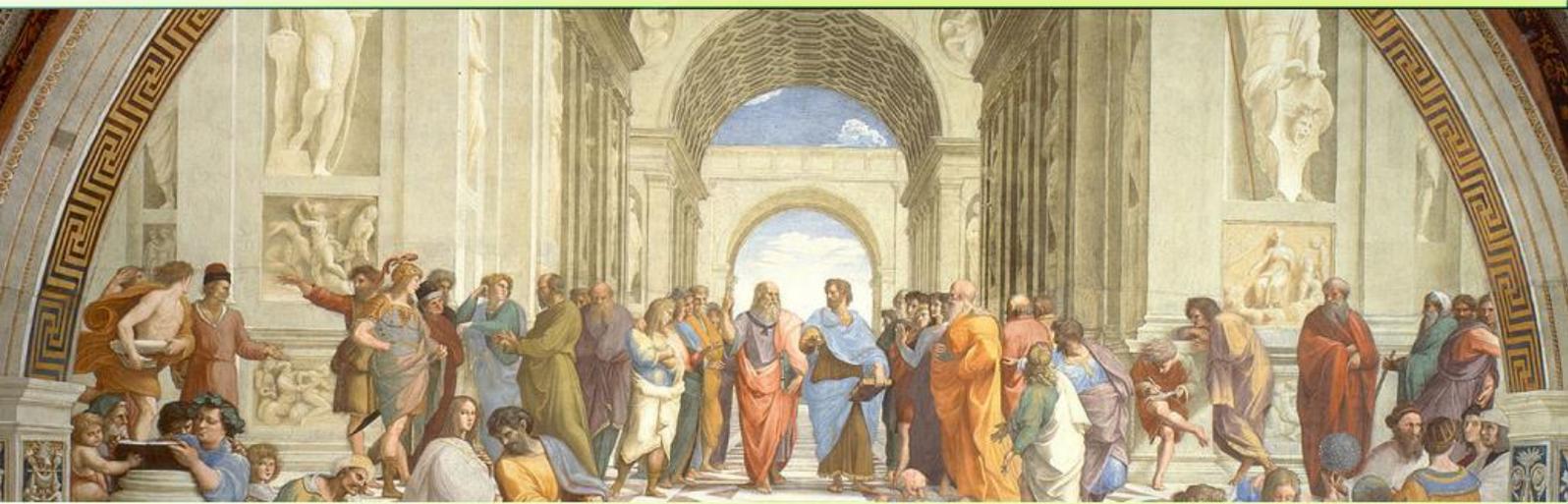


# JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



**6-2019**

*novembre-dicembre*



**G. Giappichelli Editore**

ISSN 2281-3918/2421-2563

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.

Soltanto in casi eccezionali, i Curatori assumono, con adeguata motivazione, la responsabilità della pubblicazione.



## INDICE

	<i>pag.</i>
<b>Articoli e Saggi</b>	
Sopravvenienze e revisione del prezzo nel contratto d'appalto: spunti per una ricostruzione sistematica *	
di <i>Emanuele Tuccari</i>	582
Considerazioni in tema di <i>compensatio lucri cum damno</i> , tra peculiarità di un istituto trasversale e arresti della nomofilachia *	
di <i>Francesco Soluri</i>	618
Note in tema di rinuncia alla proprietà, tra categorie dogmatiche e istanze pratiche *	
di <i>Francesco Meglio</i>	630
La garanzia per vizi nella vendita: attualità di un dibattito dottrinale mai sopito *	
di <i>Pietro Coppini</i>	648
Natura, acquisti e amministrazione della comunione legale: diritto effettivo e ragioni di auspicabili mutamenti **	
di <i>Tommaso Auletta</i>	697
La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano**	
di <i>Salvatore Mazzamuto</i> **	720

---

\* Contributo sottoposto a revisione.

\*\* I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



EMANUELE TUCCARI\*

*Assegnista di ricerca – Università degli Studi del Piemonte orientale*

## **SOPRAVVENIENZE E REVISIONE DEL PREZZO NEL CONTRATTO D'APPALTO: SPUNTI PER UNA RICOSTRUZIONE SISTEMATICA**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 1664, c. 1, cod. civ. – l'onerosità dell'esecuzione. – 3. L'art. 1664, c. 2, cod. civ. – la difficoltà dell'esecuzione. – 4. Il rapporto tra le due fattispecie speciali dell'«onerosità dell'esecuzione» e della «difficoltà dell'esecuzione». – 5. I rapporti tra l'art. 1664 cod. civ. e l'art. 1467 cod. civ. – 6. Verso una “generalizzazione” della disciplina “speciale”. – 6.1. L'applicazione della disciplina “speciale” nei vari contratti d'appalto. – 6.2. L'applicazione della disciplina “speciale” nei contratti (atipici e tipici) diversi dall'appalto. – 6.3. Limiti alla “generalizzazione” della disciplina “speciale”. – 7. Conclusioni.

1. – La disciplina delineata dal codice civile sulle sopravvenienze nel contratto d'appalto (privato)<sup>1</sup>, nota soprattutto per le sue significative ricadute nella prassi negoziale, risulta particolarmente complessa ed articolata<sup>2</sup>.

---

\* Il presente contributo riproduce, con l'aggiunta dei necessari riferimenti bibliografici e con l'approfondimento di taluni passaggi argomentativi, l'intervento tenuto dall'Autore in occasione del convegno, dedicato al professore Sebastiano Ciccarello, “Sopravvenienze contrattuali tra discipline di settore e interesse generale” (Catanzaro, 16 novembre 2018). Un sentito ringraziamento per l'invito e per l'organizzazione dell'incontro è rivolto al professore Roberto Amagliani e al professore Fulvio Gigliotti dell'Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

<sup>1</sup> Nel codice civile si disciplina, come noto, soltanto l'appalto privato. Le riflessioni che seguono si limitano pertanto a considerare le regole dell'appalto privato. Si segnala, però, come il tema delle sopravvenienze nei contratti d'appalto pubblici costituisca un argomento perlomeno altrettanto centrale nella prassi negoziale ed interessante nel dibattito dottrinale (che, non a caso, ha visto contributi significativi nel corso del tempo; v. A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2013). L'attuale disciplina delle sopravvenienze nei contratti d'appalto pubblici è contenuta, a seguito della recezione della direttiva comunitaria 2014/23/UE nel nostro ordinamento, negli artt. 106 ss. del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. “Codice degli appalti”).

<sup>2</sup> Non a caso l'attenzione dottrinale alla disciplina delle sopravvenienze nel contratto d'appalto è stata costantemente testimoniata da rilevanti studi monografici (cfr., *ex multis*, O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979; P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983 e, più di



In particolare, l'art. 1664 cod. civ. disciplina – come s'intuisce fin dalla rubrica – due fattispecie distinte<sup>3</sup>: l'onerosità dell'esecuzione (c. 1) e le difficoltà dell'esecuzione (c. 2). Nella prima ipotesi si attribuisce all'appaltatore ed al committente il diritto a chiedere la revisione del prezzo originario; nella seconda si accorda al solo appaltatore il diritto ad ottenere un equo compenso<sup>4</sup>.

Questa disciplina, come si avrà modo d'illustrare, offre un punto di vista privilegiato per riflettere sul sistema del rischio contrattuale connesso al verificarsi di un evento (imprevedibile) produttivo di una mera alterazione del prezzo di mercato delle prestazioni corrispettive nei rapporti di durata (c.d. "eccessiva onerosità sopravvenuta")<sup>5</sup>.

---

recente, G. AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007) e da numerosi contributi minori (cfr. R. SABATO, *La sopravvenienza nell'appalto privato*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1992, II, 9 ss.; O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, IX, Padova, 2009, 585 ss.; G. VILLANACCI, voce *Appalto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV ed., Agg., III, Torino, 2007, 50 ss.; M. MONTANARI, *La revisione dei prezzi nell'appalto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 591 ss.; F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in *Appalto pubblico e privato: problemi e giurisprudenza attuali*, a cura di G. IUDICA, Padova, 1997, 135 ss.; C. G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in *L'Appalto privato*, a cura di M. COSTANZA, Torino, 2000, 265 ss.; D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto. Art. 1664*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 2007, 319 ss.; D. RUBINO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di Vassalli, Torino, 1980, 695 ss.; C. GIANNATTASIO, *L'Appalto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXIV, 2, Milano, 1977, 126 ss.; G. MUSOLINO, *Art. 1664 – Onerosità o difficoltà dell'esecuzione*, in *Dei singoli contratti. Artt. 1655-1802*, a cura di D. VALENTINO, II, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2011, 102 ss.; M. PENNASILICO, *Il corrispettivo*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2011, 121 ss., spec. 150 ss.; V. DI GREGORIO, *Appalto. Sopravvenienze*, in *Opere e servizi – I*, III, *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, condiretto da A. M. BENEDETTI, Milano, 2014, 525 ss.; S. POLIDORI, *Appalto*, in *Tratt. dir. civ. del C.N.N.*, diretto da P. PERLINGIERI, IV, 23, Napoli, 2015, 128 ss.; R. GRISAFI, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della pre-supposizione*, Milano, 2016, 151 ss.

<sup>3</sup> L'art. 1664 cod. civ. rappresenta, al pari dell'art. 1467 cod. civ., una novità nell'impianto del codice civile del 1942. L'ordinamento italiano fu sostanzialmente il primo a prevedere una disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta, delineando una disciplina generale (art. 1467 cod. civ.) e una serie di rimedi speciali (fra cui rientra sicuramente l'art. 1664 cod. civ.) a favore della parte svantaggiata dalla sopravvenienza. Il codice previgente, infatti, sanciva il principio dell'invariabilità del prezzo dell'opera, indipendentemente da ogni genere di aumento dei costi di produzione (cfr. art. 1640 del codice civile del 1865). In particolare, l'introduzione dell'art. 1664 cod. civ. e dell'art. 1467 cod. civ. sembra giustificata dall'esigenza di adottare strumenti che, a fronte di eventi imprevedibili (come gli eventi verificatisi in periodo di guerra), siano in grado di garantire un'adeguata gestione delle attività economiche senza sconvolgere però l'equilibrio originario fra le prestazioni dovute. Sulla natura innovativa degli artt. 1467 e 1664 cod. civ., nonché sulle ragioni giustificative della loro introduzione nell'ambito del codice civile del 1942, cfr. V. DI GREGORIO, *Appalto. Sopravvenienze*, cit., 526-527.

<sup>4</sup> La distinzione fra le due fattispecie disciplinate all'art. 1664, c. 1 e c. 2, cod. civ. sembra ormai piuttosto consolidata in dottrina (cfr., per tutti, R. SABATO, *La sopravvenienza nell'appalto privato*, cit., 10) come in giurisprudenza (cfr. CASS., 10 luglio 1984, n. 4049, in *Giust. civ.*, 1985, I, 86).

<sup>5</sup> Si sceglie così d'incentrare la presente analisi sul problema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, escludendo dall'ambito d'indagine lo studio dell'inadempimento e soprattutto dell'impossibilità sopravve-



2. – L'art. 1664, c. 1, cod. civ. disciplina l'onerosità dell'esecuzione. Qualora, in seguito al verificarsi di circostanze imprevedibili, siano intervenute aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera in grado di produrre un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere l'adeguamento del corrispettivo originario<sup>6</sup>.

La disciplina specifica dovrebbe applicarsi pertanto solo in presenza di "aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera". In realtà, sono stati ricondotti alla disciplina dell'art. 1664, c. 1, cod. civ., con riferimento all'aumento o alla diminuzione nel costo dei materiali, non solo le variazioni del costo delle materie prime, ma anche le variazioni dei costi di trasporto dei materiali. Nella stessa ottica, sono stati ricondotti alla disciplina dell'art. 1664, c. 1, cod. civ., con riferimento all'aumento o alla diminuzione del costo della mano d'opera, non solo le variazioni del salario degli ausiliari, ma anche l'aumento o la diminuzione dei vari contributi che gravano sul datore di lavoro<sup>7</sup>.

---

nuta. Mentre le differenze con l'inadempimento risultano da sempre piuttosto nette (derivanti, com'è chiaro, dal comportamento delle parti durante l'esecuzione del rapporto), maggiori problemi sono sorti circa la distinzione fra eccessiva onerosità e impossibilità sopravvenuta. Nel testo, si richiama (seppur implicitamente) la distinzione fra "le sopravvenienze che producono un'alterazione soprattutto del prezzo di mercato delle prestazioni, il cui contenuto permanga [sostanzialmente] immutato, e quelle che incidono, prima ancora che sulla misura dei valori scambiati, sul contenuto stesso delle prestazioni" (T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1099). Come si è già ricordato altrove (v. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, 17 ss.), sembra possibile, infatti, distinguere due "classi" di norme all'interno della disciplina legislativa sulle sopravvenienze contrattuali: le disposizioni riconducibili alla prima disciplinano gli eventi che modificano principalmente il valore di scambio della prestazione contrattuale (cc.dd. "variazioni quantitative"); le disposizioni riconducibili alla seconda disciplinano gli eventi che incidono direttamente sul contenuto contrattuale (cc.dd. "variazioni qualitative"). Questa distinzione sembra rappresentare l'(attuale) esito dell'annoso dibattito (dottrinale e giurisprudenziale) sui rapporti fra eccessiva onerosità e impossibilità sopravvenuta. Il tema è troppo ampio e complesso per essere qui, anche solo superficialmente, affrontato. Per una ricostruzione, cfr., per tutti, E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, 17 ss.

<sup>6</sup>In giurisprudenza, le sentenze pronunciate in seguito a una domanda di revisione del prezzo da parte dell'appaltatore per il sopravvenuto aumento del costo dei materiali e della manodopera sono numerose, mentre le sentenze pronunciate in seguito a una domanda di revisione del prezzo da parte del committente per sopravvenuta diminuzione del costo di produzione sono piuttosto rare. Sul punto, cfr., per tutti, A. PISU, *Art. 1664. Onerosità o difficoltà di esecuzione*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, Milano, 2010, 481.

<sup>7</sup>Cfr. CASS., 11 luglio 1990, n. 7208, in *Arch. civ.*, 1991, 59, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1990, 567; CASS., 25 febbraio 1987, n. 1983, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, fasc. 2. Nella stessa ottica, si applica l'art. 1664, c. 1,



Quest'interpretazione estensiva finisce così per ricomprendere fra le fattispecie disciplinate dall'art. 1664, c. 1, cod. civ. praticamente tutte le sopravvenienze capaci d'incidere sul costo dei fattori di produzione<sup>8</sup>.

Tuttavia, il rimedio della revisione del corrispettivo scatta soltanto in seguito al verificarsi di circostanze "imprevedibili" capaci di determinare aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della manodopera "superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto" (art. 1664, c. 1, cod. civ.).

Al presupposto applicativo "generale" dell'imprevedibilità degli eventi sopravvenuti (già stabilito dall'art. 1467 cod. civ.)<sup>9</sup>, si affianca così un preciso parametro legislativo, che costituisce un "limite di naturale aleatorietà dell'appalto"<sup>10</sup>: l'aumento o la diminuzione nel costo dei fattori produttivi dev'essere superiore al decimo del prezzo complessivo per far scattare il rimedio della revisione del corrispettivo originario<sup>11</sup>.

Peraltro, l'adeguamento del corrispettivo – sempre ai sensi dell'art. 1664, c. 1, cod. civ. – è possibile soltanto per la differenza che eccede il decimo (ad esempio, un aumento di 20.000 euro nel costo dei materiali o della mano d'opera rispetto ad un prezzo com-

---

cod. civ. non solo ai lavoratori "manuali" (come gli operai), ma anche agli impiegati "di concetto" (come tecnici e amministrativi).

<sup>8</sup> In realtà, come si avrà modo di chiarire, sia le fattispecie disciplinate dal primo comma sia le fattispecie disciplinate dal secondo comma dell'art. 1664 cod. civ. incidono, seppur diversamente, sul costo dei fattori di produzione.

<sup>9</sup> Confrontando l'art. 1664, c. 1, cod. civ. con la disciplina generale dell'art. 1467 cod. civ., si è poi osservato che la norma "speciale" fa riferimento soltanto alle "circostanze imprevedibili". Nella prassi degli interpreti, la formula dell'art. 1467 cod. civ. ("avvenimenti straordinari e imprevedibili") viene intesa come un'endiadi senza attribuire alcun rilievo autonomo al carattere della straordinarietà delle circostanze, che viene "assorbito" dal principio dell'imprevedibilità (cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 953 ss.; F. MACARIO, *La risoluzione per eccessiva onerosità, Il Contratto in generale*, III, 2, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, 1209 ss.). In quest'ottica, il parametro dell'imprevedibilità è costituito – secondo la dottrina prevalente – da un *profilo "oggettivo"*, rappresentato dal c.d. "*criterio dell'uomo medio*" (che racchiude interamente la valutazione circa l'ordinarietà/straordinarietà dell'evento), e da una serie di *criteri individualizzanti* che correggono in senso "*soggettivo*" la valutazione dell'uomo medio (cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 953 ss.). Quest'interpretazione sembra escludere pertanto ogni distinzione tra i presupposti della risoluzione *ex art. 1467 cod. civ.* e quelli della revisione del prezzo *ex art. 1664, c. 1, cod. civ.* L'unico carattere da considerare è sempre l'imprevedibilità delle circostanze, mentre la straordinarietà degli avvenimenti non sembra assumere rilievo autonomo: la differente formulazione delle due norme si risolve, dunque, in una "discrepanza meramente formale" (cfr. O. CAGNASSO, *op. cit.*, 80).

<sup>10</sup> C. G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., 293.

<sup>11</sup> La giurisprudenza sembra applicare il parametro individuato dal primo comma dell'art. 1664 cod. civ. in modo rigoroso. Sul punto, cfr. CASS., 22 marzo 2012, n. 4602, in *Rep. Leggi d'Italia De Agostini online*; CASS., 13 settembre 2006, n. 19655, in *Giust. civ.*, 2007, 12, I, 2799; CASS., 7 dicembre 2001, n. 15518, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 2114.



plussivo di 100.000 euro porta il corrispettivo dell'opera o del servizio a 120.000 euro, permettendo all'appaltatore di ottenere una revisione del corrispettivo solo per i 10.000 euro eccedenti il decimo del prezzo complessivo)<sup>12</sup>.

3. – La seconda ipotesi di sopravvenienze nel contratto d'appalto disciplina le “difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore” (art. 1664, c. 2, cod. civ.).

Il problema si presenta “a fronte dell'imprevedibile necessità di utilizzare o una maggiore quantità di uomini e di mezzi o uomini e mezzi dalle caratteristiche differenti da quelli previsti all'atto della stipulazione del contratto di appalto, necessità che gli impone un aumento del costo della propria prestazione”<sup>13</sup>.

In queste ipotesi, solo l'appaltatore può richiedere “un equo compenso” per fronteggiare le sopravvenienze che rendono più difficile l'esecuzione dell'appalto per cause – “non previste dalle parti” – geologiche, idriche e simili.

Si considerano però giuridicamente rilevanti, svalutando parzialmente la lettera della norma, solo le cause non previste in concreto dalle parti e, al contempo, imprevedibili al momento della conclusione del contratto<sup>14</sup>. Viene così ripartito tra le parti il rischio con-

---

<sup>12</sup> Il codice detta i limiti entro cui è ammessa la revisione del prezzo, ma non individua i criteri di calcolo dell'importo revisionale. Nella prassi, l'importo revisionale viene pertanto concretamente determinato dal giudice con una certa elasticità. Sul punto, cfr. R. SABATO, *op. cit.*, 18 ss., spec. 20 ss.; D. RUBINO, *L'appalto*, cit., 720 ss.

Pertanto, una volta che la revisione del prezzo è stata effettuata, la parte attrice – qualora la controparte non provveda a pagare la differenza tra il “vecchio” ed il “nuovo” corrispettivo – potrà chiedere, ove ne ricorrano i presupposti, la risoluzione del contratto per inadempimento (*ex art.* 1453 cod. civ.).

<sup>13</sup> A. PISU, *Art. 1664. Onerosità o difficoltà di esecuzione*, cit., 492. In quest'ottica, come si avrà modo di sottolineare, le fattispecie di difficoltà dell'esecuzione incidono, prima ancora che sulla misura dei valori scambiati, sul contenuto stesso delle prestazioni dovute. In questo senso, cfr., G. A. DE REGIBUS, *Riflessioni in tema di onerosità o difficoltà nell'esecuzione dell'appalto*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 152.

Pertanto, le fattispecie di difficoltà dell'esecuzione (art. 1664, c. 2, cod. civ.) vanno tenute distinte dalle ipotesi descritte nelle norme sulle variazioni d'opera (artt. 1659-1661 cod. civ.), che, derogando anch'esse al principio generale d'invariabilità del prezzo nell'appalto, permettono alle parti di modificare il corrispettivo originariamente convenuto. In particolare, l'art. 1664, c. 2, cod. civ. attribuisce all'appaltatore il diritto di ottenere un equo compenso solo in presenza di circostanze imprevedibili sopravvenute che, pur modificando l'equilibrio originario delle prestazioni, non producono una vera e propria variazione del progetto iniziale, mentre gli artt. 1659-1661 cod. civ. si applicano solo in presenza di una variazione nel progetto originario, indipendentemente dalla natura prevedibile o meno dell'evento sopravvenuto. Sul punto, cfr. F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., 151 ss.

<sup>14</sup> Tale posizione risulta decisamente maggioritaria in dottrina come in giurisprudenza. In letteratura, cfr.



trattuale dell'appalto “in base a criteri di natura oggettiva rigidamente predeterminati (come, appunto, la non imputabilità delle circostanze sopravvenienti)”<sup>15</sup>. D'altronde, le difficoltà di esecuzione nascono spesso da un difetto di programmazione tecnica nel compimento dell'opera o nella predisposizione del servizio: l'accollo del rischio prevedibile (e non solo del rischio concretamente già previsto) all'appaltatore “può indurlo ad una maggior cura nella programmazione dell'esecuzione, ad utilizzare tecniche e modalità tali da prevenire «spiacevoli sorprese»”<sup>16</sup>.

L'art. 1664, c. 2, cod. civ. individua peraltro un limite di normale aleatorietà diverso dal “decimo del prezzo complessivo convenuto” (c. 1): l'appaltatore può ottenere un “equo compenso” per fronteggiare difficoltà nell'esecuzione dell'opera derivanti da cause che rendono la prestazione dell'appaltatore “notevolmente più onerosa”<sup>17</sup>. Si adotta

---

C. GIANNATTASIO, *L'Appalto*, cit., 115, 121; D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto*, cit., 337; P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, cit., 127 ss. In giurisprudenza, cfr. CASS., 31 maggio 2006, n. 12995, in *Rep. Foro it.*, voce «Appalto», 2006, 43; CASS., 23 novembre 1999, n. 12989, in *Contratti*, 2000, 3, 265 ss., in *Studium juris*, 2000, 452 ss. In senso contrario, cfr. M. MONTANARI, *La revisione dei prezzi nell'appalto*, cit., 596.

<sup>15</sup>P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, cit., 128. In questo senso, cfr. CASS., 31 dicembre 2013, n. 28812, in *I Contratti*, 2015, 169, con nota di M. CARAI; CASS., 25 settembre 2012, n. 16254, in *Rep. Foro it.*, voce «Professioni intellettuali», 2012, n. 169, 1487; CASS., 23 novembre 1999, n. 12989, in *Studium juris*, 2000, 452, in *Contratti*, 2000, 3, 265; CASS., 31 maggio 2006, n. 12995, in *Rep. Foro it.*, voce «Appalto», 2006, n. 43, 648.

<sup>16</sup>O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., 114. Inoltre, lo stesso Autore ritiene significativo anche il fatto che il progetto Vivante richiedesse la natura straordinaria e *imprevedibile* non solo per le cause di onerosità ma anche per le cause di difficoltà dell'esecuzione. Si allinea così la norma relativa alle difficoltà di esecuzione con la disciplina sull'onerosità della prestazione nell'appalto (art. 1664, c. 1, cod. civ.) e con la disciplina generale dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 cod. civ.). Tuttavia, le ragioni di uniformità tra disciplina generale (art. 1467 cod. civ.) e speciale (art. 1664, c. 1 e 2, cod. civ.) delle sopravvenienze potrebbero rivelarsi di per sé insufficienti a giustificare un'interpretazione non letterale dell'art. 1664, c. 2, cod. civ. Non mancano, infatti, nel nostro ordinamento ipotesi di sopravvenienze giuridicamente rilevanti anche in assenza del presupposto dell'imprevedibilità al momento della conclusione del contratto originario (si pensi, ad esempio, alle fattispecie di impossibilità, totale o parziale, sopravvenuta durante l'esecuzione del rapporto).

<sup>17</sup>Il dato letterale dell'art. 1664, c. 2, cod. civ. risulta simile, anche se non esattamente sovrapponibile, all'onerosità “eccessiva” della prestazione ex art. 1467 cod. civ. In particolare, si è sottolineato come la “notevole” onerosità implichi “qualcosa di meno” (C. G. TERRANOVA, *op. cit.*, 305) rispetto all'onerosità “eccessiva”, configurando una possibile distinzione anche sotto il profilo rimediabile: in caso di “notevole onerosità” sopravvenuta, il giudice potrebbe concedere all'appaltatore soltanto un equo compenso, mentre in caso di “eccessiva onerosità” sopravvenuta, l'appaltatore potrebbe richiedere direttamente la risoluzione del contratto originario. Tale ricostruzione finisce per accostare due norme (l'art. 1664, c. 2 e l'art. 1467 cod. civ.) volte a disciplinare fenomeni giuridici diversi. In particolare, come si avrà modo di evidenziare nel corso della trattazione, mentre l'art. 1467 cod. civ. disciplina sopravvenienze che incidono unicamente sul valore di scambio della prestazione contrattuale (c.d. variazioni “quantitative”), l'art. 1664, c. 2, cod. civ. disciplina sopravvenienze che incidono direttamente sul contenuto stesso della prestazione dovuta (c.d. variazioni “qualitative”).



così una formula elastica, che attribuisce un ruolo centrale al prudente apprezzamento del giudice, senza delineare *ex lege* il limite esatto di normale aleatorietà del contratto<sup>18</sup>.

Infine, l'equo compenso *ex art. 1664, c. 2, cod. civ.* viene attribuito come rimedio nei confronti delle difficoltà di esecuzione derivanti da “cause geologiche, idriche e simili”.

Il dato letterale dell'articolo sembra limitarne l'applicazione alle sopravvenienze “naturali”: il termine “simili” parrebbe riferito solo alle cause che hanno “le stesse qualità e caratteristiche di quelle precedenti esplicitamente menzionate e non anche (al)le sopravvenienze oggettive di tipo diverso dalle cause naturali, quantunque produttive di effetti analoghi o simili”<sup>19</sup>.

A tale lettura si oppone – oltre all'art. 516 del Progetto Vivante di Codice di commercio<sup>20</sup> – la Relazione al codice civile<sup>21</sup>, che afferma l'applicabilità della disciplina inerente le difficoltà nell'esecuzione dell'opera a tutte le cause obiettive non imputabili alle parti<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> In realtà, si è cercato d'individuare alcuni criteri per indirizzare il giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale. In particolare, sono stati ritenuti – in dottrina come in giurisprudenza – insufficienti per attribuire all'appaltatore un equo compenso un aumento del prezzo di “non scarsa importanza” o un'onerosità sopravvenuta rientrante nella normale alea del contratto. Inoltre, si è escluso che l'appaltatore – mediante il conseguimento di un equo compenso – possa conseguire addirittura un profitto. Malgrado l'introduzione in via interpretativa dei suddetti criteri, risulta però evidente il ruolo centrale tutt'ora attribuito al prudente apprezzamento del giudice. Una volta presa la decisione di attribuire l'equo compenso alla parte onerata dalla sopravvenienza, il giudice deve quantificare il compenso suppletivo secondo equità, considerando i prezzi di mercato al momento della sentenza e avvalendosi, se necessario, anche di un consulente tecnico d'ufficio. Sul punto, cfr. C. G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., 306 ss.

<sup>19</sup> CASS., 24 aprile 1992, n. 4940, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 4. Questa posizione risulta maggioritaria in giurisprudenza, cfr. CASS., 28 marzo 2001, n. 4463, in *Contratti* (I), 2001, 1134 con nota di A. ADDANTE; CASS., 27 aprile 1993, n. 4959, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 764; CASS., 5 febbraio 1987, n. 1121, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, fasc. 2; CASS., 14 gennaio 1987, n. 173, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, fasc. 1; CASS., 16 gennaio 1986, n. 227, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, fasc. 1; CASS., 26 gennaio 1985, n. 387, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, fasc. 1; CASS., 26 novembre 1984, n. 6106, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, fasc. 1; CASS., 20 febbraio 1984, n. 1201, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, 388; CASS., 13 marzo 1982, n. 1638, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, fasc. 3; CASS., 19 marzo 1980, n. 1818, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, fasc. 3; COLL. ARB., 18 maggio 1985, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1986, 800; COLL. ARB., 24 aprile 1986, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1987, 509; COLL. ARB., 23 settembre 1986, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1987, 1143. Nello stesso senso, cfr., in letteratura, G. MUSOLINO, *Art. 1664 – Onerosità o difficoltà dell'esecuzione*, cit., 118 ss.

<sup>20</sup> L'art. 516 del Progetto Vivante di Codice di commercio accomunava le due fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e della difficoltà di esecuzione dell'opera, attualmente disciplinate al primo e al secondo comma dell'art. 1664 cod. civ.: l'appaltatore poteva richiedere la revisione del prezzo o la risoluzione del contratto per il verificarsi di “circostanze straordinarie ed imprevedibili”.

<sup>21</sup> La Relazione al codice civile del '42, illustrando il secondo comma dell'art. 1664 cod. civ., si riferisce genericamente a “difficoltà di esecuzione derivanti da cause obiettive”, senza ulteriori specificazioni. Sul punto cfr. *Codice Civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul “valore giuridico della carta del lavoro”*, Istituto poligrafico dello Stato, 1943, n. 702.

<sup>22</sup> L'argomento storico potrebbe risultare insufficiente da solo ad ampliare l'ambito applicativo della



Anche l'argomento "sistematico" parrebbe ostare ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 1664, c. 2, cod. civ., evidenziando l'impossibilità di chiedere l'equo compenso per sopravvenienze derivanti da cause che, seppur formalmente diverse da quelle naturali, producono effetti analoghi sul contratto originario.

Si rischia, cioè, di configurare un'irragionevole disparità di trattamento fra gli appaltatori pregiudicati da una sopravvenienza derivante da cause naturali, che possono ottenere un equo compenso e consegnare l'opera terminata, e gli appaltatori pregiudicati da sopravvenienze non imputabili alle parti ma, al contempo, non riconducibili a cause naturali, che potrebbero richiedere soltanto i restanti rimedi previsti dal codice civile<sup>23</sup>.

Un'interpretazione troppo restrittiva della formula "cause geologiche, idriche e simili" finirebbe dunque per contrapporsi alla *ratio* stessa dell'art. 1664 cod. civ., che mira a conservare sempre il rapporto contrattuale originario attraverso l'adeguamento del prezzo<sup>24</sup>.

---

norma a fronte di un dato letterale apparentemente contrario. Alla luce di un'interpretazione letterale dell'art. 1664, c. 2, cod. civ., si potrebbe infatti sostenere che l'orientamento legislativo, in origine diretto a tutelare l'appaltatore nei confronti di tutte le sopravvenienze (art. 516 del Progetto Vivante di Codice di commercio), si è parzialmente modificato nel tempo, circoscrivendo – in sede codicistica – l'ambito applicativo della norma alle sole "cause naturali".

<sup>23</sup> In realtà, l'art. 1664, c. 2, cod. civ., disciplinando sopravvenienze che incidono direttamente sul contenuto contrattuale (c.d. variazioni "qualitative", v., *supra*, § 1, nt. 5), comporta l'eventuale applicazione residuale di norme diverse dall'art. 1467 cod. civ.: si pensa così all'art. 1672 cod. civ., che disciplina l'impossibilità sopravvenuta (parziale) nel contratto d'appalto, oppure, tutt'al più, all'art. 1464 cod. civ., che disciplina, com'è noto, l'impossibilità sopravvenuta del contratto in generale. Sia l'art. 1672 cod. civ. sia l'art. 1464 cod. civ. disciplinano infatti – al pari dell'art. 1664, c. 2, cod. civ. e a differenza dell'art. 1467 cod. civ. – sopravvenienze capaci d'incidere direttamente sul contenuto della prestazione dovuta (c.d. variazioni "qualitative").

Tuttavia, l'art. 1664, c. 2, cod. civ. e l'art. 1672 cod. civ. si distinguono perché l'art. 1664, c. 2, cod. civ. disciplina le difficoltà dell'esecuzione, attribuendo all'appaltatore onerato un equo compenso e giungendo così alla consegna dell'opera, mentre l'art. 1672 cod. civ. disciplina l'impossibilità (parziale) di esecuzione dell'opera, addossando al committente il pagamento dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito per l'opera intera (che non sarà mai consegnata). Le due norme, pur disciplinando entrambe sopravvenienze in grado d'incidere direttamente sul contenuto contrattuale, sono pertanto diverse e comportano conseguenze giuridiche (ed economiche) sensibilmente distinte. Sul punto, cfr. A. LUMINOSO, *1672. Impossibilità di esecuzione dell'opera. 1673. Perimento o deterioramento della cosa*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, Milano, 2010, 686 ss., spec. 693. In senso contrario, la giurisprudenza maggioritaria – anche recente – individua la disciplina residuale in caso di difficoltà dell'esecuzione non ricomprese nell'ambito dell'art. 1664, c. 2, cod. civ. proprio nell'art. 1467 cod. civ., estendendo così l'ambito di applicazione della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta in tema di appalto. Sul punto, cfr. CASS., 31 dicembre 2013, n. 28812, cit.

<sup>24</sup> Secondo la giurisprudenza di legittimità, "il Legislatore del 1942 ha [...] ritenuto che non fosse conforme ad equità riversare soltanto sull'appaltatore le conseguenze negative di complicazioni non previste e non prevedibili al momento della conclusione del contratto ed in considerazione di quanto sopra ha perciò definitivamente chiarito, con una disposizione costituente specificazione del più generale principio di cui all'art. 1467 cod. civ., che nell'ipotesi in cui le predette difficoltà rendano sensibilmente più pesante la pre-



Peraltro, un'interpretazione "estensiva" è suggerita anche da una lettura complessiva dell'art. 1664 cod. civ.: se il primo comma disciplina i casi di eccessiva onerosità sopravvenuta connessa direttamente a tutti i fattori produttivi, non si comprende per quale motivo il secondo comma dovrebbe disciplinare solo le difficoltà di esecuzione derivanti da cause "naturali" e non, più genericamente, le difficoltà di esecuzione derivanti da tutte le cause obiettive non imputabili alle parti (come, ad esempio, il *factum principis* o il fatto del terzo)<sup>25</sup>.

4. – Per approfondire il rapporto tra le due ipotesi di sopravvenienze nel contratto d'appalto, si deve considerare, com'è già stato correttamente sottolineato in letteratura, il comportamento dell'appaltatore nella sua duplice attività di "speculatore commerciale" e di "operatore d'industria".

Per un verso, l'appaltatore, speculando sulla differenza tra il prezzo di vendita dell'opera (o del servizio) e il costo delle materie prime, agisce come un semplice commerciante; per un altro, l'appaltatore, realizzando un'opera (o un servizio), agisce come un vero produttore.

Tali considerazioni trovano un riflesso immediato nelle due fattispecie disciplinate dall'art. 1664 cod. civ.: "il rischio di onerosità sopravvenute incide sull'esecuzione del contratto ed attiene al profilo speculativo; il rischio di difficoltà sopravvenute incide invece sulla programmazione dell'attività produttiva ed attiene al profilo operativo"<sup>26</sup>.

Le ipotesi specifiche di sopravvenienze individuate dall'art. 1664 cod. civ., pur comportando sempre un aumento dei costi di produzione, si pongono pertanto su piani diversi.

In particolare, l'onerosità sopravvenuta, incidendo sul valore di scambio dei fattori di produzione, comporta l'aumento o la diminuzione del costo complessivo (art. 1664, c. 1, cod. civ.), mentre le difficoltà dell'esecuzione, incidendo direttamente sul contenuto del

---

stazione dell'appaltatore, il committente deve corrispondergli un compenso aggiuntivo, che prescindendo da qualsiasi colpa dell'onerato e mirando esclusivamente a contenere il rischio del beneficiario, è privo di qualsiasi carattere risarcitorio e rappresenta soltanto una semplice obbligazione di valuta destinata a riequilibrare le contrapposte posizioni delle parti" (cfr. CASS., 13 febbraio 2003, n. 2146, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 323, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1807, in *Foro it.*, 2003, I, 3416, con nota di R. PARDOLESI).

<sup>25</sup> Com'è già stato acutamente osservato in letteratura (O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., 95 ss.), l'art. 1664, c. 2, cod. civ., da un lato, si configura come "norma residuale", trovando applicazione solo in ipotesi di sopravvenienze che incidono sul contenuto del contratto originario ma senza provocare una variazione dell'opera, dall'altro, si configura come "norma di chiusura" del sistema, applicandosi a tutte le difficoltà dell'esecuzione derivanti da cause non imputabili alle parti.

<sup>26</sup> O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., 104.



contratto e costringendo l'appaltatore ad utilizzare o una maggiore quantità di uomini e mezzi o uomini e mezzi differenti da quelli originariamente previsti, comportano solo indirettamente un aumento del costo di produzione (art. 1664, c. 2, cod. civ.).

Ritenendo l'onerosità sopravvenuta, secondo l'orientamento dottrinale prevalente, riconducibile ad un evento soltanto (o perlomeno prevalentemente) "perturbativo" dell'originario equilibrio contrattuale (e non incidente direttamente sul contenuto delle prestazioni), l'art. 1664, c. 1, cod. civ. finisce così per rappresentare la principale disciplina legislativa dell'eccessiva onerosità nel contratto d'appalto.

Del resto, neanche ricomprendendo – sulla scorta dell'orientamento finora contestato – le difficoltà dell'esecuzione di cui all'art. 1664, c. 2, cod. civ. nell'alveo della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta sembra possibile giungere a conclusioni significativamente diverse dalla ricostruzione appena prospettata.

Le difficoltà nell'esecuzione – ai sensi dell'art. 1664, c. 2, cod. civ. – devono essere ricondotte, come si è visto, a cause (geologiche, idriche e simili), che, non previste dalle parti, rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore "nel corso dell'opera". Sorgono pertanto, a prescindere dalle riflessioni finora sviluppate, non poche perplessità sull'eventuale ruolo dell'art. 1664, c. 2, cod. civ. nell'ottica di consentire "un'esportazione" della disciplina nell'ambito di contratti che non comportano la realizzazione di un'opera materiale (a partire, per esempio, dall'appalto di servizi).

Ne deriva un'ulteriore conferma della centralità soprattutto del primo comma dell'art. 1664 cod. civ. nell'ambito della disciplina codicistica dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

**5.** – L'art. 1664 cod. civ. è generalmente considerato un'applicazione specifica al contratto d'appalto della disciplina più generale dell'art. 1467 cod. civ. in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Posizioni diverse si sono però manifestate circa gli esatti rapporti intercorrenti tra il rimedio generale della risoluzione del contratto ed i rimedi specifici della revisione del prezzo e dell'equo compenso.

Mentre secondo la dottrina ampiamente maggioritaria, "non v'è incompatibilità tra la norma dell'art. 1664 cod. civ. e quella dell'art. 1467, per cui la norma speciale non esclude, al di fuori delle ipotesi in essa contemplate, il ricorso al rimedio generale"<sup>27</sup>, se-

---

<sup>27</sup>C. GIANNATTASIO, *L'Appalto*, cit., 128, nt. 45, 294 ss.



condo una dottrina minoritaria, “agli appalti si applica sempre e solo l’art. 1664, che costituisce la norma speciale, e mai l’art. 1467, che costituisce la norma generale, derogata da quella speciale”<sup>28</sup>.

In particolare, sembra condivisibile l’opinione di chi, senza escludere del tutto l’applicabilità della disciplina generale *ex art.* 1467 cod. civ. alle sopravvenienze intervenute durante l’esecuzione del contratto d’appalto, sottolinea come, in virtù dell’interpretazione estensiva dell’art. 1664, c. 1, cod. civ., lo spazio lasciato vuoto dalla norma speciale sia piuttosto ridotto<sup>29</sup>.

Invero, un’esclusione assoluta dell’operatività dell’art. 1467 cod. civ. non può essere condivisa per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, “l’art. 1664 cod. civ. non prevede un obbligo di adeguamento del contratto, bensì un diritto facoltativo di adeguamento del contratto”, limitandosi così a tratteggiare semplicemente diritti ulteriori rispetto a quelli già riconosciuti dall’art. 1467 cod. civ. come una sorta di “minimo comun denominatore”<sup>30</sup>.

In secondo luogo, precludendo del tutto l’applicazione dell’art. 1467 cod. civ. al contratto d’appalto, si rischia d’ignorare talvolta la realizzazione stessa degli interessi dei contraenti: si pensi, ad esempio, al caso in cui per l’appaltatore o per il committente – oppure per entrambi – sia più opportuno chiedere la risoluzione del contratto in presenza dei presupposti *ex art.* 1467 cod. civ., anziché conservare il rapporto originario con un corrispettivo decisamente più alto in seguito ai maggiori costi di produzione derivanti dalle circostanze sopravvenute durante l’esecuzione dell’appalto<sup>31</sup>.

D’altronde, la disciplina generale di cui all’art. 1467 cod. civ. può sempre “riemergere”, secondo l’orientamento (dottrinale e giurisprudenziale) maggioritario, in presenza di un

---

<sup>28</sup> D. RUBINO, *L’appalto*, cit., 698. Nello stesso senso, più recentemente, S. POLIDORI, *Appalto*, cit., 132.

<sup>29</sup> In questo senso, sembra orientato – almeno in parte – chi afferma che lo spazio lasciato vuoto dall’interpretazione estensiva della norma speciale (art. 1664 cod. civ.) per consentire l’applicazione della norma generale (art. 1467 cod. civ.) “si riduce a poco o nulla” (O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., 141).

<sup>30</sup> A. RICCIO, *Eccessiva onerosità. Artt. 1467-1469 c.c.*, cit., 114-115.

<sup>31</sup> In questo senso, oltre alle pagine di R. TOMMASINI (*Appalto privato e inflazione*, in *Dizionari del diritto privato*, diretti da N. IRTI, V, *Diritto monetario*, a cura di N. IRTI e G. GIACOBBE, Milano, 1987, 20-22) e di A. RICCIO (*Dell’eccessiva onerosità*, cit., 114-115), convergono anche le riflessioni di D. RUBINO, G. IUDICA (*Appalto*, cit., 322-323), V. DI GREGORIO (*Appalto. Sopravvenienze*, cit., 536) e di E. AL MUREDEN (*Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, cit., 152-153). Questa posizione dottrinale fatica ad affermarsi in giurisprudenza di legittimità (v. però CASS., 11 dicembre 1956, n. 4400, in *Rep. Foro it.*, 1956), mentre sembra più spesso adottata dalla giurisprudenza arbitrale (cfr. COLL. ARB., 20 giugno 1985, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1986, 1240; COLL. ARB., 26 ottobre 1974, in *Arbitrati e app.*, 1975, 279).



preciso accordo tra le parti in grado di escludere l'applicazione della disciplina speciale<sup>32</sup>: i contraenti – in virtù del carattere dispositivo dell'art. 1664 cod. civ.<sup>33</sup> – possono escludere, infatti, l'operatività della disciplina speciale, riconoscendo alla parte onerata soltanto il diritto alla risoluzione del contratto originario in presenza dei presupposti di cui all'art. 1467 cod. civ.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> In realtà, risulta possibile individuare ulteriori ipotesi applicative dell'art. 1467 cod. civ. nell'ambito delle sopravvenienze del contratto d'appalto alla luce di una diversa lettura dell'art. 1664 cod. civ. In particolare, alcuni autori, interpretando restrittivamente la formula “cause geologiche, idriche e simili”, ritengono applicabile la disciplina dell'art. 1467 cod. civ. a tutte le difficoltà nell'esecuzione dell'opera non imputabili alle parti, ma al contempo non derivanti da cause naturali (cfr., in dottrina, C. GIANNATTASIO, *L'Appalto*, cit., 115 s.; D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto*, cit., 323; C. G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., 281; P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, cit., 151; in giurisprudenza, CASS., 14 gennaio 1987, n. 173, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, 50); altri autori considerano invece applicabile l'art. 1467 cod. civ. in presenza di aumenti molto rilevanti dei costi di produzione derivanti da difficoltà di esecuzione dell'opera che non possono essere adeguatamente fronteggiate “con i pannicelli caldi di un equo compenso” (O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., 588; si pensi, ad esempio, all'aumento rilevante dei costi di produzione in seguito a difficoltà di esecuzione dell'opera derivanti da eventi naturali di grave entità, come terremoti e inondazioni). In ogni caso, sembra difficile immaginare che il compenso ex art. 1664, c. 2, cod. civ. possa risultare, al contempo, “equo” e assimilabile ad un “pannicello caldo”; in altri termini, delle due l'una: o si tratta di un compenso davvero “equo” o si tratta di un semplice “pannicello caldo”.

Peraltro, tali posizioni non sembrano condivisibili alla luce dell'interpretazione estensiva precedentemente fornita dell'art. 1664 cod. civ. (specie del secondo comma) e, soprattutto, alla luce della distinzione delineata tra le fattispecie di sopravvenienze previste al primo comma, che disciplina le circostanze in grado d'incidere sul valore di scambio dei fattori di produzione (cc.dd. variazioni “quantitative”), e le fattispecie di sopravvenienze previste al secondo comma, che disciplina circostanze in grado d'incidere direttamente sul contenuto stesso delle prestazioni dovute (cc.dd. variazioni “qualitative”). Secondo tale ricostruzione, le difficoltà nell'esecuzione dell'opera non espressamente disciplinate dall'art. 1664, c. 2, cod. civ. potrebbero comportare, tutt'al più, l'applicazione dell'art. 1672 cod. civ. o dell'art. 1464 cod. civ. In altri termini, si dovrebbe considerare l'applicazione della disciplina – “speciale” (art. 1672 cod. civ.) oppure “generale” (art. 1464 cod. civ.) – delle sopravvenienze in grado d'incidere direttamente sul contenuto delle prestazioni (senza provocare un'impossibilità totale della prestazione) piuttosto che dell'art. 1467 cod. civ., che costituisce invece la disciplina generale soltanto delle sopravvenienze in grado di modificare il valore di scambio delle prestazioni contrattuali. Quest'impostazione è stata peraltro recentemente condivisa (e valorizzata) da F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a “Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata”*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, in corso di pubblicazione (consultato grazie alla cortesia dell'Autore).

<sup>33</sup> In letteratura, cfr., *ex multis*, C. G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., 283. In giurisprudenza, cfr. CASS., 19 luglio 2018, n. 19296, in *De Jure*; CASS., 21 gennaio 2011, n. 1494, in *Rep. Foro it.*, voce «Appalto», 2011, n. 33, 490; CASS., 9 agosto 2001, n. 11001, in *Guida al diritto* 2001, 44, 64. Il carattere dispositivo dell'art. 1664 cod. civ. – affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti – viene escluso invece da S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, cit., 717 ss.; ID., *Appalto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, cit., 30, 138 ss.; ID., *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi*, cit., 575.

<sup>34</sup> In questo senso, cfr. CASS., 21 febbraio 2014, n. 4198, in *Rep. Leggi d'Italia De Agostini online*; CASS., 23 agosto 1993, n. 8903, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 1318. Una dottrina minoritaria (C. GIANNATTASIO, *L'Appalto*, cit., 127) e alcune isolate pronunce giurisprudenziali (CASS., 29 agosto 1990, n. 8949, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, 8) hanno definito, invece, “convenzionalmente aleatorio” il contratto d'appalto ove



Il rimedio risolutorio – pur conservando un’operatività residuale e sussidiaria rispetto alla disciplina speciale di cui all’art. 1664, c. 1, cod. civ. – sembra così mantenere ugualmente un proprio (seppur limitato) ambito applicativo anche in caso di un’eccessiva onerosità sopravvenuta durante l’esecuzione del contratto d’appalto.

6. – Come si è visto, il primo comma dell’art. 1664 cod. civ. rappresenta pertanto l’importante disciplina “speciale” delle sopravvenienze produttive di una mera alterazione del prezzo di mercato delle prestazioni nel contratto d’appalto. Ne deriva la necessità per l’interprete di verificare con attenzione il ruolo assunto dall’art. 1664, c. 1, cod. civ. nell’ambito dell’intero sistema rimediale dell’eccessiva onerosità sopravvenuta.

In passato, il primo comma dell’art. 1664 cod. civ. veniva considerato – al pari del secondo comma – una norma eccezionale dell’ordinamento, perché si riteneva rappresentasse una deroga alla disciplina generale dell’art. 1467 cod. civ. con riferimento soltanto alle sopravvenienze intervenute durante l’esecuzione dell’appalto d’opera<sup>35</sup>. In

---

le parti escludono specificamente l’operatività dell’art. 1664 cod. civ. senza prevedere alcuna clausola di revisione del prezzo originario in presenza di sopravvenienze contrattuali. In questo modo, risulterebbe precluso, alla luce dell’art. 1469 cod. civ., ogni possibile applicazione del rimedio risolutivo all’appalto, ormai trasformatosi, a tutti gli effetti, in contratto aleatorio. In senso contrario, si osserva, più correttamente, come l’inserimento di una clausola in grado di escludere *ex ante* ogni genere di revisione del prezzo non comporta lo snaturamento del contratto da commutativo ad aleatorio, ma piuttosto si limita a realizzare un ampliamento del rischio economico assunto da una delle parti. In questo modo, “l’appaltatore si accollerà oneri superiori a quelli normalmente a lui facenti carico, ma, potrà, laddove consentitogli, chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità del contratto” (P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, cit., 153).

Nella prassi però le parti, escludendo convenzionalmente la disciplina “speciale” dell’art. 1664 cod. civ., preferiscono di solito conservare il rapporto contrattuale originario attraverso l’inserimento nel contratto di clausole idonee a conseguire l’adeguamento automatico del corrispettivo (cc.dd. clausole d’indicizzazione) o la rinegoziazione dell’accordo iniziale (cc.dd. clausole di *hardship*) piuttosto che far “riemergere” la disciplina “generale” delle sopravvenienze contrattuali *ex art.* 1467 cod. civ. In quest’ottica, il contratto, attraverso l’inserimento di clausole per lo più standardizzate e rubricate come “amministrazione del contratto”, si trasforma in “uno strumento di gestione delle sopravvenienze e di soluzione “terapeutica” e quasi “fisiologica” delle controversie” (G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., 170).

<sup>35</sup> Questa l’interpretazione di D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto*, cit., 324; G. IUDICA, *Sorpresa geologica e revisione del contratto*, in *La disciplina dell’appalto tra pubblico e privato*, a cura di G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO e U. PERFETTI, Napoli, 2010, 12; M. STOLFI, voce *Appalto*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 629 ss. Una posizione meno netta viene assunta da P. RESCIGNO (voce *Appalto (dir. priv.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1999, 8), che evidenzia come “la revisione del prezzo, durante l’esecuzione nell’appalto a corpo e generalmente ad opera ultimata nell’appalto a misura, costituisce ipotesi eccezionale [...] Invero, la norma di cui all’art. 1664 cod. civ. costituisce una particolare applicazione del principio generale della sopravvenienza e tende a mantenere l’equilibrio delle prestazioni durante lo svolgimento del contratto [...] Questa norma costituisce la peculiare applicazione al contratto d’appalto del principio contenuto nell’art. 1467 cod. civ., che può ritenersi vigente per questo contratto solo nell’ipotesi in cui l’onerosità sopravvenuta sia da attribuire a cause diverse da quelle previste dall’art. 1664 cod. civ.,



questa prospettiva, si riteneva preclusa, in virtù dell'art. 14 delle "Disposizioni sulla legge in generale", l'applicazione analogica della disciplina "eccezionale" dell'art. 1664, c. 1, cod. civ. alle sopravvenienze intervenute durante l'esecuzione dei rapporti di durata diversi dall'appalto d'opera<sup>36</sup>.

Tale visione, per quanto autorevolmente sostenuta<sup>37</sup>, non risulta però condivisibile.

In particolare, l'art. 1664, c. 1, cod. civ. – al pari dell'art. 1467 cod. civ. – deroga al principio del c.d. "pacta sunt servanda" (art. 1372 cod. civ.), riconoscendo un altro rimedio contrattuale alla parte onerata da sopravvenienze che incidono sul valore di scambio delle prestazioni<sup>38</sup>. Alla luce dell'assetto peculiare (già considerato) del rischio contrattuale nell'appalto, l'art. 1664, c. 1, cod. civ. tutela però diversamente dall'art. 1467 cod. civ. la parte svantaggiata, assicurando ai contraenti l'esecuzione – anziché l'estinzione – del rapporto: da un lato, l'appaltatore consegue una revisione del prezzo, dall'altro, il committente, adeguando il corrispettivo originario, ottiene la consegna dell'opera<sup>39</sup>.

In altri termini, la revisione del prezzo (come anche l'equo compenso) soddisfa le esigenze specifiche delle parti di un contratto d'appalto, realizzando così una migliore composizione degli interessi in gioco rispetto al rimedio generale della risoluzione contrattuale.

In quest'ottica, l'art. 1664, c. 1, cod. civ. rappresenta – anche alla luce della Relazione al codice civile<sup>40</sup> – semplicemente un'applicazione speciale in materia di appalto

---

dovento, altrimenti, la *norma speciale* prevalere sulla norma generale, in quanto disciplina specifica di un contratto commutativo con caratteri particolari" (corsivi aggiunti).

Per una critica decisa alla distinzione tradizionale tra norme "eccezionali" e norme "speciali", cfr. F. MODUGNO, voce *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 506 ss., spec. 529 ss. In particolare, l'Autore afferma: "norme «singolari», «speciali», «eccezionali» sono, dunque, tre espressioni di comodo, variamente e non sempre univocamente impiegate, per designare entità diverse e, talora, la stessa entità, al fine di osservare o di eludere certe prescrizioni positive di difficile interpretazione, ovvero ritenute, a torto o a ragione, irrazionali e ingiustificate".

<sup>36</sup>Una volta affermata la natura "eccezionale" dell'art. 1664 cod. civ., l'art. 14 delle "Disposizione sulla legge in generale" non sembra lasciare, infatti, margini d'interpretazione ("Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati").

<sup>37</sup>Cfr., per tutti, D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto*, cit., 324.

<sup>38</sup>L'art. 1664 cod. civ. sembra così limitarsi a tratteggiare l'ulteriore rimedio dell'adeguamento del contratto oltre a quelli già riconosciuti dall'art. 1467 cod. civ. (cfr., *ex multis*, A. RICCIO, *Eccessiva onerosità. Artt. 1467-1469 c.c.*, cit., 114-115).

<sup>39</sup>L'esempio viene fatto nel testo con la fattispecie statisticamente più diffusa nella prassi negoziale dell'aumento dei costi di produzione, ma non può escludersi neanche l'ipotesi opposta.

<sup>40</sup>In particolare, la Relazione al codice civile afferma esplicitamente che l'art. 1664, c.1, cod. civ. "fa una decisa applicazione dell'art. 1467 relativo all'eccessiva onerosità della prestazione, accogliendo il principio della revisione dei prezzi dell'appalto quando per effetto di circostanze sopravvenute che le parti non potevano prevedere, si sia verificato un sensibile squilibrio delle rispettive posizioni contrattuali" (*Codice*



dell'art. 1467 cod. civ., perché non esclude i principi generali dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, ma "li specifica e li differenzia adattandoli"<sup>41</sup>.

Tale carattere "speciale" (e non "eccezionale") dell'art. 1664, c. 1, cod. civ. consente – e, in un certo senso, impone – di verificare l'operatività della suddetta disciplina anche al di fuori delle fattispecie di sopravvenienze intervenute durante l'esecuzione di un appalto d'opera<sup>42</sup>: ogni norma "speciale" risulta infatti suscettibile, almeno in astratto, non solo d'interpretazione estensiva, ma anche di applicazione analogica oltre i casi in essa espressamente considerati (senza essere sottoposta al divieto di cui all'art. 14 delle "Disposizioni sulla legge in generale")<sup>43</sup>.

Un'operazione del genere – e, conseguentemente, un'eventuale "generalizzazione"

---

*Civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul "valore giuridico della carta del lavoro", Roma, 1943, § 702).*

<sup>41</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 184. Nella stessa direzione – oltre alle pagine di N. IRTI (*Le leggi speciali fra teoria e storia*, in *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999, 53 ss.) – sembrano rivolte anche le riflessioni di P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., 17, laddove si specifica che "le regole speciali non sono necessariamente eccezionali: per essere tali non è sufficiente la particolarità della materia [...], ma occorre che sussista un contrasto con il principio".

Sul punto, con riferimento alla natura "speciale" dell'art. 1664 cod. civ., cfr. G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., 58 ss.; V. DI GREGORIO, *Appalto. Sopravvenienze*, cit., 534 ss.; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, cit., 710 ss.; ID., *Appalto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, cit., 128 ss. In giurisprudenza, v. CASS., 3 novembre 1994, n. 9060, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Appalto*, n. 46; CASS., 14 gennaio 1987, n. 173, cit.; CASS., 16 gennaio 1986, n. 227, cit. Secondo una certa visione dottrinale (cfr. D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto*, cit., 322), l'art. 1664 cod. civ. si limita a derogare alla disciplina dell'offerta di equa modificazione del contratto (art. 1467, c. 3, cod. civ.), rendendo obbligatorio e prioritario il rimedio che la norma generale configura come facoltativo. L'interpretazione dell'art. 1664 cod. civ. come applicazione "speciale" in materia di appalto dell'art. 1467 cod. civ. è stata recentemente avallata dalla giurisprudenza di merito (cfr. TRIB. BOLOGNA, 15 dicembre 2011, in *Rep. Leggi d'Italia De Agostini online*) e di legittimità (cfr. Cass., 19 luglio 2018, n. 19296, cit.; CASS., 31 dicembre 2013, n. 28812, cit.; CASS., 21 gennaio 2011, n. 1494, cit.).

<sup>42</sup> Si è cercato di valutare i margini per un'operazione ermeneutica di questo genere in E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 163 ss. Un tentativo simile, seppur con metodi ed esiti diversi, si riscontra negli studi di M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 480 ss., 495 ss.; M. PENNASILICO, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta dell'appalto tra scioglimento del rapporto e revisione del prezzo*, in AA.VV., *Domenico Rubino*, II, *Singole fattispecie negoziali*, a cura di P. PERLINGIERI e S. POLIDORI, Napoli, 2009, 851; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 710 ss.; ID., *Appalto*, cit., 128 ss.; ID., *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 569 ss., spec. 573; P. GALLO, *Contratto e buona fede*, Torino, 2009, 687 ss.

<sup>43</sup> Anche secondo N. LIPARI (*Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, II, 223 ss., 232 s.), l'art. 1664 cod. civ. rappresenta il coerente sviluppo di una disciplina giuridica diretta a compensare i rischi connessi allo svolgersi del contratto d'appalto. Sembra così possibile giustificare un'interpretazione estensiva e un'eventuale applicazione analogica della previsione a fattispecie diverse, seppur simili, rispetto all'appalto d'opera.



della disciplina del contratto d'appalto – sembra suggerita, oltre che dalla natura “speciale” dell'art. 1664, c. 1, cod. civ., da almeno tre ulteriori riflessioni di carattere generale.

La prima attiene alla peculiare configurazione del rischio contrattuale nell'ambito dell'appalto<sup>44</sup>. In particolare, rispetto alle parti di contratti a scambio istantaneo, l'appaltatore si assume un rischio contrattuale diverso e, come si è visto, decisamente più articolato: all'attività di carattere “speculativo” si affianca l'attività più propriamente “imprenditoriale”. Attraverso l'art. 1664 cod. civ., s'intende rispondere pertanto all'esigenza di tutelare diversamente la posizione dei contraenti alla luce dell'articolata operazione economica nonché del composito rischio contrattuale dell'appalto.

La seconda riflessione riguarda l'attuale centralità assunta dal contratto d'appalto nel nostro sistema giuridico. Se è vero che la disciplina originaria del contratto in generale risultava formulata sullo schema contrattuale della compravendita, è altrettanto vero che lo sviluppo della società italiana ha comportato un significativo aumento della produzione di beni e servizi e, conseguentemente, una valorizzazione dello schema contrattuale dell'appalto. Il contratto d'appalto si è così accreditato, col passare del tempo, come un valido strumento giuridico per consentire ai consociati di realizzare i loro interessi microeconomici<sup>45</sup>.

Infine, la terza riflessione attiene all'evoluzione del rapporto fra la disciplina del contratto in generale e la disciplina dei singoli contratti. In particolare, le discipline speciali dei singoli contratti generano ormai “principi dotati di forza espansiva, regole «transtipiche» capaci d'imporsi anche al di là degli stretti confini del tipo per cui furono dettate; in breve, si scrollano di dosso quello stigma di eccezionalità e il conseguente divieto di analogia, che tradizionalmente ne limitavano la portata”<sup>46</sup>. In quest'ottica, sembra difficile – se non addirittura impossibile – considerare la parte speciale, relativa ai singoli contratti, come un elemento di secondo piano: la parte speciale rivendica piuttosto un ruolo crescente e contende alla parte generale quella centralità che prima le apparteneva in esclusiva (perlomeno in attesa di una, apparentemente prossima, revisione complessiva della disciplina codicistica sul contratto in generale)<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Sul punto, cfr., per tutti, C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, Milano, 2002, 13 ss.

<sup>45</sup> Si muove sostanzialmente su tale direttrice lo studio monografico di F. MARINELLI, *Il tipo e l'appalto*, Padova, 1996, 1 ss.

<sup>46</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 84.

<sup>47</sup> Nello stesso senso, oltre al già citato V. ROPPO (cfr. anche *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2007, 290 ss.), sembra orientata la disciplina decisamente maggioritaria. Per una visione completa, si rinvia (oltre agli altri contributi raccolti in AA.VV., *Il diritto europeo dei*



In particolare, la “generalizzazione” della disciplina “speciale” dell’onerosità sopravvenuta durante l’esecuzione dell’appalto può avvenire, perlomeno in astratto, tramite due diversi approcci<sup>48</sup>: il c.d. “metodo tipologico” (“Typuslehre”) – caratterizzato, come noto, dall’intuizione dell’interprete e dalla centralità del “tipo” – e il c.d. “metodo della sussunzione” – fondato, com’è altrettanto noto, sul ruolo della fattispecie e del “concetto”<sup>49</sup>.

*contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2007), agli studi (caratterizzati talvolta da impostazioni molto diverse fra loro) di G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale del contratto e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 327 ss.; P. VITUZZI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 804 ss.; G. B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 421 ss.; G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 649 ss.; N. IRTI, *L’età della decodificazione*, cit., 40 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto fra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 379 ss., 821 ss.; G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 313 ss.; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, 46 ss.; E. LECCESE, *Il contratto e i contratti: alcune riflessioni*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, 451 ss.; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d’impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 424 ss.

Non stupisce pertanto la volontà del Governo di proporre una modifica dell’originaria disciplina codicistica dell’eccessiva onerosità sopravvenuta relativa al contratto in generale, valorizzando la prospettiva di conservazione del rapporto provenienti dalla disciplina dei singoli contratti. Quest’istanza – a differenza della proposta (suggerita nel testo e) fondata sulla disciplina dell’appalto – sembra perseguita dal disegno di legge delega di riforma del codice civile, approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 febbraio 2019, attraverso l’introduzione “ex lege” di un obbligo di rinegoziazione del contratto secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, tramite la previsione dell’adeguamento delle condizioni contrattuali per ripristinare la proporzione fra le prestazioni originariamente convenute dalle parti (ddl n. 1151/2019, art. 1, lett. i), v. [http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/51488\\_testi.htm](http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/51488_testi.htm)). Per una proposta di testo normativo all’esito della riforma codicistica della disciplina generale dell’eccessiva onerosità sopravvenuta, cfr. F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *juscivile*, 2019, 397 ss. Nel panorama giuridico italiano, la tesi dell’obbligo legale di rinegoziare era stata proposta soprattutto da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 3 ss. Per una riconsiderazione critica, seppur con toni parzialmente diversi fra loro, della posizione (divenuta, con il passare del tempo, maggioritaria in dottrina) dell’obbligo legale di rinegoziazione, cfr. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 667 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 1 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 774 ss. Per un’analisi recente della materia, cfr. A. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, 214 ss.

<sup>48</sup> In particolare, secondo una parte della dottrina, “il tema dell’appalto, più di altri, offre terreno fertile allo studio delle relazioni fra disciplina generale e speciale delle obbligazioni e dei contratti. Il contesto caratterizzante il negozio, infatti, incide profondamente sulla conformazione d’istituti che ricevono, in conseguenza di ciò, una regolamentazione peculiare: si può pensare, per esempio, [...] all’impatto delle sopravvenienze sull’onerosità della prestazione, che produce effetti differenti da quelli degli artt. 1467 ss. c.c. in forza di una disposizione *ad hoc* (art. 1664 c.c.)” (S. POLIDORI, *La responsabilità dell’appaltatore. I rapporti fra disciplina generale e norme speciali nell’appalto*, Napoli, 2004, 9).

<sup>49</sup> Le caratteristiche e le distinzioni fra i due metodi sono ricostruite, *ex multis*, da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 121 ss. Si segnala peraltro come di recente lo stesso Giorgio De Nova – principale teorico del “metodo tipologico” nel nostro Paese – abbia riconosciuto un’assoluta centralità della fattispecie e dell’analogia, nell’ottica di assicurare una maggiore prevedibilità delle decisioni giudiziali (cfr. G. DE NOVA, *Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1227 ss., spec. 1230 ss.; ID., *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *juscivile*, 2016, 5, 412 ss., spec. 418 ss.).



Si tratta di metodi non sovrapponibili e spesso forieri di soluzioni pratiche molto distanti fra loro. La distinzione fra “metodo tipologico” e “metodo della sussunzione” sembra, però, ridursi drasticamente nell’ottica di una “generalizzazione” fondata, come nel caso di specie, su profili riconducibili soprattutto all’assetto complessivo del rischio contrattuale. Emerge così la necessità, pure nell’ottica del c.d. “metodo tipologico”, di affiancare all’intuizione dell’interprete la considerazione della *ratio* legislativa, limitando così parecchio l’imprevedibilità dell’esito ermeneutico.

La distinzione fra “metodo tipologico” e “metodo della sussunzione” finisce così per incidere solo parzialmente nella “generalizzazione” della disciplina sull’eccessiva onerosità sopravvenuta dell’appalto. Questo scopo sembra perseguibile pertanto non solo con il “metodo della sussunzione”, ma anche, seppure forse con un tasso maggiore d’incertezza per il sistema, con il “metodo tipologico”<sup>50</sup>.

Tuttavia, il c.d. “metodo della sussunzione”, pur essendo stato oggetto di rilevanti critiche negli ultimi anni, sembra ancor oggi preferibile perché delinea un’alternativa molto chiara<sup>51</sup>: se la fattispecie rientra nel “concetto” fissato dalla definizione legislativa del

---

<sup>50</sup> Sulla possibilità che gli esiti del “metodo della sussunzione” e del “metodo tipologico” possano essere talvolta simili, cfr., per tutti, A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, 176, nt. 40. Il “metodo tipologico” comporta però l’eventuale applicazione *in via diretta* della disciplina ai singoli casi concreti senza la necessità di riscontrare, oltre i confini della fattispecie delineata dalla definizione legislativa, i presupposti della *analogia legis* (artt. 12 ss. delle “Disposizioni sulla legge in generale”). Sul punto, cfr. F. MARINELLI, *Il tipo e l’appalto*, cit., 1 ss., spec. 207 ss.

<sup>51</sup> Sul procedimento di sussunzione della fattispecie nel “concetto”, cfr., per tutti, N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1110 (nonché i riferimenti, giuridici e filosofici, ivi contenuti). Più di recente, però, lo stesso Autore ha denunciato la c.d. “crisi della fattispecie” e del “metodo della sussunzione”, derivante principalmente dall’avvenuto passaggio “dalla legge al diritto” e soprattutto, attraverso la valorizzazione del ruolo privatistico riconosciuto alle norme costituzionali, al “diritto dei valori”. Ne derivano però decisioni imprevedibili che rischiano di comportare non pochi problemi all’economia capitalista occidentale (cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 3, 19, 33, 107 ss.; ID., *Gli eredi della positività*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2016, 11 ss.). Altri studiosi – diversamente da Irti (che sembra considerare, ancor oggi, la fattispecie come uno strumento, seppur imperfetto, difficilmente sostituibile) – suggeriscono il superamento del metodo della sussunzione: cfr., per tutti, N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2015, 1115 ss.; ID., *Morte e trasfigurazione dell’analogia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2015, 1103 ss.; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 666 ss., spec. 693 ss.; ID., *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, 149 ss.

Nel testo si è preferito continuare ad adottare il metodo della sussunzione, fondato sulla fattispecie, perché costituisce ancora – pur con i suoi limiti (rilevati anche dallo stesso Irti) – l’unico sistema capace di perseguire l’ideale della certezza del diritto, limitando così l’arbitrio del giudice (ne sembrano consapevoli peraltro gli stessi critici del metodo della sussunzione, cfr., per tutti, G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, cit., 1103 ss.). Non sembra, in altri termini, che l’incertezza della società postmoderna – puntualmente rilevata anche dai giuristi (cfr., per tutti, V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 31 ss.; ID., *Il nostro compito nella nuova Europa*, in AA. VV., *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. SCALISI, Mila-



singolo contratto, essa viene regolata in via diretta dalle disposizioni previste per il singolo contratto; altrimenti, se la fattispecie non rientra nel “concetto” fissato dalla definizione legislativa del singolo contratto, essa può essere regolata dalle disposizioni – applicate in via analogica – dei singoli contratti.

Si tratta, come noto, dell’applicazione a una fattispecie non regolata di una norma desunta da una disposizione scritta per regolare una fattispecie diversa, ma simile, rispetto alla fattispecie non regolata. In tal senso, si deve accertare, innanzitutto, l’esistenza di una lacuna nella disciplina della fattispecie concreta; si deve assumere, in seguito, che la fattispecie non disciplinata somigli per un aspetto essenziale ad una diversa fattispecie disciplinata; si può concludere, infine, con la formulazione – e l’applicazione – di una norma (inespressa) che riconnette alla fattispecie non disciplinata le stesse conseguenze giuridiche previste per la fattispecie disciplinata (c.d. “argomento *a simili*”, ex art. 12 delle “Disposizioni sulla legge in generale”)<sup>52</sup>.

---

no, 2007, 3 ss.; ID., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della “regola giuridica” nell’epoca della post-modernità*, Milano, 2012, 5 ss.; N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 409 ss.; A. JANNARELLI, *Dall’età delle regole all’età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, 991 ss.) – possa indurre lo studioso ad abbandonare l’aspirazione di fornire metodi chiari e soluzioni prevedibili per i problemi del mondo contemporaneo. Proprio l’attuale incertezza socio-economica sembra suggerire, invece, la riscoperta di metodi giuridici (come la sussunzione) capaci di assicurare, senza perdere di vista la “fatica del fatto”, una maggiore prevedibilità delle decisioni giudiziali. Si rischia altrimenti di lasciare il giudice ad analizzare (senza sufficienti strumenti tecnici) le “situazioni di vita” e decidere in relazione ai (propri) “valori”: “è proprio il caso, per giungere a tanto, di sopprimere la fattispecie?” (A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss., spec. 252; e, nello stesso senso, cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 765 ss., spec. 783 ss.; S. MAZZAMUTO, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, in AA.VV., *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA, Torino, 2017, 275 ss.; ID., *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 845 ss.).

<sup>52</sup> Sul punto, cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2011, 278-279; N. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, cit., 132 ss.; G. CARCATERA, voce *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 4 ss. Sull’attuale ruolo dell’analogia nel nostro ordinamento, cfr. F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in AA.VV., *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA, Torino, 2017, 219 ss.; G. D’AMICO, *Argomentazione per principi ed efficacia orizzontale dei diritti (Spunti per una discussione)*, in G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole*, Torino, 2018, 188 ss. Le caratteristiche del procedimento per analogia sono state recentemente messe in discussione da chi sostiene l’assimilazione fra interpretazione e integrazione, svalutando il presupposto delle lacune. In quest’ottica, l’analogia, a prescindere dall’esistenza o meno di lacune, diviene un momento caratterizzante di ogni processo applicativo del diritto (cfr. N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell’analogia*, cit., 1 ss.). Quest’interessante prospettiva rischia però di comportare – oltre al superamento della disciplina (non ancora abrogata) di cui all’art. 12, c. 2, delle Preleggi – una forte incertezza sulla disciplina applicabile, di volta in volta, al singolo caso concreto (quest’ultimo profilo viene colto, ma ritenuto superabile, dallo stesso N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell’analogia*, cit., 15 ss.). Ad ogni modo, l’eventuale (e non auspicato) accoglimento della ricostruzione dell’analogia proposta da Lipari non inficerebbe



In questo modo, il c.d. “metodo della sussunzione” – presentando un chiara alternativa fra l’applicazione diretta delle norme dei singoli contratti e la loro applicazione analogica – cerca di perseguire il valore della certezza giuridica, predisponendo, al contempo, una disciplina congrua rispetto alle esigenze della pratica degli affari.

**6.1.** – Al fine di delineare l’ambito di applicazione dell’art. 1664, c. 1, cod. civ. – prima d’interrogarsi sull’eventuale “generalizzazione” della disciplina “speciale” a contratti *diversi* dall’appalto – occorre considerare l’operatività dell’adeguamento contrattuale nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l’esecuzione dei vari contratti d’appalto. In altri termini, si tratta di valutare l’applicabilità o meno della disciplina sulla revisione del prezzo ai contratti d’appalto diversi dall’appalto d’opera.

Quest’operazione potrebbe forse sembrare superflua, anche alla luce dell’ampia definizione legislativa (“l’appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”), ma diviene necessaria di fronte ad una serie di norme codicistiche dirette chiaramente a regolare soltanto fattispecie rientranti nell’alveo dell’appalto d’opera (si pensi, per esempio, oltre al già considerato art. 1664, c. 2, cod. civ. sulle difficoltà dell’esecuzione dell’opera, all’art. 1663 cod. civ. sui difetti della materia, all’art. 1673 cod. civ. sul perimento o deterioramento della cosa e all’art. 1669 cod. civ. sulla rovina e i difetti di cose immobili destinate a lunga durata).

Non è tuzioristico pertanto dimostrare che le ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l’esecuzione dei contratti di appalto di servizi, di subappalto, di appalto avente per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi possono rientrare nell’ambito applicativo della disciplina genericamente prevista per il contratto d’appalto.

Tale processo viene favorito peraltro dalla possibilità di ricorrere ad un’interpretazione estensiva dell’art. 1664, c. 1, cod. civ.<sup>53</sup>, che consente un’applicazione diretta della

---

– ai fini della presente trattazione – la “generalizzazione” dell’adeguamento contrattuale ex art. 1664, c. 1, cod. civ. (comportando, tutt’al più, problemi d’incertezza giuridica nell’ottica di una successiva delimitazione dell’esatto ambito applicativo della norma).

<sup>53</sup> Sull’interpretazione estensiva e, soprattutto, sulla distinzione fra interpretazione estensiva in senso debole e interpretazione estensiva in senso forte, cfr. A. BELVEDERE, *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, in VII-VIII *L’interpretazione e il giurista*, in *Diritto privato 2001-2002*, 557 ss. (oggi ripubblicato nella raccolta A. BELVEDERE, *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, 2016, 511 ss.). L’Autore riprende – e valorizza – il senso di una distinzione già presente in N. COVIELLO (*Manuale di diritto civile italiano*, rist., Napoli, 1982, 73 ss.), delineando l’interpretazione estensiva in senso debole come un’interpretazione che sfrutta al massimo l’elasticità di significato degli enunciati legislativi derivante dalla loro indeterminazione ed ambiguità e l’interpretazione estensiva in senso forte come un’interpretazione che si spinge oltre i limiti di tale significato



disciplina “speciale” sull’eccessiva onerosità sopravvenuta a tutti i contratti d’appalto<sup>54</sup>.

In primo luogo, si deve verificare l’applicabilità dell’art. 1664, c. 1, cod. civ. al contratto che vincola l’appaltatore “a produrre una utilità o a soddisfare un determinato interesse del committente, senza elaborazione della materia” (c.d. “appalto di servizi”)<sup>55</sup>.

Le fattispecie di appalto di servizi sono generalmente sussunte nell’ambito dell’appalto, trovando così applicazione diretta le norme che non presuppongono il compimento di un’opera<sup>56</sup>: spetta all’interprete il compito di stabilire, norma per norma, l’esistenza o meno di gravi motivi d’incompatibilità tra la disciplina codicistica

---

(sul presupposto che il legislatore non sia riuscito ad esprimere correttamente quanto voleva disporre). In altri termini, l’interpretazione estensiva in senso debole sarebbe un’interpretazione *secundum litteram*, l’interpretazione estensiva in senso forte sarebbe invece un’interpretazione *praeter litteram*.

<sup>54</sup> Sembra piuttosto chiara così la distinzione fra la nozione di analogia e d’interpretazione estensiva (in senso debole) adottata nel presente studio. Attraverso l’analogia si può applicare una norma anche al di là del limite rappresentato dalla compatibilità con il testo legislativo, mentre attraverso l’interpretazione estensiva ciò risulta impossibile. Quest’ultima, seppur più ampia di un’altra o di altre interpretazioni, resta infatti sempre riferibile al testo della disposizione legislativa. Sul punto, cfr., per tutti, A. BELVEDERE, *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, cit., 557 ss., spec. 561. *Contra*, N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell’analogia*, cit., spec. 4.

Sulla (più complessa) distinzione fra interpretazione estensiva (in senso forte) ed analogia sono emerse ricostruzioni piuttosto diverse, cfr., fra i tanti, D. CANALE, G. TUZET, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Milano, 2014, 149 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 281-282; N. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione fra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 695 ss.; G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, cit., 350 ss.; A. BELVEDERE, *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, cit., 564 ss.

Tutti gli autori concordano però sul fatto che il divieto di cui all’art. 14 delle Preleggi vada applicato sia all’analogia sia all’interpretazione estensiva in senso forte perché mira ad un risultato – l’applicazione delle leggi oltre i casi e i tempi in esse considerati – che può essere realizzato sia a seguito di un’analogia sia a seguito di un’interpretazione estensiva in senso forte (cfr., per tutti, N. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione fra interpretazione estensiva e analogia*, cit., 695 ss.).

<sup>55</sup> M. STOLFI, *Appalto-Trasporto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961, 24. L’appalto di servizi si distingue pertanto dall’appalto d’opera per la diversa natura delle prestazioni dovute dall’appaltatore. Nell’appalto di servizi, l’attività dell’appaltatore è diretta a produrre un’utilità o a soddisfare un determinato interesse del committente senza elaborazione della materia, nell’appalto d’opera, invece, l’attività dell’appaltatore è diretta a produrre un nuovo bene materiale oppure ad apportare significative modifiche ad un bene già esistente tramite una rielaborazione e trasformazione della materia. Sul punto, cfr., *ex multis*, V. MANGINI, M. IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIARI, Torino, 1997, 93 ss.; e, più di recente, S. POLIDORI, *Appalto*, cit., 6 ss.; G. TASSONI, *Profili di disciplina dell’appalto di servizi nel pensiero di Domenico Rubino*, in P. PERLINGIERI e S. POLIDORI, *Domenico Rubino, II, Singole fattispecie negoziali*, in *I Maestri italiani del diritto civile*, Napoli, 2009, 803 ss. In giurisprudenza, cfr. CASS., 14 giugno 1990, n. 5777, in *Giust. civ.*, 1991, I, 79; CASS., 9 luglio 1983, n. 4637, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 651, con nota di C. VACCÀ).

<sup>56</sup> In questo senso, cfr., per tutti, C. GIANNATTASIO, *L’Appalto*, cit., 81. Anche la già richiamata definizione codicistica – ex art. 1655 cod. civ. – sembra orientare l’interprete nella stessa direzione: “l’appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”.



dell'appalto e il contenuto specifico del singolo appalto di servizi<sup>57</sup>.

In quest'ottica, un'interpretazione estensiva dell'art. 1664, c. 1, cod. civ. – privo, come si è visto, di riferimenti specifici alla costruzione e consegna di un'opera – consente sicuramente un'applicazione diretta della revisione del prezzo non solo all'appalto d'opera, ma anche all'appalto di servizi<sup>58</sup>: “l'istituto della revisione del prezzo dell'appalto, disciplinato dall'art. 1664 cod. civ., si applica integralmente anche agli appalti di servizi, e quindi la revisione deve essere riconosciuta solo nel caso di variazioni dei costi superiori al decimo del prezzo pattuito, e deve essere accordato solo per la differenza che ecceda il decimo: né a ciò è di ostacolo il riferimento, contenuto nell'art. 1664 citato, alla revisione del «prezzo complessivo», poiché negli appalti di servizi il diritto alla revisione del compenso matura gradualmente, in concomitanza del corrispondente aumento del costo dei servizi appaltati, e pertanto, proposta la richiesta di revisione, questa vale anche per gli aumenti verificatisi anteriormente a detta richiesta”<sup>59</sup>. La grande diffusione nella prassi negoziale dell'appalto di servizi finisce così per ampliare non poco l'ambito applicativo del rimedio manutentivo della revisione del prezzo *ex art.* 1664, c. 1, cod. civ. a discapito del rimedio estintivo della risoluzione del contratto *ex art.* 1467 cod. civ.

Stesso percorso argomentativo e stessa conclusione sembrano valere anche con riferimento alle ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione del contratto di subappalto<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Come si è detto (cfr., *supra*, § 6.1.), è stata esclusa, per esempio, l'applicabilità all'appalto di servizi dell'art. 1663 cod. civ., dell'art. 1673 cod. civ. e dell'art. 1669 cod. civ. Sul punto, cfr. V. MANGINI, M. IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto. Il contratto di somministrazione*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIARI, Torino, 1972, 96 ss.

<sup>58</sup> Non sono ravvisabili per la maggior parte delle disposizioni sull'appalto problemi d'incompatibilità con le peculiari caratteristiche dell'oggetto dell'appalto di servizi. In particolare, si ritengono applicabili alle fattispecie d'appalto di servizi le norme che disciplinano la determinazione del corrispettivo (art. 1657), le variazioni del progetto (artt. 1659-1661), il diritto di verifica in corso di contratto (art. 1662), il diritto di recesso (art. 1671), il regime d'impossibilità della prestazione (art. 1672), la tutela degli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente (art. 1676), le conseguenze della morte dell'appaltatore (artt. 1674-1675), il subappalto (art. 1656) e la responsabilità dei subappaltatori (art. 1670). Cfr., per tutti, O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., 598.

<sup>59</sup> CASS., 14 luglio 1980, n. 4514, in *Mass. Giust. Civ.*, 1980, 1122.

<sup>60</sup> Nell'ambito di appalti relativi ad opere o servizi particolarmente complessi, le parti possono stipulare, com'è noto, un subappalto: l'appaltatore diventa a sua volta subcommittente, affidando l'esecuzione di una parte dell'opera o del servizio ad un subappaltatore. Sul contratto di subappalto, cfr. M. DELLACASA, *Il subappalto*, in *Opere e servizi – I, III, Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, condiretto da A. M. BENEDETTI, Milano, 2014, 161 ss.; V. DI GREGORIO, *Il subappalto*, in *L'appalto pubblico e privato*, a cura di V. DI GREGORIO, in *Nuova giur. sist.*, Torino, 2013, 122 ss.; G. MUSOLINO, *La categoria del contratto derivato e il subappalto*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 343 ss.; B. GRASSO, *Il subappalto nel sistema del codice civile*, in *L'appalto privato*, a cura di M. COSTANZA, Torino, 2000, 17 ss. Nella giurisprudenza recente, cfr. Cass., 19 luglio 2018, n. 19296, cit.



Il codice civile delinea, infatti, una disciplina piuttosto scarna del subappalto, limitandosi a prevedere la necessità di una specifica autorizzazione del committente, perché l'appaltatore possa concedere in subappalto – totale o parziale – l'esecuzione dell'opera o del servizio (art. 1656 cod. civ.)<sup>61</sup>, nonché l'obbligo a carico dell'appaltatore, per agire in regresso nei confronti dei subappaltatori, di comunicare ad essi la denuncia del committente entro sessanta giorni dal suo ricevimento (art. 1670 cod. civ.)<sup>62</sup>.

Per il resto, le singole fattispecie di subappalto sono generalmente sussunte nell'alveo dell'appalto e sono disciplinate pertanto – tranne pochissime eccezioni<sup>63</sup> – dalle stesse norme che regolano il contratto d'appalto<sup>64</sup>.

In tal senso, si osserva come, in assenza di ragioni specifiche per escluderne la sussunzione nell'ambito della disciplina prevista per il contratto d'appalto, le fattispecie di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione del contratto di subappalto rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 1664, c. 1, cod. civ.

Il rimedio della revisione del prezzo può applicarsi così – in via diretta – anche nell'ambito del subappalto: il diritto all'adeguamento del prezzo originario in presenza di sopravvenienze capaci d'incidere sul valore di scambio delle prestazioni contrattuali vie-

---

<sup>61</sup> Si è ampiamente discusso circa le conseguenze di una mancata autorizzazione del committente. Secondo alcuni studiosi, il subappalto privo dell'autorizzazione del committente deve considerarsi affetto da nullità relativa non rilevabile d'ufficio (cfr. D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto*, cit., 217 ss.). Secondo altri studiosi, il subappalto privo dell'autorizzazione del committente deve considerarsi invece affetto da annullabilità, ma con effetti simili a quelli della suddetta nullità relativa non rilevabile d'ufficio (cfr. C. GIANNATTASIO, *Appalto*, cit., 70). Infine, secondo altri studiosi, l'assenza della necessaria autorizzazione permette al committente di esperire i rimedi previsti per l'inadempimento contrattuale (a partire dalla risoluzione del contratto), sempre che il subappalto non sia stato autorizzato tacitamente – per *facta concludentia* – dallo stesso committente (cfr. M. RUBINO SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996, 599).

<sup>62</sup> In questo contesto, il committente non può agire direttamente nei confronti del subappaltatore, ma può agire unicamente nei confronti dell'appaltatore per far valere i vizi e le difformità ex artt. 1667-1677 cod. civ.: spetterà poi all'appaltatore – previa comunicazione ex art. 1670 cod. civ. – agire in via di regresso nei confronti del subappaltatore. Sul punto, cfr. D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto*, cit., 221 ss.

<sup>63</sup> Il subappalto rappresenta – secondo un orientamento ormai largamente maggioritario – una figura contrattuale riconducibile alla categoria generale dei cc.dd. “subcontratti” (accordi che, pur autonomi e conclusi separatamente, discendono da un altro contratto già perfezionato con cui condividono causa e contenuto economico). In letteratura, cfr. V. CIGLIOLA, *Il contratto di subappalto*, in *I contratti dell'industria, del commercio e del mercato finanziario*, diretto da F. GALGANO, II, Torino, 1999, 1401 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto derivato-subcontratto*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 80. In giurisprudenza, cfr. CASS., 11 novembre 2009, n. 23903, in *Dir. e giust.*, 2009, con nota di V. PAPAGNI. Non manca, però, chi delinea il subappalto come un contratto a favore di terzo (identificabile nel committente) (v. B. GRASSO, *Il subcontratto*, Napoli, 1977, 157). Sono stati ritenuti inapplicabili al subappalto – perché poco compatibili con la sua natura di “subcontratto” – gli artt. 1667, 1668, 1676 cod. civ. Sul punto, cfr. C. GIANNATTASIO, *Appalto*, cit., 74.

<sup>64</sup> Cfr., per tutti, D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto*, cit., 221; in giurisprudenza, v. CASS., 18 giugno 1975, n. 2429, in *Mass. Giur. it.*, 1975.



ne conferito sia all'appaltatore, divenuto subcommittente nell'ambito del contratto di subappalto, sia al subappaltatore<sup>65</sup>.

Più complessa risulta l'indagine circa l'applicabilità dell'art. 1664, c. 1, cod. civ. in presenza di un'eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione di un contratto d'appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi (si pensi, ad esempio, ai contratti di assistenza e di manutenzione dei *computers*<sup>66</sup>, oppure al contratto di *catering*<sup>67</sup>).

Alla luce dell'art. 1677 cod. civ., agli appalti aventi ad oggetto prestazioni continuative

---

<sup>65</sup> L'art. 1664, c. 1, cod. civ. sembra peraltro trovare applicazione anche nei subappalti stipulati con l'inserimento della clausola c.d. "if and when", in virtù della quale il subcommittente s'impegna a pagare il corrispettivo del subappalto solo dopo aver ricevuto il pagamento da parte del committente principale. Il subcommittente, così facendo, si limita a trasferire in capo al subappaltatore soltanto il rischio connesso all'insolvenza o al ritardo del committente principale senza differenziare però significativamente gli altri profili di rischio contrattuale del subappalto rispetto al modello delineato con riferimento all'appalto. Non sussistono pertanto ragioni concrete per regolare casi del genere – sovrapponibili, per i profili di rischio contrattuale che qui interessano, agli altri contratti di appalto e subappalto – in modo diverso dagli altri contratti di appalto e subappalto: ne deriva l'applicazione del rimedio speciale della revisione del prezzo *ex art.* 1664, c. 1, cod. civ. anche ai contratti di subappalto con clausola c.d. "if and when". Cfr. V. CIGLIOLA, *Le clausole "if and when" nel contratto di subappalto*, in *Contr. impr.*, 1996, 543 ss.; R. PANETTA, *Il contratto di appalto*, Torino, 2016, 156 ss.

<sup>66</sup> I contratti di assistenza, di manutenzione e di "computer services" vincolano l'impresa fornitrice del computer ad assumere, con organizzazione degli strumenti necessari e con gestione a proprio rischio, il compito di assicurare all'acquirente, verso un corrispettivo in denaro, un servizio a carattere periodico. In quest'ottica, i contratti di assistenza, di manutenzione e di "computer services" si configurano come contratti d'appalto aventi ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi (art. 1677 cod. civ.). Sul punto, cfr. C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2000, 289 ss.; G. DE NOVA, *L'oggetto del «contratto di informatica»: considerazioni di metodo*, in *Dir. inf.*, 1986, 807 ss.; G. CRISCUOLI, *Una nuova figura di appalto: il computer service contract*, in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazioni nella pratica commerciale*, a cura di P. VERRUCOLI, Milano, 1978, 366 ss. Più di recente, cfr. C. ROSSELLO, *I contratti per servizi informatici*, in *Opere e servizi – I, III, Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, condiretto da A. M. BENEDETTI, Milano, 2014, 707 ss., spec. 708 (laddove si sottolinea però come, a seconda delle caratteristiche della parte professionale, la natura del contratto – ad esempio, contratto d'opera piuttosto che appalto – e il connesso regime di responsabilità potranno cambiare).

<sup>67</sup> Il *catering* (dall'inglese "to cater", letteralmente "rifornire di cibo", "approvvigionare di viveri") rappresenta "l'insieme dei servizi e dei sistemi idonei a soddisfare le esigenze alimentari di tutte quelle persone che per le ragioni più svariate trascorrono la maggior parte della giornata in luoghi comuni, ovvero fanno vera e propria vita di comunità, e pertanto devono provvedere, al di fuori della propria organizzazione domestica, ad almeno uno dei due principali pasti quotidiani" (M. PITTALIS, *Catering*, in *Contr. impr.*, 1989, 265). Nell'ambito del *catering*, secondo la dottrina maggioritaria, s'individuano diverse figure contrattuali: il *catering* navale (e aeronautico), la ristorazione tramite la preparazione *in loco* dei pasti, la ristorazione tramite la fornitura di pasti preconfezionati, la ristorazione tramite *tickets restaurant*, il *banqueting*. Tali fattispecie sono qualificate perlopiù come contratti d'appalto aventi ad oggetto prestazioni periodiche o continuate di servizi (art. 1677 cod. civ.). Sul *catering*, cfr. O. CAGNASSO, M. IRRERA, *Concessione di vendita, merchandising, catering*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Milano, 1993, 223 ss.; P. BOERO, *La somministrazione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da F. GALGANO, XVI, *Contratti commerciali*, a cura di G. COTTINO, Padova, 1991, 371 ss.; G. PETRILLO, voce *Catering*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., III, Torino, 1988, 60 ss.; G. SANTINI, *I servizi*, Bologna, 1987, 93. Sul *banqueting*, cfr. R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*, III ed., Utet, 2014, 237 s.



o periodiche di servizi si applicano, in quanto compatibili<sup>68</sup>, le norme sull'appalto (artt. 1655 ss. cod. civ.) e le norme relative alla somministrazione (artt. 1559 ss. cod. civ.)<sup>69</sup>.

In questo modo, il legislatore – pur inserendo, sotto il profilo sistematico, l'appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi nell'ambito della disciplina codicistica sul contratto d'appalto – impone all'interprete di “esaminare, volta per volta, se sia da ritenersi prevalente la disciplina della somministrazione ovvero quella dell'appalto, facendo leva sugli elementi che fanno propendere per l'una o l'altra figura contrattuale, o se l'una e l'altra disciplina possono trovare la loro logica combinazione”<sup>70</sup>. Tale operazione risulta sicuramente più impegnativa con riferimento alle fattispecie disciplinate sia dalle norme sull'appalto sia dalle norme sulla somministrazione, mentre si semplifica parecchio con riferimento alle fattispecie disciplinate unicamente o dalle norme sull'appalto o dalle norme sulla somministrazione.

Nell'ambito del secondo gruppo di fattispecie, i problemi d'integrazione tra le due normative sono ridotti al minimo, applicandosi di volta in volta – in via diretta – le norme sull'appalto o le norme sulla somministrazione: si tratta soltanto di verificare la compatibilità o meno delle singole norme (dell'appalto o della somministrazione) con l'oggetto peculiare dell'appalto *ex art. 1677 cod. civ.*

In questo panorama, alle ipotesi di sopravvenienze perturbative del valore di scambio delle prestazioni – in assenza di un'apposita disciplina sulle circostanze sopravvenute durante l'esecuzione di un contratto di somministrazione – non può che applicarsi diret-

---

<sup>68</sup> In particolare, “il criterio di compatibilità fornisce allora alla più ampia questione della «tenuta» del tipo contrattuale un utile strumento, indipendente dall'impiego del metodo tipologico, già predisposto dal codice civile, per estendere la disciplina di determinati contratti nominati oltre i confini del tipo, richiamando norme dettate per un solo tipo contrattuale a regolare più contratti tipici, in modo analogo a quanto avviene per le categorie o i raggruppamenti di contratti di ascendenza comunitaria” (G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 491 ss., spec. 502). Il criterio della compatibilità è stato poi recentemente valorizzato (seppur nell'ottica soprattutto di un'evoluzione del metodo tipologico) da C. FERRARI, *Il tipo elastico e il tipo super-elastico*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, t. II, a cura di G. GITTI, F. DELFINI e D. MAFFEIS, con la collaborazione di A. DALMARTELLO e C. FERRARI, Milano, 2015, 1233 ss., 1253 ss.; EAD., *Il rapporto tra contenuto ed effetti del contratto nell'ottica della compatibilità*, Milano, 2015, 102 ss., 195 ss.

<sup>69</sup> Secondo la dottrina maggioritaria, l'art. 1570 cod. civ. – nell'affermare l'applicabilità alla somministrazione non solo delle norme specifiche sulla somministrazione, ma anche, in quanto compatibili, delle regole che disciplinano il contratto cui corrispondono le singole prestazioni – rinvia, a sua volta, all'art. 1677 cod. civ., confermando così la natura “composita” della disciplina legislativa sull'appalto avente per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi. Cfr. G. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione. Art. 1570*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, *sub art. 1570*, 218 ss.; C. GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, XXIV, 1, 1974, 221 ss.

<sup>70</sup> C. GIANNATTASIO, *L'Appalto*, cit., 33.



tamente il rimedio della revisione del prezzo *ex art.* 1664, c. 1, cod. civ.: una soluzione che, senza contrastare con le caratteristiche dell'appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, evita lo scioglimento del contratto originario, garantendo così l'adeguamento del corrispettivo alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza e la realizzazione del servizio alla parte avvantaggiata.

Il rimedio della revisione del prezzo originario finisce così per applicarsi direttamente – in virtù del rinvio dell'art. 1677 cod. civ. e dell'interpretazione estensiva dell'art. 1664, c. 1, cod. civ. – non solo all'eccessiva onerosità sopravvenuta nell'ambito dell'appalto d'opera, dell'appalto di servizi e del subappalto, ma anche all'appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi<sup>71</sup>.

Alla stessa conclusione si giunge con riferimento alle fattispecie di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione della c.d. “somministrazione di servizi”<sup>72</sup>. Questa figura contrattuale finisce per coincidere, infatti, con l'appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi (art. 1677 cod. civ.)<sup>73</sup>.

Tale ricostruzione è confermata dalla definizione stessa del contratto di somministrazione (art. 1559 cod. civ.): una parte s'impegna ad eseguire, a favore dell'altra, soltanto “prestazioni periodiche o continuative di cose” (e non di servizi). Il contratto avente ad oggetto la prestazione di un servizio, seppur continuata e periodica, non può configurare pertanto una somministrazione vera e propria, ma soltanto un appalto<sup>74</sup>. Si tratta, com'è

---

<sup>71</sup> Dello stesso avviso, sottolineando l'applicazione diretta (e non analogica) dell'art. 1664, c. 1, cod. civ. all'appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, S. POLIDORI, *Appalto*, cit., 59-60, nt. 196.

<sup>72</sup> In merito al rapporto fra i contratti di appalto, somministrazione di servizi e somministrazione di opere, cfr., per tutti, L. V. MOSCARINI, *Il contratto di appalto e le figure affini*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2011, 27 ss.

<sup>73</sup> In questo senso, si muove, per esempio, la Relazione al Codice Civile (cfr. *Codice Civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul “valore giuridico della carta del lavoro”*, Roma, 1943, n. 683).

<sup>74</sup> In generale, con riferimento alla somministrazione (e senza pretese di completezza), cfr., oltre all'ormai “classico” studio di L. MOSSA (*Il contratto di somministrazione*, Roma, 1914), R. CORRADO, *La somministrazione*, in *Tratt. dir. civ.*, vol. VII, t. 2, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1963; C. GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, cit., 201 ss.; R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979; O. CAGNASSO, *La somministrazione*, in *Obbligazioni e contratti*, III, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, vol. 11, Torino, 2000, 817 ss.; G. ZUDDAS, *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. BUONOCORE, II, 3.II, Torino, 2003, 3 ss.

In merito al rapporto fra somministrazione e appalto, s'individuano posizioni anche decisamente differenti fra loro. Nel senso indicato nel testo, cfr., *ex multis*, T. MANCINI, *Spunti sistematici in tema di somministrazione e società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 942; D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto*, cit., 55. Nel senso contrario, una parte (minoritaria) della dottrina si è impegnata a dimostrare l'autonomia della categoria della c.d. “somministrazione di servizi”, cfr. R. BOCCHINI, voce *Somministrazione di servizi*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 1105 ss.



stato sottolineato, di una “chiara opzione legislativa”<sup>75</sup>, che, come tale, non può essere disattesa dall’interprete<sup>76</sup>.

**6.2.** – A questo punto, risulta opportuno valutare l’operatività o meno del rimedio “speciale” della revisione del prezzo in presenza di circostanze sopravvenute durante l’esecuzione di contratti *diversi* dall’appalto.

In particolare, s’intende verificare l’applicabilità o meno dell’art. 1664, c. 1, cod. civ. a sopravvenienze intervenute durante l’esecuzione di contratti *atipici* che, seppur distinti dall’appalto, sembrano dividerne alcune caratteristiche fondamentali<sup>77</sup>. Sono accordi molto diffusi nella prassi negoziale<sup>78</sup>: si pensi, per esempio, ai contratti di *engineering*<sup>79</sup>,

---

<sup>75</sup> M. DELLACASA, *Appalto. Il tipo e la struttura*, in *Opere e servizi – I, III, Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, condiretto da A. M. BENEDETTI, Milano, 2014, 90.

<sup>76</sup> In senso contrario, cfr. R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999, 144. Secondo l’Autore, le norme definitorie, compreso l’art. 1559 cod. civ., sarebbero caratterizzate dall’aver soltanto un valore descrittivo (e mai un valore prescrittivo). In altri termini, le norme definitorie – prive di un vero e proprio valore giuridico – non vincolerebbero minimamente l’interprete. Viceversa, sostengono il valore vincolante delle definizioni legislative A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, cit., 17-100, 161 s.; ID., *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, cit., 431 ss.; G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, I, 2, Milano, 1980, 157 ss.; e, più recentemente, M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 64.

<sup>77</sup> Si deve però escludere la possibilità di svolgere un’analisi lineare circa l’eventuale applicabilità o meno dell’art. 1664, c. 1, cod. civ. alla c.d. subfornitura. La disciplina sulla subfornitura – seppur delineata con una specifica normativa (l. 18 giugno 1998, n. 192, “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”) – non istituisce infatti, secondo la dottrina maggioritaria, “un nuovo tipo contrattuale, bensì proietta la propria sagoma su una serie potenzialmente molteplice di tipi negoziali codificati, intervenendo laddove la collaborazione industriale si atteggia per linee “verticali”, o “piramidali”, con un committente maggiore al vertice” (G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *I Contratti*, 1998, 411). La disciplina sulla subfornitura sembra delineare pertanto una serie di regole applicabili ad un ampio *genus* contrattuale composto da svariati contratti tipici (*in primis*, alla somministrazione e all’appalto) senza però individuare né regolare alcuno specifico tipo contrattuale. Si è così tratteggiata una sorta di figura “transtipica”. Nello stesso senso, più recentemente, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, III ed., Torino, 2017, 152 ss.

<sup>78</sup> Si è scelto di richiamare nel testo soltanto alcuni dei contratti atipici diffusi nella prassi negoziale. D’altronde, le parti possono stipulare contratti atipici sempre nuovi per rispondere al meglio alle proprie esigenze economiche purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico. Non sorprende pertanto l’impossibilità di provvedere alla redazione di un elenco completo di tutti i contratti atipici. Tali contratti possono essere disciplinati peraltro attraverso l’intervento successivo del legislatore, trasformandosi così nell’ambito delle norme codificate o delle leggi speciali in contratti tipici a tutti gli effetti. Sul punto, cfr. A. BARENGHI, *Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti*, *Il Contratto in generale*, III, 2, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, 301.

<sup>79</sup> Stipulando un contratto di *engineering*, “una parte (normalmente un’impresa) si obbliga, nei confronti dell’altra, ad elaborare un progetto, di natura industriale, architettonica, urbanistica, ed eventualmente a realizzarlo, ovvero a dare realizzazione a progetti da altre imprese elaborati, provvedendo anche, se ciò sia convenzionalmente pattuito, a svolgere prestazioni accessorie di assistenza tecnica ricevendo a



ai contratti di logistica<sup>80</sup> oppure ai contratti di agenzia pubblicitaria<sup>81</sup> o di diffusione pubblicitaria<sup>82</sup>.

Trattandosi di contratti atipici, caratterizzati pertanto da una certa diversità rispetto ai

---

titolo di corrispettivo una somma in denaro, integrata (o sostituita) eventualmente da *royalties*, interessenze o partecipazioni agli utili dell'attività imprenditoriale avviata in seguito alla realizzazione del progetto" (G. ALPA, A. FUSARO, *I contratti di engineering*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, XI, II ed., Torino, 2000, 172). Sull'atipicità del contratto di *engineering*, cfr., per tutti, G. DE NOVA, voce *Engineering*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., V, Torino, 1990, 240 ss., spec. 243. In particolare, si è detto, "non solo l'*engineer* propizia e – o – organizza appalti; è, in senso lato, un appaltatore di servizi o d'opera. Sicché varrebbero, nei casi dubbi, le ragioni dell'analogia" (O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., 618). In questo senso, sembrano orientati, fra i tanti, G. ALPA, voce *Engineering*, in *Dizionari del diritto privato*, diretti da N. IRTI, III, *Diritto commerciale e industriale*, a cura di U. CARNEVALI, Milano, 1981, 489; P. MONTALENTI, *Società di professionisti, società di ingegneria e contratto di engineering*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 851 ss., spec. 866 (*contra*, R. CAVALLO BORGIA, *Il contratto di engineering*, Padova, 1992, 113 ss.).

<sup>80</sup> Si tratta di contratti, molto diffusi nella prassi negoziale, con cui il c.d. "operatore di logistica" si assume il compito di adempiere, in forma imprenditoriale e dietro il pagamento di un prezzo, una serie di prestazioni disparate (dalla raccolta degli ordini e presa in consegna delle merci alla movimentazione delle merci all'interno di un *terminal*, passando per il trasporto vero e proprio, il magazzinaggio, la distribuzione capillare di merci, la gestione delle pratiche doganali, la riparazione dei mezzi di trasporto e l'assicurazione delle merci trasportate). Si cerca così di offrire una molteplicità di servizi finalizzati alla massima efficienza nella distribuzione (e diffusione) sul mercato di prodotti commerciali con il minor aggravio in termini di costi e di tempi. L'orientamento sulla natura "atipica" dei contratti di logistica sembra decisamente maggioritario nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Per una panoramica sui contratti di logistica (e sui rapporti con i contratti d'appalto e di trasporto), cfr. A. MASUTTI, *Il contratto di logistica*, in AA.VV., *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, a cura di G. SILINGARDI, A. ANTONINI, e F. MORANDI, Milano, 1996, 323 ss.; e, più recentemente, A. LA MATTINA, L. SCHIANO DI PEPE, *Il trasporto su strada: profili generali*, in *Opere e servizi – 2*, IV, *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, condiretto da A. M. BENEDETTI, Milano, 2014, 5 ss., spec. 24. In giurisprudenza, cfr. Trib. Parma, 3 luglio 2013, n. 985, in *De Jure*; App. Torino, 3 luglio 1991, n. 900, in *Corr. giur.*, 1992, 1012, con nota di SARZINA.

<sup>81</sup> Si tratta, secondo l'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza, di contratti atipici perché caratterizzati dall'esecuzione di numerose prestazioni di diversa natura e regolati, di volta in volta, dalla volontà delle parti (che decidono spesso, per esempio, di scindere tali rapporti in più fasi con l'intervento, o meno, di soggetti terzi nello svolgimento della fase progettuale – volta soprattutto alla pianificazione della campagna pubblicitaria sotto l'aspetto comunicazionale o economico – oppure nell'attuazione della fase esecutiva – diretta a dare attuazione vera e propria alla campagna già pianificata). Cfr. CASS., 5 febbraio 2000, n. 1288, in *Giur. it.*, 2001, 49, in *Contratti*, 2000, 12, 1150 con nota di A. DESSI; CASS., 16 marzo 1988, n. 2474, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1704; TRIB. GENOVA, 6 aprile 2006 in *Repertorio Leggi d'Italia DeAgostini*. Sul punto, per una ricostruzione delle diverse possibili ricostruzioni dottrinali, cfr. L. SALAMONE, *I contratti di pubblicità*, I *Contratti*, III, 3, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, 825 ss., 838 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, F. ASSUMMA, *Pubblicità e sponsorizzazioni*, Padova, 1991, 85 ss.; E. DA MOLO, *I contratti di pubblicità*, in *Giur. sist. dir. civ.*, fondata da W. BIGIARI, II, t. I, Torino, 1991, 393 ss.; AA.VV., *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, a cura di A. M. GAMBINO, in *Tratt. dir. comm.*, fondato da V. BUONOCORE, diretto da R. COSTI, sez. II, t. 3, VII, Torino, 2012.

<sup>82</sup> Sull'eterogeneità dei diversi "contratti di pubblicità", sia per l'oggetto sia per le modalità di diffusione del messaggio pubblicitario, cfr. M. BIANCA, *Contratti di pubblicità, sponsorizzazione, sfruttamento del nome e dell'immagine*, in *Opere e servizi – I*, III, *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, condiretto da A. M. BENEDETTI, Milano, 2014, 1091 ss.



vari tipi contrattuali già previsti dal legislatore, si deve rinunciare all'applicazione diretta della disciplina "speciale" dell'adeguamento del corrispettivo in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta.

In presenza di un'eccessiva onerosità durante l'esecuzione di contratti atipici simili all'appalto si può delineare però un'applicazione (non più diretta ma) analogica dell'art. 1664, c. 1, cod. civ.

Nella disciplina dei contratti atipici s'individuano chiaramente delle lacune giuridiche: si tratta di contratti privi, per definizione, di una disciplina legale e regolati soltanto dalla volontà delle parti<sup>83</sup>. Tali lacune possono essere colmate, secondo la dottrina maggioritaria, attraverso il ricorso alle norme dei singoli contratti tipici o alle norme del contratto in generale<sup>84</sup>.

Nell'intento di colmare tali lacune, si deve rintracciare una certa somiglianza fra le fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nel contratto d'appalto e le fattispecie dell'eccessiva onerosità nei contratti atipici: si tratta di confrontare l'assetto del rischio contrattuale dell'appalto con quello dei suddetti contratti atipici.

Tuttavia, una volta riscontrata una lacuna nella disciplina e caratteristiche simili fra le fattispecie, non vi sono ragioni per escludere l'applicazione – in via analogica<sup>85</sup> – della disciplina speciale sulla revisione del prezzo *ex art. 1664, c.1, cod. civ.* in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione dei contratti atipici assimilabili all'appalto.

Constatata l'operatività del rimedio "speciale" della revisione del prezzo anche in presenza di circostanze sopravvenute durante l'esecuzione di contratti *atipici*, si vuole

---

<sup>83</sup> Sul punto, si segnala la posizione critica di N. LIPARI (*Morte e trasfigurazione dell'analogia*, cit., 6): "quando, per esempio, la Cassazione dichiara di applicare «per analogia» al *leasing* traslativo la disciplina dettata dall'art. 1526 c.c. per la risoluzione del contratto di vendita con riserva della proprietà in caso di inadempimento dell'utilizzatore, in realtà compie un'operazione a più ampio spettro che la conduce a scavalcare la previsione normativa di cui all'art. 1323, espressamente riferita a tutti i contratti atipici, e che imporrebbe di applicare in via diretta la disciplina sugli effetti della risoluzione di cui all'art. 1458. Sarebbe qui improprio parlare di lacuna quando il richiamo ad una norma dettata con riferimento ad un contratto speciale viene fatto consapevolmente scavalcando la normativa (in astratto direttamente applicabile) sulla parte generale del contratto". Viceversa, secondo un'altrettanto autorevole dottrina, "le lacune sono innegabilmente tali quando l'assenza di disciplina è dovuta a un mutamento verificatosi nella realtà e che la norma oggettivamente non era in grado di prevedere" (C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 20). Nel caso dei contratti atipici, frutto dell'evoluzione delle esigenze dei contraenti, sembra così configurarsi una lacuna "reale" a fronte dell'evoluzione dei diversi possibili interessi dei contraenti durante l'esecuzione del rapporto.

<sup>84</sup> In questo senso cfr., per tutti, M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 175 ss.

<sup>85</sup> Sulla possibilità di ricorrere, in alternativa, al c.d. "metodo della sussunzione" oppure al c.d. "metodo tipologico" per valutare le possibilità di "generalizzazione" della disciplina "speciale" senza modificare significativamente l'approdo del presente ragionamento, cfr., *supra*, § 6.



verificare l'applicabilità analogica dell'art. 1664, c. 1, cod. civ. a una serie di contratti *tipici* che, seppur distinti dall'appalto, sembrano condividerne almeno una parte delle caratteristiche fondamentali.

A tal fine, si deve però accertare, ancora una volta, l'esistenza (o meno) di una lacuna nella disciplina legislativa con riferimento alle sopravvenienze intervenute durante l'esecuzione dei contratti tipici e, successivamente, individuare una somiglianza tra le fattispecie disciplinate dall'art. 1664, c. 1, cod. civ. e le fattispecie non regolate dal legislatore con riferimento ai singoli contratti tipici.

L'individuazione di una lacuna in merito alla disciplina delle sopravvenienze nei contratti tipici richiede preliminarmente un'analisi della disciplina legislativa: solo in assenza di una norma specifica diretta a regolare le fattispecie di eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto tipico di volta in volta considerato sarà possibile constatare l'esistenza di una lacuna normativa. Si possono così evidenziare, in assenza di un'apposita disciplina legale e di un'apposita regolamentazione pattizia, vere e proprie lacune normative che potrebbero essere colmate attraverso il ricorso alle norme di altri contratti tipici.

Quindi, per colmare le suddette lacune, si deve rintracciare una somiglianza tra le fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti tipici considerati e le fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nel contratto d'appalto<sup>86</sup>: si tratta – com'è già stato fatto con riferimento ai contratti atipici – di confrontare soprattutto l'assetto del rischio contrattuale dell'appalto con quello degli altri contratti tipici.

Solo così, una volta riscontrata una lacuna normativa ed individuata una somiglianza fra le fattispecie, sarà possibile ipotizzare l'applicazione analogica della disciplina "speciale" sulla revisione del prezzo *ex art.* 1664, c.1, cod. civ. anche alle circostanze sopravvenute nell'ambito di quei contratti tipici (si pensi, per esempio, al rischio nel contratto di edi-

---

<sup>86</sup>Non sfugge chiaramente la possibilità di colmare la lacuna, oltre che con la disciplina speciale del contratto d'appalto, con la disciplina sul contratto in generale. Tuttavia, si osserva come la valorizzazione della disciplina "speciale" dei singoli contratti induca – ormai da anni – gli interpreti a cercare una norma idonea a colmare una lacuna dapprima nell'ambito della disciplina dei singoli contratti e solo successivamente nella disciplina del contratto in generale. Tale preferenza per l'applicazione analogica della norma "speciale" rispetto all'applicazione della norma "generale" si fonda, per l'appunto, sul fatto che la norma "speciale", come si è visto, non esclude i principi della norma generale, ma li specifica e li differenzia adattandoli. In altri termini, si ritiene che l'applicazione della norma "speciale" possa rispondere meglio rispetto all'applicazione della norma "generale" alle esigenze specifiche dei contraenti nel caso concreto. Sul punto, cfr. R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, IV, 2016, 1401 ss. Nel caso di specie, ciò comporta il tentativo di applicare prioritariamente in via analogica l'art. 1664, c. 1, cod. civ. piuttosto che l'art. 1467 cod. civ. per disciplinare le fattispecie di eccessiva onerosità sopravvenuta di contratti – tipici e atipici – simili al contratto d'appalto.



zione<sup>87</sup> oppure, restando nell'ambito della disciplina codicistica, nel trasporto di cose)<sup>88</sup>.

L'analisi finora compiuta sembra confermare l'esigenza, già richiamata, di "generalizzazione" dell'adeguamento contrattuale *ex art. 1664, c. 1, cod. civ.*: si profila così un vero e proprio "cambio di paradigma" nell'ambito dei rimedi all'eccessiva onerosità sopravvenuta con una significativa valorizzazione della revisione del corrispettivo a discapito dell'obbligo legale di rinegoziazione e delle soluzioni estintive del rapporto contrattuale.

**6.3.** – Una volta delineate le ragioni della forza "espansiva" del rimedio conservativo dell'adeguamento *ex art. 1664, c. 1, cod. civ.*, occorre però sottolineare l'esistenza di numerose fattispecie di eccessiva onerosità sopravvenuta cui sembra scorretto (e inopportuno) applicare – non solo in via diretta, ma anche in via analogica – la disciplina "speciale" dell'adeguamento del corrispettivo.

Si tratta di fattispecie di eccessiva onerosità sopravvenuta nell'ambito di contratti che non sembrano condividere in concreto l'assetto (e, conseguentemente, non possono condividere la disciplina) del rischio contrattuale previsti dal codice civile con riferimento

---

<sup>87</sup> Il contratto di edizione – specificamente regolato dalla legge sul diritto d'autore (artt. 118-135, legge 22 aprile 1941, n. 633) – comporta il trasferimento di tutte o alcune facoltà di utilizzazione economica dell'opera di ingegno in capo all'editore, che s'impegna, a proprio rischio e spese, a riprodurre l'opera in cambio, solitamente, di una partecipazione agli utili. Quanto alle ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione del contratto di edizione, si constata l'esistenza di una vera e propria lacuna: nessuna norma della legge sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633) disciplina espressamente l'argomento dell'eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione del contratto di edizione (né l'art. 134, che individua le varie cause di estinzione del contratto, né gli artt. 124 e 128, che considerano fattispecie specifiche di risoluzione del rapporto originario). Sul punto, cfr., per tutti, V. M. DE SANCTIS, M. FABIANI, *I contratti di diritto d'autore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXXI, 1, Milano, 2007, spec. 145 ss., spec. 147; V. M. DE SANCTIS, *Il diritto di autore. Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche (Artt. 2575-2583)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2012, 262, spec. nt. 26.

<sup>88</sup> Anche nel contratto di trasporto si colgono significative analogie con l'appalto. In particolare, il contratto di trasporto (artt. 1678-1702 cod. civ.) vincola il vettore – avvalendosi spesso, al pari dell'appaltatore, di una vera e propria organizzazione imprenditoriale – a trasferire persone o cose da un luogo a un altro verso un corrispettivo. Non stupisce pertanto che numerose fattispecie del contratto di trasporto – in mancanza di una disciplina specifica (legislativa o pattizia) – finiscano spesso per essere regolate, in via analogica, dalle norme dell'appalto, sebbene il codice civile delinea una disciplina specifica con riferimento alle circostanze sopravvenute durante l'esecuzione del contratto di trasporto (art. 1686 cod. civ.). Quest'ultima disciplina, secondo la dottrina maggioritaria, costituisce, infatti, una norma speciale rispetto alla disciplina generale dell'impossibilità (e non dell'eccessiva onerosità) sopravvenuta. Sul punto, cfr. M. STOLFI, *Appalto-Transporto*, cit., 130; G. CATURANI, A. SENSALE, *Il trasporto*, Napoli, 1960, 116; A. ASQUINI, voce *Transporto di cose (contratto di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 587 ss. Sui rapporti fra contratto d'appalto e di trasporto, cfr. G. ROMANELLI, *Il trasporto aereo di persone*, Padova, 1959, 27; M. IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, 4; M. POLASTRI MENNI, *Transporto ed appalto: problemi di qualificazione*, in *Transporti*, 33, 1984, 53 ss.



all'appalto<sup>89</sup>: si pensi, per esempio, al contratto d'opera<sup>90</sup> oppure di somministrazione<sup>91</sup> oppure di locazione<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Ogni valutazione sistematica compiuta nel testo dev'essere però valutata, di volta in volta, sempre con riferimento alle caratteristiche concrete delle singole vicende negoziali. Nello stesso senso, cfr. M. GRONDONA, *Figure affini*, in AA.VV., *L'appalto pubblico e privato*, a cura di V. DI GREGORIO, Torino, 2013, 34 ss.

<sup>90</sup> Il contratto d'opera è stato affiancato all'appalto fin dai tempi della c.d. *locatio operis*. Per una ricostruzione storico-giuridica della categoria, cfr. A. MASI, voce *Locazione (storia)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 908; R. FIORI, *La definizione della locatio-conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 5 ss. Il prestatore d'opera assume solitamente un rischio diverso rispetto all'appaltatore, perché s'impegna a compiere un'opera o un servizio avvalendosi prevalentemente di lavoro personale, anziché di una vera e propria organizzazione imprenditoriale. Per un verso, infatti, il prestatore d'opera – a differenza dell'appaltatore – non si avvale di manodopera (ma adempie per mezzo del proprio lavoro) e, per un altro, il prestatore d'opera – a differenza dell'appaltatore – riceve spesso i materiali necessari direttamente dal committente. Ne deriva un assetto del rischio contrattuale che ripartisce i costi di produzione dell'opera (o del servizio) in modo diverso rispetto all'appalto, suggerendo così all'interprete di escludere un'applicazione analogica della disciplina "speciale" dell'appalto (art. 1664, c. 1, cod. civ.) nelle ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione del contratto d'opera. Tale distinzione costituisce una differenza ormai "classica" fra il contratto d'appalto ed il contratto d'opera (cfr., per tutti, L. V. MOSCARINI, *Il contratto di appalto e le figure affini*, cit., 16 ss. e, più di recente, N. RIZZO, *Il contratto d'opera*, in *Opere e servizi – I, III, Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, condiretto da A. M. BENEDETTI, Milano, 2014, 579). In giurisprudenza, cfr. CASS. 19 marzo 1980, n. 1818, in *Rass. Adv. Stato*, 1981, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Appalto», 31.

Escludono l'applicazione della disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta dell'appalto al contratto d'opera anche O. CAGNASSO e G. COTTINO (*Contratti commerciali*, cit., 675). Questi studiosi giungono però a tale conclusione non all'esito dell'analisi circa la natura diversa del rischio contrattuale assunto dall'appaltatore e dal prestatore d'opera, ma alla luce della presunta impossibilità di ricorrere all'applicazione analogica dell'art. 1664, c. 1, cod. civ.

<sup>91</sup> Anche nell'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione di un contratto di somministrazione, il somministrante s'impegna generalmente soltanto a compiere una prestazione di "dare" senza addossarsi particolari costi di produzione del bene (limitandosi ad acquistare, a sua volta, il bene da un produttore). Si tratta pertanto di un contratto che sembra escludere – per via dell'assenza di costi di produzione e, conseguentemente, della diversa natura del rischio contrattuale assunto – l'applicazione dell'art. 1664, c. 1, cod. civ. in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. Ciò non significa, ovviamente, trascurare del tutto la tendenza conservativa del rapporto contrattuale originario con riferimento alla somministrazione di cose (desumibile, seppur nell'ambito dell'inadempimento, dall'art. 1564 cod. civ.), ma semplicemente escludere la possibilità di applicare – anche in via analogica – la disciplina "speciale" dell'art. 1664, c. 1, cod. civ. in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. Sul punto, cfr. M. GRONDONA, *La somministrazione*, in *Cessione e uso di beni*, II, *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, condiretto da A. M. BENEDETTI, Milano, 2014, 70 ss.; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1995, 238 ss., 241 ss. Maggiori problemi sorgono invece con riferimento all'eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione di un contratto di somministrazione di beni prodotti in previsione della fornitura stessa. In particolare, si dovrebbe valutare, di volta in volta, se prevalga nell'ambito del singolo contratto lo schema causale del "dare", tipico della somministrazione, oppure del "facere", tipico dell'appalto. Sul punto, di recente, cfr. M. DELLACASA, *Appalto. Il tipo e la struttura*, cit., 92.

<sup>92</sup> Ancor più evidenti risultano le differenze fra l'assetto del rischio nel contratto d'appalto e nel contratto di locazione. Si può dire che "la fisionomia dei due contratti, quale risulta delineata dalle ri-



Tali fattispecie sono regolate, anziché dalla disciplina “speciale” (art. 1664, c. 1, cod. civ.), dalla disciplina “generale” della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta nei rapporti di durata (art. 1467 cod. civ.): s’intende così evitare la formulazione di una sommaria proposta di “generalizzazione” della disciplina “speciale” dell’eccessiva onerosità sopravvenuta nell’appalto, prescindendo dall’opportuna considerazione dei suoi fisiologici limiti applicativi<sup>93</sup>.

---

spettive definizioni, sia addirittura antitetica: il baricentro della locazione è il concetto statico di godimento (art. 1571), mentre l’appalto risulta incentrato sulla nozione dinamica di produzione, essendo il debitore della prestazione caratteristica obbligato ad eseguire un’opera o a prestare un servizio con il supporto della propria organizzazione imprenditoriale (art. 1655)” (M. DELLACASA, *Appalto. Il tipo e la struttura*, cit., 97). In altri termini, il contratto di locazione, a differenza del contratto d’appalto, non s’incentra sulla produzione di un’opera o di un servizio a favore del conduttore. Ne deriva un assetto del rischio contrattuale sensibilmente diverso rispetto all’appalto perché il locatore, senza sopportare i costi di produzione di un’opera o di un servizio, si assume un rischio per nulla assimilabile al rischio imprenditoriale assunto dall’appaltatore in seguito alla sottoscrizione di un contratto di appalto. Questa diversa ripartizione del rischio contrattuale porta ad escludere un’applicazione analogica dell’art. 1664, c. 1, cod. civ. in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l’esecuzione del contratto di locazione.

<sup>93</sup>Una valida “cartina al tornasole” della ricostruzione proposta nel testo è rappresentata dalla vendita di cosa futura (art. 1472 cod. civ.). Si tratta, come noto, di un istituto posto (fin dai tempi della contrapposizione fra Sabiniani e Proculeiani) sull’incerto confine tra compravendita e appalto (cfr., *ex multis*, G. DE NOVA, *La distinzione fra vendita e appalto (un problema di qualificazione)*, in *Foro pad.*, I, 1967, 979 ss.). Nell’ottica della presente analisi – dopo aver escluso ogni rilievo della c.d. “emptio spei” (o “vendita a sorte”), perché rientrante, secondo dottrina e giurisprudenza unanimi (cfr., per tutti, R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, spec. 1029-1030), nell’alveo dei contratti aleatori – si deve focalizzare l’attenzione sulla vendita di un prodotto d’opera non ancora realizzato che necessita dell’attività strumentale positiva dell’alienante (cfr., per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, 1098 ss.). Nello specifico, si tratta di comprendere, secondo l’insegnamento (ormai piuttosto consolidato) della giurisprudenza di legittimità, se l’intento empirico delle parti aveva ad oggetto prevalentemente un *dare* o un *facere*: “se tale intento empirico coincide con quello della vendita, nel senso che il conseguimento della cosa costituisce la vera ed unica finalità del negozio ed il lavoro sia solo il mezzo per produrla, si ha vendita di cosa futura; se coincide con quello proprio dell’appalto, nel senso che l’attività realizzatrice della cosa sia la vera finalità del negozio, si ha appalto” (CASS., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 5, 700, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2008, 5, I, 1390, in *Riv. not.*, 2009, 6, 1475, con nota di M. GRAZIANO; CASS., 2 agosto 2002, n. 11602, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1443). In letteratura, cfr. P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*. I. *La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, 230 ss.

Stesso discorso sembra valere per gli immobili da costruire: se la costruzione dell’edificio (o degli edifici) è iniziata (o sarebbe iniziata) a prescindere dall’ordine dell’acquirente con lo scopo principale di procedere successivamente alla consegna dell’immobile, il contratto rientra nello schema della compravendita di cosa futura (si pensi, per esempio, alla costruzione e alla successiva vendita di una serie indistinta d’immobili), altrimenti, se la costruzione dell’edificio (o degli edifici) non sarebbe stata avviata (o sarebbe stata portata avanti con caratteristiche e modalità diverse) senza le richieste e l’ordine specifico dell’acquirente, il contratto rientra nello schema dell’appalto (con la conseguente applicazione diretta della disciplina sull’appalto, compreso l’art. 1664, c. 1, cod. civ.). Peraltro, la disciplina sull’acquisto degli immobili da costruire (d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122), seppur rivolta genericamente a regolare un’operazione economica piuttosto che predeterminati tipi contrattuali, nonché



7. – Nel codice civile, il panorama rimediabile a tutela della parte svantaggiata dall'eccessiva onerosità sopravvenuta è caratterizzato soprattutto da un rimedio “generale” estintivo del rapporto originario, che può trovare applicazione nelle ipotesi di sopravvenienze intervenute durante l'esecuzione di ogni contratto a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita (la risoluzione del contratto *ex art. 1467, c. 1 e 2, cod. civ.*), e da un rimedio “speciale” manutentivo del rapporto originario, che può trovare applicazione nelle ipotesi di sopravvenienze intervenute durante l'esecuzione di un contratto d'appalto e di contratti simili – con riferimento ai profili inerenti al rischio contrattuale – all'appalto (la revisione del prezzo *ex art. 1664, c. 1, cod. civ.*)<sup>94</sup>.

S'individuano così strumenti validi per contrastare gli effetti delle sopravvenienze sull'equilibrio tra le prestazioni dovute, delineando chiaramente i presupposti applicativi di ciascun rimedio e i criteri d'intervento (in senso estintivo o manutentivo) da parte del giudice.

Riemerge un sistema codicistico fondato su regole chiare (applicate, se del caso, anche in via analogica) e non soltanto sull'indiscriminata valorizzazione di principi e clausole generali.

Se non c'è dubbio, infatti, che strumenti come la buona fede e l'equità svolgano un ruolo fondamentale nel nostro ordinamento (e nell'elaborazione del nuovo diritto privato

---

priva di una normativa specifica sull'eccessiva onerosità sopravvenuta, sembra muoversi nello stesso senso, richiamando talvolta – per esempio con riferimento al regime di responsabilità del costruttore per i danni da rovina totale o parziale o da gravi difetti costruttivi (art. 4) – proprio la disciplina codicistica del contratto d'appalto (art. 1669 cod. civ.). Sul punto, cfr. G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Giust. civ.*, 2008, 319 ss., 325 ss.; G. VETTORI, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti*, in *Obbl. contr.*, 2006, 105 ss., spec. 107 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *Il trasferimento non immediato di immobili da costruire ex art. 6 D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *I Contratti*, 2006, 808 ss.; C. D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, 911 ss.; G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminarizzare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente (D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122)*, Milano, 2005; G. DE CRISTOFARO, J. COSTOLA, *Le misure di protezione degli acquirenti di edifici da costruire introdotte dal D. legisl. 20 giugno 2005, n. 122: prime considerazioni*, in *Studium iuris*, 2005, 1006 ss.; A. LUMINOSO, voce *Immobili da costruire (tutela degli acquirenti di)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2008, 1 ss.

<sup>94</sup> Nel presente studio non è però ricostruita l'intera disciplina codicistica delle sopravvenienze negli altri contratti tipici (v., per esempio, le regole del contratto di affitto, *ex artt. 1623, 1635, 1636, 1648 cod. civ.*, e di assicurazione, *ex artt. 1897-1898 artt. cod. civ.*) così come la disciplina “extracodicistica” (rappresentata dai cc.dd. “rimedi convenzionali” predisposti dai contraenti e dagli altri rimedi delineati dalle singole leggi speciali). Per un'analisi più complessiva sia consentito rinviare a E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 131 ss., 217 ss.



europeo), non sembrano però accettabili né auspicabili soluzioni rimediale che – superando quelle che sono (almeno fino ad oggi!) contrarie indicazioni normative<sup>95</sup> – preferiscono affidarsi unicamente all’applicazione delle clausole generali, anziché avvalersi, ove possibile, delle regole già presenti nel nostro sistema giuridico<sup>96</sup>.

La soluzione prospettata individua presupposti certi e parametri chiari d’intervento giudiziale sul contratto. Non si vuole smentire così “la verità, banale, anche se infinite volte, in ogni epoca e con tanta inesauribile perseveranza negata o nascosta, della creatività della giurisprudenza”<sup>97</sup>, ma delineare un sistema rimediale che garantisca regole sufficientemente certe<sup>98</sup> ed esiti giudiziari sostanzialmente prevedibili<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> Sulla possibilità di una prossima riforma della disciplina codicistica dell’eccessiva onerosità sopravvenuta, cfr., *supra*, § 6, nt. 47.

<sup>96</sup> Si tratta di un problema estremamente dibattuto e troppo ampio per essere affrontato compiutamente in questa sede. Ci si limita a sottolineare come il dibattito, mai sopito, sia stato recentemente alimentato anche da un interessante lavoro monografico di P. GROSSI (*Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 79, 85). In particolare, secondo l’Autore, “le fonti, nella loro compatta scansione gerarchica, vengono tratte dal sacario intoccabile in cui illuministi e giacobini le avevano collocate, mentre la legge, deposto il suo manto regale di fonte esclusiva, cede un ruolo promozionale a strumenti euristici nuovi: i principii [...] Taluno, tuttora segnato nella sua statura interiore dalla invasiva propaganda post-illuministica, si straccia, invece, le vesti per la carenza di legittimazione democratica che il maestro di diritto e il giudice non hanno (mentre ce l’ha il Parlamento). A tacere di quella circostanza ineludibile che è la crisi attuale della rappresentanza politica [...], resta quella legittimazione, che ha sorretto il ruolo del giurista nell’antica Roma, nel diritto comune medievale, nel *common law* e che gli proviene dal sapere specifico di cui è portatore, dal dominio di categorie scientifiche e di elaborati tecnici – collaudati da duemilacinquecento anni di sperimentazioni e di verifiche – che gli consentono – sulla base della sua prudenza – terzietà e imparzialità”. La posizione di Grossi è stata però decisamente criticata da G. CORSO (*Conclusioni*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2014. L’incertezza delle regole*, Milano, 2015, 283 ss., spec. 293), laddove sottolinea che “il politologo potrà smitizzare l’istituto della rappresentanza politica o registrare la «anchilosante incapacità del legislatore» e prendere atto della «generale erosiva sfiducia» di cui lo circonda la «coscienza collettiva»: ma il giurista non potrà dimenticare che l’Italia è una repubblica democratica, che il parlamento è una delle forme in cui si esprime la volontà popolare, e che la legge è un prodotto del parlamento”.

<sup>97</sup> Sono le note parole della premessa di M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984. Per un’analisi recente del ruolo sempre più “creativo” assunto dalla giurisprudenza con il passare del tempo, cfr. C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *juscivile*, 2018, 3, 296 ss. (pubblicato anche in AA.VV., *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, II, Napoli, 2018, 1559 ss.).

<sup>98</sup> Nella prospettiva adottata, infatti, la “certezza del diritto non è, come pure a scopo polemico si sostiene, certezza della legge (e lo si sostiene per dedurne che, essendo oggi la legge solo una delle fonti, la nozione di certezza non ha più senso). Certezza del diritto è [...] certezza della regola” (G. CORSO, *Conclusioni*, cit., 291). In un’ottica diversa (e, a tratti, opposta) sembra muoversi la recente opera di N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 3 ss. Per una ricostruzione critica delle varie posizioni dottrinali sulla distinzione fra “principi” e “regole” nel diritto contrattuale, si rinvia ai saggi di G. D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 470 ss.; ID., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 247 ss., 255 ss.

<sup>99</sup> L’argomento solleva, come noto, un ampio dibattito dottrinale (esteso ben oltre i confini del diritto privato, per un verso, e del diritto nazionale, per un altro). Si consideri, per esempio, il recente lavoro – ad-

# JUS CIVILE



Peraltro, lo stesso rapporto tra rimedio estintivo “generale” e rimedio manutentivo “speciale” – già sensibilmente modificatosi rispetto al 1942 – sembra destinato a variare ancora nel corso del tempo.

L’ampia diffusione dell’appalto di servizi, realizzando una significativa espansione dell’oggetto tradizionale del contratto d’appalto, può comportare, come si è visto, un’applicazione diretta (e non analogica) sempre più frequente del rimedio manutentivo della revisione del prezzo *ex art. 1664, c. 1, cod. civ.* a discapito del rimedio estintivo della risoluzione del contratto *ex art. 1467 cod. civ.*

La continua emersione poi di nuovi contratti tipici e atipici, simili al contratto d’appalto e contraddistinti dalle stesse esigenze manutentive, permettono d’ipotizzare non solo un’interpretazione estensiva dell’*art. 1664, c. 1, cod. civ.*, ma anche un’applicazione analogica della norma oltre le fattispecie specifiche del contratto d’appalto, “generalizzando” così – almeno in parte – il rimedio manutentivo “speciale” della revisione del prezzo originario in presenza di circostanze sopravvenute che incidono sul valore di scambio delle prestazioni contrattuali.

Ne deriva una nuova razionalizzazione del dato normativo volta ad assicurare – oltre ai vari interessi (manutentivi ed estintivi) dei contraenti – un’incertezza tollerabile e una, seppur dinamica, coerenza del sistema.

---

dirittura critico sull’evoluzione dei rapporti fra i poteri dello Stato nell’ordinamento tedesco per via dell’eccessivo spazio concesso all’intervento, spesso arbitrario, dei giudici – di B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, 2014 (trad. it. di G. STELLA, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, Modena, 2018, 41 ss.)



FRANCESCO SOLURI

Avvocato

## CONSIDERAZIONI IN TEMA DI *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*, TRA PECULIARITÀ DI UN ISTITUTO TRASVERSALE E ARRESTI DELLA NOMOFILACHIA

SOMMARIO: 1. Per una breve introduzione civilistica del tema. – 2. La presenza del principio nel giudizio amministrativo e in quello contabile, a riprova del carattere trasversale dell'istituto. – 3. Le questioni dibattute dalla giurisprudenza. – 4. Gli arresti recenti dei giudici della nomofilachia. – 5. Qualche riflessione a margine del tema trattato.

1. – La *compensatio lucri cum damno* è un istituto non ignoto ai classici, sebbene non sia dato rinvenirne una codificazione espressa.

Al riguardo, esso sarebbe stato ben conosciuto dal diritto romano<sup>1</sup>, quale principio utilizzato nella costruzione del danno risarcibile mentre, secondo un diverso indirizzo, l'istituto affonderebbe piuttosto le radici, ad onta del *nomen* utilizzato, nella dottrina tedesca della fine del XIX secolo<sup>2</sup>.

Come noto il principio, che non trova un'espressa previsione normativa ma è frutto della elaborazione giurisprudenziale condotta sul disposto dell'articolo 1223 cod. civ., rappresenta una tecnica di quantificazione del danno la cui *ratio* è quella secondo cui, in sede di determinazione dell'ammontare del *quantum debeatur* gravante sull'autore dell'illecito contrattuale o extracontrattuale, deve defalcarsi quanto lucrato dal danneggiato come conseguenza 'immediata e diretta' dell'illecito stesso<sup>3</sup>, cioè gli effetti posi-

---

<sup>1</sup> Evidenzia al riguardo M. SANTISE, *Aliunde perceptum e compensatio lucri cum damno*, in *iurisprudentia.it*, 2017, che «il principio era talmente chiaro ed assodato da non richiedere un suo espresso richiamo. D'altra parte, la circostanza che talune leggi escludevano espressamente l'applicazione della *compensatio* fra "diverse" poste dimostra che la regola fosse conosciuta».

<sup>2</sup> Come ricorda P. GALLO, *La compensatio lucri cum damno e le sue trasformazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, gennaio 2018, 62.

<sup>3</sup> La casistica al riguardo è varia: ad es., in caso di risoluzione per inadempimento dell'acquirente, dovrà



tivi comunque prodotti e connotati da omogeneità rispetto al bene o interesse leso.

L'istituto è espressione o comunque una derivazione del c.d. "principio di indifferenza" (del risarcimento), in virtù del quale alla responsabilità civile si riconosce una funzione non solo preventiva o deterrente (allo scopo di evitare la reiterazione del fatto illecito), ma anche compensativa, al fine di reintegrare il danneggiato ponendolo nella situazione in cui si sarebbe trovato in assenza del fatto ingiusto<sup>4</sup>, come si può peraltro dedurre da talune disposizioni presenti nel codice<sup>5</sup>.

Il principio della *compensatio* è presente anche nel novellato diritto societario, precisamente nelle disposizioni contenute negli articoli 2497 (in tema di responsabilità delle società o degli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento di società) e 2634 cod. civ. (rubricato "Infedeltà patrimoniale"), che, rispettivamente al comma 1 e al comma 3, rinviano entrambi alla teoria dei vantaggi compensativi.

Al riguardo, come osservato<sup>6</sup>, nell'ipotesi di cui al comma 1 dell'articolo 2497, il riferimento alla teoria della *compensatio* è effettuato in maniera quasi implicita, sebbene evidente ("Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette"); mentre, nel caso di infedeltà patrimoniale, il richiamo è invece espresso, prevedendosi che "non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo".

---

tenersi conto del vantaggio derivato al venditore dalla disponibilità del bene venduto, protratta dopo la conclusione del contratto in conseguenza dell'opposta eccezione di inadempimento; così, in caso di illecito extracontrattuale, ai fini della liquidazione del danno, dovrà tenersi conto del prezzo conseguito dalla vendita dell'animale da traino ucciso in un incidente (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 645).

<sup>4</sup> Cfr., F. MOLINARO, *L'ubiquità della compensatio lucri cum damno*, in *Salvisjuribus.it*, 2018, 2.

<sup>5</sup> Cfr., ad es., l'articolo 1909, in tema di assicurazione contro i danni per somma eccedente il valore delle cose; l'art. 1479, che, in tema di buona fede del compratore, fa espressamente salvo il disposto dell'articolo 1223.

<sup>6</sup> M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, Giuffrè, 2008, 139, s.



In senso tecnico, la figura in esame non comporta una correlazione con la compensazione di cui agli artt. 1241, ss., cod. civ., quale modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento che si verifica con il venir meno dei debiti reciproci sino a parità di valore<sup>7</sup>, atteso che la *compensatio lucri cum damno* si riferisce piuttosto al fatto illecito contestualmente causativo di un danno e di un vantaggio nella sfera giuridica del solo danneggiato, venendo cioè meno il requisito della reciprocità<sup>8</sup>.

2. – Così brevemente delineata la connotazione essenziale del principio della *compensatio lucri cum damno* a livello civilistico, e prima di soffermarsi sulle problematiche ad esso sottese che il principio pone, è necessario evidenziare che il tema interessa non solo il giudice civile ma anche il giudice amministrativo e quello contabile, a riprova di una peculiare trasversalità dell'istituto in esame.

Dal punto di vista del giudice amministrativo, il principio ha trovato applicazione nei casi di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione e conseguente determinazione del c.d. *aliunde perceptum*, quale causa di limitazione della richiesta di danni al fine di evitare ingiuste locupletazioni, nonché in talune ipotesi di pubblico impiego non contrattualizzato, ad es. in materia di contenzioso militare<sup>9</sup>, essendo stato in proposito osservato che la *compensatio lucri cum damno* è principio generale secondo il quale «deve considerarsi la sfera patrimoniale del danneggiato nel suo complesso (c.d. danno-interesse), onde nella liquidazione devono computarsi non soltanto le diminuzioni patrimoniali, ma anche gli incrementi patrimoniali che siano conseguenza dell'illecito, la cui causa in senso funzionale

---

<sup>7</sup> Al riguardo, G. DE NOVA, *Intorno alla compensatio lucri cum damno*, in *Juscivile*, 2018, 1, 55, ritiene «meglio non parlare più di *compensatio lucri cum damno*, perché comunque si voglia affrontare il tema, è certo che non si tratta di compensazione tra crediti o tra pretese. E la formulazione che ci tramanda il latino (per di più di dubbia origine) non è innocente, perché potrebbe far pensare appunto alla compensazione, e indurre ad esempio a ritenere che le poste negative e positive debbano essere omogenee, e che il danneggiante debba formulare un'eccezione in senso proprio. A quest'ultimo riguardo, lo dico per inciso, la tesi prevalente è che la considerazione del beneficio che riceve il danneggiato sia rilevabile d'ufficio, ma si tratta di soluzione non da tutti condivisa».

<sup>8</sup> Quanto detto, però, non comporta la totale estraneità della disciplina in tema di compensazione alla figura della *compensatio*, ritenendosi comunque ad essa applicabile la disposizione di cui al comma 1 dell'articolo 1243 cod. civ., in relazione all'elemento della omogeneità tra due debiti reciproci quale condizione per la compensazione.

<sup>9</sup> Cfr., la fattispecie di cui all'articolo 921, comma 2, lett. b, del D. Lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (“Codice dell'ordinamento militare”), secondo cui dall'importo dovuto dal militare in caso di ricostruzione di carriera va detratto “ogni altro emolumento percepito in dipendenza di prestazioni e attività svolte grazie alla sospensione dal servizio”.



è nell'evidente esigenza di evitare che il risarcimento, inteso alla reintegrazione della sfera giuridica del danneggiato, si traduca in un arricchimento indebito per quest'ultimo»<sup>10</sup>.

Dal punto di vista del giudice contabile, il principio della *compensatio* enunciato in ambito civilistico dall'articolo 1223 cod. civ., trova espressa codificazione all'art. 1, comma 1**bis**, della L. n. 20/1994 (nel testo novellato dalla L. n. 639/1996)<sup>11</sup>, che ha stabilito che, in sede di quantificazione dell'obbligo risarcitorio, il giudice deve tener conto dei "vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata" a seguito della condotta illecita degli amministratori o dei dipendenti pubblici.

L'introduzione della *compensatio lucri cum damno* da parte del legislatore in sede di responsabilità amministrativa ha risolto un risalente contrasto interpretativo, visto l'orientamento della giurisprudenza contabile la quale, pur percependo il principio in questione come vigente nell'ordinamento, tendenzialmente però negava rilevanza (fatti salvi casi assolutamente sporadici ed isolati) ai possibili vantaggi finanziari derivanti dall'illecito comportamento dell'amministratore, in quanto difficili da contabilizzare sul piano finanziario, o comunque se ne dimenticava, evitando così di doversi esprimere favorevolmente su una condotta *contra legem*.

Vi era dunque, in tale disfavore verso l'istituto, un riverbero della concezione c.d. sanzionatoria della responsabilità amministrativa, ritenendosi l'azione del giudice contabile finalizzata più a garantire regolarità e correttezza dei comportamenti che a ripristinare l'integrità patrimoniale dell'ente pubblico<sup>12</sup>.

Il riconoscimento esplicito e l'applicazione del principio in parola, a partire dal 1996, sono stati quindi salutati favorevolmente dalla dottrina, quale elemento che, in sede di valutazione e quantificazione del danno risarcibile, può assistere il giudice nel proprio compito, ormai non dubitandosi della conformità e appartenenza della responsabilità amministrativa all'alveo civilistico, pur nel riconoscimento di peculiarità specifiche che però non ammettono separazioni<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr., Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1505.

<sup>11</sup> L'articolo 3 del D.L. 23 ottobre 1996, n. 543, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione, ha così sostituito il comma 1 ed ha aggiunto i commi 1-*bis*, 1-*ter*, 1-*quater* e 1-*quinqies*. Lo stesso articolo 3 ha poi così sostituito il comma 2 ed ha aggiunto i commi 2-*bis* e 2-*ter*. Infine ha sostituito il comma 4. Vedi, anche, il comma 2 del citato articolo 3. Successivamente, il presente comma è stato così modificato dalla lettera *b*) del comma 30-*quater* dell'articolo 17, D.L. 1 luglio 2009, n. 78, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione.

<sup>12</sup> Cfr., S.M. PISANA, *La responsabilità amministrativa*, Giappichelli, 2007, 193.

<sup>13</sup> Cfr., L. SCHIAVELLO, voce *Responsabilità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Agg., 1999, 909, ss., richiamato da M. FERRARI, cit., 122, s.



La c.d. valutazione dell'*utilitas* percepita dalla P.A. delinea così un'ipotesi vera e propria di *compensatio lucri cum damno*, rappresentando uno dei fondamentali criteri di quantificazione del danno risarcibile da parte della Corte dei conti insieme con il potere riduttivo dell'addebito<sup>14</sup>.

Nell'illecito erariale, tale regola sembra però presentare un più ampio perimetro applicativo rispetto al corrispondente istituto civilistico, poiché tanto il danno quanto il vantaggio, pur essendo da ricondurre al medesimo comportamento del danneggiante, possono ben riferirsi non soltanto alla stessa amministrazione danneggiata, ma anche ad amministrazione diversa o persino alla collettività amministrata.

La domanda di tener conto dei vantaggi conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata sarà normalmente avanzata dal presunto responsabile che vi abbia interesse, sul quale grava, secondo la giurisprudenza, l'onere probatorio previsto dall'articolo 2697 cod. civ.<sup>15</sup>, mentre non incombe sul P.M. fornire la prova negativa della insussistenza dei vantaggi conseguiti.

**3.** – Dopo aver lumeggiato i tratti fondamentali dell'istituto in esame, conviene a questo punto soffermarsi sulle questioni ad esso sottese, tra le quali, considerando anche l'assenza di una codificazione normativa, vi è anzitutto quella concernente l'ammissibilità della *compensatio* quale regola civilistica generale ovvero operante solo in determinati casi.

Al riguardo, ad un primo indirizzo dottrinale secondo il quale l'istituto non avrebbe valenza generale, mancando una specifica norma di riferimento cui poterlo ancorare<sup>16</sup>, si contrappone un'opinione intermedia che ammette l'applicabilità della *compensatio* in forza non di un principio generale, ma qualora le peculiarità del caso concreto lo richiedano.

Invece, secondo un più recente orientamento ormai prevalente, la *compensatio lucri*

---

<sup>14</sup> Come si dirà anche più avanti, ved. *infra*, par. 4.

<sup>15</sup> Cfr., A. BAX, *La Corte dei Conti*, Simone, 2008, 215, ss.; A. VETRO, *La compensatio lucri cum damno in diritto privato: applicazione del principio della compensazione nei giudizi amministrativi e contabili*, in [www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it), 2018, 8; V. RAELI, *Lezioni di contabilità pubblica*, tomo I, Cacucci, 2018, 118.

<sup>16</sup> Non mancano riferimenti in tal senso. Cfr., *ex multis* e a titolo meramente esemplificativo, G. DE NOVA, cit., 56. In particolare, l'Autore osserva che «al quesito, se la c.d. *compensatio* “possa operare come regola generale del diritto civile ovvero in relazione soltanto a determinate fattispecie” (Cass. ord. n. 15534 e 15535) si può già rispondere che di regola generale non è il caso di parlare».



*cum damno* costituisce una clausola generale del nostro ordinamento, il cui fondamento normativo va rinvenuto nell'articolo 1223 cod. civ., nonché nell'articolo 2056 cod. civ..

Strettamente collegata a tale questione, sempre ai fini della individuazione dell'esatta portata applicativa del principio in esame, in assenza di un orientamento univoco, è poi la problematica di maggior interesse riguardante la possibilità che, in sede di determinazione del danno, si debba considerare il vantaggio lucrato dalla vittima in conseguenza del fatto illecito, derivante dalla percezione di emolumenti corrisposti da altri soggetti (enti previdenziali, assicurativi, etc.)<sup>17</sup>.

Secondo un primo orientamento espresso da una risalente pronuncia<sup>18</sup>, cui si è successivamente uniformato un ricco filone giurisprudenziale<sup>19</sup>, la *compensatio lucri cum damno non è preclusa, ma è destinata a trovare* applicazione soltanto quando sia il pregiudizio che l'incremento patrimoniale siano conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, mentre non può farsi luogo a compensazione se il lucro ripete la sua fonte e la sua ragione giuridica da un titolo indipendente e diverso dal fatto illecito, sicché non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, ovvero a titolo di assegni, di equo indennizzo o di qualsiasi altra erogazione connessa all'invalidità o alla morte, trattandosi di attribuzioni non aventi finalità risarcitorie.

Secondo un opposto orientamento giurisprudenziale, più recente e innovativo<sup>20</sup>, indennità assicurativa e risarcimento del danno hanno invece identica funzione risarcitoria e non possono cumularsi.

Tale indirizzo muove dalla premessa che la diversità di presupposti tra indennizzo e risarcimento del danno ne esclude la cumulabilità e non giustifica le conclusioni cui approda l'orientamento tradizionale, essendo il danno indennizzato dall'assicuratore un danno che ha cessato di esistere.

---

<sup>17</sup> Il tema, di stretta attualità, emerge in particolare in relazione alle indennità erogate dall'Inail, ponendosi la questione se, in seguito all'infortunio sul lavoro ovvero alla malattia professionale, l'infortunato abbia diritto di cumulare all'indennità, in capitale o rendita, l'intero risarcimento del danno calcolato secondo i criteri del sistema di responsabilità. Sul punto, cfr., M. FERRARI, cit., 143, ss.

<sup>18</sup> Cfr., Cass. civ., 29 luglio 1955, n. 2442.

<sup>19</sup> Si tratta, infatti, di un indirizzo seguito nella giurisprudenza della Suprema Corte, che ha avuto per lungo tempo applicazione incontrastata: cfr., Cass., Sez. I, 23 ottobre 1954, n. 4019; Cass., Sez. III, 29 marzo 1968, n. 971; Cass., Sez. III, 7 aprile 1970, n. 961; Cass., Sez. III, 8 settembre 1970, n. 1347; Cass., Sez. I, 9 dicembre 1971, n. 3562; Cass., Sez. III, 21 agosto 1985, n. 4473; Cass., Sez. III, 26 febbraio 1988, n. 2051; Cass., Sez. III, 10 febbraio 1999, n. 1135; Cass., Sez. III, 23 dicembre 2003, n. 19766; Cass., Sez. III, 15 ottobre 2009, n. 21897.

<sup>20</sup> Espresso da Cass., Sez. III, 11 giugno 2014, n. 13233.



A fronte di un tale perdurante contrasto interpretativo, il collegio della terza sezione civile è tornato con un gruppo di quattro ordinanze a sollecitare l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite<sup>21</sup>, ponendo il tema in discussione ad oggetto del quesito più ampio di quello riguardante la detraibilità o meno dell'indennità di assicurazione, se cioè la *compensatio* possa operare come regola generale del diritto civile ovvero soltanto in relazione a determinate fattispecie.

Al riguardo, già la IV sezione del Consiglio di Stato, in tempi più o meno coevi a quelli della III sezione civile, aveva deferito all'Adunanza plenaria la questione, in ambito risarcitorio, relativa alla computabilità nella somma dovuta al pubblico dipendente a titolo di risarcimento del danno alla salute di quanto percepito dal danneggiato in termini indennitari da assicurazioni pubbliche o private<sup>22</sup>.

4. – L'Ad. plen. 23 febbraio 2018, n. 2, con qualche mese di anticipo rispetto all'intervento delle Sezioni unite, nell'affrontare il tema del cumulo fra risarcimento del danno ed equo indennizzo, ha enunciato il principio di diritto per cui la presenza di un'unica condotta responsabile, che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito, aventi entrambe finalità compensativa del medesimo bene giuridico, in capo allo stesso soggetto determina la nascita di un rapporto obbligatorio sostanzialmente unitario che legittima, in applicazione della regola della causalità giuridica ed in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, l'esclusione del cumulo, con conseguente necessità di detrar-

---

<sup>21</sup> Il primo dei quattro provvedimenti (ord. n. 15534/17), relativo al contenzioso formatosi intorno alla tragedia dei cieli di Ustica, concerneva la questione volta a verificare se, dal computo del pregiudizio patito dalla compagnia aerea titolare del velivolo abbattuto, dovesse essere detratto quanto da essa ottenuto a titolo di indennizzo assicurativo per la perdita dell'aeromobile. In appello il risarcimento del danno era stato negato, in quanto l'indennizzo assicurativo erogato alla società proprietaria era stato considerato superiore al valore del bene al momento della tragedia. L'ordinanza n. 15535/17 riguardava invece lo scomputo della rendita vitalizia riconosciuta dall'Inail a seguito di infortunio *in itinere* sofferto da lavoratore subordinato; l'ordinanza n. 15536/17 si riferiva alla detrazione (dall'ammontare del danno risarcibile) dell'importo corrispondente alla pensione di reversibilità accordata dall'Inps al coniuge della vittima; l'ordinanza n. 15537/17, infine, riguardava la deducibilità del valore dell'indennità di accompagnamento erogata dall'Inps al minore danneggiato da un parto cesareo tardivo.

<sup>22</sup> Cfr., Cons. St., sez. IV, ordinanza di rimessione 6 giugno 2017, n. 2719, adottata nell'ambito di un giudizio di appello, proposto dal Ministero soccombente in primo grado, avverso una sentenza che aveva accolto la domanda di condanna del dicastero al risarcimento del danno biologico e del danno non patrimoniale patiti dal ricorrente in conseguenza dell'esposizione all'amianto, senza detrazione degli importi già percepiti a titolo di equo indennizzo, in quanto aventi carattere previdenziale. Cfr., "L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato esclude il cumulo tra risarcimento del danno ed emolumenti di carattere indennitario erogati da enti pubblici", in [www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra](http://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra), 2018.



re dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno quella corrisposta a titolo indennitario.

Nello stesso solco si inserisce anche il “poker di decisioni”<sup>23</sup> coeve, rese dalle Sezioni unite sulle predette quattro ordinanze di rimessione, riguardanti quattro diverse fattispecie che interessano la possibilità del cumulo e la cui attesa si è unita ad una ovvia preoccupazione per le conseguenze dei loro effetti complessivi sul sistema assicurativo privato.

Le sentenze in parola constano di una parte comune recante i principi generali che sulla materia, che poi si sviluppa sul tema più generale riguardante l’individuazione della esatta portata del principio della *compensatio lucri cum damno*, la cui esistenza trova specifico fondamento «nell’idea del danno risarcibile quale risultato di una valutazione globale degli effetti prodotti dall’atto dannoso».

Al riguardo, i giudici della nomofilachia osservano che il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato ma senza oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve invece essere collocato «nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l’illecito»; ed evidenziano inoltre, in sintonia con le conclusioni dell’Adunanza plenaria, che la *compensatio* opera in tutti i casi in cui sussista una coincidenza tra il soggetto autore dell’illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge ad erogare il beneficio, con l’effetto di assicurare al danneggiato una reintegrazione completa del suo patrimonio ma senza ingiuste duplicazioni.

Fatte queste premesse, è utile polarizzare l’indagine su due delle quattro ordinanze che, pur partendo dai principi comuni appena richiamati, pervengono tuttavia ad un approdo diverso.

Nella decisione 22 maggio 2018, n. 12564, resa sull’ordinanza di rimessione (n. 15536/17), al fine di dirimere il contrasto sulla questione se dall’ammontare del risarcimento debba essere detratto il valore della pensione di reversibilità accordata al coniuge superstite in conseguenza dell’evento morte, il collegio rileva che tale forma di erogazione appare caratterizzata da una finalità non di tipo indennitario quanto piuttosto di tipo solidaristico-previdenziale, in adempimento di una promessa rivolta dall’ordinamento all’assicurato che, attraverso il sacrificio di parte del proprio reddito lavorativo, ha in tal modo alimentato la propria posizione previdenziale<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> L’espressione è adoperata da G. COMANDÈ, *Sulla compensatio il percorso tracciato è di grande equilibrio*, editoriale, in Guida al diritto n. 29/2018, 10.

<sup>24</sup> E cioè «la promessa che, a far tempo dal momento in cui il lavoratore, prima o dopo il pensionamen-



L'erogazione della pensione di reversibilità è, in sostanza, volta non ad eliminare le conseguenze (negative) determinate per effetto dell'illecito del terzo ma a realizzare la garanzia della continuità del sostentamento ai superstiti originariamente a carico del defunto, per cui, dal risarcimento del danno patrimoniale sofferto, «non deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità accordata dall'Inps al familiare superstite in conseguenza della morte del congiunto» per colpa altrui.

Nella decisione 22 maggio 2018, n. 12565, resa sulla prima delle quattro ordinanze (n. 15534/17), relativa al contenzioso maturato intorno al disastro aereo di Ustica, la Suprema Corte, dopo aver ripercorso i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali formati sul congegno della surroga *ex* articolo 1916 cod. civ.<sup>25</sup> e, quindi, sulla questione se dall'ammontare dei danni risarcibili dal danneggiante debba essere detratta l'indennità assicurativa percepita (dal danneggiato) in conseguenza del fatto illecito, affronta un percorso argomentativo basato su una diversa lettura delle norme civilistiche.

Al riguardo, poiché il primo comma dell'articolo 1916<sup>26</sup> correla automaticamente la vicenda successoria al (mero fatto del) pagamento dell'indennità assicurativa, senza richiedere a tal fine la comunicazione preliminare da parte dell'assicuratore della sua intenzione di succedere nei diritti dell'assicurato verso il terzo responsabile, è dunque per effetto del pagamento dell'indennità che tali diritti si traslano *ope legis* all'assicuratore, dovendo escludersi un loro ritrasferimento all'assicurato per il solo fatto che l'assicuratore poi non li eserciti.

La Cassazione, evidenziando che la surroga dell'assicuratore nei diritti dell'assicurato è espressione del principio indennitario, afferma che, proprio in forza di tale principio,

---

to, avrà cessato di vivere, quale che sia la causa o l'origine dell'evento protetto, vi è la garanzia, per i suoi congiunti, di un trattamento diretto a tutelare la continuità del sostentamento e a prevenire o ad alleviare lo stato di bisogno» (Cfr., sent. n. 12564/18, par. 4.1).

<sup>25</sup> Secondo un primo orientamento, indennità assicurativa e risarcimento del danno sono cumulabili ove l'assicuratore non subentri in surrogazione *ex* articolo 1916 cod. civ., poiché la surrogazione, quale forma di successione a titolo particolare dell'assicuratore nel diritto di credito del danneggiato, non opera automaticamente (cioè come conseguenza del fatto puro e semplice del pagamento dell'indennità assicurativa), ma solo se e nel momento in cui l'assicuratore, dopo averla corrisposta all'assicurato-danneggiato ed avvalendosi della facoltà concessagli dal codice, comunica al terzo responsabile del danno l'avvenuta *solutio* e manifesta contestualmente la volontà di surrogarsi nei diritti dell'assicurato verso il terzo. Una diversa ricostruzione – espressa da Cass., sez. III, 11 giugno 2014, n. 13233 e alla quale il collegio rimettente della terza sezione civile mostra di aderire – sottolinea, invece, la diversità dei titoli in base ai quali l'assicurato-danneggiato può vantare da una parte l'indennità assicurativa e dall'altra il risarcimento, in quanto entrambi assolvono alla medesima finalità risarcitoria e non possono cumulativamente convivere.

<sup>26</sup> Secondo cui “l'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili”.



“un sinistro non può costituire fonte di lucro per chi lo subisce, neppure quando l’indennizzo spetti a duplice titolo e da parte di soggetti diversi, e cioè assicuratore e danneggiante”, e che il meccanismo della surrogazione legale assolve proprio allo scopo di inibire la possibilità del doppio indennizzo per il medesimo danno.

Nel risolvere quindi il contrasto giurisprudenziale rimesso al suo esame su tale fattispecie, le Sezioni Unite enunciano il principio di diritto per cui «il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall’ammontare del danno risarcibile l’importo dell’indennità assicurativa derivante da assicurazione contro i danni che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto»<sup>27</sup>.

5. – I principi espressi nella sent. 12565/18 appaiono dettati dalla necessità di vietare ingiuste locupletazioni derivanti dalla ristorabilità della parte di danno che ha contestualmente prodotto un beneficio; una volta riscosso l’indennizzo dal proprio assicuratore, il danneggiato non può quindi agire contro il responsabile se non per la differenza, non essendo possibile una doppia liquidazione a fronte di un medesimo pregiudizio, poiché altrimenti la vittima lucrerebbe un vantaggio ingiusto.

È comunque evidente la diversità di quanto affermato dal collegio nelle due fattispecie sottoposte al suo esame, poiché mentre la pensione di reversibilità è configurata dall’ordinamento come una forma di tutela previdenziale, nell’assicurazione contro i danni, l’indennità assicurativa è invece erogata in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dall’assicurato in conseguenza dell’evento dannoso e soddisfa, vanificandola in tutto o in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo autore del fatto illecito.

Occorrerà a questo punto verificare nel tempo, alla prova dei fatti, quanto tali arresti giurisprudenziali si rivelino granitici, divenendo alla fine consolidati, una volta stabiliz-

---

<sup>27</sup> In senso analogo è anche la decisione 22 maggio 2018, n. 12567 (la quarta del pacchetto esaminato), nella quale è stata affrontata la questione della detraibilità dal risarcimento accordato al neonato (per il danno in fattispecie di colpa medica) del valore dell’indennità di accompagnamento erogata in suo favore dall’Inps. Al riguardo, infatti, muovendo da una lettura estensiva del nesso di causalità, la Cassazione chiarisce che dall’ammontare del danno «consistente nelle spese da sostenere vita natural durante per l’assistenza personale, deve sottrarsi il valore capitalizzato della indennità di accompagnamento che la vittima abbia comunque ottenuto dall’Inps in conseguenza di quel fatto». La soluzione, anche in questo caso, è giustificata dalla coincidenza funzionale delle due prestazioni (indennità e risarcimento del danno in questione) e dalla previsione legislativa di un meccanismo di recupero (di cui all’articolo 41 della legge n. 183/2010), diretto a consentire all’istituto pubblico erogatore di recuperare dal terzo responsabile quanto corrisposto al proprio assistito, a nulla rilevando che questo non abbia qui la struttura della surroga.



zati i principi e gli effetti delle decisioni sul sistema assicurativo<sup>28</sup>.

Appare peraltro chiara la differenza strutturale tra l'istituto civilistico fin qui analizzato e quello, invece, normato dal legislatore in sede di responsabilità amministrativa, nel cui ambito si colloca la valutazione dell'*utilitas* percepita dalla P.A. che, come si è visto prima, è uno dei fondamentali criteri di quantificazione del danno risarcibile insieme con il potere riduttivo.

La considerazione dei vantaggi e il *quantum* della *compensatio* fanno parte della esatta determinazione del danno inferito e precedono dunque, da un punto di vista temporale, l'esercizio del potere riduttivo, collocandosi in un momento logico antecedente<sup>29</sup>.

Nell'illecito erariale, tale principio sembra però presupporre un perimetro applicativo più esteso rispetto al corrispondente istituto civilistico, poiché tanto il danno quanto il vantaggio, pur dovendo essere riconducibili al medesimo comportamento del danneggiante, ben possono riferirsi non soltanto alla stessa amministrazione danneggiata, ma anche ad amministrazione diversa o alla collettività.

Ciò significherebbe che il vantaggio può anche discendere da un fatto causale diverso, purché comunque collegato alla condotta illecita causativa del danno, la quale non deve quindi costituire la causa immediata e diretta del vantaggio<sup>30</sup>, essendo sufficiente che essa sia un fattore causale anche solo antecedente, concomitante o successivo; vi è però da dire, sul punto, che la giurisprudenza contabile maggioritaria, collocandosi nel solco di quella civile, sembra invece seguire a richiedere l'unicità causale dell'eventodanno e del vantaggio, che devono entrambi essere conseguenza immediata e diretta del medesimo fatto illecito dannoso<sup>31</sup>.

L'avverbio "comunque" utilizzato dalla norma avrebbe in ogni caso una forza espansiva, poiché sembra prefigurare un dovere del giudice di considerare pur sempre i vantaggi in parola, il che porta a ritenere che ben possa il giudice di sua iniziativa tenerne conto, anche senza espressa richiesta della parte interessata, e senza bisogno di prova se trattasi di fatti notori, secondo i principi generali; in caso poi di una richiesta espressa, occorre che il giudice motivi l'eventuale mancato accoglimento della stessa, e lo stesso a

---

<sup>28</sup> Cfr., F. MARTINI, *Assicurazioni: passa "a sorpresa" la compensatio*, in Guida al diritto n. 25/2018, 30.

<sup>29</sup> Cfr., S.M. PISANA, cit., 195; A. BAX, cit., 215; F. SOLURI, *Manuale di contabilità pubblica ed economica*, EdiSES, 2012, 270.

<sup>30</sup> Come invece richiesto dalla giurisprudenza civile finora prevalente: cfr., Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2016, n. 774; Cass. civ., sez. VI, 24 settembre 2014, n. 20111; Cass. Civ., sez. III, 13 giugno 2014, n. 13537; Id., 11 giugno 2014, n. 13233; Id., 14 marzo 2013, n. 6573.

<sup>31</sup> Cfr., V. RAELI, cit., 117, nota 137.

# JUS CIVILE



dirsi nel caso di una espressa opposizione al riguardo da parte del P.M. e il giudice ritenga, invece, di tener conto dei vantaggi<sup>32</sup>.

Nell'ambito della responsabilità amministrativa risulterebbe normata, in conclusione, una fattispecie di *compensatio lucri cum damno* differente dall'omologo istituto civilistico, in quanto caratterizzata da un "ampliamento delle dimensioni concettuali"<sup>33</sup> e della sua portata, ma comunque con il limite ineludibile derivante da specifici divieti del legislatore, come peraltro è possibile argomentare da una casistica a livello giurisprudenziale piuttosto ricca al riguardo<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr., S.M. PISANA, cit., 195.

<sup>33</sup> M. FRATINI, *Compendio di contabilità pubblica*, Neldiritto ed, 2017, 437.

<sup>34</sup> Ad es., nel caso di presunta utilità dedotta in giudizio delle prestazioni lavorative rese da soggetti assunti *contra legem*, rappresentando la dotazione organica regolarmente approvata dall'ente un limite comunque inderogabile alle assunzioni effettuate al di fuori di essa. Ma la casistica, si diceva, è molto varia, come peraltro ricorda A. VETRO, cit., 10, s.: tra i molti esempi al riguardo, la giurisprudenza contabile ha ritenuto che la prestazione lavorativa comunque resa dal soggetto sfornito del titolo di studio non è in grado di produrre l'utilità che l'Amministrazione prevedeva di conseguire in sede di stipula del contratto di lavoro, essendo quindi il rapporto sinallagmatico inevitabilmente compromesso e le retribuzioni giuridicamente prive di "giusta causa", con conseguente inapplicabilità del principio della *compensatio* (App. Sicilia n. 469/2014; Sez. Veneto n. 190/2017). Ancora, altro principio deducibile dalle sentenze è quello per cui nessun vantaggio può derivare dal pagamento *contra legem* di compensi per prestazioni ordinarie, in particolare, per ciò che concerne lo straordinario (Sez. II App. n. 497/2017).



*FRANCESCO MEGLIO*

*Dottore di ricerca – Università degli Studi del Sannio*

## **NOTE IN TEMA DI RINUNZIA ALLA PROPRIETÀ, TRA CATEGORIE DOGMATICHE E ISTANZE PRATICHE**

*SOMMARIO: 1. L'interesse di dottrina e prassi per la rinunzia nell'attuale stagione del diritto civile. – 2. Aspetti generali della rinunzia al diritto di proprietà. In particolare, i profili strutturali, causali e formali. – 3. Il diritto di proprietà come oggetto di rinunzia: la prevalente (e preferibile) ricostruzione positiva. – 4. Natura giuridica dell'atto rinunciativo e conseguenti effetti sul diritto dominicale. – 5. La pubblicità della rinunzia: necessità di un contemperamento tra jus positum e istanze sistematiche. – 6. Osservazioni conclusive e prospettive de jure condendo.*

**1.** – Fino a pochi anni fa discorrere di rinunzia alla proprietà (e/o di altro diritto reale) avrebbe avuto il sapore di una discussione d'altri tempi, nella quale si affrontano tematiche vetuste e non più ricorrenti. Tant'è, però, che il corso della storia, ed in particolare la crisi economica che attanaglia tuttora il nostro Paese e non solo, si da occasionare una legislazione talvolta orientata dai moti dell'animo piuttosto che da una attenta e ponderata analisi degli interessi in campo, generando quello che una raffinata e acuta dottrina ha definito *diritto civile della crisi economica*<sup>1</sup>, hanno portato all'attenzione il tema della rinunzia alla proprietà, quale risposta alla difficoltà – se non impossibilità – di sostenere gli oneri economici connessi al diritto dominicale.

Ne è disceso, specialmente per la comunità scientifica, il compito di approfondire l'istituto della rinunzia in generale e di quella avente ad oggetto un diritto reale immobiliare in particolare, avvalendosi certamente della letteratura meno recente in argomento e tenendo al contempo in debito conto il mutato quadro socio-economico. La giurispru-

---

<sup>1</sup> Tale felice formulazione, capace di descrivere una linea di tendenza legislativa invero ricorrente, si deve a G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, p. 1030.



denza, dal canto suo, si è interrogata non sempre in maniera lineare<sup>2</sup>. È possibile che tale ambiguità sia dovuta al fatto che essa è stata chiamata a cimentarsi con un tema “impolverato” e ad effettuare un contemperamento tra gli interessi in gioco non sempre agevole<sup>3</sup>. Infatti, non è semplice addivenire ad un equilibrio tra l’interesse privatistico alla dismissione del diritto e l’interesse pubblicistico a salvaguardare le casse erariali dall’acquisto di diritti reali poco proficui o addirittura fonte di costi anche notevoli. Non sono mancate, perciò, pronunce nelle quali si riscontra una scarsa sensibilità al tema e la necessità, pertanto, di procedere con una disamina attenta di esso.

2. – La rinuncia manca, come è noto, di una disciplina all’interno codice civile, eppure costituisce un tema capace di attrarre l’interesse di cospicua dottrina. Le ragioni di tale interesse sono molteplici e forse, a dire il vero, nessuna ha a che vedere col mondo del diritto, collocandosi in ciò che precede il diritto. Infatti, la rinuncia – sebbene sguarnita di una disciplina organica – rappresenta una delle principali facoltà del titolare di un diritto. Volendo provare a dare una definizione della rinuncia, che possa costituire il cano-

---

<sup>2</sup>L’interesse per il tema indagato è denotato anche dalla nota dell’Avvocatura Generale dello stato prot. n. 137950 del 14 marzo 2018, nella quale, nell’esprimere un parere di massima positivo in ordine alla possibilità, per il privato, di rinunciare con atto unilaterale redatto dal notaio, al diritto di proprietà su un bene immobile a rischio di dissesto idrogeologico, si sollecita l’attenzione su alcune questioni, quali ad es. quelle connesse alla responsabilità del rinunciante *ex artt.* 2043, 2051 e 2053 c.c. È interessante notare che in conclusione l’Avvocatura Generale dello Stato abbia sottolineato “come, anche per il rispetto dei principi di leale collaborazione e di buona fede in senso oggettivo, il rinunciante sia comunque chiamato a dare comunicazione al Demanio dell’atto dismissivo”. Si anticipa sin d’ora che tale comunicazione, se funzionale a meritevoli istanze, non ultimo assicurare la pubblica incolumità, segna quel necessario raccordo tra inquadramento dogmatico che – come si vedrà in seguito – ricostruisce la rinuncia come negozio non recettizio, e concreto dimensionarsi della fattispecie.

<sup>3</sup>Il bilanciamento tra gli interessi contrapposti segna il momento centrale dello *jus dicere*. Una riprova di quanto detto nel testo si ricava da una recente sentenza della Corte di Appello di Genova dell’8 novembre 2018. In essa, in rigetto della sentenza resa Tribunale di Imperia n. 2600 del 23 marzo 2018, che aveva rigettato il ricorso *ex art.* 2647 *bis* c.c. presentato avverso l’accettazione con riserva dall’Agenzia delle Entrate di due note di trascrizione relative a rinunzie ai diritti vantati da due coniugi su alcuni terreni, si suffraga l’ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà sulla base di alcuni dati normativi, e precisamente gli artt. 827, 882, 1104, 1350, n. 5 e 2643, n. 5, c.c. Il giudice di seconde cure, inoltre, precisa che nessuna norma espressa contempla tale rinuncia e richiama, però, la tradizionale ripartizione tra diritti disponibili e diritti indisponibili, irrinunciabili per superiori considerazioni di ordine pubblico.

Il concetto di disponibilità è positivamente individuabile nell’art. 1966 c.c., nell’ambito della disciplina della transazione. Sui rapporti tra illiceità della transazione e indisponibilità dei diritti che formano oggetto della lite, si veda L. RUGGERI, *Interesse a transigere e novazione del rapporto litigioso*, Napoli, 2002, p. 49 ss. Sulla diversità tra i concetti di disponibilità e di illiceità, cfr. A. TARTAGLIA POLCINI, *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, Napoli, 2002, p. 287 ss.



vaccio per le presenti riflessioni, essa è tradizionalmente ricostruita come il negozio giuridico unilaterale mediante il quale l'autore dismette una situazione giuridica di cui è titolare<sup>4</sup>.

Già solo da questa definizione si comprende che l'effetto essenziale della rinuncia risiede unicamente nell'abdicazione della situazione giuridica da parte del soggetto che ne è titolare. Il discorso potrebbe chiudersi qui, adottando una logica sillogistica secondo la quale ad ogni atto di rinuncia consegue l'estinzione del diritto che ne è oggetto. Un simile modo di ragionare non convince, come chiarito da una autorevole impostazione dottrina<sup>5</sup> che ha evidenziato la necessità di distinguere la perdita del diritto dalla estinzione

---

<sup>4</sup>F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, Milano, p. 923 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile. Parte generale*, Milano, 1929, p. 324, secondo il quale la rinuncia «importa l'estinzione del diritto»; S. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, Milano, 1957, p. 88, secondo il quale la rinuncia determina «la estinzione o, quanto meno, il distacco dal rinunciante di un diritto o di un vantaggio giuridico»; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 218; F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1910, p. 1, per il quale la rinuncia è «la dismissione di un diritto, che si verifica per effetto della unilaterale volontà del titolare»; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1960, p. 299. *Contra*, L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 49 ss., secondo la quale la rinuncia (in particolare ai diritti reali) costituirebbe un atto di autonomia "debole", riconducibile alla categoria degli atti giuridici in senso stretto piuttosto che del negozio giuridico. Secondo l'A., infatti, la volontà del soggetto riguarderebbe unicamente l'atto ed il suo effetto primario (la dismissione del diritto), non invece gli effetti ulteriori (consolidazione, accrescimento, acquisto in capo allo Stato) che sono previsti inderogabilmente dalla legge. Il rinunciante sarebbe "impotente" rispetto a questi ultimi, non potendo la sua volontà determinare il nuovo assetto di interessi, a differenza di quanto accade nel negozio giuridico (inteso quale atto di autonomia "forte"). Un'analisi delle ragioni concrete sottese alla rinuncia è in V. MASTROIACOVO, *La rilevanza delle vicende abdicative nella disciplina sostanziale dei tributi*, Torino, 2012, p. 3 ss.

<sup>5</sup>P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. not.*, 1968, p. 348, secondo il quale «L'effetto essenziale e costante che caratterizza la rinuncia è la perdita del diritto da parte del soggetto rinunciante, mentre l'estinzione dello stesso è effetto secondario, riflesso, eventuale. Rinunciare non vuol dire estinguere il diritto, ance se, normalmente, il diritto in occasione della dismissione si estingue; rinunciare vuol dire solo dismettere il diritto, escluderlo dal proprio patrimonio». Nello stesso senso cfr. F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 924 ss., per il quale «la rinuncia, estinguendo il legame di titolarità del soggetto con il diritto, produce indubbiamente la separazione del diritto stesso dal soggetto. [...] Da un punto di vista più generale, il venir meno del soggetto può dar luogo a diverse conseguenze giuridiche, importando ora il semplice mutamento del soggetto, rimanendo inalterata la struttura del rapporto, ora invece l'estinzione del rapporto giuridico per il venir meno della pluralità dei soggetti».

Secondo S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, p. 164, nella rinuncia «si ha sempre la vera e propria estinzione di una data posizione giuridica che non si trasferisce ad altri o che, se si sia poi eventualmente acquistata da altri, lo è in via originaria ed è certamente diversa da quella nella sua struttura». Cfr. anche F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 926; D. BARBERO, *Rivendicazione di premio di lotteria e carattere giuridico della rinuncia*, in *Giur. it.*, 1953, IV, p. 89; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 86, il quale afferma che «L'effetto proprio di quest'atto consiste nell'estinzione di un diritto del rinunciante; e questo effetto si consuma ed esaurisce nella sfera stessa del dichiarante. Il diritto non si perde dal soggetto per trasferirsi ad altri, ma si perde perché si estingue in lui. Seppure dunque l'atto può

## JUS CIVILE



del medesimo. Ed infatti, alla rinuncia – come già precisato – consegue solo la dismissione del diritto dalla propria sfera giuridica mentre la estinzione di esso avrebbe carattere meramente eventuale. A sostegno di tale affermazione si invocano quelle ipotesi nelle quali alla rinuncia non consegue l'estinzione del diritto, ma l'acquisto in capo ad altri soggetti, ovvero ancora in quelle fattispecie nelle quali, nonostante l'intervenuta rinuncia, il diritto sopravvive per la sussistenza dell'interesse di un altro soggetto<sup>6</sup>.

È evidente che tale dottrina postula l'adesione a quella differenza tra effetto diretto ed effetto riflesso efficacemente specificata da autorevole dottrina<sup>7</sup>.

Ciò detto, occorre sgombrare il campo da un possibile equivoco, e perciò chiarire quale è la rinuncia oggetto delle presenti riflessioni. Ai nostri fini interessa la rinuncia c.d. abdicativa, e non anche quella c.d. traslativa, ossia quella inserita in un contratto sinallagmatico. In altri termini, la rinuncia dietro corrispettivo trova giustificazione nella controprestazione (ad esempio Tizio rinuncia alla servitù in cambio della somma di diecimila euro) e non costituisce un'autentica rinuncia, quanto piuttosto un negozio dispositivo<sup>8</sup>.

---

produrre un effetto per i terzi, tale effetto non è in diretta relazione causale con la dichiarazione di rinuncia, ma ne costituisce soltanto una conseguenza riflessa e mediata»; F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 37, secondo il quale «La rinuncia non fa che creare le condizioni esterne che, secondo il nostro ordinamento giuridico, rendono ad altri possibile l'acquisto del diritto dismesso: ma – quando tali condizioni sorgono – l'acquisto del diritto, dismesso per parte d'altri, si verifica in forza del diritto, che all'acquirente stesso può competere, o direttamente, in virtù della legge, come si verifica per il diritto di accrescimento; – o in virtù del negozio giuridico stesso, che costituisce il titolo del diritto dismesso, come si verifica nel caso di una sostituzione testamentaria»; V. MASTROIACOVO, *La rilevanza delle vicende abdicative*, cit., p. 47 ss., secondo la quale «stante la natura unilaterale della rinuncia, la volontà del rinunciante si esprime attraverso la dismissione del diritto e ad essa rimane limitata anche in termini di effetti del negozio giuridico; l'effetto indiretto, eventualmente di arricchimento, dipende sì dalla "volontà aliena", ma solo in termini di "causa efficiente" e non di effetto, il quale discenderà integralmente dalla regolamentazione legislativa della fattispecie determinatasi».

<sup>6</sup> Suole farsi l'esempio dell'art. 2814 c.c., a mente del quale «se la cessazione dell'usufrutto si verifica per rinuncia [...] l'ipoteca perdura fino a che non si verifichi l'evento che avrebbe altrimenti prodotto l'estinzione dell'usufrutto».

<sup>7</sup> Sulla distinzione tra effetto essenziale (che caratterizza la fattispecie), effetto riflesso (che non trova causa nella fattispecie, ma nell'effetto essenziale) ed effetto secondario (che è eventuale ed accidentale) cfr. P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, cit., p. 345 ss. Per la distinzione tra effetto diretto, effetto riflesso e conseguenze ulteriori del negozio cfr. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 71 ss.

<sup>8</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 3, p. 1316, per il quale «il vantaggio altrui, come si è detto, potrà costituire al più un risultato indiretto della rinuncia, ma, se diventa la causa stessa del negozio che si pone in essere, inevitabilmente si realizza un diverso schema negoziale, che nulla ha più in comune con la rinuncia»; L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, cit., p. 7, per la quale «l'atto di spogliarsi volontariamente di un proprio



Nella rinuncia che qui interessa l'intento del rinunziante è unicamente la dismissione della situazione giuridica. Calato in una logica di scambio, tale intento è qualcos'altro. Sul punto, non può che condividersi quanto precisato da autorevole dottrina, la quale ha rimarcato che «non si ha rinuncia là dove la perdita del diritto si giustifica nell'ambito di un altro effetto, o perché parte di un effetto (negoziale) più ampio, o perché inscindibilmente e funzionalmente legato ad altro effetto (negoziale)»<sup>9</sup>.

Delineato l'oggetto dell'indagine nella rinuncia c.d. abdicativa, è possibile ora analizzarne il profilo strutturale. Essa ha una struttura unilaterale, costituendo l'espressione di una facoltà<sup>10</sup> che appartiene al titolare della situazione giuridica oggetto di dismissione, senza bisogno dell'intermediazione di altri.

Non è mancato chi, in dottrina<sup>11</sup>, ha prefigurato la natura contrattuale della rinuncia, ipotizzando un incontro tra la volontà rinunziante e quella del beneficiario indiretto della rinuncia. Si è obiettato<sup>12</sup>, tuttavia, che in tal caso assisteremmo ad una sproporzione tra l'interesse sotteso alla rinuncia e lo strumento giuridico adoperato, in palese contrasto col principio di economia dei mezzi giuridici. In altri termini, se all'effetto dismissivo è sufficiente la sola dichiarazione di volontà del titolare del diritto, richiedere la partecipazione di chi si avvantaggia, seppur indirettamente della rinuncia, significa prefigurare un'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo perseguito.

Va notato che la dichiarazione del beneficiario indiretto nulla aggiunge alla fattispe-

---

diritto può essere inserito in uno schema più ampio e avvenire in cambio di un corrispettivo: in questo caso la rinuncia si configura come una sorta di controprestazione, sia pure a carattere negativo. Appare tuttavia altrettanto evidente che in una simile ipotesi il soggetto non abdica affatto al suo diritto e che pertanto il suo atto non può certamente qualificarsi come di rinuncia, o per lo meno non di rinuncia "abdicativa".

<sup>9</sup> P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 356 ss.

<sup>10</sup> F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 934 ss.; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, p. 654; F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 36; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, XI, t. 3, Milano, 1984, p. 137; G. BENEDETTI, *Struttura della remissione*, cit., p. 1316; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1962, p. 136 ss.; D. BARBERO, *Rivendicazione di premio di lotteria e carattere giuridico della rinuncia*, cit., p. 89.

In giurisprudenza cfr. Cass. 20 dicembre 1974, n. 4382, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 744; Cass. 22 marzo 1962, n. 592, in *Rep. foro it.*, 1962, voce *Rinuncia in genere*, n. 1; Cass. 24 ottobre 1961, n. 2355, in *Rep. foro it.*, 1961, voce *Rinuncia in genere*, n. 3; Cass. 26 giugno 1961, n. 1531, in *Rep. foro it.*, 1961, voce *Rinuncia in genere*, n. 8; Cass. 6 maggio 1955, n. 1272, in *Giur. it.*, I, 1, 1957, p. 604.

<sup>11</sup> L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 145 ss. Secondo A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale*, Milano, 2002, p. 388, invece, l'atto abdicativo avrebbe di per sé natura unilaterale, ad eccezione delle rinunzie che comportano il trasferimento della proprietà su beni immobili (es. quella del comproprietario), per la quale sarebbe necessaria l'accettazione del soggetto avvantaggiato.

<sup>12</sup> P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 366 ss.



cie, se si condivide la nozione di rinuncia che si è data in precedenza<sup>13</sup>. Se così è, l'effetto favorevole per la di lui sfera giuridica si produce comunque, a prescindere dalla sua volontà, quale effetto considerato dalla legge nonostante l'assenza di una disciplina del fenomeno, e dunque ogni tentativo diretto a intravedere nella rinuncia le tracce della vicenda contrattuale risponderrebbe più ad una suggestione che ad una reale ed effettiva istanza pratica.

Ribadita la natura unilaterale della rinuncia, è d'uopo verificare i profili causali della stessa. Si anticipa che proprio su tale aspetto la dottrina ha avuto modo di cimentarsi, dal momento che l'istituto in esame richiama all'attenzione l'affascinante quanto intricato tema del negozio astratto. Andiamo con ordine. Secondo la prevalente dottrina, la rinuncia è un negozio causale e non astratto, non importante un'attribuzione patrimoniale<sup>14</sup>.

Si aggiunge, da parte di questa dottrina, che la rinuncia esprimerebbe *ex se* un interesse meritevole di tutela, coincidente con la dismissione della situazione giuridica. Ed anzi, si enfatizza proprio il fatto che dismettere ha in sé un *quid pluris* rispetto alla componente attributiva, costituendo perciò la massima espressione del potere di disposizione che compete al titolare di essa<sup>15</sup>. Al rinunziante si chiede, però, che egli abbia in animo soltanto di dismettere la situazione giuridica di cui è titolare, ovvero la perdita del diritto in parola, e che «il perseguimento di tale scopo presenti, in sé o nel complesso assetto negoziale, quegli elementi di giustificazione economico-sociale che l'ordinamento consente di realizzare attraverso il negozio di rinuncia»<sup>16</sup>.

Di contrario avviso è altra dottrina, la quale ha rilevato l'inconciliabilità della rinun-

---

<sup>13</sup> Secondo A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, XXII, Milano, 1956, p. 217, «se l'ordinamento giuridico ha, come deve essere, la sua economia logica, e se [...] i due effetti voluti, l'estinzione e la sua ripercussione nella sfera giuridica altrui si producono in forza della sola dichiarazione del titolare del diritto soggettivo, la eventuale dichiarazione dell'altro soggetto è priva di giuridica efficienza, ha un valore di mero fatto, altro non esprimendo se non il gradimento della persona che la formula»; Cfr. anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 301, secondo il quale «se oggetto della rinuncia è un diritto con soggetto passivo indeterminato (...), allora una cooperazione del soggetto passivo del rapporto non è più nemmeno concepibile; e non c'è ragione di distinguere, con riguardo al motivo del negozio, di per sé irrilevante, secondo che la rinuncia avvenga senza, o con, l'intento di favorire quella persona determinata, a vantaggio della quale la dismissione produce oggettivamente il suo effetto, posto che l'effetto permane identico qualunque intenzione possa nutrire il rinunziante».

<sup>14</sup> Sul negozio astratto v. almeno V. SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, p. 52 ss.; B. TROISI, *Negozio giuridico, negozio astratto*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, 1990; R. SACCO, *Negozio astratto, negozio giuridico (circolazione del modello), nullità e annullabilità*, Torino, 1995; E. BETTI, *Astrazione (Negozio astratto)*, in *Nov. dig. it.*, I, 2, Torino, 1968, p. 1469 ss.

<sup>15</sup> F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 930. Cfr. anche L. V. MOSCARINI, *Rinuncia*, in *Enc. giur.* Treccani, p. 5 ss.

<sup>16</sup> F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 930.



zia con la disciplina della causa<sup>17</sup>. Tale posizione si è argomentata dalla mancanza di controllo, da parte del legislatore, su tale atto di autonomia privata, come è a dire che, in fondo, da esso non sorgano dubbi in ordine alla sua compatibilità con i principi ed i valori dell'ordinamento giuridico. Si è detto, inoltre, che le ragioni del disinteresse risiederebbero nell'assenza di un rapporto relazionale tra soggetti diversi.

Si riscontrano convergenze, invece, sull'affermazione che vuole la rinuncia come atto neutro o incolore, sfuggente ad una sicura riconduzione alle più usuali categorie della onerosità e della gratuità, alla luce del suo effetto meramente abdicativo<sup>18</sup>.

Alla fine di questi cenni sui profili generali della rinuncia, qualche notazione merita il tema della forma del negozio di rinuncia<sup>19</sup>. Al riguardo, il discorso non può che principiare dal dettato normativo recato dagli artt. 1350, n. 5 e 2643, n. 5, c.c., in base ai quali l'atto contenente la rinuncia ad un diritto reale immobiliare deve farsi per iscritto ed è assoggettato alla formalità pubblicitaria della trascrizione. Va anticipato, sin d'ora, che tali disposti normativi, sebbene proiettati a regolare vicende bilaterali, sono destinati ad operare anche dinanzi ad un negozio unilaterale, quale è la rinuncia in parola, come si vedrà nel prosieguo dell'indagine trattando dei profili pubblicitari.

**3.** – Dopo aver indagato il negozio di rinuncia in termini generali, è possibile procedere con la disamina dei possibili oggetti dello stesso, focalizzando principalmente l'attenzione sulla rinunciabilità del diritto di proprietà, essendo estensibili agli altri diritti reali le conclusioni raggiunte in ordine ad essa.

Si deve immediatamente evidenziare che la dottrina è pressoché concorde nell'affermare che sono rinunciabili, quanto all'oggetto, i diritti soggettivi e tra questi certamente il diritto di proprietà<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 661; S. PUGLIATTI-A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Milano, 1996, p. 41.

<sup>18</sup> E. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 24 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 293; F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 929; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 224.

<sup>19</sup> Sulla forma del negozio di rinuncia si veda, più diffusamente, F. MACIOCE, *op. cit.*, p. 943 ss.

<sup>20</sup> A. BOZZI, *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Nov. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1149; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 659; L. V. MOSCARINI, *Rinuncia*, cit., p. 3, secondo il quale è proprio il profilo strutturale dei diritti assoluti, quali situazioni soggettive attive cui corrisponde un generico dovere di astensione in capo alla generalità dei consociati, senza che sia identificabile un soggetto passivo del rapporto, che consente la più rigorosa configurazione di un effetto abdicativo. La rinuncia determina, infatti, la fuoriuscita del diritto dalla sfera giuridica del rinunziante senza determinare l'incremento di quella di alcun altro soggetto, né in modo diretto, né in modo indiretto; F. MACIOCE, *op. cit.*, p. 942, secondo il quale «la rinunciabilità non è che un modo di essere del diritto soggettivo, riflesso di una qualificazione normativa»;



Sovente si precisa che sono rinunziabili i diritti che si trovano nella disponibilità del rinunziante, e che dunque non rispondano ad interessi ultraindividuali. Basti considerare, in argomento, la tematica connessa agli alimenti, per i quali la legge all'art. 447 c.c. ne sancisce l'inceditività, l'intransigibilità e l'incompensabilità. Ma si consideri, ad esempio, la disposizione recata dall'art. 2113 c.c. che dispone l'invalidità delle rinunzie e delle transazioni aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi di lavoro. In altri termini, si tratta di diritti che, reagendo col solo interesse del titolare, non reclamano la tutela di interessi di terzi e sono, perciò, dismissibili da parte del titolare<sup>21</sup>.

Non v'è dubbio, pertanto, che il diritto di proprietà, in quanto diritto disponibile, sia perciò suscettibile di rinunzia<sup>22</sup>.

A corredo della tesi positiva sono addotti svariati argomenti, specialmente muovendo da un ordito normativo dal quale non sembrano evincersi indici di segno contrario. In-

---

C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Comm. c.c.* D'Amelio – Finzi, Firenze, 1943, p. 107 ss.; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, in *Il codice civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Fiore, Napoli-Torino, 1915, p. 368 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 406; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 137; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 210; F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1910, p. 102 ss.; S. PIRAS, *La rinunzia nel diritto privato*, cit., p. 91 ss.

<sup>21</sup> Cfr. A. BOZZI, *Rinunzia*, cit., p. 1141 ss., ed in particolare p. 1142, ove si legge che «La rinunziabilità o meno d'un diritto è il riflesso o il risultato di una qualificazione normativa. A tal riguardo è di preminente importanza la natura dell'interesse, che quale dato pregiudiziale determina l'intervento del legislatore: il perché della previsione pad arte dell'ordinamento giuridico. Un diritto soggettivo è rinunziabile quando dal sistema normativo risulta l'indifferenza che esso permanga o meno nella sfera del titolare. È al contrario irrinunziabile quando per la concreta realizzazione dell'interesse che ne sta alla base sono necessarie l'aderenza e la permanenza di esso nella sfera del titolare»; L. V. MOSCARINI, *Rinunzia*, cit., p. 2. Il tema si interseca con l'interessante tematica della rinunziabilità dei diritti futuri. In argomento, almeno C. COPPOLA, *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005.

<sup>22</sup> Cfr. F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 105, il quale, scrivendo nel lontano 1910, proprio con riferimento alla rinunzia alla proprietà su beni immobili afferma che «è vero che capita di raro, che il proprietario rinunzi alla proprietà di uno stabile e con ciò si spiega la mancanza nel nostro Codice civile di un'espressa disposizione, che regoli questo modo di dismissione della proprietà immobiliare. Ciò non toglie, che il bisogno di dismettere la proprietà di un immobile al pari della quota di comproprietà, non solo come inutile, ma altresì come pregiudizievole al proprietario, si presenti nella pratica più frequente di quel che non si creda. Ciò si verifica specialmente in Sardegna per quelle proprietà rocciose, che, tassate come foreste, sono colpite, prima del taglio, d'un'imposta gravosissima: dopo il taglio, esse non sono spesso suscettibili di alcun reddito, pur rimanendo soggette alla stessa imposta. I proprietari spesso, per sottrarsi all'obbligo dell'imposta, ricorrono all'espedito di vendere ad un nullatenente queste proprietà per un prezzo irrisorio; noi però crediamo che, senza ricorrere a quest'espedito di accollare l'obbligazione su d'una persona, che di fatto non trovasi in condizione di poterla adempiere, ciò che non sempre riesce facile, sia egualmente possibile, secondo il nostro ordinamento giuridico, di raggiungere lo stesso scopo per mezzo di una rinunzia».



nanzitutto, è il codice civile a contemplare specifiche ipotesi di rinuncia alla proprietà. Si considerino le norme recate dall'art. 882 (riparazioni del muro comune) o dall'art. 1104 (spese della comunione), benché in tali ipotesi venga in rilievo un elemento in più, in quanto all'atto di rinuncia si accompagna un effetto ulteriore, ossia l'estinzione dell'obbligazione, sì che si discorre comunemente di cd. rinuncia liberatoria.

Ciò detto, non è però irrilevante sottolineare come l'estinzione dell'obbligo di contribuire alle spese non obnubila il fatto che il diritto di proprietà sia stato dismesso, ma anzi si atteggia ad aspetto ulteriore rispetto alla dismissione del diritto dominicale<sup>23</sup>.

Nemmeno può obiettarsi, inoltre, che i dati normativi citati abbiano rilevanza limitata alle specifiche ipotesi da essi considerati, e dunque siano muti rispetto ad una ipotetica valenza generale dei medesimi.

Depono in favore della rinunciabilità del diritto di proprietà l'analisi, *a contrario*, della nuova formulazione dell'art. 1118, comma 2, c.c., come modificato dalla riforma del condominio.

Si rammenta che il testo previgente della citata disposizione prevedeva che il condomino non potesse, rinunciando al diritto sulle cose comuni, sottrarsi al contributo nelle spese per la loro conservazione. Ne derivava, dunque, che era possibile anche un atto di rinuncia al diritto sulle parti comuni dell'edificio. Tuttavia un tale atto restava sguarnito di utilità pratica in quanto, ad ogni modo, rimaneva dovuto il contributo per le spese di conservazione.

L'attuale formulazione dell'art. 1118, comma 2, c.c. prevede, invece, che "il condomino non può rinunciare al suo diritto sulle parti comuni". Il *revirement* del legislatore della riforma è netto, comportando l'impossibilità di una rinuncia al diritto sulle parti comuni dell'edificio<sup>24</sup>.

Si deve, perciò, indagare la *ratio* di questa disposizione. In tema, va detto che, già sotto il vigore della precedente formulazione, essa è stata ravvisata<sup>25</sup> nella peculiarità delle

---

<sup>23</sup> Sulla portata di tali norme si veda, in luogo di molti, A. LENER, *La comunione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 8, *Proprietà*, t. 2, Torino, 2002, p. 348, per il quale «ciò che ha bisogno di spiegazione, o di esplicito fondamento normativo, è l'effetto liberatorio, non l'effetto abdicativo con la sua necessaria conseguenza».

<sup>24</sup> Per una puntuale disamina della nuova disposizione v. R. TRIOLA, *L'edificio condominiale e l'utilizzazione dei beni comuni*, in *Tratt. di dir. imm.*, dir. da Visintini, III, *La comunione e il condominio*, Padova, 2013, p. 206 ss. La nuova norma sembra recepire l'orientamento già sostenuto in giurisprudenza. Si veda, in proposito, Cass. 29 maggio 1995, n. 6036, in *Vita not.*, 1996, p. 215: «Quando le parti comuni sono necessarie per l'esistenza o per l'uso dei piani o delle porzioni di piano, ovvero sono destinate al loro uso o servizio, non è consentito rinunciare al condominio sulle cose necessarie per l'esistenza o per l'uso delle unità immobiliari in proprietà esclusiva perché, nonostante la rinuncia al diritto, il condomino continuerebbe a valersi delle cose, dei servizi e degli impianti. La rinuncia al solo condominio, perciò, si considera invalida».

<sup>25</sup> Cfr. P. GRECO, in Pescatore, Albano, Greco, *Della proprietà*, in *Comm. del cod. civ.*, libro III, t. 3, Torino, 1968, p. 57; M. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, t. II, Milano,



parti comuni, spesso necessarie al godimento della porzione di proprietà individuale (si pensi alle scale, all'androne, ecc.), delle quali il condomino gode, anche solo a livello fattuale, perché ad esempio non vi è un'alternativa, nonostante una eventuale rinuncia. È chiaro che il legislatore voglia evitare che la rinuncia in esame diventi un facile *escamotage* per sottrarsi solamente al pagamento delle spese di conservazione, continuando ad avvalersi della parti comuni.

Tornando al tema oggetto della nostra indagine, l'espreso divieto di rinuncia al diritto di comproprietà contemplato dal disposto normativo ora analizzato sembra avvalorare la possibilità di rinunciare al diritto di proprietà in tutte le ipotesi nelle quali non vengano in rilievo analoghe istanze.

Se ciò non bastasse, si consideri che con riferimento ai beni mobili, è certamente pacifico che il soggetto possa spogliarsi del suo diritto di proprietà tramite un atto di abbandono<sup>26</sup>, con la conseguenza di rendere il bene suscettibile di occupazione. Appare perciò evidente che, ove si negasse una tale eventualità in caso di beni immobili, potrebbe porsi una ragione di differenziazione niente affatto agevole da comprendere<sup>27</sup>.

Non si trascura di considerare che le due categorie di beni sono diversamente traguardate da parte del legislatore. Il problema non è tanto e non può certamente essere quello di precludere al titolare di un diritto reale di dimetterlo, se non alienandolo ad un terzo, quasi come ad obbligarlo a tenerlo per sé il diritto tutte le volte in cui non trovi un terzo che soddisfi le sue richieste, quanto invece quello di individuare il *vestmentum* formale idoneo alla produzione dell'effetto dismissivo, al quale sono correlate delle conseguenze tutt'altro che marginali.

---

1978, p. 456; M. E. LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993, p. 174 ss. Si veda, inoltre, A. SCRIMA, *Le parti comuni*, in *Il nuovo condominio*, a cura di Triola, Torino, 2013, p. 76 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 10 aprile 1996, n. 3294, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2598, la quale, esaminando una fattispecie in cui ricorreva una rinuncia non alla proprietà delle parti comuni, ma ad un diritto di uso esclusivo del lastrico solare, afferma che «occorre in proposito partire dalla considerazione che nella specie non può trovare applicazione l'art. 1118, secondo comma, cod. civ., in base al quale il condomino non può rinunciare al diritto di comproprietà sulle cose comuni al fine di sottrarsi al contributo nelle spese per la loro conservazione, per due ordini di ragioni. In primo luogo la norma in questione ha carattere eccezionale rispetto al principio generale stabilito dall'art. 1104, primo comma, cod. civ. e non può quindi essere applicata analogicamente alla ipotesi in cui un condomino non rinuncia al suo diritto di proprietà su una parte comune, ma ad un suo particolare diritto di uso di tale parte comune. In secondo luogo mancherebbe la identità di *ratio*. La inefficacia della rinuncia di cui all'art. 1118, secondo comma, cod. civ. è ricollegabile alla necessità di evitare che il condomino possa, da un lato, sottrarsi all'obbligo di contribuire alle spese necessarie per la conservazione delle parti comuni, continuando, dall'altro, ad utilizzarle in quanto essenziali per il godimento della unità immobiliare in sua proprietà esclusiva».

<sup>26</sup> Sull'abbandono, almeno, G. DEIANA, *Abbandono (derelictio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 5 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 403 ss.

<sup>27</sup> In tema, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 138.



Infatti, se il bene mobile è suscettibile di abbandono, da intendersi come quell'atto con cui un soggetto si libera della cosa lasciandola in luogo aperto al pubblico<sup>28</sup>, rendendola *res nullius* ed in quanto tale suscettibile di occupazione, analoga soluzione non è percorribile per il bene immobile. La proprietà immobiliare può essere dismessa solo mediante un negozio di rinuncia che richiede la forma scritta *ad substantiam* (art. 1350, n. 5 c.c.) ed è soggetto a trascrizione (art. 2643, n. 5 c.c.). In particolare, l'ordinamento giuridico per i beni immobili non ammette che essi possano divenire *res nullius*, stante la loro diversa considerazione da parte del legislatore. Tale conclusione è suffragata dal disposto normativo recato dall'art. 827 c.c., a mente del quale «I beni immobili che non sono di proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato».

4. – Acquisita l'ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà, se ne devono ora approfondire tanto la natura giuridica quanto gli effetti.

Dicevamo poc'anzi, in ordine agli effetti, che l'art. 827 c.c. stabilisce l'acquisto in capo allo Stato dei beni immobili che non sono di proprietà di alcuno, allo scopo – si ripete – di evitare che diventino *res nullius*<sup>29</sup>. Evidenziavamo, allora, che l'ordinamento non consente che un bene immobile possa rimanere privo di un soggetto titolare. A fronte della rinuncia abdicativa da parte del proprietario di un bene, la proprietà dello stesso viene ad essere conseguita dallo Stato<sup>30</sup> non già a titolo derivativo, bensì a titolo originario, proprio in virtù del disposto dell'art. 827 c.c.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 404.

<sup>29</sup> Si fa presente che per alcune Regioni a statuto speciale è previsto l'acquisto al patrimonio delle Regioni. In particolare, ciò è previsto per il Trentino-Alto Adige (art. 67, ult. co., del relativo Statuto, il quale prevede che "I beni immobili situati nella regione che non sono proprietà di alcuno spettano al patrimonio della Regione"); per la Sicilia (art. 34 del relativo Statuto, il quale prevede che "I beni immobili, che si trovano nella Regione e che non sono in proprietà di alcuno, spettano al patrimonio della Regione"); per la Sardegna (art. 14, comma 3, del relativo Statuto, secondo il quale "I beni immobili situati nella Regione, che non sono di proprietà di alcuno, spettano al patrimonio della Regione").

<sup>30</sup> Tale conclusione trova concorde la dottrina. In tal senso: L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 137; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, p. 86; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 407; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 138; G. DEIANA, *Abbandono*, cit., p. 9; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, VIII, t. 2, Milano, 1995, p. 868; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 210; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, dir. da Gabrielli-Gazzoni, I, Torino, 2012, p. 254; C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, cit., p. 108; A. CATAUDELLA, *Considerazioni in tema di donazione liberatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 760; D. BARBERO, *Rivendicazione di premio di lotteria e carattere giuridico della rinuncia*, cit., 91.

<sup>31</sup> In tal senso G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, p. 86, per il quale «Se la proprietà di cui il



In relazione agli effetti della rinuncia occorre procedere con cautela. Infatti, l'acquisto che mette capo allo Stato ex art. 827 c.c. non è un effetto diretto della rinuncia alla proprietà, dal momento che con tale atto il rinunziante unicamente si spoglia del diritto di cui è titolare senza preoccuparsi delle sorti di tale diritto, essendogli indifferente che esso si estingua o venga acquistato da altri. Al rinunziante, in altri termini, interessa solo il fatto di privarsene, anche o all'esclusivo fine di sottrarsi agli oneri afferenti al diritto dominicale. Di contro, l'ordinamento non può certamente trascurare di considerare le sorti del diritto oggetto di rinuncia, costituendo, per quanto detto sin qui, una manifestazione di sicura rilevanza giuridica<sup>32</sup>.

Venendo ora alla natura dell'atto, esso, anche alla luce dei rilievi sopra svolti, è certamente unilaterale. In particolare, è atto unilaterale diretto unicamente alla dismissione del diritto, al quale sono estranei effetti traslativi, in quanto l'acquisto che ne deriva in capo allo Stato non è un effetto negoziale voluto dal rinunziante, bensì la conseguenza, voluta e disciplinata dall'ordinamento giuridico, di un atto nel quale la volontà è diretta unicamente alla dismissione della situazione giuridica soggettiva.

---

soggetto abbandona la titolarità passa a terzi (es. lo Stato: art. 827 c.c.), ciò avviene a titolo originario ed *ex lege*»; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 407; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 108, nt. 1, per il quale «I beni immobili non potrebbero perciò essere mai *nullius*; ma ciò non toglie che, pur esclusa ogni interruzione nella titolarità, la rinuncia sia estintiva (e non traslativa), mentre l'acquisto da parte dello Stato è a titolo originario per virtù di legge»; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 254, secondo il quale «Lo Stato, infatti, acquista automaticamente *ex lege* la proprietà dell'immobile vacante e tale acquisto di certo non può considerarsi a titolo derivativo. Non può ravvisarsi pertanto una vicenda circolatoria in senso stretto perché tra la perdita della proprietà nel patrimonio del rinunziante e l'acquisto al patrimonio dello Stato vi è soluzione di continuità. Titolo dell'acquisto da parte dello Stato è la *vacantia* e non la rinuncia, che ne costituisce solo un antecedente». In giurisprudenza v. Cass. 11 marzo 1995, n. 2862, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2077: «L'acquisto dei beni (mobili, immobili e crediti) del defunto da parte dello Stato in mancanza di altri successibili, a norma dell'art. 586 c.c., avviene *iure successionis* e, quindi, a titolo derivativo, mentre l'acquisto dei beni immobili "che non sono in proprietà di alcuno", previsto dall'art. 827 c.c., avviene a titolo originario. Pertanto, l'art. 67 dello Statuto speciale Trentino-Alto Adige, approvato con d.P.R. 31 agosto 1972 n. 670, stabilendo che "i beni immobili situati nella regione, che non sono di proprietà di alcuno, spettano al patrimonio della Regione", ha apportato deroga all'art. 827 c.c., ma non ha modificato l'art. 586 c.c., che è tuttora in vigore nel territorio di quella regione, operando nel diverso campo della successione a causa di morte».

<sup>32</sup> Con riferimento alla responsabilità dello Stato per le spese e gli oneri relativi all'immobile oggetto di rinuncia, si è di recente affermato in dottrina che non potrebbe estendersi il meccanismo di limitazione di responsabilità previsto dall'art. 586 c.c. A differenza di quest'ultima ipotesi, l'acquisto a seguito di rinuncia è necessario ed avviene a titolo originario, non derivativo. Lo Stato, dunque – secondo questa ricostruzione – sarebbe pienamente responsabile per le spese di gestione del bene, potendo solo configurarsi, in via eventuale e ricorrendone i presupposti, una responsabilità aquiliana del rinunziante per i danni arrecati. Con riferimento, invece, al possibile pregiudizio per i creditori del rinunziante, si è richiamato, condivisibilmente, il rimedio dell'azione revocatoria, configurando la rinuncia un atto negoziale di disposizione del bene, sia pure non attributivo. Per entrambi gli argomenti v. E. MANCINI, *Note in tema di rinuncia alla proprietà*, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 960.



Un primo importante corollario è allora rappresentato dalla esclusione di un'accettazione della rinuncia<sup>33</sup>. Né pare immaginabile e/o configurabile un atto di rifiuto da parte dello Stato, essendo questi obbligato all'acquisto stante il disposto dell'art. 827 c.c.<sup>34</sup>, in ragione del fatto che tale previsione è funzionale ad evitare che la proprietà immobiliare divenga *res nullius*<sup>35</sup>.

Acquisita allora la non necessità di un'accettazione, ci si è chiesti se l'atto di rinuncia sia o meno recettizio e, quindi, debba o meno essere portato a conoscenza del terzo interessato, e in particolar modo dello Stato nell'ipotesi che qui interessa.

Sul punto, è dato riscontrare che la dottrina ha espresso posizioni contrastanti. Secondo un primo novero di studiosi<sup>36</sup> il carattere recettizio della rinuncia andrebbe accertato caso per caso, non essendo possibile né proficuo provare a fornire una risposta universalmente valida al quesito. Nel dettaglio, i sostenitori di tale posizione evidenziano come la recettizietà sarebbe talora insita in relazione al rapporto in cui la rinuncia medesima opera, com'è a dirsi nel caso della rinuncia alla quota di comproprietà di cui all'art. 1104

---

<sup>33</sup> Escludono la necessità di un atto di accettazione da parte dello Stato, trattandosi di acquisto automatico, C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 108; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 407, il quale cita un caso giurisprudenziale inedito che pertanto si riporta testualmente: «In un caso giurisprudenziale inedito, era sorta controversia tra l'Amministrazione finanziaria e un contribuente in ordine alle imposte relative ad un immobile. Il contribuente negava di essere tenuto al pagamento di tali imposte in quanto aveva rinunciato all'immobile con dichiarazione resa al notaio e debitamente trascritta. L'Amministrazione replicava che l'abbandono degli immobili comporta il loro acquisto da parte dello Stato (art. 827 cc) e che pertanto senza l'accettazione di quest'ultimo l'atto sarebbe privo di efficacia. Gli immobili abbandonati passano infatti in proprietà dello Stato e questo risultato non potrebbe ammettersi in mancanza di una conforme formale volontà dell'Amministrazione. L'argomento non convince. L'acquisto dell'immobile in capo allo Stato non è effetto dell'atto di abbandono, ma effetto della norma che attribuisce allo Stato la proprietà dei beni vacanti (827 cc), e tale effetto non è quindi subordinato ad alcun atto di accettazione»; E. MANCINI, *Note in tema di rinuncia alla proprietà*, cit., p. 960, secondo la quale, comunque, potrebbe essere opportuna (sia pur non necessaria) una notifica dell'atto alla pubblica amministrazione a fini conoscitivi.

<sup>34</sup> Occorre sottolineare che la fattispecie acquisitiva in esame si distingue da quella prevista, in ambito successorio, dall'art. 586 c.c. per il caso di vacanza ereditaria, la quale ha carattere derivativo. In tal senso, Cass. 11 marzo 1995, n. 2862, in *Notariato*, 1996, 1, p. 18 ss.: «L'indicazione dello Stato tra i successibili nell'art. 565 c.c., la collocazione dell'art. 586 c.c. nel titolo dedicato alle successioni legittime, l'uso del verbo devolvere, adoperato da entrambe tali norme, e la previsione del principio secondo cui lo Stato risponde nei limiti del valore dei beni assegnati (art. 586 ultimo comma), sono elementi decisivi per ritenere che l'acquisto di cui all'art. 586 avvenga *iure successionis* e, quindi, a titolo derivativo e non costituisca specificazione di quello a carattere chiaramente originario, contemplato nella disposizione dell'art. 827 c.c.».

<sup>35</sup> Cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 868, per il quale «l'art. 827 c.c. rende inapplicabile allo Stato il [sopra menzionato] principio della sovranità sulle sfere soggettive di appartenenza immobiliare».

<sup>36</sup> G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 655.

# JUS CIVILE



c.c. (*rectius*: rinuncia liberatoria), «giacché qui produce l'effetto di sottrarre il rinunziante [...] agli obblighi derivanti dalla titolarità del diritto, accollandoli all'altro comunista che, salvo il rifiuto, acquista la proprietà della quota rinunziata per accrescimento»<sup>37</sup>. In altri termini, in un'ipotesi come quella dell'art. 1104 c.c. la recettività della rinuncia è un precipitato di quell'effetto, ulteriore, rappresentato dalla liberazione dagli obblighi che dovranno nondimeno essere assolti da chi, indirettamente, si avvantaggia della rinuncia.

A fronte di tali rilievi non sorprenda, allora, che la dottrina<sup>38</sup> concorda nel ritenere che nella rinuncia liberatoria l'atto debba essere portato a conoscenza degli altri comproprietari. Ma – si ripete – ciò discende appunto da quell'effetto ulteriore, estraneo alla rinuncia c.d. abdicativa oggetto di queste riflessioni, consistente nella liberazione dall'obbligazione di pagamento delle spese anche anteriori<sup>39</sup>.

A seguito della rinuncia gli altri condividenti sono titolari di una quota di comproprietà accresciuta, ma ciò comporta che essi siano anche gravati da un'obbligazione di pagamento delle spese (anche quelle già deliberate) in misura maggiore rispetto a prima, tenuto conto delle nuove proporzioni in cui è ripartito il diritto dominicale. Ne discende, pertanto, la necessità che l'atto di rinuncia sia portato a conoscenza dei condividenti diversi dal rinunziante. La recettività di tale ipotesi, tuttavia, risulta giustificata in base a ragioni che nulla o poco hanno a che vedere con la mera dismissione del diritto dominicale.

Tornando ora alla rinuncia abdicativa, va subito rilevato che la dottrina prevalente<sup>40</sup> e la giurisprudenza<sup>41</sup> convergono sulla natura non recettiva dell'atto in discorso. A sostegno di tale tesi si argomenta anzitutto dagli effetti propri del negozio di rinuncia. Essi, infatti, dal momento in cui si esauriscono nella sfera del dichiarante, non reclamano per la loro realizzazione la necessità di alcuna comunicazione al terzo. Si intende dire che

<sup>37</sup> G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 655.

<sup>38</sup> G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettiva*, p. 85; E. MANCINI, *Note in tema di rinuncia alla proprietà*, cit., p. 945.

<sup>39</sup> F. MACIOCE, *op. cit.*, p. 938.

<sup>40</sup> F. MACIOCE, *op. cit.*, pp. 936-937; L. V. MOSCARINI, *Rinuncia*, cit., p. 6; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettiva*, p. 86 ss., il quale ritiene che la regola sia il carattere non recettivo dell'atto di rinuncia, cui fa eccezione (per i fini che qui interessano) la fattispecie della rinuncia liberatoria, in cui la dichiarazione del rinunziante è qualificata da una funzione che eccede il normale schema dell'atto (ossia la liberazione dal debito); E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 301; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 145; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 188; C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, p. 172.

<sup>41</sup> Per la giurisprudenza, si vedano Cass. 20 aprile 1965, n. 761, in *Rep. giust. civ.*, 1958, *Servitù*, n. 72; Cass. 18 agosto 1956, n. 3129, in *Foro it.*, 1957, I, 410.



l'effetto abdicativo o dismissivo è in diretta relazione causale con la dichiarazione, sì che ulteriori effetti della stessa nei confronti di terzi – su tutti l'acquisto in capo allo Stato – costituiscono mere conseguenze indirette della rinuncia, inidonee *ex se* ad incidere sull'efficacia della fattispecie che è e resta unilaterale.

Alla luce di tale ricostruzione, che pare da prescegliere per la sua attitudine a considerare la natura e la funzione dell'atto in discorso, la rinuncia al diritto di proprietà, stante il suo effetto meramente abdicativo, ha natura di atto non recettizio.

5. – La disamina del tema della rinuncia alla proprietà, una volta che al quesito di fondo sia stata data risposta positiva, richiede di vagliarne il profilo pubblicitario<sup>42</sup>, essenziale per rendere edotti i terzi dell'avvenuta dismissione del diritto reale. È da esaminare, allora, il problema della trascrizione, la cui analisi non può che prendere le mosse dal disposto normativo contenuto nell'art. 2643, n. 5, c.c., che appunto prevede la trascrizione degli atti di rinuncia ai diritti immobiliari<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Non si è mancato di invocare il tema del principio di tassatività delle ipotesi suscettibili di trascrizione. Sulla permanenza di tale principio nel sistema, si vedano almeno G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, p. 14, il quale sottolinea come la tesi della tassatività contrasti con gli orientamenti desumibili dal c.d. diritto vivente in quanto è «(...) frequente, innanzitutto, l'impiego di soluzioni "largheggianti" da parte di dottrina e giurisprudenza in casi concreti per i quali la legge non prevede espressamente la trascrizione, con la conseguente ammissione della trascrivibilità di diritti reali «atipici», obbligazioni *propter rem*, regolamenti condominiali, atti d'obbligo, convenzioni urbanistiche e vincoli «atipici», domande giudiziali non previste dalla legge, cessioni di posizioni contrattuali, fattispecie modificative o estintive di situazioni giuridiche già segnalate, accertamenti negoziali, ecc. (...)»; ID., *Trascrizione immobiliare e Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 103 ss., ancora lo stesso autore afferma che bisogna abbandonare le residue suggestioni provenienti da un modello ormai superato, ad esempio adottando senza timori una nuova metodologia giuridica, fondata sull'interpretazione sistematica, assiologica e costituzionalmente orientata; ID., *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare, tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 689 ss.; ID., *Trascrizione immobiliare, Costituzione Repubblicana e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV. *Pubblicità degli atti e delle attività*, *op. cit.*, p. 47 e ss.; ID., *Questioni generali e problemi aperti in materia di trascrizione immobiliare*, in *Riv. not.*, 2013, p. 749 e ss.; ID., *Trascrizione immobiliare e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 329 e ss. Precedentemente sul tema già V. IVONE SALVO, *Nuove funzioni della trascrizione nel sistema della pubblicità*, Napoli, 2002 e M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003.

<sup>43</sup> Cfr. L. V. MOSCARINI, *Rinuncia*, cit., p. 6; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 662; L. FERRI-P. ZANELLI, *Della trascrizione. Art. 2643-2696*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, p. 150 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Cod. Civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1991, p. 228 ss.; ID., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 253 ss.; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. da Bessone, IX, Torino, 2012, p. 82 ss.; C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 108 ss.



In argomento, è opportuno sottolineare da subito come autorevole dottrina<sup>44</sup> abbia posto in evidenza l'incongruenza del richiamo, quanto agli effetti della trascrizione, all'art. 2644 c.c. Si è osservato, infatti, che l'acquisto che si realizza in capo al terzo non avviene a titolo derivativo, bensì a titolo originario, in considerazione della natura meramente abdicativa della rinuncia. Si è affermato, allora, che «la disciplina della trascrizione della rinuncia non è in linea con gli effetti sostanziali che alla rinuncia stessa conseguono»<sup>45</sup>.

Ne è derivata la necessità teorica di chiarire perché il legislatore abbia effettuato tale richiamo, atteso che è indubbio vi sia un disallineamento tra natura dell'atto di rinuncia e funzione della trascrizione *ex art. 2644 c.c.* L'opzione accolta dal legislatore è stata spiegata rilevando che l'acquisto del terzo (Stato) è una conseguenza economica ed anche giuridica, sia pure meramente indiretta e riflessa, della manifestazione di volontà del rinunziante. Può dirsi allora che, ponendosi la rinuncia quale antecedente l'antecedente logico-giuridico dell'acquisto non di un terzo indifferenziato ma di un terzo ben individuato dalla legge (lo Stato o, nel caso di comproprietà, l'altro o gli altri condividenti), vengono in rilievo, sia pure con un'intensità minore, le ragioni cui è sottesa la trascrizione per gli effetti dell'art. 2644 c.c.<sup>46</sup>

Dopo aver provato a spiegare gli effetti connessi alla trascrizione della rinuncia al diritto di proprietà, v'è ora da chiedersi come in concreto si effettui la trascrizione<sup>47</sup>. Va detto che, sul punto, in dottrina si riscontra la presenza di due diverse tesi.

Secondo una prima impostazione, sostenuta da parte della dottrina<sup>48</sup>, la trascrizione andrebbe presa contro il rinunziante ed a favore dello Stato, in maniera non dissimile da quanto accade in un normale contratto di scambio avente ad oggetto diritti su beni immobili.

---

<sup>44</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 230 ss.

<sup>45</sup> F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 232.

<sup>46</sup> F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 233, ove si legge che «In altre parole è ben vero che la rinuncia abdicativa non ha un oblatto [...], ma è anche vero che tale oblatto è individuato dalla legge rispettivamente nello Stato e nel titolare del diritto di proprietà, a seconda che si rinuncia alla proprietà ovvero ad un diritto reale su cosa altrui. In termini funzionali, dunque, è difficile negare una perfetta affinità tra questa fattispecie e quella dell'atto attributivo, sul piano della concreta attuazione della vicenda. Il risultato finale, pertanto, è lo stesso, perché il soggetto che rinuncia è come se rinunziasse a favore dello Stato o del proprietario».

<sup>47</sup> A livello operativo, si rammenta che il sistema meccanizzato di trascrizione non consente di selezionare quale diritto oggetto di rinuncia il diritto di proprietà, non risultando così possibile utilizzare il codice previsto per questo tipo di atto (146). Per fronteggiare tale lacuna la soluzione sembra dunque essere quella di far ricorso al codice generico (100).

<sup>48</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 234; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, cit., p. 82; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 662; L. FERRI-P. ZANELLI, *Della trascrizione*, cit., p. 153.



Di avviso opposto è altra parte della dottrina<sup>49</sup>, la quale, muovendo dalla natura meramente abdicativa della rinunzia, ha ritenuto che la trascrizione della rinunzia dovrebbe essere presa unicamente contro il rinunziante, non potendosi reputare il beneficiario indiretto della stessa quale soggetto in cui favore effettuare la formalità pubblicitaria.

Andando ad esaminare le ricostruzioni in campo, non può tacersi una certa preferenza per la seconda tesi, la quale si lascia apprezzare per la sua capacità di meglio acconciarsi alla natura del negozio abdicativo. Si è detto a più riprese che la rinunzia produce effetti unicamente nella sfera giuridica del suo autore, di guisa che le eventuali modificazioni della sfera giuridica altrui costituiscono effetti solo indiretti e riflessi del negozio posto in essere. Nella nostra ipotesi a mancare è un effetto traslativo diretto e voluto nei confronti di un terzo<sup>50</sup>. Si consideri, poi, che gli interpreti appaiono in prevalenza orientati nel ritenere che l'acquisto dello Stato avviene a titolo originario, con ciò suffragando proprio l'assunto per cui è più corretto che la trascrizione venga presa unicamente contro il soggetto rinunziante.

Vero è che la collocazione codicistica dell'art. 2643, n. 5, c.c. potrebbe far pensare ad una scelta di sistema effettuata dal legislatore. Nondimeno va rilevato che un simile ragionare può portare ad obliterare i profili sostanziali della rinunzia, i quali sono certamente più significativi di una collocazione nell'ordito codicistico che potrebbe essere muta rispetto ad opzioni valoriali. Ne discende, allora, la preferibilità di una trascrizione presa unicamente contro il rinunziante, così valorizzando la natura dell'atto in questione, in luogo di diverse ricostruzioni cieche rispetto al dato sostanziale.

Argomento ulteriore a sostegno di tale impostazione si ricava dall'atteggiamento della prassi quando è chiamata trascrivere gli atti di rinunzia abdicativa a diritti reali limitati, ed in particolare – per la sua frequenza – l'usufrutto. In tali ipotesi, infatti, si trascrive unicamente contro il suo autore e non a favore del nudo proprietario. La circostanza che in questa ipotesi l'effetto in capo al nudo proprietario è solo riflesso alla luce del principio di elasticità del dominio non legittima alcuna differenziazione con la rinunzia al diritto di proprietà dove l'acquisto in capo allo Stato è, per quanto visto, effetto riflesso. Inol-

---

<sup>49</sup> S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 2, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1989, p. 424 ss.

<sup>50</sup> Anche la Circolare n. 128/T del 2 maggio 1995 sulle modalità di compilazione della nota di trascrizione ed iscrizione ipotecaria meccanizzata sembra escludere che la rinunzia ai diritti reali produca effetti traslativi. Al paragrafo 3.4 si afferma infatti che “restano escluse dall'obbligo della indicazione del regime patrimoniale delle parti le note relative ad *atti che, a qualunque titolo, non producono effetti traslativi* (pignoramento, sequestro conservativo, domande giudiziali, sentenza dichiarativa di fallimento ed altri provvedimenti in materia fallimentare, provvedimenti amministrativi costitutivi di vincoli ambientali, paesaggistici, archeologici e urbanistici), *le note relative ad atti di rinunzia a diritti reali di godimento* e quelle relative ai decreti di espropriazione per pubblica utilità”.



tre, per ambedue le ipotesi il dato positivo di riferimento è rappresentato dall'art. 2643, n. 5, c.c.

6. – Le riflessioni che precedono certamente non chiudono il discorso, né ambiscono a tanto. Il loro obiettivo è semmai un altro, vale a dire di richiamare l'attenzione su una fattispecie che, nell'attuale quadro socio-economico, reclama un'osmosi tra le indagini degli studiosi ed i risvolti redazionali e processuali di quanti operano negli studi professionali e nelle aule di giustizia. La crisi economica rende talvolta la proprietà un peso, un costo difficile da sopportare.

È vero anche, però, che la rinuncia alla proprietà può essere strumentalizzata da chi voglia sottrarsi alle responsabilità non solo economiche discendenti da essa. In queste ipotesi l'atto rinunziativo diventa l'ombrello sotto il quale ripararsi, venendo meno a quei doveri inderogabili di solidarietà sociale ai quali si riferisce l'art. 2 Cost. e che informano l'intero impianto della Carta fondamentale.

L'attuale stagione dell'autonomia privata non può, perciò, ritenersi svincolata da un sindacato di meritevolezza sull'atto di autonomia, onde saggiarne la compatibilità e, soprattutto, la conformità ai principi su cui fonda l'ordinamento giuridico, rivenienti nella Costituzione il centro e ad un tempo il vertice ordinamentale<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss., spec. § 3 ss.; M. A. URCIUOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 752 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, in G. Alpa, U. Breccia e A. Liserre (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 94 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2a ed., Torino, 2000, p. 186 ss.

Il rischio di sovrapporre il giudizio di liceità, che si apprezza in negativo come mancato contrasto con norme imperative, ordine pubblico e buon costume da un lato, e giudizio di meritevolezza come valutazione in positivo dell'atto, quale strumento attuativo dei valori che l'ordinamento giuridico pone a suo fondamento, è avvertito da S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in G. Perlingieri e M. D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'associazione dei dottorati di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 394. In giurisprudenza, individua nella conformità alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume il presupposto della meritevolezza degli interessi ex art. 1322 c.c., Cass., 24 maggio 2016, n. 10710, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Titoli di credito*, n. 4.



PIETRO COPPINI

Dottorando di ricerca – Università di Pavia

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

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

1. – Luigi Mengoni, in un significativo contributo datato 1953<sup>1</sup>, definiva la garanzia per vizi come la "croce della vendita"<sup>2</sup>, a testimonianza delle incertezze che circondavano l'istituto. Il dibattito sul tema, tutt'altro che sopito nel tempo, è tornato di estrema attualità a seguito di una pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>3</sup>, la quale ha preso posizione riguardo all'onere della prova all'interno della suddetta garanzia.

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

---

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

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

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



orientamento giurisprudenziale creatosi con una sentenza del 2013<sup>4</sup>. Secondo tale pronuncia, essendo la garanzia per vizi un'obbligazione a carico del venditore, una coerente applicazione del principio di diritto affermato dalla sentenza a Sezioni Unite 13533 del 2001<sup>5</sup>, in tema di ripartizione dell'onere della prova, avrebbe dovuto portare alla conclusione che «all'acquirente (creditore) sarà sufficiente allegare l'inesatto adempimento ovvero denunciare la presenza di vizi o di difetti che rendano la cosa inidonea all'uso alla quale è destinata o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, essendo a carico del venditore (debitore), in virtù del principio della riferibilità o vicinanza della prova, l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di avere consegnato una cosa che sia conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene»<sup>6</sup>. Sebbene tale conclusione fosse stata seguita anche da alcune successive sentenze della Cassazione<sup>7</sup>, altre pronunce<sup>8</sup> avevano invece disatteso il suddetto indirizzo, continuando ad affermare che nelle azioni edilizie (le azioni redibitoria ed estimatoria) l'onere della prova relativo all'esistenza dei vizi sarebbe dovuto gravare sul compratore. Da qui la necessità di una pronuncia delle Sezioni Unite, volta proprio a dirimere la questione creatasi all'interno del nostro panorama giurisprudenziale.

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

---

<sup>4</sup> Cass. 2 settembre 2013, n. 20110, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, 862.

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

<sup>6</sup> Cass. 2 settembre 2013, n. 20110, cit.

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

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



pale argomento col quale “scardinare” il ragionamento condotto dalla seconda sezione nella sentenza 20110 del 2013. A tal fine, il percorso argomentativo della Cassazione prende le mosse dal dibattito dottrinale sviluppatosi sin dal XVII – XVIII secolo, tutt’oggi irrisolto, relativo al corretto inquadramento della garanzia per vizi e delle tutele apportate dall’ordinamento. Come si intuisce, infatti, lo sforzo qualificatorio non è in tal caso un mero esercizio dottrinale, privo di risvolti pratici, né tantomeno un vano tentativo di ricondurre tutto all’interno di costringenti categorie giuridiche<sup>9</sup>, bensì un’utile attività esegetica volta a dare una disciplina più nitida ed unitaria alla tutela redibitoria. Qualificare la garanzia ex art. 1476 numero 3 cod. civ. come un’obbligazione stricto sensu avrebbe, infatti, immediate ricadute pratiche<sup>10</sup>, soprattutto ove, non ravvisando in tale obbligazione un contenuto di specialità, si volesse pedissequamente seguire il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite con la suddetta sentenza del 2001.

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

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

---

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

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

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

<sup>12</sup> Cass., Sezioni Unite, 3 maggio 2019 n. 11748, cit.



L'interrogativo, che ha radici profonde nel nostro sistema, è dunque il seguente: è corretto parlare di obbligazione in capo al venditore relativamente alla garanzia per vizi? Nonostante prima facie la rubrica dell'art. 1476 cod. civ., che al numero 3 prevede la suddetta garanzia, lasci pochi dubbi, riportando proprio la dizione "obbligazioni principali del venditore", la risposta non può fermarsi al solo dato letterale<sup>13</sup>. Gli studiosi, che hanno affrontato il problema, hanno infatti incontrato difficoltà nel qualificare de plano l'istituto della garanzia per vizi come una vera e propria obbligazione contrattuale. La radice comune delle suddette difficoltà può essere da noi rintracciata e, per certi versi, sintetizzata nel principio consensualistico che governa l'intera materia dei contratti ad effetti reali e, nello specifico, il contratto di vendita<sup>14</sup>.

Non appena ci addentriamo nello studio della garanzia per vizi, ci si avvede come un'obbligazione avente ad oggetto l'assenza di vizi della cosa compravenduta mal si concili, anche sul piano logico, col suddetto principio consensualistico. La vendita, quale contratto ad effetti reali<sup>15</sup>, produce il suo principale effetto, quello del trasferimento, sin dalla sua stipulazione. Ciò comporta, pertanto, che effetto negoziale (quale creazione del vincolo) ed effetto finale (quale risultato cui le parti mirano) coincidano, sostanziandosi nel trasferimento del bene oggetto della vendita<sup>16</sup>. Come configurare, allora, un'obbligazione avente ad oggetto proprio la mancanza di vizi di ciò che è già stato trasferito? Si arriverebbe, in tal modo, al paradosso di dover costruire un'obbligazione avente ad oggetto non tanto un comportamento successivo ad opera del venditore, bensì uno stato materiale della cosa, per giunta preesistente alla conclusione del contratto stesso<sup>17</sup>.

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

---

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

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

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

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

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



ed evizione<sup>18</sup>, di cui al numero 3 dell'art. 1476 cod. civ., rispetto alle altre obbligazioni previste nel medesimo articolo, vale a dire quella di consegna e quella di far acquistare la proprietà, quest'ultima sussistente all'interno della vendita obbligatoria. Se relativamente al passaggio del godimento del bene (obbligo di consegna) o al pagamento del prezzo, il contratto di compravendita non può che costituire fonte di obbligazioni, pare difficile affiancare a queste anche un'obbligazione di trasferire un bene esente da vizi<sup>19</sup>. Mentre le prime due obbligazioni presuppongono infatti un comportamento del venditore successivo al momento della stipula del contratto, la garanzia per vizi non richiede alcuna ulteriore attivazione ad opera del venditore, alla luce della sopra affermata coincidenza tra effetto e risultato in sede di trasferimento del diritto<sup>20</sup>.

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

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

---

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

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

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

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



dall'art. 1376 cod. civ. La sola apparente contraddittorietà di questa affermazione è presto spiegata dalle parole di Nicolussi<sup>21</sup>, il quale evidenzia come gli attuali problemi relativi alla qualifica della garanzia per vizi discendono proprio da un “vizio della prospettiva della cultura romanistica”, all'interno della quale il contratto aveva esclusivamente effetti obbligatori e, pertanto, il giurista romano era portato a ricondurre all'interno dello schema obbligatorio tutti gli effetti ricollegabili al negozio. Tale prospettiva si mostrava, relativamente alla tematica che a noi interessa, insoddisfacente, in quanto ad essa sfuggiva “la particolarità del ‘dare’ come prestazione caratteristica della vendita”: secondo questa visione, uno schema basato esclusivamente sull'inadempimento di un'obbligazione sarebbe di per sé insufficiente a spiegare la mancata soddisfazione di tale interesse traslativo<sup>22</sup>.

Anche in un sistema come quello romano<sup>23</sup>, incentrato su una vendita meramente obbligatoria<sup>24</sup>, risultava particolarmente complesso qualificare la garanzia contro i vizi, in quanto restavano irrisolte numerose problematiche. Basti pensare, al riguardo, all'interrogativo che Ulpiano si pone sull'utilità della promessa avente ad oggetto “che lo schiavo venduto è sano, non è un ladro, eccetera”<sup>25</sup>. Nuovamente, i commentatori che hanno esaminato questo passo si sono trovati davanti alla stessa contraddizione che abbiamo in precedenza esaminato relativamente al diritto italiano e al principio consensualistico: come può, infatti, un'obbligazione essere riferita ad atti che non dipendono in alcun modo dal comportamento delle parti, bensì essere incentrata sullo stato di fatto di un determinato bene<sup>26</sup>? E, come corollario di tale ragionamento, ci si chiede se sia sensato pro-

---

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

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

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

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

<sup>25</sup> Ulpiano, D.21.2.31.

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

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



mettere ciò che effettivamente non è. Infatti, la garanzia per vizi riguarda un risultato che non soltanto tendenzialmente esula dalla sfera di influenza del venditore, ma che deve inoltre sussistere sin dal momento in cui la presunta obbligazione è assunta, mettendoci di fronte alla netta alternativa tra bene conforme alle caratteristiche richiestegli (e dunque adempimento dell'obbligazione) e bene difforme dalle medesime (che comporterebbe un inadempimento definitivo). A questi interrogativi si riuscirebbe a dare una risposta coerente solo recuperando la dicotomia tra oggetto voluto ed oggetto effettivo del contratto, ed assumendo una prospettiva più incentrata sul profilo della garanzia contrattuale che su quello dell'inadempimento dell'obbligazione<sup>27</sup>.

Questa lettura "obbligatoria" della garanzia per vizi – con tutte le conseguenze che ne derivano – viene fatta propria anche dai giuristi francesi del XVII e XVIII secolo. In particolare modo, le opere del Domat e del Pothier, i quali si mostrano sempre molto attenti alle fonti giustinianee, sono il *trait d'union* con la cultura romanistica, in quanto traggono da quest'ultima i principi che poi "trasportano" nell'ordinamento del proprio secolo. Se però il Domat si mostra per certi versi esitante nel configurare una vera e propria obbligazione relativamente alla garanzia per vizi<sup>28</sup>, il Pothier non esita a parlare di obbligazione, e, anzi, lo fa con assoluta convinzione e coerenza col sistema romanistico. Lo studioso francese conia, in un contesto di rilettura delle fonti romane, la famosa espressione "*obligation de faire avoir la chose utilment*", proponendo in maniera netta una lettura della garanzia per vizi sotto il profilo obbligatorio. Questa concezione venne accolta in toto, all'interno del code civil francese, nel quale, pertanto, le uniche "garanzie" che venivano configurate erano quelle relative all'evizione e al pacifico godimento<sup>29</sup>.

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

---

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

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

<sup>29</sup> Come osserva anche E. Russo, *op. cit.*, 151.



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

Al fine di comprendere le diverse posizioni assunte, preme nuovamente ricordare che il Pothier configura la vendita come fattispecie meramente obbligatoria<sup>30</sup>, e di ciò risente in maniera netta la sua posizione: all'obbligazione di far avere la cosa "accede" l'obbligazione di far avere la cosa utilmente, e perciò che il bene sia idoneo allo scopo prefissato dalle parti e privo di ogni vizio materiale.

Si torna, dunque, nuovamente al punto di partenza. Ci si interroga se il principio consensualistico sia il motivo per il quale non si può parlare della garanzia per vizi quale mera obbligazione a carico del venditore. E, al riguardo, se le riflessioni di Pothier hanno suscitato le aspre critiche che vedremo in seguito, gli studiosi maggiormente attenti alla prospettiva romanistica e, per certi versi, più lontani dalle problematiche odierne<sup>31</sup> hanno invece apprezzato il lavoro svolto dal giurista francese del XVIII secolo, ritenendo che l'obbligazione di far avere la cosa utilmente sia "la proiezione di una sua corretta interpretazione delle soluzioni dei giuristi romani". Secondo tale lettura, infatti, dai testi di Ulpiano risulterebbe chiaramente come la promessa relativa alle qualità dello schiavo (che non sia ladro, che sia sano, eccetera) sarebbe da qualificarsi quale stipulazione di garanzia dalla quale dovrebbero necessariamente sorgere "un'obbligazione ex contractu (ex stipulatione), sia pure non derivante direttamente dal contratto di compravendita, e una correlativa eventuale responsabilità per inadempimento"<sup>32</sup>.

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

---

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

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

<sup>32</sup> L. Vacca, *op. cit.*, 285.



solo consenso<sup>33</sup>. Sebbene sia innegabile che la presenza di vizi della cosa venduta comporti una difformità rispetto al programma negoziale, ritenere che quest'ultima sia riferibile all'inadempimento di una specifica obbligazione contrattuale costituirebbe un immotivato irrigidimento, che porterebbe inoltre a risultati non soddisfacenti. Sarebbe preferibile allora parlare di inadempimento della c.d. *lex contractus*, e dunque del contratto in generale, quale fonte di un effetto traslativo che, per sua natura, deve soddisfare gli interessi di ambo le parti.

In una via intermedia si pone invece chi non contesta in generale la tesi dell'obbligazione sostenuta dal Pothier, ma ritiene che la medesima possa avere un senso soltanto in un ordinamento che conosca esclusivamente una vendita meramente obbligatoria. Per intendersi, secondo tale lettura<sup>34</sup>, non sarebbe la visione della garanzia quale obbligazione ad essere necessariamente fallace, ma sarebbe il suo inserimento in un ordinamento che valorizza il c.d. effetto reale della vendita a rendere tale ricostruzione "coerente, ma del tutto antistorica". Pertanto, essendo il concetto di effetto traslativo già in primo piano all'interno dell'ordinamento napoleonico, l'obbligazione "de faire avoir la chose utilment" non può essere considerata come un approdo dottrinale soddisfacente. Il ragionamento appena svolto conferma, in sostanza, quanto in precedenza affermato relativamente alle incompatibilità tra principio consensualistico e obbligazione relativa all'assenza di vizi. Viene, infatti, evidenziato come la qualifica della garanzia in termini di obbligazione sia difficilmente collocabile in un ordinamento come il nostro, in cui il consenso dei contraenti comporta da subito il realizzarsi del risultato traslativo. La medesima radicale incompatibilità non pare invece ravvisabile nell'ipotesi di vendita obbligatoria, anche solo per la maggiore proiezione verso il futuro di questa fattispecie.

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

---

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

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



pretesa di completezza, le riflessioni della dottrina tedesca, la quale – considerate le teorizzazioni del Windschied<sup>35</sup> e dello Jhering<sup>36</sup> – sembra rifuggire dalla qualifica della garanzia per vizi quale obbligazione, per privilegiare piuttosto una visione maggiormente “soggettiva”, in quanto improntata sulla volontà delle parti. Se questo, probabilmente, è dettato dall’incapacità della disciplina obbligatoria di spiegare le peculiarità della garanzia, i risultati a cui tali Autori sono arrivati non sono comunque soddisfacenti o scevri da criticità: basti pensare al fatto che il Windscheid incentra tutto sulla c.d. presupposizione, da intendersi come l’insieme degli effetti voluti dalle parti e che hanno determinato queste ultime a stipulare il contratto. Se da un lato è apprezzabile la maggiore attenzione prestata da questa tesi all’attuazione del risultato traslativo, centrale nel contratto di vendita, essa, dall’altro lato, presta il fianco alla facile opposizione d’incentrarsi esclusivamente su una “presunta” volontà, relativa alle qualità dei beni compravenduti, solitamente non manifestata dai contraenti e, soprattutto, che non è stata necessariamente determinante per le parti nella stipula del contratto<sup>37</sup>. Del pari suo, lo Jhering<sup>38</sup> ipotizza per primo che tale responsabilità per vizi sia legata ad una *culpa in contrahendo*, dovuta ad un’ignoranza, sia essa scusabile o meno, del venditore in relazione al bene oggetto di trattativa. A parte le notazioni relative alla particolare struttura della figura teorizzata dallo Jhering, nella quale si ha una sorta di *culpa in re ipsa*, che dunque prescinde dallo stato soggettivo delle parti, questa tesi verrà successivamente ripresa anche dalla dottrina italiana<sup>39</sup> e, nei paragrafi seguenti, analizzeremo i risultati cui la stessa porta.

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

---

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

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

<sup>37</sup> Come bene osserva G. Gorla, *op. cit.*, 142 e ss.

<sup>38</sup> R. von Jhering, *op. cit.*, 73 – 81.

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



to era già stato notato sopra relativamente al dato letterale dell'art. 1476 cod. civ. che parla sì di "obbligazioni", ma senza che tale scelta lessicale possa essere considerata in alcun modo decisiva ai nostri fini<sup>40</sup>.

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

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

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

La definizione di garanzia è, infatti, senz'altro problematica e si caratterizza per una notevole genericità. Ciononostante, a livello descrittivo è possibile indicare come garanzia ogni strumento volto a rendere maggiormente sicura una determinata situazione giuridica, sia essa relativa al godimento di un diritto o all'adempimento di un obbligo<sup>41</sup>. Sgombrando da subito il campo da un possibile equivoco, si nota dunque che lo strumen-

---

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

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



to della garanzia non accede necessariamente ad un'obbligazione, potendo riguardare anche il godimento di un bene o di un diritto<sup>42</sup>. La funzione di colui che garantisce è quella di rendere più stabile una determinata situazione giuridica, attribuendo al beneficiario la certezza di ricevere o la prestazione garantita o un determinato risarcimento, ove l'interesse del garantito resti per qualunque causa disatteso. Del pari, il soggetto beneficiario ha la sicurezza che in ogni caso il rischio da cui è garantito non graverà, a livello economico, su di lui<sup>43</sup>. In caso di realizzazione dell'interesse garantito, infatti, *nulla quaestio*, in quanto il rischio non si è realizzato. Nell'opposta ipotesi in cui, invece, l'interesse venga in qualche modo leso, il rischio, che inizialmente graverebbe sul soggetto beneficiario della garanzia, può essere immediatamente spostato a carico del soggetto garante<sup>44</sup>. Questa è, in prima approssimazione, una definizione di garanzia c.d. pura<sup>45</sup>, il cui più tipico esempio è quello del contratto assicurativo, dove la garanzia si sostanzia in una prestazione diversa dall'evento temuto e in cui, soprattutto, essa opera in maniera praticamente automatica, senza che a tal fine rilevi lo stato soggettivo o il comportamento del soggetto obbligato<sup>46</sup>.

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

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

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

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

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



Proprio questa possibilità di prescindere dallo stato soggettivo del soggetto “obbligato” ci porta alla seconda notazione necessaria *in limine* alla trattazione del dibattito dottrinale: il profilo dell’imputabilità al venditore dei vizi. Ai sensi dell’art. 1492 cod. civ., infatti, il compratore può domandare, a sua scelta, o la risoluzione del contratto (c.d. azione redibitoria) o la riduzione del prezzo (c.d. azione estimatoria o *quantum minoris*). Tale tutela, che può assumere le suddette declinazioni a seconda della volontà del debitore, non risente in alcun modo dello stato soggettivo del venditore. Quest’ultimo, infatti, si potrà sollevare da tale responsabilità non provando la propria mancanza di colpa, bensì, ex art. 1491 cod. civ., dimostrando che il vizio era conosciuto o facilmente riconoscibile dal compratore, salvo sempre il caso in cui il venditore non avesse espressamente dichiarato l’assenza di vizi. Il soggetto “obbligato”, pertanto, risponde a prescindere da una sua colpa o dal fatto che l’impossibilità della prestazione sia dipesa da un fatto a lui non imputabile<sup>47</sup>. Ciò, in prima battuta, pare nuovamente smentire la lettura della garanzia per vizi quale obbligazione contrattuale, in quanto la risoluzione del contratto ex art. 1453 cod. civ. – a cui si farebbe ricorso in caso di inadempimento di detta obbligazione – dovrebbe fondarsi indissolubilmente su un comportamento colpevole del debitore<sup>48</sup>. Nel tentativo, pertanto, di rifuggire pericolosi accostamenti come quello della “responsabilità oggettiva”, si è preferito avvicinare questo tipo di tutela a quella legata all’impossibilità sopravvenuta ai sensi dell’art. 1463 cod. civ., in cui non è richiesto alcun comportamento colposo ad opera della controparte<sup>49</sup>. Neanche quest’ultima lettura sembra, in realtà, risolvere definitivamente la problematica sulla natura delle azioni redibitoria o estimatoria, quali rimedi svincolati *in toto* dalla colpa del venditore: i vizi, infatti, differentemente

---

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

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

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

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



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

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

Tale somiglianza consentirebbe, con i dovuti aggiustamenti, di mutuare la soluzione al problema legato a questa presunta "responsabilità oggettiva" da quanto già delineato in dottrina in tema di garanzia per vizi nel contratto di appalto<sup>51</sup>. Coerentemente con la struttura normativa che distingue chiaramente le tutele apprestate<sup>52</sup>, si dovrebbero necessariamente tenere separati i diversi piani della responsabilità e del risarcimento del danno. Pertanto, il legislatore avrebbe compiuto la chiara scelta di scindere la garanzia in una tutela di "primo grado", rappresentante la responsabilità *stricto sensu* emergente in ogni caso in cui emergano vizi della cosa<sup>53</sup>, e costituita dalle cc.dd. azioni edilizie delineate dall'art. 1492 cod. civ., ed una tutela di "secondo grado" – in quanto essa, da una parte, è meramente eventuale rispetto alla prima, ma, dall'altra parte, richiede necessa-

---

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

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

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

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



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

Tale lettura riesce, pertanto, a coniugare la “specialità” della responsabilità per vizi con la rilevanza dello stato soggettivo del compratore. Resta fermo che, se nel contratto d'appalto sarà necessario provare la colpa dell'appaltatore per ottenere il risarcimento del danno<sup>54</sup>, nel contratto di vendita sarà molto più semplice per il compratore ottenere una tutela “piena” del proprio interesse – mediante l'ottenimento della tutela di “secondo grado” costituita dal risarcimento del danno – in quanto il venditore dovrà fornire la prova negativa di aver ignorato senza colpa la sussistenza dei vizi: prova che ben difficilmente potrà essere resa in giudizio dal precedente proprietario del bene trasferito.

La difficoltà con la quale potrà essere resa la prova liberatoria, il cui onere grava sul venditore, ci porta pertanto a concludere che la “regola” – in tema di garanzia per vizi nel contratto di compravendita – è quella del risarcimento del danno, mentre costituisce una mera eccezione il caso in cui il venditore provi la sua incolpevole ignoranza dei vizi e non sia pertanto tenuto al risarcimento del danno. Resta fermo, inoltre, che il compratore potrà comunque richiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, potendo i suddetti rimedi prescindere dal profilo risarcitorio<sup>55</sup>.

In conclusione di queste premesse sostanziali allo studio appresso condotto, si può rilevare come il quadro appena delineato appaia effettivamente coerente tanto con lo schema normativo quanto con le esigenze pratiche inerenti alla garanzia per vizi. Risulta infatti chiara la volontà legislativa di fornire al compratore una tutela “sbilanciata” in suo favore, al fine di ottenere la soddisfazione dell'interesse positivo che la garanzia per vizi vuole tutelare<sup>56</sup>.

---

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

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

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



Prima di proseguire nella trattazione, è necessario compiere un'ultima notazione, di ordine metodologico. Si parlerà infatti, nel prosieguo, della garanzia per vizi: oltre ad essere consapevoli del fatto che tale tutela, per quanto attiene alla sua natura giuridica, è accostata a quella per evizione<sup>57</sup>, preme ricordare che la questione della garanzia per vizi è ulteriormente complicata dalla differenza tra vizi, mancanza di qualità (promesse o essenziali) e, infine, *aliud pro alio*. Questa distinzione<sup>58</sup>, che renderebbe la nostra ricostruzione dottrinale ancora più complessa, è stata volutamente omessa dalla trattazione, in

---

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

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

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

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



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

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

La prima lettura proposta al riguardo, in quanto sviluppatasi già in epoca anteriore al codice del 1942<sup>59</sup> e successivamente ripresa da autorevoli studiosi<sup>60</sup>, prende le mosse dalla citazione sopra riportata di Ulpiano<sup>61</sup>, il quale sottolinea la possibile contraddittorietà che si nasconderebbe dietro ad una garanzia “che lo schiavo venduto è sano, non è un ladro, eccetera”. Come non sarebbe infatti possibile obbligarsi ad una situazione materiale preesistente alla stipula del contratto stesso, ugualmente, argomenta questa dottrina, non sarebbe possibile nemmeno dedurre in contratto un oggetto inesistente<sup>62</sup> o, più

---

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

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

<sup>61</sup> Ulpiano, *loc. cit.*

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



precisamente, sprovvisto delle qualità che il compratore aveva erroneamente immaginato. Questa dottrina incentra dunque le proprie argomentazioni sulla (fallace) rappresentazione che il compratore ha avuto del bene oggetto del contratto, dilatando così la concezione di errore essenziale che, ai sensi dell'art. 1429 cod. civ., ricade sulle qualità dell'oggetto, fino a ricomprendervi l'intera fattispecie dei vizi<sup>63</sup>. Il legislatore avrebbe pertanto costruito questa particolare disciplina con un duplice obiettivo: da una parte, estendere la tutela anche ai casi in cui l'errore non sia scusabile – soprattutto sotto la vigenza del codice civile del 1865<sup>64</sup> –, e, dall'altra, prevedere una sanzione diversa dalla semplice annullabilità, ritenuta correttivo non soddisfacente nel caso di specie.

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

---

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

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

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

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



nasce proprio dall'identità di presupposti fattuali di errore e garanzia per vizi, in quanto in entrambi i casi vi è un'errata percezione delle qualità del bene oggetto di compravendita, è evidente che la disciplina dell'errore non potrebbe essere in tal caso applicata. In primo luogo, in quanto la disciplina dell'errore, quale norma generale, soccombe di fronte alla normativa speciale sui vizi, e dunque la prima potrà trovare applicazione soltanto in caso di errore ostativo, e non in caso di qualità mancanti<sup>65</sup>. In secondo luogo, non sarebbe sostenibile il ricorrere di un errore inteso *stricto sensu*, in quanto la disciplina di cui agli articoli 1427 e ss. cod. civ. non è più incentrata sulla scusabilità dell'errore da parte del compratore, bensì sulla tutela dell'affidamento del venditore. Questo, dunque, andrebbe a confliggere con il sopra affermato carattere di *favor* verso il compratore dell'intera disciplina relativa ai vizi: non si potrebbe, infatti, sostenere che la garanzia per vizi possa essere attivata solo in presenza di una riconoscibilità dell'errore in cui è incorso il compratore. Da ultimo, l'applicazione dei principi generali in tema di errore sarebbe inconciliabile col dettato dell'art. 1491 cod. civ. anche in tema di onere probatorio. Il suddetto articolo, infatti, non richiede che il compratore provi *in positivo* la falsa rappresentazione, unitamente alla sua rilevanza e riconoscibilità, ma si accontenta che costui dia prova, *in negativo*, della propria ignoranza relativamente ai vizi e della sua non facile evitabilità<sup>66</sup>. La difficoltà nel conseguire tale prova, come sottolineato in precedenza, porta inoltre a ritenere che il risarcimento del danno – in aggiunta alla scelta tra le azioni redibitoria o estimatoria – sia da considerare la “regola”, rispetto alla più difficile “eccezione” del caso in cui il venditore riesca a provare la propria ignoranza non colpevole dei vizi, sollevandosi pertanto dal risarcimento del danno (ma ferme restando le azioni edilizie).

In una simile prospettiva, seppur pervenendo a conclusioni diverse, si pone la lettura degli Autori che hanno ravvisato nella garanzia per vizi una manifestazione della c.d. presupposizione, da intendersi quale erroneo motivo che ha influenzato il momento genetico della volontà delle parti<sup>67</sup>. Se però la presupposizione è da intendersi quale emer-

---

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

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

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



sione, all'interno della struttura e del funzionamento del contratto, degli interessi concreti che entrambe le parti si erano prefigurate alla conclusione del negozio e che solitamente sarebbero invece stati estranei tanto alla sua causa astratta (intesa quale funzione socio-economica) quanto al suo contenuto letterale (inteso invece quali clausole contenute nel contratto stesso)<sup>68</sup>, questa figura non pare ricorrere in pieno nella garanzia per vizi. In questo caso, infatti, l'interesse disatteso sarebbe unicamente riferito al compratore, in quanto la valutazione relativa alle qualità del bene compravenduto non fa necessariamente parte (anzi, tendenzialmente resta al di fuori) della sfera degli interessi del venditore. A questa obiezione<sup>69</sup> si potrebbe comunque rispondere rilevando la chiara scelta normativa di dare risalto alle qualità del bene che hanno spinto la parte acquirente a concludere il contratto. Pur trattandosi di una valutazione interna al solo compratore, essa avrebbe delle evidenti ricadute anche sull'intera fattispecie (basti pensare, alla determinazione del prezzo che, in mancanza di determinate qualità, sarebbe stata evidentemente diversa), e pertanto il legislatore avrebbe ritenuto tale motivo parte integrante della funzione svolta dalla compravendita. Una perturbazione alla rappresentazione delle qualità della cosa, dunque, impedirebbe alla vendita di realizzare l'assetto di interessi perseguito dalle parti<sup>70</sup> e dovrebbe necessariamente ripercuotersi sull'intera "economia dell'affare"<sup>71</sup>, consentendo pertanto di ricorrere alla figura della presupposizione<sup>72</sup>.

---

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

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

<sup>70</sup> Come ben sintetizzato da C.G. Terranova, *op. cit.*, 77.

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

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



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

7. – Seppur sconti l'importante opposizione legata alla sovrapposizione di due piani da tenersi distinti, la tesi sopra esposta, che individua nella garanzia per vizi una fattispecie normativa di presupposizione, ha un importante pregio: valorizzare la causa concreta della vendita, in quanto non guarda esclusivamente allo scambio "cosa contro prezzo", ma addirittura alla funzione del bene compravenduto<sup>74</sup>.

Questa importante conclusione, che si "affaccia" nelle pagine di coloro che teorizzano la c.d. presupposizione, pone le basi per quelle che sono le altre tesi elaborate in dottrina. In particolare, una diversa lettura della garanzia per vizi, che riprende la *culpa in contrahendo* teorizzata per primo dallo Jhering<sup>75</sup>, trae importanti spunti dalla tesi della presupposizione. Un primo punto di contatto è infatti ravvisabile nell'osservazione che il bene oggetto della compravendita è necessariamente quello che sussiste al momento della conclusione del contratto, non potendo essere un oggetto diverso da quello che effetti-

---

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

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

<sup>75</sup> R. von Jhering, *op. cit.*, 73 – 81.



vamente è. In sostanza, dunque, anche altri Autori hanno valorizzato l'erronea rappresentazione in cui è incorso il compratore, in quanto può essere oggetto del contratto solo il bene che effettivamente è (e non, dunque, quello che *dovrebbe essere*)<sup>76</sup>. Il secondo presupposto, invece, da una parte avvicina questa tesi a quella della presupposizione, ma dall'altra la distanzia, in quanto le fa compiere un passo decisivo, che caratterizzerà poi anche le ulteriori prese di posizioni registrate di seguito. Questi Autori, infatti, danno particolare rilievo al fatto che si evidenzia nella fattispecie un vizio funzionale e obiettivamente valutabile della causa, essendo il medesimo estraneo alla sfera meramente soggettiva, cui afferiscono i motivi del contratto. Pertanto, riprendendo ciò che di buono era stato affermato dai sostenitori della c.d. tesi della presupposizione, questi Autori osservano come tale punto di vista sposti l'attenzione più sul profilo causale, che su quello dei meri motivi che hanno spinto il solo compratore a contrarre<sup>77</sup>.

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

---

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

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

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



vicinanza è l'unico soggetto in grado di conoscere senz'altro lo stato materiale del bene. Pertanto, la tutela scatterebbe nel momento in cui il venditore non rendesse edotto il compratore dell'impossibilità per il contratto di realizzare gli interessi a cui lo stesso è preposto<sup>78</sup>. Questa dottrina, che nota come essa sia, non a caso, la prima fattispecie per cui viene teorizzata la c.d. responsabilità pre-contrattuale<sup>79</sup>, si trova in una posizione di maggior favore rispetto a quella in cui si era trovato a suo tempo lo Jhering, in quanto ormai tale concetto è assolutamente familiare al nostro ordinamento e, soprattutto, è stato oggetto di importanti prese di posizioni giurisprudenziali, relative alla sua natura contrattuale<sup>80</sup>. Ciononostante, è evidente come il termine *culpa in contrahendo*, utilizzato dallo Jhering e ripreso da questi Autori, nasconda una possibile contraddizione: perché parlare di *culpa* quando, in realtà, abbiamo già notato come la garanzia per vizi prescindendo dallo stato soggettivo del venditore, quantomeno nella tutela apprestata dalle azioni edilizie? Non si tratta, come già sostenuto dal giurista tedesco e ribadito dagli studiosi italiani che hanno ripreso la sua visione della garanzia per vizi, di una colpa nel senso proprio del termine<sup>81</sup>, bensì di una colpa avente un carattere maggiormente oggettivo, che pertanto s'incentra sul mancato rispetto di una norma di comportamento da parte del venditore, senza che in alcun modo rilevi lo stato soggettivo di quest'ultimo. Il venditore, infatti, si trovava, rispetto alla cosa

<sup>78</sup> Salv. Romano, *op. cit.*, 260 e G. Visintini, *op. cit.*, 175.

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

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

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



compravenduta, in una posizione tale per cui, anche se avesse incolpevolmente ignorato l'esistenza dei vizi, avrebbe comunque dovuto essere a conoscenza della situazione del bene, e pertanto la sua ignoranza non sarebbe scusabile<sup>82</sup>.

Un'altra importante obiezione a cui deve dare una risposta questa tesi è legata all'interesse sotteso della garanzia per vizi. Tale dibattito risulta addirittura decisivo al fine di qualificare la garanzia per vizi come una *culpa in contrahendo* ovvero come una forma di responsabilità contrattuale. Secondo la visione nettamente prevalente in dottrina<sup>83</sup>, infatti, la tutela dell'interesse negativo potrebbe trovare applicazione esclusivamente nell'ambito della responsabilità precontrattuale. Ritenerne, pertanto, che la garanzia per vizi tuteli l'interesse del venditore a non stipulare il contratto di compravendita avente ad oggetto un bene viziato (e dunque l'interesse negativo) porterebbe come immediata conseguenza la qualificazione della garanzia come una responsabilità di tipo precontrattuale, nella quale vi è una *culpa in contrahendo* del venditore.

Pare invece molto più convincente<sup>84</sup> sostenere che la normativa voglia piuttosto proteggere il c.d. interesse positivo, vale a dire l'interesse del compratore (che infatti ha concluso il contratto) alla corretta produzione degli effetti contrattuali. A conferma di ciò, infatti, si è già in precedenza notato come la "regola" nella responsabilità per vizi sia quella del pieno risarcimento del c.d. interesse positivo, che viene infatti tutelato non solo con le azioni edilizie, ma anche con l'ulteriore risarcimento del danno, dovuto *ex art.* 1494 cod. civ., salvo il caso (improbabile) in cui il venditore riesca a provare la propria ignoranza non colposa dei vizi. Il risarcimento del danno da imperfetta esecuzione del contratto, infatti, dovrebbe necessariamente considerarsi come incompatibile rispetto al c.d. interesse negativo, essendovi piuttosto il chiaro intento di tutelare il compratore che vuole ricevere la corretta esecuzione del contratto di compravendita<sup>85</sup>.

---

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

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

<sup>84</sup> Si vedano in particolare le conclusioni cui si è giunti alla nota 56.

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



Ben consapevoli di questa aporia, gli Autori che sostengono la tesi della *culpa in contrahendo* quale chiave di lettura della garanzia per vizi rispondono all'obiezione nell'unico modo possibile, e dunque sostenendo l'autonomia del risarcimento del danno rispetto alle azioni edilizie *ex art. 1492 cod. civ.* Secondo tale visione, la tutela apprestata dall'art. 1494 cod. civ. dovrebbe essere interpretata come risarcimento dell'*ulteriore* danno, diverso rispetto a quello legato alla *culpa in contrahendo*<sup>86</sup>, avente il chiaro intento – ferma restando la tutela dell'interesse negativo – di tenere indenne il compratore da ogni eventuale pregiudizio procuratogli dall'immissione nel suo patrimonio di un bene difettoso<sup>87</sup>. Pertanto, la tutela della c.d. *culpa in contrahendo* sarebbe apportata dal solo art. 1492 cod. civ., nella parte in cui contempla le azioni redibitoria ed estimatoria, mentre il successivo art. 1494 cod. civ. sarebbe invece legato alla messa in commercio di un bene difettoso o comunque non idoneo al suo utilizzo<sup>88</sup>. L'azione di cui all'art. 1494 cod. civ. sarebbe, secondo questa visione, un'azione distinta rispetto a quelle edilizie, ed avrebbe carattere aquiliano, non essendo legata in alcun modo ad un'obbligazione, neanche di comportamento<sup>89</sup>.

Una volta passata al vaglio questa tesi, relativamente alla quale gli Autori si sono dovuti premurare di risolvere obiezioni non di poco conto, è bene sottolineare come la visione appena esposta porta con sé un importante vantaggio: quello di ricondurre ad un'unica fattispecie gli interessi legati alla fase pre-contrattuale e alla fase di esecuzione del contratto<sup>90</sup>. Il merito di questa tesi, inoltre, è quello, già sopra evidenziato, di porre in risalto la causa concreta del contratto di compravendita, intesa come funzione di trasferire un bene che abbia le caratteristiche individuate dalle parti.

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

---

<sup>86</sup> G. Visintini, *op. cit.*, 184.

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

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

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

<sup>90</sup> Come ben notato da C.G. Terranova, *op. cit.*, 79.



suddette obiezioni sono state risolte con una certa fatica, evidenzia come in realtà questa responsabilità dovrebbe essere inquadrata in un concetto ancora più ampio, legato all'attuazione dell'effetto reale<sup>91</sup>. Si tratta di un passaggio fondamentale nell'analisi della natura giuridica della garanzia: dal campo dei vizi del consenso l'attenzione si sposta infatti al campo dell'inattuazione<sup>92</sup>. Tale cambio di prospettiva è innanzitutto fondato sull'assenza di disposizioni normative dalle quali effettivamente emerga la volontà del legislatore di tutelare il compratore dalla mancata preventiva comunicazione dei vizi: quest'ultima è infatti solo una delle deviazioni che il programma negoziale, così come delineato dalle parti alla stipula del contratto, può incontrare nella sua attuazione<sup>93</sup>. L'informazione precontrattuale può giocare un ruolo decisivo nel costruire la volontà delle parti alla stipula del contratto di compravendita, momento di formazione del programma negoziale, ma la sua mancanza non esaurisce il quadro delle possibili anomalie che si possono verificare nell'attuazione dell'effetto traslativo. Palesare al compratore lo stato del bene oggetto del trasferimento non avrebbe, infatti, la funzione di adempiere ad un (inesistente) onere informativo a carico del venditore, bensì comporterebbe che lo stesso compratore, al momento della stipula, sarebbe consapevole di acquistare un bene difettoso, e pertanto anche l'effetto traslativo prodotto non potrebbe che coincidere con quanto voluto dalle parti. Tale ricostruzione è inoltre coerente col disposto dell'art. 1491 cod. civ., il quale esclude la garanzia per vizi in caso di conoscenza o facile riconoscibilità degli stessi da parte dell'acquirente. Nel contesto di questo articolo, il comportamento del venditore viene espressamente preso in considerazione soltanto ove quest'ultimo prometta espressamente l'assenza di vizi e, dunque, inquadrare l'intera fattispecie come una *culpa in contrahendo* in capo al venditore costituirebbe un risultato insoddisfacente. La *ratio* dell'art. 1491 cod. civ. sarebbe piuttosto da ravvisare nella coincidenza tra quanto *voluto* (da entrambe le parti) e quanto *effettivamente attuato* col contratto.

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

---

<sup>91</sup> E. Russo, *op. cit.*, 222 e D. Rubino, *op. cit.*, 639.

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

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



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

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



si di un'esecuzione che nei fatti coincide con la genesi contrattuale, si sarebbe tentati, come fatto dalla suesposta dottrina<sup>94</sup>, di individuare nella garanzia per vizi un vero e proprio *vizio del consenso* del contratto. Così facendo, però, la garanzia sarebbe, oltreché insoddisfacente, incentrata esclusivamente sul momento programmatico. Le parti, invece, hanno validamente voluto concludere il contratto, avendo inoltre ben in mente gli interessi che ciascuna di esse avrebbe voluto perseguire col medesimo. Il momento programmatico, pertanto, è scevro da vizi e il contratto si è validamente formato. Ove il contratto di compravendita non riesca a perseguire gli interessi che le parti si erano prefissati (senza che perciò si debba "scendere" nella categoria dei motivi), la patologia attiene evidentemente al momento esecutivo del contratto. Pertanto, il rimedio *generale* apportato dal nostro ordinamento sarebbe quello di cui agli artt. 1453 e ss. cod. civ., la risoluzione del contratto. Ma risoluzione del contratto per cosa? L'unica risposta plausibile sarebbe, evidentemente<sup>95</sup>, la risoluzione per inadempimento, cadendo così, nuovamente, nella contraddizione dell'inadempimento senza obbligazione. Per questo motivo il legislatore ha dettato una disciplina *ad hoc*, con la quale ha previsto espressamente che si possa ricorrere tanto alla risoluzione del contratto, con l'azione redibitoria, quanto alla riduzione del prezzo, con l'azione estimatoria. Il resto, ivi inclusa tutta la problematica legata al risarcimento del danno ulteriore, è una disciplina volta a tutelare altri interessi, che rischierebbero di restare privi di un'adeguata protezione.

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

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

Una prima teoria, già elaborata sotto la vigenza del codice del 1865 da un Autore<sup>96</sup>, ma successivamente ripresa da autorevole dottrina<sup>97</sup>, qualifica la tutela come una garanzia in senso tecnico<sup>98</sup>, collegata al realizzarsi di un determinato evento: infatti, il rischio

---

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

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

<sup>96</sup> G. Gorla, *op. cit.*, 88 e ss.

<sup>97</sup> A. di Majo Giaquinto, *op. cit.*, 287 e ss., spec. 295.

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



legato al trasferimento di un bene privo delle qualità richiestegli, che di fatto ricadrebbe inizialmente sul compratore, sarebbe piuttosto addossato al venditore, per il solo fatto che tale rischio, dal quale si vuole proteggere l'acquirente, si sia effettivamente realizzato. In realtà, la dottrina più risalente<sup>99</sup> sembra valorizzare maggiormente il profilo "assicurativo" della fattispecie, pur sottolineando le numerose differenze sussistenti tra il modello assicurativo e quello di garanzia. Si può infatti notare come il meccanismo congegnato da questa dottrina sia per certi versi somigliante a quello assicurativo, nella parte in cui parla di una "promessa di indennità" collegata al verificarsi di un determinato rischio<sup>100</sup>. Diversamente, gli Autori successivi che riprendono questa tesi, la sviluppano in chiave nettamente differente<sup>101</sup>. Costoro, infatti, utilizzano il termine "garanzia" per raggiungere l'obiettivo che maggiormente sta loro a cuore: distanziare la responsabilità da vizi da qualsivoglia vincolo obbligatorio<sup>102</sup>. In presenza di una garanzia, la tutela pre-

---

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

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

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

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

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

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



scinde da un inadempimento e, dunque, tanto dal comportamento materiale del venditore, quanto dal suo stato soggettivo<sup>103</sup>. In questo caso, tale responsabilità sarebbe un mero effetto contrattuale<sup>104</sup> e sorgerebbe dalla imperfetta realizzazione del risultato traslativo, senza richiedere la mediazione di un rapporto di tipo obbligatorio: questo “effetto di garanzia” sorge *naturalmente* dal contratto, senza che debba essere espressamente previsto nel testo dello stesso<sup>105</sup>. In sintesi, la tutela per vizi sarebbe una garanzia, derivante direttamente dal contratto, che non vincola in alcun modo il venditore e la cui attivazione prescinde da ogni possibile inadempimento, trattandosi piuttosto di una responsabilità a sé stante, collegata dall'esterno col contratto mediante il riferimento al mancato dispiegarsi del programma negoziale della vendita<sup>106</sup>.

---

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

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

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

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

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



Proprio da quest'ultima affermazione, si muovono le critiche di parte della dottrina, che condivide sì il fatto che la garanzia debba essere tenuta ben distinta dal vincolo obbligatorio, ma critica invece l'astrazione compiuta dalla dottrina appena esposta: che la si intenda sia come garanzia in senso stretto, sia come un surrogato dell'azione di inadempimento, infatti, questa dottrina, nel tentativo di separare obbligazione e garanzia, eccede nel suo sforzo e separa, addirittura, la garanzia dalla sfera di controllo del venditore. Secondo questa obiezione, per quanto non si ponga in capo al venditore un'obbligazione di alienare un bene scevro da vizi, d'altra parte emerge un necessario coinvolgimento del venditore che deve attuare l'attribuzione traslativa: non un'obbligazione, bensì una responsabilità collegata al risultato traslativo, il cui raggiungimento passa necessariamente per la sfera d'influenza del venditore<sup>107</sup>.

Le conseguenze di questa estraneità della garanzia dalla sfera di controllo del venditore non sono di poco conto: oltre a prescindere *in toto* dallo stato soggettivo del venditore<sup>108</sup>, infatti, esula dalle finalità di garanzia quella risarcitoria e ciò pare difficilmente conciliabile con l'art. 1494 cod. civ., nella parte in cui pone in rilievo il comportamento colposo del venditore. I sostenitori della garanzia in senso stretto<sup>109</sup>, nel ravvisare questa possibile aporia, rispondono che non sarebbe sostenibile che la presenza di colpa possa alterare la natura della tutela apprestata dall'ordinamento, tramutandola in un inadempimento di obbligazione: costoro la riterrebbero "semmai un residuo della antica responsabilità per *mala fides*", ravvisando nella stessa un profilo latamente sanzionatorio<sup>110</sup>.

---

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

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

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

<sup>109</sup> A. di Majo Giaquinto, *op. cit.*, 307.

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



9. – La tesi della garanzia, pertanto, comporta, come principale conseguenza, il fatto di estraniare *in toto* la responsabilità da vizi dalla fattispecie contrattuale: si tratterebbe, infatti, di un vincolo a sé stante, che, seppur nascente dal contratto, si collocherebbe immediatamente sul piano dinamico dei rapporti, prescindendo così dalla sua fonte<sup>111</sup>. Questo non convince appieno buona parte della dottrina, che ritiene invece che si debba comunque configurare una fattispecie di responsabilità contrattuale. È però vero che per responsabilità contrattuale s'intende, tendenzialmente, una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione: non è dunque un caso che a tale soluzione giunga, seppur costruendo una particolare forma di obbligazione, autorevole dottrina<sup>112</sup>. Il ragionamento fatto da altri Autori, invece, scinde la responsabilità contrattuale dalla responsabilità da inadempimento di un'obbligazione. Si parla piuttosto di una responsabilità legata alla violazione della *lex contractus*, e dunque alla mancata attuazione del risultato traslativo che le parti della compravendita si erano proposte. Tale responsabilità avrebbe una natura *speciale*<sup>113</sup>, in quanto da una parte non potrebbe essere qualificata come una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione inesistente, ma dall'altra non si potrebbe nemmeno dipingere come una garanzia del tutto estranea al sinalagma contrattuale. Il tutto troverebbe la propria spiegazione all'interno della distinzione, seppur concettuale, tra momento programmatico e momento esecutivo.

Il presupposto del ragionamento è, dunque, che la mancata attuazione del risultato traslativo che le parti si erano preposte comporta una responsabilità di tipo contrattuale<sup>114</sup>: il primo a porre le basi di questa riflessione è il Rubino, il quale arriva però a tale

---

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

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

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

<sup>112</sup> C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 629 ss.

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

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



conclusione attraverso una strada alquanto impervia. La prima, decisiva, intuizione dell'Autore è legata alla necessità di ancorare comunque la responsabilità al contratto di vendita, senza che però la stessa dipenda da un inadempimento<sup>115</sup>. A questo punto, il concetto di obbligazione, dal quale inizialmente ci si allontana, rientra per altra via nel sistema della garanzia per vizi delineato dal Rubino, il quale, per giustificare le conseguenze derivanti dal trasferimento di un bene viziato, parla di un'obbligazione di far acquistare il diritto al compratore. E tale obbligazione, che nasce proprio dal sinallagma contrattuale, sarebbe compatibile col principio consensualistico<sup>116</sup> ed avrebbe un contenuto c.d. "complesso", in quanto l'obbligo del venditore sarebbe quello non solo di trasferire il bene, ma anche di trasferire il bene *con determinate caratteristiche ed esente da vizi*<sup>117</sup>. A questo punto, però, l'Autore intuisce che ancorare nuovamente la responsabilità per vizi ad un'obbligazione, seppur di tipo diverso da quella in precedenza disegnata dal Pothier, lo esporrebbe a facili critiche. Il concetto di attribuzione patrimoniale<sup>118</sup>, pertanto, serve proprio per negare che si tratti di una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione. Si configurerebbe, piuttosto, una *sanzione* dovuta al fatto che non è stata esattamente compiuta l'attribuzione patrimoniale *dovuta* dal venditore. Si delinea così una situazione di "reazione" o, addirittura, di "sanzione" legata all'inadempimento non di un'obbligazione, bensì dell'attribuzione patrimoniale dovuta.

La critica a questa tesi resta quella anticipata: si nega la sussistenza di un'obbligazione, ma successivamente si costruisce una fattispecie che presenta tutti i caratteri del rapporto obbligatorio, tant'è che, per non parlare di inadempimento di tale "obbligazione", bisogna fare riferimento al concetto di sanzione, finora estraneo al nostro ragionamento<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> D. Rubino, *op. cit.*, 634 ss.

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

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

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

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



Nonostante le aporie appena sottolineate, non bisogna assolutamente sottovalutare la bontà dello sforzo compiuto dal Rubino<sup>120</sup>, il quale ha il merito di porre al centro della garanzia per vizi due elementi, fra loro inscindibilmente connessi: il contratto (quale fonte della responsabilità) e l'attribuzione patrimoniale al medesimo connessa (quale parametro per configurare la responsabilità). Dalla tesi del Rubino, pertanto prendono le mosse numerosi Autori, anche più recenti, che si sono affacciati al problema, i quali però ben si guardano dal commettere l'errore compiuto dal primo, sviluppando in altre più proficue direzioni i propri ragionamenti. Questo è ciò che fa il Russo<sup>121</sup>, che però costruisce la propria tesi in tema di garanzie derivanti dalla vendita limitando la propria attenzione all'evizione, ignorando così la tutela dai vizi. Ciononostante, le riflessioni di questo Autore, oltre ad essere facilmente estendibili anche alla problematica oggetto della nostra trattazione, sono successivamente state riprese da numerosi Autori, che hanno espressamente trattato il tema della garanzia per vizi, al fine di dare risposta agli interrogativi posti in materia. Come sopra accennavamo, il ragionamento del Russo parte proprio dai due punti fermi posti dal Rubino ma, invece di cercare una motivazione a livello di inadempimento *stricto sensu* (figura che avvicinerrebbe pericolosamente la riflessione alla figura dell'obbligazione), l'Autore compie un passo decisivo, in quanto valorizza ulteriormente l'elemento causale. Infatti, la causa in concreto del contratto di vendita non potrebbe limitarsi al semplice trasferimento di un bene in cambio di un prezzo in danaro, in quanto gli interessi delle parti entrano nello schema contrattuale: in tal caso, l'interesse del compratore che permea la fattispecie negoziale è quello di ricevere un bene idoneo al suo utilizzo. L'Autore, dando al proprio ragionamento un ampio respiro, estende i suddetti principi a tutti i contratti aventi effetti traslativi<sup>122</sup>, all'interno dei quali gli interessi non sono strettamente ancorati ad un comportamento del dante causa. È pertanto necessario, afferma l'Autore, "sganciarsi" dalla teoria dei contratti obbligatori, della quale è permeato anche il nostro codice<sup>123</sup>, per esaminare la vicenda traslativa nel suo

---

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

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

<sup>121</sup> E. Russo, *op. cit.*, *passim*.

<sup>122</sup> E. Russo, *op. cit.*, 276 ss.

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



complesso, secondo una prospettiva incentrata non soltanto sui comportamenti delle parti, ma anche sul risultato che i contraenti si erano proposti. Abbandonata la prospettiva obbligatoria in favore di quella causale, la responsabilità non nascerebbe da alcun inadempimento, bensì dalla mancata attuazione dell'effetto traslativo<sup>124</sup>. Evidentemente la prospettiva assunta dal Russo, quella cioè della garanzia per evizione, rende ancor più chiara questa patologia del sinallagma contrattuale: ciononostante, la riflessione finora svolta ci consente di estendere le conclusioni anche alla disciplina dei vizi, in quanto il ragionamento non è limitabile all'inattuazione del trasferimento della cosa in quanto altrui, ma anche alla mancata alienazione di un bene idoneo al proprio scopo e libero da vizi. Quanto al profilo soggettivo, sempre spinoso vista la particolare disciplina a cui la garanzia è assoggettata, si ritiene che il venditore si debba accertare che sussistano tutti i requisiti affinché l'effetto reale si produca correttamente: in mancanza, il nostro legislatore ritiene che il venditore debba ritenersi "in colpa", per omissione di diligenza. Non si richiede, pertanto, che l'alienante fosse consapevole di trovarsi in una posizione che non gli consentiva di attuare correttamente l'effetto traslativo: grava su di lui, invece, l'onere di accertarsi, al momento della stipula del contratto, di avere tutto quanto sia necessario al fine di produrre i risultati che gli vengono richiesti<sup>125</sup>.

A questo punto, nuovamente, ci troviamo di fronte a due direttrici, seppur all'interno di una medesima chiave di lettura della garanzia per vizi. Da un lato chi, comunque, ritiene sostenibile l'idea del Rubino di discostarsi da una vera e propria obbligazione *ex stipulatione* per costruire un diverso rapporto, di natura più latamente obbligatoria, in quanto si tratterebbe di un vincolo non nascente da un'espressa pattuizione, bensì dal complessivo assetto contrattuale creato dalle parti<sup>126</sup>. Dall'altro lato, chi ritiene giusta

---

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

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

<sup>125</sup> E. Russo, *op. cit.*, 276.

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



l'intuizione del Russo, di valorizzare l'elemento causale (causa in concreto, verrebbe da dire) proprio della vendita per qualificare la tutela contro i vizi come una garanzia di tipo speciale, legata alla mancata soddisfazione del sinallagma contrattuale<sup>127</sup>. È evidente, comunque, la matrice comune a tutte queste visioni: la garanzia per i vizi è una reazione del nostro ordinamento ad una "patologia" palesatasi nel c.d. momento esecutivo del contratto, che ha comportato una netta discrasia rispetto a quanto prefigurato nel momento programmatico<sup>128</sup>.

Visti i pregressi ragionamenti, si sarebbe portati a prediligere la prospettiva della garanzia quale responsabilità speciale da inattuazione del contratto, e non quale responsabilità per inadempimento di un impegno contrattuale, onde evitare di incorrere nelle medesime critiche mosse al Rubino. In realtà, la prospettiva adottata dagli Autori<sup>129</sup> che prediligono l'aspetto dell'impegno negoziale è sostenuta in maniera coerente, senza timore di cadere in contraddizione. Questa tesi si basa sull'assunto che, a fianco dell'effetto reale della vendita, come necessario corollario dello stesso, debba collocarsi l'impegno per l'alienante di assicurare l'esatto risultato promesso. Tale visione, pertanto, riavvicina in maniera decisa la tutela contro i vizi alla fattispecie obbligatoria, sostenendo che l'alienante "si vincoli piuttosto ad una determinata attribuzione, ossia assuma un impegno negoziale circa l'alienazione del bene conforme al contenuto esplicito ed implicito della sua offerta. L'effetto reale segue alla vendita perché questo è il programma al quale l'alienante si è vincolato: esso quindi non annulla l'impegno dell'alienante ma lo realizza"<sup>130</sup>. Gli Autori, pertanto, ben consapevoli della necessità di scindere concettualmente

---

<sup>127</sup> In epoca più recente, A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 262 ss.

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

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

<sup>130</sup> C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 632.



tra momento programmatico e momento esecutivo, decidono di valorizzare il profilo soggettivo della fattispecie, e pertanto di sottolineare *l'impegno* che il venditore assume nel momento in cui stipula il contratto di compravendita<sup>131</sup>. Così ragionando, saremmo di fronte ad un vincolo che *strutturalmente* (vista la centralità della prestazione a cui il venditore è tenuto) e *funzionalmente* (stante l'interesse del compratore che si vuole soddisfare) avrebbe le caratteristiche del rapporto obbligatorio. Si tratterebbe comunque di un'obbligazione fattualmente diversa rispetto a quella di consegna o a quella relativa al pagamento del prezzo, e questo è facilmente desumibile da come questi Autori preferiscano parlarne in termini di impegno traslativo: non è un vincolo inscindibilmente connesso ad un comportamento di una delle parti, bensì fondato su un risultato che il venditore si è impegnato ad ottenere. E dunque, "il venditore, appunto, è in colpa se ha assunto l'impegno traslativo senza avere diligentemente verificato la propria attitudine all'adempimento": la colpa, in tal caso, non sta tanto nell'esplicazione dell'attività successiva al negozio, quanto piuttosto nella stipulazione della compravendita stessa, che di per sé dovrebbe già attuare il trasferimento del bene al compratore.<sup>132</sup> La dicotomia tra momento esecutivo e momento programmatico consente, dunque, a questa corrente dottrinale di sostenere, non senza fondamento, che ci si trovi comunque di fronte ad un impegno, e dunque ad un vincolo obbligatorio, relativo alla produzione di un corretto risultato traslativo. È vero che tale impegno *nasce* per essere adempiuto sin dalla stipula del contratto di compravendita, ma, ove ciò non avvenga, si renderebbe necessario recuperare la suddetta dicotomia e agire per la tutela contro l'inadempimento così perpetrato dal venditore<sup>133</sup>.

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

---

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

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

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



potuto produrre correttamente. Si tratterebbe, pertanto, di una responsabilità *speciale*, che ha come presupposto “l’inattuazione o imperfetta attuazione dell’attribuzione traslativa”<sup>134</sup>. Non si può negare, anche in questo caso, la sussistenza di un vincolo a carico del venditore: ma in questa ricostruzione mancano alcuni elementi del rapporto obbligatorio e pertanto non è casuale che si preferisca definire la garanzia per vizi quale “impegno” contrattuale, piuttosto che parlare di un’obbligazione *stricto sensu*. In precedenza abbiamo visto come il Bianca abbia costruito la propria tutela da vizi configurando un vincolo che, sia sotto il profilo strutturale che funzionale, è in tutto accostabile ad un’obbligazione. Quest’affermazione ben si concilia con l’importanza che viene attribuita al dato soggettivo nella ricostruzione proposta dall’Autore: come in ogni rapporto obbligatorio, infatti, il venditore-debitore è al centro dello stesso, dovendosi comportare in modo da consentire il corretto svolgimento della fattispecie attributiva<sup>135</sup>. Diversamente dal Bianca, che predilige la prospettiva *soggettiva*<sup>136</sup>, gli Autori<sup>137</sup> che danno risalto alla violazione della *lex contractus* evidenziano l’aspetto *oggettivo* della fattispecie, sottolineando come la responsabilità per vizi serva per ristabilire un equilibrio all’interno del sinallagma contrattuale che, altrimenti, verrebbe compromesso. In sostanza, il venditore ha stipulato un contratto impegnandosi ad un risultato che non è stato (e non può essere) raggiunto. L’alienante è pertanto vincolato, ma, se andiamo ad analizzare il risultato a cui il medesimo si impegna, pare mancare l’elemento strutturale dell’obbligazione (la prestazione del debitore), sussistendone invece soltanto l’elemento funzionale (l’attribuzione patrimoniale, quale interesse del creditore). Pertanto, la garanzia per vizi tutela, mediante la suddetta responsabilità *speciale*, l’interesse traslativo del compratore, che caratterizza ogni contratto di compravendita, in quanto il venditore si vincola a realizzare il trasferimento di un bene idoneo all’uso cui il medesimo è destinato. Questo impegno

---

<sup>134</sup> A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 267.

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

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

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



non richiede né un'obbligazione *ad hoc* né tantomeno un'espressa pattuizione delle parti<sup>138</sup>: è la *lex contractus*, vale a dire l'assetto di interessi che le parti avevano in mente alla stipula del contratto (e che penetra nella sua causa concreta), che richiede il corretto realizzarsi dell'attribuzione patrimoniale. Senza quest'attribuzione patrimoniale, l'equilibrio contrattuale è sbilanciato e, dunque, l'ordinamento consente ai contraenti di correre ai ripari, predisponendo una tutela *ad hoc*.

**10.** – «In altri termini, all'obbligo di garantire il compratore dai vizi della cosa, previsto dall'art. 1476 cod. civ., n. 3, non corrisponde – a differenza di quanto ordinariamente accade nello schema proprio delle obbligazioni – alcun dovere di comportamento del venditore in funzione del soddisfacimento dell'interesse del compratore. [...] Deve allora concludersi che il disposto dell'art. 1476 c.c., là dove qualifica la garanzia per vizi come oggetto di una obbligazione, va inteso non nel senso che il venditore assuma una obbligazione circa i modi di essere attuali della cosa, bensì nel senso che egli è legalmente assoggettato all'applicazione dei rimedi in cui si sostanzia la garanzia stessa»<sup>139</sup>. Sono queste le parole che sintetizzano il ragionamento compiuto dalle Sezioni Unite della Cassazione e che le portano a concludere che l'onere probatorio relativamente alla sussistenza dei vizi debba gravare sul compratore, in quanto soggetto che fa valere una pretesa che non ha un fondamento obbligatorio<sup>140</sup>.

---

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

<sup>139</sup> Cass., Sezioni Unite, 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

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



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

Premessa questa, condivisibile, considerazione di tipo pratico, la Cassazione fonda su solide basi il proprio ragionamento, affermando che «la garanzia per vizi non va, dunque, collocata nella prospettiva obbligatoria e la responsabilità che essa pone in capo al venditore va qualificata come una responsabilità contrattuale speciale, interamente disciplinata dalle norme dettate sulla vendita. Il presupposto di tale responsabilità è, come già accennato, l'imperfetta attuazione del risultato traslativo (e quindi la violazione della *lex contractus*) per la presenza, nella cosa venduta, di vizi che la rendono inadatta all'uso cui è destinata o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore». È evidente come, in queste parole, riecheggino le riflessioni sopra riportate del Luminoso<sup>141</sup> e, comunque,

---

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

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

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

<sup>141</sup> A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 266.



più in generale della dottrina che ravvisa nella garanzia per vizi una tutela per la mancata attuazione dell'effetto traslativo. Una volta giunti a questa conclusione, il passo è breve e molto facile da compiere, soprattutto se parametrato al cammino finora svolto dalla dottrina: non potendosi utilizzare la regola enunciata dalla pronuncia a Sezioni Unite n. 13553 del 2001, che pone a carico del venditore l'onere di provare l'avvenuto adempimento dell'obbligazione, mancando qui un vincolo obbligatorio, i differenti criteri che vengono ad essere utilizzati portano tutti ad un'unica conclusione. *In primis*, è possibile utilizzare il principio generale espresso dell'art. 2697 cod. civ., il quale pone a carico dell'attore l'onere di provare il fondamento della propria pretesa (art. 2697 cod. civ.). Il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite del 2001 nasce dal presupposto che il creditore debba semplicemente provare, quale fondamento della propria pretesa, l'effettiva sussistenza del credito, spettando poi al debitore provare di aver adempiuto. Mancando, però, nella nostra fattispecie un vero e proprio credito, il fondamento della pretesa del compratore dovrebbe necessariamente essere individuato nella sussistenza dei vizi della cosa compravenduta: graverebbe pertanto sul compratore l'onere di provare la sussistenza dei vizi. *In secundis*, un'altra importante argomentazione, addotta anche dalle Sezioni Unite, è quella per cui una prova positiva è sempre preferibile rispetto ad una prova avente contenuto negativo<sup>142</sup>. Infine, un'ulteriore argomentazione, volta a rafforzare questa conclusione, è legata alla c.d. vicinanza della prova: si dovrebbe dunque concludere, anche in tal caso, che la prova spetti al soggetto nella cui sfera giuridica si trovi il bene viziato. Di nuovo, dunque, l'onere probatorio dovrebbe gravare sul compratore.

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

---

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



munque al compratore l'onere di provare la sussistenza dei vizi<sup>143</sup>. È vero che le tesi di Bianca e Breccia valorizzano il vincolo obbligatorio anche sotto il profilo soggettivo, in quanto individuano la prestazione oggetto di questa particolare obbligazione<sup>144</sup> e pertanto ravvisano nella garanzia per vizi un rapporto obbligatorio sotto il profilo sia strutturale che funzionale. Ciononostante, spostare l'onere della prova sul venditore piuttosto che sul compratore, a causa della qualifica attribuita da tali Autori alla tutela per vizi unita ad una pedissequa applicazione della regola giurisprudenziale dettata nel 2001, non pare una soluzione soddisfacente.

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

---

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

<sup>144</sup> Come precedentemente sottolineato alla nota 136.

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

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



però conto delle peculiarità della fattispecie che stiamo esaminando, decisamente diversa da quella che le Sezioni Unite nel 2001 avevano in mente nell'enunciare il suddetto principio di diritto. Si è infatti già notato come, anche sostenendo che si tratti di una vera e propria obbligazione, la configurazione di questo rapporto sarebbe necessariamente differente da quanto avviene in tema di obbligo di consegna o di pagamento del prezzo. Questi ultimi due obblighi, come la gran parte delle obbligazioni di *dare* o di *facere*, richiedono *necessariamente* un comportamento positivo del soggetto che vi è obbligato. Così non è nell'impegno traslativo, che, nella sua ipotesi fisiologica, viene ad essere adempiuto nel momento stesso in cui nasce, non facendo percepire ad alcuno dei soggetti coinvolti la sussistenza di un'obbligazione. La mancanza di tangibilità nel comportamento del venditore renderebbe la prova a suo carico estremamente complessa. Prova che, inoltre, sarebbe resa ancor più difficile dal fatto che si tratterebbe, come sopra notato, di una prova negativa, riguardante la mancanza di vizi in un bene che *attualmente* (*i.e.* al momento in cui la prova è richiesta) si trova nella sfera giuridica del compratore. Le riflessioni relative alla situazione concreta in cui deve svolgersi l'onere della prova non sono, per giunta, estranee alla pronuncia delle Sezioni Unite nella sentenza del 2001, dal cui testo emerge una notevole sensibilità ai suddetti problemi. Sensibilità che spinge la Cassazione a fare riferimento proprio al brocardo latino *negativa non sunt probanda*<sup>146</sup> o al principio di vicinanza o riferibilità della prova<sup>147</sup>, e, soprattutto, a derogare espressamente al principio sopra affermato in presenza di obbligazioni negative. In tal caso, infatti, il venir meno del principio di persistenza<sup>148</sup> e il sussistere di una prova negativa in capo al debitore, propongono di addossare sul creditore la prova dell'avvenuto adempimento. Non tener conto di questi ragionamenti per risolvere le problematiche più "spinose" come la presente, in cui già la qualifica della garanzia come obbligazione a carico del

---

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

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

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



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

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

La conclusione a cui arriva la Cassazione, invece, è tutt'altro che artificiosa, in quanto essa risulta estremamente coerente con il panorama normativo e con la natura dell'istituto. La qualificazione della garanzia per vizi quale obbligazione *stricto sensu* nascente dal contratto porterebbe con sé l'inconveniente di concentrarsi esclusivamente sulla fase esecutiva del negozio. Avendo riguardo alla sola esecuzione della *prestazione* oggetto di questa presunta obbligazione, risulterebbe però difficile spiegare cosa avvenga nell'ipotesi, senz'altro possibile, in cui le parti abbiano concluso il contratto con la consapevolezza di compravendere un bene non perfetto, non del tutto scevro da vizi. In tal caso non potrà sorgere la garanzia per vizi e ciò trova conferma nel fatto che la stessa può essere esclusa sia convenzionalmente dai contraenti (salvo in tal caso la mala fede del venditore, *ex art. 1490 comma 2 cod. civ.*) sia legalmente in caso di conoscenza (effettiva o presunta) dei vizi da parte del compratore (*ex art. 1491 cod. civ.*). In entrambe le ipotesi, l'obbligazione di trasferire un bene scevro da vizi non potrebbe nascere<sup>149</sup>, ma solo in quanto dei medesimi si è tenuto conto nella fase genetica del contratto (assumendo, dunque, la fase esecutiva un ruolo secondario). L'ordinamento, infatti, non tutela *a priori* il compratore dai vizi, ma vuole dare a quest'ultimo la possibilità di valutare cor-

---

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

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



rettamente se gli stessi abbiano un'incidenza sull'utilizzo che si vuol fare del bene, e consentirgli inoltre di ottenere un risparmio di prezzo per aver acquistato un bene non perfetto<sup>150</sup>.

Il ragionamento appena esposto risulta più coerente ove invece si qualifichi la garanzia per vizi come una risposta legislativa alle ipotesi di imperfetta attuazione del risultato traslativo voluto dalle parti. Tale visione ha infatti l'evidente pregio di non "scomporre" la fattispecie contrattuale in più fasi – trattative, stipulazione ed attuazione – bensì di considerare il negozio nel suo complesso, assumendo pertanto una prospettiva molto più adeguata e soddisfacente. Come sopra dimostrato, infatti, i vizi della cosa compravenduta rappresentano un'anomalia che si manifesta nella fase esecutiva del contratto, ma che può essere evitata proprio a partire dal momento genetico dello stesso. Ove pertanto si ravvisi una continuità tra quanto voluto dai contraenti e quanto effettivamente realizzato dal negozio – assumendo centralità il risultato traslativo che le parti si sono configurate in sede di stipula –, non si potrà ricorrere alla garanzia per vizi. Basti pensare al fatto che non tutti i compratori hanno necessariamente interesse ad acquistare un bene perfetto o comunque non difettoso. Potrebbe infatti porsi il caso di colui che acquisti un bene non perfettamente funzionante, ma sia consapevole che lo stesso bene potrà comunque essere idoneo all'utilizzo che ne vuol fare o che tale difetto sarà da lui facilmente riparabile: il compratore preferisce pertanto conseguire un risparmio di spesa piuttosto che reperire sul mercato un bene "perfetto". Questo esempio serve a chiarire che la sussistenza dei vizi non incide sulla commerciabilità *giuridica* dei beni difettosi, bensì sulla loro commerciabilità *economica*: il contratto di compravendita non sarà pertanto squilibrato *a priori* per la sussistenza dei vizi, ma solo ove i medesimi alterino gli equilibri economici prefigurati dalle parti. Ove entri in gioco la commerciabilità *economica* del bene, una prospettiva "atomistica" delle singole fasi contrattuali non può essere soddisfacente<sup>151</sup>: i vizi si considerano infatti rilevanti ove sussista una difformità tra quanto *vuluto* e quanto *realizzato*, vale a dire quando il contratto non raggiunga pienamente il risultato traslativo prefissato da entrambe le parti<sup>152</sup>.

---

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

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

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



Se dunque la risposta della Cassazione riguardo alla qualificazione della garanzia per vizi quale responsabilità *speciale* derivante dall'imperfetta attuazione dell'effetto traslativo appare coerente con le argomentazioni sopra esposte, lo stesso non si può dire di quanto affermato da una pronuncia successiva della Corte di Cassazione, anch'essa a Sezioni Unite<sup>153</sup>, intervenuta a distanza di appena due mesi dalla sentenza in commento.

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

Anche in questo caso, la conclusione a cui le Sezioni Unite arrivano paiono esatte ed in linea con le ricostruzioni proposte in dottrina. Ciò che non convince di tale pronuncia è piuttosto il percorso argomentativo con cui la Corte giunge a ritenere (correttamente) che anche la semplice intimazione stragiudiziale sia idonea a interrompere il termine di prescrizione<sup>154</sup> di cui all'art. 1495 cod. civ. Per fare ciò, infatti, la Cassazione utilizza due ordini di motivazioni. Il primo (condivisibile) consiste nell'evidenziare come il terzo comma dell'art. 1495 cod. civ., nel riferirsi alla "azione" utilizza tale termine in senso atecnico, riferendosi pertanto ad essa per indicare il più generale diritto ad essere garantito dai vizi. In sostanza, il legislatore avrebbe fatto ricorso ad una *sineddoche*, riferendosi al "tutto" (in questo caso, la garanzia per vizi) mediante l'indicazione di una sua "parte" (una delle azioni edilizie): non sarebbe dunque l'azione giudiziale, bensì l'intera tutela contro i vizi ad essere oggetto di prescrizione annuale. Pertanto, al fine di interrompere il

---

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

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

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



termine di prescrizione, si dovrebbe non tanto agire in giudizio, bensì ci si potrebbe limitare a manifestare (mediante un atto stragiudiziale) la volontà di esercitare il proprio diritto ad essere garantiti dai vizi: risultato facilmente ottenibile ove fosse dimostrata l'applicabilità a questa fattispecie della generale norma posta dal quarto comma dell'art. 2943 cod. civ. in tema di interruzione della prescrizione. Se, infatti, "ogni atto che valga a costituire in mora" è idoneo a interrompere il termine prescrizionale, a tal fine sarebbe sufficiente un'intimazione per atto scritto. E ciò, si badi bene, non in quanto la garanzia per vizi costituisca un'obbligazione e sia pertanto necessario un atto di messa in mora ai sensi dell'articolo 1219 cod. civ., bensì in quanto la dottrina prevalente<sup>155</sup> è coerentemente incline ad interpretare il quarto comma dell'articolo 2943 cod. civ. in maniera estensiva, applicandolo anche a tutti i casi in cui, pur mancando una vera e propria obbligazione, vi sia un vincolo tra le parti che non sfoci in una vera e propria obbligazione. La garanzia per vizi, per come sopra descritta, infatti rappresenta un diritto contrattuale che giustifica un'immediata pretesa del venditore ad essere tutelato contro eventuali patologie del meccanismo sinallagmatico, senza che sia a tal fine necessario agire in giudizio<sup>156</sup>.

Diversamente da quanto appena esposto, le Sezioni Unite – nel secondo ordine di motivi a sostegno della propria conclusione – scelgono un percorso argomentativo molto più impervio, in quanto, pur richiamando la pronuncia del maggio scorso, in più punti della loro argomentazione qualificano la posizione del venditore nella garanzia per vizi come una «precisa obbligazione del venditore», respingendo la diversa lettura – invece accolta dalla precedente sentenza<sup>157</sup> – della «mera soggezione». Questa incoerenza terminologica e concettuale nasce dal consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude la possibilità di interrompere la prescrizione, relativamente ai diritti reali<sup>158</sup> o ai

---

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

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

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

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



diritti potestativi<sup>159</sup>, mediante un atto stragiudiziale di costituzione in mora, possibilità che sarebbe riservata ai soli titolari di diritti di credito. Applicando meccanicamente le suddette categorie al caso in esame, la Cassazione si trova di fronte ad una chiara alternativa: la qualifica della garanzia per vizi quale diritto di credito, infatti, porterebbe conseguentemente ad affermare l'applicabilità dell'art. 2943 comma 4 cod. civ. alla fattispecie in esame. Diversamente, ricomprendere la garanzia per vizi nella categoria dei diritti potestativi avrebbe quale logica conseguenza la necessità di un'azione giudiziale al fine di interrompere la prescrizione<sup>160</sup>. L'esigenza di compiere questa netta scelta manda in cortocircuito l'impianto argomentativo della sentenza e porta la Cassazione a richiamare più volte il concetto di obbligazione, cadendo così in contraddizione col precedente giurisprudenziale di appena due mesi prima.

L'errore compiuto dalla Suprema Corte è causato dall'appiattimento sui concetti di obbligazione e di diritto potestativo: nessuno dei due risulta infatti pienamente esaustivo al fine di dare una risposta al caso della prescrizione della tutela per vizi. La preesistenza di un vincolo *ex contractu* comporta la sussistenza di una pretesa attuale, e pertanto la possibilità di far valere nei confronti del venditore un diritto contrattuale alla corretta esecuzione della compravendita<sup>161</sup>. Se però da una parte tale vincolo non presenta tutti i caratteri propri del rapporto obbligatorio (come sopra approfonditamente argomentato), d'altra parte ricondurre la garanzia per vizi ad un mero potere attribuito al compratore snaturerebbe la tutela allo stesso assicurata<sup>162</sup>. Tale intuizione pare decisiva al fine di comprendere come imporre al compratore di agire giudizialmente, al fine di in-

---

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

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

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

<sup>161</sup> In tal senso, C.M. Bianca, *loc. cit.*

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

## JUS CIVILE



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

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

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



*TOMMASO AULETTA*

*Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Catania*

## **NATURA, ACQUISTI E AMMINISTRAZIONE DELLA COMUNIONE LEGALE: DIRITTO EFFETTIVO E RAGIONI DI AUSPICABILI MUTAMENTI\***

*SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Natura della comunione legale. – 3. Questioni riguardanti la composizione del patrimonio. – 4. Problematiche relative all'amministrazione.*

**1.** – In queste pagine intendo proporre qualche riflessione su alcune spinose questioni relative alla natura della comunione legale, alla composizione del patrimonio ed alla sua amministrazione, oggetto di soluzioni giurisprudenziali consolidate col trascorrere del tempo e pur tuttavia dense di interrogativi perché risolte, a mio parere, in maniera tutt'altro che convincente.

La scelta di queste tematiche può sembrare strana in quanto la comunione legale, viene per certi versi oggi considerato un istituto *demodé*, forse incamminato verso la progressiva ed inesorabile estinzione, data la frequente opzione da parte degli sposi a favore della separazione dei beni, in mancanza di robusti interventi volti a rivitalizzarlo o almeno a mantenerlo in vita, però ancora utile al fine di garantire la paritaria partecipazione di entrambi gli sposi alle ricchezze prodotte durante il matrimonio, come testimoniato dalle note problematiche al momento di determinare l'assegno divorzile ove il rapporto di coppia sia entrato in crisi.

Scelta non casuale perché trae spunto da un importante studio di Mario Segni, che onoriamo in questa giornata, dal titolo "Gli atti di straordinaria amministrazione del singolo coniuge sui beni della comunione"<sup>1</sup> pubblicato, a distanza di qualche anno dall'entrata in vigore della riforma del 1975 nel quale egli esamina le ragioni e le conseguenti implicazioni delle scelte del legislatore, compiute con riferimento alla disciplina dettata

---

<sup>1</sup> In *Riv. dir. civ.*, 1980, 598 ss.

# JUS CIVILE



dall'art. 184 cc., di non colpire con la “naturale” sanzione dell'inefficacia gli atti di disposizione sui beni comuni, stipulati in violazione della regola posta dall'art. 180 cc. (necessità dell'agire congiunto da parte dei coniugi ove essi configurino una gestione straordinaria del patrimonio), bensì con l'annullabilità dell'atto se relativo a beni immobili, quale effetto nei rapporti esterni; limitandosi invece a prevedere un obbligo di reintegrazione del patrimonio se esso riguarda beni mobili e l'eventuale risarcimento del danno a carico del coniuge che se ne è reso responsabile, senza peraltro sancirne la validità, effetto dai più dato per scontato, ivi compresa la giurisprudenza che più volte si è espressa in tal senso.

Soluzione certamente singolare ove si accolga la tesi, condivisa da Segni, – ma costantemente avversata negli anni successivi dalla giurisprudenza – secondo la quale i coniugi sono contitolari dei singoli beni di cui si compone il patrimonio comune, onde colui che ne dispone per l'intero senza la partecipazione dell'altro o in mancanza di autorizzazione, trasferisce in realtà una quota che non gli appartiene e ciò dovrebbe ripercuotersi sull'efficacia del trasferimento dell'intero bene, non essendo ciascun coniuge legittimato a disporre separatamente della propria quota in quanto cagionerebbe lo scioglimento della comunione su di esso, introducendo un'ipotesi di scioglimento parziale non prevista dalla legge, per evitare che l'altro coniuge sia costretto ad entrare in comunione con un terzo, soluzione che il legislatore tende a scongiurare, tenuto conto del fondamento e delle peculiarità della stessa.

Nel suo argomentare Segni ricostruisce la disciplina della pubblicità dei regimi coniugali e degli acquisti compiuti nel loro contesto, mettendo in luce il complesso intreccio tra la pubblicità affidata ai registri dello stato civile ed ai registri immobiliari, soffermandosi con particolare attenzione sull'infelice formulazione dell'art. 179, 2° comma per cercare di dipanare una complessa matassa che ancor oggi è oggetto di discussione. Proprio questi aspetti costituiranno oggetto delle riflessioni che seguiranno.

**2.** – Secondo opinione largamente prevalente la comunione degli acquisti vigente in Italia comporta una effettiva contitolarità degli sposi per quote uguali sui beni che vi entrano a farne parte, entrambi ne hanno l'amministrazione, rispondono dei debiti assunti, anche separatamente, a tal fine o per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia nonché per quelli contratti congiuntamente.

Trattasi comunque di una comunione *sui generis* non assimilabile a quella ordinaria perché dotata di una propria disciplina in virtù delle finalità perseguite (uguale parteci-

# JUS CIVILE



pazione alla ricchezza prodotta durante il matrimonio). Infatti comunisti sono solo i coniugi, le quote sono necessariamente uguali, non può essere sciolta per volontà unilaterale; particolari sono i criteri da adottare per differenziare gli atti di ordinaria da quelli di straordinaria amministrazione e la conseguente stipula, le regole sulla responsabilità debitoria. Peculiarità non incompatibili – come si dirà in seguito – con la ricostruzione della contitolarità costituita su ciascuno dei beni facente parte del patrimonio. Assunto dato per scontato nello scritto di Segni, ma posta invece in discussione otto anni dopo da una nota sentenza della Corte Costituzionale (311/1988), investita<sup>2</sup> della questione di costituzionalità dei rimedi menzionati dall'art. 184 cc. nel caso di alienazione di beni comuni da parte di un solo coniuge, però ritenuta infondata in base ad una singolare ricostruzione della struttura della comunione.

La Corte fonda la soluzione adottata partendo dalla considerazione che la ricostruzione dei caratteri di un istituto (nel nostro caso la comunione legale) non devono essere tratti da categorie precostituite (nella specie la comunione ordinaria) ma dalle norme che la regolano, in base alle quali la comunione legale sarebbe una comunione senza quote, onde i coniugi diverrebbero solidalmente titolari dei beni che la compongono. “La quota – si afferma – non è un elemento strutturale, ma ha solamente la funzione di stabilire la misura entro cui i beni possono essere aggrediti dai creditori particolari” (la metà) e la misura in cui allo scioglimento verrà ripartito l'attivo ed il passivo. “Ne consegue che nei rapporti con i terzi ciascun coniuge ha il potere di disporre dei beni della comunione” ed il richiesto consenso dell'altro coniuge “non costituisce un negozio autorizzatorio ma piuttosto rimuove un limite all'esercizio del potere ed integra un requisito di regolarità del procedimento”. L'annullabilità dell'atto non costituisce dunque una misura di minor tutela del coniuge pretermesso ma tutto il contrario, in quanto la mera irregolarità di un atto non ne comporta generalmente l'invalidità se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

In tal modo la Corte non solo intende superare la questione di cui era stata investita, ma, verosimilmente, suggerire anche le modalità della procedura da seguire nel caso in cui il creditore personale intenda agire sui beni della comunione appartenenti al coniuge esecutato. La Corte sembrerebbe dunque ritenere che sussiste pur sempre una quota appartenente a ciascun coniuge ma essa non riguarda i singoli beni bensì il patrimonio complessivo.

---

<sup>2</sup> Dall'ordinanza di Trib. Bari, 14 gennaio 1987 in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Famiglia* (regime patrimoniale) nn. 57-59.

# JUS CIVILE



Se così fosse occorrerebbe chiedersi però se le conseguenze dell'atto di disposizione previste dalla norma debbano applicarsi anche quando il bene alienato superi il valore della quota di patrimonio spettante al disponente. Infatti in tal caso rischierebbe di venire pregiudicato non solo l'interesse dell'altro coniuge a non essere privato della titolarità di beni che gli appartengono (e potrebbe avere interesse a mantenerne, almeno in parte, la titolarità) ma persino la quota complessiva intesa come valore, ove il disponente non fosse in grado di reintegrare quella dell'altro, pregiudizio nel quale verrebbero coinvolti, ben inteso, pure i suoi creditori. Tale limite non può essere infatti superato alla luce del disposto dell'art. 189.

Lascia molti dubbi poi la sostanziale svalutazione del consenso richiesto da parte di entrambi i coniugi, ricostruito quale mero limite all'esercizio di un potere di disposizione spettante a ciascuno piuttosto che come coelemento che concorre al processo di formazione della volontà sulla base della piena parità fra i coniugi configurante il potere dispositivo, non il solo esercizio.

La Corte fa ricorso nell'argomentare ad un antico istituto dell'antico diritto tedesco, la *Gemeinschaft zur gesamten Hand*, sostanzialmente sconosciuto al nostro ordinamento e controverso anche in Germania. Esso costituiva una organizzazione patrimoniale autonoma dei cui beni era titolare la famiglia, più precisamente la comunione familiare non i suoi componenti, né per l'intero né per la parte; assolveva alla funzione di salvaguardia ed incremento del patrimonio della famiglia, gestito dal marito, il quale non poteva però compiere alcun atto di disposizione senza il consenso della moglie; i debiti dei singoli coniugi divenivano propri della *gesammnte Hand*. Essa non si estingueva finché era in vita il matrimonio, onde non era ammesso lo scioglimento convenzionale, o per iniziativa dei creditori e neppure per morte, in quanto si perpetuava con la partecipazione dei figli e comunque non si trasmetteva secondo le regole del diritto ereditario. L'entità della quota spettante a ciascun coniuge non poteva comunque determinarsi anticipatamente ma solo al momento dello scioglimento.

L'accostamento della comunione coniugale (convenzionale) vigente sotto il codice del 1942 alla comunione a mani unite aveva avuto modesto seguito in Italia, e sembrava definitivamente accantonata sulla base delle approfondite critiche contenute in una nota monografia del Messineo<sup>3</sup>, il quale ne aveva messo in luce le evidenti differenze, accresciutesi ulteriormente ai nostri giorni alla luce dei caratteri che contraddistinguono la comunione legale vigente.

---

<sup>3</sup> F. MESSINEO, *La natura giuridica della comunione legale*, Roma, 1920.



L'illustre autore affermava, già allora in maniera *tranchant*, che la tesi “non può affacciar pretese di attendibilità di fronte al diritto italiano” (p. 57) in quanto “sono posti a contatto due termini (cioè comunione coniugale e *gesammnte Hand*) dei quali l'uno è definito, preciso, rigoroso, e l'altro è qualcosa di pieghevole di fluttuante, di non svolto in un determinato e univoco senso” (p. 50).

Le caratteristiche della comunione a mani unite brevemente riassunte sono decisamente inconciliabili con l'attuale comunione legale. È infatti del tutto superata la concezione della famiglia quale soggetto autonomo e della comunione legale come patrimonio destinato al soddisfacimento dei suoi bisogni, il quale costituisce invece strumento volto a pareggiarne le fortune individuali. L'amministrazione si fonda ormai su principi rigorosamente paritari, in certi casi è ammissibile l'alienazione di singoli beni da parte di un coniuge e l'aggressione, ma solo della quota su di essi, da parte dei creditori personali, in contrasto con la concezione di un patrimonio distinto da quello dei coniugi e della responsabilità illimitata per i loro debiti. Ne è ammesso lo scioglimento convenzionale o per iniziativa dei creditori in seguito al fallimento dell'imprenditore. Mentre l'indisponibilità della quota nel suo complesso o sui singoli beni non dipende dalla sua assenza, ma dal fatto che è ammesso lo scioglimento della comunione solo nelle ipotesi previste dalla legge. C'è da aggiungere che alla quota – a dispetto di quanto affermato dalla Corte costituzionale – numerose norme sulla comunione legale fanno riferimento, palesandone l'esistenza: ad es., nel sancirne anticipatamente l'uguaglianza ai fini della ripartizione dell'attivo e del passivo al momento della divisione e nel disporre l'inderogabilità, nel determinare la misura entro la quale i creditori personali possono agire su di essa per il loro soddisfacimento.

Nonostante le numerose critiche mosse dalla dottrina, la ricostruzione tracciata dalla Corte costituzionale è oggi costantemente seguita dalla Corte di Cassazione e costituisce *leit motiv*<sup>4</sup>, che troverebbe fondamento nella funzione della comunione di tutelare la famiglia e non la proprietà individuale dei coniugi<sup>5</sup>; essa viene richiamata per fondare poi soluzioni che risultano scarsamente persuasive proprio per l'erroneità del presupposto su cui si fondano.

Intendo fare riferimento in particolare alla soluzione adottata in tema di esecuzione da parte dei creditori personali sulla quota di comunione spettante al coniuge debitore. È

---

<sup>4</sup>Cfr. Cass. S.U., 24 agosto 2007, n. 17952, in *Fam. e dir.*, 2008, 681; Cass., 11 giugno 2010, n. 14093; Cass. 8 luglio 2010, n. 16149; e tra le più recenti Cass., 6 marzo 2019, n. 6459; Cass., 14 marzo 2013, n. 6575, *Guida al dir.*, 2013, 15, 28; Cass., 24 luglio 2012, n. 12923; Cass., 25 ottobre 2011, n. 22982.

<sup>5</sup>Cass., 9 ottobre 2007, n. 21098, in *Fam. e dir.*, 2008, 5; Cass., 12 gennaio 2011, n. 517.



ormai consolidata in giurisprudenza infatti la tesi secondo la quale i creditori possono aggredire beni per l'intero, nei limiti del valore della quota spettante al debitore<sup>6</sup>. Soluzione a loro favorevole per evidenti ragioni: possono scegliere i beni più facilmente alienabili all'incanto, non subiscono il deprezzamento derivante dall'alienazione di un bene in comproprietà, spettante all'altro coniuge, su quest'ultimo graverebbe l'onere di agire per evitare che i limiti della quota espropriabile venga superato costringendolo in un certo senso, per scongiurare tale rischio, a chiedere lo scioglimento della comunione. La gravità delle conseguenze appare evidente sol che si consideri che il coniuge perderebbe la titolarità di beni che potrebbero essere estremamente importanti per la famiglia, particolarmente cari o acquistati per sua iniziativa e con l'impiego di risorse da lui provenienti. Le proposte avanzate per scongiurare tali effetti o limitarli appaiono peraltro poco convincenti o del tutto inadeguate pur non essendo possibile darne conto per i limiti che il presente contributo impone.

Tutto ciò in assenza di precisi riscontri normativi su cui fondare tale singolare modalità di esecuzione, invece di quella generale relativa all'espropriazione della quota ex art. 599 cpc. Non decisiva a sostegno della soluzione criticata sembra infatti la previsione dell'art. 192,2° comma cc. secondo la quale il coniuge esecutato è tenuto a rimborsare alla comunione il valore dei beni su cui si sono soddisfatti i creditori personali. Obbligazione priva di fondamento ove fosse sottoposta ad esecuzione solo la quota dei beni a lui spettante in quanto l'altro non subirebbe alcun depauperamento, perché conserverebbe la titolarità della quota di sua pertinenza.

Ma la previsione non appare contraddittoria ove si ritenesse – come a me sembra – che questa norma vada applicata solo all'ipotesi in cui il coniuge non abbia fatto opposizione all'azione esecutiva dei creditori o addirittura abbia acconsentito all'espropriazione dell'intero bene, al fine di facilitarne la vendita e la conseguente estinzione del debito. Nulla impedisce infatti che il coniuge comproprietario anteponga al proprio, l'interesse dell'altro coniuge o della famiglia, per facilitare la risoluzione della situazione debitoria. È proprio in questi casi che l'obbligazione di rimborso trova allora pieno fondamento.

Ostacolo a detta soluzione non può riscontrarsi neppure negli effetti che si produrrebbero in seguito all'esecuzione ove limitata alla quota, con conseguente scioglimento della comunione sul bene aggredito. Effetto ineludibile<sup>7</sup> ove si voglia evitare che la quota rimasta in comunione possa essere aggredita con successive procedure dai creditori rimasti in-

---

<sup>6</sup> Cass., 14 marzo 2013, n. 6575, in *Guida al dir.*, 2013, 15, 28; Cass. SU, 4 agosto 1998, n. 7640.

<sup>7</sup> Espressamente previsto ad es., dalla normativa spagnola (art. 1373).



soddisfatti o il cui diritto sia sorto successivamente e continui ad essere amministrata da colui che non ne avrebbe più diritto. Infatti anche a considerarsi precluso lo scioglimento parziale della comunione su iniziativa dei coniugi (soluzione peraltro tutt'altro che certa) esso non scaturirebbe, nel caso in esame, da una decisione dei coniugi ma dall'azione dei creditori personali, sulla base dell'art. 189 cc. Il pregiudizio che il coniuge del debitore verrebbe a patire in seguito all'espropriazione della quota dell'altro per l'ingresso in comunione di un estraneo appare decisamente inferiore rispetto alla perdita del bene per intero e comunque – come si è detto – sarebbe sempre nella facoltà del contitolare consentire l'esecuzione sull'intero bene ove non volesse entrare in comunione con un estraneo.

Occorre infine rilevare che, a dispetto del frequente richiamo alla proprietà solidale, la giurisprudenza adotta in alcune circostanze soluzioni con essa non pienamente compatibili: ad es., quando nega la possibile contitolarità dei diritti di credito, per ammetterla – come si dirà tra breve – solo per i c.d. “investimenti” “suscettibili di assumere un valore di scambio”<sup>8</sup> o per negare che, in carenza di specifico titolo di costituzione di usufrutto in comunione legale se ne debba presumere la titolarità disgiunta<sup>9</sup>, escludendo il diritto all'intera prestazione a favore del coniuge superstite, tipico della comunione a mani unite, conseguenza coerente solo con una ricostruzione di comproprietà per quote distinte a favore di ciascun coniuge, una sola delle quali è sensibile alla vicenda sopravvenuta (la morte) con conseguente estinzione, fatta salva una diversa previsione.

**3.** – Riguardo all'oggetto della comunione, si è detto che l'articolo di Segni si sofferma su alcune questioni relative agli acquisti personali compiuti ai sensi dell'art. 179, 2° comma relativi a beni immobili esclusi dalla comunione in quanto destinati ad uso strettamente personale, all'esercizio della professione ed a quelli conseguiti mediante impiego del prezzo di trasferimento o lo scambio dei beni elencati alle lettere c), d) ed f). Come accennato, trattasi di una delle norme più oscure tra quelle riguardanti il regime legale – e non a caso oggetto di numerose pronunzie giurisprudenziali – per l'approssimazione con cui è formulata.

Molteplici gli interrogativi che si pongono: quale sia la ragione di tale intervento da parte del coniuge non acquirente; se la partecipazione sia necessaria al fine di consentire l'acquisto personale o possa farsene anche a meno; se egli debba rendere necessariamente una dichiarazione ed il relativo contenuto, nonché quale ne sia la natura; se ne sia

---

<sup>8</sup> Ad es., i titoli obbligazionari: Cass., 9 ottobre 2007, n. 21098, cit.; Cass., 15 gennaio 2009, n. 799, in *Fam. e dir.*, 2009, 571; Cass., 15 giugno 2012, n. 9845, *ivi*, 2013, 5.

<sup>9</sup> Cass., 28 dicembre 2018, n. 33546.



ammessa l'impugnazione in un successivo giudizio; se le soluzioni adottate vadano riferite in maniera uniforme a tutte e tre le ipotesi contemplate dalla legge o se debbano diversificarsi, almeno per certi aspetti; se sia ammessa surrogazione anche quando l'acquisto avviene con denaro personale.

Su di un punto vi è convergenza quasi unanime di vedute: l'applicazione della norma non è limitata – come pur adombrato da una dottrina minoritaria<sup>10</sup> – alle particolari ipotesi in cui i coniugi compiono un acquisto congiunto di un bene che intendono sottrarre alla comunione legale sottoponendolo, per loro motivazioni, alla comunione ordinaria. Il tenore della norma ipotizza infatti un ruolo diverso per i due coniugi: uno stipula l'atto, l'altro vi è presente. Procedura limitata agli acquisti personali di immobili e mobili registrati ai sensi delle lettere c), d) ed f).

Rispondendo al primo interrogativo, il fine della norma è da cogliersi, plausibilmente, nell'esigenza di tutelare più intensamente il coniuge dell'acquirente, data la ricorrente maggiore importanza dell'affare riguardante gli immobili ed i mobili registrati, così permettendogli di interloquire ed avanzare obiezioni *ex ante* circa la sussistenza dei presupposti richiesti per l'acquisto personale. Rilevanza assume anche la disciplina pubblicitaria alla quale esso è sottoposto.

Riguardo agli altri interrogativi la Cassazione, dopo molte incertezze iniziali palesate da mutamenti di indirizzo, prospetta un quadro di soluzioni ormai consolidato ma non per questo del tutto condivisibile. Riguardo alla dichiarazione del coniuge acquirente per surrogazione, prevista dall'art. 179 lett. f) con riferimento ai beni mobili, vi individua la funzione di rendere più agevole il controllo da parte degli interessati riguardo alla effettiva provenienza delle risorse impiegate dal patrimonio personale<sup>11</sup>, ivi condivisibilmente ricompreso il denaro<sup>12</sup>, essendo incomprensibilmente discriminatoria una soluzione volta a limitarne gli effetti all'impiego solo del corrispettivo proveniente dall'alienazione di beni personali<sup>13</sup>.

Tale soluzione difficilmente potrebbe applicarsi riguardo all'acquisto di un bene im-

---

<sup>10</sup> G. CIAN-A. VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 400 s. e ancor prima, G. CIAN, *Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia*, *ivi*, 1976, I, 44.

<sup>11</sup> Cass., 9 novembre 2012, n. 19454, in *Fam. e dir.*, 2013, 335; Cass., 5 maggio 2010, n. 10855, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1197, con nota di Costa; Cass., 25 settembre 2008, n. 10855: V. anche citaz. alle due note successive.

<sup>12</sup> Cass., 5 maggio 2010, n. 10855, cit.; Cass., 18 agosto 1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 551, con nota di Regine.

<sup>13</sup> Come invece affermato da Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, cit. Mentre Cass., 24 ottobre 2018, n. 26981, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 217, ritiene indispensabile la tracciabilità del denaro.



mobile o mobile registrato perché, secondo la giurisprudenza, l'autore dell'atto deve indicare puntualmente le risorse impiegate, non limitandosi ad un generico utilizzo di denaro personale<sup>14</sup> per consentire all'altro coniuge, se presenza all'atto, di compiere gli adeguati controlli e formulare eventuali rilievi.

Apposita dichiarazione è prevista anche per esplicitare l'intenzione di destinare ad uso personale o professionale il bene in fase di acquisto, alla quale deve poi seguire, in tempi ragionevoli, l'effettiva destinazione allo scopo.

Occorre inoltre il riconoscimento circa la legittimità dell'operazione da parte del coniuge dell'acquirente e dunque – sempre secondo la giurisprudenza – è richiesta anche una sua apposita dichiarazione<sup>15</sup>. La partecipazione di quest'ultimo all'atto risulterebbe dunque necessaria<sup>16</sup>, onde nel caso di rifiuto ad intervenire, di mancato assenso o addirittura di contestazione dei presupposti per l'acquisto personale il coniuge interessato alla stipula dell'atto dovrebbe intanto soprassedere ed iniziare un giudizio di accertamento volto alla verifica dei presupposti che lo legittimano, per evitare che il bene cada altrimenti irrimediabilmente in comunione<sup>17</sup>.

Tale dichiarazione, secondo la Cassazione, ha natura ricognitiva e più precisamente confessoria<sup>18</sup>, con riferimento agli acquisti per surrogazione, ma non anche per quelli relativi a beni di uso personale o professionale<sup>19</sup>, in quanto non sarebbe possibile confessare un fatto la cui esistenza deve verificarsi in futuro (l'effettiva destinazione del bene) da considerare mera dichiarazione di intenti dall'altro condivisa (ma si riscontra anche qualche pronuncia di segno contrario<sup>20</sup>).

---

<sup>14</sup>Cass., 12 marzo 2019, n. 7027, cit.; Cass., 14 novembre 2018, n. 29342, cit.; Cass., 24 ottobre 2018, n. 26981, cit.; Cass., 14 maggio 2018, n. 11688, cit.; Cass., 4 agosto 2010, n. 18114, cit.

<sup>15</sup>Cass., 14 novembre 2018, n. 29342; Cass., 14 maggio 2018, n. 11688; Cass., 12 marzo 2019, n. 7027, cit.; Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Vita not.*, 2003, 676, con nota di Giuliani, nella quale si precisa che la causa di esclusione deve risultare dall'atto. In senso contrario Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, in *Riv. notar.*, 1995, 233, con nota di Marasco.

<sup>16</sup>Cass., 4 agosto 2010, n. 18114, in *Fam. e dir.*, 2011, 475 con nota di Farolfi; Cass., 14 maggio 2018, n. 11688, cit.; Cass., 24 ottobre 2018, n. 26981, cit.; Cass., 12 marzo 2019, n. 7027, cit.

<sup>17</sup>Cass. S.U., 28 ottobre 2009, n. 22755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 249, con nota di Mazzariol, e in *Corr. giur.*, 2010, 1209, con nota di Farolfi; Cass., 25 ottobre 1996, n. 9307, in *Giust. civ.*, 1997, 2887.

<sup>18</sup>Cass., 24 ottobre 2018, n. 26981, cit.; Cass., 18 novembre 2016, n. 23565; Cass., 17 luglio 2012, n. 12197; Cass. S.U., 28 ottobre 2009, n. 22755, cit.; Cass., 6 marzo 2008, n. 6120, in *Fam. e dir.*, 2008, 876, con nota di Paladini; Cass., 19 febbraio 2000, in *Giust. civ.*, 2000, 1365.

<sup>19</sup>Cass., 14 novembre 2018, n. 29342, cit.; Cass. S.U., 28 ottobre 2009, n. 22755, cit. Diversamente, per la natura ricognitiva, senza distinguere fra le diverse ipotesi, si era pronunciata in un primo tempo la Cassazione (ad es., 24 settembre 2004, n. 19250, in *Fam. e dir.*, 2005, 12, con nota di Bolondi).

<sup>20</sup>Cass., 10 febbraio 2016, n. 2642, in *Fam. e dir.*, 2017, 244 con nota di Paladini.



Il coniuge intervenuto può contestare successivamente all'atto la fondatezza delle ragioni su cui si basa l'assenso manifestato in precedenza, senza limiti circa la prova di cui è gravato, ove intenda dimostrare che il bene non ha avuto la destinazione personale o professionale annunciata, o di cui i coniugi erano consapevoli fin dall'inizio, mentre può impugnare l'atto solo per violenza od errore di fatto nel caso di acquisti compiuti ai sensi della lett. f), sempre che le risorse impiegate non vengano indicate in modo generico<sup>21</sup> proprio in virtù della natura confessoria della dichiarazione innanzi menzionata.

Non in linea con la natura indicata è l'affermazione di una famosa decisione con la quale si nega l'ammissibilità del c.d. rifiuto del coacquisto, nella quale si sostiene che in ogni caso (dunque anche se mancano i presupposti per la surrogazione) il coniuge dell'acquirente può contestare successivamente la personalità dell'acquisto quantunque consapevole, fin dalla stipulazione del contratto, che le risorse impiegate non erano personali<sup>22</sup>.

Difforme in alcuni punti rispetto al quadro enunciato è la ricostruzione proposta da Segni: innanzitutto a proposito della dichiarazione dell'acquirente per surrogazione, in quanto egli vi attribuisce anche natura negoziale, volta ad esprimere cioè l'intento di escludere il bene dalla comunione. Ricostruzione a mio avviso pienamente condivisibile<sup>23</sup> non potendosi ritenere a lui precluso fare entrare i nuovi beni in comunione, provocando l'accrescimento di quel patrimonio (soluzione da applicare anche per gli acquisti di beni mobili non registrati). Ciò non significa peraltro escludere anche la funzione di collegamento tra acquisto e risorse impiegate con conseguente necessità di una puntuale indicazione della loro provenienza<sup>24</sup>.

Tale decisione non può essere assunta in un momento successivo alla stipula dell'atto di acquisto, come chiaramente espresso dall'art. 179 lett. f) ma, a mio parere, neppure ove l'acquisto riguardi un bene di uso personale o professionale il quale diviene pertanto irrimediabilmente comune.

---

<sup>21</sup> Cass., 12 marzo 2019, n. 7027, cit.; Cass. S.U., 28 ottobre 2009, n. 22755, cit.; Cass., 24 ottobre 2018, n. 26981, cit.; Cass., 4 agosto 2010, n. 18114, cit.

<sup>22</sup> Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, cit.; Cass., 19 ottobre 2017, n. 24719, in quanto altrimenti l'esclusione potrebbe avvenire in mancanza dei presupposti previsti dalla legge, riconoscendole natura negoziale, che invece, a giudizio della Corte, deve negarsi.

<sup>23</sup> Condivide la nostra opinione M. PALADINI, *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, (artt. 74-230), Milano<sup>2</sup>, 2018, 1365.

<sup>24</sup> V. in tal senso ad es., M. PALADINI, *op. cit.*, 1360 ss. In Francia tale dichiarazione è considerata necessaria per potere opporre l'acquisto nei confronti dei terzi mentre per l'esclusione nei rapporti interni è sufficiente un accordo dei coniugi anche successivo all'acquisto (art. 1434 cc.).

# JUS CIVILE



Diverso è il pensiero di Segni su quest'ultimo punto; egli ritiene infatti che alla mancata dichiarazione possa ovviarsi mediante un accertamento giudiziale successivo riguardante l'effettiva destinazione del bene ad uso personale o professionale, soluzione che troverebbe fondamento, nel fatto che, alla luce del dettato dell'art. 210 cc., non è mai consentito mettere in comunione beni di uso strettamente personale o per l'esercizio della professione, onde l'ingresso in comunione è sottratto all'autonomia privata, divieto che verrebbe disatteso ove l'acquirente non potesse fare valere in un momento successivo la natura personale del bene che ha ricevuto la suddetta destinazione.

Sarei propenso tuttavia a privilegiare un'interpretazione meno rigida di quella proposta dall'autore, in quanto ritengo che il divieto di ingresso in comunione dei beni di uso personale o professionale, enunciato dalla norma, riguardi la categoria nel suo insieme ma non anche singoli beni, soprattutto se carenti di univoca caratterizzazione. Peraltro in numerosi ordinamenti stranieri i beni di uso professionale sono inclusi nella comunione<sup>25</sup> e tutt'al più la destinazione può rilevare al momento della divisione, per privilegiarne l'inclusione nella quota spettante al coniuge che l'utilizza.

Soluzione di certo più flessibile tenuto anche conto che detta esclusione costituisce un formidabile *escamotage* per sottrarre beni alla comunione, essendo possibile acquistarli con beni comuni di residuo rispetto al cui utilizzo l'altro coniuge può difficilmente interloquire o esigere un contraccambio<sup>26</sup> sia pur in chiave di ingiustificato arricchimento (salvo il caso di impiego non autorizzato di denaro comune).

Riguardo alla partecipazione all'atto da parte del coniuge dell'acquirente, Segni ne esclude la necessità da un punto di vista sostanziale, esigendola più che altro a fini pubblicitari, cioè onde renderne possibile l'immediata trascrizione come bene personale, alla cui mancanza può comunque successivamente ovviarsi mediante un giudizio di accertamento.

Tale sottolineatura è certamente meritevole di considerazione mentre non del tutto condivisibili mi sembrano le soluzioni proposte dalla giurisprudenza. Ritengo invece più soddisfacente prospettare il seguente riassuntivo, delle diverse situazioni ipotizzabili:

L'intervento del coniuge dell'acquirente non risulta indispensabile per l'esclusione del bene dalla comunione perché, ove ne ricorrano i presupposti, non può essere impedito all'altro l'esercizio del diritto di fare propri i beni che gli spettano. È decisamente da

---

<sup>25</sup> Così ad es. in Portogallo (il quale prevede l'ingresso in comunione persino dei beni di uso personale), nella Repubblica Ceca, in Svizzera nella quale l'esclusione dalla comunione dei beni professionali può realizzarsi mediante apposita pattuizione.

<sup>26</sup> La cui possibile liquidazione è prevista invece dall'art. 1404, 2° comma code civil francese.



scartare pertanto la soluzione giurisprudenziale che ritiene indispensabile a fini sostanziali la partecipazione all'atto dell'altro coniuge; la sua mancanza o il dissenso manifestato, assumono rilevanza principalmente sotto il profilo pubblicitario. Il notaio pertanto non può rifiutarsi di rogare l'atto di trasferimento ma deve menzionare quanto accaduto in sua presenza, mentre la trascrizione a favore dell'acquirente, non configurandosi i presupposti richiesti dall'art. 179, 2° comma, per l'acquisto personale, dovrà intanto considerarsi in comunione legale, fatto salvo poi un successivo giudizio di accertamento della sua effettiva appartenenza al patrimonio personale, su iniziativa del coniuge interessato a farla valere senza limiti di prova, col conseguente adeguamento sotto il profilo pubblicitario.

Vi è chi ha osservato in contrario che se la partecipazione dell'altro coniuge all'atto non si considera necessaria non dovrebbe incidere neppure sotto il profilo pubblicitario, impedendo l'immediata trascrizione dell'acquisto come personale<sup>27</sup>, ma se così fosse l'intervento richiesto dall'art. 179, 2° comma si rivelerebbe del tutto inutile in quanto priverebbe di qualsiasi tutela preventiva il coniuge dell'acquirente in contrasto con la funzione su cui si fonda alla luce della *ratio normativa*, consentendo all'unico intestatario di disporre validamente del bene ed ai suoi creditori di pignorarlo anche se i presupposti per l'acquisto personale risultassero successivamente infondati.

Ai fini pubblicitari e sostanziali, il 2° comma dell'art. 179 sembra accontentarsi della presenza dell'altro coniuge per consentire l'acquisto personale; infatti se *ratio* della norma è quella di metterlo in condizione di fare valere ragioni contrarie mi sembra che il fine venga realizzato anche dalla mera sua presenza, senza sollevare obiezioni od anche in seguito ad una generica dichiarazione con la quale egli non si opponga all'acquisto personale, non essendo in condizione di compiere una valutazione contraria (ad es., circa la provenienza delle risorse utilizzate nell'acquisto per surrogazione o la sussistenza di un'esigenza nell'impiego personale o professionale). Fermo restando che in un successivo giudizio egli potrà contestare l'esistenza dei presupposti che, apparentemente, lo legittimavano; a lui spetterà, secondo le regole generali, provare la loro assenza.

È possibile infine che il coniuge intervenuto renda una dichiarazione nella quale affermi la presenza dei presupposti per l'acquisto personale. Essa costituisce negozio di accertamento il cui fondamento potrà essere posto in discussione in un secondo momento dimostrandone la non rispondenza alla realtà, senza peraltro che si applichino i limiti previsti per la confessione, in quanto la sua dichiarazione non può considerarsi tale e non

---

<sup>27</sup>G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, Milano, 2010, 1088 ss.



solo nel caso di acquisti di beni ad uso personale o professionale. La dichiarazione costituisce negozio unilaterale di mero accertamento anche in queste due ipotesi, in quanto il coniuge tende ad affermare che l'esclusione dell'acquisto dalla comunione legale risulta conforme all'indirizzo di vita concordato, fatta salva ovviamente la successiva verifica circa l'effettivo impiego del bene al suo scopo. La medesima natura si riscontra anche nel caso di acquisti ai sensi della lettera f); come è stato puntualmente osservato da autorevole dottrina, infatti, l'impiego di risorse personali da parte dell'acquirente generalmente "non è un fatto sfavorevole che rientra nella diretta esperienza del coniuge estraneo all'acquisto"<sup>28</sup> e non può quindi considerarsi confessione, con i conseguenti limiti di prova volti a contestarne il fondamento.

L'accertamento della natura personale o comune del bene in difformità di quanto precedentemente stabilito al momento dell'acquisto costituisce titolo per l'adeguamento della sua titolarità anche dal punto di vista pubblicitario. Resteranno salvi tuttavia gli acquisti compiuti dai terzi, *medio tempore*, ove trascritti prima della domanda di accertamento<sup>29</sup> come beni personali invece che come beni comuni.

Un ulteriore importante passaggio nella trattazione di Segni è dedicato al mutamento successivo intervenuto nel tempo che comporti la cessazione nell'utilizzazione del bene (ai sensi delle lett. c) e d) dell'art. 279). Secondo l'autore il bene entra nella comunione, non sussistendo più le ragioni della sua esclusione. Soluzione che ritengo condivisibile anche per le ragioni in precedenza rilevate circa la potenzialità che dette categorie di beni hanno di sottrarre risorse alla comunione: tenuto conto che il denaro impiegato è destinato in futuro a cadere in comunione in quanto proveniente dall'attività di lavoro o costituisce frutto di bene personale, a maggior ragione se proviene dalla comunione e l'altro coniuge ne abbia autorizzato l'impiego, non sussistendo in entrambe le ipotesi alcun obbligo di rimborso.

Questa mi sembra dunque la soluzione più appropriata per risolvere il conflitto di interessi fra i coniugi pur nella consapevolezza delle numerose difficoltà ed obiezioni a cui essa si espone soprattutto, ma non solo, riguardo ai rapporti nei confronti dei terzi. Si osserva infatti che la legge non prevede nulla di simile; che non sussiste ragione per impedirne la vendita al fine di acquistare altro bene per surrogazione, impiegandone il ricavato; si evidenzia inoltre la difficoltà di stabilire quando il bene ha cessato definitivamente dal suo impiego rispetto al caso in cui l'uso è solo momentaneamente sospeso; essendo

---

<sup>28</sup>C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, Milano<sup>6</sup>, 2017, 105.

<sup>29</sup>Cass. S.U., 28 ottobre 2009, n. 22755, cit.



incerte le modalità da adottare mediante le quali rendere edotti i terzi di tale cessazione. Rilievi non privi di fondamento ma che non mi sembrano insuperabili, pur non essendo possibile argomentare al riguardo per i limiti del presente contributo. Mi limito a rilevare che se *ratio* dell'esclusione del bene dalla comunione è la tutela della libertà personale o professionale tale finalità viene meno ove il bene abbia cessato dalla sua destinazione senza che risponda ad un apprezzabile interesse l'incremento del patrimonio personale.

Un'ultima considerazione in tema di rifiuto del coacquisto. Anche su questo punto la giurisprudenza della Cassazione non è unanime, essendosi espressa a volte in senso favorevole a volte in senso contrario. In un primo tempo infatti ha prevalso un indirizzo più libertario che ne sosteneva l'ammissibilità<sup>30</sup> sulla base del noto principio *nemo invitus locupletari potest* e dunque circa l'ammissibilità di un accordo, da inquadrare nel legittimo esercizio dell'autonomia privata, col quale i coniugi convengono la possibilità di un acquisto personale mediante atto pubblico, quantunque non ricorra nessuna delle cause previste dall'art. 179. Nel 2003 la Cassazione<sup>31</sup> ha notoriamente mutato indirizzo, adducendo una serie di ragioni tutt'altro che convincenti: *a)* la comunione legale assolverebbe ad una funzione di natura pubblicistica, quindi inderogabile, essendo volta al soddisfacimento dei bisogni della famiglia; *b)* si altererebbe altrimenti il principio (inderogabile) di parità delle quote, sancito dall'art. 210 cc.; *c)* poiché i coniugi hanno scelto la comunione legale come regime familiare devono accettarne tutte le implicazioni, ivi compresa quella che disciplina l'acquisto dei beni; *d)* la legge non contempla il rifiuto del coacquisto; *e)* la dichiarazione del coniuge intervenuto non ha natura negoziale.

Il contrasto sorto nell'ambito della Cassazione ha portato<sup>32</sup> ad una pronunzia delle Sezioni Unite (28.10.2009 n. 22755) le quali si sono espresse in senso negativo all'ammissibilità del rifiuto, negando la natura negoziale della dichiarazione del coniuge non acquirente, pur precisando che la facoltà di esercitarlo *potrebbe essere riconosciuta ai coniugi per ragioni sistematiche, indipendentemente da un'espressa previsione legislativa*<sup>33</sup>.

Come anticipato nessuna delle ragioni addotte a fondamento della tesi negativa mi sembra così convincente da legittimare una limitazione tanto drastica dell'autonomia privata, prevalentemente fondata su una presunta funzione pubblicistica della comunione

---

<sup>30</sup> Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1997.

<sup>31</sup> Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, cit.

<sup>32</sup> In seguito a rinvio compiuto da Cass., 30 dicembre 2008, n. 30416, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 714.

<sup>33</sup> Analogamente, Cass., 24 ottobre 2018, n. 26981, cit.



legale del tutto priva di riscontri. Infatti la derogabilità del regime costituisce la negazione della presunta funzione pubblicistica, così come il principio di parità delle quote tende ad evitare che i coniugi possano adottare regole programmatiche volte a favorire un coniuge nei confronti dell'altro (es., che un coniuge abbia diritto ad una quota maggiore di beni rispetto all'altro oppure che partecipi alla divisione in misura maggiore) e non ad impedire che l'altro coniuge sia costretto ad un acquisto a cui non ha interesse o riguardo al quale sussistano comunque, a suo parere, ragioni per favorire il coniuge acquirente. C'è da aggiungere che negare l'ammissibilità del rifiuto, per tutelare più efficacemente il coniuge che intendesse esercitarlo, rischierebbe di ritorcersi paradossalmente nei confronti di colui che intendesse fondamentale mantenersi aperta tale possibilità inducendolo a sfuggire del tutto alla comunione legale, optando per la separazione dei beni (sia pure dovendo ottenere il consenso dell'altro coniuge). Peraltro il medesimo obiettivo che si intende rigorosamente impedire potrebbe per lo più ugualmente raggiungersi mediante uno scioglimento parziale della comunione e rinuncia successiva a favore dell'altro alla propria quota di comunione sul bene che non intende conseguire.

In tema di composizione del patrimonio comune molto discutibili sono anche altre soluzioni, pur consolidate nelle pronunce della Cassazione<sup>34</sup>(che mi limito solamente a ricordare) volte ad introdurre limitazioni non espressamente previste dalla legge in danno del coniuge non acquirente: in particolare quella che esclude dalla comunione l'immobile, non adibito ad uso personale, costruito sul terreno di esclusiva proprietà di un coniuge, solo a considerare che in tal modo gli si consente in congruente di accrescere il proprio patrimonio utilizzando risorse che sarebbero destinate a cadere in comunione (quando la costruzione viene realizzata con l'impiego di proventi dell'attività separata o dei frutti di beni personali) senza che nella maggior parte dei casi trovi alcun fondamento un eventuale diritto di credito al rimborso di alcunché a favore dell'altro (fatto salvo il caso di utilizzo di risorse della comunione).

Analogamente è a dirsi per l'esclusione dalla comunione dei diritti di credito (in particolare del preliminare d'acquisto stipulato separatamente<sup>35</sup>), soluzione generale solo in parte attenuata dal diverso più recente orientamento il quale ammette l'ingresso in co-

---

<sup>34</sup> V. da ultimo Cass., 29 ottobre 2018, n. 27412.

<sup>35</sup> V. *ex pluribus*, Cass. 3 giugno 2016, n. 11504, in *Notariato* 2016, 363; Cass., 24 gennaio 2008, n. 1548, in *Contratti*, 2008, 1014; Cass., 14 novembre 2003, n. 17216, in *Vita not.*, 2004, 279; Cass., 4 maggio 2003, n. 3185, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2832; Cass., 22 settembre 2000, n. 12554; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1363, in *Vita not.*, 2000, 162; Cass., 27 gennaio 1995, n. 987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 869; Cass., 9 luglio 1994, n. 6493, in *Giust. civ.*, 1995, I, 455; Cass., 11 settembre 1991, n. 9513, in *Dir. e giur.*, 1992, 925.



munione dei c.d. “investimenti” (titoli obbligazionari<sup>36</sup>, fondi di investimento<sup>37</sup> e simili), mediante un’acrobazia interpretativa fondata sul fatto che i medesimi si traducono in una *res*, escludendo nel contempo che essi possono rappresentare una forma di accantonamento del denaro per la ragione che non viene garantita la restituzione del capitale impiegato<sup>38</sup>. In realtà i titoli di credito, ivi compreso il preliminare d’acquisto comportano un incremento patrimoniale che va riconosciuto anche all’altro coniuge ove non sussistano i presupposti per un acquisto personale.

Ed anche l’esclusione dalla comunione immediata dei proventi dell’attività di lavoro – quantunque comprensibile ma non in linea con quanto stabilito dalla maggior parte degli ordinamenti europei<sup>39</sup> – pone problemi riguardo all’individuazione dell’impiego che può considerarsi “consumo” e gli effetti che ne derivano, se avvenuto in frode all’altro coniuge<sup>40</sup>.

**4.** – Con riferimento alle problematiche relative all’amministrazione del patrimonio comune costituisce approdo, ormai prevalentemente condiviso, che le norme ad essa dedicate (artt. 180-185 cc.) trovino applicazione solamente riguardo alla gestione di beni già comuni o per l’assunzione di obbligazioni sorte a tale fine, nonché per quelle volte al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, non anche delle obbligazioni che sorgono per acquistare i beni destinati a rientrarvi<sup>41</sup>. In tal senso depone il dettato dell’art. 177 cc. il quale considera comuni anche i beni acquistati separatamente da ciascun coniuge<sup>42</sup> senza che l’altro debba prestare alcun consenso o tantomeno concorrere alla conclusione del contratto di acquisto, quantunque il bene sia di rilevante valore, eccezion fatta naturalmente per le ipotesi in cui venga impiegato denaro comune (in quanto in tal caso potrebbe sorgere un obbligo di reintegrazione ove l’acquisto non abbia soddisfatto un bisogno della famiglia<sup>43</sup>;

---

<sup>36</sup> V. citaz. a nota 4.

<sup>37</sup> Cass., 15 giugno 2012, n. 9845, cit.

<sup>38</sup> Cass., 6 marzo 2008, n. 6120, in *Fam. e dir.*, 2008, 876 nonché le sentenze citate alla nota 4.

<sup>39</sup> Ad es., l’art. 1347 del codice civile spagnolo stabilisce che “son gananciales: 1) los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los conyuges”. Analoga soluzione è prevista dall’art. 1405 belga.

<sup>40</sup> L’art. 1403 del code civil francese prevede ad es. che vengano conteggiati anche a favore dell’altro coniuge i frutti consumati fraudolentemente o non percepiti per negligenza.

<sup>41</sup> Soluzione simile è adottata dall’ordinamento spagnolo per l’acquisto separato senza il consenso dell’altro coniuge della cui obbligazione risponde personalmente l’acquirente (art. 1370) mentre in presenza di detto consenso ne risponde la comunione (art. 1362, n. 2).

<sup>42</sup> Analogamente si esprime l’art. 1401 del code civil francese.

<sup>43</sup> Diversamente in Polonia per l’acquisto di immobili occorre il consenso di entrambi i coniugi.



egli pertanto non dovrebbe essere coinvolto generalmente nella responsabilità debitoria<sup>44</sup>.

Controversa risulta invece l'interpretazione del combinato disposto degli artt. 180 e 184 cc. con riferimento all'alienazione di beni comuni. Ed in particolare se essa possa considerarsi, tenuto conto dell'incidenza sul complesso patrimoniale, atto di ordinaria amministrazione o invece, alla luce dei criteri riguardanti la comunione ordinaria, integri comunque un atto di straordinaria amministrazione. A mio avviso è da privilegiarsi la prima soluzione, onde può rientrare nell'ordinaria amministrazione l'alienazione di un bene di modesto valore in rapporto all'assetto complessivo dell'intero patrimonio sempre che il bene non sia impiegato per soddisfare bisogni rilevanti della famiglia. In linea di principio tale criterio si applicherà solo all'alienazione di beni mobili (ma non ad es., alle suppellettili domestiche<sup>45</sup> anche se non di elevato valore) o a mobili registrati ormai obsoleti (la vecchia auto da rottamare) e più difficilmente ad un immobile (ma potrebbe rientrarvi la vendita di un piccolo appezzamento di terreno improduttivo).

Il criterio relativo alla comunione ordinaria, pur rafforzando la posizione dell'altro coniuge comproprietario, rischierebbe altrimenti col risultare troppo rigido, limitando eccessivamente l'autonomia dei coniugi. Se si conviene con tale soluzione, l'altro coniuge non potrà esercitare i rimedi previsti per l'alienazione abusiva del bene, non configurandosi tale, restando limitati all'atto di straordinaria amministrazione<sup>46</sup>. Maggior cautela nella configurazione dell'atto potrebbe tutt'al più richiedersi per gli atti a titolo gratuito.

Peraltro questa è la soluzione adottata da numerosi ordinamenti stranieri i quali richiedono l'accordo dei coniugi solo per gli atti di disposizione a titolo gratuito<sup>47</sup> e per le alienazioni di immobili<sup>48</sup>, di mobili di valore<sup>49</sup> o comunque sottoposti a forme pubblicitarie<sup>50</sup>.

La norma che ha sollevato maggiori discussioni è indubbiamente l'art. 184, con riferimento alle alienazioni che integrano un atto di straordinaria amministrazione in quanto,

---

<sup>44</sup> Fatto salvo il caso in cui il bene abbia soddisfatto un bisogno della famiglia.

<sup>45</sup> Soluzione adottata per tali beni ad es. dall'ordinamento della Repubblica Ceca.

<sup>46</sup> Analogamente, l'art. 227 del codice civile svizzero consente ai coniugi di disporre dei beni comuni ove l'atto si configuri di ordinaria amministrazione.

<sup>47</sup> Li considera nulli, ad es., l'ordinamento spagnolo (art. 1378) eccezion fatta per le liberalità d'uso. Un divieto è previsto anche dall'ordinamento francese (art. 1422 cc.).

<sup>48</sup> In Svezia ed in Polonia il divieto di alienazione o di introdurre vincoli da parte di un solo coniuge riguarda solo gli immobili. Ma ad es., in Olanda il limite riguarda solo l'alienazione della casa familiare. In Francia anche i mobili la cui alienazione è sottoposta a pubblicità (art. 1424).

<sup>49</sup> Soluzione adottata ad es., dall'ordinamento della Slovacchia.

<sup>50</sup> V. art. 1384 del codice civile il quale considera validi gli atti disposizione di denaro o titolo conseguiti dal coniuge al quale sono intestati. In Romania ed in Lussemburgo ciascuno dei coniugi non può disporre dei beni mobili sottoposti a pubblicità.



come ricordato, sembra discostarsi dalla regola generale di inefficacia del medesimo, da annoverare nel quadro delle regole che diversificano la comunione legale da quella ordinaria. Ove si condivida tale assunto – non del tutto pacifico – occorre comprenderne il fondamento per verificarne la ragionevolezza.

In mancanza del consenso di entrambi i coniugi, secondo l'opinione prevalente, l'illegittimità dell'alienazione di beni mobili, nei rapporti interni, è fuori discussione<sup>51</sup>, tanto è vero che il disponente è tenuto a reintegrare il patrimonio ove il prezzo eventualmente ottenuto risulti inferiore al suo valore ed a risarcire il danno patito dall'altro coniuge. Controverso è il fondamento della responsabilità: se essa configuri natura contrattuale, per violazione di una specifica obbligazione<sup>52</sup> derivante dal combinato disposto degli artt. 180 e 184, o extracontrattuale come sostenuto autorevole dottrina<sup>53</sup>, in seguito a illegittima lesione dell'altrui diritto di proprietà.

Discussa è altresì la validità e l'efficacia traslativa dell'atto<sup>54</sup> con la conseguente inopponibilità della sua illegittimità nei confronti dei terzi<sup>55</sup>. Il testo della norma, invero, non ne subordina la validità alla buona fede dell'acquirente<sup>56</sup> o alla consegna del bene ma – pur nel silenzio normativo – a parere di altri, tali presupposti sarebbero necessari sulla base di una interpretazione sistematica<sup>57</sup>, onde l'efficacia dell'acquisto sarebbe subordinata alla presenza dei requisiti posti dall'art. 1153 cc. La giurisprudenza è fermamente orientata per l'incondizionata validità dell'atto di acquisto, in virtù della criticata ricostruzione della proprietà solidale che consentirebbe di non considerare l'acquisto *a non domino*. Soluzione, ampiamente condivisa in dottrina, anche se con motivazioni diverse, onde l'irrilevanza dei requisiti previsti dall'art. 1153 trova fondamento in un ac-

---

<sup>51</sup> Sembra considerarlo tale invece Cass., 6 marzo 2019, n. 6459, cit., la quale afferma singolarmente che “Per ciò che concerne, invece, gli atti di disposizione su beni mobili, l'art. 184 c.c., comma 3, non prevede alcun consenso necessario”.

<sup>52</sup> OBERTO, *op. cit.*, 1361 ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>53</sup> C.M. BIANCA, *Gli atti di straordinaria amministrazione*, in AA.VV., *La comunione legale* (a cura del medesimo), Padova, 1989, 620 ss.; M. SEGNI, *op. cit.*, 645; A. NATUCCI, *Gli atti di amministrazione straordinaria del coniuge in regime di comunione legale*, in *Quadrimestre*, 1988, 132.

<sup>54</sup> In senso contrario ad es., P. SCHLESINGER, *Commento all'art. 184*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, Padova, 1977, I, 1, 427; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 628 ss.

<sup>55</sup> P. SCHLESINGER, *op. loc. cit.*, esclude che la regola possa trovare per i titoli di credito di cui abbia unilateralmente disposto il non intestatario.

<sup>56</sup> P. SCHLESINGER, *op. loc. cit.*

<sup>57</sup> C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 628 ss. Secondo P. SCHLESINGER, *op. loc. cit.*, risulta necessaria la consegna del bene ma non la buona fede.



centuato favore verso la libertà di circolazione dei beni per non gravare i terzi di qualsivoglia obbligo di controllo. L'opzione normativa desumibile dal mancato richiamo all'art. 1153 tende verosimilmente a considerare irrilevante l'ignoranza, quantunque cagionata da colpa grave, per non avere l'acquirente compiuti controlli più approfonditi circa l'appartenenza del bene alla comunione e non al patrimonio personale o riguardo alla natura straordinaria dell'atto nonché alla contrarietà dell'altro coniuge al compimento del medesimo. Anche una deroga agli effetti derivanti dalla mancata consegna del bene, quantunque anomala, non dovrebbe dunque incidere sull'effetto traslativo.

Pur tuttavia il favore riservato all'acquirente rende poco comprensibile la ragione per la quale l'atto produca effetti nelle ipotesi in cui l'altro coniuge sia in grado di dimostrare la sicura mala fede dell'acquirente circa l'illegittima alienazione, non ricorrendo allora alcun motivo per attivare la tutela<sup>58</sup>.

Ma occorre prendere atto che il diritto effettivo è orientato in senso diverso, in quanto la costante giurisprudenza si esprime a favore della salvaguardia del trasferimento.

A maggior ragione il problema interpretativo si pone riguardo all'illegittima alienazione di beni immobili o mobili registrati, da parte di un solo coniuge, atti che vengono prevalentemente considerati invalidi<sup>59</sup> ma efficaci (annullabili), onde anche in questa ipotesi l'altro coniuge verrebbe tutelato in maniera più modesta rispetto all'inefficacia dell'atto, a tutto vantaggio dell'acquirente, anche in mala fede, il quale abbia acquistato almeno un anno prima dalla conoscenza da parte dell'altro coniuge dell'atto di alienazione o dalla trascrizione del medesimo o, in ultima istanza, dallo scioglimento della comunione.

In assenza di indicazioni al riguardo da parte della relazione introduttiva alla riforma del 1975 è possibile avanzare solo supposizioni sulle ragioni della scelta. Quella più accreditata la individua nella complessa disciplina pubblicitaria, articolata sul noto doppio controllo sui registri immobiliari e quelli dello stato civile, il quale potrebbe risultare particolarmente oneroso per i terzi, di qui il contrappeso dell'annullabilità, piuttosto che dell'inefficacia dell'atto illegittimo. Occorre aggiungere che anche altri ordinamenti europei a noi vicini adottano una soluzione analoga: in Francia (art. 1427) ed in Belgio (art. 1423) ad esempio, è prevista la medesima sanzione e l'azione deve essere esercitata en-

---

<sup>58</sup> Analogamente l'art. 1391 del codice civile stabilisce che quando il coniuge ha compiuto un atto in frode all'altro, "si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindibile".

<sup>59</sup> Sorprende pertanto la conclusione a cui perviene Cass., 2 febbraio 1995, n. 1252, in *Fam. e dir.*, 1995, 235, con nota di Uda, nella quale si considerano validi gli atti compiuti in violazione dell'art. 184, ma annullabili.



tro due anni dal compimento dell'atto o dallo scioglimento della comunione. In Italia la tutela del coniuge non disponente è resa però più precaria non solo dalla riduzione del termine di prescrizione dell'azione ad un solo anno ma soprattutto dal decorso anche dal momento della trascrizione dell'atto da parte dell'avente causa (non presente negli altri ordinamenti menzionati). Per evitare l'effetto preclusivo dell'azione la persona coniugata di media diligenza dovrebbe dunque controllare annualmente che non risultino trascritti atti di alienazione sui beni immobili e mobili registrati della comunione, con aggravio difficilmente sostenibile.

Anche relativamente ai beni in esame si registrano tentativi volti a limitare gli effetti dell'atto illegittimo stabiliti dall'art. 184, per privilegiarne a volte l'inefficacia. Vi è chi ritiene ad esempio che entrambe le misure siano applicabili e rimesse alla scelta del coniuge pretermesso, in quanto si muovono su piani distinti<sup>60</sup> e chi sostiene che l'annullabilità dovrebbe applicarsi solo all'alienazione effettuata dall'intestatario del bene<sup>61</sup>; ed ancora da altri si è prospettata l'applicazione della norma solo quando il coniuge agisca in nome proprio e non in nome della comunione<sup>62</sup>. Interpretazioni riduttive<sup>63</sup> che, però, non hanno incontrato il favore della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza<sup>64</sup>. In particolare, riguardo alla fondatezza del diverso trattamento riservato all'alienazione da parte dell'intestatario, si è sostenuto in senso critico che l'acquirente è comunque tenuto a non obliterare le peculiarità caratterizzanti la disciplina della pubblicità in materia, onde è sempre richiesto il doppio controllo (registri immobiliari-registri dello stato civile) da parte dell'acquirente e dunque non potrebbe usarsi maggiore indulgenza nei suoi riguardi per il fatto che il bene è intestato solo a suo nome.

In questa prospettiva si esclude anche che il sub acquirente il quale abbia conseguito

---

<sup>60</sup>C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 606 ss.

<sup>61</sup>F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, Milano, 1979, 146 ss; R. SACCO, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro-Oppo.Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, 335 s.

<sup>62</sup>G. CIAN-A. VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi*, cit., 361 s. Distinzione che, a prescindere dalla fondatezza, ha un impatto sul piano pratico di scarsa rilevanza perché difficilmente il coniuge che intende compiere un atto di disposizione illegittimo dichiara di agire in rappresentanza dell'altro in assenza di poteri.

<sup>63</sup>Fra le quali va menzionata anche quella di A. NATUCCI, *op. cit.*, 144 s. il quale ritiene che la norma trovi fondamento in un potere rappresentativo attribuito dalla legge a ciascun coniuge, soluzione che costringe l'autore a relegare gli effetti dell'art. 180 solo sul piano interno. Poco condivisibile è anche la ragione che ne costituisce il fondamento: i beni facenti parte della comunione "non sono agevolmente riconoscibili all'esterno e distinguibili dai beni personali". Se essa ha qualche fondamento per i beni mobili certamente ne è carente con riferimento agli immobili ed ai mobili registrati.

<sup>64</sup>V. ad es., in senso contrario Cass., 2 febbraio 1995, n. 1252, cit..



il bene in base ad un successivo atto di alienazione possa essere giustificato, e dunque considerato in buona fede, per non avere adottato i controlli pubblicitari in maniera adeguata, salvando il proprio acquisto in base al dettato dell'art. 1445 cc.<sup>65</sup>.

Ma nonostante la persuasività di tali rilievi occorre prendere atto anche in questo caso della soluzione – che costituisce diritto effettivo la soluzione secondo la quale l'atto illegittimo incontra come unica sanzione l'annullabilità, a prescindere dalla buona o mala fede dell'acquirente; maggiori dubbi possono sorgere invece riguardo alla mala fede del sub acquirente.

L'adozione della disciplina così concepita solleva comunque non poche perplessità perché la pesante penalizzazione del coniuge che rischia la perdita del bene non giustifica la deroga alla sanzione generale dell'inefficacia dell'atto, per la gravosità dei controlli pubblicitari anche perché essi sono resi ormai più agevole dalle modifiche intervenute in materia, controllo di cui peraltro è per lo più gravato un professionista (il notaio), almeno quando (come sovente accade) il trasferimento degli immobili viene stipulato mediante atto pubblico.

Ancor meno convincente è invocare una presunzione di consenso all'atto da parte del coniuge non stipulante o la difficoltà di verificarne l'esistenza. In presenza di atti di disposizione di non modesto valore quali sono normalmente le alienazioni di immobili o mobili registrati il consenso dell'altro coniuge andrebbe adeguatamente verificato e formalizzato, onde comportamenti non univoci tenuti precedentemente alla conclusione del contratto da parte del coniuge il cui consenso non è stato prestato non possono giustificare, a mio parere, la deroga all'inefficacia del trasferimento. Per i beni in questione non sussistono peraltro le medesime esigenze di celerità della circolazione riguardante i beni mobili non registrati.

La menzionata obbligazione risarcitoria a carico del disponente ed, eventualmente, anche del terzo di mala fede non sempre costituiscono infatti soluzioni adeguate a tutelare efficacemente l'interesse leso.

Dubito tuttavia che il razionale adeguamento della disciplina possa essere affidata all'opera del l'interprete e che spetti dunque al legislatore intervenire al riguardo con misure di protezione più adeguate a favore del coniuge pretermesso.

Nel caso in cui non si giunga, per le diverse ragioni possibili, all'annullamento del contratto il coniuge pretermesso ha diritto – come riguardo ai beni mobili – alla reintegrazione del patrimonio ed al risarcimento del danno. Ad esso ha diritto anche l'acqui-

---

<sup>65</sup>M. SEGNI, *op. cit.*, 632 ss.



rente di buona fede sulla base delle regole sulla responsabilità precontrattuale. Discusso è se possa considerarsi tale colui che abbia omesso i controlli pubblicitari richiesti. La soluzione positiva viene da alcuno fondata sull'esigenza di valutare con clemenza detta omissione nei confronti di chi è già sanzionato con l'annullabilità del contratto e comunque con minor rigore rispetto all'applicazione della regola sull'invalidità, contrapponendo la marcata scorrettezza di comportamento del coniuge stipulante per non avere avvertito l'altro contraente della causa di invalidità dell'atto piuttosto che giudicare colposo il comportamento di quest'ultimo per avere confidato sulla validità del medesimo<sup>66</sup>. Soluzione che può suscitare qualche dubbio.

Certa è invece la responsabilità del coniuge alienante nei confronti dell'altro contraente in presenza di comportamenti che abbiano indotto l'altro a confidare sul consenso del coniuge pretermesso (ad es., in quanto si prestino ad equivoci o addirittura se l'alienante sia ricorso a documenti falsi dai quali venga fatto risultare il consenso dell'altro coniuge).

Opportunamente la dottrina ha sottolineato che l'annullabilità dell'atto, in astratto più vantaggiosa per l'altro contraente rispetto all'inefficacia, possa non risultare tale in concreto, ove questi non abbia adempiuto *medio tempore* in tutto o in parte alla propria prestazione (ipotesi ricorrente per lo più nel caso di preliminare riguardante un bene della comunione); si pone infatti il problema se gli sia legittimamente consentito rifiutare l'adempimento, al quale viene sollecitato dall'altro contraente, fin quando non intervenga la convalida dell'atto o si compia il termine prescrizione; oppure, al contrario, sia comunque tenuto all'adempimento, essendo avvenuto il trasferimento del diritto. La soluzione che legittima il rifiuto può fondarsi – come sostenuto da Segni<sup>67</sup> – sul richiamo ai principi di buona fede previsti dall'art. 1175 e 1375 in quanto non risponde a correttezza la richiesta del coniuge stipulante di esigere la prestazione non essendo in grado, a sua volta, di adempiere esattamente alla propria; ma rimedio ancor più specifico costituisce l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 – da altri prospettata<sup>68</sup> – che può opporsi, in mancanza di convalida, per il periodo in cui l'azione di annullamento è ancora proponibile proprio perché l'adempimento deve considerarsi inesatto.

---

<sup>66</sup>G. OBERTO, *op. cit.*, 1356 ss.

<sup>67</sup>*Op. cit.*, 639 ss.

<sup>68</sup>Per tale soluzione propende G.M. UDA, *Comunione legale e regime degli atti dispositivi compiuti da uno solo dei coniugi*, in *Fam. e dir.*, 1995,235 escludendo il ricorso agli artt. 1375 e 1175 in quanto l'altro coniuge non ha stipulato alcun contratto o assunto alcuna obbligazione. Ma in realtà non è verso l'altro coniuge che egli deve reagire bensì verso lo stipulante che pretende l'adempimento. in senso dubitativo circa il ricorso all'eccezione d'inadempimento, G. OBERTO, *op. cit.*, 1326.

# JUS CIVILE



In conclusione ritengo, per le ragioni esposte, che la disciplina sugli atti abusivi di amministrazione andrebbe in certa misura rivista per assicurare una maggior tutela del coniuge pretermesso. Revisione che sarebbe opportuno si estendesse all'intero impianto del regime legale, per renderlo più efficiente, più completo e meno incerto in alcuni passaggi testuali, per ridimensionarne il crescente abbandono, a mio parere tutt'altro che auspicabile.



*SALVATORE MAZZAMUTO*

*Professore Emerito Diritto Civile – Università degli Studi Roma Tre*

## **LA PROSPETTIVA DEI RIMEDI IN UN SISTEMA DI *CIVIL LAW*: IL CASO ITALIANO\***

*SOMMARIO: 1. Diritto e processo. – 2. La progressiva affermazione delle tutele specifiche. – 3. La prospettiva dei rimedi. – 4. Principio di effettività e rimedi.*

1. – L’odierna configurazione dei singoli ordinamenti è caratterizzata, sia pure nella varietà delle soluzioni proprie di ciascuna tradizione culturale e di ciascun sistema, dal progressivo emergere e consolidarsi di uno spazio istituzionale e teorico specificamente rivolto ai problemi della tutela giurisdizionale dei diritti: da qui la creazione di un’apposita disciplina legale intesa a regolare l’esercizio del diritto nel processo; da qui, anche, il diffondersi di una concettualogia autonoma rispetto al c.d. “diritto sostanziale”, costituente una branca a se stante della scienza giuridica ossia, per l’appunto, il diritto processuale civile.

L’enfasi posta sul processo come dimensione peculiare dell’esperienza giuridica è, certo, in gran parte giustificata nella misura in cui le norme che lo governano sembrano seguire una logica loro propria, come dimostra, solo per fare un esempio, il rilievo mantenuto dal formalismo degli atti processuali. Purtroppo, bisogna dire che talvolta ci si è spinti troppo in là nel rivendicare l’autonomia del processo, facendo di quest’ultimo, e dei suoi istituti, un corpo separato dal resto del sistema giuridico.

Il diritto fatto valere nel processo, in realtà, non è cosa diversa dal diritto attribuito dalla legge: si potrebbe anzi dire che la tutela giurisdizionale è la continuazione della tutela sostanziale in altra forma, ovverossia che la tutela giurisdizionale è la risultante

---

<sup>1</sup>Il presente scritto è destinato al Convegno internazionale di diritto civile che si è tenuto a Lima dal 27 al 31 maggio 2019 per cura della Pontificia Università Cattolica del Perù.

# JUS CIVILE



dell'adattarsi dell'ordinamento alla crisi delle condizioni fisiologiche di fruibilità del diritto da parte del titolare. A conferma di tutto ciò, oltre alle norme del codice di procedura civile, che subordinano l'esercizio dell'azione alla legittimazione e all'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), si può richiamare la circostanza che la tutela giurisdizionale tende, almeno entro certi limiti, a conformarsi, per un verso, alle caratteristiche della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio e, per altro verso, alle caratteristiche della lesione contro la quale il titolare del diritto agisce. Si avrà, pertanto, una pluralità di forme di tutela, nel cui labirinto sarà possibile orientarsi solo mantenendo fisso lo sguardo sulla situazione soggettiva di volta in volta chiamata in causa e che sono talora anche cumulabili: si pensi all'avente diritto che esercita nei confronti dell'obbligato l'azione di adempimento e gli chiede anche il risarcimento per il ritardo.

Così, in via puramente esemplificativa e senza alcuna pretesa di completezza, si potrà dire che i diritti assoluti, l'attuazione dei quali non implica la cooperazione da parte di alcuno, godono di una tutela restitutoria intesa a ripristinare lo stato di cose – giuridico o materiale – anteriore alla lesione; mentre i diritti relativi, in particolare il diritto di credito, l'attuazione dei quali esige la cooperazione dell'obbligato, godono di una tutela satisfattoria intesa a far conseguire al titolare del diritto, in via surrogatoria od anche tramite misure coercitive sull'obbligato, l'utilità che egli avrebbe dovuto ricevere dalla controparte (v., per un verso, gli artt. 2740 e 2910 c.c.; per altro verso, gli artt. 2930 ss. c.c.).

Nell'alveo della tutela restitutoria intesa a ripristinare in tutto o in parte lo *status quo ante* rientrano: a) la tutela invalidatoria di atti di autonomia privata la quale è disposta a volte *ope legis* ed è quindi oggetto di mero accertamento in sede giudiziale (ad es. nullità) ovvero *ope iudicis* ed è oggetto di accertamento costitutivo sempre in sede giudiziale (ad es. annullabilità e rescindibilità); b) la tutela caducatoria di rapporti giuridici di fonte contrattuale la quale è anch'essa disposta a volte *ope legis* ed è quindi oggetto di mero accertamento in sede giudiziale (ad es. risoluzione di diritto) ovvero *ope iudicis* ed è oggetto di accertamento costitutivo sempre in sede giudiziale (ad es. risoluzione giudiziale).

È comune, poi, ad entrambe le categorie di diritti assoluti e relativi, la tutela risarcitoria il cui scopo è quello di ristorare la parte lesa del pregiudizio economico derivante dalla condotta illecita di un terzo. La forma di tutela risarcitoria segue regole almeno in parte diverse a seconda che la perdita economica derivi dall'inadempimento del debitore o comunque dalla violazione di un obbligo (responsabilità contrattuale: art. 1218 c.c.) o da un danno ingiusto (responsabilità extracontrattuale: art. 2043 c.c.), ed il suo essere applicabile indifferentemente ad entrambe le categorie di diritti indica che qui la tutela si mo-



della, piuttosto, sul tipo di lesione da riparare – cioè il danno come perdita patrimoniale – potenzialmente riferibile ad ogni sorta di situazione giuridica attiva finanche all'interesse legittimo.

L'articolazione della tutela giurisdizionale dei diritti secondo il criterio delle forme di tutela rinvia alle finalità ultime che la tutela stessa di volta in volta persegue, ma non bisogna tuttavia dimenticare che ciascuna forma di tutela si può avvalere di tecniche di tutela differenti: la tutela risarcitoria, ad es., può impiegare lo strumento classico, e ad essa certamente più congeniale, del risarcimento per equivalente (art. 2056 c.c.) epperò, a certe condizioni, si può realizzare anche per il tramite del risarcimento in forma specifica (art. 2058 c.c.) che è una tecnica *lato sensu* restitutoria; e, ancora, la tutela restitutoria in senso proprio può inverarsi attraverso sentenze di mero accertamento (v. artt. 949; 1012, comma 2; 1079; 1418; 2653 c.c.) o sentenze costitutive quali le sentenze di annullamento (art. 1441 c.c.) ovvero sentenze di condanna portanti obblighi di restituzione (v. art. 948 c.c.) o di cessazione (v. art. 949, comma 2, c.c. ove è previsto che il proprietario, in presenza di turbative o molestie da parte di terzi, possa chiedere al giudice che ne ordini la cessazione oltre al risarcimento del danno): in quest'ultimo caso si parlerà di azione inhibitoria, volendosi alludere ad un bisogno di tutela che può venire soddisfatto solo inibendo l'adozione o, più spesso, la continuazione di una data condotta.

2. – Il quadro sin qui delineato ha avuto nel tempo uno sviluppo in senso diacronico che merita di essere ricordato, giacché la scarsa attenzione alla prospettiva storica può condurre ad una perdita di senso del prevalere e consolidarsi di talune prese di posizione sul piano teorico, normativo e giurisprudenziale, le quali risulterebbero irrimediabilmente appiattite e annacquate in una ricostruzione sintetica di tipo esclusivamente sincronico.

Il punto di partenza di tale processo di sviluppo può essere collocato negli anni Settanta. In quegli anni particolarmente fecondi dal punto di vista della tutela dei diritti si assiste ad un movimento legislativo, dottrinale e giurisprudenziale che, da un lato, si colloca nel solco dell'attuazione dell'art. 24 Cost. («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») e, dall'altro lato, spinge ad una considerazione autonoma del momento della tutela, non più relegata ai margini della riflessione giuridica e affidata a istituti di carattere generale di ordine processuale e sostanziale poco attenti all'effettività del bisogno di protezione incorporato nelle singole situazioni giuridiche soggettive. Il la è dato dall'emanazione dello Statuto dei diritti dei lavoratori (l. 20



maggio 1970, n. 300) che prevede strumenti di protezione inediti quali la reintegrazione nel posto di lavoro o la repressione delle condotte antisindacali (artt. 18 e 28 st. lav.).

La svolta dottrinale è segnata da alcune tappe altrettanto fondamentali: la percezione dell'inarrestabile avvicinamento tra la tutela del creditore e la tutela reale dei diritti assoluti<sup>1</sup>; la distinzione tra forme e tecniche di tutela, che crea un quadro mobile a incastro aperto all'individuazione di rimedi a beneficio di situazioni soggettive sino ad allora prive di adeguata tutela ovvero destinate puramente alla tutela risarcitoria<sup>2</sup>; la revisione delle categorie concettuali e delle prassi interpretative della scienza processualistica che fanno riconsiderare, a vantaggio di diritti fondamentali o comunque non patrimoniali, gli ambiti della tutela penale della condanna e dell'esecuzione forzata in forma specifica e aprono innanzitutto all'atipicità dell'azione civile<sup>3</sup>.

L'affermazione di una priorità dell'adempimento in natura rispetto alla sanzione risarcitoria e la conseguente ricerca di rimedi idonei a realizzarla sono tornati di moda negli ultimi anni, ma il pendolo ha oggi un altro significato. Se la declamazione dell'incoercibilità del fare e del non fare e il primato del risarcimento del danno per equivalente, al di fuori della tutela proprietaria e delle sue propaggini analogiche, coincise in età napoleonica con l'ideologia giusnaturalistica e con l'esigenza libertaria racchiusa nel brocardo "*nemo ad factum cogi potest*"; se il movimento di segno contrario dei nostri anni settanta si ispirò all'affermazione di valori personalistici e solidaristici ritenuti idonei a smantellare quel lontano *favor debitoris* di sapore vetero-liberale a vantaggio del titolare di situazioni attive particolarmente qualificate sul piano etico o sociale come ad es. il lavoratore subordinato<sup>4</sup>; l'odierno rilancio ha un valore aggiunto, giacché sembra fiorire proprio sul terreno dei rapporti mercantili un tempo ritenuti l'ideale pascolo della tutela risarcitoria per equivalente.

Quali argomenti a sostegno della tesi ora formulata? Per tutti la consacrazione della priorità dell'adempimento in natura in molte Direttive di fonte unitaria, indi nei Principi Unidroit (artt. 7.2.1. e ss. Principi Unidroit) e nei Principi Lando (artt. 9.101 ss.

---

<sup>1</sup> Giorgianni, *Tutela del creditore e «tutela reale»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 853 ss.

<sup>2</sup> DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 11 ss.; S. MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, *ivi*, p. 453 ss.

<sup>3</sup> S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 119 ss. e già ID., *L'incoercibilità degli obblighi di fare. Profili storico-critici*, in *Economia e credito*, 1976, p. 500 ss.; PROTO PISANI, *L'effettività della tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1975, p. 621 e ss.; DI MAJO, *Profili del diritto delle obbligazioni*, Roma, 1976, p. 15

<sup>4</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, *cit.*, p. 111 ss.



Principi di diritto europeo dei contratti) e, infine, nel *Draft Common Frame of Reference (Draft)* (artt. III – 3: 301 DCFR). È indubbia, infatti, la destinazione ai rapporti mercantili dei Principi Unidroit, ma altrettanto può dirsi del diritto di origine unitaria, che batte la via prevalente, anche se non esclusiva, della tutela del consumatore, ed ha di mira in realtà soprattutto la tutela del mercato; per non tacere dei Principi Lando, che con operazione analoga alla cosiddetta commercializzazione del nostro codice civile vigente hanno fatto assurgere alcuni dei contenuti di quel diritto di origine unitaria a principi del futuro diritto comune europeo delle obbligazioni e dei contratti: così è per la materia della formazione del contratto che generalizza trasparenza ed informazioni tipiche del consumerismo<sup>5</sup> ed anche per l'adempimento in natura dell'obbligazione<sup>6</sup>. Altrettanto può dirsi per la *Schuldrechtmodernisierung* del legislatore tedesco che nel 2002 ha adottato un analogo canone di consumerizzazione del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti<sup>7</sup>.

Gli esempi offerti dal diritto comunitario prima e unitario ora sono numerosi. Basti ricordare l'uso frequente del rimedio inibitorio, ora rivolto a tutelare il diritto collettivo ad una contrattazione giuridicamente corretta in materia di clausole abusive, ora addirittura a tutelare un più ampio diritto individuale o collettivo alla sicurezza e qualità dei prodotti e servizi, ad un'adeguata informazione e corretta pubblicità, ad una contrattazione trasparente ed equa od ancora a garantire un'equa disciplina dei termini di adempimento, nell'interesse delle piccole e medie imprese.

Il rimedio inibitorio è stato introdotto, in un primo tempo, negli artt. 139 e 140 c. cons. in materia di legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e degli utenti finali con gli artt. 16 e 17 d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221. L'art. 5 della recente legge del 12 aprile 2019 n. 31, in un secondo tempo, ha abrogato gli artt. 139, 140 e 140 *bis*

---

<sup>5</sup>GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 144 ss., spec. p. 157 ss.; D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 159 ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forme negoziali*, Napoli, 1999; NAZZARO, *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747 ss.; ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2008, p. 391 ss.; ID., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 ss.; SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto Acquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 59 ss.; STANCA, *Informazioni ingannevoli e rimedi contrattuali: profili ricostruttivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 204 ss.

<sup>6</sup>S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, p. 18 s.

<sup>7</sup>S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 3<sup>a</sup> ed., p. 21



cod. cons. La legge in parola, che entrerà in vigore decorsi 12 mesi dalla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, procede, com'è noto, alla generalizzazione della disciplina delle azioni di classe attraverso il suo spostamento dal codice di consumo al codice di procedura civile, nel quale viene introdotto il Titolo VIII *bis*. Tale cambiamento non incide in maniera rilevante sul senso del discorso svolto sin qui.

Il rimedio inibitorio qui non assume solo un carattere protettivo degli interessi del singolo consumatore, ancorché rappresentato dalle associazioni di categoria, ma anche un carattere di intervento regolativo del mercato. Tale assunto trova origine nella mutata considerazione della figura del consumatore che, nella prospettiva europea, trascorre dalla posizione di soggetto debole, al più da risarcire, alla posizione di agente economico, interprete della razionalità del mercato e delle sue regole<sup>8</sup>.

L'accettazione delle tutele specifiche tra i rimedi compatibili con l'economia di mercato retta dal principio della concorrenza spiega anche la circostanza che, nell'esperienza italiana, si siano attenuate le resistenze ad introdurre una disciplina generale dell'esecuzione indiretta a carattere pecuniario, oggi dettata dall'art. 614-*bis* c.p.c., e che tali resistenze si siano semmai spostate – come si vedrà meglio appresso – sul versante dei rapporti di lavoro subordinato all'insegna di una riscrittura in chiave neoliberista delle regole del mercato del lavoro.

Le forme di tutela costituiscono gli schemi generali di risposta ad un bisogno di protezione e quindi introducono una distinzione funzionale incentrata sulla modalità concreta di soddisfacimento di tale bisogno. Le tecniche di tutela, a loro volta, rappresentano i meccanismi, processuali o meno, di attuazione delle forme di tutela: la loro fisionomia è solo strutturale ed esse si prestano, quindi, a veicolare in termini funzionali più forme di tutela.

---

<sup>8</sup> ALESSI, *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, a cura di Alessi, Palermo, 1999, 24; ID., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 961 ss., 981 ss.; CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. la disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, *ivi*, 2001, 703 ss.; PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I, 340 ss.; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 1085; ID., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, *ivi*, 2005, 55-56; ID., *Il contratto di diritto europeo*<sup>3</sup>, Torino, 2017, 189, 438 ss.; NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, 108; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 99 ss.



3. – Nell’ambito di tale tassonomia, che ha molto contribuito allo svecchiamento teorico ed all’ampliamento interpretativo degli spazi di tutela offerti dall’ordinamento, si è affacciata negli ultimi anni, presa in prestito dal *common law*, la c.d. prospettiva dei rimedi, i quali costituirebbero un piano mobile di strumenti preposti non al soddisfacimento in prima battuta di interessi giuridicamente protetti, che rimane di competenza del diritto soggettivo e dei poteri e delle facoltà che lo compongono, ma al soddisfacimento in seconda battuta di un bisogno di tutela del singolo conseguente all’inattuazione di un suo interesse per un ostacolo frapposto o per la sua violazione da parte di un terzo<sup>9</sup>.

Il piano mobile di rimedi di cui si viene suggerendo la prospettazione consente di offrire risposte a bisogni di tutela che riguardano interessi già giurificati o che vanno affiorando nella prassi: il veicolo utilizzato sono le clausole generali o la ricerca interstiziale tra forme e tecniche di tutela nel serbatoio insospettato dell’ordinamento. La prima comparsa del concetto di rimedio nell’esperienza italiana si presenta, dunque, 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.

L’attenzione dei giuristi ora si sposta sui dispositivi che stanno a ridosso del bisogno di tutela, ma l’effetto di ritorno sul sistema determina processi di destrutturazione delle categorie tradizionali e tentativi di risistemazione concettuale che si sovrappongono in modo trasversale alla stessa distinzione tra forme e tecniche di tutela. Tutto ciò è agevolato anche dalla stessa legge che con sempre maggiore frequenza, specie sulla spinta del diritto europeo, abbandona la logica puramente attributiva di nuovi diritti per dettare rimedi sostanziali e processuali, che si ricollegano a specifiche ratio di politica legislativa.

---

<sup>9</sup> DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 363 ss.; ID., *La tutela civile*, cit., 13 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 341 ss.; ID., *Rimedi e dintorni*, *ivi*, 2015, 703 ss.; MATTEI, *I Rimedi*, in ALPA – GRAZIADEI – GUARNIERI – MATTEI – MONATERI – SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2. *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2001, 105 ss.; MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 605 ss.; ID., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, 209 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 585 ss.; S. MAZZAMUTO – PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012; NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1211 ss.; NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, *ivi*, 2015, 583 ss.; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent’anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, 149 ss.; M. BARCELLONA, *L’ottica rimediale e la morte della legge*, *ivi*, 681 ss.

# JUS CIVILE



L'idea che va maturando è che quella rimediale sia una prospettiva che può essere adottata tanto dal legislatore in sede di normazione, quanto dalla dottrina in sede di ricostruzione del sistema e, infine, dalla giurisprudenza. La percezione che si ha del rimedio è ancora intuitiva, ma offre già alcuni essenziali elementi connotativi in linea con lo sviluppo storico della nozione: 1) il rimedio è espressione di un potere di reazione del singolo (o comunque presuppone l'impulso di parte) alla violazione di un assetto preesistente o alla sua inattuazione per il sopraggiungere di un ostacolo e, dunque, all'insorgere di un bisogno di tutela; 2) il bisogno di tutela si raccorda ad interessi che non sono necessariamente formalizzati in diritti soggettivi; 3) i rimedi costituiscono dispositivi tecnici immediatamente a ridosso del bisogno di tutela, che vengono distillati dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale ed aspirano oramai ad una nuova tassonomia; 4) i rimedi vengono per lo più somministrati dal giudice sulla scorta di valutazioni che ne saggiano persino l'adeguatezza, la proporzionalità e la ragionevolezza; 5) il metodo rimediale serve ad evidenziare bisogni di tutela che la fattispecie classica non rende manifesti, nel tecnicismo della sua composizione, ma che si situano comunque anche in modo implicito nel circuito normativo dell'ordinamento; 6) tutto ciò consente di aprire il mondo delle tutele agli interessi emergenti dalla realtà effettuale, ma senza cadere nella libera «soluzione giudiziale di bisogni spesso ancora non scanditi dall'indistinto»<sup>10</sup>.

La costruzione di un'idea più completa di rimedio segna un passo in avanti con la riflessione intorno al contratto che definisce i rimedi ad esso connessi come risposte a bisogni di tutela collegati alla procedimentalizzazione dell'affare nel rinnovato quadro del contratto, che non è più soltanto fonte di effetti (diritti di credito, diritti reali, garanzie, assistiti dai loro tipici mezzi di tutela) ma, per l'appunto, programma negoziale costellato di rimedi, che si ripropongono di eliminare i conflitti via via prodottisi nella formazione e nell'esecuzione del rapporto.

Al fine di meglio delineare la fisionomia del rimedio, appare opportuno collocarsi nella prospettiva del giudice ed offrire una gradazione dei suoi possibili interventi: a) l'apprezzamento in concreto volto all'accertamento del presupposto di fatto di un diritto, potere o facoltà, il cui atto di esercizio non presuppone un conflitto specifico di interessi; b) l'apprezzamento in concreto di un conflitto di interessi risolto tramite l'applicazione della regola di prevalenza sancita dal diritto positivo o dall'autonomia privata; c) l'apprezzamento in concreto di un conflitto di interessi dipanato mediante bilanciamento

---

<sup>10</sup> CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 31.

## JUS CIVILE



ove la legge (ad es. la clausola di buona fede) o l'autonomia privata lo consentano. Nella prima ipotesi non si dà luogo a rimedio, giacché l'atto di esercizio del diritto, potere o facoltà non soddisfa un bisogno di tutela insorto a seguito della violazione o inattuazione per un qualche ostacolo di un interesse primario, ma si limita a soddisfare un interesse protetto in assenza di conflitto specifico (per es. il recesso di pentimento; la revoca della proposta; la richiesta del prospetto informativo). Nella seconda e terza ipotesi si dà luogo a rimedio, giacché il mezzo di tutela irrogato dal giudice è strumento di composizione di un conflitto e, dunque, veicolo di soddisfacimento di un bisogno di tutela.

Un esempio che qui si suggerisce può risultare illuminante: si suole dire che il recesso di pentimento costituisca, a differenza del recesso nei rapporti di durata, un rimedio, ma ciò a stretto rigore non è vero ed è vero semmai il contrario, perché è solo nel caso del recesso di pentimento che si rintraccia una *ratio* normativa secca ed ineludibile legata alle nuove modalità particolarmente frettolose di conclusione del contratto, sicché il giudice è chiamato a verificare soltanto il presupposto del potere di scioglimento che si colloca nella struttura della fattispecie quale compensazione dello scarso *tempus cogitandi*, ma non a ricercare la giustificazione dell'atto di esercizio, tramite il proprio scandaglio degli interessi concretamente in gioco, che viceversa non è ricavabile dal mero esame della fattispecie. Si può, dunque, affermare che 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. Il recesso per giusta causa, allora, può essere considerato un rimedio perché formalizza un conflitto ed impone lo scandaglio del giudice, ed anche il recesso *ad nutum* (salvo il caso del recesso del consumatore) appare come un potere munito di risvolti rimediali tutte le volte in cui si ritiene possibile un analogo scandaglio sulla scorta del divieto dell'abuso del diritto. Analoghe caratteristiche sono esibite dall'eccezione di inadempimento: l'art. 1460 c.c. attribuisce alla parte del contratto con prestazioni corrispettive un mezzo di autotutela che non si esaurisce nell'esplicazione di una facoltà o di un potere sostanziale, ma rappresenta piuttosto la risposta ad un bisogno di tutela insorto a seguito dell'inadempimento di controparte e sollecita l'apprezzamento in concreto del giudice che, in un'ottica chiaramente comparativa, deve verificare la conformità o meno a buona fede del rifiuto di adempiere opposto dalla parte non inadempiente, anche alla luce delle caratteristiche del caso concreto.

Un esempio già ricordato che conviene riprendere è costituito dalla c.d. nullità di protezione (artt. 36, 134, 143 c. cons.) la quale: a) è rimedio posto a presidio del contenuto



minimo ed inderogabile del contratto del consumatore; b) non integra una nullità *assoluta* del contratto come tale operante *erga omnes*, ossia suscettibile di essere fatta valere dalle parti e da chiunque vi abbia interesse ed inoltre rilevabile d'ufficio dal giudice; c) integra piuttosto una nullità *relativa*, ossia suscettibile di essere fatta valere soltanto da una delle parti; d) è azionabile pertanto dal solo consumatore e semmai è rilevabile d'ufficio dal giudice ma soltanto nell'interesse del consumatore medesimo; e) è inoltre *parziale* perché determina l'inefficacia di una sola parte del contratto o addirittura di una singola clausola.

La nullità di protezione differisce, dunque, radicalmente dalla nullità tradizionale – che è invece la risposta dell'ordinamento all'assenza di un requisito essenziale dell'atto di autonomia privata od alla sua illiceità e ha di mira un interesse generale – giacché non attiene alla struttura del contratto (salva forse l'ipotesi dell'oggetto o del corrispettivo determinati in maniera poco chiara e comprensibile: art. 34, comma 2, c. cons.) ma risponde al bisogno di tutela della c.d. parte debole, la quale, non a caso, è l'unica a poter azionare il rimedio o nel cui interesse il rimedio può essere disposto dal giudice e soltanto per ottenere la caducazione della parte di regolamento iniqua. L'officiosità non è d'ostacolo, questa volta, al pieno riconoscimento della natura rimediale della nullità di protezione che si deve innanzitutto al suo carattere relativo e parziale e al rilievo, per l'appunto, dell'interesse particolare del consumatore, tanto più che il giudice che accerta *ex officio* il carattere abusivo della clausola non può dichiarare la nullità in presenza di un contrario avviso del consumatore.

La teoria dei rimedi sopra prospettata, del resto, quando incrocia la teoria del processo e, in particolare, gli elementi fondanti della domanda di parte quale atto indefettibile di esercizio del diritto di azione, del principio dispositivo e dell'interesse ad agire, richiede un chiarimento importante circa il rapporto tra poteri officiosi del giudice ed impulso di parte. Anche i mezzi di tutela giudiziari – che per loro intrinseca natura non si attingono a vocazione rimediale, per difetto ora dello specifico impulso di parte ora dell'apprezzamento in concreto ad opera del giudice, come ad es. nel caso della tutela di mero accertamento e dei poteri officiosi del giudice in materia di nullità o di decadenza – finiscono nel processo con l'assumere una sorta di rimedialità surrogata o secondaria, che viene immancabilmente indotta dai ricordati elementi della domanda di parte, del principio dispositivo e dell'interesse ad agire che il giudice è chiamato a valutare.

Il discorso sui rimedi, infine, si arricchisce oggi di una nuova accezione del termine che si avvicina ad un neologismo e che va oltre il minimo comune denominatore rappresentato sin qui dalla natura di dispositivo tecnico di reazione ad un assetto violato o inat-

## JUS CIVILE



tuato per un ostacolo frapposto: un dispositivo – è il caso di ripeterlo – che si pone immediatamente a ridosso del bisogno di tutela e presuppone un impulso di parte ed una qualche valutazione del giudice. Il diritto di fonte europea inaugura, infatti, una nuova tecnica normativa che si può ancora una volta definire rimediale, ma in un'accezione assai più ampia, che porta il rimedio a ridosso non più esclusivamente del bisogno di tutela in chiave reattiva ma si dispone sotto forma di potere o facoltà alla realizzazione diretta del proprio interesse primario da parte del titolare.

A causa delle caratteristiche del diritto privato europeo, il quale si ripropone di armonizzare il diritto dei Paesi membri con riguardo a specifici obiettivi di regolazione del mercato in chiave concorrenziale e senza travolgerne le tradizioni giuridiche, il rimedio di diritto europeo rivela una spiccata tendenza ad aggirare la fattispecie domestica, mutandone la dinamica effettuale (il recesso di pentimento, la nullità relativa delle clausole abusive, le nullità di protezione) o contemplandone correttivi esterni (le inibitorie o il risarcimento del danno), ed assai meno di frequente ad intaccarne il cuore. Il rimedio di diritto europeo è, in altre parole, un correttivo della fattispecie che non ne presuppone necessariamente l'alterazione della struttura: l'esempio più calzante è rappresentato dalla disciplina europea della vendita di beni di consumo che lungi dal riscrivere l'intera normativa di tale contratto si limita ad introdurre un apparato rimediale prevalentemente rivolto ad imporre al venditore l'adozione di adeguati servizi postvendita. Sul punto va segnalato per completezza che, a partire dal 1° gennaio 2022, la dir. 99/44/CE sulla vendita dei beni di consumo verrà abrogata in forza del *restyling* compiuto dalla più recente dir. (UE) 2019/771, su determinati aspetti dei contratti di vendita di beni.

L'incidenza delle tecniche rimediali o processuali sulla forma di tutela che si modella sulla situazione sostanziale ma in una logica ancora astrattizzante è tornata alla ribalta di recente nell'ambito del c.d. diritto privato europeo, ossia del processo di armonizzazione dei diritti nazionali intrapreso dall'Unione europea. Un caso emblematico consiste nell'inedita tecnica di realizzazione in natura dell'interesse protetto adottata dalla dir. 99/44/CE sulla vendita di beni di consumo, trasposta negli artt. 128 ss. cod. cons. Il consumatore ha diritto al ripristino della conformità del bene al contratto e ciò imprime al vincolo di garanzia previsto dal diritto comunitario contenuto e funzione del tutto rinnovati rispetto a quelli delle garanzie edilizie contemplate dal codice civile: queste ultime hanno una vocazione al riequilibrio economico delle posizioni dei contraenti, mentre la garanzia di conformità mira alla tutela in natura dell'interesse del consumatore al conseguimento di un bene munito di determinate caratteristiche e qualità.

Perché parlare allora di rimedio? La risposta è che l'accezione europea di rimedio ha



in comune con quella prima delineata la circostanza che si tratta pur sempre di dispositivi tecnici posti immediatamente a ridosso del bisogno di tutela o dell'interesse primario tutelato e che, quindi, lasciano al legislatore interno e soprattutto all'interprete l'arduo compito di ricostruire i percorsi dogmatici che li rendano compatibili con le fattispecie retrostanti<sup>11</sup>.

Il passaggio dalla teorica delle forme e delle tecniche di tutela, invalsa a partire dagli anni Settanta, alla successiva teorica dei rimedi, incentivata in una certa misura – come s'è visto – dal diritto privato europeo e tacciata a volte di pura moda o di pura suggestione<sup>12</sup>, segna, in realtà, un cambiamento di grande rilievo che continua a porsi, tuttavia, nel solco del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost.

Forme e tecniche di tutela danno vita ad un quadro mobile di interrelazioni che aprono spazi inediti al reperimento di uno strumentario di protezione di interessi prima negletti, ma tali interrelazioni non possono ignorare che tali figure hanno una strutturazione normativa, che consente solo sino ad un certo punto di piegarle al bisogno di protezione emergente, e, soprattutto, non si prestano alla giurificazione di interessi nuovi, rimanendo ancorate per lo più alla logica della fattispecie.

I rimedi, viceversa, tendono a modellarsi, in una logica prevalentemente funzionale, sul particolare bisogno di tutela scrutinato nella previsione normativa dal legislatore in relazione a specifiche *rationes* di politica legislativa ovvero sul concreto bisogno di tutela scrutinato dal giudice nell'esame del caso singolo, presi entrambi a parametro condizionante della propria fisionomia senza badare ai necessari raccordi sistematici. Ma v'è di più. I rimedi si prestano a ripudiare la logica della fattispecie attributiva di diritti ed a fungere da veicoli di giurificazione di interessi nuovi tramite l'utilizzo delle clausole generali o l'applicazione diretta dei principi costituzionali. È evidente l'alto tasso di discrezionalità in tal modo riservato all'interprete, anche se appare comunque possibile un'opera di contenimento affidata alle cautele e alle controindicazioni ricavabili dal circuito normativo dell'ordinamento.

---

<sup>11</sup> S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo* cit., pag. 39; v. anche MATTEI, *I rimedi*, in *La parte generale del diritto*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001, p. 107 ss.; DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 154 ss.

<sup>12</sup> Un tale giudizio è adombrato da CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* cit., p. 8 e *passim* nonché da NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 610 ss.



4. – Qualche accenno in più va dedicato al principio di effettività: come tutte le categorie controverse, anche l'effettività ricorre nei discorsi dei giuristi in una pluralità di accezioni non tutte convergenti né ispirate a un medesimo ordine di idee<sup>13</sup>, anche se è prevalente la nota di fondo per cui l'effettività indica la pratica applicativa che assicura che le disposizioni normative, assunte in astratto, trovino una compiuta rispondenza nelle norme concrete che da tali disposizioni sono ricavate, scongiurando così il rischio dell'inattuazione totale o parziale del precetto<sup>14</sup>.

L'effettività opera come principio imponendo all'interprete di impegnarsi affinché il quadro degli interessi programmato nella disposizione trovi compiuta rispondenza nel quadro degli effetti ricavato dall'applicazione della disposizione. In questo senso assai lato, l'effettività impone un approccio pragmatico che del diritto esalta la natura di scienza pratica, con la conseguenza di individuare nell'applicazione della norma ai fatti il momento privilegiato della sua intelligenza. Purtroppo, in Italia e in Europa l'effettività viene con sempre maggiore frequenza impiegata per rendere presentabili operazioni che altro non sono se non giudizi di equità, ancorati alla convinzione – destituita di qualsiasi fondamento per lo meno nel contesto ordinamentale italiano e, in una certa misura, anche in quello dell'Unione europea – della legittimità di un diritto giurisprudenziale che camuffa come applicazione del diritto positivo operazioni in senso proprio creative della regola del caso concreto<sup>15</sup>.

L'assolutizzazione del punto di vista a partire dai rimedi, che proprio il principio di effettività suggerisce, ha accentuato, quindi, il soggettivismo dei giudici, come emblematicamente è accaduto nel noto caso CIR vs Fininvest<sup>16</sup>. Il ricorso al principio di effettivi-

---

<sup>13</sup> Per una sintetica ed efficace panoramica cfr. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, 2017, p. 401 ss.; PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, *ivi*, p. 355 ss.; ID., *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 54 ss.; GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss.

<sup>14</sup> Sotto questo profilo, non è del tutto precisa la definizione di effettività proposta da PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, *cit.*, p. 335 ss. come idoneità del diritto a essere concretamente applicato e la ragione risiede nella circostanza che l'effettività esprime non già un'attitudine, una potenzialità, bensì una situazione efficiente, una condizione attuale.

<sup>15</sup> Per le declinazioni del principio di effettività nel diritto privato europeo cfr. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e mercato*, 2017, 16 ss.; NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, *passim*; LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 1071 ss.

<sup>16</sup> Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in *Danno e resp.*, 2014, p. 123 ss. su cui cfr. i commenti critici di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, *cit.*, p. 193 ss. e di PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. dir. priv.*, 2013,



tà determina, occorre ribadirlo, la centralità del bisogno di tutela nei meccanismi argomentativi che presiedono all'applicazione del diritto: una volta definiti i contorni di tale bisogno, il giudice individua il rimedio più opportuno per offrire una risposta adeguata e attinge all'intero suo potenziale, senza curarsi di verificare se vi sia e in quale misura la formalizzazione dell'interesse la cui lesione o mancata realizzazione ha generato il bisogno di tutela (o, come un tempo si diceva, la domanda di giustizia) o se l'ordinamento, per quel minimo di formalismo che gli è intrinseco, non abbia disseminato il percorso di una qualche preclusione od ostacolo interpretativo.

Sul versante opposto, la replica talora è secca<sup>17</sup>: «E così, inesorabilmente, siamo giunti ai giorni nostri, nei quali il principio di effettività, affermato nella fase primordiale (...) come garanzia di tutela processuale dei diritti, si è stravolto nell'idea che non già la tutela come modalità di attuazione di un diritto o di una situazione soggettiva deve essere effettiva, ma addirittura viene atteggiata e configurata dal giudice in funzione dell'effettività del soddisfacimento del bisogno». La replica può essere persino apocalittica: l'ottica rimediale presuppone «la morte della legge e l'intronizzazione del giudice»<sup>18</sup>.

La durezza del contrasto non deve stupire dal momento che in gioco non vi è soltanto la questione del rapporto tra giudice e legge – che non va sistematicamente alterato, in nome di una sorta di persistente stato di eccezione, quasi che i rimedi scaturiscano da una clausola generale di equità emergenziale – ma la stessa prevedibilità delle regole, e, quindi, in ultima analisi, la libertà delle persone<sup>19</sup>.

A tale proposito vi è stata e continua ad esservi una posizione mediana che si prova a riassumere<sup>20</sup>: il rimedio è l'espressione di un potere di reazione del singolo – o almeno, se officioso, richiede l'azione processuale di parte – a fronte della violazione di un ordine giuridico preesistente o della sua inattuazione per il sopraggiungere di un ostacolo, e, dunque, dell'insorgere di un bisogno di tutela in presenza di un conflitto specifico; il bisogno di tutela si raccorda ad interessi già selezionati e riconosciuti dall'ordinamento ma non necessariamente formalizzati in diritti soggettivi; i rimedi costituiscono dispositivi

---

p. 1118 ss.; e quello più favorevole di DI MAJO, *La "via di fuga" nel torto aquiliano*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1098 ss.

<sup>17</sup> CASTRONOVO, *Spigolature da Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di Grisi, Napoli, 2019, p. 711.

<sup>18</sup> M. BARCELLONA, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, *ivi*, p. 681 ss.

<sup>19</sup> NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1211 ss.

<sup>20</sup> S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585 ss.

# JUS CIVILE



tecniche, rivenienti da normative generali o circoscritte, che possono, quindi, venire estratti dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale e collaudati immediatamente a ridosso del bisogno di tutela ma non certo creati dal giudice; i rimedi vengono giudizialmente somministrati sulla scorta di valutazioni o bilanciamenti che utilizzano, fermo restando l'ineliminabile apprezzamento di interessi, i criteri dell'adeguatezza, della proporzionalità e della ragionevolezza, soltanto ove lo consentano norme apposite o clausole generali direttamente applicabili; la predicata duttilità del rimedio non esime la dottrina dalla ricerca di una nuova tassonomia e dallo sforzo di una rielaborazione dogmatica.