. 370.

¹²⁴ Sul punto, Cass. civ., 7 luglio 1988, n. 4474, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2942. Normalmente la garanzia di buon funzionamento si affianca alle altre e non le esclude, occorrendo a tal fine una esplicita pattuizione oggetto di specifica sottoscrizione: ampiamente e con numerosi riff., Cass. civ., 14 febbraio 2019, n. 4298, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1613 e ss., con nota di Di Rosa, anche in *Resp. civ. prev.*, 2019, 2, p. 658 e ss.

¹²⁵ Così narra C. VIVANTE, *Loc. ult. cit.*, p. 166, il quale menziona (alla n. 69) gli usi vigenti nel territorio milanese nel commercio vinicolo e delle farine, ove era ammesso il rimpiazzo o il cambio della merce consegnata rivelatasi difettosa o di qualità insufficiente. Nel sistema vigente, oltre che nella garanzia di buon funzionamento, ove però trova già riconoscimento nella legge ancor prima che negli usi cui l'art. 1512, ult. co. fa specifico rinvio, la stessa soluzione potrebbe avere luogo nel contesto della vendita di animali ex art. 1496, anche se pare poco plausibile ipotizzare la concreta operatività della tutela in questione di fronte a esseri viventi.

¹²⁶ Sul punto, U. NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, vol. I, Torino, 1935, n. 194, p. 210. *Amplius*, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., nn. 1667 e ss., p. 156 e ss.

sancite per la vendita dagli artt. 1513-1517 del Codice vigente¹²⁷(*infra*, nel cap. successivo); ma, soprattutto, ad un livello superiore, il fondamentale divieto per il giudice di accordare dilazioni, come invece ammetteva l'art. 1165, co. 3 del c.c. abr., una volta promosso il giudizio di risoluzione per inadempimento, fissato dall'art. 42 del Codice di commercio. Questa norma *eccezionale*, conforme ai principi ispiratori del diritto delle obbligazioni commerciali, fu elevata, all'atto della unificazione dei Codici, a norma *generale* nella disciplina della risoluzione per inadempimento, mutando in questo modo un importante aspetto della sua tradizionale fisionomia e contribuendo a una necessaria riconsiderazione del ruolo del magistrato nell'applicazione della risoluzione del contratto, fenomeno di rilevante interesse secondo i fini di questo lavoro¹²⁸. Quel divieto posto dalla legge commerciale rispondeva a una logica ben precisa, la stessa che faceva del termine apposto alle compravendite commerciali un termine di «rigore», suscettibile di essere prorogato dal solo creditore qualora non decidesse di recedere dal contratto: «le parti intendono e vogliono che la prestazione sia rigorosamente e puntualmente eseguita, perché l'utilità economica deriva loro *non dalla prestazione in sé*, ma dalla «circolazione» sua, che è il vero oggetto del commercio – si pensi, specialmente, alla compra per rivendere e alla vendita di cose precedentemente comperate (art. 3, n. 1 e 2 codice di commercio) – e l'inadempimento anche di una sola prestazione si *ripercute*, con gravi danni sul complesso e regolare svolgimento delle operazioni cui essa è collegata»¹²⁹. Ragione per cui «il giudice, accertato l'inadempimento all'epoca della domanda, deve senz'altro pronunciare la risoluzione, senza tener conto della prestazione che nelle more del giudizio avesse eseguito il debitore, senza esaminare se la prestazione tardiva sarebbe tuttora utile per il creditore: né lui né il debitore possono alterare o prorogare i termini del rapporto»¹³⁰.

Non si fatica allora a comprendere che la tutela in natura mediante riparazione o sostituzione della merce affetta da vizi o difetti qualitativi, salvi gli usi e gli specifici patti che la prevedessero, mostrasse poca affinità con gli schemi e i caratteri della vendita commerciale, e cioè della vendita nella quale fosse *commerciale*, per natura o per connessione,

¹²⁷ V., con riguardo ad esse, la Relazione del Guardasigilli al Codice civile, n. 672.

¹²⁸ Per la considerazione del potere del giudice di accordare dilazioni nella ricostruzione della risoluzione per inadempimento, si v., per tutti, G. OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., pp. 422; spec. 446-448, che ne esclude la decisività, anticipando quella che sarebbe stata la soluzione adottata dal Codice del 1942 (lo scritto dell'A. fu ultimato in edizione provvisoria nel 1922 ma non fu allora diffuso: v. al riguardo la nota in G. OSTI, *Op. ult. cit.*, p. 402), e, insieme ad altri argomenti, giunge ad affermare la natura *dichiarativa*, e non già costitutiva, dell'intervento giudiziale concernente la risoluzione per inadempimento, traguardo quest'ultimo che sarebbe stato raggiunto nella dottrina italiana con importanti considerazioni da I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, p. 305 e ss., cui adde I. PAGNI, *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione: ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia sulla risoluzione*, in C. CONSOLO, I. PAGNI, S. PAGLIANTINI, V. ROPPO, M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., p. 75 e ss.

¹²⁹ Così, A. GALIZIA, *Sulla cosiddetta "condizione risolutiva tacita" in materia civile e commerciale*, in *Il dir. comm.*, 1911, p. 865, corsivi aggiunti.

¹³⁰ A. GALIZIA, *Op. cit.*, pp. 866-867.

anche una sola delle due promesse corrispettive componenti il contratto (artt., 3, nn. 1-3; 4 e 54 c.comm.)¹³¹, e si tendeva pertanto *de iure condito* ad escluderne la praticabilità¹³².

Ma non mancavano voci contrarie nella dottrina francese, le quali si ponevano già, consapevolmente o meno, nella prospettiva dell'*inadempimento*, superando così i rigidi confini dell'azione redibitoria ed estimatoria, e rilevando che «en outre de ces deux actions et par cela seul qu'il est obligé à garantie, le vendeur est tenu de procurer à l'acheteur la jouissance complète de la chose qu'il lui a vendue, et, s'il suffit pour cela de réparations à cette chose, il est tenu de les faire»¹³³.

Con sguardo realistico, però, un'altra voce, negando base legale alla pretesa di riparazione di un vizio redibitorio, osservava che nella pratica «il compratore avendo il diritto di domandare la risoluzione della vendita, il venditore, il più di sovente, *consentirà* a fare le riparazioni se il compratore vuol contentarsene, perché tale è l'interesse del venditore»¹³⁴, come a dire che la domanda di adempimento in forma specifica in termini di riparazione della cosa venduta, se anche non può costituire il *petitum* «immediato» di un'azione giudiziale, varrà frequentemente quale concreta tutela «mediata», perché ad essa si presterà il venditore che voglia evitare la risoluzione della vendita, rassegnandosi a una via d'uscita conciliativa per sfuggire al temuto esercizio dell'azione redibitoria. Che l'attività di sostituzione e/o di riparazione ben si spieghi secondo una dinamica di *autotutela*, che tende a manifestarsi in quel contesto *stragiudiziale* precedente alla instaurazione del processo, quando le parti valutano i reciproci adempimenti e si mostrano interessate, perché ancora vi confidano, ad un eventuale riaggiustamento delle insufficienze riscontrate, prima di farne *res litigiosa*, sarebbe stato segnalato da uno studioso attento alla dimensione *procedimentale* degli atti privati, ma con molti freni sulla configurabilità di un'omologa tutela di natura *giudiziale*, giacché «una volta posta la controversia sul piano di un'azione che investe l'intero contratto, e portata dinanzi al giudice dello Stato, appare difficile sfuggire alle restrizioni della disciplina legale»¹³⁵.

¹³¹ Sulla distinzione fra vendita civile e commerciale, fondata non solo sulla pura nozione di atto di commercio (art. 4, c. comm.), ai fini dell'applicazione della disciplina contenuta nel Codice di commercio, v. G. GORLA, *La compravendita*, cit., p. 29 e ss. *Amplius*, C. VIVANTE, *Un nuovo raggruppamento degli atti obiettivi di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 151 e ss.

¹³² In questo senso, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., n. 1675, p. 164. Nello stesso ordine di idee, G. GORLA, *Op. ult. cit.*, spec. pp. 138-139, secondo cui se si imponesse la soluzione contraria «il venditore (...) andrebbe assai adagio a concludere contratti del genere; la clausola d'esonero diverrebbe d'uso». Nella dottrina commercialistica del tempo, escludeva recisamente la percorribilità dell'adempimento in forma specifica, L. TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*, in *Il Codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, Torino, 1915, n. 381, pp. 406-407 e, in premessa ad un ragionamento più generale, U. NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, cit., n. 193, pp. 208-209.

¹³³ L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. I, cit., n. 457, p. 471, il quale prosegue: «c'est l'application des principes généraux sur la garantie: la première obligation du vendeur est d'assurer à l'acheteur la jouissance de la chose vendue, et l'obligation de payer une indemnité ou de reprendre la chose ne sont que des obligations subsidiaires: il n'y a donc pas besoin d'un texte spécial pour y contraindre le vendeur au cas de défauts cachés, les principes généraux sur la garantie suffisent». Nello stesso senso, G. BAUDRY-LACANTINIERE - L. SAIGNAT, *De la vente et de l'échange*, cit., n. 434, p. 452, con rife. di giurisprudenza, ma con una limitazione importante su cui poco oltre nel testo.

¹³⁴ F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, vol. XXIV, cit., n. 291, p. 221, corsivo aggiunto.

¹³⁵ Così si esprime SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 272, il quale, prima di concludere che la questione «richiede approfondimenti che possono rivelarsi di ampia portata», invita a «tenere presente che accanto all'interesse del venditore a soddisfare *moderate* richieste del compratore, c'è anche quello di *contenere* l'azione

L'impressione che si ricava è di circospetta attenzione in ordine ad un possibile «sconfinamento» della legge entro un ambito in cui sembrano più pertinenti valutazioni individuali, anche successive all'esecuzione del contratto, o costumi che attestano la *concreta praticabilità* di determinati comportamenti, rispetto a soluzioni edittali applicabili indiscriminatamente in via generale, anche, per intendersi, al venditore che non *sappia* riparare o non *possa* sostituire, e che dovrebbe in tali casi *far* riparare o far sostituire da altri, con esiti che finiscono per oltrepassare le normali condizioni d'uso delle azioni edilizie¹³⁶. Se queste sono un effetto *naturale* della vendita significa che esse tendono in una certa misura a corrispondere alla *natura* di quel contratto e ad adeguarvisi, offrendo una tutela in linea con i caratteri propri di quel contratto, e cioè col *modello normativo* che il Codice dà alla sottostante operazione economica nominata *vendita*¹³⁷. Il modello consacrato nel *tipo* non si riduce ad esso ma sintetizza una sfuggente *regolarità*, alimentata dalla vitalità dell'ordinamento¹³⁸; non si spiegherebbe altrimenti perché quegli specifici effetti *naturali* non costituiscano parte della disciplina generale trans-tipica.

in giudizio *nelle misure della garanzia*, soprattutto nei casi in cui sia assente il dolo e, *a fortiori*, la colpa (art. 1494, cod. civ.)», SALV. ROMANO, *loc. ult. cit.*, sottolineature aggiunte. Per un esempio, si v. la vicenda decisa da Cass. civ., 20 febbraio 2003, n. 2566, cit., cui ci si è fatto riferimento *supra*, nella quale il venditore aveva offerto all'acquirente la riparazione, prima, e la sostituzione, poi, della pelliccia venduta, nel presupposto che si trattasse di un bene fungibile e perciò sostituibile e si era opposto alla domanda giudiziale di risoluzione che il compratore aveva proposto, non accettando l'offerta di riparazione e di sostituzione del bene. La Cassazione conferma le sentenze di merito che, rilevando difetti di qualità nel bene acquistato, avevano accertato i presupposti per dichiarare la risoluzione del contratto, *senza* dare alcun rilievo alle offerte riparatorie del venditore e al rifiuto del compratore di accettarle. Secondo il pensiero di C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 898-899, una controversia simile dovrebbe risolversi alla stregua del «dovere di correttezza del compratore, quale avente diritto alla prestazione (art. 1175 cod. civ.). (...) Deve quindi negarsi che dipenda dall'arbitrio del compratore consentire o no al venditore di riparare o sostituire la cosa, salvo che sia stata già esperita l'azione giudiziale di risoluzione del contratto», eccezione quest'ultima poco convincente potendosi ravvisare un uso abusivo della stessa azione di risoluzione, fenomeno su cui v., per tutti, A.M. BENEDETTI, *L'abuso dei (e nei) rimedi contrattuali*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, p. 83 e ss.

¹³⁶ Tanto si afferma anche dalla dottrina francese favorevole alla tutela in forma specifica del compratore, ove constatata che «si l'acheteur fait effectuer la réparation aux frais du vendeur et que celui-ci en conteste ensuite le prix, des experts devront être nommés par application de l'art. 1644», esperti, secondo la previsione allora vigente, necessariamente presenti anche in sede di esercizio dell'azione *quantum minoris* (il che è venuto meno con l'art. 10 della L. n° 2015-177 del 16 febbraio 2015), ma in questo caso richiesti dalle circostanze in una pressoché inevitabile sede giudiziale *successiva* all'attivazione «stragiudiziale» della garanzia, come se alla riparazione a spese del venditore dovesse necessariamente seguire l'esercizio dell'azione estimatoria da parte del compratore. Le parole riportate sono di M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X: *Contrats civils*, cit., n. 135, p. 155. Ancor più chiaramente, G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *loc. ult. cit.*, i quali, ammessa, come si è riferito, l'azione di esatto adempimento in quanto mezzo idoneo ad assicurare al compratore la «*paisible jouissance*» del bene acquistato, ne limitano notevolmente l'operatività: «l'acheteur n'a le droit d'exiger la réparation qu'autant qu'elle est possible, et il faudrait la considérer comme impossible si elle devait occasioner des frais qui ne seraient pas en proportion avec la valeur de la chose».

¹³⁷ Ciò in ragione di quella «commercializzazione» della vendita vista *supra*. Conf.: P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 126: «l'art. 1492 (...), dettato per la vendita in generale, non ha considerato specificamente l'ipotesi del venditore fabbricante o della vendita di cose fungibili da parte di chi ne faccia commercio, e ha inteso dettare una regola applicabile anche al venditore non fabbricante e alla vendita di cose fungibili»; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 6, n. 15, e ivi ult. rife. Più in generale, si osserva che «la disciplina dei singoli contratti traccia per ciascuno di essi un modello (non esclusivo), nel quale si esprimerebbero le determinazioni legislative ritenute più adeguate rispetto alle finalità che con ciascuno di essi si perseguirebbero»: così, M. COSTANZA, *Tipicità e tipo*, cit., p. 1171.

¹³⁸ Molto è detto al riguardo da P. GROSSI, *Sulla "natura" del contratto (qualche nota sul "mestiere" di storico del diritto a proposito di un recente "corso" di lezioni)*, in *Quad. fior.*, 15, 1986, p. 593 e ss., in ordine all'affermarsi della

Così, l'effetto qui in considerazione, se non compare nella disciplina codicistica della vendita direttamente applicabile al rapporto in assenza di previsioni convenzionali (come al contrario accade nella fattispecie dell'art. 1512), si ritrova per esempio nella norma che, in materia di appalto, e dunque nel contratto d'opera, esprime il «contenuto della garanzia per difetti dell'opera», l'art. 1668, dove l'azione di esatto adempimento, sotto forma di eliminazione a spese dell'appaltatore delle difformità o dei vizi dell'opera, è posta accanto alla riduzione del prezzo e alla risoluzione del contratto (art. 1668, co. 1-2).

Vi è evidentemente una differenza di natura del contratto, fra vendita ed appalto, anzitutto in termini di diverse prestazioni caratterizzanti e di diversa causa di scambio (fare *vs.* dare), che si riflette sulle tutele specifiche previste dalla legge. La diversità le rende *esigibili* in un rapporto e non in un altro (si ricordi il «paradigma» dell'esigibilità, su cui *retro* nel cap. I), anche sulla scorta del canone di *effettività*, oggi particolarmente avvertito, restando però impregiudicata, ed anzi quasi per ciò stesso *normale*, la possibilità per le parti di eliminare o modificare coi loro patti queste tutele *naturali*¹³⁹.

tripartizione *substantia, naturalia* e *accidentalia*, risalente al Mantica e fondata sull'emancipazione semantica della *natura contractus*, «invenzione» culturale medievale, nella quale l'A. vede l'influenza culturale e filosofica portata dal dibattito cristologico intorno alla *natura Christi*, e in particolare dall'eresia nestoriana. Rispetto alla *natura* del contratto, scrive Grossi (*ivi*, p. 603), «l'irregolarità si pone in rapporto di dipendenza logica e tecnica e della quale costituisce un tassello non scomponibile». La distinzione fra *substantia* e *natura* ha portato ad una affinazione del concetto di contratto (al singolare), attraverso la sua compiuta astrazione concettuale: a valle di questo processo può affermarsi che «ogni contratto, il contratto, è una realtà complessa fatta d'un modo essenziale inattaccabile dal divenire dell'esperienza che ne fornisce una tipicità prima, e d'un suo tratto parimente tipizzante ma a un livello meno profondo e che è legato al divenire del contratto nella storia» (*ivi*, p. 605, corsivo dell'A.). Poco oltre, si dice che la natura «è la dimensione consuetudinaria del contratto» (p. 610); «la consuetudine è infatti per (il giurista medievale) il terreno riposato e decantato dove si consolidano le fondazioni oggettive, dove sono banditi arbitrii ed artifici; è il tipico terreno che permette di salvaguardare la natura delle cose umane, fungendo da efficace filtro storico, rimuovendo ed espellendo ciò che alla natura è contrario» (*ivi*, p. 611). Assai suggestiva, e centrale ai fini del presente studio, è la apparente contraddizione fra la *naturalità* del contratto, quale sintesi storica ma vitale di istituti sedimentati, e un attributo fondamentale di questa *naturalità*, che è la sua *superabilità* in via *convenzionale*, consacrata nella formula baldiana «*pactum vincit naturam*», questione su cui l'A. si interroga a p. 612 e ss. dello scritto citato.

¹³⁹ Illuminante, per questa linea di pensiero, con rivalutazione di una certa *specialità* delle *garanzie* alle quali si riconosce una agevole e pronta funzionalità in corrispondenza di un puntuale bisogno di tutela del contraente, la ricostruzione del rapporto fra responsabilità e garanzia compiuta da A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, cit., pp. 50-51, a partire dalla notazione secondo cui «il concetto di garanzia non solo esclude la colpa ma anche l'inadempimento. La garanzia è un effetto (naturale) del contratto e darvi corso significa *attuare* il contratto. Lo stesso linguaggio del codice parla di «effetti della garanzia» (art. 1492 c.c.), non anche di effetti dell'inadempimento» (corsivi aggiunti). Con trattazione più estesa, ID., *Il linguaggio dei rimedi*, cit., spec. p. 360 e ss., ove si ricorda che «la tecnica della garanzia, com'è noto, non porta alla soddisfazione dell'interesse (primario) dell'acquirente ad avere cosa idonea all'uso per il quale la cosa si è acquistata bensì al mero riequilibrio dei termini di scambio (tramite la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo)». La diffidenza nei confronti di una garanzia che sia al contempo contenuto di un'obbligazione vera e propria, e come tale suscettibile di inadempimento, distinguendo inadempimento del *contratto* dall'inadempimento dell'*obbligazione ex contractu*, riecheggia L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria*, cit., p. 15 e ss., e trova riconoscimento nella motivazione di Cass. civ. sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Giur. it.*, 2019, I, c. 1527 e ss., con nota di R. Calvo; in *Contratti*, 2019, p. 373, con nota di T. dalla Massara; *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1055, con commento di L. Regazzoni, ad avviso della quale «la consegna della cosa viziata costituisce non inadempimento di un'obbligazione (di consegna o di individuazione), ma la *imperfetta attuazione* del risultato traslativo promesso. La garanzia per vizi non va, dunque, collocata nella prospettiva obbligatoria e la responsabilità che essa pone in capo al venditore va qualificata come una responsabilità contrattuale *speciale*, interamente disciplinata dalle norme dettate sulla vendita» (corsivi aggiunti). Sull'importanza dell'effettività delle tutele (arg. ex art. 24 Cost.), v. spec. S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il*

La fondatezza di questa idea, che guarda alle garanzie e più in generale alle tutele specifiche del tipo come effetti di secondo grado influenzati dalla *natura contractus*, riferimento che si è smesso di tenere nella dovuta considerazione sulla base di critiche forse non sufficientemente ponderate¹⁴⁰, trova una consistente conferma nell'affermazione, non travolgente, ma che ha pur segnato un momento importante nella riflessione sulle tutele del compratore, di quell'orientamento favorevole all'azione di esatto adempimento allorché il venditore ne sia al contempo il *fabbricante* o il *costruttore* della cosa viziata¹⁴¹. Esso testimonia che quando nella vendita entra una dimensione oggettivamente e soggettivamente *produttiva*, contraddistinta da prestazioni ulteriori a quella traslativa che ne è la principale, lo schema negoziale si predispone all'operatività di tutele conseguenti fondate su quella diversa soggettività, e ciò non tanto per un'applicazione analogica dell'art. 1668 dettato in materia di appalto, quanto, piuttosto, «direttamente dall'obbligazione di *facere* – analoga a quella dell'appaltatore – che deve reputarsi gravare sul venditore-costruttore»¹⁴², soluzione da tempo predicata ma mai convintamente perseguita dalla giurisprudenza italiana nell'ambito della vendita di diritto comune¹⁴³.

La «incomunicabilità» fra adempimento in forma specifica e le speciali tutele della vendita è stata d'altronde superata su altri piani, soprattutto su quello dell'inadempimento e del risarcimento in forma specifica¹⁴⁴, quest'ultimo aperto a considerazioni di esigibilità e

caso italiano, in *Contr. impr.*, 2019, pp. 831 e ss.; 837 e ss., nonché V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, cit., pp. 1054 e ss.; 1057 e ss.

¹⁴⁰ Per una riconsiderazione della dottrina intorno ai *naturalia*, nel quadro della distinzione *contenuto* – *effetti* del contratto, si v. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 81 e ss. Che i *naturalia* siano *effetti* (e non già *elementi*), lo segnala M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, cit., pp. 55-56.

¹⁴¹ I momenti di quella vicenda sono ripercorsi da F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 256 e ss.

¹⁴² Così, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 306 e ss., con ultt. riff., muovendo dal «criterio della compatibilità con il contenuto della vendita», che altro non è se non la considerazione dell'azione di esatto adempimento attraverso le lenti della *natura* del contratto di vendita.

¹⁴³ Sul punto, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., pp. 6-7, secondo cui «in base al principio di buona fede, il venditore che sia anche fabbricante è tenuto ad eliminare i vizi: ma questa via, che è nota agli interpreti tedeschi, non viene presa in considerazione da noi». In nuce, questa soluzione è prospettata già da A. RAMELLA, *La vendita nel moderno diritto*, I, Milano, 1920, n. 212, pp. 447-448, con riferimento all'impegno del venditore (accettato dal compratore) di riparare il bene venduto, con citazioni di dottrina tedesca. Successivamente, anche C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 895, con riguardo «a macchine nuove e a costruzioni immobiliari» e facendo forza sulla previsione della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1964, c.d. Legge uniforme sulla vendita internazionale di beni mobili corporali. Indicazioni al riguardo in S. FERRERI – C. PONCIBÒ, *Garanzie per vizi e per evizione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg. ******, Torino, 2011, p. 393 e ss., spec. n. 176; E. FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale*, cit., p. 327, e spec. nn. 315-316; R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene nella vendita*, Torino, 2014, pp. 19-20. Per A. MANIACI, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, cit., p. 91, l'applicabilità della tutela in forma specifica dell'impegno traslativo deve essere affermata «quantomeno con riferimento alle vendite di cose di genere in cui l'alienante sia dotato di un'organizzazione economica in grado di realizzare l'esigenza di un rimpiazzo del bene alienato o di una sua regolarizzazione materiale». A conclusioni non dissimili perviene anche E. FERRANTE, *Op. cit.*, p. 328 e ss., invocando il canone di ragionevolezza contro l'eventuale «eccessività» della tutela.

¹⁴⁴ Il riferimento è a D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 645-646; 825 e ss., per l'opinione che, ricorrendo in concreto inadempimento del venditore, e dunque la sua colpa (presunta), il compratore, come può domandare il risarcimento del danno, possa chiedere *ex art. 1453 l'adempimento in natura*, cioè «la consegna di un'altra cosa del medesimo genere della precedente ma immune da vizi, se si tratta di vendita di genere, o la eliminazione dei vizi, vuoi per le cose specifiche che per le generiche» (*ivi*, p. 826), soluzione in piena armonia con l'impostazione generale di questa dottrina e con altre soluzioni qui diffusamente discusse (anche in materia di evizione), e a C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 892 e ss., per la tesi che il compratore possa chiedere

di concreta praticabilità nella sua stessa regola fondamentale (art. 2058, cpv.)¹⁴⁵. Sono entrambi schemi di parte generale, a disposizione dell'interprete in ragione di quel «doppio binario» più volte incontrato, all'apparenza così evidente nella fattispecie dell'art. 1497: non è forse la prima e fondamentale «disposizione generale sulla risoluzione per inadempimento» l'art. 1453, che contempla l'*adempimento* in forma specifica in alternativa alla risoluzione¹⁴⁶?

Né può vedersi un ostacolo nel disposto dell'art. 1494, il cui senso si riesce a cogliere più a fondo tenendo a mente quanto si è ricostruito in tema di evizione circa la praticabilità di una tutela *alternativa* di natura risarcitoria offerta dalla disciplina generale dell'inadempimento. Là la norma non è scritta nella legge ma viene ricavata in via interpretativa (v. *supra*, cap. III); qui, invece, è significativamente dettata con una formula iniziale («in ogni caso»), che mette in luce per contrasto le particolari condizioni d'uso delle garanzie; un punto di sutura fra i due «sistemi» nel quale, ricorrendo la colpa, alcuni hanno visto né più né meno che l'equivalente monetario di un adempimento in forma specifica, che torna ad essere reclamabile quando sia concretamente *possibile*¹⁴⁷.

Non sempre, tuttavia, queste ricostruzioni si avvedono del fatto che, se è indubitabile la connaturalità del diritto ad ottenere l'esatto adempimento nel concetto stesso di obbligazione e dunque nell'efficacia obbligatoria del contratto¹⁴⁸, è per contro da dimostrare che questa connaturalità non trovi alcun ostacolo nella dinamica di una pura operazione di

la riparazione della cosa sotto forma di risarcimento del danno in forma specifica ai sensi e per gli effetti dell'art. 2058, nel cui secondo comma si stabilisce che esso cede il passo al risarcimento per equivalente allorché la reintegrazione in forma specifica «risulta eccessivamente onerosa per il debitore», mentre la sostituzione della cosa nella vendita di cose generiche potrebbe aversi soltanto «se e in quanto il venditore non abbia ancora adempiuto» (*ivi*, p. 897), e cioè se non abbia ancora consegnato la cosa. Per P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 278 e ss., è ammissibile la sostituzione della cosa (nella vendita generica e al più in quella specifica se la cosa è bene fungibile) ma non la riparazione, trattandosi di un *facere* estraneo al contenuto della vendita, cautamente accolta soltanto nell'ipotesi di venditore-produttore (*ivi*, p. 282). Un quadro complessivo aggiornato e sistematico delle varie posizioni e che menziona anche l'oscillante giurisprudenza in materia, è tracciato da F. RENDE, *La garanzia per i vizi nella vendita di diritto comune. Parte seconda: i rimedi*, in *Contratti*, 2016, p. 688 e ss.

¹⁴⁵ Tema trattato ampiamente, nella dottrina recente, da A. GNANI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu – Messineo*, già diretto da L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2018, pp. 104 e ss., spec. 118 e ss.; 325 e ss.

¹⁴⁶ Vi si richiama R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 257. Ancora una volta l'art. 1497 si rivela la vera «croce» della disciplina tipica della vendita!

¹⁴⁷ P. GRECO – G. COTTINO, *Op. cit.*, p. 279 e ss., che sottolineano la contraddittorietà di una giurisprudenza ostile all'azione di esatto adempimento ma larga nel ricondurre le azioni nascenti dalla garanzia alla inesecuzione del contratto, e dunque incline a considerarle nella prospettiva dell'inadempimento (ma v., *retro*, n. 139). Sull'azione *ex art.* 1494 e le sue condizioni, si v. U. MORELLO, *L'azione di risarcimento dei danni derivati da vizi della cosa*, nota a Cass. civ., 12 marzo 1965, n. 414, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1497 e ss.; G. AFFERNI, *La garanzia per i difetti materiali nella vendita*, cit., p. 78 e ss.; in ordine al *quantum* risarcibile, cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 32 e ss.

¹⁴⁸ Ampiamente, nella più recente dottrina, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 141 e ss. Il punto pareva già chiaro, vigente il Codice abrogato, a C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., n. 1622, p. 111: «il diritto all'esecuzione, e cioè il diritto alla prestazione promessa, è un *effetto diretto* del contratto, consacrato dai principi generali del diritto (1218 e s. Civ.). Non è nell'art. 1165 che se ne trova la consacrazione; l'esecuzione vi è ricordata come un *diritto primario*, in antitesi al diritto di risoluzione, che n'è il surrogato economico, un *rimedio giuridico sussidiario*» (corsivi aggiunti). Si ricordi che il vecchio art. 1218 c.c. abr., cui Vivante allude, così si esprimeva: «Chi ha contratto un'obbligazione, è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni».

vendita soggetta alle regole del diritto comune, nella eventuale *impossibilità* operativa dell'azione di esatto adempimento¹⁴⁹ e nella previsione di un sottosistema distinto, qual è quello delle garanzie, che non ammettendo la tutela in forma specifica potrebbe anche rivelarne la incompatibilità col tipo¹⁵⁰. In quest'ottica i risultati conseguiti nel contesto del diritto di derivazione europea a partire dalla c.d. garanzia di *conformità* possono offrire nuovi importanti argomenti per trovare *aliunde* non soltanto i fondamenti normativi di questa tutela ma, forse più utilmente su un piano ricostruttivo, la categoria stessa entro cui osservarla e classificarla al di là degli schemi usuali¹⁵¹. A questo vivace dibattito ha però inferito una secca spinta di segno contrario l'orientamento giurisprudenziale consacrato dalle Sezioni unite della Cassazione nel 2012 (sulla prescrizione decennale dell'impegno riparatorio del venditore), che in motivazione hanno negato la riconoscibilità in capo al compratore del diritto di richiedere la condanna del venditore alla eliminazione dei vizi, anche sotto forma di risarcimento del danno in forma specifica, al di fuori delle «particolari ipotesi» in cui esso è eccezionalmente riconosciuto (art. 1512, art. 128 e ss. c.cons.)¹⁵².

Nel sicuro campo dell'azione di esatto adempimento *voluta* dalle parti attraverso una specifica clausola, occorre non confondere l'effetto *legale* della garanzia contro i vizi, che potrebbe anche essere *eliminato*, se l'azione di esatto adempimento *sostituisce* l'azione redibitoria o estimatoria, dal nuovo e distinto effetto puramente obbligatorio avente fonte

¹⁴⁹ In un ordinamento che persegue l'*effettività delle tutele* non soddisfa liquidare la questione sostenendo che le considerazioni «circa le possibilità tecniche del venditore, di eliminare i vizi a lui imputabili, superiori a volte a quelle dello stesso appaltatore (quando l'attività sia di serie), non paiono pertinenti sul terreno giuridico», come fanno P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita.*, cit., p. 281, n. 12, nel contestare l'opinione, conforme alla tesi proposta nel testo, di F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1956, p. 115. Che invece siano pertinenti ben può dimostrarlo l'analisi economica del diritto. E v. infatti P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pp. 34 e ss.; 125-127, sulla relativa inefficienza della disciplina del Codice italiano - che non prevede la riparazione della cosa e commina nell'art. 1494 un risarcimento dei danni limitato al caso in cui il venditore abbia colpevolmente ignorato i vizi - rispetto alle vendite poste in essere da chi sia al contempo il fabbricante della cosa, dal quale si può esigere una certa organizzazione in ordine alle procedure di accertamento dei difetti, elemento opportunamente considerato nella disciplina della vendita internazionale (artt. 46, 49, 50 della Convenzione di Vienna del 1980, "CISG"). Circa il giudizio di eccessiva onerosità del risarcimento in forma specifica (art. 2058, co. 2) e l'analisi economica, v. A. GNANI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., pp. 124-126.

¹⁵⁰ Si v., per un esempio, G. AMORTH, *Il diritto "tacito" all'adempimento*, nota a Cass. civ., 17 maggio 1966, n. 1262, in *Giur. it.*, 1967, I, c. 1199 e ss. spec. 1204, ove considerazioni corrette sulla connaturalità del diritto all'adempimento e sulla sua (ulteriore) deducibilità dal diritto di domandare la risoluzione vengono, con un evidente salto logico, riferite alle garanzie e calate *tout court* in esse, passando per una poco meditata interpretazione della *risoluzione* nel contesto dell'azione redibitoria, su cui molto si è detto *supra* nel testo. Maggiore consapevolezza, invece, nella più volte menzionata requisitoria di C. GENTILE, in relazione al caso deciso da Cass. civ., 23 maggio 1962, n. 1193, cit., p. 1001, che pure muove dalla premessa di Rubino (v. prec. n. 144), secondo cui, in presenza di colpa, «l'azione generale di responsabilità, di cui all'art. 1453, diviene pur sempre operante (...) onde la possibilità di far valere nei confronti del venditore tutte le sanzioni proprie della responsabilità per colpa, anche se non previste dalle norme sulla garanzia» (*ivi*, p. 1000).

¹⁵¹ Vi vede un *rimedio* propriamente inteso, che si distingue dalla *fattispecie* e al contempo dalla *garanzia vera e propria*, la quale «per definizione e funzione, non "garantisce" l'adempimento del contratto, ma intende correggerne i termini e ciò nel senso del suo azzeramento (tramite risoluzione) o della riduzione del prezzo», A. DI MAJO, *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 4, p. 1166 e ss. Per l'importanza dei «modelli» di vendita di importazione internazionale uniforme ed europeo, E. FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale*, cit., p. 328 e ss.

¹⁵² Così, Cass. civ. Sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1261 e ss.; *Vita not.* 2013, 1, p. 233; *Giust. civ.*, 2013, I, p. 101 e ss., con nota di D. Amoroso; *Corr. mer.*, 2013, p. 509 e ss., con nota di G. Travaglino. In *obiter* le si richiama e ne ribadisce la soluzione, Cass. civ. Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, cit.

nel *contratto* e quale oggetto la prestazione di sostituzione o riparazione, eventualmente condizionata all'assolvimento di particolari oneri da parte dell'acquirente. Questa obbligazione, come tutte, è la configurazione giuridica di una promessa da parte del venditore che potrebbe rimanere inattuata o non realizzare in concreto il risultato che prefigura, sicché va sempre riconosciuto al compratore il potere di *reagire* al suo mancato o imperfetto funzionamento mediante l'attivazione delle normali tutele contro l'inadempimento, a meno che anch'esse non fossero state validamente e specificamente escluse: trattandosi di tutele che attengono ad una fattispecie di inadempimento il limite di validità sarà anzitutto costituito da quello fissato nell'art. 1229. L'obbligazione di riparazione o sostituzione liberamente convenuta, in altre parole, presenta una disciplina «indipendente»¹⁵³ da quella delle garanzie legali che essa sostituisce o rafforza affiancandovisi, com'era già chiaro a più vecchie pronunce¹⁵⁴, e segue il regime dell'inadempimento, anche per quanto concerne la sua derogabilità in via pattizia.

¹⁵³ Così, SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 275, n. 59. Sul punto anche, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 827.

¹⁵⁴ Cfr. App. Milano, 7 marzo 1913, cit., secondo cui «dall'un canto la fornitrice si è impegnata a fare gratuitamente quelle riparazioni e modificazioni che venissero constatate come dovute a difetto di costruzione o a cattivo materiale; dall'altro il compratore ha rinunciato all'azione in risoluzione in caso di inesecuzione di dette riparazioni e modificazioni. Non si ha una pattuizione distinta, generica, a sé stante, di rinuncia all'azione in risoluzione per qualsiasi inesecuzione, ma una rinuncia ristretta alla violazione dell'impegno del venditore specificamente previsto nello stesso articolo di contratto in cui s'include la detta rinuncia». Si v., inoltre, Cass. civ. Roma, 2 maggio 1921, in *Giur. it.*, 1921, I, cc. 537-538, nel censurare la sentenza di merito cui sfuggì che «tra la garanzia legale e la garanzia contrattuale esiste una differenza non soltanto di estensione, ma anche di oggetto. Che la prima non ha altro oggetto immediato che la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni, laddove per patto in esame l'oggetto immediato non poteva che tendere all'adempimento dell'obbligo di riparazione e sostituzione dei pezzi difettosi e, solo mediatamente, per inadempimento di questa obbligazione specifica, poteva farsi luogo alla risoluzione e al risarcimento». Considerazioni analoghe con riguardo all'operare della garanzia di buon funzionamento, che però presenta un contenuto anche *legale*, in D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 881 e ss.; C.M. BIANCA, *Op. ult. cit.*, p. 274 e ss., spec. p. 275, n. 7.

CAPITOLO QUINTO

LE «AUTOTUTELE» NELLA VENDITA DI MOBILI:

IDEALTIPI PER UN'AUTONOMIA «RIMEDIALE»

SOMMARIO: 1. I procedimenti di cui agli artt. 1513-1514 c.c. - 2. La «vendita in danno» (art. 1515 c.c.): una ulteriore tutela del venditore contro il mancato pagamento del prezzo. - 3. La «compera in danno» (art. 1516 c.c.): una tutela in più nei confronti del venditore inadempiente. - 4. Le speciali risoluzioni di diritto di cui all'art. 1517 c.c. La liquidazione ex lege del risarcimento del danno nella vendita di (determinati) mobili (art. 1518 c.c.). - 5. Un'autentica «autotutela»: il «diritto di riprendere possesso delle cose» vendute (art. 1519 c.c.). - 6. Le autotutele nella vendita mobiliare quali strumenti «facoltativi»: sono anche «disponibili»? - 6.1. *Segue*. I limiti di derogabilità delle autotutele: il modello della clausola solve et repete. - 6.2. *Segue*. Un altro (possibile) ordine di limiti: la «ragionevolezza» della rinuncia convenzionale alle autotutele. - 7. Dalle autotutele nella vendita mobiliare ad una certa idea di «rimedio»: ritorno all'origine dell'indagine

1. I procedimenti di cui agli artt. 1513-1514 c.c.

Tra gli istituti che più riflettono una certa natura del contratto di vendita ed esprimono una singolare specialità proprio sul piano della esecuzione del rapporto meritano una considerazione particolare quelli regolati dagli artt. 1513-1519 del Codice. Si tratta, come si è avuto occasione di accennare, di fattispecie per la più gran parte provenienti dal Codice di commercio del 1882 e poi confluite, con affinamenti di formulazione e maggior precisione tecnica, nella disciplina generale del contratto di vendita, entro la sezione dedicata alla «vendita di cose mobili» (artt. 1510-1519). Ma di quella significativa provenienza continuano ad avere caratteri e connaturali condizioni d'uso, a prima vista difficilmente inquadrabili se si ignora o si dimentica che concernevano in origine operazioni di compravendita propriamente *commerciale*. Dunque beni *mobili*, sovente *fungibili*, non necessariamente alienati da chi li produce, inseriti in un più largo *processo economico*, ove lo scambio dell'uno tende a intersecarsi con quello di altri intermediari e l'esigenza di disimpegnare i magazzini è pari a quella di ricevere prontamente la *liquidità* per acquistare altre partite e mantenere costante la linea di rifornimento, in una cornice di rapporti nella quale la *speditezza* risponde a bisogni *di impresa* più che di personale soddisfacimento.

Chiaramente, con l'unificazione della disciplina della vendita – e prima che prendesse forma la categoria consumeristica – i caratteri e gli interessi riferiti hanno smesso di essere

decisivi, potendo questi istituti applicarsi anche a normali e puntiformi operazioni di acquisto «privato» non a fini di rivendita. Da qui la mal fondata impressione, almeno per alcuni di loro, di uno scarso riscontro nella pratica. L'analisi della giurisprudenza rivela invece la loro persistente vitalità, di alcuni più che di altri, proprio nel contesto delle operazioni commerciali. Le fattispecie rispondono infatti a bisogni di tutela di entrambi i contraenti di una compravendita mobiliare; possono combinarsi tra loro in particolari circostanze; per la loro speditezza ed economicità di impiego rivelano una forza espansiva che consente il perseguimento di interessi ulteriori rispetto a quelli direttamente serviti dall'istituto.

Così l'art. 1513, il cui antecedente era dato dall'art. 71 c. comm., attribuisce al venditore o al compratore che controvertono «sulla qualità o condizione della cosa», la facoltà di devolvere ad un accertamento tecnico preventivo o ad una ispezione giudiziale, nei modi stabiliti dall'art. 696 c.p.c., la *verifica* del bene. La finalità è quella di ottenere rapidamente e *prima del giudizio* (art. 696, co. 1) un accertamento intrinsecamente probatorio in ordine alla qualità o alla condizione della cosa oggetto di contestazione *inter partes*. Ciò garantisce ad un successivo ed eventuale giudizio uno stato di fatto accertato e provato, impermeabile all'intervento di successive alterazioni, e perciò idoneo a una più pronta decisione, laddove il mancato esperimento della verifica si traduce in un irrigidimento dell'onere probatorio nei confronti della parte che non l'abbia richiesto (art. 1513, co. 2). Ma l'esercizio anticipato della funzione di accertamento porta sovente a una chiarificazione dell'oggetto del contendere che agevola una *conciliazione* tra le parti e riesce ad evitare l'instaurazione del giudizio. Peraltro, la limitazione dell'istituto di cui all'art. 1513 ad una funzione di stretto accertamento sembra smentita dalla sua stessa disciplina, nella parte in cui prevede che, su istanza della parte interessata, il giudice dinanzi al quale la procedura si svolge possa ordinare, oltre al deposito o al sequestro della cosa, anche la sua vendita «per conto di chi spetta, determinandone le condizioni» (art. 1513, co. 1). Può perciò essere assecondata una fondata esigenza di rapida *liquidazione* del bene, che anche altre norme di questa parte del Codice prendono in considerazione e soddisfano.

Nella previsione successiva il bisogno di tutela rilevante è distinto ed unilaterale: concerne il solo *venditore* e l'interesse di questi ad essere dispensato dall'obbligo di *custodia* e *consegna* del bene allorché il compratore non provveda a ritirarlo, in una forma che, tuttavia, non richieda l'assolvimento degli oneri correlati alla costituzione in mora del creditore. L'art. 1514 consente al venditore di *depositare* la cosa «per conto e a spese del compratore medesimo, in un locale di pubblico deposito, oppure in altro locale idoneo determinato dal tribunale nel luogo in cui la consegna doveva essere fatta»¹. Vi è dunque nel contenuto di questa *facoltà* attribuita dalla legge al venditore di mobili una forma di vera e propria *autotutela diretta*, giacché il privato può *direttamente* provvedere al deposito per conto del compratore che non ritira la merce, anticipandone le spese, presso un locale di pubblico deposito, assolvendo il solo obbligo di pronta notizia successiva (art. 1514, co. 2).

¹ Il Tribunale è sostituito dal Giudice di pace, a far data dal 31 ottobre 2021, per effetto dell'art. 27, co. 2, lett. b), n. 2, del D.lgs. 13 luglio 2017, n. 116). La stessa modifica riguarda, per quanto qui interessa, anche gli artt. 1211, 1514, 1515.

Il ministero del giudice potrebbe essere al più necessario per individuare un luogo di deposito idoneo, quando manchi «un locale di pubblico deposito», e cioè soltanto in relazione a questo profilo del *quomodo*.

La fattispecie trovava esplicito riconoscimento nell'art. 68, co. 1, c. comm., che la raccordava con la *vendita in danno* di cui al successivo co. 2 del medesimo art. 68. Nel Codice del 1942 si registra però un migliore affinamento di formulazione: sotto il Codice di commercio, il *deposito* della merce era il mezzo di tutela riconosciuto al venditore *in alternativa* alla c.d. vendita in danno del compratore, per l'ipotesi in cui, genericamente, «il compratore di cosa mobile non adempie la sua obbligazione» (così, l'art. 68, co. 1, c. comm.); il Codice civile del 1942, invece, prevede all'art. 1514 la facoltà di deposito per il caso in cui «il compratore non si presenta per ricevere la cosa acquistata» e all'art. 1515 la «esecuzione coattiva per inadempimento del compratore», che attribuisce al venditore la facoltà di far vendere la cosa senza ritardo, per conto e a spese del compratore quando questi «non adempie l'obbligazione di pagare il prezzo» (art. 1515, co. 1). Questa distinzione, fondata sul fatto che nel sistema attuale la vendita per conto del compratore è possibile soltanto allorché il compratore non paghi il *prezzo*, e non quando, pur avendo versato il corrispettivo, ometta di ritirare i beni mobili acquistati, salva l'ipotesi di cose deperibili o di dispendiosa custodia (art. 1211)², aiuta a comprendere che *deposito* e *vendita in danno* sono mezzi di tutela che corrispondono a interessi diversi del venditore poiché presuppongono circostanze diverse nelle quali egli possa trovarsi. Se il venditore ha ricevuto il pagamento del prezzo, l'interesse è alla liberazione dall'obbligo di consegna, nella misura in cui la sua pendenza determini anche l'occupazione di utile spazio nei propri magazzini; se non ha ancora ricevuto il pagamento del prezzo, l'interesse primario è al suo pronto conseguimento, e allora, se la cosa non è stata consegnata ed è ancora nella disponibilità del venditore, questi potrà *farla vendere* coattivamente a norma dell'art. 1515³.

Si coglie il valore distintivo della vendita in danno quale tutela specificamente rivolta al conseguimento del prezzo non versato dal compratore – ciò che costituisce l'*inadempimento* del compratore cui la norma ha riguardo – rispetto alle *normali* tutele contro l'inadempimento, e cioè l'azione di esatto adempimento e la risoluzione per inadempimento. Rispetto a quest'ultima – dell'esatto adempimento si dirà tra poco – il dato differenziale risiede proprio nel diverso bisogno di tutela protetto dalla vendita in danno, diversità dovuta alle diverse circostanze di fatto nelle quali questo sorge.

Se il venditore non ha ricevuto il pagamento del prezzo e ha perso la disponibilità materiale della cosa, può avere interesse a recuperarla, se ciò sia possibile, magari per rivenderla a condizioni che reputa ancora vantaggiose. Per fare ciò deve primariamente *sciogliere* il vincolo traslativo, domandando la risoluzione, in via giudiziale o stragiudiziale, ma preparandosi ad un giudizio nel quale reclamare a titolo risarcitorio una somma che lo compensi dei pregiudizi economici sofferti: il ritardo patito, la mancata disponibilità della

² Ove però è necessaria l'autorizzazione del Tribunale (giudice di pace dal 31 ottobre 2021), non richiesta ai fini dell'applicazione dell'art. 1515.

³ Potendo però, nelle more, ricorrere al deposito a norma dell'art. 1514 per liberarsi intanto dell'obbligo di consegna e custodia

somma e il minor valore della cosa rispetto al tempo del contratto, detratto quanto dalla sua rivendita il venditore ha realizzato o avrebbe potuto realizzare.

2. La «vendita in danno» (art. 1515 c.c.): una ulteriore tutela del venditore contro il mancato pagamento del prezzo

Se invece il venditore non ha ricevuto il pagamento del prezzo ma ha tutt'ora la disponibilità materiale della cosa, la risoluzione riuscirebbe a soddisfare il suo interesse soltanto nella misura in cui essa, sciogliendo il vincolo traslativo, ritrasferisse in capo al venditore la proprietà della *res*, consentendogli di alienarla legittimamente, ma non avrebbe altra utilità, giacché la cosa non deve essergli restituita e non vi sono obblighi economicamente onerosi di cui liberarsi⁴. Insomma, rileverebbe l'efficacia *reale* della risoluzione non quella *obbligatoria*. Ma questo effetto può essere assicurato da un istituto più diretto e veloce, che permette di surrogare eccezionalmente la titolarità del bene in capo al compratore inadempiente, attribuendo al venditore, nel rispetto di un leggero procedimento, la capacità di disporre del bene altrui e di soddisfarsi in danno del compratore: è la «esecuzione coattiva per inadempimento del compratore» o *vendita in danno*, prevista dall'art. 1515.

Anch'essa è una tutela che proviene, nell'esperienza italiana, dal Codice di commercio del 1882 (art. 68, co. 2, c. comm.). Per molto tempo si è discusso intorno alla natura di questo istituto, ravvisandovi una forma di risoluzione oppure un mezzo di esecuzione forzata, e su un piano più generale, alternativamente, un istituto di diritto sostanziale o di diritto processuale⁵. Nella disciplina del Codice civile la vendita coattiva è configurata quale una vendita disposta «senza ritardo» dal venditore allorché il compratore «non adempie l'obbligazione di pagare il prezzo», avente ad oggetto la «cosa» venduta (non si dice nulla di più sulle caratteristiche di essa, sicché può essere qualsivoglia cosa mobile oggetto di compravendita), e che viene compiuta «per conto e a spese» del compratore inadempiente (art. 1515, co. 1). La natura della *res* rileva solamente con riferimento alle *modalità* mediante le quali avviene la vendita: all'incanto, a mezzo di una delle persone a ciò autorizzate e secondo le modalità previste l'art. 83 disp. att. c.c., e, solo in mancanza di queste, da parte dell'ufficiale giudiziario, con preavviso al compratore della data e del luogo dell'incanto (art. 1515, co. 2); oppure, se le cose hanno un prezzo corrente stabilito o risultante da listini di borsa o mercuriali, anche senza incanto, a mezzo delle persone di cui all'art. 83 disp. att. c.c., oppure, in loro mancanza, di un commissionario nominato dal giudice, con pronta notizia al compratore della vendita (art. 1515, co. 3). Dal ricavo netto della vendita, se come probabile risulterà di importo inferiore al prezzo convenuto, il venditore ha diritto di pretendere dal compratore la differenza, oltre al risarcimento dell'eventuale maggior danno

⁴ Quanto a quello di consegna, il venditore potrebbe sempre liberarsene, senza alcuna rinuncia in ordine al corrispettivo, depositando la cosa a norma dell'art. 1514, come nella fattispecie decisa da Cass. civ., 11 luglio 2004, n. 12017, in *De Jure*.

⁵ I riferimenti in C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 948 e ss.

(art. 1515, co. 4). Il ricorso al giudice è dunque limitato anche qui all'*eventuale* assenza di soggetti privati autorizzati a porre in essere la vendita, sostanziandosi nella mera *nomina* di uno di questi e nella determinazione del compenso loro dovuto⁶: in nessun caso si può parlare, a proposito dell'istituto di cui all'art. 1515, di una vendita *giudiziale*.

Anche questi profili di disciplina suffragano l'opinione che la c.d. vendita in danno rappresenti un vero e proprio mezzo di *autotutela diretta*, totalmente dissociato dal *processo civile* e dal suo ordinamento, suscettibile di essere definita come «un potere privato, di diritto sostanziale, che ha lo scopo di procurare il soddisfacimento di un diritto di credito insoddisfatto (e perciò ha funzione simile al potere processuale d'esecuzione)»⁷. Il venditore di cosa mobile si trova nella condizione di poter soddisfare il proprio bisogno di tutela nella stessa forma, se non nella stessa misura, che l'adempimento del compratore avrebbe realizzato, e cioè col ricevimento di una *somma di denaro*. Ciò nondimeno, si tratta pur sempre di un soddisfacimento che avviene in via *surrogata*, giacché supplisce all'inadempienza del compratore, e che può perseguire una ulteriore finalità, meno nascosta nel disposto del Codice di commercio del 1882, e cioè quella di «liberare il creditore di una custodia che può riuscirgli fastidiosa»⁸. Peraltro, la circostanza che la tutela in questione presupponga l'*inadempimento* del compratore implica che il *rimpiazzo* mediante vendita coattiva abbia ad oggetto, nei confronti del compratore inadempiente, non più l'*obbligazione* (primaria) rappresentata dal prezzo, ma la sua conversione in *responsabilità*, e cioè l'*obbligazione* secondaria di *risarcimento del danno*, per inadempimento dell'*obbligazione* originaria, sicché la differenza che il venditore ha diritto di ritrarre dall'inadempiente possiede a ben vedere natura *risarcitoria*, non già di *prezzo*, ed è fatta oggetto di una

⁶ Inoltre, è previsto (art. 83, co. 3, disp. att. c.c.) che il verbale d'incanto sia successivamente depositato in cancelleria.

⁷ Così, G. AULETTA, *Sulla esecuzione coattiva della compravendita*, nota a Cass. civ., 12 luglio 1939, n. 2512, in *Foro it.*, 1940, I, c. 722, che prosegue nel classificare questo particolare «potere privato» entro la categoria, da lui altrove denominata, di «poteri formativi d'esecuzione»: v. al riguardo, G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 557 e ss. Di «autotutela diretta» con riguardo all'art. 1515, ma con accezione ancora più ampia, ragiona SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., pp. 290-291. Va ricordato, infatti, che «autotutela» è, nel pensiero di questo Autore, qualsiasi potere messo a disposizione dei contraenti per la «difesa del rapporto» (*ivi*, p. 253). L'esercizio di questi poteri «comporta richiamo alla normativa di efficacia dello Stato nel senso di un ricorso alle azioni consentite, in reazione alla violazione delle norme statuali e private compiuta nel corso del procedimento. Definiamo poteri di autotutela quelli conferiti alle parti in ordine a questo richiamo, in conformità di un'impostazione del ciclo di autonomia privata che comporta per l'appunto funzioni normative, esecutive, di difesa. (...) I poteri di autotutela (spettano) al privato anche nei casi in cui l'esercizio di essi avviene sotto il controllo di legittimità e di merito degli organi giurisdizionali dello Stato. È anzi normale l'esercizio in questa forma, senza escludere i casi in cui questo esercizio è diretto. (...) L'esercizio di questi poteri, in via di principio, non è legato ad una sola categoria di atti: può assumere forma negoziale (ad es. una clausola compromissoria nel contratto), o esecutiva (sono i casi per lo più indicati come atti di autotutela), o tipicamente giurisdizionale (ad es. arbitrati)». Così, SALV. ROMANO, *Op. ult. cit.*, pp. 253-254. Un significato non troppo dissimile in S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law*, cit., p. 839, secondo cui «i rimedi in autotutela in senso proprio sono quelli non soltanto esercitabili in prima battuta stragiudizialmente, ma congegnati anche come risposte ad un bisogno di tutela e non già come una mera attribuzione di un potere o di una facoltà per la soddisfazione di un proprio interesse primario». Sui «poteri» privati e dunque sulla possibile *autorità* esercitabile da soggetti privati, investiti del «potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni», si v. la sistemazione tracciata da C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, *passim* e spec. p. 55 e ss. nell'ambito dei rapporti obbligatori.

⁸ L. LORDI, *Vendita di azioni in danno nel concordato preventivo del sottoscrittore di azioni non liberate*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, p. 252. Analogamente, C. VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., n. 1709, p. 189.

liquidazione *ex lege*⁹. L'eccezionalità della vendita in danno, anche rispetto alla compera di cui si dirà a breve, risiede nel fatto che essa attribuisce al privato il potere, o meglio la *possibilità*, di soddisfare *direttamente e coattivamente* la propria pretesa a ricevere la controprestazione in denaro, *prima e indipendentemente* dal sorgere di un *titolo esecutivo*. Ma è appunto una possibilità: la *differenza* fra ricavo netto e prezzo convenuto e l'eventuale risarcimento del *maggior danno*, attraverso i quali eguagliare economicamente la prestazione attesa dal contratto, potranno essere conseguiti altrettanto direttamente dal venditore soltanto *dopo* l'ottenimento di un titolo esecutivo e la fruttuosa escussione del patrimonio del compratore inadempiente¹⁰. Per quanto, come si sottolinea, la *liquidazione* della differenza sia *diretta*, perché operata dalla legge e il venditore ben possa reclamarla in sede stragiudiziale nei confronti del compratore; mentre il giudizio rimane imprescindibile per l'accertamento del (e la condanna al) *maggior danno*¹¹.

Dal momento che il risultato conseguito, pur essendo equivalente a quello atteso dal contratto ne è pur sempre un surrogato, e risponde ad un interesse alla pronta liquidazione del bene, più forte nella vendita ma specifico di chiunque ceda ad altri una propria cosa mobile, non necessariamente dietro corrispettivo in denaro, si è affermata in dottrina la compatibilità (forse più teorica) della norma di cui all'art. 1515 con il regime della *permuta*, per il medio dell'art. 1555, da altri invece negata sul rilievo che il diritto del permutante «è di avere una cosa dall'altra parte, non del denaro»¹². Questo interesse alla liquidazione del bene è, d'altronde, variamente salvaguardato dall'ordinamento: si ammette,

⁹ Lo riconosce in giurisprudenza Cass. civ., 9 giugno 1983, n. 3963, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, nell'affermare che il giudice non può liquidare la differenza di prezzo rispetto al ricavo netto della vendita «e rinviare a separato giudizio la liquidazione del maggior danno, non essendo consentito scindere il giudizio sul *quantum*, di modo che la determinazione della quantità della prestazione risarcitoria dovuta abbia luogo per una parte in un processo e per l'altra in un secondo distinto processo». Tanto è stabilito con riguardo al diritto alla differenza di prezzo di cui all'art. 1516, co. 2, «al pari dell'analogo diritto spettante al venditore, in base all'ultimo comma del precedente art. 1515, per la vendita in danno». Per la tesi della natura risarcitoria del prezzo conseguito per mezzo di vendita coattiva, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 952 e ss., spec. p. 954; di «risarcimento» discorre anche M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, p. 152; *contra*, C. VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., n. 1709 *quater*, pp. 190-191. La distinzione tra obbligazione pecuniaria e obbligazione di risarcire il danno (per inadempimento dell'obbligazione pecuniaria) emerge in modo limpido nelle pagine, dedicate in particolare al tema della svalutazione monetaria, di D. BARBERO, *Sistema*, II, cit., pp. 47; 63; 71.

¹⁰ Non così nelle esecuzioni coattive di borsa per i contratti conclusi con l'intervento degli agenti di cambio o con gli Istituti di credito iscritti in un apposito albo presso la Banca d'Italia: un quadro, oggi per lo più superato, di quella disciplina, ove il certificato attestante il credito residuo aveva efficacia *ex lege* di titolo esecutivo, in L. BIANCHI D'ESPINOSA - F. MARIANI, *Esecuzione coattiva dei contratti di borsa*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 483 e ss. *Amplius*, sull'istituto della vendita coattiva nelle operazioni aventi ad oggetto titoli venduti a termine (art. 1536), nonché nel riporto (art. 1551, co. 1) e nei contratti di borsa, in O. CAGNASSO - G. COTTINO, *Contratti commerciali*, nel *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IX, II ed., Padova, 2009, p. 144 e ss. Di «deficienza» della legge, con riguardo alla formazione di un titolo esecutivo per consentire la completa esecuzione dell'affare, rimediata dalla legge sulle borse (art. 45, L. 20 marzo 1913, n. 272), parlava già C. VIVANTE, *Op. cit.*, n. 1713 *bis*, pp. 196-197.

¹¹ C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 956; 958; SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., pp. 286; 288, con riguardo alla compera in danno. Considerazioni realistiche e di critica costruttiva agli istituti di cui agli artt. 1515 e 1516, notando che «essi sono di aiuto nella valutazione dei danni», in R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., pp. 377-378.

¹² Così, G. GORLA, *La compravendita*, cit., p. 348. Per la compatibilità con la permuta della norma di cui all'art. 1515 si esprime C.M. BIANCA, *Op. ult. cit.*, p. 1037, il quale contesta la premessa secondo cui la compravendita in danno sarebbe «una forma di realizzazione della vendita ineseguita».

indipendentemente da una specifica previsione pattizia, che il venditore possa rivendere liberamente e per conto proprio, nelle more del giudizio di risoluzione, peraltro eventuale, la cosa non consegnata al compratore e da questi non pagata a terzi, al di fuori del procedimento di cui all'art. 1515, con conseguente condizionamento dell'efficacia della rivendita all'accoglimento della domanda di risoluzione, o, comunque, al riconoscimento definitivo della legittimità della risoluzione¹³. L'esecuzione coattiva solleva il venditore da questo onere e dal correlato rischio nonché da una inevitabile maggiore difficoltà probatoria in ordine al danno patito¹⁴, ma – lo si ribadisce – presuppone sempre, al pari della rivendita c.d. libera, che egli abbia ancora la *disponibilità materiale* della cosa e possa perciò effettivamente rivenderla o farla rivendere¹⁵.

3. La «compera in danno» (art. 1516 c.c.): una tutela in più nei confronti del venditore inadempiente

La «esecuzione coattiva per inadempimento del venditore» è invece l'istituto che l'art. 1516 pone a tutela del compratore, la c.d. *compera* in danno, già conosciuta sotto il vigore del Codice di commercio perché racchiusa nell'art. 68, co. 3, c. comm.¹⁶.

Anche in questo caso è molto utile comparare la disciplina attuale con quella precedente. Nel Codice unificato l'ambito applicativo è perfezionato e perciò più circoscritto rispetto a quello della precedente disposizione: l'oggetto è costituito da «cose fungibili che hanno un prezzo corrente a norma del terzo comma dell'articolo precedente» (art. 1516, co. 1); dunque, com'è logico, non ogni bene mobile consente l'operatività della compera in danno, diversamente – ed è il primo disallineamento – da quanto può accadere con la vendita¹⁷. Rientrando il bene nella categoria rilevante, se «il venditore non adempie la sua obbligazione, il compratore può fare acquistare senza ritardo le cose, a spese del venditore, a mezzo di una delle persone» indicate dall'art. 1515, co. 2 e 3, e cioè delle persone autorizzate di cui all'art. 83 disp. att. c.c., oppure dell'ufficiale giudiziario, oppure ancora, in assenza di incanto, del commissionario nominato dal giudice. Anche qui occorre la pronta notizia dell'acquisto all'inadempiente (art. 1516, co. 2). Simmetricamente rispetto alla

¹³ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. civ., 22 maggio 1986, n. 3405, in *Foro pad.*, 1987, I, p. 450 e ss., per l'ipotesi in cui il compratore non sia divenuto proprietario della cosa; Cass. civ., 5 luglio 1968, n. 2283, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 706 e ss., per la possibilità della c.d. rivendita libera durante lo svolgimento del processo condizionata alla pronuncia di risoluzione della prima vendita, «facoltà» al pari della esecuzione coattiva ex art. 1515, e precisando che «il mancato esercizio di tale facoltà non può dunque comportare alcuna conseguenza pregiudizievole per il venditore, nemmeno sotto il profilo di un eventuale concorso di colpa ex art. 1227 c.c., influente sulla misura del risarcimento del danno contrattuale».

¹⁴ Si veda per un caso, Cass. civ., 15 maggio 1990, n. 4169, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, nonché per intero in *De Jure*.

¹⁵ Il punto è posto nel giusto risalto da R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 374.

¹⁶ Che così statuiva: «Se l'inadempimento ha luogo da parte del venditore, il compratore ha diritto di far comprare la cosa, col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti, per conto e a spese del venditore e di essere risarcito dei danni».

¹⁷ Pe la vendita in danno vale quanto osservava, contro un'opinione diffusa, C. VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., n. 1712, p. 195: «finché c'è la possibilità di un compratore, v'è sempre la possibilità di una vendita».

vendita di cui all'art. 1515, si stabilisce che il compratore abbia «diritto alla differenza tra l'ammontare della spesa occorsa per l'acquisto e il prezzo convenuto, oltre al risarcimento del maggior danno» (art. 1516, co. 3).

Un ulteriore - meno evidente - disallineamento fra le discipline previste dall'art. 1516 e 1515 si ritrova nella determinazione dell'*inadempimento* che apre la strada alle rispettive tutele. Si è visto che, con riguardo alla vendita in danno, l'art. 1515 ha affinato la formulazione della disposizione precedente stabilendo quale unico inadempimento legittimante quello dell'obbligazione di *pagamento del prezzo*. L'art. 1516, che pure avrebbe potuto essere altrettanto preciso, riprende invece il fraseggio del vecchio art. 68, co. 3, c.comm., e discorre con maggiore genericità di un venditore che «non adempie la sua obbligazione», formulazione inevitabilmente più indeterminata sol considerando che le disposizioni dall'art. 1476 a 1499 sono, nella partizione del Codice, tutte «obbligazioni del venditore». Ciò ha portato a ritenere che anche aspetti attinenti non tanto ad obbligazioni propriamente intese quanto al perfezionamento della *prestazione traslativa*, rispetto al quale, si è visto, l'uso della categoria dell'*inadempimento* richiede sforzi di ridefinizione, quali l'*evizione* e le *garanzie* contro i *vizi* (v. *supra*, rispettivamente, nei capp. III e IV), possano prestarsi all'accertamento di cui all'art. 1513 e alla compera in danno o di *rimpiazzo*¹⁸. Spetterà al compratore, che voglia servirsi di queste particolari tutele, non decadere dalle azioni di garanzia a sua disposizione o non rinunciarvi.

Occorre riconoscere che la dinamica della compera in danno, malgrado simmetriche somiglianze di ordine testuale, differisce significativamente da quella della vendita in danno. Non è una autotutela altrettanto *diretta*: di fronte all'*inadempimento* del venditore, il compratore - di beni mobili fungibili rientranti nella fattispecie dell'art. 1515, co. 3 - può *rimpiazzare* il suo interesse all'acquisizione di un bene rivolgendosi a un terzo venditore. Fin qui nulla di originale rispetto ad una normale «via d'uscita» che il compratore di una cosa non conforme alle proprie aspettative spesso pratica in via di autonomia. Qui però l'ordinamento fa qualcosa di più - ed ecco emergere l'originaria natura commerciale di questo istituto e le particolari esigenze cui esso risponde - e cioè consente al compratore di *spostare* sul venditore inadempiente il peso economico del rimpiazzo, *indipendentemente dalla previa risoluzione* del rapporto, liquidando *ex lege* la misura di questo peso nella differenza tra il prezzo convenuto e quello applicato nell'ambito della procedura¹⁹.

Evidentemente, come Gorla insistette a rimarcare²⁰, si tratta di un meccanismo *risolutivo*²¹, perché non si giustificerebbe l'ingresso del compratore in un altro contratto, concluso col terzo venditore nell'ambito della procedura di cui all'art. 1516, in costanza di quello

¹⁸ Già C. VIVANTE, *Op. cit.*, n. 1706, p. 187, nel notare che alla esecuzione coattiva «potrà ricorrere più frequentemente il compratore, se la merce speditagli non era quella pattuita od era viziata, perché il venditore è inadempiente tanto se non consegna affatto la merce come se consegna una cosa diversa da quella convenuta. Se non fosse così, si toglierebbe al compratore il modo di coprirsi prontamente con una compera coattiva, quando il venditore gli spedi una merce viziata o diversa da quella pattuita». Esplicitamente, SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 287. Vi aderisce C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 959, n. 1.

¹⁹ Oltre le spese di questa, e il possibile recupero (in via giudiziale) del maggior danno.

²⁰ G. GORLA, *La compravendita*, cit., p. 202 e ss.

²¹ È tuttavia fuorviante considerarlo nei termini di una normale risoluzione di diritto: conf. SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 286, n. 75.

originario, inadempito dal venditore. Ciò nondimeno, la traslazione del peso economico (danno) sull'inadempiente, *indipendentemente* dalla (e *prima* della) risoluzione, è, in un certo senso, soltanto *nominale* e *giuridica* più che *economica* ed *effettiva*²². Il compratore *fa acquistare* «a spese del venditore» ma *anticipa* egli stesso il prezzo dovuto – la compera di rimpiazzo è chiaramente utile e ragionevole allorché il compratore non abbia versato alcunché e disponga ancora della somma da impiegare nella *ricompera*, altrimenti gli è più congeniale la pura *risoluzione* – forte del fatto che la legge gli riconosce *direttamente* il diritto di *pretendere* dall'inadempiente la somma, liquidata *ex lege*, pari «alla differenza tra l'ammontare della spesa occorsa per l'acquisto e il prezzo convenuto». Ed è in questa liquidazione legale che risiede il *quid proprium* della compera in danno.

Ma se il venditore non ne vuole sapere e, comunque, se il compratore intende munirsi di un titolo esecutivo, questi dovrà instaurare un giudizio, nel quale potrà far valere anche il *maggior danno* sofferto, beneficiando sul piano probatorio della determinazione quantitativa legale di cui sopra. Ancor più nitidamente che nella vendita in danno emerge la natura *risarcitoria* della differenza che il venditore ha diritto di ottenere dall'inadempiente a norma dell'art. 1516, co. 3²³.

4. Le speciali risoluzioni di diritto di cui all'art. 1517 c.c. La liquidazione ex lege del risarcimento del danno nella vendita di (determinati) mobili (art. 1518 c.c.)

Le ipotesi di risoluzione di diritto previste dall'art. 1517 – che congloba in un'unica disposizione le fattispecie previamente regolate dall'art. 67 c.comm. e 1512 c.c. 1865²⁴ – non presentano profili di particolare specialità. Si tratta di clausole risolutive *legali*, per il funzionamento delle quali non occorre pronuncia giudiziale ma è pur sempre necessaria la dichiarazione dell'interessato all'altro contraente di volersene avvalere, dovendosi ricorrere, in sua mancanza, alle forme e ai modi previsti dalla disciplina generale sulla risoluzione per inadempimento (art. 1517, co. 3), e che si ispirano a quelle esigenze di *celerità* e di rapida sistemazione delle controversie, così marcate nella vendita commerciale, ma percettibili anche nella vendita di mobili *tout court*, cui si riferiva l'art. 1512 del Codice abrogato.

Il potere di ottenere la risoluzione della vendita è attribuito, ai sensi dell'art. 1517 del Codice vigente, *in anticipo* rispetto alla scadenza del termine allorché la parte che abbia

²² Non così nella vendita in danno, ove il venditore riesce ad assicurarsi direttamente «sul ricavato, cioè per via diversa dall'adempimento del compratore, la *soddisfazione* del prezzo», come si legge in Cass. civ., 11 luglio 1968, n. 2444, in *Foro it.*, 1969, I, c. 118, corsivo aggiunto.

²³ Lo motiva SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 286, n. 75, osservando che «quel che il compratore esercita non è il suo diritto di credito, ma un potere che sebbene gli sia dato per realizzare quest'ultimo, ha una sua propria figura. Il debitore deve subirlo *perché* debitore ma non come debitore, e precisamente *come* responsabile del mancato adempimento» (corsivo dell'A.). Si v. ancora sul punto C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 954 e ss.

²⁴ Come si desume dalla Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale – Libro delle Obbligazioni 1941, n. 372, nonché dalla Relazione del Guardasigilli al Codice Civile del 4 aprile 1942, n. 672.

offerta la propria prestazione *ante tempus*²⁵, realizzi che la controparte «non adempie le propria obbligazione» (art. 1517, co. 1), oppure a favore del venditore allorché il compratore, alla scadenza del termine di consegna, benché tecnicamente non inadempiente, poiché la sua obbligazione di pagare il prezzo non è ancora scaduta, non si presenti per ritirare la cosa *previamente offerta* o non la accetti (art. 1517, co. 2). La parte non inadempiente ha a disposizione gli otto giorni successivi alla scadenza del termine della prestazione altrui per manifestare la propria volontà di avvalersi della risoluzione, che ha già «minacciato» al momento dell'intimazione²⁶.

Quella di cui all'art. 1517, co. 2 è un'ulteriore via per mezzo della quale il venditore può liberarsi dell'obbligo di consegna e di custodia nell'ipotesi in cui abbia perso interesse alla prosecuzione del rapporto e sia perciò disposto a rinunciare al diritto di ricevere il pagamento del prezzo²⁷. Chiaramente, se l'obbligazione di pagamento del prezzo fosse scaduta, e il compratore non l'avesse adempiuta, il venditore potrebbe domandare la risoluzione per questo inadempimento e non per il mancato ritiro del bene, che non costituisce tecnicamente l'oggetto di un'*obbligazione* del compratore. Mentre se quell'obbligazione fosse scaduta e il compratore l'avesse pagata, l'interesse del venditore alla liberazione dell'obbligo di consegna potrebbe essere servito al più dal *deposito della cosa venduta* ai sensi dell'art. 1514 o dalla costituzione in mora del creditore; non certo dalla risoluzione, che risulterebbe priva di fondamento in una simile situazione²⁸.

Com'è stato acutamente notato, la risoluzione di diritto prevista dall'art. 1517, co. 2 non costituisce una tutela contro l'*inadempimento* – che non sussiste ancora al momento in cui essa può essere attivata – ma, semmai, contro il suo *pericolo*: è un'ulteriore prova di una certa benevolenza della legge nei confronti del venditore (di cose mobili), cui si consente di liberarsi dal contratto in ragione della mancata *collaborazione* del creditore in ordine al ritiro del bene – preventivamente *offerta* – che in molti casi prelude al mancato pagamento²⁹.

²⁵ In sintesi, come scrive C. VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., n. 1700, pp. 181-182, «chi adempì la obbligazione non può giovare della risoluzione di diritto. Infatti, questo diritto fu concesso al contraente fedele al contratto per liberarlo dall'obbligo di adempiere la sua prestazione; ma dacché l'ha adempiuta egli non può fare l'offerta di adempirla e mettersi nell'ipotesi prevista dall'art. 67. Se vuol riavere la cosa sua, dovrà chiedere la risoluzione del contratto all'autorità giudiziaria».

²⁶ Sul punto, C.M. BIANCA, *Op. ult. cit.*, p. 943 e ss.; SALV. ROMANO, *Op. ult. cit.*, p. 289.

²⁷ Diritto a quel momento non ancora esigibile in quanto non ancora scaduta l'obbligazione del compratore di pagare il prezzo.

²⁸ V. infatti la citata Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale, n. 372: «risulta evidente che non vi è luogo a risoluzione per il mancato ritiro della merce da parte del compratore che abbia già pagato. In questo caso il venditore potrà liberarsi dall'obbligazione di custodire la cosa venduta, avvalendosi delle norme generali sulla *mora credendi*».

²⁹ Per queste notazioni, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 985 e ss. Diversa la ricostruzione dell'antica dottrina: oltre agli autori citati da C.M. BIANCA, *Op. cit.*, p. 986, n. 1, v., in particolare, G. GORLA, *La compravendita*, cit., p. 268, secondo cui, ai sensi dell'art. 1512 del Codice abrogato, «la risoluzione può verificarsi anche per l'inadempimento al solo obbligo di prendere la cosa». Questa obbligazione veniva rinvenuta proprio nel disposto dell'art. 1512. Secondo G. GORLA, *Op. cit.*, p. 261 e ss., «la sola fonte del nostro obbligo sta implicita nell'art. 1512, in quanto ivi si lascia intendere che il solo non presentarsi in tempo a ritirare la cosa, anche quando sia stata concessa una dilazione pel prezzo o questo sia già stato pagato, importa una sanzione, la risoluzione, aggravata (dal carattere privato) pei mobili: l'art. 1657 cod. francese non fa neppure parola dell'obbligazione del prezzo. L'obbligo risulta dunque dalla sanzione». Il testo dell'art. 1512 del Codice civile del 1865 era il seguente: «Trattandosi di cose mobili, lo scioglimento della vendita ha luogo di diritto nell'interesse del venditore, ove il compratore, prima che sia scaduto il termine stabilito per la consegna della

«Allo scopo di conseguire un risultato pronto e sicuro» - si legge nella Relazione al Codice civile, n. 672 - l'art. 1518 formula una determinazione *legale* del risarcimento da applicare ogniqualvolta sia risolta per *inadempimento* la vendita di cose mobili che hanno «un prezzo corrente a norma del terzo comma dell'art. 1515».

Si tratta di una norma introdotta *ex novo* dal Codice del 1942, che riecheggia gli ultimi commi degli artt. 1515 e 1516, ove pure, come si è visto, la legge liquida il danno, in un certo senso *presunto*, nelle distinte ipotesi di esecuzione coattiva per inadempimento del compratore e del venditore³⁰. Anche qui, sia pure in un campo applicativo limitato, si vuole consentire, almeno in linea di giuridica possibilità, un accesso *diretto* alla compensazione economica in ragione dell'inadempimento dell'altro contraente, non necessariamente mediato da un giudizio³¹, o, comunque, se giudizio ci sarà, nel quale potrà reclamarsi anche il *maggior danno*, con una forte agevolazione probatoria a beneficio del contraente danneggiato. Giacché l'art. 1518 si riferisce a situazioni in cui il contratto si sia risolto *per inadempimento* di una delle parti, va escluso, come correttamente affermato in giurisprudenza³², che questa norma possa applicarsi alle fattispecie regolate dagli artt. 1515 e 1516, ove l'effetto è solo mediatamente *risolutivo*, e a quella di cui all'art. 1517, co. 2, poco sopra esaminata, che, per quanto *risoluzione*, non concerne un fatto di *inadempimento*.

La norma in esame rivela in massimo grado le proprie potenzialità applicative - destinate però a rimanere per lo più tali e a non attuarsi³³ - in combinato con la fattispecie di cui all'art. 1517, co. 1, così da assegnare a quest'ultima un valore notevole: la risoluzione di diritto là prevista si presenta come un'ipotesi *speciale* di risoluzione stragiudiziale anche perché si porta con sé, con riguardo ai beni aventi un prezzo corrente a norma dell'art. 1515, co. 3,

cosa, non siasi presentato per riceverla, od anche presentatosi per riceverla, non ne abbia contemporaneamente offerto il prezzo, salvo che pel pagamento di questo fosse stata convenuta una maggior dilazione». Il passo della Relazione al Codice vigente riportato nella nota precedente depone a favore della non configurabilità di una vera e propria *obbligazione* di ritirare la cosa acquistata ma di un'ipotesi sussumibile nella fattispecie della mora del creditore, la quale, com'è noto, presuppone un dovere strumentale all'adempimento dell'obbligazione, che «non assurge affatto, anch'esso, al rango di obbligazione costituente oggetto di un rapporto avente per soggetto attivo il debitore della prestazione cui è correlato il dovere di cooperazione e come soggetto passivo l'obbligato a tale cooperazione», così, Cass. civ., 18 gennaio 1995, n. 522, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 88, nonché per intero in *De Jure*. Per Cass. civ., 21 marzo 1983, n. 1981, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, «il compratore ha il dovere di ricevere la cosa acquistata e di mettere così il venditore in grado di liberarsi dalla relativa obbligazione della consegna, ma una *mora accipiendi* del compratore può configurarsi solo dopo la scadenza del termine contrattualmente all'uopo stabilito dalle parti o altrimenti determinato dalla legge e sempre che la consegna della cosa sia stata offerta dal venditore al compratore nei modi di legge, ovvero quest'ultimo non abbia compiuto quanto necessario per mettere il venditore in condizione di adempiere la suindicata obbligazione». Contro l'affermazione di un'obbligazione *ex latere emptoris* di ricevere la cosa, già, molto chiaramente, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., vol. I, *La struttura*, ed. 1963, p. 69: «la tradizione è tra gli obblighi del venditore (art. 1476), non già del compratore (art. 1498) come presa in consegna».

³⁰ La regola formulata dall'art. 1518 veniva già affermata in sede interpretativa, sotto il vigore dei precedenti Codici che nulla disponevano al riguardo, da C. VIVANTE, *Trattato*, IV cit., n. 1702, p. 182 e ss., il quale concludeva (*ivi*, p. 183) che «il nostro diritto non conosce danni astratti, e se pigliando per regola ciò che accade solitamente si può presumere che il danno sofferto equivalga alla differenza fra il prezzo pattuito e quello di mercato, la presunzione deve cedere alla prova contraria». Sulla forza presuntiva dell'art. 1518, v. SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., pp. 292-293, n. 86.

³¹ Di «diretta operatività extragiudiziale» parla C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 979.

³² Così da Cass. civ., 16 giugno 1952, n. 1740, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, II, p. 1799.

³³ Cfr. sul punto l'opinione espressa da R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., pp. 412-414.

una propria regola di determinazione del risarcimento correlato alla risoluzione della vendita. Peraltro, questa norma, seppur eccezionale per il suo ambito applicativo e il suo *modus operandi*, sembra esprimere un principio da tenere in considerazione anche al di là del suo campo di applicazione testuale³⁴, e cioè che «il valore di mercato del bene o della prestazione venuta meno costituisce la soglia minima del risarcimento dovuto»³⁵.

5. Un'autentica «autotutela»: il «diritto di riprendere possesso delle cose» vendute (art. 1519 c.c.)

Infine, l'istituto forse più espressivo dell'idea di *autotutela* nella vendita mobiliare, e perciò il più singolare di quelli sin qui passati in rassegna, ma anche il meno riferito dalle rassegne di giurisprudenza.

Sotto il Codice del 1865 era noto come «rivendicazione del venditore» e trovava sede nell'art. 1513. Il Codice del 1942 ne affina la formulazione e rubrica l'art. 1519, ove lo alloga, sotto il nome di «restituzione di cose non pagate».

Al venditore di cose mobili che, in una vendita convenuta senza dilazione per il pagamento del prezzo³⁶, non abbia ancora ricevuto il corrispettivo, pur avendo già consegnato la cosa al compratore, è riconosciuto il diritto di riprenderne il possesso, purché proponga domanda giudiziale entro quindici giorni dalla consegna, e la cosa, nel medesimo stato in cui era al momento della consegna, sia rimasta nella disponibilità del compratore; diritto tuttavia inopponibile ai soggetti indicati dall'art. 1519, co. 2 e 3. Ecco dunque un'altra arma data dalla legge al venditore di cose mobili quando non venga pagato dal compratore, cui, però, abbia consegnato la cosa. La situazione è dunque diversa da quella in cui potrebbe sorgere l'interesse del venditore a ricorrere alla vendita coattiva o alla risoluzione *ex art. 1517*: l'art. 1519 gli consente di ottenere *in forma specifica* un risultato che altrimenti sembrerebbe subordinato all'accoglimento della domanda di risoluzione *ordinaria* per inadempimento, e cioè il recupero della disponibilità della cosa venduta.

A prima vista potrebbe pensarsi che la dinamica temporale dell'istituto sia tale da lasciare in secondo piano l'interesse del venditore al risarcimento dei danni, sicché questi, accontentatosi di recuperare la *res*, rinvii ad un momento successivo la proposizione dell'azione risarcitoria per l'inadempimento altrui. Ma a ben vedere, com'è stato segnalato da alcune delle poche sentenze che si sono occupate di questa norma e da una più attenta dottrina, la circostanza che la disposizione alluda alla *ripresa del possesso* – e non della

³⁴ Ma in quei casi, è chiaro, non troverà applicazione il beneficio di ordine probatorio che essa contempla.

³⁵ Così, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 117, con richiamo alle fonti internazionali ove lo stesso principio trova riconoscimento.

³⁶ Ma v. Cass. civ., 13 luglio 1954, n. 2458, in *Foro it.*, 1954, I, c. 1237 e ss., con nota critica di W. Bigiavi, secondo la quale «il rimedio previsto dall'art. 1519 cod. civ., per cui, se la vendita è fatta senza dilazione per il pagamento, il venditore può riprendere il possesso delle cose vendute finché queste si trovano presso il compratore, purché la domanda sia proposta entro quindici giorni dalla consegna e le cose si trovino nello stato in cui erano al tempo della consegna stessa, è applicabile anche nel caso di vendita con dilazione per il pagamento, quando, essendo sopravvenuta la insolvenza del compratore, questi abbia perduto il beneficio del termine ai sensi dell'art. 1186 cod. civ.; e la restituzione delle cose così ottenuta è efficace anche nei confronti del fallimento del compratore».

proprietà, ormai trasferita in capo al compratore – orienta il senso di questo particolare istituto verso tutt'altra direzione.

La *restituzione di cose non pagate* di cui all'art. 1519 non ha e non può avere contenuto risolutorio proprio perché non incide sulla titolarità reale del bene, che permane in capo al compratore, ma vale soltanto, in via del tutto eccezionale, a «stimolare l'adempimento del compratore e a garantire le ragioni creditorie del venditore stesso»³⁷, mediante una temporanea allocazione in capo a questi della situazione possessoria. Chiaramente nulla impedisce che in seguito, malgrado lo stimolo all'adempimento, l'inadempimento diventi definitiva e il venditore si convinca ad agire in sede risolutoria, il cui effetto risulterà allora anticipato e *precostituito*³⁸ dall'applicazione dell'art. 1519. Ma si tratterebbe di un fenomeno successivo e contingente che non influisce sulla portata della norma in questione, alla quale non può riconoscersi un contenuto, nemmeno mediatamente (v. *supra* con rif. agli artt. 1515 e 1516), risolutivo³⁹.

Dunque, una particolare autotutela, non *diretta* perché esercitabile *nesse* in via giudiziale mediante domanda; rispondente ad un puntuale (ed eccezionale) bisogno di tutela del *solo* venditore; bisogno condizionato, nel suo manifestarsi, alla presenza di

³⁷ Così, Cass. civ., 17 ottobre 1977, n. 4432, in *Giur. it.*, 1978, I, c. 267 e ss. In termini sostanzialmente corrispondenti, già Cass. civ., 5 marzo 1954, n. 635, in *Giur. it.*, 1955, I, c. 28 e ss., ad avviso della quale «l'art. 1519, concernente la restituzione delle cose non pagate, non prevede alcuna rivendicazione o risoluzione né, tantomeno, una *utilis rei vindicatio*, ma contempla soltanto la possibilità che il venditore eserciti, qualora ricorrano le condizioni in esso menzionate, un'azione personale per ottenere dal compratore o da chi per lui la restituzione del possesso dei mobili venduti e non pagati, al fine di poter esercitare sui medesimi il diritto di ritenzione a garanzia del pagamento del prezzo».

³⁸ Come nota SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 295, n. 91.

³⁹ L'opinione contrastata poteva trovare un argomento nel testo dell'art. 1513 del Codice abrogato, che, come si è ricordato, parlava di un «diritto di rivendicazione», ma era già stata ampiamente rigettata da W. BIGIARI, *La rivendica del venditore*, Padova, 1935, p. 7 e ss. che vi scorge un'ipotesi di *vindicatio utilis*, nonché da G. GORLA, *La compravendita*, cit., p. 274 e ss., secondo cui «si tratta di un rimedio per ristabilire la situazione di fatto anteriore alla consegna o alla spedizione, in modo che il venditore possa ancora valersi del così detto diritto di ritenzione ex art. 1469 cod. civ. e 805 cod. comm., cioè dell'*exceptio inadimpleti contractus*». Da tenere in calcolo anche quanto è detto al riguardo nella Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale, n. 373: «qualunque sia l'esatta costruzione giuridica di questo speciale rimedio accordato al venditore (il che rientra nei compiti della dottrina), è certo che non può qualificarsi rivendicativa l'azione del venditore diretta al recupero delle cose vendute, essendosi egli spogliato della proprietà. Perciò ho abbandonato la dizione tecnicamente imprecisa del codice e del progetto precedente, limitandomi a descrivere l'effetto pratico dell'azione, senza qualificarla». Sotto il nuovo Codice, la tesi della natura risolutoria dell'istituto previsto dall'art. 1519 è stata riproposta da R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., pp. 407-410. *Contra*, nel senso del testo e della giurisprudenza menzionata, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 969-970; 974. Per l'A. da ultimo citato (*ivi*, p. 970) l'art. 1519 designa «una speciale azione possessoria tendente al recupero del possesso del bene venduto a prescindere dalla sorte del contratto di vendita. (...) Recuperato il possesso, il venditore può esercitare il diritto di ritenzione a garanzia del pagamento del prezzo. La spettanza del diritto di ritenzione a favore del venditore è stata contestata in dottrina mancando in tal senso un esplicito richiamo normativo. Deve tuttavia osservarsi che rispetto al compratore e ai suoi aventi causa è lo stesso diritto di recupero del bene a scopo di tutela del credito che implica quello di trattenere il bene fino al pagamento». Nello stesso senso anche A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., pp. 402-403. Originalmente, e conformemente alla ricordata impostazione generale della sua trattazione, SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 294, e n. 89, pur riconoscendo che la norma in esame mira al ripristino del possesso e conduce a risultati analoghi a quelli conseguenti all'*exceptio inadimpleti contractus* di cui all'art. 1460, afferma che «siamo nel campo dei poteri di autotutela: la particolare manifestazione in esame rimuove un atto di esecuzione, che cessa di essere dovuto per l'inesecuzione dell'altro contraente. Questo profilo pone forse in seconda linea la stessa prospettiva in cui finora è stato esaminato il problema, polarizzato nella considerazione della proprietà e del possesso».

determinate *circostanze* che possono giustificarne l'impiego, invero poco frequente e non proporzionato all'interesse attribuito dalla dottrina a questa autotutela.

6. *Le autotutele nella vendita mobiliare quali strumenti «facoltativi»: sono anche «disponibili»?*

Giunti al termine dell'analisi degli istituti di cui all'art. 1513 e ss. si può evidenziarne una caratteristica finora sottintesa, che li accomuna e li distingue all'interno della disciplina del tipo: la loro *facoltatività*.

Le speciali tutele riconosciute dalla legge nella compravendita di mobili, molte delle quali applicabili solo ad alcune loro *species*, sono mezzi processuali o di diretta autotutela a disposizione del contraente che voglia valersene, *in aggiunta* alle normali tutele contro l'inadempimento. Salvo limitate eccezioni, questi istituti concernono fattispecie di puro *inadempimento*, ragion per cui non si incontrano qui le perduranti contraddizioni che quel «doppio binario», più volte evocato, solleva in tema di evizione e di vizi. Si possono invece applicare senza remore norme e istituti di parte generale, pur con la consapevolezza delle rispettive diverse *condizioni d'uso*, variabili al variare delle circostanze di fatto entro le quali l'inadempimento del compratore o del venditore può manifestarsi.

Facoltatività significa dunque *i) alternatività* delle tutele in relazione al medesimo bisogno di tutela, pur nelle diverse situazioni in cui questo può essere avvertito; *ii) assenza di preclusioni* in ordine all'applicabilità delle tutele «normali», se l'interessato sceglie di non valersi di quelle «speciali», o, in altre parole, *irrinunciabilità* delle prime in conseguenza della rinuncia alle seconde; *iii) sul piano risarcitorio e più in generale su quello dell'accertamento, mero aggravio dell'onere probatorio* da assolvere allorché il contraente preferisca reclamare i danni sofferti ricorrendo alle tutele ordinarie anziché a quelle speciali.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha dimostrato di riconoscere e di rispettare questa *facoltatività*: con riguardo alla verifica ai sensi dell'art. 1513⁴⁰; al deposito *ex art.* 1514⁴¹; alla

⁴⁰ «La procedura di accertamento dei difetti della cosa venduta *ex art.* 1513 c.c. costituisce una facoltà e non un onere, ben potendo la parte che non abbia ritenuto di avvalersene, fare ricorso a qualsiasi mezzo di prova, con la conseguenza che spetta sempre al compratore di fornire la prova dei vizi della merce», così Cass. civ., 22 marzo 1979, n. 1649, in *Giust. civ. Mass.*, 1979. Sottolinea che trattasi di *facoltà*, Cass. civ., 20 luglio 1994, n. 6767, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 980, nonché in *De Jure*, nel riconoscere che il mancato ricorso alla procedura prevista dall'art. 1513 non comporta «alcuna preclusione o limitazione circa i mezzi di prova utilizzabili per dimostrare i difetti della cosa oggetto di vendita, ma solo la conseguenza che, in caso di contestazione, la prova deve essere particolarmente rigorosa, cioè tale da generare nel giudice un convincimento pieno e preciso, senza alcun riguardo alla difficoltà in cui la parte interessata possa trovarsi per non essersi avvalsa della facoltà di provocare un accertamento giudiziale preventivo». Così anche già Cass. civ., 18 dicembre 1987, n. 9425, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, nonché per intero in *De Jure*. Nel merito, Trib. Latina, 12 ottobre 2020, n. 1841; Trib. Brindisi, 21 dicembre 2005, entrambe in *De Jure*.

⁴¹ «Il trasferimento delle cose mobili vendute in un locale di pubblico deposito, qualora il compratore non si sia presentato a riceverle, costituisce, a norma dell'art. 1514 c.c., una facoltà del venditore, dal cui mancato esercizio non deriva, al venditore medesimo, alcuna conseguenza pregiudizievole in ordine al diritto di pretendere il corrispettivo dal compratore», così Cass. civ., 1 luglio 2004, n. 12017, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, nonché per intero in *De Jure*. Nello stesso senso, già Cass. civ., 28 marzo 1980, n. 2059, in *Giust. civ. Mass.*, 1980. Per Cass. civ., 14 febbraio 1980, n. 1108, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, «il procedimento previsto dall'art. 1514 c.c., dev'essere adottato dal venditore soltanto se egli intenda ottenere rapidamente la liberazione

«esecuzione coattiva per inadempimento del compratore» di cui all'art. 1515⁴²; alla «esecuzione coattiva per inadempimento del venditore» prevista dall'art. 1516⁴³; alle

dall'obbligazione di consegnare la cosa venduta e pertanto, ove abbia interesse a detta liberazione ma preferisca soltanto fare escludere la propria inadempienza, è sufficiente l'offerta da parte sua della propria prestazione a norma degli articoli 1206 e seguenti c.c. Pertanto, nel caso di mancata liberazione dall'obbligazione di consegnare la cosa venduta per il mancato esperimento del predetto procedimento da parte del venditore, resta impregiudicato il giudizio circa la qualità di parte adempiente o inadempiente del venditore medesimo».

⁴² «L'autotutela concessa dall'art. 1515 c.c. al venditore che non ottiene il pagamento del prezzo - vendita senza ritardo delle cose, a spese del compratore, a mezzo di persona autorizzata - è lasciata alla libera scelta della parte adempiente per la quale costituisce, quindi, una facoltà e non un obbligo, con conseguente possibilità per la stessa di agire in via ordinaria per il risarcimento del danno, che va determinato nella sua entità dal giudice in base agli ordinari criteri posti dall'art. 1223 c.c., senza che possa trovare applicazione la regola stabilita dall'art. 1518 c.c. - per cui il risarcimento è dato dalla differenza tra il prezzo convenuto e quello corrente nel luogo e nel giorno pattuiti per la consegna, salva la prova di un maggiore danno - ove si tratti di cose non previste in tale norma di carattere eccezionale», così Cass. civ., 4 dicembre 2018, n. 31308, in *De Jure*. Il mancato ricorso alla c.d. vendita coattiva non rileva nemmeno *ex art.* 1227 quale concorso di colpa del creditore suscettibile in quanto tale di incidere sulla determinazione quantitativa del danno, allorché il venditore agisca per ottenere la risoluzione del contratto, come affermato già da Cass. civ., 13 dicembre 1979, n. 6497, in *Giust. civ. Mass.*, 1979. La scelta di non esercitare la facoltà di cui all'art. 1515, a vantaggio della c.d. rivendita libera del bene (su cui *supra* nel testo) comporta un maggior onere in ordine alla prova del danno, e cioè, «qualora si controverta sulla congruità del prezzo praticato, quanto meno di allegare i prezzi praticati nella zona del giorno (o nei giorni precedenti o successivi della vendita) onde consentire alla controparte di dimostrare che il prezzo in concreto praticato non era "il migliore possibile", dovendo in ogni caso provare che il prezzo in concreto praticato corrisponde a quello a lui indicato, in quanto l'entità del ricavo netto della vendita costituisce l'elemento fondamentale per la determinazione del danno, costituito dalla differenza tra il prezzo convenuto ed il ricavo netto della rivendita». Così, Cass. civ., 15 maggio 1990, n. 4169, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, nonché per intero in *De Jure*. Sul punto anche Cass. civ., 13 marzo 1980, n. 1708, in *Giust. civ. Mass.*, 1980.

⁴³ «Il mancato esercizio da parte del compratore della facoltà di procurarsi in danno del venditore l'acquisto della merce (art. 1516 c.c.) non incide sul diritto di chiedere il risarcimento del danno per l'inadempimento di questi, mentre l'esercizio di detta facoltà non esclude il risarcimento del danno derivato dal ritardo e dal maggior prezzo pagato per ottenere la medesima prestazione di quella ineseguita», così Cass. civ., 11 marzo 1997, n. 2171, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 381 e in *De Jure*. Sulla facoltatività della tutela di cui all'art. 1516, Cass. civ., 26 marzo 1986, n. 2140, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 176 e ss; Cass. civ., 14 gennaio 1980, n. 355, in *Giust. civ. Mass.*, 1980. Il mancato esercizio di tale facoltà incide sull'onere probatorio assolvendo in ordine al danno subito: così, Cass. civ., 23 maggio 1985, n. 3109, in *Giust. civ. Mass.*, 1985; Cass. civ., 29 luglio 1983, n. 5222, in *Giust. civ. Mass.*, 1983. La prova del danno subito è dunque più onerosa se il compratore decide di acquistare direttamente da un terzo la cosa non consegnatagli: v. Cass. civ., 27 agosto 1990, n. 8840, in *De Jure*; Cass. civ., 30 maggio 2014, n. 12272, in *De Jure*.

fattispecie di risoluzione «di diritto» ex art. 1517⁴⁴ e alla «restituzione di cose non pagate» (art. 1519)⁴⁵.

La facoltatività di queste tutele, nel significato descritto, tocca da vicino il tema della *disponibilità*, anzitutto in un senso che è agevole determinare: in quanto facoltative esse sono per definizione *rinunciabili* da chi è titolare del diritto di esercitarle, che ne è l'arbitro, nel momento stesso in cui sceglie di valersene o meno.

Per quanto concerne la loro conformazione negoziale, si pone la questione della loro possibile *esclusione ex ante* per volontà dei contraenti, che consensualmente e nel rispetto delle forme eventualmente dovute, scegliessero di impedire (o di impedirsi) di invocare l'applicazione degli artt. 1513 e ss.: potrebbero farlo? Trascurando il *modo* in cui potrebbero volerlo – per es. mediante *abusi* di potere contrattuale a vario titolo incidenti sulla *formazione* del contratto oppure violando l'art. 1341⁴⁶ – vi sono ragioni che non consentono alle parti di (obbligarsi a) fare a meno delle *autotutele* previste nella vendita di mobili?

In passato la questione è stata influenzata, com'è corretto in termini teorici, dalla *natura* delle norme regolanti gli istituti medesimi, se di diritto *processuale* o *sostanziale*, essendo le prime, per comune considerazione, di *ordine pubblico* e perciò *irrinunciabili*⁴⁷.

⁴⁴ Che si tratti di una *facoltà* è implicito nel fatto che, ai sensi dell'art. 1517, co. 3, «il contraente che intende valersi della risoluzione disposta dal presente articolo deve darne comunicazione all'altra parte entro otto giorni dalla scadenza del termine; in mancanza della comunicazione si osservano le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento». Per un ultroneo riscontro giurisprudenziale, si v. Cass. civ., 31 gennaio 1949, n. 145, in *Rep. Foro it.*, 1949, voce *Vendita*, n. 243, secondo cui «La facoltà, di cui al primo comma dell'art. 1517, non è esclusa dal mancato esperimento di quella prevista nell'art. 1516». L'ipotesi considerata dall'art. 1517, co. 2, come si è osservato, non costituisce una fattispecie di inadempimento, offrendo tutela nei confronti di un *pericolo* di inadempimento futuro, sicché potrebbe al più trovare un termine di raffronto tra le norme di parte generale in quella di cui all'art. 1461 e, come si è sottolineato, nella disciplina della *mora credendi*, ipotesi le quali, tuttavia, è appena il caso di dirlo, *non* sono tali da produrre alcun effetto *risolutivo*, com'è invece nel caso dell'art. 1517, co. 2. Una piena *alternatività* tra tutele di pari efficacia si realizza, perciò, soltanto nel momento in cui si *consuma* il fatto di inadempimento *ex latere emptoris*, non prima. Ciò non toglie che anche quell'eccezionale potere risolutorio ascritto al compratore dall'art. 1517, co. 2, si atteggi a *facoltà*, senza che dal suo mancato esercizio derivino conseguenze pregiudizievoli in ordine alla applicazione delle altre tutele.

⁴⁵ Cfr. il principio di diritto affermato da Cass. civ., 12 giugno 1975, n. 2336, in *Mass. Giur. it.*, 1975, secondo cui «La *facoltà* del venditore di riprendere il possesso delle cose mobili vendute e non pagate, prevista dall'art. 1519, comma 1, c.c., può essere esercitata anche dopo la dichiarazione di fallimento del compratore ma alla condizione, evincibile dal 3° comma del citato articolo, che il venditore medesimo dimostri la conoscenza da parte dei creditori del compratore al momento della dichiarazione di fallimento, del mancato pagamento del prezzo», nonché Cass. civ., 5 marzo 1954, n. 635, cit., «L'art. 1519 c.c., concernente la restituzione delle cose non pagate, non prevede alcuna rivendicazione o risoluzione e, tanto meno, una *utilis reivindicatio*, ma contempla soltanto la *possibilità* che il venditore eserciti, qualora ricorrono le condizioni in esso menzionate, un'azione personale per ottenere dal compratore o da chi per lui la restituzione del possesso dei mobili venduti e non pagati, al fine di potere esercitare sui medesimi il diritto di ritenzione a garanzia del pagamento del prezzo». Il punto, per la verità sottinteso, ricorre espressamente nella motivazione di Trib. Catania, 27 maggio 2016, n. 2989, in *De Jure*, ove si dice che la norma in esame «appronta infatti una speciale forma di tutela consistente per l'appunto nella *facoltà* per il venditore rimasto impagato di ripristinare il possesso perduto».

⁴⁶ Sempreché si ritrovi nella fattispecie dell'art. 1341 una possibile qualificazione di questi istituti, il che non pare immediato. Qualche cenno, *infra* nel testo.

⁴⁷ In questo senso, con speciale riguardo alla c.d. vendita in danno di cui all'art. 68 c.comm., F. BOLCHINI, *La vendita per autorità del creditore nel diritto commerciale italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, p. 429 e ss.; spec. p. 455 e ss., secondo cui (*ivi*, p. 458) «quando il legislatore, seguendo l'evoluzione storica di tutto il sistema esecutivo, vide l'opportunità di intervenire in un dato caso, anche fuori dalla legge processuale, a dettare norme per disciplinare le modalità secondo cui il creditore può disporre della cosa del debitore a scopo di soddisfacimento del proprio credito, queste norme debbono, salvo contraria dichiarazione di legge, essere

Questa lettura, tuttavia, può servire per indirizzare chi voglia comprendere se le regole *procedurali* previste dalla disciplina di legge possano essere sovvertite per volontà dei contraenti – il che sembra da escludere sol considerando le rilevanti eccezioni che queste tutele comportano – ma appare poco orientativa di fronte alla conformazione negoziale che qui si è prospettata, e cioè dinanzi all’ipotesi della *rinuncia* a valersi di questi particolari istituti, *convenuta* dalle parti nel regolamento negoziale⁴⁸. È peraltro normale impostare il tema (non sempre coincidente ma finitimo) della possibile *rinuncia ex ante* a diritti futuri guardando ai limiti di *ordine pubblico*, espressi o meno, che potrebbero condizionarla e precluderla⁴⁹.

Nel caso in esame si deve muovere dalla considerazione che gli istituti di cui agli art. 1513 e ss. rappresentano strumenti a) di *autotutela*, per lo più *diretta* ogniqualvolta non richiedano per il loro funzionamento alcuna attività giurisdizionale⁵⁰ e b) soprattutto, *facoltativi*, nei significati sopra ricostruiti.

considerate quali guarentigie di diritto pubblico, in cui il vantaggio del creditore è contemperato colla tutela del debitore e della pubblica fede; epperò per norme le quali in tutto quanto riguarda questa finalità legislativa, non sono derogabili per volontà delle parti». Da segnalare che questo A. teorizza l’esistenza della «categoria generale dei *mezzi esecutivi*, di quegli istituti cioè che lo stato offre in facoltà al creditore di effettuare perché sia a questi assicurato, sul patrimonio del debitore, il conseguimento del bene garantito dalla legge, o di una utilità economica corrispondente» (così F. BOLCHINI, *Op. cit.*, p. 454, corsivo dell’A.), annoverandovi quale «prima e fondamentale tutela» la «legge commissoria tacita», e cioè la risoluzione per inadempimento (*ivi*, p. 453), e a seguire tutti gli altri mezzi *speciali* di tutela, tra cui la vendita in danno *ex art. 68 c.comm.*, distinti dalla esecuzione forzata propriamente detta, ma ad essa accomunati sotto la medesima e più generale categoria dei *mezzi esecutivi*.

⁴⁸ V. infatti i dubbi di T. ASCARELLI, *Sulla derogabilità delle forme di cui all’art. 363 cod. comm.*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, p. 33 e ss., il quale, pur muovendo dall’idea della natura processualistica e pubblicistica della vendita in danno, ritenuta un mezzo esecutivo – soluzione poi dallo stesso A. superata: cfr. ID. (T.A.), nota a Cass. civ., 17 novembre 1931, in *Foro it.*, 1932, I, c. 93, secondo cui «nell’art. 68 cod. comm. la legge non sancisce già una forma di realizzazione del diritto del creditore sui beni del debitore, ma la possibilità pel creditore di ritenere *ipso jure* risolto il contratto e pertanto di acquistare o vendere la merce altrimenti che al primo contraente» – sembra ammettere cautamente la «rinunciabilità» convenzionale dell’art. 68 c.comm., poiché esso è «un mezzo esecutivo *concorrente* con altri e innanzi tutto con la esecuzione ordinaria per la realizzazione del diritto del creditore» (corsivo aggiunto), e, pur pronunciandosi per la sua inderogabilità, conclude opinando che un’analisi dello scopo di questi patti di *rinuncia* «nel primo dei due casi suddistinti (quello *ex art. 68 c.comm.*, NdR) potrebbe forse portare ad una diversa soluzione», così T. ASCARELLI, *Sulla derogabilità*, cit., pp. 34-35.

⁴⁹ Per un esempio, S. LESSONA, *Essai d’une théorie générale de la renonciation en droit civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1912, p. 364 e ss. Per un più ampio inquadramento della questione, distinguendo diritti *futuri* (e relativa *rinuncia*) da diritti *attuali* (quale quello alla garanzia per evizione), si v. le utili indicazioni di G. SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I agg., Torino, 2014.

⁵⁰ Nel lessico più consueto l’autotutela è *diretta* per definizione – v. ad es. C.M. BIANCA, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, p. 139, nella parte in cui rileva che «la vendita e la compera in danno sono strumenti di autotutela in quanto sono attuate in via diretta dal privato senza l’intervento dell’autorità giudiziaria», nonché nella nozione individuata in principio da E. BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529, «una tutela del proprio interesse operata direttamente dallo stesso interessato (autotutela)». – sicché la formula «autotutela diretta» apparirebbe un’endiadi. Ne è consapevole anche SALV. ROMANO, *Vendita*, cit., p. 254, il quale tuttavia ritiene che «una diversa concezione può essere fondata nella sfera privata: in questa sede, ci limitiamo a considerare i poteri di autotutela come spettanti al privato anche nei casi in cui l’esercizio di essi avviene sotto il controllo di legittimità e di merito degli organi giurisdizionali dello Stato» (v. *supra*, n. 7). In questo più ampio significato di autotutela – un ulteriore rif. in C.M. BIANCA, *Op. ult. cit.*, p. 131, n. 15 – ove essa è anche una *fase* nella quale le parti, ancora prima che sorga una lite, possono ricercare formule conciliative e ritornare sui poteri esecutivi esercitati, oltreché esercitarne di nuovi (così, SALV. ROMANO, *Op. ult. cit.*, p. 272), si può collocare un istituto quale quello regolato dall’art. 1513 che, malgrado il carattere giudiziale e processuale, risponde a quelle esigenze e si spiega in una logica di pre-costituzione della prova con funzione eventualmente conciliativa, anche in relazione ai vizi e difetti qualitativi. Cfr., sul tema, G.

L'*autotutela*, o meglio l'idea che esprime, mette in risalto la più stretta connessione fra l'*interesse* salvaguardato dalla norma e il *soggetto* che ne è titolare e può realizzarlo in *autonomia*, secondo proprie valutazioni che reagiscono alle circostanze di fatto (e specialmente di *tempo*), nelle quali quell'*interesse* si manifesta. La *facoltatività* comporta che ciascuno degli istituti regolati dagli artt. 1513 e ss. soddisfi bisogni di tutela parimenti serviti, sia pure con efficacia diversa, da *altre* tutele, dalle quali differiscono per particolari e più celeri *procedimenti*, un tempo appannaggio del solo contraente commerciale: muta, insomma, il *quomodo*, non l'*an* dei mezzi di difesa attribuiti al creditore in quanto *venditore* o *compratore* di beni mobili.

Ciò dovrebbe indurre a credere che – fintantoché la facoltatività delle tutele, intesa quale *alternatività* degli strumenti a disposizione del contraente, sia *in concreto* assicurata alla parte interessata e questa non si trovi per *fatto imputabile* all'altra o per sua *malafede* nell'impossibilità di utilizzare tutele alternative⁵¹ – una rinuncia *preventiva, validamente convenuta*, ad avvalersi degli istituti agli artt. 1513 e ss., sia *ammissibile*.

6.1. Segue. I limiti di derogabilità delle autotutele: il modello della clausola *solve et repete*

Un forte argomento a sostegno della soluzione proposta nel § precedente può trarsi dalla disciplina, contenuta nell'art. 1462, della clausola *solve et repete*, anch'essa «una forma di autotutela, perfettamente lecita, che può farsi rientrare nell'ambito dell'autonomia contrattuale *ex art. 1322*»⁵². Con quella clausola, peraltro storicamente proveniente dall'esperienza pragmatica dei contratti commerciali⁵³, e che nella disciplina della vendita (su documenti) trova una ulteriore tipizzazione entro la fattispecie di cui all'art. 1528, co. 2⁵⁴, le parti intervengono sulla dinamica temporale dell'esecuzione di un contratto sinallagmatico, *posticipando* l'eventuale proposizione di eccezioni *ex latere debitoris* al previo

GORLA, *Azione redibitoria*, cit., p. 882, che parla di particolare mezzo probatorio dato alle parti «che non concerne soltanto i vizi redibitori, ma in genere ogni accertamento delle condizioni della cosa»; sul punto già C. VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., n. 1666, p. 155, con riferimento all'art. 71 del Codice di commercio (antecedente dell'art. 1513 c.c.), il quale «è un provvedimento processuale d'indole generale, che si applica ogniqualvolta vi sia necessità di accertare speditamente l'identità e lo stato delle merci». Infine, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 199, pur riferendosi agli «speciali strumenti di autotutela di cui all'art. 1513 ss.», definisce la norma di cui all'art. 1513 «priva di un autonomo contenuto precettivo» (*ivi*, p. 406), il che non sembra corretto almeno per quanto concerne l'ultima parte del I comma dell'art. 1513 e il suo capoverso.

⁵¹ Specificamente *corrispondenti* al bisogno di tutela assicurato dalla autotutela in tesi rinunciata. Chiaramente, queste tutele *alternative* possono anche essere di *elaborazione convenzionale*.

⁵² Così, E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., *sub art.* 1462, p. 861.

⁵³ In argomento, C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1255 e ss.; D. POLETTI, *Sub art. 1462*, in *Dei contratti in generale. Artt. 1425-1469 bis. Leggi collegate*, a cura di E. Navarretta – A. Orestano, nel *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 524 e ss. Ma E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., *sub art.* 1462, p. 861, n. 1, ricorda che «il patto del «s. et r.» è penetrato nella pratica per imitazione dell'analogo istituto del diritto tributario, dal quale però differisce tanto nei presupposti che nell'efficacia». I riferimenti alla applicazione del patto del *solve et repete* nel diritto tributario si colgono nella vicenda decisa da Cass. civ., Sez. un., 27 maggio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, c. 1617 e ss. L'istituto, regolato dall'art. 6, co. 2, della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, è stato dichiarato incostituzionale da Corte cost., 24-31 marzo 1961, n. 21 (rel. N. Jaeger), in *Foro it.*, 1962, I, c. 561.

⁵⁴ *Amplius*, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., pp. 419-421.

adempimento di questi, con il limite delle eccezioni di nullità, annullabilità e rescindibilità, sempre proponibili, (art. 1462, co. 1), e salvo in ogni caso il potere del giudice, che ravvisi gravi ragioni, di «sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione» (art. 1462, co. 2).

Da questa importante disposizione *ricognitiva* (della validità) di una *clausola*, la quale, come si è detto con molto fondamento, «si colloca decisamente sul versante dell'autonomia privata, dell'individuazione dei suoi contenuti e dei suoi limiti»⁵⁵, e dalle norme che essa esprime, si ricavano preziose indicazioni circa la rinunciabilità delle nostre autotutele.

1) Ciò che attiene alla *esecuzione* del contratto è *disponibile*, in questo caso *differibile*, cioè postergabile all'adempimento della prestazione dovuta; mentre è *indisponibile*, perché *indifferibile*, quanto attiene alla *validità* del titolo, e più in generale al momento *genetico* del contratto, o, meglio, delle *obbligazioni* da esso nascenti⁵⁶ (la clausola *solve et repete* si ritiene inefficace con riguardo alle eccezioni di estinzione dell'obbligazione per novazione, remissione, compensazione, pagamento impossibilità sopravvenuta, prescrizione, *etc.*⁵⁷); il piano dell'esecuzione e dell'adempimento è il *regno* della disponibilità pattizia.

2) Primo limite invalicabile del patto *solve et repete* è dato dalla *buona fede* di chi intende valersene, sicché la clausola non può operare ogniqualvolta il beneficiario approfitti *slealmente* in danno dell'onerato del vantaggio che essa gli assegna. Tanto emerge già dalla limitazione legale in relazione alle eccezioni concernenti la validità del titolo (nullità, annullabilità e rescissione) – il cui divieto anche temporaneo di invocarle «difficilmente potrebbe sottrarsi ad una probabile valutazione di slealtà»⁵⁸, specialmente con riferimento

⁵⁵ A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462, ne Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, p. 113.

⁵⁶ Cfr. Cass. civ., 27 febbraio 1995, n. 2227, in *Corr. giu.*, 1995, p. 835 e ss., in motivazione, ove ricorda che «la clausola limitativa prevista dall'art. 1462 c.c. è destinata ad operare solo sul piano dell'adempimento». L'affermazione riecheggia quanto si legge nella Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale del 1941, al n. 240: «La clausola deve, perciò, operare sul solo terreno dell'adempimento; può cioè, essere legittima solamente quando subordina all'adempimento di una delle parti l'esercizio dei diritti *derivanti dall'inadempimento dell'altro contraente*» (corsivo aggiunto).

⁵⁷ Riff. in D. POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., p. 532 e ss.; C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, cit., p. 1259 e ss.; E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., *sub art. 1462*, p. 863.

⁵⁸ A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 130. Uno spunto in tal senso anche nella Relazione del Guardasigilli al Codice Civile, n. 662. Il nesso fra buona fede e validità emerge in materia di fideiussione, nella cui giurisprudenza si legge che «in presenza della c.d. clausola di "solve et repete" il garante può far valere le eccezioni inerenti direttamente al contratto di fideiussione, quelle relative all'invalidità dello stesso, quelle concernenti la contrarietà del comportamento del beneficiario ai principi di correttezza e buona fede e, infine, quelle relative alla nullità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale», così Cass. civ., 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1621 e ss. Sulla tendenziale sovrapposibilità del giudizio di buona fede a quello di validità nel contratto di fideiussione, si v., volendo, per alcuni spunti, E. PESCE, *Gli itinerari della buona fede secondo Stefano Rodotà*, in *Pol. dir.*, 2019, p. 131 e ss., spec. pp. 138-139.

alla rescissione⁵⁹ – ma trova forse maggior riconoscimento ai fini dell'applicazione di quanto previsto dall'art. 1462, co. 2⁶⁰;

3) e dunque dalla regola che attribuisce al giudice il potere di *disapplicare* la clausola neutralizzandone gli effetti, eventualmente imponendo una cauzione, quando lo richiedano «*gravi motivi*», entro i quali già la *mens legis* poneva la *malafede* del beneficiario⁶¹, e ove sono poi stati annoverati, oltre ad essa, il *dolo*⁶² e l'*inadempimento sostanziale*⁶³ del contraente a favore del quale la clausola è stata stipulata (ma sull'inadempimento è bene distinguere e precisare⁶⁴).

⁵⁹ Perspicacemente, E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., sub art. 1462, p. 863, n. 5: «la ragione per la quale l'eccezione di rescissione è opponibile, anche se contrattualmente esclusa, va ricercata nello speciale carattere che hanno in sé le cause della rescindibilità del contratto (pericolo attuale di danno grave per un contraente, stato di bisogno in cui esso si trova e correlativo sfruttamento di tale stato di cose da parte dell'altro contraente) le quali implicano sempre *mala fede* in colui che di tale di stato di cose ha approfittato per trarne egoistico vantaggio».

⁶⁰ In quest'ordine di idee, A. LENER, nota a Cass. civ., 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2622, nonché, ampiamente, D. POLETTI, Sub art. 1462, cit., p. 536, secondo cui «il capoverso dell'art. 1462 c.c. attribuisce al giudice un incisivo potere di controllo – fondato sulla buona fede oggettiva – sull'impiego di una clausola rispettosa dei limiti di liceità (...). Tale disposto ha costituito una precorritrice espressione, in origine non compresa, dei limiti posti all'autonoma negoziale e del controllo giudiziale relativo al contratto. (...) Una considerazione a stregua di buona fede (oggettiva, non soggettiva, come il riferimento al contegno doloso del soggetto attivo del *solve* ha a lungo indotto a pensare) non permette l'individuazione *a priori* delle cause di sospensione ma consente la repressione di ipotesi di sostanziale abuso del patto, dinanzi a circostanze del caso concreto che, valutate *ex post*, denotino la sostanziale slealtà di colui che ne invoca l'applicazione».

⁶¹ Sul punto è chiarissima la Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale, n. 220, cit., secondo cui «l'art. 260 (oggi 1462, NdR), del resto, reca nel suo capoverso notevoli limitazioni all'opponibilità del patto. Esso non deve applicarsi dal giudice quando la parte, avvalendosi, offende il principio della buona fede che deve dominare la condotta di entrambi i contraenti nella esecuzione dei contratti: così non deve ammetterne l'effetto né quando si chiede la prestazione in stato di insolvenza, né se l'inadempimento della parte che lo invoca è stato eliminato. Ancora una volta si potenziano i poteri del giudice, chiamandolo a fare una ricerca penetrante, per ristabilire la lealtà contrattuale turbata dall'azione di una delle parti», ripresa dalla Relazione al Codice Civile, n. 662, nella parte in cui osserva che «nell'ipotesi in cui ha pieno effetto, la clausola non deve servire a preordinare un'autotutela quando motivi gravi inducono a ritenere che ciò sia esorbitante». Invita a guardare al limite della buona fede «nella più moderna dimensione oggettiva», osservando che «non può bastare che il soggetto passivo del *solve* genericamente faccia appello alla violazione della correttezza, dovendo piuttosto dare pronta dimostrazione di fatti dai quali il giudice possa trarre convinzione circa l'esistenza di motivi sufficientemente gravi per giustificare la sospensione della condanna», A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 140-141.

⁶² Si v. i riferimenti in E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., sub art. 1462, p. 864, e n. 2. A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 140 e n. 78, ricorda «una terminologia rinvenibile in un'antica giurisprudenza», che parla di «un atteggiamento sostanzialmente «manifestamente malizioso», che non può trovare né giustificazione né, tantomeno, copertura». La formula compare in Cass. civ., 27 giugno 1939, n. 2219, in *Foro it.*, 1939, I, c. 1557, ad avviso della quale la clausola «non può in alcun caso legittimare, sia pure temporaneamente, un comportamento manifestamente malizioso del contraente a cui favore è stata consentita, e ciò per l'ovvia considerazione che i contraenti debbono essere eseguiti secondo i dettami della buona fede». Il *dictum* si ritrova in Cass. civ., 6 febbraio 1947, n. 133, in *Foro it.*, 1947, I, c. 281, nonché in *Giur. it.*, 1947, I, c. 423 e ss., con nota di G. Auletta, secondo la quale nella specie non ricorreva «né il contegno doloso né l'inadempimento del venditore, rispetto alle quali circostanze occorrono accertamenti ed indagini»; Trib. Verona, 22 novembre 1971, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Contratto in genere*, n. 301.

⁶³ Cass. civ., 6 giugno 1942, n. 1570, in *Foro it.*, 1942, I, c. 966 e ss.; Cass. civ., 27 giugno 1939, n. 2219, cit., in massima.

⁶⁴ Per Cass. civ., 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro it.*, 1982, I, c. 698 e ss., con nota di S. Di Paola, «il patto “*solve et repete*” può venire utilizzato dal contraente solo se da parte sua vi sia stato adempimento, pur se irregolare, e non già nel caso di inadempimento in senso stretto; pertanto, ove un contratto di appalto preveda simultaneamente la clausola di pagamento a “*fine lavori*” e il patto “*solve et repete*”, quest'ultimo potrà essere

Queste condizioni, valendo per la clausola *solve et repete*, possono rappresentare i limiti di ammissibilità della rinuncia convenzionale alle autotutele della vendita mobiliare, che si atteggia, nella modulazione del rapporto, in una forma analoga a quella del patto disciplinato dall'art. 1462. A ben vedere, si tratta anch'essa di una limitazione in ordine all'esercizio di eccezioni, da intendersi, come d'altronde si usa fare in tema di *solve et repete*, non già in senso tecnico e rigoroso ma ricomprendendovi tutte le difese che il contraente potrebbe azionare per reagire all'inadempimento altrui⁶⁵; riferimento all'eccezioni che

azionato solo quando i lavori siano realmente ultimati, anche se con vizi o difformità (nella specie, è stata cassata la sentenza di merito che aveva ommesso di indagare se i lavori da eseguire dopo un periodo di sospensione fossero destinati esclusivamente all'eliminazione dei vizi o costituissero il compimento della prestazione non eseguita, ritenendo in ogni caso efficace il patto in questione)». Nella motivazione, la sentenza osserva che «è degno di tutela, pertanto, l'interesse di chi, avendo eseguito la prestazione, richieda, in base alla clausola (s. et r., NdR), il pagamento immediato del prezzo. Non è degno di tutela, invece, l'interesse di chi pretenda, sempre in base alla clausola, il corrispettivo senza avere eseguito, in tutto o in parte, la prestazione». Tuttavia, la distinzione tra «inadempimento in senso stretto» e «adempimento irregolare», che significa sostanzialmente limitare l'operatività della clausola *solve et repete* nei confronti della sola *exceptio non rite adimpleti contractus* e non della *exceptio inadimplenti contractus*, affermata in termini generali da Cass. civ. 6406/1981 nonché da altra giurisprudenza e da alcuni autori, è criticabile per le ragioni indicate da A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 132-134, nonché, tra gli altri, da D. POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., pp. 534-535. In particolare, come chiarisce, sistemando molteplici opinioni, C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, cit., p. 1261 e ss. e spec., n. 47, se il beneficiario della clausola è tenuto ad adempiere per primo, non potrebbe invocare il *solve et repete* senza aver dal canto suo adempiuto: in mancanza, l'onere non dovrebbe *solvere* semplicemente perché la sua prestazione non sarebbe esigibile, fintantoché non sia eseguita quella dell'altro contraente, e non dovrebbe sollevare alcuna eccezione per *liberarsi* dalla propria prestazione, nemmeno quella di inadempimento, ma soltanto richiamarsi ai *termini* previsti nel contratto. Al contempo, se il beneficiario della clausola è tenuto ad adempiere per secondo, non gli serve valersi della clausola per pretendere il previo adempimento altrui, sicché il convenuto non potrebbe reagire con l'eccezione di inadempimento, non già in ragione della clausola *solve et repete* ma perché non vi sarebbe il fatto costitutivo dell'inadempimento altrui che giustificerebbe il ricorso all'art. 1460. Conclude perciò l'A. (*ivi*, p. 1262) che, con riguardo al caso di prestazioni *contestuali*, l'unico ove l'eccezione di inadempimento potrebbe effettivamente condizionare l'operatività della clausola *solve et repete*, «il legislatore, nel qualificare meritevole di tutela l'interesse del creditore di conseguire la prestazione mediante la condanna dell'*excipiens* al pagamento senza esame delle eccezioni, ha lasciato al giudice tutte le valutazioni di fatto circa la sussistenza di motivi che rendano non più degna di tutela giuridica la posizione del soggetto attivo della clausola. Il che lascia anche intendere che il mancato adempimento dell'attore non può essere considerato *ex se* motivo grave ai sensi del comma 2 dell'art. 1462». Questa impostazione era stata tracciata in giurisprudenza da Cass. civ., 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2621 e ss., con nota di A. Lener. Peraltro, secondo l'opinione da ultimo riferita, nel caso deciso da Cass. civ., 3 dicembre 1981, n. 6406, cit., la limitazione del *solve* alla sola *exceptio non rite* sarebbe stata frutto di una specifica previsione pattizia pienamente ammissibile – da cui però la sentenza avrebbe tratto una sovrabbondante affermazione di principio – avendo le parti combinato detta clausola (il cui tenore, come riportato dalla decisione, sarebbe stato il seguente: «il corrispettivo della prestazione ultimata è esigibile nonostante la denuncia di vizi da parte del committente»), con un patto di pagamento «a fine lavori» da parte del committente, in relazione ad un contratto, quale l'appalto, che prevede *ex sua natura* termini diversi per l'adempimento (arg. ex art. 1460, co. 1, ultima parte): v. C. MIRAGLIA, *Op. ult. cit.*, p. 1262.

⁶⁵ Per A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 117, in forza della clausola, «prima l'eccezione deve adempiere e solo successivamente può far valere azioni ed eccezioni utili a ripetere quanto pagato» (corsivo aggiunto). D. POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., pp. 540-541, più cautamente, segnala che si tratterebbe di una «ipotesi «spuria» di *solve et repete*. A differenza di questo patto, che mira a rafforzare l'adempimento, la rinuncia alle azioni costituisce infatti un mezzo per costringere la parte onerata a una prestazione verso chi sia già inadempiente e i termini del problema si appuntano, più in generale, sulla possibilità dell'autonomia negoziale privata di elaborare validamente clausole pattizie dirette a escludere o limitare la proponibilità di azioni, specie se correlate all'altrui inadempimento». Per E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., *sub art. 1462*, p. 862, «sono eccezioni di diritto sostanziale quei poteri spettanti al soggetto passivo di rapporti giuridici materiali e rivolti, a scopo di difesa, ad impugnare il diritto del soggetto attivo di essi. Prendono il nome di eccezioni in virtù della forma in cui normalmente essi vengono esercitati: normalmente, ma non

potrebbe rilevare anche ai fini dell'art. 1341, ad intendere, non senza esitazioni, una simile operazione come interpretazione estensiva e non quale applicazione analogica, impraticabile nei confronti dell'art. 1341. E vi è di più: in molti casi sono le parti stesse a costruire clausole *solve et repete* nelle quali è *esplicito* e *voluta* il riferimento alle *azioni*, e non solo alle eccezioni, che il soggetto gravato potrebbe proporre, il cui esercizio viene invece condizionato e sospeso per effetto di esse. La giurisprudenza che ha avuto occasione di esaminare simili pattuizioni non ne ha messo in discussione la validità⁶⁶.

Si sbaglierebbe d'altronde a pensare che la clausola *solve et repete* rivesta una mera efficacia *suspensiva* delle tutele esperibili dall'*excipiens*. Vi sono infatti difese che *muoiono* per effetto del *solve* e non possono essere più attivate nemmeno dopo che l'onerato abbia adempiuto: è il caso della risoluzione *re adhuc integra*, della stessa eccezione di inadempimento, della sospensione della prestazione ai sensi dell'art. 1461 e della ritenzione. Per esse – e soprattutto per la risoluzione *re adhuc integra*, fra tutti gli istituti menzionati

necessariamente, in quanto essi possono essere esercitati anche in via di azione, nonché in via stragiudiziale» (corsivo dell'A.). In giurisprudenza, Cass. civ., 6 febbraio 1947, n. 133, cit., c. 281, secondo cui la clausola *s. et r.* consiste «in un temporaneo impedimento della proposizione di *azioni* e di eccezioni (improcedibilità) volte a giustificare il mancato pagamento a causa della inadempienza della parte a cui favore la clausola fu stipulata (*inadimplenti non est adimplendum*), di modo che questa ha, per intanto, diritto di chiedere ed ottenere il pagamento e l'altro contraente potrà far valere le sue *azioni* ed eccezioni solo dopo avere eseguita la sua prestazione» (corsivi aggiunti). Analogamente, Cass. civ., 22 giugno 1978, n. 3088, in *Vita not.*, 1978, p. 477 e ss. Ma anche Cass. civ., 5 ottobre 1976, n. 3272, cit., c. 2629, ad avviso della quale l'operatività della clausola «deve estendersi fino a comprendere il divieto imposto (al soggetto gravato) di promuovere azioni intese ad ottenere l'adempimento della controparte, prima di eseguire la propria prestazione (...). Se si dovesse escludere, fondandosi sul mero elemento lessicale dell'art. 1462, che si possa vietare a quest'ultimo di proporre azioni nel senso indicato, non si riuscirebbe a comprendere la ragione per la quale si riconosce che sono precluse allo stesso le domande riconvenzionali, le quali sono vere e proprie domande del convenuto e non semplici eccezioni». In questo stesso senso anche C. LUCCHI, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, num. 5: «persino nel caso in cui il contraente sfavorito agisca in via principale, per primo, l'altro contraente può chiedere riconvenzionalmente (egli stavolta) il pagamento dovutogli in via prioritaria grazie al *solve et repete*». *Contra*, C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, cit., p. 1265, sul presupposto che la «reattività» all'inadempimento altrui costituisca «il presupposto irrinunciabile per l'attivazione del patto» ed invocando la lettera dell'art. 1341: «il silenzio del legislatore circa la necessità di approvare specificamente per iscritto le clausole limitative della proponibilità di azioni, che sono certamente più onerose di quelle che impediscono la procedibilità delle eccezioni, non può che essere interpretato come corollario della loro invalidità» Quest'ultima affermazione, mutuata fedelmente da G. AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola «solve et repete» nei suoi vari tipi*, in *Giur. it.*, 1947, I, cc. 427-428, ripropone però una petizione di principio dell'illustre A., secondo cui sarebbero invalide le *rinunce convenzionali* alle *azioni*, e in particolare alla risoluzione del contratto, della cui inderogabilità G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 489 e ss. è stato il più autorevole assertore. La pretesa invalidità delle rinunce ad azioni è smentita, a tacer d'altro, dalle norme riguardanti la modificazione e l'esclusione convenzionale delle garanzie contro l'evizione e i vizi nella vendita, e cioè delle azioni che da esse derivano, ampiamente disaminate *supra*. E poi l'art. 1229 non esprime forse un limite applicabile indifferentemente alle eccezioni e alle azioni? Si v., per tutti, C. MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008, p. 16 e ss., spec. pp. 21-23, per una classificazione delle varie clausole di irresponsabilità soggette all'art. 1229.

⁶⁶ Così, Cass. civ., 5 ottobre 1976, n. 3272, cit., che la riporta a c. 2627 («nessuna contestazione può essere promossa né in via di azione né in via di eccezione se prima non è stato effettuato il pagamento delle rate scadute; il committente non può nemmeno proseguire la sua eccezione od eccezione se non dopo pagate le rate che vengono a scadere in corso di giudizio»). Nello stesso senso, a quanto è dato di comprendere, Cass. civ., 6 febbraio 1947, n. 133, cit.; Trib. Verona, 22 novembre 1971, cit.

quello più travolgente in quanto veicolo di *inefficacia successiva* (e *definitiva*) del contratto⁶⁷ – si può dire che il patto *solvo et repete* costituisca «un negozio vero e proprio di rinuncia»⁶⁸.

Il raffronto tra la esclusione o limitazione delle autotutele di cui agli artt. 1513 e ss. e l'autotutela regolata dall'art. 1462 (che è essa stessa una *esclusione* o *limitazione* di *altre* tutele, una *meta-tutela*), si può dunque assestare *anche* sul terreno comune della possibile efficacia *abdicativa*, in quanto entrambe possono condurre a *rinunce definitive* all'esercizio di diritti o poteri *sul* contratto nascenti dalla legge.

6.2. Segue. Un altro (possibile) ordine di limiti: la «ragionevolezza» della rinuncia convenzionale alle autotutele

Si sono visti i *limiti* intrinseci all'impiego della clausola *solvo et repete*, i quali, per le segnalate corrispondenze con la natura e il *modus operandi* delle autotutele della vendita mobiliare, possono assolvere la stessa funzione nei riguardi di queste ultime.

Ma non si può escludere che un controllo sulla derogabilità si svolga anche dal diverso angolo visuale della *causa* del contratto: un controllo rivolto al senso ultimo ed effettivo di una data operazione contrattuale, p. es. di vendita, magari collegata, com'è assai frequente in molti settori merceologici, ad *altri contratti*, di finanziamento o di garanzia, col regolamento dei quali si combina integrandosi.

Si potrebbe infatti offrire una giustificazione più forte alla rinuncia convenzionale e preventiva del contraente ad avvalersi delle tutele normalmente disponibili e/o alle maggiori difficoltà che quelle rinunce gli arrecano sul piano operativo, guardando agli altri *vantaggi* che questi ritrae dal regolamento *complessivo* dell'operazione. Vantaggi «in forma specifica», e cioè consistenti nella attribuzione di *altre* tutele, economicamente apprezzabili, anche riferite al rapporto contrattuale collegato; oppure «per equivalente», sotto forma di *indennizzi* o *compensazioni* volti a remunerare rinunce legittimamente accettate. Ma potrebbero anche entrare nella valutazione veri e propri *diritti* contrattualmente riconosciuti al rinunciante, e cioè *pretese* ad ottenere *prestazioni* (non somme di denaro) dal beneficiario della rinuncia, i quali, contribuendo a definire l'entità e l'incidenza dei rischi tra le parti,

⁶⁷ V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 370 e ss.

⁶⁸ Così, E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., sub art. 1453, p. 816; sub art. 1462, p. 865, cui si deve (*ivi*, pp. 864-865) questa importante distinzione fra eccezioni (e azioni) di diritto sostanziale: a) *rinunciate* per effetto del *solvo et repete* e b) il cui esercizio sia soltanto *sospensivamente condizionato* al previo adempimento dell'*excipiens*, per l'effetto del *solvo*. Attribuisce grande valore al possibile effetto abdicativo della clausola di cui all'art. 1462, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., p. 38 e ss., con riferimento alla risoluzione *re adhuc integra*, da lui ritenuta (*ivi*, p. 38) «il prototipo della risoluzione intesa quale strumento di tutela e garanzia del contraente fedele e come tale (...) irrinunciabile, perché pretesa espressione di principi inderogabili». Conclude l'A. (*ivi*, p. 40), che, applicandosi la clausola, «dopo aver prestato (e lo dovrà fare per effetto del patto), il contraente fedele potrà, al più, agire secondo il modello della risoluzione accoppiata all'azione di restituzione: per effetto della clausola si verserà dunque inevitabilmente in una ipotesi di risoluzione *re non integra*». I limiti di inderogabilità della risoluzione, «rinunciata» per effetto del *s. et r.*, sono individuati da F. DELFINI, *Op. cit.*, p. 41, in coerenza con l'impostazione generale del suo lavoro, essenzialmente, nella norma dell'art. 1229.

costituiscono elementi di riequilibrio del regolamento complessivo a vantaggio della parte che si spoglia delle tutele legali.

Un simile approccio è stato prospettato con riguardo alla disponibilità dei c.d. rimedi sinallagmatici, comprese le autotutele «di parte generale» (artt. 1460-1462), allo scopo di vagliare la loro esclusione o limitazione convenzionale⁶⁹.

Si tratta, come si è avvertito, di un angolo visuale, o forse più verosimilmente di un vero e proprio *piano ulteriore e distinto*, non necessariamente alternativo ma complementare, che guarda alla *ragionevolezza* dell'operazione contrattuale secondo criteri di funzionalità economica nel quadro della corrispettività⁷⁰, e di cui ci si può domandare se possa essere utilizzato per giudicare la validità delle deroghe convenzionali riguardanti le speciali autotutele della vendita mobiliare.

Nel caso della clausola *solve et repete*, ove vi è una fattispecie legale che *i*) attesta la validità della pattuizione entro alcuni (non esaustivi) limiti e *ii*) stabilisce cosa accade «nei casi in cui la clausola è efficace» (art. 1462, cpv.), attribuendo al giudice un potere di intervenire direttamente sul regolamento contrattuale e di sospendere (ma anche di espungere

⁶⁹ E. GABRIELLI, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, già in *Riv. dir. priv.*, 2016, e ora anche in ID., *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, p. 216, motiva l'ammissibilità di questo controllo sul presupposto che «se a fondamento della categoria (di contratti a prestazioni corrispettive, NdR) si accoglie non il principio della proporzione oggettiva tra i sacrifici affrontati dai contraenti, né quello dell'equivalenza soggettiva delle prestazioni scambiate, ma quello della libera determinazione da parte degli stessi della fissazione della misura dello scambio - le parti possono organizzare e modulare l'assetto dei loro interessi al fine di realizzare una distribuzione, all'interno dell'economia del contratto, del rischio dell'inadempimento coerente con le ragioni che ciascuna di loro pone a base della corrispettività delle prestazioni, indipendentemente da ogni altra valutazione». Spunti di notevole modernità in E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., sub art. 1462, p. 861, nonché sub art. 1453, n. 3, pp. 815-817, che vede la disponibilità delle tutele quale riflesso del potere delle parti di derogare all'incidenza dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione sull'obbligazione corrispettiva (c.d. problema del rischio e pericolo nelle obbligazioni, più volte incrociato *supra*), di cui all'art. 1463. Applicazioni giurisprudenziali, discutibili nel richiamo alla buona fede (v. *supra*, n. 58), ma improntate a quest'ordine di idee, ormai frequenti in quell'orientamento che nel mutuo di scopo (negozialmente collegato a un'operazione di vendita, spesso calata in un rapporto di consumo) afferma la nullità della clausola con cui il mutuatario rinuncia a far valere nei suoi rapporti con il mutuante l'eccezione di inadempimento del fornitore o altre eccezioni concernenti il rapporto di compravendita: così Cass. civ., 11 febbraio 2011, n. 3392, in *Contratti*, 2011, p. 994 e ss.; Cass. 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contratti*, 2012, p. 993 e ss., con nota di G. Caradonna; App. Perugia, 20 ottobre 2014, n. 598, in *fondazioneforensepg.it* che conferma la sentenza di primo grado la quale, in presenza di una simile clausola (di rinuncia del mutuatario a far valere nei confronti del mutuante qualunque doglianza avente ad oggetto il contratto di compravendita concluso col fornitore), aveva dichiarato risolto il mutuo in conseguenza della risoluzione per inadempimento della vendita, «per essere venuto meno lo scopo stesso del contratto di mutuo» (soluzione che riecheggia la norma di cui all'art. 125-*quinquies*, co. 1, D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 "T.U.B" in ipotesi di «credito ai consumatori»). Su questa giurisprudenza, e sui problemi che solleva, si v. F. BARTOLINI, *Strutture contrattuali complesse. Problemi della trilateralità nei contratti di finanziamento*, Napoli, 2019, p. 195 e ss.

⁷⁰ In un'accezione pressoché corrispondente, intende la ragionevolezza come un «riferimento alla (ricerca di una) «giustificazione» della scelta compiuta dai privati», A.M. BENEDETTI, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in ID. (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 115, con riguardo all'art. 7 del D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, che sancisce (anche dopo le modificazioni apportate dal D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192), la nullità delle clausole relative (*inter alia*) ai termini di pagamento «gravemente inique in danno del creditore». Sui significati della «ragionevolezza» in ambito contrattuale, v., da ultimo, N. LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enc. dir.*, ne I tematici: *Contratto*, Milano, 2021, p. 356 e ss.

definitivamente) il *solve*⁷¹, si può pensare che quell'ordine di valutazione sia superfluo, in quanto assorbito dal controllo giudiziale sulla *efficacia* della clausola⁷².

Nel contesto della vendita mobiliare, lo spazio per un controllo *aggiuntivo* di tipo causale cui sottoporre le clausole di esclusione o modulazione degli istituti di cui agli artt. 1513 e ss. sembra maggiore. Tuttavia, le considerazioni sulla loro natura di *autotutele* (nel senso sopra accolto), e, soprattutto, di strumenti *facoltativi* a disposizione di un contraente pur sempre protetto *contro ogni inadempimento dell'altro* (a patto che questi non glielo impedisca), evidenziano già l'esistenza, per lo meno *in nuce*, di criteri ordinanti una vera e propria valutazione *di natura causale*, che dovrebbero perciò indurre a riservare questo ulteriore *test* di corrispettività a casi non normali.

Tra questi si possono annoverare situazioni in cui l'esercizio della tutela alternativa si presenti particolarmente difficile, specialmente in punto prova del danno, o per l'*iter* procedimentale contrattualmente previsto per il suo concreto esercizio⁷³, oppure, con maggiore utilità, casi nei quali l'inservibilità delle tutele normali suppletive derivi non da fatti *imputabili* all'altra parte ma da pure circostanze di fatto non previste né prevedibili, il concorso delle quali produce l'effetto di lasciare il contraente *privo di qualsiasi tutela utile* di fronte all'inadempimento altrui. Qui, una valutazione oggettiva a tutto campo, che guardi alla *concreta ed effettiva* posizione della parte interessata in relazione ai vantaggi comunque conseguiti o conseguibili dal contratto, potrà se del caso *giustificare* in sede interpretativa un'operazione contrattuale altrimenti destinata, per come è stato congegnato *dalle parti* l'assetto delle tutele, ad essere ritenuta *irragionevole* o priva di causa sufficiente⁷⁴.

⁷¹ Corte cost., 7-12 novembre 1974 (rel. G. Astuti), n. 256, in *Foro it.*, 1974, I, c. 3261, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1462, in relazione agli artt. 3 e 24, co. 1 Cost., ha riconosciuto, tra l'altro, che le preoccupazioni del rimettente «circa la situazione di inferiorità del contraente meno abbiente di fronte a quello più facoltoso sono eliminate dalla considerazione dell'ampiezza del potere discrezionale che il legislatore ha attribuito al giudice con il secondo comma dello stesso art. 1462. Qualora riconosca la sussistenza di gravi motivi, il giudice può sempre sospendere la condanna, con o senza cauzione, nonostante la esistenza della clausola limitativa della proponibilità di eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta. Con questa disposizione il legislatore ha compiuto tutto quanto poteva per evitare che l'applicazione di tale clausola abbia mai a determinare effetti abnormi, iniqui, o gravemente lesivi della situazione di diritto o di fatto del contraente convenuto per l'adempimento: il giudice, nella libera valutazione del singolo caso concreto, potrà financo escludere l'applicazione della clausola, con una prudente decisione equitativa, prescindendo da ogni *rigor iuris* nell'apprezzamento della effettiva realtà del rapporto e della gravità delle rispettive inadempienze».

⁷² Così, A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 118, n. 12, il quale, poco oltre, tuttavia, esprime dubbi sulla effettiva vitalità del potere di cui all'art. 1462, co. 2, che «non riveste (già ora, né rivestirà in futuro) alcun significato concreto», sicché – conclude B. – «è prevedibile che il gioco delle autodifese contrattuali possa in futuro essere oggetto di una mutazione genetica, per l'operare di una buona fede egualitarista che finirà con il sottrarre sorti e funzionamento alle scelte rimesse all'autonomia delle parti contraenti» (*ivi*, p. 142).

⁷³ Ma in queste ipotesi potrebbe invocarsi il precetto dell'art. 2698 ancor prima di confrontarsi con la causa del contratto

⁷⁴ Su un versante diverso ma contiguo, A. DI MAJO, *Rimedi contrattuali*, in *Enc. dir.*, ne *I tematici: Contratto*, Milano, 2021, p. 1045, si domanda «se l'elemento, per così dire, "astrattizzante" della causa, in quanto riferita ad un rapporto sinallagmatico, considerato nella sua tipicità economico-sociale o, al limite, espressione di un interesse tipico "individuale", sia tale da rappresentare una efficace copertura di tutela per entrambe le parti contraenti, ove esse, approfittando dello spazio riservato dalla possibilità di stipulare accordi anche atipici o di utilizzare, pur nell'ambito del tipo, gli spazi lasciati aperti dalle norme di legge (art. 1322 c.c.), abbiano conformato operazioni contrattuali che manifestino disarmonie o squilibri, pur nel rispetto della causa "astrattizzante"». Secondo l'A. (*ivi*, p. 1047), «se l'uso della causa, considerata "in concreto", non espressa *telle quelle* nel perimetro della fattispecie, può spiegarsi in termini di rimedio, è domanda che merita una risposta

7. Dalle autotutele nella vendita mobiliare ad una certa idea di «rimedio»: ritorno all'origine dell'indagine

Si è provato sin qui di raccogliere dalle norme sulla vendita indicazioni sulla disponibilità pattizia degli effetti previsti *ex lege* in relazione a specifici *bisogni di tutela* che potrebbero manifestarsi durante l'*esecuzione* di un contratto di compravendita, cercando di proiettarle *oltre* il tipo, quali coordinate che dal materiale normativo *statuale* più vicino al rapporto sottostante, qual è la disciplina codicistica del tipo, possano orientare l'esercizio dell'autonomia privata dei contraenti sul versante delle tutele. Ma ci si era ripromessi (*supra*, cap. II) di scoprire se, nella disciplina del tipo, il linguaggio della legge desse spunti per comprendere meglio, in ambito contrattuale, il significato di *rimedio*, parola assente nel Codice italiano come in molti altri dei Codici continentali, soprattutto nel contesto di quella *prospettiva rimediale* dalla quale oggi sempre più si tende a guardare il diritto privato e il contratto.

Per la verità, questa prospettiva rimediale, per quanto suggestiva, tradisce una certa circolarità proprio quando viene calata sul contratto. Non è impropria o fuorviante ma, semplicemente, serve a poco; si limita a *descrivere* la dinamica contrattuale, senza offrire, a prima vista, risposte costruttive a problemi da essa emergenti. Può essere un modo per spiegare forme nuove introdotte dal legislatore nazionale o «europeo», o anche dalle raccolte di *soft Law*, allo scopo di dare risposta a bisogni di tutela prima trascurati. Si possono allora passare in rassegna «figure sintomatiche, presenti nella esperienza normativa o giurisprudenziale, tali da indurre a ravvisare in esse la *presenza* di una prospettiva e/o di un *approccio*, che non si lascia ricondurre a quel consueto circuito che, per una tradizione secolare, ha dominato lo scenario della tutela dei diritti⁷⁵»; ma, lo si comprende, si rimane pur sempre su un piano puramente *ricognitivo*, eccezion fatta, forse, in tema di buona fede⁷⁶,

positiva. Non è dunque da sorprendere una prospettiva rimediale sia tale da attribuire anche alla causa quella flessibilità, che la rende idonea a soddisfare il bisogno di tutela che non si rispecchia nella definizione «astrattizzante» della causa».

⁷⁵ Così, A. DI MAJO, *Op. ult. cit.*, p. 1041, corsivi aggiunti, che individua (*ivi*, p. 1044 e ss.) quali «figure sintomatiche» rimediali nel contesto del contratto, 1) il principio di buona fede, «destinato ad adeguare il contratto a bisogni di tutela, che, specie nella fase esecutiva del contratto, non possono essere previsti nel perimetro della fattispecie e dei suoi effetti (obbligatori) ma che vanno individuati *hic et nunc*» (p. 1045), nonché la causa considerata «in concreto» (v. *supra* nella n. prec.); 2) la formazione del contratto, mediante i c.d. recessi di pentimento previsti dalla disciplina speciale; 3) la nullità-rimedio, e cioè la nullità di protezione contrapposta alla nullità-sanzione; 4) la caducazione dei contratti nella disciplina delle fonti transnazionali in tema di restituzioni, «nel fatto che la restituzione ha natura di vero e proprio «rimedio» al dissolvimento del contratto, al quale non si applicano i principi delle obbligazioni (ad esempio estinzione dell'obbligazione per perimento fortuito della cosa da restituire) ma quelli contrattuali del sinallagma «a segno invertito»» (p. 1049); 5) la c.d. responsabilità contrattuale, che secondo l'A. «non è la più appropriata per rappresentare l'area coperta dalla tutela contrattuale» (p. 1050).

⁷⁶ E v. infatti gli stessi rilievi di D. MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 1, p. 18 e ss., ma muovendo dalla premessa che «in realtà, seguendo le dinamiche di tutela che l'ordinamento pone a servizio della prospettiva contrattuale, ci rendiamo conto che esse sono in sé *autosufficienti* e riflettono logiche che offrono pochi spazi rispetto a quella propria dell'indagine rimediale, poiché tutte – salvo qualche eccezione

le cui potenzialità applicative e adeguatrici del regolamento, va però riconosciuto, erano già state teorizzate ben prima che si affermasse il *linguaggio dei rimedi*.

Peraltro, un segno di questa minor presa della lettura rimediale sul contratto, in contrapposizione all'ambiente della *responsabilità civile*, vero «incubatore dei rimedi»⁷⁷, emerge dall'osservazione, che può sembrare un'*excusatio*, secondo la quale «il rimedio non intende certo sostituire le categorie del diritto sostanziale ma fornire (...) un piano “mobile” (di misure) di tutela ove i diritti o gli interessi rilevanti risultino insoddisfatti e/o gli obblighi inadempiti»⁷⁸.

Ma è nella riflessione dottrinale coltivata entro la stessa *common law*, da cui storicamente proviene la cultura dei rimedi, che si trovano le più forti critiche contro un uso largo e destabilizzante del paradigma rimediale, specie se applicato alla materia del contratto. Il punto era già stato colto dalla più autorevole comparatistica, che, guardando alla esperienza di tradizione inglese e francese, vi aveva visto storicamente l'espressione di due modelli in origine ben distinguibili – una *law of remedies* da una parte e una *law of rights* dall'altra – sottoposti, almeno a far data delle codificazioni continentali, a un graduale processo di mutuo *ravvicinamento*, destinato a integrare le due esperienze e a sintetizzarle entro un ordinamento capace di valorizzare le rispettive «qualità» nei diversi settori del diritto, alcuni dei quali più adatti di altri ad essere governati secondo il modello dei *remedies*. E proprio a questo proposito si osservava che «in the field of torts on the contrary, and in matters of commercial law and of contract it may be advantageous to make clear what are the respective rights and duties of the parties, even if a price has to be paid therefore in the guise of some rigidity in the law»⁷⁹. Il contratto, dunque, quale *habitat* naturale dei diritti, non dei rimedi.

L'argomento è stato sviluppato ponendo in evidenza la vaghezza e la polisemia del termine *rimedi* (*remedies*), i cui plurimi significati andrebbero per la più parte a coincidere con quelli (apparentemente) più sicuri già ascritti ai *diritti* (*rights*). Da qui una serrata critica contro sovrapposizioni di significato, pericolose per la carica di *discretionalism* che il *remedy*, almeno in una delle sue accezioni⁸⁰, quella forse dotata della maggiore forza ed autonomia

in cui l'approccio rimediale si rivela utile alla soluzione del *problema pratico* (...) – si giustificano e valorizzano all'interno di *schemi concettuali* che non consentono all'interprete approcci ermeneutici diversi da quelli tradizionali.» (*ivi*, p. 17, corsivi aggiunti).

⁷⁷ A. DI MAJO, *Rimedi contrattuali*, cit., p. 1041 e ss.

⁷⁸ A. DI MAJO, *Op. ult. cit.*, p. 1033.

⁷⁹ Così, R. DAVID, *A Law of Remedies and a Law of Rights*, in ID., *English Law and French Law. A Comparison in Substance*, Tagore Law Lectures, London – Calcutta, 1980, p. 14. Diversamente (*ivi*, pp. 13-14), «a law of remedies, where much is left to the wisdom and appropriateness of the judge, is probably best in all cases where a dispute arises between parties who are doomed to entertain relations in the future; peaceful coexistence is here paramount, rather than giving each party “his due”. A situation of this kind will be found in international public law, in the law of labour, also in family law, where it would be a mistake to determine beforehand with too much stiffness the rights and duties of each». Conclude l'A. (*ivi*, p. 14) che «both techniques are nowadays resorted to in both countries, and it is doubtful whether an opposition can still be denounced between the two systems in this respect at present».

⁸⁰ Anche per R. DAVID, *Op. ult. cit.*, p. 14, *remedies* «allow a more or less wide discretion to the judge».

semantica, porta con sé e la radicale conclusione sulla inopportunità lessicale di uno «scambio» dei *rights* coi *remedies*⁸¹.

Nel contesto del contratto questo approccio, che fa leva sulla prevalente funzione aggregante del *right*, e cioè del *substantive right*, il nostro *diritto soggettivo*, muove dall'idea che dal contratto nascano veri e propri *primary rights*, diritti che non sono *secondary* perché non originano da un torto (*wrong*), ma traggono invece piena efficacia direttamente dal proprio titolo, dal contratto stesso, quale fonte di diritti e correlati obblighi⁸². Qui la ricostruzione segue l'impostazione risalente a John Austin⁸³, secondo cui «all secondary rights arise from wrongs, which are violations of primary rights, as these secondary rights can be called by various other names, such as "sanctioning" or "remedial". Then, even according to Austin himself, who is extremely sparing in his use of "remedy" and "remedial", the remedial right occasionally becomes simply a "remedy"»⁸⁴, ma perviene alla conclusione che, stante la coincidenza di significati, il *significante* «diritto» (*right*) vada preferito a *remedy*, quando il significato è, appunto, corrispondente⁸⁵.

Da chi ha successivamente raccolto il testimone di questa critica dottrinale al *remedialism*, portandola a più lontani traguardi, in un ulteriore sforzo definitorio volto a dare al *remedy* un significato «di base» sufficientemente stabile, si è giunti per altra via a negare che ogni *secondary right* possa dirsi *remedial* o un *remedy*, giacché, in senso stretto, i) «secondary rights are rights that arise from wrongs prior to a court order being made», e, più significativamente, per il fatto che ii) «the term "remedy" is very often attached to concepts that simply cannot be said to be secondary rights», quali, in tesi, la ripetizione dell'indebito, la restituzione di un arricchimento ingiustificato e, soprattutto, l'adempimento di obblighi contrattuali (e qui, a dispetto della diversa tassonomia, si ripresenta l'opinione poco sopra

⁸¹ «Accepting without comment the difficult division between public and private law, and staying within the latter, the lecture aims to engender doubts as to the utility of the word "remedy". The thesis is that it should be eliminated from our analytical vocabulary – that is, from the vocabulary which we use when we mean to be taken seriously and to be understood. The central task of any taxonomy of private law must be to understand the events which trigger the law's responses and the responses which are triggered by those events. Event and response from an intelligible opposition. It is more or less true – though, as we shall see, not quite perfectly – that "remedy" belongs solely in the sector of "response". The trouble is that the word "right" does too. The category of "right" overlaps with the category of "remedy". This overlap confuses. The lecture argues that "right" should prevail. We should regard "remedy" with deep suspicion», così riassume l'impostazione del suo saggio P. BIRKS, *Rights, Wrongs and Remedies*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 20 (2000), p. 3, ove anche ult. rife. ad altri lavori di B. sui *remedies*.

⁸² P. BIRKS, *Rights, Wrongs and Remedies*, cit., spec. pp. 27-28: «contract, a manifestation of consent, as opposed to breach of contract, a wrong, generates rights which English law will under certain conditions order to be specifically performed. Specific performance functions on the primary plane. It could, with little enough trouble, be represented as a response to the wrong of breach. But at the moment that is not the law, and only dogmatic insistence on a monopoly of wrongs could necessitate a change. It is the not-wrong of making a contract which generates the primary right realized when a court orders, and then if necessary enforces, specific performance. The same is true of unjust enrichment. In the same way a contractual debt, as for the price of goods sold or the remuneration for work done, arises from the contract itself, not from the wrong of breach» (enfasi aggiunte).

⁸³ Il quale, salomonicamente, parlava di «remedial rights». Cfr. J. AUSTIN, *Lectures in Jurisprudence* (edited by R. Campbell, 3rd edn., 1869), p. 788.

⁸⁴ Così, P. BIRKS, *Op. ult. cit.*, p. 12, nonché p. 5.

⁸⁵ P. BIRKS, *Op. ult. cit.*, p. 13, «for these secondary rights which are remedies are confessedly none the less rights. The word "remedy" adds nothing that could not be carried by "right"».

riferita secondo cui ciò che deriva dal contratto è e resta un *primary right*, nonostante l'incidenza del successivo inadempimento)⁸⁶.

Senonché questa lettura, cui va riconosciuto il merito di avere impostato analiticamente il tema dei rimedi, mettendo ordine tra parole travolte da una (nuova?) visione più che da nuovi riferimenti, guarda al fenomeno del contratto obbligatorio in termini un po' illusori.

L'assenza nella cultura di provenienza della (centralità della) nozione di *obbligazione*⁸⁷, la grande attenzione dedicata da questa dottrina alle *restitutions*⁸⁸ e la possibile esaltazione di quel paradigma sopra altre figure, o l'avvertita esigenza di riconfermare la validità della classificazione gaiana circa le fonti delle obbligazioni⁸⁹, tutto ciò o forse non uno di questi elementi, hanno impedito di vedere quello che un chiaro Autore ha, nella letteratura italiana, più di ogni altro *svelato*, facendone oggetto di coraggiosi sviluppi teorici, mai compiutamente contraddetti, almeno nelle loro premesse logiche. E cioè che le posizioni giuridiche nascenti dal contratto è ben difficile qualificarle dal lato attivo come diritti *primari*, sol considerando che «fuor che l'«azione» il creditore non ha nient'altro a disposizione per realizzare il suo «credito», quando non sia spontaneamente pagato il «debito»⁹⁰. Considerazione alla quale, su un piano sistematico, lo stesso Autore reagisce, nello sconcerto dei più, intendendo il «credito» non più quale *species* di diritto soggettivo ma come una «aspettativa *tutelata* di una prestazione, *difesa* dall'azione variamente, a seconda che la prestazione manchi o vi sia ragion di temere che possa mancare»⁹¹. Aspettativa *tutelata* significa un'aspettativa «il cui rilievo giuridico, *derivante dalla tutela*, sta solo in ciò, che a seconda che vi sia il timore o il fatto dell'inadempimento del dovere, apre al soggetto un altro *licere*, quello di *clamare ad legem*, esercitando così non il «credito» ma l'«azione a difesa del credito», affinché intervenga adottando cautele o esplicando la coazione»⁹².

Il punto, come si comprende, è nella nozione di diritto soggettivo e nella difficoltà di classificare come tale il credito, per la ragione che non lo si possa tecnicamente esercitare ma semmai *difendere*, quando venga violato, ricorrendo alle tutele giurisdizionali. Al di là delle implicazioni di ordine definitorio e tassonomico che questa ricostruzione comporta - le si coglie nella formula secondo cui «un rapporto giuridico non può consistere nel «*difendere sé stesso*», ma prima «è» e da «*ciò che è*» scaturisce la misura delle possibilità di difesa»⁹³ - essa sta a ricordare l'importanza del momento della violazione, e cioè del torto o

⁸⁶ Entrambe le citazioni da R. ZAKRZEWSKI, *Remedies Reclassified*, cit., p. 50, che indica (*ivi*, pp. 50-52) quattro ordini di ragioni per cui i diritti secondari non dovrebbero essere definiti rimedi.

⁸⁷ Si v., R. DAVID, *Les Contrats en Droit Anglais*, cit., p. 58 e ss.

⁸⁸ Per tutti, P. BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitutions*, Oxford, 1985; P. BIRKS, *The Law of Restitutions at the End of an Epoch*, in *University of Western Australia Law Review*, 28 (1999), p. 13 e ss.

⁸⁹ Cfr. P. BIRKS, *Rights, Wrongs and Remedies*, cit., p. 21; R. ZAKRZEWSKI, *Remedies Reclassified*, cit., p. 51.

⁹⁰ Così, D. BARBERO, *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, in ID., *Studi di teoria generale del diritto. Diritto naturale e diritto positivo. Diritto soggettivo e credito*, Milano, 1953, p. 172, anche in *Jus*, 1943, *Studi giuridici in onore di Ludovico Barassi*.

⁹¹ D. BARBERO, *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, cit., p. 166, corsivi aggiunti.

⁹² D. BARBERO, *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, cit., p. 164, corsivo aggiunto.

⁹³ D. BARBERO, *Op. ult. cit.*, p. 158, corsivi dell'A. Per un esame critico, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 15 e ss.; 659 e ss., nonché A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 4, p. 1191 e ss.

dell'inadempimento, per la piena comprensione degli effetti obbligatori *ex contractu* e di quelle tutele che si usa chiamare *rimedi*. E se vi è chi nega che possano essere rimedi in quanto anzitutto *diritti* – primari o secondari – vi è stato perfino chi ha negato che alla base vi siano veri e propri diritti, ragionando di *aspettativa tutelata*, e cioè guardando alla *tutela* quale profilo distinto e non caratterizzante della situazione sostantiva⁹⁴.

Ma, ad ogni modo, un profilo che senza inadempimento, temuto od effettivo, non viene in rilievo.

Le autotutele proprie della vendita di mobili poco sopra esaminate, per il significato che rivestono nella dialettica parte speciale/parte generale e per il loro modo di operare, possono essere dei *rimedi*; si prestano, cioè, ad essere la figura rimediale *paradigmatica*. Mettono in luce, e in esse si ritrova, una caratteristica aggregante che può forse apportare alla più volte evocata prospettiva rimediale una funzione diversa da quella, puramente descrittiva e metaforica, di realistica *lente* attraverso la quale rimirare in modo nuovo una realtà familiare, e permettere invece di conseguire risultati nuovi.

L'elemento significativo è la loro *alternatività* o *fungibilità*; la possibilità che il bisogno di tutela protetto da una di queste tutele possa essere in concreto soddisfatto anche da *altre*, e che la *scelta* di passare dall'una all'altra spetti alla parte interessata secondo le circostanze nelle quali quel bisogno si manifesta, o secondo una loro *previsione* regolamentare, legittimamente convenuta, la cui successiva ed eventuale concretizzazione non sia dovuta o influenzata da comportamenti del contraente che di quella previsione convenzionale beneficia.

Il *rimedio* diventa tale in quanto vi sono *altri* rimedi che possono tutelare la posizione giuridica sottostante derivante dal contratto e che emergono nella loro peculiare natura di rimedi, emancipandosi dal rapporto sottostante, proprio in quanto strumenti *plurali* e *sostituibili* l'uno dall'altro, pur nella diversità di contenuto e di funzionamento. Non può esservi *un* rimedio dietro a, o a fianco di, una determinata posizione sostanziale: ve ne devono essere almeno due, e qualora se ne scorga uno soltanto si deve *rinunciare* a chiamarlo rimedio. Questa alternatività consente alle parti, in linea di principio, di amministrare i rimedi in via convenzionale come strumenti da loro *disponibili*, secondo i limiti che si ha avuto occasione di incontrare nell'esame della vendita e della sua disciplina.

⁹⁴ Ai passi citati, adde D. BARBERO, *Guerra e pace fra l'«interno» e l'«esterno» del diritto soggettivo. (Ritorno polemico sul concetto)*, in *Jus*, 1952, pp. 348-349, corsivi dell'A.: «l'adempimento dell'obbligo altrui prima di essere richiesto da questa particolare situazione che sarebbe il diritto soggettivo, è richiesto da quella situazione che è il diritto oggettivo, ragion per cui non può mancare senza dar luogo al torto; ora il diritto soggettivo deve esistere prima del torto e anche senza il torto, sicché non posso riporlo nel reagire al torto; il torto rappresenta la fase patologica delle relazioni giuridiche, il diritto soggettivo è una categoria fisiologica; e in che cosa consista non posso andarlo a scoprire nello stato in cui si trova sotto l'offesa del torto, ma devo ricercarlo alla luce del sole, quando il torto non c'è, quando non manca l'adempimento – che non deve mancare secondo il diritto oggettivo – e quindi non c'è bisogno di «esercitare alcun potere o facoltà rivolti ad ottenerlo». Come si è notato nella parte finale del Capitolo I (*supra*), questa teoria, nella quale la distinzione fra diritto ed azione è utilizzata per negare al credito lo status di diritto (soggettivo), costituisce paradossalmente una sorta di anticipazione della visione rimediale: nella misura in cui rimarca il rilievo che nella dinamica del credito assumono i mezzi della sua tutela, rivela che in essi, a ben vedere, si concentra la giuridicità del credito stesso. L'accostamento è stato dapprima individuato da A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit., c. 140, ma anche in seguito, ID., *L'obbligazione "protettiva"*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1 e ss., e in corrispondenza della n. 9.

In un senso, è il recupero di quella dimensione *discrezionale*, che è ritenuta componente essenziale in una certa accezione di «rimedio»⁹⁵, qua riferita non già al suo *poter costituire* oppure *no*, e se sì in quale *misura*, l'oggetto di una decisione del giudice, ma al *metodo* mediante il quale i rimedi possono essere amministrati, alla circostanza che alla base del loro operare vi è una *scelta* della *parte* interessata, e che questa scelta può essere *negoziata*. Là una *discrezionalità giudiziale*, qui una *discrezionalità pattizia*, esercitabile in momenti diversi ed entro limiti differenti. Del resto, anche a restare tra le sponde della dialettica *diritti vs. rimedi*, ove si è parlato di un modello – quello dei *rights* – più vicino alle esigenze del contratto e dei contraenti, si è però osservato che l'inevitabile rigidità del modello «if resented, may always be set aside by the parties, who are not obliged strictly to enforce their rights and who can provide in their agreement for techniques of conciliation»⁹⁶.

È questa, nel suo significato più largo, l'*autonomia rimediale* delle parti:

a) la libertà di *non esercitare* i propri diritti nascenti dal contratto, e di rinunciare pertanto a ricorrere a quegli strumenti che tendono a realizzarli;

b) la libertà di *regolare* nello stesso contratto «tecniche di conciliazione», le più varie, mediante le quali distribuire tra le parti posizioni giuridiche sostantive e rimediali, e/o prevedere strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione, superando in questi modi la rigida ascrizione normativa di diritti e obblighi – *effetti* del contratto – attraverso *altri* effetti, voluti dai contraenti, *dentro* al contratto, *per* il contratto⁹⁷.

⁹⁵ Su cui, criticamente, P. BIRKS, *Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism*, in *University of Western Australia Law Review*, 29 (2000), p. 1 e ss. Per un'analisi sulla *discretion in common law*, e specialmente nella giurisdizione dell'*Equity*, con un particolare riferimento alla *specific performance*, v. R. ZAKRZEWSKI, *Remedies Reclassified*, cit., p. 85 e ss. Di «discrezionalità», nella dialettica *diritti vs. rimedi*, tratta G. SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1, p. 180 e ss.

⁹⁶ Così, R. DAVID, *A Law of Remedies and a Law of Rights*, cit., p. 14.

⁹⁷ Per un dominio degli «effetti del contratto» aperto all'autonomia privata si esprime V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 479-480.

BIBLIOGRAFIA

- AFFERNI G., *La garanzia per i difetti materiali nella vendita. Una prospettiva di diritto privato europeo*, Torino, 2018.
- ALBERTARIO E., *Variazioni di responsabilità nell' «actio depositi» derivanti da patto*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 25, 1912, p. 15.
- ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, IV ed., Torino, 1953.
- ALLARA M., *La teoria generale del contratto (corso di diritto civile)*, II ed., Torino, 1955.
- ALLARA M., *La vendita (corso di diritto civile)*, Torino, 1958.
- ALLORIO E., *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, p. 185.
- ALPA G., *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977.
- ALPA G., *Contratto e common law*, Padova, 1987.
- AMADIO G., *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Rimedi – 2*, a cura di V. Roppo, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, Milano, 2006, p. 3.
- AMORTH G., *Il diritto “tacito” all'adempimento*, nota a Cass. civ., 17 maggio 1966, n. 1262, in *Giur. it.*, 1967, I, c. 1199.
- ANDRIOLI V., *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Nuova Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 312.
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.
- Annali di agricoltura. 1886, Leggi e consuetudini vigenti in Italia e all'estero intorno ai vizi redibitori nel commercio del bestiame*, a cura del Ministero di agricoltura, industria e commercio – Direzione generale dell'agricoltura, Roma, 1886.
- ARNÒ C., *La costituzione ultima del Codice De periculo et commodo rei venditae*, in *Studi in onore di Biagio Brugi*, Palermo, 1910, p. 151.
- ASCARELLI T., *Sulla derogabilità delle forme di cui all'art. 363 cod. comm.*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, p. 24.
- ASCARELLI T. (T.A.), nota a Cass. civ., 17 novembre 1931, in *Foro it.*, 1932, I, c. 93.
- ASCARELLI T., *Recensione a E. REDENTI, Dei contratti nella pratica commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 77.
- ASQUINI A., *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 350.
- ASTUTI G., *Contratto (dir. interm.)*, IX, Milano, 1961, p. 759.
- ASTUTI G., *Deposito (dir. rom. e interm.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 212.
- ASTUTI G., *Obbligazioni (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 78.
- ATIYAH P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, IV ed., Oxford, 1989.
- AUBRY C. – C.F. RAU, *Cours de Droit civil français d'après le méthode de Zachariae*, V ed., t. V, Paris, 1907.

- AULETTA G.G., *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, ora anche in G.G. AULETTA, *Scritti giuridici*, I, Milano, 2001.
- AULETTA G., *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 557.
- AULETTA G., *Sulla esecuzione coattiva della compravendita*, nota a Cass. civ., 12 luglio 1939, n. 2512, in *Foro it.*, 1940, I, c. 715.
- AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942.
- AULETTA G., *Valore ed efficacia della clausola «solvo et repete» nei suoi vari tipi*, in *Giur. it.*, 1947, I, c. 423.
- AUSTIN J., *Lectures in Jurisprudence* (edited by R. Campbell, 3rd edn., 1869).
- AYRES I. – R. GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, in (1989), 99, *Yale L.J.*, p. 87.
- BACCIGALUPI M., *Note sulle clausole di garanzia nella compra-vendita di animali*, in *Riv. dir. agr.*, 1950, p. 189.
- BACCIGALUPI M., *Vizi, mancanza di qualità e cosa non contrattata*, in *Foro it.*, 1950, IV, c. 121.
- BALZARINI R., *Recensione a F. INVREA, La parte generale del diritto*, in *Dir. lav.*, 1935, p. 77.
- BARALE A., *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, in *Contr. Impr. Europa*, 2005, p. 810.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, *La struttura*, Milano, ed. 1963.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, *L'attuazione*, Milano, 1964.
- BARBERO D., *Guerra e pace fra l'«interno» e l'«esterno» del diritto soggettivo. (Ritorno polemico sul concetto)*, in *Jus*, 1952, p. 326.
- BARBERO D., *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, in ID., *Studi di teoria generale del diritto. Diritto naturale e diritto positivo. Diritto soggettivo e credito*, Milano, 1953, p. 143
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, I-II, VI ed., Torino, 1965.
- BARCELLONA P., *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, II ed., Napoli, 1972.
- BARGELLI E., *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010.
- BARTOLINI F., *Strutture contrattuali complesse. Problemi della trilateralità nei contratti di finanziamento*, Napoli, 2019.
- BAUDRY-LACANTINERIE G. – L. SAIGNAT, *De la vente et de l'échange*, nel *Traité theorique et pratique de Droit civil.*, III ed., Paris, 1908.
- BELFIORE A., *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1307.
- BENATTI F., *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 397.
- BENEDETTI A.M., *Trasporto di cortesia e presunzione di responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 209.
- BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002.
- BENEDETTI A.M., *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in ID. (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 109.
- BENEDETTI A.M., *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*, ne *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011.

- BENEDETTI A.M., *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 370.
- BENEDETTI A.M., *L'abuso dei (e nei) rimedi contrattuali*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, p. 83.
- BENEDETTI A.M., *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, in *Pol. dir.*, 2017, 2, p. 329.
- BENEDETTI A.M., *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 827.
- BENEDETTI A.M. – E. PESCE, *Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale*, in *Giur. it.*, 2020, 6, p. 1528.
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969.
- BESSONE M., *Analisi economica del diritto e metodo degli studi di teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 62.
- BESSONE M., *I contratti standard e la tutela del consumatore. Quale politica del diritto?*, in *Giur. merito*, 1984, IV, p. 449.
- BESSONE M., *Tutela del contraente debole e ordine pubblico economico. Il caso degli standards negoziali di impresa*, in *Giur. merito*, 1986, IV, p. 1261.
- BETTI E., *Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla responsabilità del venditore per vizio redibitorio*, nota a Cass. civ., 10 dicembre 1924, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 335.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952.
- BETTI E., *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529.
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, t. 1, Torino, 1972.
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Napoli, 1977.
- BIANCA C.M., *Note introduttive. Precedenti della legge di attuazione della direttiva comunitaria e problemi di diritto intertemporale*, in *Commentario al Capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, in *Le nuove leggi civile commentate*, 1997, p. 752.
- BIANCA C.M., *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, p. 130.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000.
- BIANCHI D'ESPINOSA L. – F. MARIANI, *Esecuzione coattiva dei contratti di borsa*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 483.
- BIANCHI F., *Garanzia di evizione nelle espropriazioni forzate*, in *Studi senesi*, 1887, vol. IV, fasc. I, p. 3.
- BIGIAMI W., *Recensione a E. REDENTI, Dei contratti nella pratica commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 88.
- BIGIAMI W., *La rivendica del venditore*, Padova, 1935.
- BIGLIAZZI GERI L., U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986.
- BIRKS P., *An Introduction to the Law of Restitutions*, Oxford, 1985.
- BIRKS P., *The Law of Restitutions at the End of an Epoch*, in *University of Western Australia Law Review*, 28 (1999), p. 13.
- BIRKS P., *Rights, Wrongs and Remedies*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 20 (2000), p. 1.

BIRKS P., *Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism*, in *University of Western Australia Law Review*, 29 (2000), p. 1.

BOCCHINI F., sub art. 1538, in *Dei singoli contratti (artt. 1470-1537)*, a cura di D. Valentino, nel *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011.

BOLCHINI F., *La vendita per autorità del creditore nel diritto commerciale italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, p. 429.

BORSARI L., *Commentario del Codice civile italiano. Libro terzo, vol. IV, parte I*, Torino, 1878.

BOSELLI A., *Vendita con «pactum de non preaestanda evictione» e vendita a rischio e pericolo del compratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 595.

BOYER G., *Recherches sur la resolution des contrats (origines de l'article 1184 C. civ.)*, Paris, 1924.

BREGLIA O., *Patto commissorio*, in *Diz. prat. dir. priv.*, a cura di V. Scialoja, vol. V, t. I, Milano, 1938, p. 303.

BRUGI B., *Azione (storia)*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 108.

BUSNELLI F.D., *Note introduttive. Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al Capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, in *Le nuove leggi civile commentate*, 1997, p. 757.

BUSTI S., *Contratto di trasporto terrestre*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, XXVI, 1, Milano, 2007.

CABELLA PISU L., *Garanzia per vizi e tutela del consumatore nella giurisprudenza francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 698.

CABELLA PISU L., Sub art. 1177, nel *Commentario del Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012.

CAGNASSO O. – G. COTTINO, *Contratti commerciali*, nel *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IX, II ed., Padova, 2009.

CALABRESI G. – A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in (1972), *Harvard L.R.*, vol. 85, n. 6, p. 1089.

CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, II, Torino, 1920.

CAMPIONE R., *La sostituzione del bene nella vendita*, Torino, 2014.

CAPPELLETTI P., *Negoziio giuridico (storia)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 109.

CARBONNIER J., *Variations sur les petits contrats*, in J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, VI ed., Paris, 1988.

CARIOTA FERRARA L., *Sulla convalida della vendita di cosa altrui in caso di acquisto della cosa da parte del venditore*, in *Giur. comp. dir. civ.*, 1939, II, p. 311.

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d.

CARLINI P., *Contratto e patto nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 77.

CARNELUTTI F., *Recensione a F. INVREA, La parte generale del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, pp. 192.

CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II vol., Padova, 1938.

- CARNELUTTI F., *Recensione a F. CARNELUTTI, Sistema del diritto processuale civile, volume secondo*, Padova, Cedam, 1938, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, p. 81.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, vol. I, V ed., Roma, 1956.
- CARNELUTTI F., *Come nasce il diritto*, Torino, 1959.
- CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987.
- CASSIN R., *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, in *Rev. trim. droit civil*, 1945, p. 159.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 1.
- CASTRONOVO C., *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 3, p. 793.
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.
- CERAMI P., *Risoluzione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1277.
- CERINO-CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.
- CHENEVIER A., *Responsabilité contractuelle et responsabilité delictuelle*, Nancy, 1899.
- CHIANALE A., *Evizione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 160.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, II ed., Napoli, 1953.
- COLLURA G., *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992.
- COLMET DE SANTERRE E., *Course analytique de Code Civil*, Art. 1582-1831, t. VII, Paris, 1873.
- COSTANZA M., *Tipicità e tipo*, in *Enc. dir.*, ne I tematici: *Contratto*, Milano, 2021, p. 1170.
- COVIELLO N., *Della trascrizione*, II, Napoli, 1924.
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, III ed., (Milano, 1924), rist. Napoli, 1992.
- CROCE B., in *Recensione ad ALESSANDRO PEKELIS - Azione* (estr. dal *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1937, in 4.°, pp. 19), in *La Critica*, XXXVI, 1938, p. 457.
- CROME C., *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. A. Ascoli - F. Cammeo, Milano, 1908.
- D'AMELIO M., *Cortesia e diritto*, in *Corriere della Sera*, 13 gennaio 1934.
- D'AMELIO M., «Gentlemen's agreement», in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, p. 226.
- DALMARTELLO A., *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Milano, 1937.
- DALMARTELLO A., *Società e sinallagma*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, p. 495.
- DALMARTELLO A., *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*, Padova, 1939.
- DALMARTELLO A., *La risoluzione del contratto sinallagmatico per inadempimento non colposo*, in *Giur. comp. dir. civ.*, 1939, vol. IV, p. 143.
- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962 (I ed., 1952).
- DALMARTELLO A., *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 354.
- DALMARTELLO A. - G.B. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 236.
- DALMARTELLO A., *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 126.
- DALMARTELLO A., *Studi di diritto civile e commerciale*, I-II, Milano, 2009.
- DAVID R., *Les Contrats en Droit Anglais*, Paris, 1973.

DAVID R., *A Law of Remedies and a Law of Rights*, in ID., *English Law and French Law. A Comparison in Substance*, Tagore Law Lectures, London – Calcutta, 1980, p. 1.

DE CRISTOFARO G., *Autonomia privata e pattuizioni di esclusione totale della garanzia per vizi nei contratti di compravendita. Note a margine di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 219.

DE MARTINI A., *Deposito (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 497.

DE MARTINI A., *Evizione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960, p. 1049.

DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

DE NOVA G., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 327.

DE NOVA G., *Recesso e risoluzione nei contratti. Appunti da una ricerca*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, p. 1.

DE NOVA G., *Nuovi rimedi e nuove tutele in materia contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 453.

DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 219.

DELFINI F., *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998.

DELFINI F., *Risoluzione per eccessiva onerosità, commutatività ed aleatorietà del contratto*, in ID., *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, II ed., Torino, 2017, p. 238.

DELLACASA M., *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013.

DI BLASI F.U., *Il libro delle obbligazioni: parte speciale*, Milano, 1943.

DI MAJO GIAQUINTO A., *Alienazione della cosa acquistata e azione di risoluzione per vizi*, nota a Cass. civ., 22 gennaio 1966, n. 68, in *Foro pad.*, 1966, I, c. 757.

DI MAJO A., *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 132.

DI MAJO A., *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, II ed., Milano, 1993.

DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997.

DI MAJO A., *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 25.

DI MAJO A., *L'obbligazione "protettiva"*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1.

DI MAJO A., *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 4, p. 1149.

DI MAJO A., *Rimedi contrattuali*, in *Enc. dir.*, ne I tematici: *Contratto*, Milano, 2021, p. 1031.

DIURNI G. – C. PECORELLA, *Vendita (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 476.

DOMAT J., *Lois civiles*, liv. I, tit. II, sect. X, n° 11, Paris, 1767.

DOMAT G., *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, trad. it. di V. Aloj, t. I, Napoli, 1786.

DURANTON A., *Corso di Diritto civile secondo il Codice francese*, vol. IX, trad. it., Napoli, 1844.

ENRIETTI E., *Della risoluzione del contratto, Parte speciale, nel Codice civile. Libro delle Obbligazioni, Commentario*, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, vol. I, Firenze, 1948.

ESSER J. – E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, t. 1, Karlsruhe, 1975.

FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.

FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432.

FARENGA L., *Patti parasociali*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., XI, Torino, 1995, p. 12.

FEDELE ALF., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.

- FERRANTE E., *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale. I «modelli» italo-europei e internazionali*, Napoli, 2018.
- FERRARA F. (senior), *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, II ed., Milano, 1914.
- FERRARA F. (senior), *I negozi sul patrimonio altrui. A proposito di una recente pubblicazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, p. 179.
- FERRARA F., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940.
- FERRERI S. – C. PONCIBÒ, *Garanzie per vizi e per evizione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg. ******, Torino, 2011, p. 393.
- FERRI G.B., *Il diritto statutale e il suo doppio*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 1.
- FERRI G.B., *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 61.
- FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959.
- FIorentino A., *Del deposito*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970.
- FRASSOLDATI C., *L'azione redibitoria nelle vendite di animali e il suo regolamento consuetudinario*, nota ad App. Bologna, 3 febbraio 1955, n. 69, in *Riv. dir. agr.*, 1956, p. 207.
- FROSINI V., *Potere (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 440.
- FUNAIOLI C.A., *Il contratto di deposito in generale*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 10; 41.
- FUSARO AND., *La risoluzione del contratto sulla via della codificazione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 312.
- GABRIELLI G. – F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 27.
- GABRIELLI E., *Appunti sulle autotutele contrattuali*, già in *Riv. dir. priv.*, 2016, e ora anche in ID., *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, p. 171.
- GALASSO A. – G. GALASSO, *Deposito*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 253.
- GALGANO F., *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 484.
- GALIZIA A., *Sulla cosiddetta "condizione risolutiva tacita" in materia civile e commerciale*, in *Il dir. comm.*, 1911, p. 852.
- GALLO F., *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 129.
- GAROFALO L., *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 3, p. 843.
- GAROFALO L., *Garanzia per vizi e azione redibitoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 243.
- GENTILI A., *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, I contratti in generale, a cura di E. Gabrielli, t. II, Torino, 1999, p. 1339 e ss.
- GIORGIANI M., *L'inadempimento*, III ed., Milano, 1975.
- Gli usi commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, p. 167.
- GNANI A., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu – Messineo*, già diretto da L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2018.
- GORLA G., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934.
- GORLA G., *La compravendita*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1937.
- GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954.

- GORLA G., *Considerazioni in tema di garanzia per i vizi redibitori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1272.
- GORLA G., *Azione redibitoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 875.
- GORLA G., *Consideration*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 176.
- GRECO P., *Recensione a F. INVREA, La parte generale del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 471.
- GRECO P. - G. COTTINO, *Della vendita. Artt. 1470-1547*, nel *Commentario Scialoja - Branca*, II ed., Bologna - Roma, 1981.
- GRONDONA M., *Il deposito*, nel *Tratt. dei contratti*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, IV, Milano, 2014, p.
- GROSSI P., *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in P. GROSSI (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973.
- GROSSI P., *Sulla "natura" del contratto (qualche nota sul "mestiere" di storico del diritto a proposito di un recente "corso" di lezioni)*, in *Quad. fior.*, 15, 1986, p. 593.
- GUARNERI A., *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 41.
- GUILLOUARD L., *Traité de la vente et de l'échange*, t. I, Paris, 1889.
- HOLMES O.W., *The Path of the Law*, (1896-1897), Harvard L.R., vol. 10, n. 8, p. 457.
- INVREA F., *La nozione del torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 265.
- INVREA F., *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 638.
- INVREA F., *Il torto e l'azione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, p. 154.
- INVREA F., *La parte generale del diritto*, Padova, 1935.
- INVREA F., *La sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, p. 30.
- IRTI N., *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1094.
- JOSSERAND L., *Les transports*, II ed., Paris, 1926.
- JOSSERAND L., *Le contrat dirigé*, in *D.H.*, 1933, p. 89.
- JOSSERAND L., *Considerazioni sul contratto "regolato"*, in *Arch. giur.*, 1934, p. 3.
- JOSSERAND L., *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, in *Revue trim. dr. civ.*, 1937, p. 1.
- JOSSERAND L., *La "publicisation" du contrat*, in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, III, Paris, 1938, p. 143.
- JOSSERAND L., *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: le "contrat forcé" et le "contrat légal"*, in *D.H.*, 1940, p. 5.
- LAROMBIÈRE L., *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des Titres III e IV, Livre III, du Code Napoléon. Artt. 1101 à 1386*, t. II, Paris, 1857.
- LAURENT F., *Principii di diritto civile*, vol. XXIV, trad. it., Napoli, 1885.
- LENER A., nota a Cass. civ., 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2621.
- LEONE G., *Sistema delle impugnazioni penali. Parte generale*, Napoli, 1935.
- LESSONA S., *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1912, p. 361.
- LEVI AL., *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950.
- LIPARI N., *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enc. dir.*, ne I tematici: *Contratto*, Milano, 2021, p. 356.

- LITEWSKI W., *Il significato del termine «remedium» in Cons. 5.6*, in *IURA*, 1972, I, p. 115.
- LORDI L., *Vendita di azioni in danno nel concordato preventivo del sottoscrittore di azioni non liberate*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, p. 249.
- LUCCHI C., *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 586.
- LUMINOSO A., *Della risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990.
- LUMINOSO A., *La compravendita. Corso di diritto civile*, VII ed., Torino, 2011.
- LUMINOSO A., *La vendita*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014.
- LUZZATTO R., *La compravendita*, Torino, 1961.
- MAIORCA S., *Condizione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 273.
- MALINVAUD P., *Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente*, con commento di G. ALPA, in *Foro it.*, 1977, V, c. 121.
- MANIACI A., *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, Pisa, 2018.
- MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale*, vol. IV, Torino, 1932.
- MARESCA G., *Impossibilità della restitutio in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 78.
- MARTORANO F., *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1956.
- MASTROPAOLO F., *Il deposito*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 12, Torino, 1985.
- MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987.
- MATTEI U., *I rimedi*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 105.
- MAZZAMUTO S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.
- MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989.
- MAZZAMUTO S., *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 831.
- MENGGONI L., *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto «a non domino»*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 276.
- MENGGONI L., *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 3.
- MENGGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1.
- MENICHINO C., *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008.
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto (artt. 1321-1469 Cod. Civ.)*, Milano, 1944.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, I, t. 1, VIII ed., Milano, 1954.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, IX ed., Milano, 1958.
- MESSINEO F., *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, II, 1958, p. 469.
- MESSINEO F., *Contratto (dir. priv. – Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 784.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, t. II, in *Tratt. Dir. civ. comm. Cicu – Messineo*, Milano, 1972.
- MESSINETTI D., *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 1, p. 15.

MICHELI G.A., *Esecuzione forzata*, in *Tutela dei diritti. Artt. 2910-2969*, nel *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, II ed., Bologna – Roma, 1964.

MIRABELLI G., *Dei singoli contratti*, nel *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, t. 3, Torino, 1968.

MIRAGLIA C., *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1255.

MOCCIA L., *Action (Forms of)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 82.

MORELLO U., *L'azione di risarcimento dei danni derivati da vizi della cosa*, nota a Cass. civ., 12 marzo 1965, n. 414, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1497.

MOSCO L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XVI, 1, Milano, 1974.

NATOLI U., *I contratti reali*, Milano, 1975.

NAVARRINI U., *Trattato elementare di diritto commerciale*, vol. I, Torino, 1935.

NEGRI G., *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino, 1989, p. 219.

NICOLÒ R., *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024.

NICOLUSSI A., *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 4, p. 1191.

NOVITÀ M., *Il deposito*, in V. NAPOLETANO, E.M. BARBIERI, M. NOVITÀ, *I contratti reali*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, II ed., Torino, 1979.

NUZZO M., *Sub art. 1469-quinquies, co. 1° e 3°*, in *Commentario al Capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 1211.

OLIVIERO F., *La riduzione del prezzo nella compravendita*, Napoli, 2015.

OPPETIT B., *L'engagement d'honneur*, in *D.*, 1979, *Chron.*, p. 107.

OPPO G., *L'esperienza privatistica*, in *I principi generali del diritto*, (Atti dei Convegni Lincei, n. 96, Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, 1992.

ORESTANO R., *Appello (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 708.

OSTI G., *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in *ID.*, *Scritti giuridici*, t. I, Milano, 1973, p. 401.

OSTI G., *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1957, anche in G. OSTI, *Scritti giuridici*, t. II, Milano, 1973.

PACCHIONI G., *Aggravamento e attenuamento convenzionali in tema di responsabilità contrattuale*, nota a Cass. Torino, 8 giugno 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 417.

PACIFICI MAZZONI E., *Il codice civile italiano commentato, Trattato della vendita*, vol. I, Firenze, 1877.

PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998.

PAGNI I., *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione: ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia sulla risoluzione*, in C. CONSOLO, I. PAGNI, S. PAGLIANTINI, V. ROPPO, M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, p. 75.

- PARDOLESI, R. *I rimedi*, in A. DI MAJO, G.B. FERRI, E. GABRIELLI, A. GENTILI, R. PARDOLESI, S. RODOTÀ, *Lezioni sul contratto*, raccolte da A. Orestano, Torino, 2009, p. 117.
- PAVONE LA ROSA A., *Usi normativi e usi negoziali*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 513.
- PEKELIS A., *Azione*, in *Nov. dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 91.
- PERASSI T., *Introduzione alle scienze giuridiche*, Napoli, 1922.
- PESCE E., *Gli itinerari della buona fede secondo Stefano Rodotà*, in *Pol. dir.*, 2019, p. 125.
- PETRONIO U., *Risoluzione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1293.
- PIRAINO F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.
- PLANIOL M. – G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X: *Contrats civils*, II ed., Paris, 1954.
- POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, p. 2, II ed., Roma, 1915.
- POLETTI D., *Sub art. 1462*, in *Dei contratti in generale. Artt. 1425-1469 bis. Leggi collegate*, a cura di E. Navarretta – A. Orestano, nel *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 522.
- PORTALE G.B., *Arturo Dalmartello nel diritto commerciale*, in A.A. DOLMETTA – G.B. PORTALE (a cura di), *Un maestro del diritto commerciale. Arturo Dalmartello a cento anni dalla nascita*, Milano, 2010.
- PORTONERA G., *Le sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizione*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 2, p. 693.
- POTHIER R.J., *Trattato del contratto di vendita*, t. 1, trad. it., Venezia, 1834.
- POTHIER G.R., *Trattato del contratto di deposito*, in *Opere contenenti i trattati del diritto francese*, trad. it., II ed., t. II, Livorno, 1842.
- PUGLIATTI S., *Abrogazione (Teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 141.
- PUTTI P.M., *L'invalidità del contratto*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. II, Padova, 1997, p. 690.
- PUTTI P.M., *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., XVI, Torino, 2000, p. 673.
- RAMELLA A., *La vendita nel moderno diritto*, I, Milano, 1920.
- REALMONTE F., *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 222.
- REDENTI E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1933 (I ed. 1931).
- RENDE F., *La garanzia per i vizi nella vendita di diritto comune. Parte seconda: i rimedi*, in *Contratti*, 2016, p. 688.
- RESCIGNO P. - G. RESTA - A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017.
- RICCI F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. VII, *Dei contratti – del contratto di matrimonio e della vendita*, II ed., Torino, 1886.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (rist. 1970).
- ROMAGNOLI U., *Recensione a M. Bessone, Adempimento e rischio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1433.
- ROMANO SALV., *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, vol. V, Milano, 1960.
- ROMANO SALV., *Il trasporto di cortesia*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 485.

- ROMANO SALV., *Revoca (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 808.
- ROPPO E., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 686.
- ROPPO E., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975.
- ROPPO E., *Il contratto*, Bologna, 1977, (rist. 1986).
- ROPPO E., *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 485.
- ROPPO E., *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 87.
- ROPPO V., *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001 (II ed., 2011).
- ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e impresa*, 2005, 3, p. 896.
- ROPPO V., *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in in C. CONSOLO, I. PAGNI, S. PAGLIANTINI, V. ROPPO, M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, p. 13.
- ROTONDI G., *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, vol. XII, 1909, p. 269.
- ROTONDI G., *Dalla «Lex Aquilia», all'art. 1151 Cod. civ. Ricerche storico dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, p. 236.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, II ed., Milano, 1962.
- RUBINO D., *L'appalto*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, t. 3, IV ed. con note di E. Moscati, Torino, 1980
- RUSSO E., *Della vendita. Disposizioni generali. Delle obbligazioni del venditore. Artt. 1471-1482*, nel *Commentario Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2013.
- SACCO R., *Il contratto*, nel *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975.
- SACCO R., *I rimedi sinallagmatici*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 10, t. 2, Torino, 1982;
- SACCO R., *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 517.
- SACCO R., *Risoluzione per inadempimento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 56.
- SACCO R., *Contratto (genotipi e fenotipi del)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg. ****, Torino, 2009, p. 127.
- SACCO R., *Garanzie e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, a cura di G. Ajani, A. Gambaro, M. Graziadei, R. Sacco, V. Vigoriti, M. Waelbroeck, Napoli, 2011, p. 439.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1973.
- SANTORO PASSARELLI F., in AA. VV., *I quarant'anni delle "Dottrine" di Francesco Santoro Passarelli*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, (anche in F. SANTORO PASSARELLI, *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p.7.
- SATTA S., *Storia e "pubblicizzazione" del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 43.
- SATTA S., *Impugnazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 697.
- SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960.

- SCALISI A., *Il contratto di deposito*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011.
- SCALISI V., *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 322.
- SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 3, p. 489.
- SCALISI V., *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 1045.
- SCIALOJA V., *Negoziio giuridico*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 973.
- SCOGNAMIGLIO GIAND., *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un rimeditato concetto del «patto» nell'ordinamento attuale*, in *Riv. not.*, 1986, p. 587.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, nel *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, III ed., Milano, 1972.
- SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento*, nel *Commentario Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2007.
- SICCHIERO G., *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I agg., Torino, 2014, p. 604.
- SIRENA P. -Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 359.
- SMORTO G., *Sul significato di “rimedi”*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1, p. 159.
- STELLA RICHTER G., *La tutela del consumatore in una moderna giurisprudenza in tema di garanzia per i vizi occulti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1781.
- TARTUFARI L., *Della vendita e del riporto*, in *Il Codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, Torino, 1915.
- TERRANOVA C.G., *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 69.
- TERRANOVA C.G., *Redibitoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 1.
- TOMMASINI R., *Invalità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 575.
- TOZZI A., *In margine ad una polemica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 99.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XL ed., Milano, 2001.
- TRIMARCHI P., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 512.
- TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.
- TROPLONG R.T., *De la vente, ou Commentarie du Titre VI du Livre III du Code Civil*, III ed., t. I, Paris, 1837
- TUNC A., *Le contrat de garde*, Paris, 1942.
- VALLIMARESCO A., *La justice privée en droit moderne*, pref. R. Demogue, Paris, 1926.
- VIVANTE C., *Il compratore che accettò la merce non può più chiedere la risoluzione del contratto*, nota a Cass. civ. Torino, 16 luglio 1913, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, p. 1.
- VIVANTE C., *Un nuovo raggruppamento degli atti obiettivi di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 145.
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale, IV, Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*, V ed., Milano, 1926.
- ZACCARIA A., *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 340.
- ZAKRZEWSKI R., *Remedies Reclassified*, II ed., Oxford – New York, 2005.

ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996.

ZIMMERMANN R., *Restitution after Termination for Breach of Contract in German Law*, in *Restitution Law Review*, 1997, 5, p. 13.

S. ZUNARELLI - C. ALVISI, *Del trasporto*, Artt. 1678-1702, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 2014.