

## VENDITA DI TRADIZIONE ROMANISTICA E VENDITA INTERNAZIONALE: MODELLI A CONFRONTO

Dr. sc. Tommaso dalla Massara, izvanredni profesor  
Sveučilište u Veroni  
Italija

UDK: 347.711::347.451(37)  
Ur.:14. svibnja 2012.  
Pr.: 16. srpnja 2012.  
Izvorni znanstveni rad

### *Sažetak*

#### ***PRODAJA PREMA RIMSKOJ TRADICIJI I MEĐUNARODNA PRODAJA – USPOREDBA MODELA***

*Rad se fokusira na analizi raznih modela prodaje u slučaju da se pojavi materijalni nedostatak prodane robe: uspoređuju se model jamstva prema romanističkoj tradiciji te model obveze sukladnosti robe ugovoru iz Bečke konvencije (CISG). Pristupilo se analizi koristeći sinkroničnu i dijakroničnu komparaciju.*

***Ključne riječi:*** ugovor, prodaja, europsko pravo.

### ***1. PREMESSA SU METODO E OBIETTIVI DEL DISCORSO***

In questo mio intervento intendo mettere a confronto diversi modelli della vendita: da un lato, quello di tradizione romanistica e, dall'altro lato, quello della vendita disegnata dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale.

Si tratta, all'evidenza, di sistemi concettuali assai differenti per origine, storia e concezione. E tuttavia il confronto merita di essere proposto, perché sullo scenario del diritto privato europeo i due modelli paiono davvero occupare una posizione preminente, con capacità di polarizzazione rispetto alla molteplicità delle soluzioni volta per volta assunte sul piano nazionale e sovranazionale: sarebbe sufficiente osservare come segmenti concettuali – più o meno estesi – tratti dall'uno o dall'altro sistema sono accolti e spesso combinati nei principali ordinamenti (pensiamo a quello tedesco, a quello francese, ma anche a quello italiano, come si vedrà), nonché pure nei progetti in discussione per un diritto contrattuale europeo (*Draft Common Frame of Reference*, ma ancor più, negli ultimi tempi, la proposta di Regolamento sulla vendita, *CESG*).

Questa essendo la prospettiva di ragionamento, non mi soffermerò su aspetti di dettaglio dell'*emptio venditio*<sup>1</sup>, sembrandomi invece più proficuo condurre un discorso che si mantenga a livello di strutture giuridiche generali, del presente e del passato; un confronto che sia dunque in grado di evidenziare al meglio le principali linee di continuità e di discontinuità<sup>2</sup>.

Pare a me che un ragionamento sui modelli giuridici possa assumere un interesse che va oltre quello della documentazione storica (pur senza dubbio già in sé rilevante), per favorire un dialogo più diretto e fruttuoso tra studiosi del diritto privato di oggi e di ieri.

Ma merita precisare cosa debba intendersi, a mio giudizio, quando si parla di modelli giuridici.

Orbene, direi che l'idea di modello evidenzia la propria utilità in quanto sia evocativa del disegno generale assunto da un consolidamento di regole che mostrano una coerenza interna, le quali presidiano un fenomeno giuridico più o meno ampio; senza dubbio, l'identificazione di un modello è agevolata dal confronto tra ciò che muta, nel trascorrere del tempo, in raffronto a ciò che invece permane invariato.

In altri termini, è dunque nel gioco dei contrasti tra continuità e discontinuità – cui già si è fatto cenno – che possono cogliersi al meglio i tratti caratterizzanti, proprio in quanto tendenzialmente stabili nella distensione cronologica, di un modello<sup>3</sup>.

Nel confronto di cui ho detto sulle diverse discipline della vendita, prenderò a riferimento – sul versante della tradizione romanistica – il regime delineato nel nostro

1 Cfr., per una prima messa a fuoco, A. BURDESE, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Nov. dig.*, XX, Torino, 1975, 594 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 303 ss.; S. ROMANO, voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XIX, Torino, 1998, 722 ss. I cenni sull'*emptio venditio* potrebbero poi estendersi alla *mancipatio* e agli altri negozi traslativi, giacché – com'è noto – accanto e in combinazione (ma in un rapporto più o meno stretto del quale si discute in seno alla dottrina romanistica: basti vedere, su posizioni differenti, V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 141 ss., e G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 39 ss.) con il contratto obbligatorio di *emptio venditio*, i Romani conoscevano forme negoziali capaci di trasmettere il *dominium*. Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 558 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 429 ss.; 580 ss.

2 Parlando di continuità/discontinuità, non si può sottacere il rischio di irrigidimento che in tal modo si corre, posto che è «nozione paradossale, quella di discontinuità: infatti è contemporaneamente oggetto e strumento di ricerca»; essa presuppone lo stesso «movimento regolatore» all'interno del quale lo si colloca: così M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, trad. it. di G. Bugliolo, Milano, 2009, in specie 13 ss.

3 Uno sforzo di più precisa determinazione della metodologia qui richiamata ho cercato di compiere – seppure con sguardo rivolto a tutt'altro ambito, ossia quello del diritto di proprietà – in T. DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2010, 724 ss.

codice civile: esso peraltro, con riguardo ai profili che verranno in considerazione, presenta significative linee di conformità rispetto ai principali ordinamenti europei.

Com'è ovvio, la comparazione non potrebbe coinvolgere la disciplina della vendita a tutto campo: il mio spettro di osservazione sarà invece ristretto a quel terreno, assai nevralgico, rappresentato dai rimedi esperibili dal compratore per l'ipotesi in cui si manifesti un difetto materiale del bene compravenduto.

In una nozione qual è quella, appunto, di difetto (o anomalia) materiale – in quanto tale ignota al codice del 1942, ma entrata ormai nell'uso di dottrina e giurisprudenza<sup>4</sup> – è da considerarsi ricompresa qualsivoglia difformità manifestata dall'oggetto del contratto. Si va dalla difformità derivante dal processo di fabbricazione, costruzione, elaborazione, conservazione del prodotto, che eventualmente arrivi a integrare una mancanza di qualità ritenute essenziali o per le quali vi sia stata un'esplicita promessa del venditore, fino alla radicale diversità del bene rispetto al genere merceologico di riferimento.

Dunque appare chiaro che, in forza del richiamo al difetto materiale del bene, risultano evocate – a un livello generale, nonché prima di ogni distinzione/qualificazione – tutte le figure che a tenore del nostro codice spaziano dal vizio occulto *ex art.* 1490, alla mancanza di qualità essenziali o promesse di cui all'*art.* 1497, fino alla creazione tutta giurisprudenziale dell'*aliud pro alio*, il cui regime – come noto – è costruito sulla base delle norme in tema di risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive (*artt.* 1453 e seguenti).

Si tratta di articolazioni – sulle quali la nostra dottrina si affatica da lungo tempo<sup>5</sup> – a propria volta riconducibili all'unica nozione di 'difetto di conformità', che è da ritenersi comprensiva di tutte queste, allorché si guardi nello specchio della disciplina derivante dalla direttiva 44/1999, in tema di vendita di beni mobili di consumo, ossia precisamente agli *artt.* 129 e seguenti *c. cons.*, che di quella direttiva sono l'odierna attuazione<sup>6</sup>.

Come ho detto, il terreno sul quale muoverà il mio discorso è rappresentato dai rimedi esperibili a fronte del difetto materiale del bene compravenduto. Rimarrà quindi esclusa la considerazione del difetto di legittimazione a disporre del bene da

4 Si veda, a titolo di esempio, A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>7</sup>, Torino, 2011, 278, ove parla di «anomalie materiali».

5 Come meglio si vedrà, solo la figura della mancanza di qualità essenziali o promesse (*art.* 1497 *c.c.*) fu introdotta con il codice del 1942, mentre le altre due figure erano già note nel vigore del codice del 1865: si veda *infra*, § 4.

6 Almeno nell'opinione da ritenersi preferibile: per la comprensività della categoria del 'difetto di conformità', all'indomani della direttiva, A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2001, 114 ss.; A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, Padova, 2002, 38 ss. A valle dell'attuazione – allora negli *artt.* 1519-bis - 1519-nonies *c.c.* – P.M. VECCHI, *Art. 1519-ter. Commento al comma 1*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo* coordinato da L. Garofalo, Padova, 2003, 143 ss.; S. PATTI, *Sul superamento della distinzione tra vizi e 'aliud pro alio' nella direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 623 ss.; P. SCHLESINGER *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, 561; E. GABRIELLI, *'Aliud pro alio' e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 657 ss.

parte del venditore: difetto ‘giuridico’ – per l’appunto – e non già ‘materiale’. In altri termini, non sarà toccato il tema della responsabilità per evizione<sup>7</sup>.

Ma si cominci ora a vedere più nel dettaglio i vari problemi che si aprono.

## **2. LA TRADIZIONE ROMANISTICA E IL MODELLO DELLA GARANZIA EDILIZIA: ARTT. 1490 E SEGUENTI C.C.**

Quando si tocca il tema dei rimedi esperibili dal compratore per l’ipotesi in cui si manifesti un difetto materiale del bene compravenduto, il modello fondamentale di tutela che caratterizza la tradizione romanistica è – come noto – quello rappresentato dalla garanzia edilizia. E altrettanto risaputo è che tale garanzia prende il nome dagli edili curuli, ossia dai magistrati che in Roma erano chiamati a sovrintendere alle vendite di schiavi e animali nei mercati<sup>8</sup>.

7 Di essa mi ero occupato in T. DALLA MASSARA, *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema italiano vigente*, in *Studi in onore del prof. A. Metro*, II, Milano, 2010, 99 s.

8 Vastissima la letteratura in tema di garanzie edilizie nel diritto romano: senza pretese di esaustività, F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1945; G. IMPALLOMENI, *L’editto degli edili curuli*, Padova, 1955, in specie 194 ss.; AA.VV., *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, ed. by D. Daube, Oxford, 1959, ove in particolare A.M. HONORÉ, *The history of the aedilician actions from Roman to Roman-Dutch Law*, 132 ss.; D. MEDICUS, *‘Id quod interest’*. *Studien zum römisches Recht des Schadenersatzes*, Köln - Graz, 1962; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, II, rist. Napoli, 1990, in specie 353 ss.; H. HONSELL, *‘Quod interest’ im ‘bonae fidei iudicium’*. *Studien zum römisches Schadenersatzrecht*, München, 1969, in specie 83 ss.; G. THIELMANN, *‘Actio redhibitoria’ und zufälliger Untergang der Kaufsache (mit Beiträgen zur Frage der Pönalität der ädilizischen Klagen)*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971, 506 ss.; L. MANNA, *‘Actio redhibitoria’ e responsabilità per i vizi della cosa nell’editto ‘de mancipiis vendundis’*, Milano, 1994; M. KASER, *Das römisches Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München, 1996, 174 ss.; É. JAKAB, *‘Praedicere’ und ‘cavere’ beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997; W. ERNST, *Neues zur Sachmängelgewährleistung aufgrund des Ädilenedikts*, in *ZSS*, CXVI, 1999, 208 ss.; L. GAROFALO, *Studi sull’azione redibitoria*, Padova, 2000; B. KUPISCH, *Römische Sachmängelhaftung: ein Beispiel für die ökonomische Analyse des Rechts?*, in *TR*, LXX, 2002, 21 ss.; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra ‘actiones aediliciae’ e ‘actio empti’*, Milano, 2004; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore*, Napoli, 2007, in specie 39 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell’obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell’età imperiale*, Milano, 2007; R. ORTU, *‘Aiunt aediles ...’*. *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell’editto ‘de mancipiis emundis vendundis’*, Torino, 2008; L. VACCA, a più riprese sull’argomento, ma da ultimo in *Garanzia e responsabilità nella vendita. Tradizione romanistica e problemi dommatici attuali*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011 (indicazioni sui precedenti contributi dell’Autrice sono alla nt. 24 di quest’ultimo scritto); si veda poi EAD., *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali*, Padova, 2010. Il tema della compravendita è stato oggetto di estesa analisi, in più direzioni e sotto diversi aspetti, nei numerosi contributi che compongono AA.VV., *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I - II, Padova, 2008.

In quel contesto è dunque l'origine di un modello che costituisce un'eredità assai significativa, la quale accomuna ancor oggi i principali ordinamenti europei<sup>9</sup>.

Per guardare più da vicino alla disciplina del codice italiano – che, come detto, prenderò a paradigma di riferimento – occorre procedere a una rilettura dell'art. 1490 c.c.: il vizio ('occulto', oppure detto 'redibitorio') consiste in quel difetto materiale che rende la cosa «inidonea all'uso a cui è destinata» oppure ne diminuisca «in modo apprezzabile il valore»; una volta acclarata la sussistenza del vizio, risulta dischiusa la strada per l'esperibilità dei rimedi rappresentati dalle 'cosiddette'<sup>10</sup> azioni redibitoria ed estimatoria.

In particolare, l'art. 1492 c.c. stabilisce che «nei casi indicati dall'articolo 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo».

È opportuno sottolineare che l'opposta orientazione dei due rimedi – con l'uno, in effetti, si mira alla caducazione del contratto, mentre l'altro è ispirato alla conservazione di quest'ultimo, pur a fronte del riconoscimento del minor valore del bene in conseguenza del vizio – non è da mettersi in relazione con un differente livello di 'gravità' del difetto materiale del bene; il presupposto da accertarsi è il medesimo, giacché si tratta sempre e comunque del vizio di cui all'art. 1490 c.c., mentre la scelta nel senso della caducazione ovvero della conservazione è rimessa al compratore.

La disciplina della garanzia edilizia contempla termini brevi: l'art. 1495 c.c. li fissa in otto giorni di decadenza dalla scoperta del vizio, nonché in un anno di prescrizione dalla consegna del bene.

Com'è noto, poi, ai sensi dell'art. 1494 c.c. è proponibile la domanda di risarcimento del danno che sia stato patito in conseguenza del vizio: il compratore può agire nei confronti del venditore, se questi «non prova di avere ignorato senza sua colpa i vizi della cosa».

Con la domanda di risarcimento si è a cospetto – fatta salva l'evidenziata particolarità in ordine al profilo della prova della colpa – di una responsabilità che viene a configurarsi in capo al venditore; intendo dire che si tratta di una vera e

9 Angolate più marcatamente in prospettiva europea le ricerche di R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 305 ss.; Id., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 717. In questa stessa prospettiva si collocano i saggi raccolti in AA.VV., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, I - II, a cura di L. Vacca, 1991. Oltre a L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, cit., si veda poi Id., *Le azioni edilizie e la direttiva 1999/44/CE*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica europea. Saggi*, Padova, 2005, 21 ss. Assai ampia la panoramica di F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*<sup>3</sup>, 2009, 554 ss., con riferimenti di dottrina e giurisprudenza ricavati dalle differenti tradizioni giuridiche nazionali. In ottica storico-comparatistica anche la raccolta curata da É. JAKAB - W. ERNST, *Kaufen nach Römischen Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, Berlin - Heidelberg, 2008.

10 Circa le ragioni per cui preciso trattarsi di 'cosiddette' azioni, si veda *infra*, § 3.

propria responsabilità, dunque, e non già di una garanzia in senso tecnico.

Va detto che nel senso della responsabilità è un'opinione non incontrastata, però di gran lunga prevalente. Tale conclusione è per lo più ritenuta ricavabile dal collegamento tra gli articoli 1479, comma 2, c.c. e 1474, comma 1, c.c.: precisamente, si rileva che la colpa imputabile al venditore debba ravvisarsi nell'aver questi conosciuto i vizi del bene o nell'averli negligenzemente ignorati al momento del contratto<sup>11</sup>.

L'opinione prevalente, poi, è che la domanda *ex art.* 1494 c.c. debba sottostare ai medesimi termini brevi che sono previsti dall'art. 1495 c.c. per i rimedi edilizi, piuttosto che al termine ordinario decennale<sup>12</sup>.

Redibitoria, estimatoria e azione di risarcimento del danno integrano, nell'insieme considerati, un micro-sistema rimediale che trova la sua base negli artt. 1490 - 1495 c.c.

Come si è appena visto, l'azione risarcitoria mostra talune peculiarità rispetto al modello fondamentale della garanzia edilizia, pur tuttavia non è discutibile che essa si innesti nelle strutture fondamentali di quest'ultima.

Al di sotto delle poche disposizioni sin qui citate che trovano il loro cardine nell'art. 1490 c.c. si possono cogliere le linee di stratificazione di una bimillenaria tradizione di sapere giuridico; linee talora offuscate, le quali non sempre appaiono di immediata perspicuità a chi ne fa quotidiana applicazione nella prassi.

Per avere un'esemplificazione di tali difficoltà di lettura, è sufficiente vedere come talora anche la Suprema Corte incorra in inappropriati 'travasi' di contenuto dall'una all'altra categoria concettuale.

Così, capita per esempio di leggere in una recente decisione che per il tramite del rimedio estimatorio si potrebbero ottenere effetti equiparabili a quelli che dovrebbero discendere dall'accoglimento di una domanda diretta al risarcimento del danno<sup>13</sup>: nella specie, una valutazione asseritamente condotta 'secondo equità' condurrebbe ad attribuire al compratore, ben oltre il limite del 'minor valore' del bene venduto, l'utilità corrispondente a quella che sarebbe derivata dall'esatta esecuzione del contratto. Dunque nel caso all'attenzione della Corte il risarcimento del danno contrattuale è fatto 'transitare' all'interno di un'azione estimatoria.

Appare opportuno ora focalizzare meglio l'attenzione su alcuni profili dogmatici del modello della garanzia edilizia.

11 Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 235 s.

12 Cass. 3 giugno 2008, n. 14665: «l'azione di risarcimento del danno per vizi della cosa venduta, ai sensi dell'art. 1494 cod. civ. [...] è azione [...] soggetta alla decadenza ed alla prescrizione, di cui all'art. 1495 cod. civ.»; in precedenza, Cass. 3 agosto 2001, n. 10728. La dottrina è del medesimo orientamento: tra molti, si veda C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VII, I<sup>2</sup>, Torino, 1993, 981 s.

13 Faccio riferimento a Cass. 21 maggio 2008, n. 12852: in chiave critica il commento alla sentenza di A. MASTRORILLI, in *Danno e resp.*, 2009, 163 ss.

### 3. LA CONFIGURAZIONE DOGMATICA DELLA GARANZIA EDILIZIA

Se le strutture essenziali della garanzia edilizia derivano dalle fonti romane – come si è detto, e come meglio si vedrà nel seguito<sup>14</sup> –, non v'è dubbio però che esse furono sottoposte a un'intensa rielaborazione da parte della Pandettistica tedesca, alle cui solide basi – a propria volta – la cultura giusprivatistica europea sviluppatasi nell'arco di tempo che conduce fino all'oggi ha ancorato i suoi successivi svolgimenti.

Per utilizzare le categorie linguistiche del Brinz, si può dire che il modello della garanzia edilizia si fonda sulla configurazione di una *Haftung*, che non presuppone una corrispondente *Schuld*<sup>15</sup>. E ciò è da intendersi nel senso che è posta in capo al venditore una responsabilità, la quale è però slegata dalla previsione che tale responsabilità intervenga in conseguenza dell'inottemperanza a un dovere di condotta posto a carico del venditore stesso; in altre parole, guardando al disegno del modello di cui si tratta, si nota l'assenza dell'elemento rappresentato dal comportamento dovuto – quale, nell'opinione tradizionale, si denomina 'prestazione' – idoneo a estinguere l'obbligazione<sup>16</sup>. Manca, a monte, l'*ob-ligatio* stessa, ossia il *vinculum iuris* che astringe a un determinato comportamento, inattuato il quale scattano gli effetti della responsabilità<sup>17</sup>.

14 Si veda *infra*, § 6.

15 Cfr. A. BRINZ, *Der Begriff 'obligatio'*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, I, 1874, 11 s.; ID., *Lehrbuch der Pandekten*, II.1<sup>2</sup>, Erlangen, 1879, 1 ss.; si veda inoltre O. GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsverhältnisse*, Breslau, 1910. L'impostazione pandettistica fu recepita anche in Italia – cfr. S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane (Prolusione letta il 14 aprile 1902)*, Bologna, 1903, 14 s.; G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, I.2, Padova, 1941, 39 ss. – e da più punti di vista ridiscussa: si veda, tra molti, E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e la sua genesi*, Milano, 1955, il quale tornò poi a considerare l'intero tema in ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, 28 ss. Per un inquadramento dei profili della categoria concettuale 'garanzia', in tempi recenti, L. PIAZZA, voce *Garanzia*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.; G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 579 ss.; da ultimo, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 282 ss.

16 Vengono in discussione, trattando di ciò, gli elementi fondamentali che danno vita alla teoria dell'obbligazione. Assai utili approfondimenti, a tal riguardo, in AA.VV., *'Obligatio-obbligazione'. Un confronto interdisciplinare. Atti del convegno di Roma. 23-24 settembre 2010*, a cura di L. Caporossi Colognesi - M.F. Cursi, Napoli, 2011, ove sono i contributi di R. CARDILLI, G. FALCONE, T. REPGEN, M. MAGGIOLO, A. NICOLUSSI.

17 Occorre tenere a mente I. 3,13 pr.: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, su cui G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003; senza che dalla celeberrima definizione giustiniana possa ricavarsi argomento per la sicura riferibilità di una struttura siffatta al diritto romano classico e preclassico: cfr. R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il 'iudicatum facere oportere' nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *IAH*, I, 2009, 119 ss. Si veda, da un punto di osservazione più ampio, M. TALAMANCA, voce *Obbligazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*,

Invero, l'utilità perseguita dal creditore non si collega strumentalmente a un comportamento del soggetto obbligato.

Si può dire quindi che viene a costituirsi una responsabilità (come si è rilevato, sussiste una *Haftung*), ma soltanto *in exitu*. Così, non v'è dubbio che proprio l'assenza del profilo obbligatorio caratterizzi l'architettura concettuale della garanzia.

Alla luce di questa ricostruzione dogmatica, non potrebbe dunque ritenersi decisiva l'espressione piuttosto ambigua utilizzata dal nostro Legislatore, il quale con l'art. 1476, n. 3, c.c. («le obbligazioni principali del venditore sono: [...] quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi») sembrerebbe intendere la garanzia quale oggetto di un'autonoma obbligazione<sup>18</sup>.

Se obbligazione non v'è – ma è chiaro che a questo punto è decisivo riconsiderare a fondo cosa si intenda per obbligazione<sup>19</sup> –, il tratto distintivo di questo modello della garanzia tende a essere individuato nel fatto generatore della responsabilità, da mettersi in relazione con eventi antecedenti alla conclusione del contratto, ossia anteriori al perfezionarsi del consenso, il quale – trattandosi di compravendita – è anche produttivo degli effetti traslativi<sup>20</sup>.

XXIX, Milano, 1979, 1 ss.; S. TAFARO, *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, 2000; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 1 ss., il quale ripercorre l'intero tema della rielaborazione pandettistica dell'idea romana di *obligatio*; Id., *Considerazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 9 ss.

18 E nient'affatto decisiva ritiene quell'espressione, per esempio, G.C. TERRANOVA, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 82. L'artificio rappresentato dalla strana figura rappresentata dall'«obbligazione di garanzia» risale – com'è noto e come meglio si dirà *infra*, § 6 – a Pothier: si vedano in argomento le riflessioni di L. VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita*, cit., 187 ss.; cfr. inoltre M.G. CUBEDDU, *Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, 167. Piuttosto «fuori dal coro» la posizione – rimasta tale anche nel tempo – di M. GIORGIANNI, voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, in specie 863, il quale non ha indugi nel predicare la ricomposizione della frattura tra garanzia e responsabilità: frattura che, secondo l'Autore, sarebbe collegabile soltanto a ragioni storiche oggi del tutto superabili.

19 Al concetto stesso di obbligazione, nonché in specie al rapporto – di necessità o meno – tra obbligazione e prestazione sono dedicate, di recente, le riflessioni di C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 55 ss.

20 Molto nitidamente delineati i profili della garanzia nella celebre ricostruzione di G. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Studi in onore di A. De Gregorio*, Città di Castello, 1955, 140 ss.; Id., *Gli acquisti 'a non domino'*, Milano, 1975, 21 ss. Si veda inoltre F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959. In particolare nella prospettiva dei rapporti tra garanzia e principio del consenso traslativo, E. RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983; F. MACARIO, voce *Vendita*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, 15 ss.; V. MANNINO, *Le tutele per le anomalie del bene venduto tra antico e postmoderno*, ne *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. Alessi, Milano, 2005, 177 ss. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità*, cit., in specie 282 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 221. Sul medesimo principio,

Riconduce invece la garanzia a una prospettiva obbligatoria l'impostazione di chi vede nel fatto generatore della responsabilità l'inattuazione o l'inesatta attuazione dell'effetto traslativo: alludo, per un verso, all'impostazione di Rubino<sup>21</sup>, il quale immagina l'esistenza di un'obbligazione di far acquistare al compratore il diritto su un bene che sia esente da vizi; nonché, per altro verso, penso alla teorica di Bianca<sup>22</sup>, il quale ancor più marcatamente vede nella violazione dell'impegno traslativo l'inadempimento di un'obbligazione.

Tuttavia, almeno nell'opinione dominante, la costituzione di una garanzia in favore del compratore evidenzia dunque, in definitiva, una scelta di dislocazione del rischio.

Non è richiesto l'elemento della colpa del venditore<sup>23</sup>; e neppure ci si attende un comportamento dovuto da parte del medesimo venditore.

Se nella costruzione dogmatica della garanzia non residua spazio per un'obbligazione in relazione al modo di essere della cosa<sup>24</sup>, e quindi più precisamente rispetto all'assenza di difetti materiali della cosa stessa, ben si comprende allora che corrispondentemente neppure è configurabile un'azione la quale sia utilizzabile dal compratore allo scopo di ottenere da parte del venditore il cosiddetto 'esatto adempimento'.

Come si è osservato poc'anzi, l'art. 1492 c.c. consegna al compratore, sulla base del verificarsi dei presupposti dell'art. 1490 c.c., i rimedi edilizi, rappresentati dalla redibitoria e dall'estimatoria: e si deve precisare, chiudendo il cerchio rispetto a quanto appena detto, che di vere e proprie 'azioni' in realtà non si tratta, se solo si tenga conto del fatto che a esse non corrispondono diritti (nella specie, non si delinea alcun *ius in personam*). E ciò perché, in effetti, diritti corrispondenti al contenuto dell'azione non scaturiscono affatto dal contratto di vendita.

Occorre pertanto concludere che non si riscontra, nel modello dogmatico della garanzia edilizia, il tradizionale (se non quasi sacralizzato, ponendo mente all'irrigidimento pandettistico) rapporto di simmetria tra *obligatio* e *actio*.

Invece, il vincolo di responsabilità – lo si è visto – manifesta i suoi effetti in relazione all'oggettivo verificarsi di un'inesatta attuazione dello scambio: schema

---

peraltro, si veda *infra*, § 7.

21 Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII<sup>2</sup>, Milano, 1962, 630 ss.

22 C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 892 ss.

23 Come ribadisce, per esempio, Cass. 18 maggio 2009, n. 11423, ove si precisa che la colpa è invece richiesta in ogni altra ipotesi di risoluzione, nonché anche per la domanda di risarcimento *ex art.* 1494 c.c.

24 Con particolare chiarezza, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1937, 62; L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156 ss.; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1275 s.; si veda inoltre, in specie dal punto di vista delle differenze tra garanzia e responsabilità sotto il profilo soggettivo, G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza, Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, 4 ss. Di recente, su questi problemi, F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 543 ss.

quasi ossificato, quello della garanzia edilizia, che tuttavia parte della dottrina conduce a maggior flessibilità a cospetto della figura della vendita di cose generiche, per taluni aspetti assimilata a una vendita obbligatoria<sup>25</sup>.

#### **4. LA MANCANZA DI QUALITÀ DI CUI ALL'ART. 1497 C.C. E L'ALIUD PRO ALIO'**

Con il vigore del codice italiano del 1942 fu introdotta, accanto alla coppia di rimedi rappresentati dalla redibitoria e dall'estimatoria (la cui disciplina è racchiusa, come si è detto, negli artt. 1490-1495 c.c.), la particolare figura della mancanza nella cosa venduta delle qualità promesse o essenziali per l'uso cui è destinata, di cui all'art. 1497 c.c.

È a questa che intendo ora volgere l'attenzione.

Sul presupposto del difetto di cui si è detto, l'art. 1497 c.c. consente al compratore «di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi»; la medesima disposizione poi specifica però che «il diritto di ottenere la risoluzione è soggetto alla decadenza e alla prescrizione stabilite dall'art. 1495 c.c.», dunque con rinvio ai medesimi termini fissati per l'esperibilità dei rimedi edilizi.

Si può dire che la figura della mancanza di qualità essenziali o promesse fu ideata dal nostro Legislatore per collocarsi 'a mezza via' tra quella disciplinata negli artt. 1490 e seguenti c.c., in tema di vizi, e quella – cui già si è fatto cenno – dell'*aliud pro alio*; più precisamente, essa fu concepita come massimo punto di avanzamento della tutela del compratore, in funzione – almeno negli auspici – di 'assorbimento' della figura dell'*aliud pro alio*; si sarebbe inteso così impedire che riemergessero figure giurisprudenziali le quali lasciassero spazio per un riallineamento dei termini dell'azione rispetto alla prescrizione ordinaria decennale<sup>26</sup>. È però risaputo che, in realtà, l'*aliud pro alio* non cessò di esistere in conseguenza dell'entrata in vigore del nuovo codice: e infatti la giurisprudenza tutt'oggi pacificamente ne tratta come di una figura indiscussa del diritto vivente.

Ma, ciò detto soltanto in funzione di *actio finium regundorum*, di *aliud pro alio* si tornerà a parlare tra breve.

Invece occorre precisare che la mancanza di qualità essenziali o promesse si presenta – almeno secondo l'opinione più convincente – come una figura riconducibile alla responsabilità classicamente intesa, dunque ancorata al presupposto

25 Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 231. Da ultimo sull'azione di esatto adempimento, proprio nella prospettiva di una riduzione della distanza tra vendita di cosa generica e di cosa specifica, R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene, quale azione di esatto adempimento, nel sistema codicistico di tutela dell'acquirente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 53 ss.

26 Su ciò, cfr. L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, cit., 176 s., nt. 253.

tradizionale della colpa<sup>27</sup>. L'art. 1497 c.c. in effetti prevede che il compratore abbia il diritto di ottenere la risoluzione del contratto «secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento».

Il rinvio al sistema generale previsto per la risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive nonché – un passo a monte – ai principi della responsabilità per inadempimento, si abbina però a un secondo comma della medesima disposizione nel quale è stabilito che il diritto di ottenere tale risoluzione è soggetto ai termini di prescrizione e di decadenza di cui all'art. 1495 c.c., ossia ai termini brevi testé visti, applicabili alla redibitoria e all'estimatoria.

In forza di questa particolare giunzione di differenti discipline, l'art. 1497 c.c. finisce per apparire quasi come un irrocervo all'interno del tessuto normativo dedicato al difetto materiale del ben venduto. E il suo regime – piuttosto artificiosamente costruito – rimane in precario equilibrio tra quello della risoluzione e quello della redibitoria.

Proprio questo allineamento dei termini dell'azione di cui all'art. 1497 c.c. rispetto a quelli fissati nell'art. 1495 c.c. è da ritenersi la ragione fondamentale dello scarso successo applicativo della norma, nonché, in collegamento con ciò, del riemergere della figura giurisprudenziale dell'*aliud pro alio* che proprio la nuova previsione del codice del 1942 – come si è appena detto – avrebbe dovuto far dimenticare.

Sono opportune ora alcune ulteriori considerazioni sulla peculiarità dell'art. 1497 c.c.

Si è poc'anzi visto che quella prevista dall'art. 1497 c.c. è a tutti gli effetti un'azione di risoluzione, presupponente la colpa del venditore, e non una redibitoria, fondata sulla garanzia; quand'anche poi si intendano smussare le ragioni di differenziazione tra i due strumenti – enfatizzando la considerazione che essi offrono al compratore il medesimo risultato pratico, ossia di fatto quelli della risoluzione, nonché soggiacciono ai medesimi termini dell'art. 1495 c.c. –, non v'è dubbio però che l'introduzione dell'azione *ex art.* 1497 c.c. rappresenta, più che un'innocua duplicazione, un fattore di significativa complicazione della geografia dei rimedi nella disciplina della vendita.

Differente è la natura dell'azione e, in effetti, il distacco dell'azione *ex art.* 1497 c.c. rispetto alla redibitoria si avverte proprio nel momento in cui si passa da un piano di considerazione – potremmo dire – 'statico-sostanziale' a uno 'dinamico-processuale'.

Cercherò subito di dire meglio cosa intendo.

---

<sup>27</sup> Si tratta di opinione non certo incontrastata: per esempio, Cass. 21 gennaio 2000, n. 639, e Cass. 24 maggio 2005, n. 10922, richiedono il requisito della colpa, mentre Cass. 18 settembre 2000, n. 12301, consente la domanda diretta alla riduzione del prezzo (il che presuppone, evidentemente, una 'comunanza' con il regime della garanzia edilizia). Si veda sul punto L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità*, cit., 219 ss.; da ultimo, A. PLAIA, *Risoluzione per mancanza di qualità e colpa del venditore*, in *Contratti*, 2010. 627, il quale argomenta nel senso del carattere oggettivo del rimedio di cui all'art. 1497 c.c., giacché tale rimedio parteciperebbe della natura di garanzia e non di responsabilità.

In una prima prospettiva, si può osservare che l'ipotesi dei vizi (art. 1490 c.c.) e quella della mancanza di qualità essenziali o promesse (art. 1497 c.c.) appaiono adiacenti: vengono in discussione difetti materiali del bene venduto previsti nel regime speciale della vendita in relazione ai quali, al di fuori del caso in cui una certa qualità sia espressamente 'promessa', appare difficile distinguere il livello di gravità assunto da un vizio redibitorio, a confronto della mancanza di una qualità essenziale rispetto all'uso cui la cosa è destinata<sup>28</sup>. In questa stessa prospettiva, invece, si ravvisa una certa cesura nel momento in cui si passa dalle figure di cui agli artt. 1490 e 1497 c.c. all'ipotesi dell'inadempimento *tout court* ai sensi dell'art. 1453 c.c.: quando si guarda all'*aliud pro alio*, si attinge al livello più generale dei contratti a prestazioni corrispettive e più netta è la sensazione che si tratti di un difetto materiale di particolare gravità, nitidamente identificabile e pertanto distinguibile rispetto alle altre due figure.

Qualora invece si adotti la diversa prospettiva che guarda alla dinamica del processo, ci si avvede che, stante la partecipazione della risoluzione di cui all'art. 1497 c.c. alla natura dell'azione *ex art. 1453 c.c.*, la linea di discrimine davvero decisiva finisce per coincidere con quella che separa l'ipotesi dei vizi da quella di mancanza di qualità essenziali. E ciò è tanto vero che, allorché sia promossa in giudizio un'azione nella quale sia fatta valere la redibitoria, dunque invocando la garanzia per i vizi di cui all'art. 1490 c.c., l'eventuale successiva torsione dell'azione in una risoluzione ai sensi dell'art. 1497 c.c. integrerebbe un caso di non consentita *mutatio libelli*<sup>29</sup> (e lo stesso dovrebbe dirsi, per la medesima ragione, in ipotesi di mutamento della domanda in risoluzione *ex art. 1453 c.c.*).

Quindi lo iato, dal punto di vista processuale, si avverte tra le azioni che scaturiscono dalla presenza del vizio, per un verso, e dalla mancanza di qualità (o, direttamente, *aliud pro alio*), per altro verso: passando dall'una all'altra si incorrerebbe in *mutatio libelli*, non in mera *emendatio libelli*.

A questo punto non rimane molto da aggiungere sull'*aliud pro alio*.

Come si è detto, s'intende in tal modo evocare il caso di massima gravità della difformità materiale manifestatasi nel bene venduto. Quel bene arriva a rivelarsi «funzionalmente incapace di assolvere la destinazione economico-sociale della *res vendita* (o quell'altra funzione che le parti abbiano negozialmente assunta come essenziale) e quindi di soddisfare quei concreti bisogni che indussero l'acquirente

28 Al punto tale che taluni Autori reputano indistinguibili vizio, per un verso, e mancanza di qualità, per altro verso, per lo meno se si tratta di qualità essenziali, mentre le qualità promesse evidenzerebbero una loro autonomia ontologica: cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 891; più radicale, nel senso dell'uniformazione delle figure di cui agli artt. 1490 c.c. e 1497 c.c., G. MIRABELLI, *I singoli contratti. Artt. 1470-1765 c.c.*<sup>3</sup>, in *Commentario del codice civile Utet*, IV, 3, Torino, 1991, 90 ss.

29 Cfr. Cass. 24 maggio 2005, n. 10922: «nella specie la sentenza, facendo riferimento alle qualità pattuite dalle parti in relazione all'uso al quale l'impianto doveva essere destinato, ha accolto una domanda diversa da quella proposta, giacché la convenuta in via riconvenzionale aveva chiesto la risoluzione del contratto con riferimento ai vizi lamentati».

ad effettuare l'acquisto»<sup>30</sup>.

Così, in presenza di un difetto materiale di tale entità, è da ritenersi integrato un inadempimento direttamente sanzionabile sul piano del regime generale del contratto a prestazioni corrispettive. Decisivo è che all'*aliud pro alio datum* la giurisprudenza colleghi – e ciò faceva già nel vigore del codice del 1865 – l'applicabilità del termine lungo di prescrizione, anziché dei termini assai più stringenti collegati alla redibitoria e all'estimatoria.

Ma appare adesso opportuno volgere l'attenzione al modello di protezione delineato nella Convenzione di Vienna, per vedere come esso si collochi rispetto alle strutture giuridiche fin qui passate in rassegna.

### **5. IL MODELLO DELLA CONVENZIONE DI VIENNA: LA 'CONFORMITÀ' AL CONTRATTO**

Di fronte all'ipotesi di difetto materiale del bene venduto, Convenzione di Vienna (d'ora in poi, per brevità, anche CISG) introduce, con gli artt. da 35 a 46, un sistema rimediabile radicalmente innovativo. Com'è noto, quelle disposizioni trovano il loro fondamento concettuale nell'idea del 'difetto di conformità' del bene rispetto al contratto<sup>31</sup>.

Il referente immediato rispetto alla CISG, sul punto, è da ravvisarsi nella Luvi (Legge uniforme sulla vendita internazionale di beni corporali, approvata al L'Aja nel 1964).

Il cuore della Convenzione – in relazione al discorso che qui si sta svolgendo, dunque nella prospettiva dei rimedi esperibili per l'ipotesi di difetto materiale nel bene venduto – è rappresentato dall'art. 46<sup>32</sup>. Si osservi che al comma 3 di tale

30 Tra molte, ho citato Cass. 23 marzo 1999, n. 2712. In dottrina, E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987; per ulteriori e più aggiornati riferimenti, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 279 ss.

31 Su cui cfr. M. BIN, *La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 755 ss.; U. BABUSIAUX, *Défaut de conformité. Détermination du défaut de conformité selon la réglementation en vigueur dans le pays du vendeur*, in *Recueil Dalloz Jurisprudence*, 2002, 317 ss.; F. FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, II, Artt. 14-24, *Formazione del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna - Roma, 2006, 245, nt. 32.

32 Si veda l'art. 46 CISG: «(1) the buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement. (2) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter. (3) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter». Invece l'art. 28 CISG recita: «if, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a

disposizione si stabilisce che nel caso di non conformità dei beni al contratto il compratore può sempre chiedere al venditore l'eliminazione del difetto mediante la riparazione «a meno che ciò sia irragionevole avuto riguardo a tutte le circostanze». È poi doveroso aggiungere che la portata della norma appare attenuata dall'art. 28 – su cui certamente altri relatori di questo Convegno si soffermeranno –, ove si afferma che il giudice non è tenuto a ordinare l'esecuzione specifica quando ciò non sia consentito dalla sua legge nazionale in relazione a contratti di vendita simili, ma non regolati dalla CISG.

Pur mantenendo l'opportuna cautela nei confronti di un approccio troppo dogmatizzante nei confronti della CISG (è l'impianto stesso della Convenzione che sembra rifuggire da ciò: è noto, per esempio, che essa evita di disciplinare l'aspetto del passaggio della proprietà), non appare dubitabile che nella struttura dell'art. 46 si veda il profilo di un'obbligazione di conformità oppure, secondo una diversa declinazione, di un'obbligazione di consegna di bene conforme.

Nel primo caso l'obbligazione avrebbe per oggetto la conformità del bene in sé al contratto, con riferimento dunque al modo di essere della cosa; nel secondo caso, l'obbligazione di consegna sarebbe da intendersi precisata, a tenore della disciplina europea, in modo tale da includere quella particolare esattezza della prestazione che si traduce nella conformità al contratto e alle previsioni legali.

Comunque, a quell'obbligazione corrisponde un'azione con cui è dato al compratore di ottenere l'esatta esecuzione della prestazione, ossia appunto la consegna di un bene esente da difetti materiali. La cornice appare, in ogni caso, quella di un'azione che scaturisce dalla responsabilità per inadempimento di una – pur peculiarmente conformata – obbligazione.

Com'è evidente, il modello proposto nella CISG si mostra in grado di sovvertire il disegno sin qui tracciato del sistema tradizionale di tutele del compratore per l'ipotesi di difetto materiale del bene venduto.

La scelta di fondo della CISG è quella dell'inclusione entro il contenuto dell'obbligazione di consegna dell'attività necessaria alla conformazione del bene rispetto al contratto: non di obbligazione accessoria si tratta, quindi, ma della medesima obbligazione primaria; ed è un'obbligazione da eseguirsi senza che rilevi la scelta – non compiuta dalla CISG, come si è detto – in ordine al momento traslativo.

In altri termini, l'idoneità del bene viene assorbita all'interno del contenuto

---

judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention». Sul sistema rimediabile della CISG, si veda R. PELEGGI, *Un esempio di applicazione del 'favor contractus' quale principio ispiratore del sistema rimediabile della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 877 ss.; G. SAGLIASCHI, *La ragionevolezza nel sistema rimediabile della Convenzione di Vienna nella vendita internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 135 ss.; M. TORSSELLO, *Remedies for breach of contract under the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *9 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2005, 253 ss.; F. RAGNO, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, Padova, 2008, 297.

della prestazione di consegna, così producendosi un distacco concettuale tra il tema dell' idoneità del bene e il momento traslativo; momento traslativo rispetto al quale, nella struttura dell' art. 1376 c.c. (sempre per prendere a riferimento il nostro codice), l' idoneità del bene appare concepito come un attributo.

Il modello introdotto dalla Convenzione di Vienna ebbe un impatto molto forte, in Europa, rispetto ai sistemi di tradizione romanistica: *in primis* a livello di idee, concetti, linguaggio.

Quella scelta nel senso di privilegiare la conformità al contratto contribuì in effetti a disegnare, sul terreno della vendita, una nuova dogmatica europea.

Per la verità, la forza del modello introdotto con la CISG mostrò i suoi effetti più rilevanti in un ambito affatto diverso rispetto a quello nel quale trova applicazione la CISG stessa – ossia il campo dei rapporti tra professionisti e imprenditori (B2B) –, bensì in quello dei rapporti tra professionisti e consumatori (B2C): mi sto riferendo, come ben si sarà inteso, alla direttiva 44 del 1999, la quale proprio muovendo dalla CISG pose ad architrave della disciplina della vendita di beni mobili di consumo il modello della conformità al contratto.

Senza ripercorrere le vicende legate al recepimento italiano della direttiva 44, basti ricordare che oggi occorre guardare agli artt. 129-130 del codice del consumo (corrispondenti ai precedenti artt. 1519 *ter* e *quater* del codice civile).

Sono a tutti noti gli intensi sforzi nei quali si è prodotta la nostra dottrina nel tentativo di ricostruire i profili della particolare responsabilità che la normativa di derivazione europea pone in capo al venditore, identificando per lo più il sorgere di un' autonoma obbligazione di conformità del bene al contratto<sup>33</sup>, oppure – secondo percorsi che in larga misura replicano quelli giù segnati dai commentatori della CISG – un' obbligazione di consegnare un bene conforme<sup>34</sup>.

Si tratterebbe comunque, almeno aderendo a quest' impostazione, di configurare una responsabilità in senso tradizionale – precisamente, un' ordinaria responsabilità per inadempimento –, con abbandono dunque della tradizionale struttura della garanzia di stampo romanistico.

Va detto che giunge a diversa conclusione quella diversa dottrina che rifiuta in radice l' idea secondo cui verrebbe in gioco un' obbligazione, sia essa di conformità o di consegna di un bene conforme: si rileva la difficoltà di concepire un' obbligazione in relazione al modo di essere attuale della cosa, nonché la mancanza di una previsione, entro l' art. 130 c. cons., di una causa di esonero da responsabilità per impossibilità derivante da causa non imputabile al venditore. Ma direi che conta prima di tutto, per questa dottrina, una diversa opzione di fondo compiuta in

33 In una letteratura vastissima, basti vedere P. SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, 562; A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 4 ss.; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 880 ss.; ID., *Proprietà e consegna nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 140 ss.; C.M. BIANCA, *La responsabilità del venditore per i difetti di conformità a contratto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 436 ss.

34 In questo senso, per esempio, R. DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l' equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2001, 51 ss.

ordine alle idee di garanzia e responsabilità che scaturiscono dall'insegnamento di Mengoni<sup>35</sup>. Sta di fatto che la conclusione sarebbe in tal caso nel senso di una riconduzione del sistema rimediabile consumeristico al modello della garanzia pura, dunque con permanenza nell'alveo della tradizione romanistica.

Ebbene, anche al di là del dibattito teorico sviluppatosi intorno al tema della conformità al contratto, non è comunque in discussione che, tanto nella CISG quanto nella normativa consumeristica, al compratore sia in prima battuta aperta la strada che conduce alla corretta esecuzione del contratto (nonché – ma ciò in via subordinata – alla sua risoluzione, oltre che – secondo una lettura che tenga conto dei principi generali in tema di responsabilità – al risarcimento del danno). Appare chiaro che la sostituzione ovvero la riparazione del bene venduto, previste dall'art. 46 CISG e dall'art. 129 cod. cons., si caratterizzano rispetto ai rimedi sin qui considerati – *in primis* quelli *ex art. 1490 c.c.* ed *ex art. 1497 c.c.* – in ragione della spiccata orientazione verso la corretta attuazione del programma negoziale.

L'esigenza fondamentale che si tiene in considerazione è quella di ricollocare per quanto possibile il compratore nella situazione in cui si sarebbe trovato se il venditore avesse fedelmente cooperato alla realizzazione della funzione contrattuale.

Dunque l'impostazione della CISG appare da questo punto di vista – e, si ripete, perfino al di là della discussione in punto di ricostruzione dogmatica, tra i fautori dell'obbligazione e quelli della garanzia – quasi rivoluzionaria.

Eppure, da un altro punto di vista, non si potrebbe smentire l'opinione di chi ritenga che l'azione diretta all'esatto adempimento risponda a un'esigenza del tutto fedele rispetto a quella che emergeva già nella vendita delle origini: e in questo senso è sufficiente tenere in considerazione la natura intimamente sinallagmatica riconosciuta fin da Labeone al contratto di compravendita<sup>36</sup>. In effetti, solo la

35 Insegnamento che fa leva essenzialmente sulla ben nota critica del 'mostriciattolo pothieriano' della *obligation de faire avoir la chose utilement*: G. MENGONI, *Profili di una revisione*, cit., 140 ss. Sulla linea di difesa del modello mengoniano della garanzia, A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 525 ss.; C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 957. In parte differenti invece le conclusioni cui perviene S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 1029 ss., per il quale è possibile «superare il monito mengoniano sull'impossibilità logica di un'obbligazione relativa al modo di essere della cosa compravenduta [...] grazie alla possibilità di incidere sullo stato del bene dovuta all'inserimento del venditore nella catena distributiva o alla sua qualità di venditore produttore». Per una rilettura di R.-J. POTHIER, *Pandectae Justinianae*, vol. VIII, L. IX, T. I, artt. V, XLVIII - XLIX, di cui costituisce occasione in specie la discussione della tesi di Nicolussi, cfr. L. VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita*, cit., 187 ss.

36 Sembra sufficiente il richiamo alla celeberrima *definitio* di contratto – modellata proprio sulla vendita – che compare in D. 50,16,19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunĒllagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum*

consegna di un bene che abbia proprio le caratteristiche che quel bene avrebbe dovuto avere per contratto rappresenta la piena realizzazione dello scambio. Così, la tutela dell'interesse positivo o – se si preferisce l'interesse alla *specific performance*, l'*Erfüllungsinteresse* – sarebbe da vedersi in diretta connessione con la protezione dell'accordo (sullo scambio).

Orbene, le ragioni per cui nei sistemi di tradizione romanistica si sia inaridito il modello rimediabile orientato nel senso ora descritto possono comprendersi solo guardando alle imprevedibili traiettorie della storia.

Un pur breve sforzo di comparazione diacronica mostra come, in realtà, la tutela dell'interesse positivo fosse contemplata nel regime dell'*emptio venditio* del diritto romano classico.

## 6. ALLE ORIGINI DELLA TRADIZIONE ROMANISTICA: LA TUTELA DELL' 'EMPTIO VENDITIO'

Al di là della tradizione romanistica, appare ora opportuno avvicinare almeno un po' lo sguardo al regime della compravendita romana in epoca classica. E ciò intendo fare non certo per trattare in questa sede alcuno dei vischiosi problemi (non solo dogmatici, ma in prima battuta esegetici) in tema di *emptio venditio*, bensì – come ho cercato di dire in premessa – per concentrarmi sulle strutture giuridiche essenziali di un passato, proprio del passato nel quale le categorie cui facciamo riferimento furono elaborate, al fine di poter condurre un confronto con il presente.

Proporrò dunque un'osservazione 'dall'alto' sul sistema rimediabile richiamabile dall'*emptor*.

Anzitutto occorre dire che si aprivano due scenari, rappresentati, per un verso, dalla tutela onoraria facente capo all'editto degli edili curuli, nonché, per altro verso, dalla tutela civile riconosciuta nell'editto pretorio.

Era così delineato un sistema composito – di concorrenza, concorso elettivo oppure di sussidiarietà, a seconda delle differenti opinioni – tra rimedi edilizi, i quali erano circoscritti alle vendite di schiavi e animali da sella e da soma nei mercati, e rimedi civili, potenzialmente applicabili a tutte le vendite di qualsivoglia tipo di bene: senza prendere qui posizione sull'esatta configurazione del rapporto tra i piani rimediali, è comunque da ritenere che il sistema risultasse nel suo complesso duttilmente integrabile, certamente con ampie fasce di sovrapposizione tra strumenti edilizi e civili, nonché comunque caratterizzato da una forte capacità di adattamento ai profili del caso di specie<sup>37</sup>.

---

*rem significare sine verbis factam*. Cfr. H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, in specie 10 ss.; ma sia anche consentito il rinvio a T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore del synallagma in Labeone e in Aristone*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 825 ss.

37 Sul difficile problema del coordinamento tra le tutele scaturenti dall'editto edilizio e quelle civili, di recente soprattutto N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae'*

Merita di essere evidenziata – pur forse a rischio di qualche semplificazione o irrigidimento – la differente connotazione delle tutele edilizie, rispetto alle tutele assicurate dal *ius civile*.

Il fondamento per l'esperibilità dei rimedi edilizi è rappresentato dalla violazione di disposizioni normative, proprio quelle contenute nell'editto degli edili, che ponevano in capo a determinati destinatari/venditori specifici di informazione a vantaggio degli acquirenti. Quindi la sanzione si collega all'inottemperanza di una regola di condotta la quale si colloca all'esterno del regolamento contrattuale.

Nel modello di tutela edilizio, giovava al compratore l'irrelevanza della colpa in capo al venditore; il riscontro di vizi occulti nel bene reso oggetto del contratto era in sé sufficiente per dischiudere la percorribilità delle tutele previste per il compratore<sup>38</sup>; inoltre, i termini per attivare tali rimedi erano particolarmente stringenti, consistendo, per il caso della *redhibitoria*, in sei mesi utili dalla conclusione del contratto. Nel caso di esperimento dell'*aestimatoria* o *quanti*

---

'*actio empti*', Milano, 2004, 1 ss., ove è rappresentato il quadro completo delle teorie avanzate al riguardo; inoltre, EAD., *Garanzia per i vizi della cosa e responsabilità contrattuale*, in *Kaufen*, cit., 61 ss.; EAD., *Qualità promesse e qualità essenziali della 'res vendita': il diverso limite tra la responsabilità per 'reticentia' e quella per 'dicta promissave' nel 'diritto edilizio' o nel 'ius civile'*, in [www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), III, 2010, *Incontri di studio*: l'Autrice in particolare valorizza i profili di differenziazione delle tutele edilizie, giungendo alla conclusione nel senso della sussidiarietà dell'*actio empti*, almeno all'interno dell'ambito della giurisdizione degli edili curuli. Per una discussione di questa tesi, proficua la lettura di A. BURDESE, *Recensione* a N. Donadio, *La tutela del compratore*, cit., in *Iura*, LVI, 2006-2007, 247 ss., il quale propende invece per la tesi del concorso elettivo.

38 L'affrancamento della tutela edilizia rispetto ai presupposti della colpa e del dolo è da collegarsi, nel pensiero dei giuristi romani, alla *ratio* stessa delle disposizioni edilizie, nelle quali era posto a carico dei mercanti di *mancipia* e di *iumenta* uno specifico dovere di informazione: si veda D. 21.1.1.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); Cic. *off.* 3.17.71. Al di là del profilo rappresentato dall'assenza di colpa, la possibilità di riconoscere nel sistema romano-classico un modello della garanzia – inteso come responsabilità senza debito: si veda *supra*, § 3 – è legato principalmente alla lettura di un passo di Ulpiano, D. 21.2.31 Ulp. 42 *ad Sab.*, nel quale il giurista severiano dubitava dell'utilità della *stipulatio* su determinate qualità della cosa, giacché o la cosa le avrebbe possedute, e in tal caso la promessa sarebbe stata impossibile, oppure non le avrebbe possedute, sicché in tal caso l'impegno sarebbe stato vano. Di qui dunque la conclusione secondo cui sarebbe da ascrivere all'autorità di Ulpiano, in primo luogo, l'impossibilità di configurare come possibile contenuto di un'obbligazione il garantire che la cosa oggetto del trasferimento sia immune da vizi, nonché, in secondo luogo, la distinzione romana fra azione per l'inadempimento contrattuale e azioni edilizie per i vizi occulti: così L. VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita*, cit., 193. Alla testimonianza ulpiana faceva riferimento già G. MENGONI, *Profili di una revisione*, cit., 10. In realtà occorre dire che gioca in questo senso un certo irrigidimento dogmatizzante estraneo allo spirito dei giuristi romani: una lettura veritiera del pensiero del giurista mi sembra quella proposta da C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1976, 127 ss., il quale incentra l'attenzione sul valore del verbo *praestare* impiegato nel passo. In precedenza, si veda anche G. PUGLIESE, '*Actio*' e *diritto subiettivo*, Milano, 1939, 294 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni*, Torino, 1966, 5 ss.; P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette). Il contenuto dell'obbligatio*, I, 1, Milano, 1969, 4 ss. La lettura di Carlo Augusto Cannata è stata poi approfondita e sviluppata da L. VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita*, cit., 193 ss.

*minoris*, promuovibile entro l'anno, si otteneva, sempre in presenza di vizi nel bene venduto, il risultato della conservazione del contratto, dunque con conseguente permanenza del bene nelle mani del compratore, mentre nel caso della *redhibitoria* si realizzava certamente l'effetto risolutorio, però il regime delle restituzioni era condizionato alla permanenza del bene nelle mani del compratore.

Diversamente, le azioni civili avevano il loro presupposto concettuale nella violazione del regolamento contrattuale.

Nel modello di tutela civile era richiesta la colpa del venditore, giacché quel che rilevava era l'inadempimento; la mancata esecuzione della prestazione del venditore apriva al compratore la via del giudizio di buona fede; per la particolare struttura della formula (con *intentio* nel *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona e condemnatio* nell'*eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvido*), tale giudizio si connotava per un'ampia elasticità, sui contorni della quale la dottrina si è approfonditamente soffermata; infine, i termini dell'*actio empti* non sono quelli brevi – di sei mesi e un anno – appena visti per *redhibitoria* ed *aestimatoria*.

Viene in evidenza, dunque, un gioco di contrapposizioni/giustapposizioni: i caratteri della garanzia per i vizi si confrontano con quelli di una responsabilità contrattuale per inadempimento di un contratto di buona fede; alla rilevanza dei vizi nel bene fa da contrappunto quella dell'inadempimento della prestazione; infine, i termini marcatamente brevi della garanzia fanno sì che si collocano in antitesi rispetto a quelli lunghi dell'azione contrattuale.

A ben vedere, se un'unitaria chiave di lettura voglia trovarsi negli strumenti messi a disposizione dall'editto degli edili curuli, questa sembra identificabile nella centralità del bene oggetto del contratto, nonché nelle sue precipue caratteristiche: proprio in quest'ottica legata alla 'cosa' ritengo possa comprendersi, nella sua essenza, il modello cui si riconducono *aestimatoria* e *redhibitoria*.

Viene offerta al compratore una garanzia che in tempi rapidi consenta, limitatamente alle vendite di schiavi e animali nei mercati, la conservazione del contratto oppure la restituzione del bene, però condizionatamente alla disponibilità di quel bene (oppure alla sua distruzione in conseguenza del vizio).

Come si è appena detto, è questo un sistema di tutele per sua essenza connesso alla cosa oggetto del contratto. Invece tendenzialmente ci si disinteressa della cornice contrattuale di riferimento, tanto che la violazione meritevole di sanzione è da intendersi in rapporto a un regolamento esterno al contratto; e così pure non viene in rilievo il livello di imputabilità soggettiva del venditore.

Sempre in quest'ottica, resta del tutto estranea alla tutela edilizia qualsiasi considerazione in ordine alla proporzionalità tra le prestazioni delle parti (ricordiamo peraltro che l'origine della *redhibitoria* è da cercarsi nelle vendite all'asta, nelle quali dunque la struttura della vendita non era certo quella dello scambio)<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Cfr., su ciò, N. DONADIO, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell'emptio venditio*. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti, in AA.VV., *La compravendita e l'interdipendenza*, cit., 455 ss.

Si potrebbe parlare – per utilizzare un linguaggio figurato – di un modello rimediale ‘statico’.

Il senso unitario dei rimedi civili può scorgersi nella centralità riservata all’accordo contrattuale medesimo e dunque, in collegamento con ciò, nella preminente esigenza di realizzazione del programma che le parti si sono impegnate a realizzare.

In questa prospettiva si comprende lo spirito e, al contempo, il concreto funzionamento del giudizio di buona fede: è offerta al compratore una tutela di fronte all’inadempimento – colposo – del venditore che, per qualsivoglia tipo di beni, abbia impedito la realizzazione del programma negoziale; ecco che, in termini significativamente allungati rispetto alle tutele edilizie, è riconosciuto al compratore di invocare la sanzione conseguente alla violazione contrattuale del venditore.

Il concreto meccanismo del giudizio di buona fede, per la particolare duttilità del sistema *intentio ex fide bona/condemnatio*, induce il venditore a sottrarsi alla condanna pecuniaria eseguendo in modo corretto, prima che la condanna stessa intervenga, la prestazione alla quale era tenuto secondo contratto. Alla radice, rileva quindi la violazione dell’impegno alla realizzazione di un obiettivo contrattuale: e a quell’obiettivo si guarda finanche nel corso dello svolgersi del processo, sino al momento delle preclusioni, coincidenti con la *litis contestatio*.

Diversamente che nel sistema edilizio, il giudizio nel quale sia promossa l’*actio empti* evidenzia un sostanziale disinteresse per il bene oggetto della compravendita e per le sue sorti; invece si rivela centrale la considerazione della mancata esecuzione delle prestazioni, dal cui compiuto scambio sarebbe dovuto derivare anche il realizzarsi della complessiva funzione contrattuale.

Mi pare che per l’insieme dei caratteri evidenziati si possa parlare, in relazione agli strumenti di tutela civile, di un modello ‘dinamico’.

La schematizzazione che ho proposto – tra modello ‘statico’ e modello ‘dinamico’ – evidenzia un’integrazione tra discipline diversamente caratterizzate. Ma, come già si è visto, una siffatta ricchezza sembra essersi in larga parte perduta nella tradizione romanistica.

**7. L’INARIDIRSI DEL MODELLO DI TUTELA DELL’  
‘ACTIO EMPTI’, L’AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO  
CONSENSUALISTICO E LA DEFINITIVA ‘SPEZZATURA’  
NELLA VICENDA STORICA DELLE TUTELE  
A VANTAGGIO DEL COMPRATORE**

Si è osservato che il modello della garanzia edilizia, qual è giunto fino a noi, non è in grado di assicurare al compratore il diritto a ottenere l’esatta esecuzione della prestazione, ossia il diritto a ricevere la consegna di un bene che sia esente da difetti materiali.

Eppure, dopo aver rivolto un pur rapido sguardo al diritto romano classico, è agevole ora constatare come la tutela degli interessi del compratore non si esaurisse

affatto nella garanzia edilizia. Anzi, i peculiari presupposti in presenza dei quali redibitoria ed estimatoria erano concesse (basti rammentare che la competenza degli edili curuli era limitata alla vendita di schiavi e animali nei mercati) circoscrivevano significativamente l'ambito di applicazione di quello strumentario.

Non si può dimenticare che l'altro modello rimediabile – anzi, per vero, il modello rimediabile 'generale' della vendita –, essendo improntato al criterio normativo della buona fede, avrebbe sospinto verso l'esatta esecuzione della prestazione da parte del venditore, così conducendo alla consegna di un bene esente da difetti: si sarebbe in tal modo assecondato il completamento del programma contrattuale.

Per rimanere al linguaggio poc'anzi utilizzato, accanto alla tutela 'statica', il compratore avrebbe potuto disporre di una tutela 'dinamica', orientata ad assicurare l'interesse contrattuale.

Differenti erano quindi, per obiettivi e modalità, i rimedi disponibili all'*emptor*, eppure complessivamente complementari.

Se si tiene conto di ciò, l'eredità romanistica giunta a noi nelle forme della garanzia edilizia appare quindi parziale, incompleta.

Le ragioni per le quali ciò sia accaduto sono molteplici; né le si potrà descrivere compiutamente in questa sede.

In estrema sintesi, però, si può dire che decisiva fu l'obliterazione della distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*, in conseguenza della quale si verificò un sostanziale appiattimento dei differenti rimedi all'interno di un regime unitario; con l'estensione dei mezzi edilizi a tutte le compravendite, al di fuori della giurisdizione che era stata propria degli edili curuli, venne a perdersi la consapevolezza dell'originaria duplicità dei sistemi di tutela e così *aestimatoria* e *redhibitoria* presero ad affermarsi come rimedi esaustivi all'interno di un regime – a questo punto – indifferenziato<sup>40</sup>.

Meriterebbe poi un discorso tutto a sé la storia legata all'introduzione, nel corso dell'età intermedia, principalmente per influsso del diritto canonico, dell'azione diretta alla risoluzione del contratto quale rimedio generale, di cui la matrice deve ravvisarsi in una sorta di 'contro-regola' fondata sul rilievo della volontà (implicita) delle parti, opponibile al generale precetto del *pacta sunt servanda*<sup>41</sup>. E comunque

40 Che la generalizzazione dell'*edictum aedilium curulium* a tutte le compravendite, di beni mobili e immobili, sia frutto di una scelta giustiniana non sembra potersi revocare in dubbio. Altro tema è invece quello del possibile, più risalente, fenomeno di assorbimento della disciplina edilizia entro lo spettro dell'azione generale di vendita: fenomeno che avrebbe preso avvio già da Labeone, stando all'opinione di C. BALDUS, 'Una *actio experiri debet?*' Zur *Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht*, in *OIR*, V, 1999, 48, nt. 108, poi ripresa e ampliata da E. PARLAMENTO, *Labeone e l'estensione della 'redhibitio all'actio empti'*, in *Riv. dir. rom.*, III, 2003. Ma, per una critica di questa proposta ricostruttiva, cfr. N. DONADIO, *Garanzia per i vizi*, cit., 70.

41 Cfr. G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (origines de l'article 1184 c.civ.)*, Paris, 1924; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, III, *System des Kaufs nach gemeinem recht*, 2, rist. Aalen, 1965, 198 ss.; G.G. AULETTA, *La risoluzione del contratto*, Milano, 1942, in specie 37 ss. Si veda inoltre U. PETRONIO, voce *Risoluzione del contratto (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1293

occorre rilevare che, se per un verso venne a realizzarsi una sovrapposizione tra la *redihibitoria* e la risoluzione, accomunate dall'esito finale cui conducono il contratto, per altro verso la risoluzione viene a inserirsi nella cornice della responsabilità per inadempimento, di cui venne ad assorbire, tra i presupposti, quello della colpa.

Il processo storico che condusse all'oblio del modello di tutela rappresentato dell'antica *actio empti* conobbe un momento decisivo, infine, con l'affermarsi del principio del consenso traslativo sullo scenario del diritto continentale: com'è noto, ciò accadde con il venire alla luce del *code Napoléon*; il prevalere del principio per cui con il consenso passa la proprietà (art. 1583 del *code*, ripreso dall'art. 1376 del nostro codice vigente) produsse una definitiva 'spezzatura' nella storia delle tutele in tema di difetto materiale del bene venduto<sup>42</sup>.

A ben vedere, se la vendita romana dava luogo a effetti puramente obbligatori (come poi continuò a essere nella tradizione germanica, nella quale si distingue tra *titulus e modus acquirendi*<sup>43</sup>), l'adozione del dogma del consenso traslativo, in ragione del quale viene meno in radice l'obbligazione di *dare o facere* in capo al venditore, giacché il trasferimento della proprietà avviene *uno actu* con il consenso, elimina le premesse medesime perché possa rivolgersi nei confronti del compratore un'azione finalizzata a imporre un certo comportamento in relazione alla cosa venduta.

In altri termini, il principio consensualistico, assorbendo l'obbligazione del venditore, non lascia lo spazio logico per una tutela che, intervenendo sul modo di essere della cosa, sia in grado di assicurare la *specific performance*, ovvero sia un *Erfüllungszwang*: perfezionatosi l'accordo, il bene passa in proprietà dell'acquirente nelle condizioni in cui si trova, sicché il difetto materiale del bene rileva non più che come una condizione di fatto della cosa, preesistente al momento della conclusione del contratto.

Il risultato traslativo non prevede il medio di un'obbligazione, scaturendo *recta via* dal perfezionarsi del consenso sul passaggio di proprietà.

---

ss.; A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1307 ss. Ripercorre il tema, risalendo all'impiego dell'azione di vendita in funzione di risoluzione, di recente, G. ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni e 'risoluzione' della 'emptio venditio': alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, ne *La compravendita e l'interdipendenza*, cit., II, 5 ss.

42 Entro una letteratura vastissima, cfr. G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 18 ss.; G. STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 3 ss.; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995; C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Dir. priv.*, 1995, 5 ss.; G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Dir. priv.*, 1995, 83 ss.; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e impresa*, 1998, 572 ss.; P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico: radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999; A. LUMINOSO, *Armonizzazione del diritto europeo e disarmonie del diritto interno: il caso dei contratti di alienazione e dei contratti d'opera*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 469 ss.

43 Cfr. F. FERRARI, *Principio consensualistico e 'Abstraktionprinzip': un'indagine comparativa*, in *Contr. e impresa*, 1992, 889 ss.

La pretesa all'eliminazione del vizio imporrebbe l'esercizio di un'attività che rimane estranea al contenuto dell'impegno dal venditore assunto *ex contractu*: pertanto, un'eventuale richiesta di riparazione o di sostituzione sarebbe inammissibile sulla base del contratto<sup>44</sup>

## **8. I TENTATIVI DI RICOSTRUIRE L'AZIONE DI ADEMPIMENTO 'ESATTO' NELLA CORNICE DEL CONTRATTO TRASLATIVO**

La rappresentazione dei profili dogmatici del contratto di vendita sulla quale ci si è appena soffermati spiega le difficoltà nelle quali dottrina e giurisprudenza si sono trovate a fronte dell'esigenza di consegnare al compratore un'azione che sia in grado di assicurare l'esatto adempimento contrattuale, ossia la consegna di un bene esente da difetti materiali; in effetti, salvo che sia pattuita la garanzia di buon funzionamento ai sensi dell'art. 1512 c.c., la mancanza del medio dell'obbligazione – come appena detto – non lascia spazio per un'azione tesa alla sostituzione o riparazione del bene consegnato<sup>45</sup>.

Oltre alle difficoltà dogmatiche legate alla costruzione del vizio redibitorio, nel tessuto del codice italiano vigente, oltretutto, si scorgono ulteriori ostacoli rispetto all'attivazione di una pretesa all'esatto adempimento: uno di questi è stato talora visto nell'art. 1258 c.c., il quale al suo secondo comma prevede che, essendo dovuta una cosa determinata, qualora essa abbia subito un deterioramento o quando residui alcunché dal perimento totale della cosa, il debitore si liberi dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile; e per questo si è percorsa in dottrina la strada del risarcimento del danno, vedendo in questa l'unica possibile via per l'introduzione di un'azione che avesse per scopo la manutenzione del contratto<sup>46</sup>.

Precisamente, la proposta è stata quella di introdurre una domanda per il risarcimento, fondato sulla presenza del vizio (e quindi, in sostanza, una domanda ai sensi dell'art. 1494 c.c.), orientata però a ottenere un risarcimento in forma specifica, secondo la regola dell'art. 2058 c.c.

Attraverso questo percorso sarebbe in sostanza spostata sul piano della responsabilità una costruzione in grado di condurre il compratore a ottenere la piena

44 Come rilevano, tra molti, G. MENGONI, *Gli acquisti 'a non domino'*, cit., 22; A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita. Dal codice civile alla direttiva 1999/44*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 838 ss.; G. AMADIO, *Difetto di conformità*, cit., 882 ss.

45 Diversa, come già accennato, l'opinione di M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1958, 53 s., il quale è incline a riconoscere applicabilità generale a tale azione.

46 Sono questi gli argomenti evidenziati da C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 1010; cfr. inoltre P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita. Art. 1470-1547<sup>2</sup>*, in *Commentario del codice civile* a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1981, 278. In giurisprudenza, per esempio, Trib. Cagliari 14 dicembre 1978, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 304.

tutela dell'interesse alla completa ed esatta esecuzione del programma contrattuale: e la dottrina si è a lungo interrogata sulle potenzialità dell'art. 2058 c.c. in questo senso<sup>47</sup>.

Difficilmente superabili appaiono però le obiezioni che possono muoversi avverso una siffatta ricostruzione dell'azione di esatto adempimento.

In primo luogo, si potrebbe osservare che manca il nesso di causalità tra il danno rappresentato dal sussistere del vizio e il comportamento del venditore, dal momento che – come si è detto – il vizio è relativo alla cosa nello stato in cui si trova al momento della conclusione del contratto; nella costruzione della garanzia edilizia, il bene passa per effetto del consenso e il venditore non dà causa in alcun modo, con il proprio comportamento, al difetto materiale.

In secondo luogo, di una vera e propria remissione in pristino non si potrebbe parlare, dal momento che il difetto preesisteva al contratto: dunque non si mirerebbe a ricondurre la cosa a uno *status quo ante*, bensì – correttamente – il problema è quello di attribuire a tale cosa una condizione 'nuova', ossia quella che essa avrebbe dovuto avere, ma che in realtà non aveva.

Si tratta di difficoltà tutte riconducibili, nel fondo, al tema del raccordo tra l'adempimento dell'obbligazione e il risarcimento in forma specifica<sup>48</sup>.

La strada maestra, allora, per la costruzione di un'azione di esatto adempimento anche nel nostro sistema sembra essere quella che guarda alla disciplina della CISG.

In precedenza ho sottolineato la forza della CISG: e ciò è da intendersi non solo come riconoscimento del vasto ricorso alla sua applicazione, ma anche nel senso che la Convenzione è assurta a modello normativo di riferimento.

In effetti si potrebbe dire che essa mostra una forza 'esemplare': alle sue strutture e alle sue soluzioni studiosi e pratici d'Europa hanno guardato, nell'arco

47 In specie a favore del percorso segnato dall'art. 2058 c.c., C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 1008 ss.; B. GRASSO, *Garanzia per i vizi della cosa venduta, azione di esatto adempimento e risarcimento del danno*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 213 ss.; L. CAO, *Vendita della cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 304 ss. Sul punto, tuttavia, il dibattito è amplissimo: M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 53 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 825 ss.; P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, cit., 278 s.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 35; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità*, cit., 172; A. PLAIA, *Sull'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento in presenza di vizi del bene venduto o promesso in vendita*, in *Contr. e impresa*, 1998, 123 ss.; Id., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Padova, 2000, in specie 86 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*<sup>3</sup>, III, Milano, 2001, 261 ss.; C. CASTRONOVO, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 114; E. BARCELLONA, *Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità garanzia ed esatto adempimento*, in *Contr. e impresa*, 2009, 202 ss.

48 Tema approfondito da C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, 492; S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 518 ss.; G. AMADIO, *La 'conformità al contratto' tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2001, 7.

di più di trent'anni, con l'attenzione di chi guarda alla traccia di un possibile, praticabile diritto continentale 'uniforme'.

Inoltre, se non si può propriamente dire che le norme della CISG siano *stricto sensu* 'diritto privato europeo' – giacché esse non sono state oggetto di recepimento da parte di direttive o regolamenti –, però difficilmente si potrebbe essere smentiti se si affermasse che quelle regole costituiscono già, di fatto, terreno comune degli Stati d'Europa (e non solo); la CISG, con le sue regole e il loro valore riconosciutamente 'di riferimento'<sup>49</sup>, contribuisce a integrare la nozione, pur in sé controvertibile, di *acquis communautaire*.

Si comprende allora anche il senso della proposta dottrinale – penso anzitutto a quella del Luminoso<sup>50</sup> – di procedere con un'operazione di interpretazione estensiva, tale per cui la disciplina dei rimedi della CISG – contenuta essenzialmente negli artt. da 35 a 46, come si è visto –, con la sua potenzialità 'manutentiva' del contratto, meriterebbe di essere applicata a tutte le vendite, non solo quelle internazionali, ma anche quelle interne.

Nella proposta ricostruttiva dell'Autore, l'opzione in favore della necessità di un'estensione analogica del regime della CISG a tutte le vendite di impresa troverebbe poi supporto in ulteriori dati normativi presenti nel nostro ordinamento: in breve, l'abrogata l. 426 del 1971 sul commercio per corrispondenza e a domicilio; l'art. 1512 c.c.; la direttiva 1999/44, recepita dal d.lgs. n. 24/2002. Inoltre, il ragionamento analogico si salderebbe con l'idea secondo cui dal contratto di compravendita sorgerebbe un obbligo fondato sulla buona fede, in capo al venditore, di assicurare in prima battuta la manutenzione del contratto – mediante sostituzione o riparazione – e dunque l'interesse alla *specific performance*.

La proposta merita ancora alcune considerazioni.

Tenendo conto che il modello rimediabile della CISG è il medesimo fatto proprio dalla direttiva n. 44 del 1999, in tema di beni mobili di consumo, appare piuttosto disarmonico lo scenario che viene così a profilarsi, nel quale le vendite B2B e quelle B2C rispondono all'identica logica – essenzialmente, la prevalenza assicurata alla tutela rappresentata dalla *specific performance*, rispetto ai rimedi caducatori –, mentre l'unico segmento di disciplina della vendita impostato sul modello della garanzia edilizia di tradizione romanistica – che non apre alla possibilità di una tutela manutentiva – è quello delle vendite domestiche B2B.

Osservata in questa prospettiva sistematica, dunque, la proposta nel senso di un'interpretazione estensiva del regime della CISG a tutte le vendite di impresa

49 Si vedano, sul punto, le riflessioni di M.J. BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 599 ss.; cfr., inoltre, A. JANSSEN, *I termini delle direttiva 1999/44/CE ed il loro recepimento nel diritto tedesco con particolare riguardo alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2004, 877 ss.; F. RAGNO, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, cit., 233 ss.

50 Così A. LUMINOSO, in AA.VV., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, XXXI, Padova, 2003, 112 ss.; si veda anche ID., *La compravendita*, cit., 308 ss.

risponderebbe all'esigenza di riempire un vuoto di tutela: quel vuoto che sussiste tra il campo di applicazione della Convenzione di Vienna e quello della vendita di beni mobili di consumo.

Note sono le considerazioni che – collocabili su un piano socio-economico piuttosto che giuridico – si prestano a corroborare esiti di tal genere: principalmente, deve essere tenuto in conto il fenomeno di progressiva accentuazione dei caratteri di serialità della vendita, legati al diffondersi della grande distribuzione, nonché – in connessione con ciò – di sempre più ampio sviluppo di un sistema di servizi di assistenza post-vendita<sup>51</sup>.

La giurisprudenza, dal canto suo, stenta ad assecondare proposte ricostruttive che postulano una così profonda destrutturazione del modello della garanzia edilizia.

Senza dire del lavoro – certamente assai significativo – compiuto sulla clausola di buona fede, affinché sempre più intensa sia la penetrazione dei suoi effetti entro il regime del contratto di compravendita, è da segnalare che l'attenzione alla prospettiva manutentiva si è collegata negli ultimi anni soprattutto alla condotta del venditore, il quale abbia riconosciuto il vizio del bene e abbia manifestato la volontà di ripararlo o di sostituire il bene.

Il tema che viene all'attenzione è quello del cosiddetto 'impegno operoso' del venditore.

Quando vi sia questa manifestazione di volontà da parte del venditore, oltre all'effetto di interruzione della prescrizione, si produce il sorgere di un'obbligazione autonoma – con contenuto di *dare* o *facere* – la quale necessita di un coordinamento con i rimedi della garanzia.

Com'è noto, la questione che si pone è in primo luogo legata all'identificazione della natura di quell'impegno, giacché se si ritenesse un impegno di contenuto novativo, allora ci si dovrebbe chiedere quale sia l'*obligatio novanda*. Ma, posto che a monte si colloca una garanzia (come prima si è detto, *Haftung* senza *Schuld*), un'obbligazione – a ben vedere – non vi sarebbe. Ed evidente è la ricaduta di questi problemi sul piano dei termini, giacché se l'impegno avesse natura novativa, allora dovrebbero decorrere *ex novo* i termini originari *ex art. 2945 c.c.*

Lo scenario è fitto di tante questioni che neppure la recente Cass. 14 gennaio 2011, n. 747 – con cui si stabilisce che non c'è novazione e, al contempo, si è svincolati dai termini brevi di cui all'art. 1495 c.c.<sup>52</sup> – sembra in grado di dissipare.

51 Per una sintesi sui tratti caratterizzanti che va assumendo, anche nel contesto socio-economico, la vendita del nostro tempo, utile la lettura di A. LUMINOSO, *La compravendita: dal codice civile ai nuovi assetti normativi*, in *Contr. e impresa*, 2003, 1109 ss. Cfr., di recente, R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene*, cit., in specie 64 ss.

52 «In tema di compravendita, l'impegno del debitore di eliminare i vizi che rendano il bene inidoneo all'uso cui è destinato (ovvero che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore economico) di per sé non dà vita ad una nuova obbligazione estintiva-sostitutiva dell'originaria obbligazione di garanzia, ma consente al compratore di non soggiacere ai termini di decadenza ed alle condizioni di cui all'art. 1495 cod. civ.; ne consegue che, ove il compratore, anziché chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, agisca per l'esatto adempimento dell'obbligo

Il quadro – pur assai sintetico – che si è proposto in tema di esatto adempimento non potrebbe ritenersi completo se non si ricordasse che, in un sistema improntato sul modello della garanzia edilizia di tradizione romanistica, rimane però sempre aperta la possibilità di proporre la domanda fondata sull'*aliud pro alio*<sup>53</sup>, però ovviamente non già nella direzione che l'art. 1453 c.c. orienta alla risoluzione del contratto, bensì in quella che – tutto all'opposto – consente l'adempimento della controprestazione<sup>54</sup>.

Il problema, di fronte alla consegna di un bene così radicalmente differente rispetto a quello promesso in contratto da rappresentare un vero e proprio *aliud*, è semmai quello di immaginare che sia possibile un'attività di riparazione o manutenzione, rispetto a quel bene, che sia davvero in grado di renderlo di piena e completa utilità per il compratore. Comunque sia, non è in discussione che la spinta verso l'esecuzione in forma specifica del contratto trovi risposta all'interno della costruzione giurisprudenziale dell'*aliud pro alio*.

Occorre osservare che, in questa prospettiva, gli ostacoli dogmatici collegati al modello della garanzia edilizia vengono superati in radice, accedendo direttamente alle regole che governano i contratti a prestazioni corrispettive, andando oltre il piano tipologico della compravendita. È proprio facendo leva sull'art. 1453 c.c. che al compratore risulta consentito di avanzare la pretesa diretta all'esatta esecuzione della prestazione, ossia alla consegna di un bene che sia esente da difetti materiali.

Va detto poi che, nell'assecondare una spinta generale verso l'esatto adempimento nel contratto di vendita, un rilievo ha sempre assunto la presenza nel codice dell'art. 1668 c.c., in tema di appalto (al quale fa rinvio anche l'art. 2226, comma 3, c.c., sul contratto d'opera).

---

di riparazione o sostituzione della *res*, assunto spontaneamente dal debitore sulla base del riconoscimento dell'esistenza dei vizi, ugualmente non si determina un effetto novativo dell'obbligazione originaria e la prescrizione – venuta meno la regola 'eccezionale' dell'art. 1495 cod. civ. – decorre secondo l'ordinario termine decennale di cui all'art. 2946 cod. civ.»: la si veda in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 798 ss., con commento di A. CERULO, *L'impegno del venditore di eliminare i vizi del bene compravenduto: vecchie e nuove incertezze in tema di prescrizione dell'azione del compratore*. Per un'analisi della precedente decisione a Sezioni Unite sulla medesima questione, E. CAMILLERI, *Garanzia per vizi ed impegno del venditore alla riparazione del bene: note critiche a margine di Cass. sez. unite n. 13294/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 469 ss.

53 Del quale si è già detto, *supra*, § 4.

54 Nel senso dell'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento per l'ipotesi di *aliud pro alio*, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 893; P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, cit., 312; in giurisprudenza, per esempio, Cass., 7 marzo 2007, n. 5202: «si ha [...] consegna di *aliud pro alio* che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ex art. 1453 cod. civ., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 cod. civ., qualora il bene venduto sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale della *res* venduta e, quindi, a fornire l'utilità richiesta»; inoltre, Cass. 9 febbraio 1985, n. 106. In senso contrario, C.M. BIANCA, *La responsabilità. Diritto civile*, V, Milano, 1984, 239.

Il riconoscimento al committente del diritto all'eliminazione di difformità e vizi dell'opera a spese dell'appaltatore risponde alla medesima logica di un'azione manutentiva del contratto. In qualche occasione, la forza espansiva dell'art. 1668 c.c. ha giustificato la decisione dei giudici di dare applicazione analogica all'art. 1668 c.c. anche al caso della vendita<sup>55</sup>.

Infine, non v'è dubbio che quella verso la tutela contrattuale in forma specifica sia una tendenza di portata generale nel panorama delle fonti del diritto europeo: basti pensare agli artt. III.3:301-3:303 DCFR, ma anche all'art. 9.102 PECL, oppure agli artt. 111 e 112 del Codice europeo dei contratti, oltre – naturalmente – ai già citati artt. 45 ss. della CISG.

### **9. LA PROSPETTIVA DI UN RITORNO ALLA PIENA TUTELA DELLO SCAMBIO**

Ferma restando la precisazione – già evidenziata – che le tutele edilizie costituiscono nel diritto romano classico soltanto un possibile apparato rimediale, che si colloca accanto all'azione generale di compera<sup>56</sup>, vero è che il modello della garanzia appare come l'orma più profonda e significativa che la tradizione romanistica abbia lasciato sul terreno degli strumenti a difesa del compratore.

Ebbene, nello scenario del diritto europeo è dunque assai rilevante l'introduzione di un modello rimediale che offra al compratore, a fronte della consegna di un bene che presenti un difetto materiale, di sostituire ovvero riparare il bene, in tal modo assicurando l'esatta e completa esecuzione del programma contrattuale<sup>57</sup>. La CISG ha senza dubbio contribuito a restituire alla compravendita – sotto il profilo delle tutele – la natura di contratto di scambio.

Con l'opzione in favore della manutenzione del contratto, è stata ridelineata l'architettura dei rimedi in favore del compratore. E si tratta di un'innovazione non soltanto *de iure condito*, da vedersi in relazione al campo di applicazione della CISG.

55 Si veda, per esempio, Trib. Napoli 16 gennaio 1984, in *Dir. e giur.*, 1985, 784. Sul punto, in dottrina, L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità*, cit., 172; C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 1011; G. SCARANO, *Garanzia per i vizi nei contratti di vendita e di appalto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 236 ss. Di recente, approfondisce le potenzialità 'sistematiche' dell'art. 1668 c.c. L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, in specie 187 ss.

56 Si veda *supra*, § 6.

57 Sulla linea di tendenza, a livello di diritto privato europeo, nel senso della *specific performance*, S. LORENZ, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 93 ss.; G. VETTORI, *Il diritto all'adempimento nel diritto privato europeo*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 170 ss. Ma l'attenzione per le esigenze di completa e sicura realizzazione del contratto, visto come reale strumento di unificazione del mercato, si manifesta con chiarezza anche in M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea, José Manuel Barroso 9 maggio 2010*, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

*De iure condendo*, dalla CISG è derivata una spinta vigorosa che ha dato luogo, per esempio, ai contenuti della direttiva 44/99; oggi, alle linee di struttura della CISG si ricollega anche la proposta di Regolamento sulla vendita (*CESG*). Infine, quella spinta si è rivelata decisiva soprattutto incoraggiando sul piano interpretativo, come si è visto poc'anzi, i molti tentativi dottrinali che si sono cimentati nella ricostruzione di un'azione con cui sia consentito al compratore di ottenere la *specific performance*.

Eppure occorre riconoscere che, guardando all'esperienza italiana, il quadro generale dei rimedi – si è detto in precedenza dei mezzi edilizi, dell'art. 1497 c.c., nonché dell'*aliud pro alio* – appare ancora caratterizzato da ampie incertezze; e si è poi fatto cenno, accanto a questi segmenti di tutela che affondano le loro radici nella tradizione romanistica, alle norme derivanti dalla direttiva 99/44 (oggi versate nel codice del consumo).

Sembra che, attorno al modello rimediale della CISG, vi sia spazio per la ricostruzione di un regime della vendita finalmente armonizzato su talune linee guida, una delle quali dovrebbe essere rappresentata dalla preferenza per la tutela manutentiva del contratto.

La riscoperta della storia antica della compravendita, con i suoi percorsi non rettilinei – a volte spezzati, talora addirittura indecifrabili – consente di leggere con piena consapevolezza le forti polarità che sono alla base del sistema di tutele riconosciuto a quel contratto.

### Summary

## **SALE UNDER THE ROMAN TRADITION VERSUS INTERNATIONAL SALE: A COMPARISON OF MODELS**

This paper examines different models of remedies in the event of material defects of sold goods. In particular, it focuses on the model of warranty that is characteristic of the Roman tradition, as well as on the model of 'duty to perform', introduced by the CISG (i.e. Vienna Convention). The latter models are analyzed by means of a synchronic and diachronic comparison.

*Key words:* contract, sale, european law.

### Zusammenfassung

## **VERKAUF GEMÄß RÖMISCHER TRADITION UND INTERNATIONALER VERKAUF – VERGLEICHUNG DER MODELLE**

Die Arbeit konzentriert sich auf die Analyse verschiedener Verkaufsmodelle im Falle, dass materieller Mangel des verkauften Warens auftritt. Das Gewährleistungmodell gemäß romanistischer Tradition und das Modell der Verpflichtung von Warenübereinstimmung mit dem Vertrag des Wiener Übereinkommens(CISG) werden miteinander verglichen. An die Analyse wird durch synchronische und diachronische Vergleichung herangegangen.

*Schlüsselwörter:* Vertrag, Verkauf, Europäisches Recht.

### Riassunto

## **VENDITA DI TRADIZIONE ROMANISTICA E VENDITA INTERNAZIONALE: MODELLI A CONFRONTO**

Lo studio si concentra sui modelli della vendita per l'ipotesi in cui si verifichi un difetto materiale del bene venduto: si mette a confronto, per un verso, il modello della garanzia di tradizione romanistica, e, per altro verso, il modello dell'obbligazione di conformità introdotto dalla CISG (Convenzione di Vienna). Lo studio si sviluppa in una comparazione sincronica e diacronica.

*Parole chiave:* contratto, vendita, diritto europeo.