

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

DOTTORATO DI RICERCA IN
"Diritto Privato Europeo dei Rapporti Patrimoniali"

CICLO XXII

Il Riconoscimento dei vizi

S.S.D. IUS 01

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Alessio Zaccaria

Firma _____

Tutor: Chiar.mo Prof. Silvio Martuccelli

Firma _____

Dottorando: Dott./ Mino Daniele Bembo

Firma _____

INDICE

CAPITOLO PRIMO

La garanzia per i vizi

1. Nozione di vizio.
2. I vizi della cosa venduta.
3. Consegna e conformità
4. I vizi e le difformità dell'opera appaltata.
5. I vizi nelle altre fattispecie negoziali.
 - 4.1. I vizi nella donazione.
 - 4.2. I vizi nella locazione.
 - 4.3. I vizi nel comodato.
 - 4.4. I vizi nel mutuo.
 - 4.5. I vizi nell'assicurazione.
6. L'accettazione dell'opera e la conoscenza dei vizi.
7. La mancanza di qualità e l'*aliud pro alio*.
8. Fondamento e natura giuridica della garanzia
 - 8.1. Teoria dell'assicurazione contrattuale.
 - 8.2. Teoria dell'errore.
 - 8.3. Teoria della presupposizione.
 - 8.4. Teoria della responsabilità precontrattuale.
 - 8.5. Teoria contrattuale:
la garanzia come forma di responsabilità.
9. I rimedi.
 - 9.1. I rimedi offerti al compratore.
 - 9.2. I rimedi offerti al committente.
 - 9.3. I rimedi offerti al conduttore.
 - 9.4. La tutela del comodatario, del mutuatario,
dell'assicuratore, del donatario.
10. La garanzia per i vizi nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati.

CAPITOLO SECONDO

Riconoscimento e funzione ricognitiva

1. La denuncia dei vizi
2. Natura giuridica e struttura del riconoscimento
3. Il riconoscimento come fattispecie costitutivo

- Il riconoscimento dei vizi -

- modificativa del diritto di garanzia
- 4. Il riconoscimento come dichiarazione di scienza
- 5. riconoscimento e transazione
- 6. Riconoscimento e confessione
- 7. Riconoscimento del vizio e riconoscimento del diritto
- 8. Effetti sulla prescrizione e sulla decadenza:
il riconoscimento del vizio dopo la scadenza
del termine per la denuncia
- 9. Vizi non riconosciuti, vizi palesi e vizi inesistenti
- 10. Revoca del riconoscimento
- 11. Effetti processuali del riconoscimento.

CAPITOLO TERZO

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

1. Premessa
2. Riconoscimento tra obblighi di eliminazione
dei vizi, modificazione della garanzia e novazione
3. L'obbligo di eliminare i vizi e l'obbligazione di garanzia
4. Il problema dei vizi non riconosciuti
5. L'obbligo di eliminare i vizi tra novazione e *datio in solutum*
6. L'impegno di eliminazione dei vizi e ricognizione del debito

- CAPITOLO PRIMO -

La garanzia per i vizi

1. Nozione di vizio. 2. I vizi della cosa venduta. 3. Consegna e conformità. 4. I vizi e le difformità dell'opera appaltata. 5. I vizi nelle altre fattispecie negoziali. 5.1. I vizi nella donazione. 5.2. I vizi nella locazione. 5.3. I vizi nel comodato. 5.4. I vizi nel mutuo. 5.5. I vizi nell'assicurazione. 6. L'accettazione dell'opera e la conoscenza dei vizi. 7. La mancanza di qualità e l'*aliud pro alio*. 8. Fondamento e natura giuridica della garanzia. 8.1. Teoria dell'assicurazione contrattuale. 8.2. Teoria dell'errore. 8.3. Teoria della presupposizione. 8.4. Teoria della responsabilità precontrattuale. 8.5. Teoria contrattuale: la garanzia come forma di responsabilità. 9. I rimedi. 9.1. I rimedi offerti al compratore. 9.2. I rimedi offerti al committente. 9.3. I rimedi offerti al conduttore. 9.4. La tutela del comodatario. 9.5. La tutela del donatario. 9.6. La tutela del mutuatario. 9.7. La tutela dell'assicurato. 10. La garanzia per i vizi nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati.

1. Definizione di vizio

Il codice civile dedica ai vizi una serie di disposizioni in tema di donazione (art. 798 c.c.), vendita (art. 1490 c.c.), locazione (artt. 1578 – 1581 c.c.), appalto (artt. 1667 – 1669 c.c.), comodato (art. 1812 c.c.), mutuo (art. 1821 c.c.) ed assicurazione (art. 1906 c.c.).

Bisogna verificare se analizzando le suddette disposizioni sia possibile enucleare un'unica nozione di vizio. Prendendo ad esame le disposizioni dettate sulla locazione e sulla vendita si può notare che esse sono accomunate dall'incidenza del vizio sull'idoneità all'uso a cui la cosa è destinata. Nella vendita, inoltre, il vizio acquista rilevanza anche se comporta una diminuzione apprezzabile del valore del bene.

Nelle norme sull'appalto, invece, che introducono l'ulteriore concetto di difformità¹, i vizi devono essere tali da rendere la cosa del tutto o in parte inadatta alla sua destinazione.

Le altre disposizioni, infine, sanciscono precise regole di responsabilità in caso di danni causati dai vizi della cosa.

¹ Vedi *infra* par. 3.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Da quanto sopra, quindi, può dirsi che i vizi consistono in imperfezioni materiali della *res* che incidono sulla sua utilizzabilità o sul suo valore e che attengono al processo di produzione, di fabbricazione o di formazione².

In proposito è stata sottolineata una distinzione tra vizio e guasto della cosa. Il primo, secondo una certa dottrina, sarebbe un difetto originario in quanto il vizio sopravvenuto risulterebbe in realtà un vizio occulto, già esistente al momento della consegna ma non rilevato in quella sede³; mentre il guasto sarebbe un difetto insorto in epoca successiva alla consegna.

Il sistema delle garanzia per vizi, come si vedrà specificamente più innanzi, è stato profondamente inciso dall'avvento delle norme del codice del consumo che, in luogo del concetto di vizio, hanno introdotto quello di conformità al contratto⁴, concetto mutuato dal diritto internazionale⁵.

² C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, VII, Torino, 1972, p. 795. Sulla nozione di vizio si veda, altresì, P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 230; L. SCARANO, *Garanzia per i vizi nei contratti di vendita e di appalto*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 236; D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2007, p. 385.

³ G. MIRABELLI, *La Locazione*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1972, p. 412.

⁴ G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000. G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 871 e ss.; R. DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, pp. 46 e ss.; A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo"*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 264 e ss.

⁵ La compravendita è la fattispecie negoziale di rilevanza internazionale in cui maggiormente si è avvertita l'esigenza di predisporre un apparato normativo che consentisse agli operatori del commercio transnazionale una facile e pronta individuazione della disciplina rilevante. Fin dagli anni venti del secolo scorso, infatti, la vendita internazionale fu individuata come settore nevralgico del processo di uniformazione del diritto, al punto che nel 1928 il neo costituito Istituto Internazionale per l'unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT) fissò quale propria priorità la predisposizione di un testo volto a disciplinare tale materia. Una prima bozza fu illustrata da Ernst Rabel, al quale era stato conferito l'incarico di coordinare i lavori, nel 1935; nel 1939 venne presentata una seconda versione rielaborata ma il conflitto mondiale inibì ogni successivo sviluppo. Soltanto nel dopoguerra fu possibile proseguire la strada ormai avviata, tanto che nel 1951 si riunì all'Aja, su iniziativa del governo olandese, una commissione speciale istituita dalla Conferenza internazionale che emendò il testo del 1939. Tale commissione elaborò due progetti, l'ultimo dei quali venne sottoposto ad una conferenza diplomatica che si tenne

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Ai sensi dell'art. 129 del codice del consumo, infatti, prescrive che il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto.

Il secondo comma dell'articolo in esame indica una serie di parametri di conformità: in particolare un bene per essere considerato conforme al contratto deve essere idoneo all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo, nonché all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto, sempre che il venditore abbia accettato, anche se per fatti concludenti.

all'Aja dal 1° al 25 aprile 1964, in cui vennero approvati i testi di due convenzioni aventi ad oggetto, l'una, la legge uniforme sulla vendita internazionale di beni corporali, cd. LUVI, e l'altra, la legge uniforme sulla formazione dei contratti di vendita internazionale di beni mobili corporali, cd. LUFC (F. RAGNO, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, Padova, 2008, p. 68). La vera svolta in materia è rappresentata dalla Convenzione di Vienna del 1980, che rappresenta l'evoluzione normativa della LUVI e della LUFC. La Convenzione sulla Vendita Internazionale di Beni (CISG - Convention on Contracts for the International Sale of Goods) è un trattato internazionale concepito nell'ambito delle Nazioni Unite ad opera di una specifica commissione, denominata UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*). Le Nazioni Unite, prendendo atto delle disparità normative nel commercio internazionale derivate dalle enormi differenze fra le leggi nazionali di ogni Stato, ritenne che la creazione dell'UNCITRAL potesse contribuire ad eliminare la mancanza di sicurezza giuridica e, in definitiva, gli ostacoli che rendevano difficili le transazioni internazionali. Dopo la sua creazione, nel 1966, la prima sessione dell'UNCITRAL ebbe luogo nel 1968. Si stabilì un Gruppo di Lavoro di quattordici Stati il cui compito fu quello di preparare un testo che potesse riscuotere un buon consenso in materia di compravendita internazionale. Il Gruppo di Lavoro realizzò due bozze sulla vendita internazionale: 1) una terminata nel 1976 e basata sulla Convenzione dell'Aja sulla Vendita del 1964 e 2) un'altra conclusa nel 1978 e basata sulla Convenzione dell'Aja sulla Formazione. Nel giugno del 1978 l'UNCITRAL esaminò le due bozze e le unì in una sola, denominata «Bozza della Convenzione sui Contratti di Vendita Internazionale di Merci», che ricevette l'approvazione unanime della Commissione. Molto presto l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite autorizzò la convocazione di una Conferenza diplomatica per lavorare sulla bozza. Nel marzo del 1980 fu convocata tale Conferenza, formata da rappresentanti di 62 Stati e di 8 Organizzazioni internazionali e si procedette quindi con la definitiva votazione ed approvazione della Convenzione. Sulle affinità tra la direttiva e la Convenzione di Vienna, oltre al già citato scritto di F. RAGNO, *op. cit., passim*, si veda F. ADDIS, *Tradizione e innovazione nella vendita dei beni di consumo: unità e frammentazione nel sistema delle garanzie*, in *Giust. civ.*, 2004, II, pp. 323 – 324; D. CORAPI, *La direttiva 99/44/CE e la convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, in *Eur. Dir. priv.*, 2002, pp. 657 e ss.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

La conformità, inoltre, viene ancorata alla descrizione che del bene abbia fatto il venditore ed alle qualità del bene che il venditore abbia presentato come campione o modello. In altre parole con tale sistema si tende a tutelare il consumatore dall'impiego da parte del venditore di forme di pubblicità ingannevole.

Di grande portata innovativa è il criterio indicato dalla lettera c) dell'art. 129 in esame. Ai fini del giudizio di conformità, infatti, occorre tener presente non solo e non tanto le qualità e prestazioni di un certo bene ma, anche e soprattutto, quelle che il consumatore può attendersi da quella determinata tipologia di beni in relazione alla loro natura ed alle dichiarazioni rese dal venditore. Ci si trova a valutare, quindi, un dato di tipo soggettivo quale può essere considerata un'aspettativa del consumatore circa le qualità del bene, sebbene fondata su elementi oggettivi come la natura del bene o le dichiarazioni del venditore.

Un'ultima considerazione merita il comma 5 dell'art. 129 laddove viene equiparato al difetto di conformità anche quello di installazione quando questa sia compresa nel contratto ed è stata effettuata dal venditore o sotto la sua responsabilità. L'equiparazione si applica anche se all'installazione abbia proceduto il consumatore ma l'installazione sia risultata imperfetta a causa della carenza di istruzioni. Il dato è importante in quanto il confine della garanzia si allarga rispetto ai vizi ed alla mancanza di qualità essenziali intrinseci alla cosa venduta⁶.

Nell'ordinamento tedesco, riformato sulla base dei nuovi principi comunitari dettati a tutela del consumatore⁷, si è assistito all'unificazione dei concetti di vizio e difformità, con conseguente unificazione della disciplina delle garanzie. Ne deriva un evidente ampliamento del concetto: il

⁶ AA. VV., *La tutela dei diritti*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2008, pp. 613 – 616.

⁷ Per una traduzione italiana delle norme novellate vedi C.-W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Padova, 2003, pp. 99 e ss.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

venditore, infatti, è ora tenuto secondo il nuovo § 433 a consegnare l'oggetto libero sia da vizi della cosa che da vizi di diritto.

Il vizio della cosa si ha quando la *res* non ha le qualità che erano state espressamente pattuite tra le parti, oppure tacitamente concordate, oppure quelle necessarie per l'utilizzo abituale della cosa da acquistare.

Il vizio si ha anche quando la cosa non presenta una qualità che normalmente le cose dello stesso genere hanno e che il compratore può aspettarsi per il genere della cosa.

Questo concetto di vizio si amplia però attraverso le descrizioni relative alle caratteristiche o qualità contenute in dichiarazioni pubbliche o attraverso la pubblicità da parte del venditore che potrebbe influenzare la decisione del compratore di acquistare.

Nuovo è anche il principio per cui anche la consegna di una cosa diversa rispetto a quella pattuita o la consegna di una cosa errata nella sua quantità rappresenta un vizio della cosa.

Con la cosiddetta "clausola Ikea", infine, dove anche le istruzioni di montaggio errato o il montaggio errato da parte del debitore vengono equiparate a vizi della cosa.

Il difetto di conformità, come già anticipato, riveste grande rilevanza anche nelle disposizioni contenute nella CISG, il cui art. 35⁸ lo prevede, ad

⁸ Articolo 35 CISG: "1. Il venditore deve consegnare beni della quantità, qualità e tipo richiesti dal contratto, e che siano disposti o imballati nel modo richiesto dal contratto.

2. Salvo diverso accordo tra le parti i beni non sono conformi al contratto se non:

- (a) sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;
- (b) sono idonei allo specifico uso esplicitamente o implicitamente portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto, salvo che le circostanze mostrino che il compratore non ha fatto affidamento sulla competenza o sulla capacità di valutazione del venditore o che non era da parte sua ragionevole farvi affidamento;
- (c) possiedono le qualità dei beni che il venditore ha presentato al compratore come campione o modello;
- (d) sono disposti o imballati secondo il modo usuale per beni dello stesso tipo o, in difetto di un modo usuale, in un modo che sia adeguato per conservare e proteggere i beni.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

esempio, quando i beni presentano un difetto di qualità, di quantità, di descrizione od imballaggio, indipendentemente dalle circostanze che danno origine al difetto stesso⁹.

Il nostro ordinamento, invece, come vedremo, mantiene inalterato il quadro tradizionale fondato sull'impianto codicistico, con evidenti difficoltà per l'operatore legate all'individuazione della normativa applicabile al caso concreto.

2. I vizi della cosa venduta

Il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Tra le due ipotesi vi è una netta distinzione: la prima si riferisce a difetti strutturali, mentre la seconda comprende quelle deficienze che rendono la cosa soltanto meno idonea all'uso cui è destinata¹⁰. Tali vizi sono quelli cosiddetti redibitori, che riguardano

3. Il venditore non è responsabile, ai sensi delle lettere da (a) a (d) del paragrafo precedente, per un difetto di conformità dei beni che al momento della conclusione del contratto il compratore conosceva o non avrebbe potuto ignorare".

⁹ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XXI, 2^a ed., Padova, 2006, pp. 251– 252. L'autore indica quale esempio di difetto di conformità il caso della scarpe oggetto di compravendita internazionale che non abbiano il colore stabilito nel contratto (OLG Frankfurt a.M., 18 gennaio 1994, pubblicata alla pagina web <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/123.htm>> o che non siano dell'ornamento richiesto dal compratore (LG Aachen, 3 aprile 1990, pubblicata alla pagina web <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/12.htm>>).

¹⁰ La inidoneità del bene deve essere giudicata in base al criterio della normale adeguatezza e non con riferimento ad un uso particolare, salvo che tali usi particolari siano stati evidenziati al venditore. Sul punto vedi D. VALENTINO, *I contratti di vendita*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Milano, 2007, p. 1106, nota 71. Secondo C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 795, il giudizio sull'apprezzabilità della diminuzione del valore contiene un certo margine di discrezionalità, dovendosi però sempre fare riferimento al valore oggettivo del bene e non

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

essenzialmente i difetti di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa venduta, senza con ciò comprometterne l'individualità, la consistenza e la destinazione, rendendola di conseguenza diversa da quella contrattata. Il vizio redibitorio, infatti, come la mancanza di qualità, presuppone che la *res tradita* sia sempre quella promessa o comunque appartenente al genere promesso.

Costituiscono vizi esclusivamente le imperfezioni materiali¹¹: sicché la garanzia trova applicazione solo quando oggetto del trasferimento sia la proprietà¹² o altro diritto reale relativo a cose materiali¹³.

È altresì necessario che i vizi siano preesistenti alla conclusione del contratto, o quantomeno che ad esso siano preesistenti le relative cause¹⁴, in quanto se insorti successivamente possono dar luogo ad un inesatto inadempimento della prestazione di consegna *ex art.* 1477 cod. civ., con la possibilità per il compratore di esperire l'ordinaria azione di risoluzione o di adempimento, azione tra l'altro sottratta ai termini di decadenza e di prescrizione cui è soggetta l'azione di garanzia.

I vizi, inoltre, devono essere occulti: ai sensi dell'art. 1491 cod. civ. la loro conoscenza e la loro facile riconoscibilità da parte del compratore costituiscono, infatti, cause di esclusione della garanzia. Tale limitazione si giustifica sulla base di una normale regola di determinazione della

al valore che il bene ha per il compratore. Sul punto vedi altresì A. MASTRORILLI, *La garanzia per vizi nella vendita*, Milano, 2004, p. 125.

¹¹ I vizi relativi alla condizione giuridica della cosa rientrano nella diversa disciplina dell'evizione.

¹² C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 894.

¹³ Sul punto vedi P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 249, secondo cui la garanzia trova applicazione anche in caso di vizi materiali concernenti beni immateriali.

¹⁴ Secondo D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI, 2^a ed., Milano, 1971, p. 781, il requisito della preesistenza trova il proprio fondamento nello stesso regime delle garanzie, trattandosi di assicurare la completezza e l'effettività del risultato traslativo: il diritto deve essere trasferito immune da vizi e con le qualità che ne consentono l'utilizzazione prevista. I deterioramenti successivi, infatti, rientrano nella sfera dei rischi che sopporta il compratore quale proprietario. Sul punto vedi C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 803. In giurisprudenza si veda, in particolare, Cass., 21 febbraio 1983, n. 1309, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, p. 770.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

prestazione traslativa: il raggiungimento di un accordo contrattuale su un bene specifico implica l'intenzione di vendere e comprare il bene nello stato in cui si presenta, con conseguente esclusione dell'impegno del venditore di in ordine all'immunità dai vizi¹⁵.

A questo punto, vista l'importanza delle conseguenze che ne derivano, è necessario domandarsi quando un vizio sia facilmente riconoscibile. Si ritiene che il giudizio di facilità vada rapportato alla diligenza minima che il compratore deve impiegare per scoprire il vizio, senza far ricorso ad un'attenta valutazione della cosa, senza l'impiego di nozioni e mezzi tecnici e limitandosi ad un suo esame superficiale¹⁶.

In proposito si è pure distinto tra vizi facilmente riconoscibili e vizi apparenti, proprio alla luce del diverso grado di diligenza richiesto per rilevarli. La riconoscibilità di questi ultimi, infatti, richiederebbe al compratore uno sforzo di diligenza superiore a quello minimo, ben potendo il vizio essere apparente ma non facilmente riconoscibile al compratore perché non in grado di rendersene conto¹⁷.

Va, infine, segnalata un'ulteriore posizione secondo cui apparente sarebbe il vizio che emergerebbe a prima vista, mentre quello facilmente riconoscibile, e non necessariamente ancorato alla diligenza, è quello che postula una verifica più attenta della cosa, eseguita con quel minimo di spirito di osservazione che si può pretendere in chi è interessato ad un acquisto¹⁸.

Ci si è anche chiesto se la preparazione professionale del compratore possa avere o meno rilevanza nell'individuazione del vizio. In proposito si registrano orientamenti contrapposti, tanto in dottrina quanto in

¹⁵ C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 814; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 782.

¹⁶ C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 816.

¹⁷ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 786. In giurisprudenza si veda Cass., 18 dicembre 1999, n. 14277, in *Giur. it., Mass.*, 1999.

¹⁸ P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 258.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

giurisprudenza, tra coloro che ritengono che la garanzia non sorge se il compratore esperto omette l'esame più accurato della cosa¹⁹ e quanti invece sostengono che una tale diligenza sia estranea al compratore, pur se professionale²⁰.

Resta inteso che l'onere di verifica dello stato della *res* va rapportato al momento in cui il compratore ha la materiale possibilità di esaminare la cosa: nelle ipotesi di vendita a distanza o di prodotto imballato, pertanto, bisogna guardare non all'atto della vendita ma al momento successivo in cui l'acquirente sia in grado di farlo.

Per completezza di indagine, infine, va rilevato che l'aver ancorato la riconoscibilità dei vizi al momento della conclusione del contratto comporta inapplicabilità di tale esclusione dalla garanzia nel caso in cui la consegna della *res* sia successiva alla conclusione del negozio²¹.

L'onere della prova dell'effettiva conoscenza da parte del compratore ovvero della facile riconoscibilità del vizio grava sul venditore.

La riconoscibilità del vizio diviene irrilevante se il venditore abbia dichiarato l'esenzione della cosa da vizi: in tal caso, infatti, il compratore ha ragionevoli motivi per fare affidamento su di un oggetto con caratteristiche diverse da quelle che concretamente ha, con conseguente esonero da quello sforzo di diligenza anche minimo richiesto per il vizio facilmente riconoscibile²².

¹⁹ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 785. Dello stesso avviso è pure Cass., 30 luglio 1974, n. 2321, in *Foro it., Rep*, 1974, voce *Vendita*, n. 42 e Cass., 28 giugno 1969, n. 2361, *ivi*, 1969, voce cit., nn. 69-70.

²⁰ C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 818. In giurisprudenza si veda App. Genova, 9 gennaio 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 649, con nota di G. SCHIAVONE, secondo cui anche qualora il compratore sia un imprenditore esperto della merce acquistata non incombe su di lui in maniera automatica l'onere di verificare la condizione della merce con apposite attrezzature.

²¹ In giurisprudenza vedi *ex multis* Cass., 26 gennaio 2000, n. 851, in *Giur. it., Mass.*, 2000; Cass., 30 maggio 1995, n. 6073, in *Corr. giur.*, 1995, p. 804.

²² Secondo Cass., 13 settembre 2004, n. 18352, in *Contratti*, 2005, p. 360 la dichiarazione del venditore giustifica il compratore a soprassedere dall'esame della cosa.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Il riferimento alla inidoneità all'uso ed alla riconoscibilità si trova disciplinato anche nell'art. 35, comma 2 lett. a) e comma 3, della CISG.

Alla luce del fatto che i contratti soggetti alla Convenzione di Vienna sono generalmente contratti tra commercianti²³, la valutazione dell'idoneità va effettuata tenendo conto di quanto un commerciante medio debba ragionevolmente aspettarsi.

La previsione normativa in questione ha posto un problema in ordine agli *standards* da utilizzare per valutare l'idoneità dei beni all'uso al quale sono abitualmente destinati: mentre, infatti, una parte della dottrina ritiene che si debba far riferimento a quelli propri dello Stato in cui l'acquirente ha la propria sede d'affari ovvero dello Stato cui i beni sono destinati, la dottrina maggioritaria correttamente sostiene che la valutazione di conformità debba essere fatta alla luce degli *standards* vigenti nel Paese del venditore, salvo che il venditore sia ripetutamente tenuto a consegnare beni dello stesso tipo nel Paese dell'acquirente, che il venditore conosca la disciplina applicabile nel Paese dell'acquirente, oppure che la disciplina del paese dell'acquirente sia identica a quella del venditore²⁴.

L'obbligo di consegnare beni idonei all'uso cui sono destinati abitualmente beni del medesimo tipo non comporta per gli acquirenti un'aspettativa di idoneità ad usi specifici: quest'ultimi, infatti, possono diventare un obbligo del venditore solo se lo specifico uso è stato portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto, salvo che le circostanze mostrino che il compratore non ha fatto affidamento sulla

²³ Sul punto però bisogna ricordare che, a determinate condizioni, la Convenzione può essere applicata anche ai contratti conclusi con – e tra – consumatori. Per la migliore dottrina in proposito si veda F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, diretto da F. GALGANO, XXI, 2^a ed., Padova, 2006, p. 261, nota 84.

²⁴ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., p. 262.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

competenza o sulla capacità di valutazione del venditore o che non era ragionevole farlo da parte sua²⁵⁻²⁶.

Come sopra anticipato, la responsabilità del venditore non sussiste ove il compratore conosceva o non avrebbe potuto ignorare il difetto di conformità. Con tale disposizione si è voluto stabilire che il compratore consapevole delle difettose condizioni dei beni che il venditore consegnerà, non può pretendere beni di migliore qualità e condizioni, dando in tal modo rilevanza allo stato effettivo dei beni nell'accordo delle parti.

Tale regola, comunque, incontra il limite di operatività laddove il venditore nasconda intenzionalmente i difetti, accogliendo il principio secondo cui un acquirente negligente va tutelato più di un venditore doloso²⁷.

3. Consegna e conformità

La prima obbligazione del venditore imposta dall'art. 1476 cod. civ. è rappresentata dalla consegna del bene. Il punto cruciale sul quale si appunta l'analisi degli studiosi più legati alla tradizione di *civil law* di impronta francese consiste nella questione dell'effetto reale immediato che la vendita ha assunto a causa dell'art. 1448 del codice civile abrogato che

²⁵ Art. 35, comma 2, lett. b) CISG.

²⁶ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., p. 263. L'autore cita in proposito il caso di una corte finlandese (Corte d'Appello di Helsinki, 11 giugno 1995, pubblicata in lingua inglese alla pagina web <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980630f5.html>>) secondo cui il venditore che consegna prodotti di bellezza che non conservano un determinato livello di vitamina A se non per un breve periodo, viola l'obbligazione di conformità, in quanto consegna beni inadatti all'uso specifico che l'acquirente voleva farne e che aveva portato a conoscenza del venditore.

²⁷ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., pp. 265 - 266.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

stabiliva, sulla scorta dell'analogia regola del Code civil, che "la proprietà si acquista di diritto dal compratore nei riguardi del venditore, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, né sia pagato il prezzo".

Alla luce della formula dell'art. 1376 cod. civ. attuale la conclusione suddetta è stata confermata.

La prima conseguenza che si trae da tale regola è che con la consegna, in quanto atto meramente esecutivo consistente nella materiale apprensione della *res*, si trasmette il bene che è già divenuto proprietà del compratore in virtù dell'accordo negoziale.

Si tratta quindi di verificare la portata dell'obbligo di consegnare previsto dalla norma ed i suoi rapporti con la garanzia per i vizi.

Correntemente la consegna indicherebbe l'attribuzione della concreta disponibilità della cosa nella condizioni in cui essa si trovava al momento del perfezionamento della vendita. Questo significa, per un verso, che le alterazioni del bene intervenute prima della consegna graveranno sul venditore per effetto di un obbligo complementare che il legislatore gli impone sotto forma di obbligo di custodia, secondo il disposto dell'art. 1177 cod. civ.

Per altro verso, invece, ove il bene si rivelasse dopo la consegna carente per cause esistenti già prima del trasferimento della proprietà, interverrà la protezione rappresentata dalla garanzia per vizi.

Alla stregua di tanto, è opportuno chiedersi se la consegna di beni difettosi costituisca inadempimento di un'obbligazione scaturente dal contratto di vendita.

Questo problema costituisce un terreno di studio fecondo soprattutto in chiave transnazionale.

In Italia la questione viene risolta per lo più unanimemente in modo negativo: l'obbligo della consegna è propriamente quello di conferire la detenzione del bene alienato; se la cosa non ha gli attributi previsti non è

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

l'obbligo della consegna che può ritenersi violato²⁸. Una violazione è riscontrabile solo nel caso in cui il venditore consegni una cosa completamente diversa da quella pattuita, in quanto appartenente ad un genere diverso si riveli funzionalmente inadatta ad assolvere alla destinazione economico sociale del *res vendita* e, quindi, a soddisfare in concreto i bisogni che determinarono l'acquirente ad effettuare l'acquisto²⁹.

Questa conclusione stride vistosamente con quella alla quale molti autori giungono in Francia, in cui la consegna di beni non conformi alla specificazioni contrattuali comporta inadempimento e responsabilità contrattuale³⁰.

La radice della tendenza dottrinale, prevalente e ben rappresentata nei trattati di diritto civile francese, si può rinvenire in una espressione di Pothier che, nel *Traité du contrat de vente*³¹, prospettò un dovere del venditore di far avere al compratore il bene *utilement*: la non conformità per vizi dovuti ad un'alterazione o deterioramento del bene diviene in questo contesto un caso particolare della più generale categoria di non conformità.

La sequenza ricostruita nella letteratura francese sulla vendita ha il seguente andamento: fino all'accettazione senza riserve del bene da parte dell'acquirente è aperta la possibilità di reazione attraverso il normale percorso dell'azione contrattuale per inadempimento di natura triennale; dopo l'accettazione, invece, occorrerà distinguere secondo che il difetto era evidente o occulto. Nel primo caso ogni reclamo resta precluso; nel secondo

²⁸ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, VII, 1, Torino, 1972, p. 704.

²⁹ E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa. L'“aliud pro alio” nei negozi giuridici: profili ricostruttivi, tendenze giurisprudenziali e tecniche interpretative*, Napoli, 1987, p. 29.

³⁰ Si veda in proposito J. GHESTIN, B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, Parigi, 1990, § 706, pp. 748 e ss., per cui “l'obligation de délivrance du vendeur, définie par le Code comme le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur (art. 1603 c.c.), comporte une obligation de conformité: ... l'objet de la délivrance est une chose conforme à la chose promise...”. La sanzione dedotta dagli autori francesi è quella “du droit commun des sanctions d'inexécution: résolution et responsabilité contractuelle”.

³¹ R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, in *Oeuvres*, I, Parigi, 1830, p. 303.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

il compratore potrà agire facendo valere la garanzia *des défauts de la chose vendue*. Si è pure sostenuto nella dottrina francese che il vizio occulto sia idoneo a generare un errore nell'acquirente nell'accettazione: la quale diviene perciò caducabile con il ricorso ai rimedi tipici della garanzia³².

Concretamente, in Francia il rimprovero per inadempimento dell'obbligazione di consegna conforme sfocia nell'esercizio dell'azione di responsabilità contrattuale, che si affianca all'azione per i vizi occulti disciplinata dagli artt. 1641 e ss. Code civil.

Il punto che funge da cesura tra le due azioni è rappresentato dall'accettazione del compratore. La consegna, infatti, può valere come accettazione se il compratore non denuncia in un breve termine la non conformità del bene³³.

Il concorso tra le due azioni pone ovviamente delicati problemi per delimitare il rispettivo campo d'intervento: la tendenza della corte di Cassazione francese sembra negli ultimi anni essere quella di accogliere nell'azione contrattuale generale anche la "*non conformità qui résulte d'un défaut susceptible de constituer un vice caché*"³⁴.

Al riguardo deve essere aggiunto che la giurisprudenza concede, dopo la consegna del bene, un breve termine per la verifica della consegna, decorso il quale la cosa si considera accettata; che la valutazione

³² J. GHESTIN, B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, cit., § 763, p. 823: "Lorsque l'acheteur a accepté le produit livré, un accord de volonté s'est réalisé sur le paiement qui met fin à l'obligation de délivrance du vendeur. L'acheteur ne peut plus demander ni la résolution ... ni des dommages - intérêts pur inexécution... L'acheteur ne retrouve cette possibilité que si, le défaut étant caché, son acceptation a été viciée par une erreur sur les qualités substantielles de la chose livrée... L'erreur qui atteint l'acceptation de la chose livrée, a pour effet de reporter la date à laquelle le contrat est tenu pour exécuté et de rouvrir pendant un bref délai la possibilité d'agir en résolution et dommages-intérêts... Il est ainsi logique que les sanctions... ne puissent plus jouer après acceptation sans réserves de la chose livrée, alors que la garantie des vices cachés peut alors être invoquée".

³³ M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, Parigi, 1979; J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, 1983; M. J. CALAIS AULOY, *De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité*, in *Mélanges Mouly*, Parigi, 1988, p. 63.

³⁴ J. GHESTIN, B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, cit., § 712, p. 741.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

dell'evidenza del difetto è effettuata in considerazione della competenza dell'acquirente; che il venditore è gravato dall'onere probatorio di dimostrare che il bene era conforme alle aspettative contrattuali; che l'esonero di responsabilità del venditore è tanto più improbabile quanto più sussista disparità di competenza rispetto all'acquirente.

All'esito di questa breve disamina si può desumere come la tendenza della giurisprudenza sia di assimilare il venditore professionale ad un venditore consapevole dell'esistenza dei vizi, in che impedisce la difesa dell'ignoranza che potrebbe esonerarlo dal pagamento dei danni, secondo il disposto dell'art. 1645 code civil.

Il modello francese, con buona probabilità, unitamente alle regole previste dalla CISG, ha rappresentato il punto di partenza a livello europeo per la determinazione dell'obbligo di consegna di cose conformi.

Analoga disposizione a quella francese, infatti, può essere rinvenuta nell'articolo 30 della CISG.

La Convenzione non contiene una definizione di «consegna» date le differenze esistenti tra le cosiddette «consegne dirette» e le «consegne indirette».

Le prime sono caratterizzate dal fatto che il venditore consegna la merce direttamente all'acquirente o al suo rappresentante, o almeno la mette a disposizione di questi. Le «consegne indirette» implicano l'intervento di un terzo (per esempio, un trasportatore) a cui il venditore consegna la merce perché arrivi nelle mani dell'acquirente.

Ciò che è certo è che la Convenzione di Vienna separa l'obbligazione di consegna dall'obbligazione che tale merce sia conforme al contratto.

Il primo è un obbligo *generico* del venditore, obbligo imposto dall'articolo 30 CISG, mentre quello di «conformità» tra la merce

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

consegnata e quella stipulata è un obbligo di carattere *specifico* e si trova prescritto nell'articolo 35 CISG.

Su tale punto si registra l'allontanamento di impostazione della Convenzione di Vienna dal testo normativo che costituisce il suo antecedente logico-giuridico, la LUVI.

Nell'articolo 19 LUVI, infatti, si poteva leggere che «la consegna consiste nella dazione della cosa conforme al contratto». In questo modo la LUVI riteneva che la consegna non regolata secondo su quanto stipulato nel contratto non poteva essere intesa come «consegna» in senso tecnico-giuridico³⁵.

La CISG, invece, ritiene che il venditore che ha consegnato una merce non conforme al contratto ha adempiuto l'obbligo di consegna derivato dall'articolo 30 CISG, senza per questo intaccare i diversi «rimedi giuridici» di cui disponeva il compratore per la mancanza di conformità definita nell'articolo 35 CISG.

Sul punto, però, è necessaria qualche precisazione. La disciplina della non conformità nella Convenzione si fonda sull'onere del compratore di esaminare in beni (art. 38), sull'onere di denuncia dei difetti (art. 39) e sul sistema dei rimedi (artt. 46, 48 e 50).

Quanto alla mancata consegna, invece, essa non riceve una disciplina specifica. Sono essenzialmente due i profili che vengono in considerazione: l'autonoma previsione della mancata consegna nell'art. 49, comma 1, lett. b), in tema di risoluzione; la configurazione del diritto di rifiuto da parte del

³⁵ L'articolo 33.1 LUVI stabiliva che il venditore non avrebbe assolto al suo obbligo di consegna se i beni non erano conformi al contratto. Il precetto enumerava i seguenti sei casi nei quali non esisteva conformità dei beni: a) consegna parziale della cosa o di quantità differente (maggiore o minore) di quella pattuita nel contratto, b) consegna di una cosa diversa da quella prevista nel contratto, o di altra specie (si può notare come la LUVI raccogliesse il caso specifico di *aliud pro alio* a differenza della CISG), c) consegna di una cosa non conforme al campione o al modello, d) consegna di una cosa senza le qualità necessarie per il suo uso normale o il suo uso commerciale, e) consegna di una cosa senza le qualità necessarie per un suo uso particolare previsto espressamente o tacitamente nel contratto e f) quando la cosa non possiede le qualità e le particolarità previste espressamente o tacitamente dal contratto.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

compratore implicita nella convenzione. Ma nessuno di tali profili incardina in realtà un'effettiva differenza di disciplina tra non consegna e non conformità.

L'art. 49, infatti, è espressione del principio per cui il compratore può ottenere la risoluzione del contratto di fronte ad un inadempimento essenziale, esplicitando la conclusione che in caso di mancata consegna l'inadempimento sia da considerarsi essenziale³⁶.

Bisogna, allora, esaminare se nella convenzione esista una facoltà per il compratore di rifiuto dei beni indipendentemente dal meccanismo previsto dagli artt. 38 e 39.

Essa è espressamente contemplata dall'art. 52³⁷, nei casi di consegna prima della data fissata o in quantità superiore a quella stabilita; nell'art. 86³⁸, norma chiaramente ispirata al principio di buona fede, che non distingue tra consegna di beni diversi da quelli pattuiti e consegna di beni non conformi.

³⁶ M. BIN, *La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 757.

³⁷ Articolo 52: (1) *Se il venditore consegna i beni prima della data fissata, il compratore può prenderli in consegna o rifiutare di prenderli in consegna.* (2) *Se il venditore consegna una quantità di beni superiore a quella prevista nel contratto, il compratore può prendere in consegna o rifiutare di prendere in consegna la quantità eccedente. Se il compratore prende in consegna tutta o parte della quantità eccedente, deve pagarla in base al prezzo contrattuale.*

³⁸ Articolo 86: (1) *Se il compratore ha ricevuto i beni ed intende esercitare il diritto di rifiutarli in base al contratto o alla presente Convenzione, egli deve prendere le misure ragionevoli in relazione alle circostanze per assicurarne la conservazione. Egli ha il diritto di ritenerli fino a quando non è stato rimborsato dal venditore delle spese ragionevolmente sostenute.* (2) *Se i beni inviati al compratore sono stati messi a sua disposizione nel loro luogo di destinazione, ed egli esercita il diritto di rifiutarli, deve prenderne possesso per conto del venditore purché possa farlo senza pagare il prezzo e senza inconvenienti o spese irragionevoli. Questa disposizione non si applica se il venditore o una persona autorizzata a prendersi carico dei beni per suo conto è presente nel luogo di destinazione. Se il compratore prende possesso dei beni secondo questo paragrafo, i suoi diritti ed obblighi sono regolati dal paragrafo precedente.*

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

4. I vizi e le difformità dell'opera appaltata.

Le norme sull'appalto non prevedono specificamente quali siano i vizi rilevanti ai fini dell'applicazione della relativa garanzia. In ausilio viene il secondo comma dall'art. 1668 cod. civ., che introduce il riferimento alla destinazione dell'opera: quando i vizi o le difformità sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione il committente può chiedere la risoluzione del contratto. Al contrario, quando invece l'idoneità alla destinazione non sia totale, si può scegliere tra eliminazione del vizio e/o difformità e riduzione del prezzo³⁹.

Alla luce di tanto, vizio sarà quel difetto del processo di produzione del bene e della sua struttura che incide sulla sua funzionalità.

Quando si parla di difformità, invece, si fa riferimento non alla struttura dell'*opus*, ma alla sua forma: si tratta di discordanza dell'opera eseguita rispetto alle prescrizioni contrattuali, di una diversità tra il pattuito e l'eseguito⁴⁰.

Affinché, quindi, questa possa considerarsi difforme o viziata è necessario fare riferimento rispettivamente alle pattuizioni negoziali e quindi alle regole dell'arte inerenti l'esecuzione dell'opera: l'appaltatore, infatti, è tenuto a realizzare l'opera secondo le modalità convenute dalle

³⁹ Il legislatore si è occupato dell'ipotesi in cui le difformità o i vizi siano tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione, senza preoccuparsi dell'ipotesi opposta, in cui i vizi siano estremamente ridotti. Al riguardo bisogna fare riferimento al concetto di apprezzabilità, che consente di considerare l'inadempimento significativo. Sul punto vedi D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ., Scialoja – Branca*, a cura di F. GALGANO, 4^a ed., Bologna - Roma, 2007, p. 389.

⁴⁰ D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 385. G. MUSOLINO, *Appalto e contratto d'opera. La responsabilità*, Bologna, 2008, p. 11. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Appalto di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, 2^a ed., Padova, 2006, p. 422. P. RESCIGNO, *Appalto (diritto privato)*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 8. Sul concetto di difformità non c'è unanimità. Parte della dottrina, infatti, ritiene che tale definizione sia illogica perché la indicherebbe come il risultato di una comparazione tra l'opera come è stata eseguita e come doveva esserlo senza però individuare preventivamente il metro di valutazione per il raffronto. In questo modo si ricaverebbe una nozione generale di difformità che difetterebbe di una proprietà intrinseca, riducendosi ad esprimere una relazione la cui estensione sarebbe così ambigua da impedirne la stessa analisi. Sul punto si veda L. BELLANOVA, *Difformità, vizi e difetti nell'appalto: a proposito del 1° comma dell'art. 1667 c.c.*, in *Contr. e impr.*, 1994, pp. 509 e 603.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

parti e secondo le regole imposte dalla tecnica, affinché sia assicurato il buon funzionamento o l'appropriata utilizzazione della cosa, senza che ne risulti diminuita l'utilità, il pregio o il valore.

Il riferimento alle pattuizioni negoziali non è di poco momento, in quanto risultano assolutamente irrilevanti ai fini della fattispecie in esame i vizi derivanti dalla conformità dell'opera alle espresse richieste del committente e la progettazione sia ineccepibile da un punto di vista tecnico⁴¹.

L'avvento del c.d. codice del consumo ha profondamente ridisegnato la materia, rendendo non più unitaria la disciplina dei vizi o difformità dell'opera. In primo luogo la normativa trasfusa negli artt. 128 e ss del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, è applicabile ai contratti di compravendita, di somministrazione, appalto e d'opera, nonché a tutti i negozi preordinati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre. In secondo luogo essa si applicherà quando una parte del contratto sia un consumatore⁴².

In questi casi, a prescindere dalla qualificazione del contratto in vendita o in appalto, saranno applicabili la garanzia legale di conformità e le garanzie commerciali per i beni di consumo.

In particolare, alla luce della disciplina speciale, l'appaltatore dovrà consegnare al committente un bene conforme al contratto. Sotto questo aspetto, quindi, viene superata la distinzione tra vizio e difformità a favore di un diverso concetto unitario: si presume non conforme un bene se è inidoneo all'uso cui dovrebbe servire, se quantitativamente insufficiente o se qualitativamente non conforme a quanto pattuito⁴³.

⁴¹ D. RUBINO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da VASSALLI, 4^a ed., rivista da MOSCATI, Torino, 1980, p. 536. In giurisprudenza si veda Cass., 21 luglio 1983, n. 5035, in *Giust. civ., Rep.*, 1983, voce *Appalto*, n. 27.

⁴² L'art. 3 lett. a) del codice del consumo definisce consumatore la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

⁴³ D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 381.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Alla nozione di conformità, quindi, vengono ricondotte le diverse categorie di vizio, mancanza di qualità promesse e finanche l'*aliud pro alio*⁴⁴.

Per quanto riguarda la distinzione tra vizi riconoscibili ed occulti ci si rimette alle considerazioni già effettuate in tema di vizi della cosa venduta. Tuttavia, occorre un ulteriore esame del concetto di riconoscibilità, che nell'appalto assume connotazioni peculiari.

Se la verifica è compiuta dal committente personalmente o se l'opera viene accettata senza verifica, siccome di regola il committente è un profano dell'arte, la riconoscibilità dei vizi va valutata alla stregua delle cognizioni che in quella materia può avere un profano dell'arte. In tal caso, quindi, vizi palesi sono solo quelli che potrebbero e dovrebbero essere riconosciuti da un uomo medio con intelligenza media. Se, invece, il committente si serve per la verifica di un tecnico, o se lui stesso riveste tale qualifica, la riconoscibilità va stabilita nei riguardi del collaudatore e va valutata alla stregua della perizia media che in quella materia può e deve avere un tecnico dell'arte. In tal caso, quindi, vizi palesi sono tutti quelli che potrebbero e dovrebbero essere riconosciuti da un tecnico fornito di cognizioni comuni e che impieghi la diligenza media dovuta da un esperto.

In entrambi i casi, quindi, il requisito della riconoscibilità è un concetto di media, ma diversa può essere la categoria di persone (profani e tecnici) per cui occorre stabilire la media.

La riconoscibilità è la semplice possibilità che i vizi fossero riconosciuti in base ai criteri anzidetti, a nulla rilevando che non siano stati effettivamente scoperti. Alla riconoscibilità è parificata la conoscenza effettiva che il committente abbia avuto del vizio, da qualsiasi fonte e attraverso qualsiasi mezzo. I vizi occulti, ma effettivamente conosciuti, sono

⁴⁴ Sul punto vedi *infra* paragrafo 6.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

trattati alla stregua dei vizi palesi. In questo caso, tuttavia, spetta all'appaltatore la prova dell'effettiva conoscenza da parte del committente.

Al pari dei vizi occulti sono trattati quei vizi che, pur essendo riconoscibili, tuttavia sono stati taciuti in mala fede. Basta, quindi, il semplice silenzio dell'appaltatore, senza che occorra una dichiarazione di esenzione da vizi, come invece è espressamente previsto per la vendita all'art. 1491 cod. civ., ovvero un occultamento di essi. Per aversi mala fede non basta che l'appaltatore fosse a conoscenza dei vizi o che se ne sia dimenticato; occorre, invece, che l'appaltatore abbia voluto impedire al committente di venirne a conoscenza. Tuttavia, una volta appreso che l'appaltatore conosceva i vizi, la sua mala fede si presume, e il relativo onere probatorio del contrario spetterà a lui. Così come spetterà al committente dimostrare che l'appaltatore fosse a conoscenza dei vizi, prova, questa, nei fatti estremamente agevolata da una serie di presunzioni di fatto, basate sulla circostanza che l'appaltatore è un tecnico ed ha eseguito lui l'opera, sicché si può asserire che quando il vizio è riconoscibile egli lo conosceva effettivamente. Non si ha mala fede se l'appaltatore in effetti non conosceva il vizio, anche se avrebbe dovuto conoscerlo, data la perizia e la diligenza a lui dovute.

Quando i vizi sono stati dolosamente occultati dall'appaltatore e quando abbia imposto l'accettazione dell'opera con violenza, o l'abbia ottenuta attraverso una collusione con il terzo collaudatore, il committente può avvalersi, oltre che dei rimedi previsti dalla garanzia, anche dell'*actio doli* per impugnare accettazione e collaudo, con una grande agevolazione rappresentata dal più lungo termine di quinquennale di prescrizione decorrente dal giorno della scoperta del dolo. Dalla lettera dell'art. 1667 cod. civ., infine, resta esclusa un'impugnativa dell'accettazione e del collaudo per errore del committente sui vizi o sulle difformità.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

L'esistenza o meno dei vizi viene accettata con la verifica; quindi se verifica c'è stata, la riconoscibilità dei vizi va stabilita con riguardo al momento in cui è avvenuta e non al momento dell'accettazione. La distinzione tra verifica e accettazione acquista rilievo se avvengono i momenti temporalmente diversi: se quest'ultima avviene successivamente alla prima e il vizio non era riconoscibile al momento della verifica, divenendo tale solo prima dell'accettazione, l'appaltatore ne risponde ugualmente.

L'accettazione dell'opera senza riserve, pur in assenza di verifica, comporta la perdita della garanzia⁴⁵.

Il momento della riconoscibilità non va confuso con il momento in cui il vizio è sorto. Può, infatti, accadere che al momento della verifica ne esistesse solo la causa, esplicitandosi solo in seguito il difetto: in tal caso si tratta di vizio occulto, a meno che la causa, intesa però come attitudine a dar luogo a quel determinato vizio, non sia riconoscibile già al momento della verifica⁴⁶.

5. I vizi nelle altre fattispecie negoziali

Si è visto come il codice dedichi ai vizi specifiche disposizioni anche in relazioni ad altri contratti nominati, pur senza dedicarvi una disciplina compiuta come quella dettata per la vendita e per l'appalto. Per verificare le implicazioni di carattere sistematico, è opportuno estendere l'indagine alla rilevanza dei vizi anche nelle altre fattispecie negoziali.

⁴⁵ Si veda in particolare Cass., 6 settembre 2002, n. 12981, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 3069, secondo cui l'accettazione dell'opera riveste natura negoziale e solo da essa può derivare la liberazione dell'appaltatore dalla garanzia per i vizi. Si veda pure Cass., 27 luglio 1987, n. 6489, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2357. Cass., 21 luglio 1983, n. 5035, in *Giur. it., Rep.*, 1983, voce *Appalto privato*, n. 57; Cass., 27 luglio 1987, n. 6489, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2357.

⁴⁶ D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., pp. 389 – 394.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

5.1. *I vizi nella donazione.*

L'art. 798 cod. civ. introduce una regola originale nel sistema delle garanzie per vizi. La norma, infatti, che trova la propria *ratio* nel carattere gratuito della donazione, prevede che il donante sia tenuto alla garanzia solo se è stato in dolo o in presenza di un patto speciale⁴⁷.

La cosa donata potrà dirsi viziata là dove presenti imperfezioni o carenze tali da renderla idonea all'uso cui è destinata. Del tutto irrilevante risulta essere la circostanza che il vizio sia palese od occulto, fermo restando il carattere imprescindibile della sua preesistenza all'atto di donazione.

La responsabilità del donante in tali ipotesi non può comunque essere intesa come un'eccezione al principio generale della sua irresponsabilità, posto che tanto il patto speciale, quanto il dolo, rappresentano espressione di altri principi generali⁴⁸.

Si ha dolo quando il donante sia consapevole dell'esistenza del vizio e ciò nonostante lo abbia taciuto. Alla condotta omissiva intenzionale si ritiene debba essere equiparata la grave negligenza: in analogia a quanto disposto in tema di inadempimento dall'art. 789 cod. civ., al dolo viene equiparata la colpa grave e il donante sarà responsabile a meno che oggetto dell'omissione siano vizi facilmente riconoscibili⁴⁹.

Il donante può assumersi pattiziamente la garanzia per i vizi sia attraverso una dichiarazione espressa, sia per mezzo di fatti concludenti⁵⁰ e può essere diretta a rendere il donante responsabile per tutti i vizi della cosa o solamente alcuni di essi⁵¹.

⁴⁷ G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da GROSSO E SANTORO PASSARELLI, Milano, 1964, p. 529.

⁴⁸ Sul punto si veda C. IACOVINO, *Effetti della donazione*, in C. IACOVINO, V. TAVASSI, T. CASSANDRO, *La donazione*, Milano, 1996, p. 274.

⁴⁹ F. TRINGALI, *La donazione*, Torino, 2004, p. 396.

⁵⁰ A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di CICU E MESSINEO, XXII, Milano, 1956, p. 514; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1961, p. 563.

⁵¹ C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, II, Torino, 1964, p. 306.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

5.2. *I vizi nella locazione.*

Ai vizi nella locazione sono riservate due distinte previsioni normative, gli articoli 1578 e 1581 cod. civ. La prima distingue i casi in cui i vizi siano conosciuti o facilmente riconoscibili o meno, dando rilevanza esclusivamente a quelli non riconoscibili che diminuiscono in modo apprezzabile l' idoneità all'uso cui la cosa è destinata. Più semplicemente, se essi risultino conosciuti o facilmente riconoscibili dal conduttore, si deve ritenere che tale contraente abbia deliberatamente accettato la cosa conformemente al suo stato di fatto⁵².

Tale regola si fonda da un lato sul criterio dell'autoresponsabilità, in virtù del quale il titolare di un diritto deve adoperarsi per la cura dei propri interessi, dall'altro sull'affidamento riposto dal disponente in merito alla consapevolezza che l'avente causa mediamente avveduto intenda ottenere la cosa nella situazione in cui si appare⁵³.

Va aggiunto, in proposito, che il vizio palese non implica una rinuncia alla tutela legale, ma presuppone la mancanza dell'elemento costitutivo della responsabilità rappresentato dall'inesatta esecuzione del contratto⁵⁴.

La natura occulta del vizio dipende dalla circostanza che esso non sia riscontrabile dal conduttore attraverso una sommaria osservazione materiale. A tal fine va detto che questo non è tenuto a porre in essere analisi dettagliate, né a chiedere l'ausilio di consulenti.

L'attributo della semplicità dell'accertamento accredita il corollario secondo cui è sufficiente mantenere una condotta confacente al criterio della

⁵² Cass., 7 marzo 2001, n. 3341, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3667; Cass., 22 novembre 1985, n. 5786, *ivi*, 1986, I, 1, c. 1326.

⁵³ E. MINERVINI, *L'esclusione legale della garanzia per vizi nel contratto di compravendita*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 6.

⁵⁴ E. MINERVINI, *L'esclusione legale della garanzia per vizi nel contratto di compravendita*, *cit.*, p. 4.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

diligenza minima, il quale è un *minus* a paragone dell'attenzione media pretendibile dal *diligens pater familias*⁵⁵.

È ragionevole applicare per estensione la norma prevista nell'ultima parte dell'art. 1491 cod. civ., con la conseguenza che se il locatore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi la responsabilità fissata dall'art. 1578 cod. civ. continua ad essere vincolante⁵⁶.

La disposizione è ricavata sulla falsa riga di quella dettata in tema di vendita dall'art. 1490, discostandosene fundamentalmente per la mancanza del riferimento al valore della *res* e per l'omessa previsione dei termini per la denuncia dei vizi.

Il codice dà valore a quei difetti che, a differenza di quelli attinenti allo stato di conservazione della cosa, cui si riferisce l'art. 1575 n. 2 cod. civ. (costituenti guasti), incidono sulla struttura materiale della cosa alterandone l'integrità in modo da impedirne o ridurne notevolmente il godimento secondo la destinazione contrattuale, anche se sono eliminabili e si manifestano successivamente alla conclusione del contratto⁵⁷.

In questa nozione sono individuabili almeno tre criteri che consentono di attribuire la qualità di vizio ad un eventuale difetto della cosa. Anzitutto secondo un criterio oggettivo e, in qualche misura assoluto, il difetto deve essere intrinseco alla cosa: tale rilievo rappresenta un corollario dell'obbligo del locatore di garantire al conduttore il godimento della cosa locata, il quale per definizione può avere ad oggetto soltanto una cosa priva di vizi.

Per un altro parametro, collegato all'obbligazione del locatore di mantenere la cosa in stato da servire all'uso convenuto, il difetto deve

⁵⁵ G. GORLA, voce "Azione redibitoria", in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 879.

⁵⁶ A. GUARINO, *Locazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da GROSSO E SANTORO PASSARELLI, Milano, 1965, p. 55.

⁵⁷ Cass., 15 maggio 2007, n. 11198, in *Riv. Giur. edil.*, 2007, p. 1287; Cass., 18 aprile 2006, n. 8942, in *Arch. loc.*, 2006, 5, p. 560; Cass., 6 marzo 1995, n. 2605, in *Arch. loc.*, 1995, p. 600; Cass., 4 agosto 1994, n. 7260, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 782; Cass., 10 agosto 1991, n. 8729, in *Vita notar.*, 1992, p. 208.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

incidere sull'entità dell'uso pattuito; in tal caso, pertanto, il criterio è relativo, perché riguarda bensì le caratteristiche intrinseche del bene, ma in relazione all'uso pattuito. Risulta, infine, necessario tener conto della gravità del vizio il quale deve incidere in modo apprezzabile sull'idoneità della cosa all'uso pattuito; in sostanza con ciò introducendo una specificazione del criterio generale sull'importanza dell'inadempimento stabilito dall'art. 1455 cod. civ.

È da escludere che possano essere ricompresi tra i vizi della cosa locata quei guasti o deterioramenti della stessa dovuti alla naturale usura, effetto del tempo, ovvero di accadimenti accidentali. In tali ipotesi, infatti, è operante l'obbligo del locatore di provvedere alle riparazioni ai sensi dell'art. 1576 cod. civ., la cui inosservanza determina inadempimento contrattuale⁵⁸.

Per distinguere tra vizio e guasto sono stati suggeriti criteri incentrati sull'originarietà⁵⁹ ovvero su una valutazione complessa che tengo conto di vari requisiti, quali l'entità della spesa, il tempo occorrente, l'eliminabilità del difetto e soprattutto la necessità di intervenire sulla struttura della cosa⁶⁰.

⁵⁸ M. DE TILLA – S. GIOVE, *Le locazioni abitative e non abitative*, in *Trattato teorico pratico di diritto privato*, diretto da G. ALPA e S. PATTI, IV, Padova, 2009, p. 375. M. SINISI – F. TRONCONE, *Le locazioni ad uso commerciale*, 3^a ed., Padova, 2010, p. 110. G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, 2^a ed., Padova, 2005, p. 247. V. CUFFARO, *La locazione. Disciplina sostanziale e processuale*, Bologna, 2009, p. 43 e ss.. Si veda, inoltre, A. SCARPA, nota a Cass., 15 maggio 2007, n. 11198, in *Immobili e dir.*, 2007, 8, p. 63, secondo cui non possono essere considerati vizi ai sensi della normativa della locazione quegli accadimenti che determinano una mera infiltrazione in quanto non incidono sulla struttura materiale dell'immobile locato, ma determinano solo un'impraticabilità parziale del locale e comunque temporalmente limitata, comportante soltanto l'onere della relativa riparazione. Si veda in giurisprudenza Cass., 18 aprile 2001, n. 5682, in *Giur. it.*, 2001, p. 2252 con nota di TIRIBOCCHI.

⁵⁹ G. MIRABELLI, *La Locazione*, cit., p. 419. In proposito, si è sostenuto, infatti, che il momento determinante ai fini della rilevazione del vizio non è la conclusione del contratto, ma la consegna della cosa: quindi si accerta come vizio il difetto esistente al momento della *traditio*, mentre come guasto il difetto sopravvenuto (si veda anche P. COSENTINO – P. VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme, 1978 – 1985*, Torino, 1986, p. 86).

⁶⁰ R. TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Trattato Rescigno*, 11, *Obbligazioni e Contratti*, III, Torino, 1984, p. 469. In giurisprudenza si veda Cass., 6 marzo 1995, n. 2605, in *Giust. civ.*, 1995, 1, p. 1462 e Cass., 24 marzo 1980, n. 1951, in *Giust. civ.*, 1980, 1, p. 1951.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

La giurisprudenza dà rilievo preminente alla necessità di intervenire sulla struttura della cosa. Tale criterio va applicato con i dovuti correttivi per quanto riguarda i beni mobili in cui possono esserci difetti naturali ed organici, malattie ed imperfezioni nelle cose animali e biologiche, ovvero difetti do costruzione nelle cose mobili inanimate. Negli immobili, invece, si tratta di un giudizio che va condotto caso per caso⁶¹.

Merita ancora osservare che la disciplina dei difetti e dei guasti comprende ed assorbe anche le eventuali questioni in punto di qualità della cosa locata, giacché con riguardo alla locazione il legislatore non distingue tra garanzia per vizi occulti e quella per mancanza di qualità, come avviene invece in materia di vendita con l'art. 1497 cod. civ., e ciò perché il locatore deve sempre garantire una qualche utilità della cosa per consentire al conduttore di utilizzarla allo scopo pattuito. Pertanto, rileveranno ai fini dell'operatività della garanzia in esame vizi o guasti che indifferentemente possono incidere sul bene in sé o sulle qualità dello stesso, ma che ne devono anche diminuire l'idoneità dello stesso all'uso pattuito⁶².

Ove vengano in rilievo alterazioni non attinenti alla stato di conservazione e manutenzione, bensì incidenti sulla composizione, costruzione o funzionalità strutturale della cosa medesima, come si vedrà in seguito, il conduttore non è legittimato ad agire in giudizio per ottenere dal locatore l'adempimento dell'obbligazione di cui all'art. 1576 cod. civ., né ad effettuare direttamente le riparazioni del caso, ai sensi del secondo comma dell'art. 1577 cod. civ., ma soltanto alle azioni previste dall'art. 1578 di risoluzione o di riduzione del corrispettivo.

Deve essere aggiunto, inoltre, che si è affermato in giurisprudenza l'orientamento secondo cui anche la carenza dei requisiti amministrativi necessari per l'esercizio dell'attività previsto in contratto può rientrare tra i

⁶¹ A. TABET, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU E F. MESSINEO, XXV, Milano, 1972, p. 1074.

⁶² G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, cit., p. 249.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

vizi della cosa locata⁶³. In particolare è stato ritenuto che la mancanza del provvedimento amministrativo necessario per la legale destinazione della cosa locata all'uso pattuito rientra tra i vizi che, escludendo o diminuendo in modo apprezzabile l'idoneità della cosa stessa all'uso pattuito, possono giustificare la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1578 cod. civ., a meno che non risulti che il conduttore, a conoscenza dell'inidoneità dell'immobile a realizzare il suo interesse, ne abbia accettato il rischio economico dell'impossibilità di utilizzazione⁶⁴.

La garanzia in esame incontra il limite della facile riconoscibilità. La disposizione, omologa a quella dettata dall'art. 1491 cod. civ. per la vendita, ci porta ad interrogarci sul concetto stesso di riconoscibilità. Un parametro ci è fornito dal combinato disposto degli artt. 1428 e 1431 cod. civ., il quale, a proposito dell'errore, prevede che esso debba essere essenziale e riconoscibile all'altro contraente. Sebbene la disposizione sull'annullabilità dei contratti faccia riferimento ad uno stato soggettivo della controparte, mentre nella garanzia per i vizi oggetto della consapevolezza è una condizione del bene, ai parametri da essa forniti può essere attribuita portata generale e quindi utili anche nella fattispecie in esame. L'art. 1431 cod. civ., ancora la riconoscibilità al contenuto del contratto, alle circostanze dello stesso ed alle qualità dei contraenti. Alla stregua di tanto, pertanto, potrebbe affermarsi che il vizio della cosa sarebbe riconoscibile se il conduttore, utilizzando la diligenza di una persona normale, poteva accertarlo in relazione al contenuto ed alle circostanze della locazione.

⁶³ Cass., 23 luglio 1994, n. 6892, in *Contratti*, 1995, 1, p. 51; Cass., 9 giugno 1994, n. 5623, in *Arch. loc.*, 1994, p. 768, con nota di DE TILLA.

⁶⁴ Cass., 6 novembre 2002, n. 15558, in *Arch. loc.*, 2003, p. 334; Cass., 26 novembre 2002, n. 16677, in *Giur. it., Mass.*, 2002.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Se si tiene conto, però, che il vizio deve essere “facilmente” riconoscibile, si nota come il rigore sia attenuato e che la diligenza richiesta dal locatario per la verifica dei vizi è quella minima⁶⁵.

La riconoscibilità o addirittura l’effettiva conoscenza dei vizi diviene tuttavia irrilevante qualora essi esponano a serio pericolo la salute del conduttore, dei suoi familiari e/o dei suoi dipendenti (art. 1580 cod. civ.).

5.3. *I vizi nel comodato.*

Nel contratto di comodato manca una disciplina relativa alla garanzia per i vizi⁶⁶, e ciò è da ritenersi in linea con la natura essenzialmente gratuita dell’atto. L’art. 1812 cod. civ., infatti, non conferisce una tutela al comodatario che non possa godere in tutto in parte della *res* a causa dei vizi di essa, ma sanziona la violazione dolosa del dovere di avviso dell’esistenza di difetti.

Il comodante, infatti, è responsabile se ha ommesso di denunciare al comodatario i vizi della cosa esistenti al momento della consegna, non se ha ommesso di denunciare quei vizi che avrebbe potuto conoscere usando la normale diligenza. Ovviamente l’obbligo non riguarda tutti i vizi, ma soltanto i vizi occulti, quei vizi che il comodatario non può conoscere usando la normale diligenza. L’obbligo di denunciare i vizi occulti, e la conseguente responsabilità per omessa denuncia, non sussiste se il

⁶⁵ Sotto questo aspetto, pertanto, non sarà imputabile al conduttore il mancato ricorso ad un tecnico per accertare l’eventuale presenza di vizi, perché tale comportamento non rientra nella diligenza minima di un contraente. Se, quindi, il contratto viene concluso a distanza il conduttore non avrà cognizione delle condizioni del bene, con conseguente irriconoscibilità dei vizi, giacché egli non deve certo recarsi a verificarne le condizioni. A tal fine faranno fede le dichiarazioni delle parti circa lo stato della cosa locata. Per questa ragione il momento della consegna della *res* diventa determinante per la constatazione della conoscenza o meno dei vizi (si veda, P. COSENTINO – P. VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme, 1978 – 1985*, cit., p. 85)

⁶⁶ Sui vizi della cosa comodata si veda G. GIANPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da GROSSO E SANTORO PASSARELLI, Milano, 1972, pp. 33 e 34; M. FRAGALI, *Del comodato*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, pp. 340 e ss.; F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1957, pp. 50 e ss.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

comodatario abbia avuto scienza dei vizi per via diversa, ovvero se il comodante possa presumere, sulla base di indizi univoci, che il comodatario ne avesse avuto comunque conoscenza.

Secondo i principi generali il comodatario ha l'onere di provare l'esistenza del vizio, la sua idoneità a produrre il danno, il danno, il nesso di causalità tra vizio e danno, la scienza del vizio da parte del comodante; spetta, invece, al comodante di aver dato notizia o di essere tenuto a darla.

Per i danni cagionati, in conseguenza dei vizi della cosa comodata, a beni del comodatario il comodante sarà responsabile secondo le regole ed i principi della responsabilità pre-contrattuale: l'omessa comunicazione dell'esistenza dei vizi conosciuti idonei a creare il danno deve certamente considerarsi comportamento contrario a correttezza e tale cioè da legittimare una pretesa risarcitoria secondo le regole della *culpa in contrahendo*.

Il comodante non garantisce l'idoneità della cosa all'uso, in aderenza all'ordinaria garanzia per vizi, ma la consegna nello stato in cui si trova: ciò però non comporta che l'aver omesso di far conoscere l'esistenza dei vizi che rendano la cosa inidonea all'uso non costituisca fonte di responsabilità in quanto si tratta di un comportamento comunque contrario a buona fede⁶⁷.

5.4. I vizi nel mutuo.

L'art. 1821 cod. civ. è la disposizione dettata dal codice civile in tema di vizi. In analogia con quanto prescritto per il comodato, manca una disciplina riferibile in senso stretto ai vizi, risultando contemplata esclusivamente una garanzia per i danni derivanti al mutuatario per i vizi delle cose mutate. Per completezza di indagine è comunque opportuno effettuare qualche accenno.

Preliminarmente è opportuno distinguere secondo che il mutuo sia oneroso o gratuito. In quest'ultimo caso, infatti, sussiste responsabilità solo

⁶⁷ R. TETI, voce "Comodato", in *Digesto discipline privatistiche*, III, Torino, 2002, p. 46.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

quando pur conoscendo i vizi, il mutuante non abbia avvertito il mutuatario.

Per il mutuo oneroso, invece, la dottrina ritiene che la soluzione del codice sia conforme alla disciplina generale dei contratti, sia per quanto riguarda l'onere della prova, sia per quanto riguarda la colpa come fondamento della responsabilità contrattuale. La stessa dottrina che si è occupata della materia⁶⁸ considera applicabile per analogia la disciplina dettata per i vizi della cosa nel contratto di vendita. In particolare non si avrà responsabilità nel caso in cui il mutuatario già fosse a conoscenza dei vizi della cosa mutuata. Non è applicabile al mutuo il termine di decadenza per la denuncia dei vizi occulti ed il termine di prescrizione previsti dall'art. 1495 cod. civ.

Nel mutuo gratuito, invece, si ha una forma di responsabilità attenuata perché non è applicabile il criterio della conoscibilità, ma è necessaria l'effettiva conoscenza dei vizi della cosa.

Non manca, tuttavia chi ritiene che la regola enunciata dall'art. 1821 cod. civ., sanzioni un dovere di informazione sia nel mutuo gratuito che nel mutuo oneroso, che comporterebbe sempre il dovere del mutuante di risarcire il danno, pur se nei limiti dell'interesse negativo⁶⁹.

Risultando ormai rarissimi i mutui di beni fungibili diversi dal denaro, l'applicazione della norma non ha dato luogo a particolari questioni giurisprudenziali.

⁶⁸ G. GIAMPICCOLO, voce "Mutuo", in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 103; U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975, p. 35; F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, cit., p. 128; R. TETI, Il mutuo, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 12, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 1985, p. 680.

⁶⁹ B. GARDELLA TEDESCHI, Voce "Mutuo", in *Digesto discipline privatistiche*, XI, Torino, 2002, p. 554.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

5.5. *I vizi nell'assicurazione*

Anche l'art. 1906 cod. civ. sancisce una regola di responsabilità, disciplinando l'ipotesi di responsabilità dell'assicuratore per i danni prodotti dal vizio della cosa assicurata.

Il vizio preso in considerazione dalla norma in esame è il vizio intrinseco, cioè quello della cosa assicurata in se stessa e non dipendente da una causa esterna⁷⁰. Da altro punto di vista deve trattarsi di un vizio che abbia fatto diminuire, anche in via esclusivamente teorica, la resistenza del bene di fronte alla probabilità del verificarsi del sinistro⁷¹.

Esso può consistere una qualità naturale e normale della cosa, che ne produce il deterioramento (vizio naturale), ovvero in un difetto non normale, che non si trova in tutte le cose della medesima specie (vizio accidentale): il vizio naturale esclude il rischio e, dunque, non è assicurabile perché è inevitabile che prima o poi si produca il deterioramento; il vizio accidentale, invece, è assicurabile anche se, per esserlo, vi è bisogno di una espressa pattuizione⁷².

In aderenza alla disciplina prevista per vendita ed appalto, la norma prevede un obbligo di denuncia dei vizi quale condizione per l'operatività della copertura assicurativa: tale obbligo è necessario per i soli vizi occulti; per gli altri vizi, ovvero sia per quelli che l'assicuratore è in grado di valutare anche senza denuncia, sia per quelli di cui l'assicuratore abbia avuto *aliunde* conoscenza, non sussiste l'obbligo di denuncia e per conseguenza, la copertura assicurativa opera regolarmente anche in mancanza di un esplicito patto di polizza⁷³.

⁷⁰ V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. Cod. civ., diretto da Scialoja e Branca*, Bologna – Roma, 1966, p. 311.

⁷¹ L. BUTTARO, voce "Assicurazione contro i danni", in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 509.

⁷² V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., p. 311.

⁷³ G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir., civ. e comm.*, diretto da CICU E MESSINEO, I, Milano, 1973, p. 120.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Per vizi occulti devono intendersi quelli non conosciuti dall'assicuratore, indipendentemente dalla conoscenza o meno che degli stessi ne abbia l'assicurato.

6. *L'accettazione dell'opera e la conoscenza dei vizi*

I vizi o le difformità dell'opera diventano irrilevanti se il committente l'abbia accettata o se erano conosciuti o conoscibili dal committente. L'area della garanzia è perciò ristretta nei casi di accettazione, conoscenza e/o conoscibilità dei vizi.

La fattispecie in esame si differenzia da quella dettata in tema di vendita per l'elemento nuovo rappresentato dalla accettazione.

L'accettazione⁷⁴ è un negozio unilaterale recettizio con cui il committente comunica all'appaltatore di voler accogliere la prestazione dell'opera eseguita. Essa può essere espressa, tacita o presunta⁷⁵.

Si ha accettazione espressa quando viene emessa una dichiarazione con cui si accetta immediatamente l'opera eseguita.

L'opera, inoltre, si considera tacitamente accettata quando il committente compie un atto incompatibile con la sua volontà di non accettare l'opera⁷⁶.

⁷⁴ L'accettazione non va confusa con la presa in consegna dell'opera. Quest'ultima, infatti, è un mero fatto materiale e non implica di per sé la rinuncia a far valere la garanzia. Si veda Cass., 30 giugno 2005, n. 13966, in *Foro it., Rep.*, 2005, voce *Lavoro autonomo*, n. 6; Cass., 12 luglio 2004, n. 12829, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Appalto*, n. 37; Cass., 12 maggio 2003, n. 7260, in *Giur. it.*, 2004, p. 758;

⁷⁵ D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 352.

⁷⁶ L'accettazione dell'opera va messa in relazione con l'accettazione del conto presentato al committente per il saldo del credito. L'autorizzazione data dal committente ad emettere tratta per il corrispettivo, così come la presa in consegna dell'opera con conseguente contabilità finale, non può far ritenere che questi abbia rinunciato a garantirsi per i vizi qualora vi siano state contestazioni, precedenti o successive, perché da tale comportamento non è desumibile una rinuncia alla garanzia. Si veda specificamente Cass., 29 novembre 1993, n. 11835, in *Foro it., Rep.*, 1993, voce *Appalto*, n. 49 e Cass., 22 novembre 1996, n. 10304, in *Foro it., Rep.*, 1996, voce *Appalto*, n. 40.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Sono ipotesi di accettazione tacita la consegna dell'opera senza riserve e la richiesta di consegna dopo aver eseguito la verifica. Molto si è discusso circa il pagamento del corrispettivo. A verifica avvenuta, infatti, si presume⁷⁷ che il pagamento comporti accettazione. In caso di pagamento parziale, invece, non può evincersi alcuna volontà di rinunciare alla garanzia⁷⁸. Va precisato, comunque, che dopo la verifica il pagamento ha poco rilievo come indice di un'accettazione tacita perché di solito si determina un'accettazione presunta che prescinde dal pagamento⁷⁹.

Quanto infine all'accettazione presunta, essa è prevista in due ipotesi legalmente disciplinate dal 3° comma dell'art. 1665 cod. civ. La prima si ha quando il committente tralascia di procedere alla verifica senza giusti motivi nonostante l'invito dell'appaltatore. La seconda si verifica quando alla verifica effettuata non segue la comunicazione del risultato entro un breve termine⁸⁰.

L'opera può essere accettata tanto dal committente quanto in sua vece da soggetto previamente autorizzato. Quest'ultimo solitamente è il direttore dei lavori che assume la veste di rappresentante del committente per quanto attiene alla manifestazioni di volontà contenute in un ambito strettamente tecnico, compresa l'accettazione dell'opera, in quanto riconosciuta conforme al progetto ed eseguita a regola d'arte⁸¹.

Quanto alla forma, infine, essa può essere resa anche oralmente.

Per quanto attiene alla riconoscibilità dei vizi, i principi da seguire sono parzialmente diversi da quelli previsti per la vendita ed ispirati ad un maggior rigore per l'appaltatore.

⁷⁷ Si tratta, però, di una presunzione semplice che può essere vinta con la prova contraria.

⁷⁸ Anche in questo caso resta salva la prova contraria che può essere fornita dall'appaltatore.

⁷⁹ Si veda, più diffusamente, sul punto D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 356.

⁸⁰ D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 357.

⁸¹ Sul punto si veda Cass., 28 maggio 2001, n. 7242, in *Foro it., Rep.*, 2001, voce *Appalto*, n. 40 e Cass., 18 febbraio 1983, in *Giur. it., Mass.*, 1983, voce *Appalto*, n. 69.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Occorre distinguere, infatti, due distinte ipotesi che vengono in considerazione a seconda che la verifica sia compiuta direttamente dal committente o attraverso un tecnico da lui nominato.

Nel primo caso, essendo di regola il committente un profano dell'arte, la riconoscibilità va valutata alla stregua delle cognizioni che in quella materia può avere un profano dell'arte. Nella seconda ipotesi, invece, la riconoscibilità va valutata alla stregua della perizia media che in quella materia ci si aspetta da un tecnico esperto⁸².

Ovviamente ciò non comporta che al committente sprovvisto di cognizioni tecniche sia richiesta, in base alla normale diligenza, l'assistenza di un tecnico di fiducia nelle fasi di verifica dell'*opus*⁸³.

7. La mancanza di qualità e l'aliud pro alio.

La mancanza di qualità è una fattispecie specificamente prevista in tema di vendita, che si differenzia dalla disciplina dei vizi sia per contenuti, sia per rimedi. La necessità di distinguere tra vizio, mancanza di qualità e *aliud pro alio* deriva dalle innovazioni introdotte dal legislatore del 1942, che aveva voluto evitare le controversie sorte sotto il precedente sistema circa la distinzione tra le tre suddette categorie, poiché solo per i vizi era prevista un'apposita disciplina⁸⁴.

⁸² D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., pp. 389 – 390.

⁸³ La tesi più rigorosa è stata proposta da M. STOLFI, *Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 655. In questo senso v'è pure certa giurisprudenza un po' risalente: Cass., 16 febbraio 1955, n. 452, in *Foro it.*, 1956, I, c. 219; App. Firenze, 28 gennaio 1966, in *Giur. tosc.*, 1966, p. 741; App. Genova, 30 marzo 1951, in *Temi gen.*, 1951, p. 239.

⁸⁴ E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa. L'“aliud pro alio” nei negozi giuridici: profili ricostruttivi, tendenze giurisprudenziali e tecniche interpretative*, Napoli, 1987, p. 11. Tra le numerose indicazioni bibliografiche in ordine alla distinzione tra vizio, difetto di qualità e *aliud pro alio* si veda in particolare, M. GARUTTI, *Osservazioni in tema di mancanza di qualità ovvero consegna aliud pro alio*, *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 1086 e ss.; F. AGOSTINO, *Differenza sostanziali tra consegna di aliud pro alio, cosa mancante di qualità essenziali o pattuite e cosa affetta da vizi nel contratto di vendita*, in *Giur. agr. it.*, 1976, pp. 462 e ss.; S. FAJELLA, *Ancora sulla distinzione tra vizi redibitori, mancanza di qualità e prestazione di aliud pro alio*, in *Temi*, 1974, pp. 137 e ss.; A. ROSSI, *vizi, mancanza di*

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

La confusione concettuale⁸⁵ che volutamente si creava a proposito di tale distinzione aveva dato luogo ad una casistica frammentaria, con differenze artificiali e pronunce contraddittorie: all'atto della nuova codificazione, quindi, fu introdotto un'apposita disposizione, l'art. 1497, dedicato proprio alla mancanza di qualità, prevedendo come rimedio la risoluzione per inadempimento.

Questo sforzo di semplificazione, non sortì l'effetto voluto: alla precedente distinzione se ne sostituì un'altra, quella tra vizio e appartenenza del bene ad un genere diverso da quello pattuito, appunto la consegna di *aliud pro alio*⁸⁶.

Alla luce di tanto il difetto di qualità si ha quando la cosa, pur essendo quella su cui le parti si sono accordate, non ha tutti i requisiti che in essa dovrebbero sussistere, secondo il contenuto del contratto, oppure quando sono assenti i connotati essenziali per l'uso a cui la cosa è destinata⁸⁷.

qualità e aliud pro alio datum: differenze ed analogie tra i tre aspetti dell'inadempimento, in dir. e giur., 1997, pp. 207 e ss.; S. PURICELLI, *Vizi redibitori, mancanza di qualità e consegna di aliud pro alio: distinzione*, in *Contr.*, 1999, pp. 146 e ss.

⁸⁵ Si veda ad es. G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1937, p. 124, per cui "il termine vizio sta usualmente a significare non tanto guasto, deterioramento, alterazione, quanto, in senso traslato, difetto o mancanza di qualità, qualunque ne sia la causa... Si può dire che il vizio è sempre una mancanza di qualità".

⁸⁶ A. M. MUSY – S. FERRERI, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Milano, 2006, p. 219.

⁸⁷ I Tribunali tedeschi hanno distinto tra «*aliud*» e «*peius*». Il primo viene definito come consegna di beni erronei in relazione a quelli pattuiti mentre il «*peius*» viene considerato come consegna di beni difettosi. La distinzione, tuttavia, non ha effetti sui rimedi applicabili dal momento che nel caso della CISG si applicano, in entrambi i casi, le azioni derivate dall'inadempimento (art. 45 CISG). Schlechtriem dice: «*Aliud vs. peius*. "Importanti per comprendere le garanzie stabilite nella CISG, ma importanti soprattutto per il Diritto di compravendita tedesco (interno), sono i commenti del Tribunale Supremo Federale tedesco a proposito del concetto *peius* [consegna di beni difettosi] e *aliud* [consegna di beni erronei]: secondo il Tribunale, un *aliud* equivale a una consegna difettosa. Sebbene il Tribunale supremo Federale vuole lasciare aperta la questione per i casi di difformità particolarmente spudorata dei beni rispetto alle qualità richieste dal contratto, è chiaro tuttavia che è stato accettato generalmente lo stesso trattamento dell'*aliud* e del *peius* e è stato considerato come un sollievo per l'applicazione del Diritto». Il testo originale è il seguente: *Aliud vs. peius*. "[I]mportant for understanding warranty law under the CISG, but especially important for the (internal) German sales law, are the

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

In realtà i problemi rimangono. Innanzitutto entrambe le disposizioni contengono il riferimento all'uso del bene, con pericolo di sovrapposizione delle due figure: il difetto di qualità, infatti, può verosimilmente rendere il bene inidoneo a qualunque uso conforme alla sua destinazione⁸⁸.

Per superare tale aporia si è anche prospettato una soluzione secondo cui il bene viziato non serve allo scopo corrente, pur mantenendo una utilità marginale; la mancanza di qualità essenziali, invece, fa sì che il bene sia del tutto inutile. Ma anche sul punto v'è qualche perplessità in quanto qualità promesse possono anche non essere essenziali: la demarcazione tra le due fattispecie diviene di nuovo sottile.

Rispetto al caso dell'*aliud pro alio* la questione è apparentemente più semplice. Si tratta, infatti, di un bene appartenente ad un genere diverso da quello concordato. La questione si complica in virtù dell'elasticità del concetto e la sua capacità di variare dal *genus* limitato a quello illimitato, dal genere al sottogenere, alla specie⁸⁹.

Nella vendita di *species* si ha *aliud pro alio* solo nell'ipotesi in cui la cosa consegnata sia materialmente diversa da quella pattuita, mentre nella vendita di genere si avrà quando la *res tradita* non presenta le caratteristiche di appartenenza al genere dedotto in contratto.

Il richiamo al genere, però, presta il fianco a critiche nella misura in cui risulta troppo legato alla logica delle classificazioni e non consente di tenere nella dovuta considerazione gli interessi dedotti in rapporto.

Bundesgerichtshof's remarks on *peius* [delivery of defective goods] and *aliud* [delivery of the wrong goods]: according to the Court, an *aliud* is the same as a defective delivery. Although the *Bundesgerichtshof* wants to leave the question open for the case of an especially blatant deviation of the goods from the qualities required by the contract, it is nevertheless clear that the equal treatment of *aliud* and *peius* has generally been accepted and viewed as an alleviation for the application of the law». P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof, 50 Years of the Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court of Germany] A Celebration Anthology from the Academic Community*, Traduzione inglese a cura di Todd J. Fox., pubblicata alla pagina web <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem3.html>>.

⁸⁸ Sul punto si veda più diffusamente G.B. FERRI, *La vendita in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 11, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1984, p. 250.

⁸⁹ E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, cit., p. 19.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Si è così suggerito un ulteriore criterio che fa perno sulla capacità funzionale del bene: si avrà *aliud pro alio* anche quando la cosa manchi delle qualità necessarie per assolvere alla sua normale funzione economico – sociale o a quell'altra funzione assunta dalle parti come essenziale⁹⁰.

In sostanza, la differente misura di incidenza dell'anomalia sulla capacità funzionale della cosa, in relazione alla sua tipica destinazione economica-sociale, ne determinerebbe al riconducibilità all'una o all'altra fattispecie, vizio, mancanza di qualità o *aliud pro alio*⁹¹.

Anche tale criterio, però, non risolve definitivamente i problemi dinanzi sollevati in quanto ai sensi dell'art. 1490 cod. civ. la cosa è viziata proprio quando si riveli inidonea all'uso cui è destinata.

Si è così fatto ricorso al concetto, piuttosto elastico, di totale inidoneità. La fragilità di tale principio distintivo traspare nelle ipotesi in cui la cosa consegnata abbia la medesima funzione di quella convenuta, ma non sia autentica o risulti di origine diversa, o non sia delle stesso tipo o marca di quella dovuta.

Resta il fatto che il ricorso alla categoria dell'*aliud pro alio* consente di superare le preclusioni poste dai termini di prescrizione e decadenza previsti per le azioni edilizie: proprio quest'obiettivo, perseguito per una maggiore tutela del compratore, ristretto nelle rigide maglie di prescrizioni e decadenze, è stato perseguito dalla giurisprudenza che ha tentato di recuperare nell'ambito della disciplina della consegna di cosa diversa un certo numero di ipotesi difficilmente inquadrabili attraverso la prospettiva della destinazione economico-sociale⁹².

Sulla base di tanto, però, si è giunti spesso a soluzioni giurisprudenziali che non esprimono sempre indicazioni rigorose e coerenti, con conclusioni irreconciliabili le une con le altre.

⁹⁰ In giurisprudenza il principio è stato utilizzato da Cass., 31 marzo 1987, n. 3093, in *Giur. it., Mass.*, 1987 e Cass., 12 novembre 1979, n. 5844, in *Giur. it., Mass.*, 1979.

⁹¹ E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, cit., p. 25.

⁹² E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, cit., p. 30.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Proprio per tale ragione molti autori avevano accolto con sollievo l'omologazione effettuata dalla convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci che ha previsto per ogni tipo di difformità del bene dalle promesse, o dalle ragionevoli attese dell'acquirente, una specifica forma di responsabilità del venditore (artt. 35 e ss. CISG)⁹³.

La convenzione dell'Aja del 1964 assimilava all'art. 33, I, b), esplicitamente tra i difetti di conformità la consegna di cosa diversa: la CISG non contiene una previsione espressa, ma dai lavori preparatori risulta che i redattori della convenzione di Vienna non hanno inteso disciplinare diversamente le due ipotesi⁹⁴.

⁹³ La regolazione contenuta nella LUVI equiparava la mancanza di conformità alla mancanza di consegna, ragione per cui il venditore violava il suo obbligo di consegna se non realizzava la consegna della cosa, se dava al compratore una cosa non conforme, se gli consegnava una cosa diversa o appartenente ad un'altra specie (*aliud pro alio*). Si veda F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., p. 196.

⁹⁴ P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Commentary art. 35-37*, Vienna, 1986, on line in <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-35.html>, per cui “it is clear that the case of delivery of entirely different goods should still be considered as a deviation from the “description” of the goods in the contract”. La giurisprudenza applicativa della Convenzione di Vienna ha convalidato l'opzione di assimilare difetti e consegna di bene diverso: Oberster Gerichtshof (Austria), 29 giugno 1999, “Delivery of goods of a different kind (*aliud*) does not constitute non delivery but amounts to delivery of non conforming goods” (art. 35 CIGS); Oberster Gerichtshof (Austria), 21 marzo 2000, “lack of conformity of goods – delivery of goods of a different kind (*aliud*) does not constitute non delivery but amounts to delivery of non conforming goods” (art. 35 CIGS); Bundesgerichtshof (Germania), 3 aprile 1996, “delivery of goods of different kind (*aliud*) does not constitute a non delivery but amounts to delivery of non conforming goods - art. 49, 1, b, CISG not applicable (UNILEX and ZIP, 1996, 1041): tutte sentenze reperibili nel *Digest Uncitral* e in *unilex.org*.

È opportuno verificare se nella Convenzione di Vienna l'*aliud pro alio* possa essere ricondotto ad una mancanza di conformità, o se al contrario possa essere considerato piuttosto un caso di mancata consegna della cosa.

Le conseguenze pratiche che derivano dalla riconducibilità all'una o all'altra fattispecie sono tra loro notevolmente diverse. Se, infatti lo si riconduce ad un caso di mancanza di conformità si potrebbe imporre all'acquirente il dovere di esame (delle merci) e comunicazione (delle possibili mancanze di conformità) fissati rispettivamente negli articoli 38 e 39 CISG. Tali obblighi, invece, non esisterebbero ove l'*aliud pro alio* venisse equiparato alla mancata consegna (sul punto si rinvia a F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XXI, 2^a ed., Padova, 2006, p. 254 – 255, il quale respinge l'opinione di chi asserisce la non necessità della denuncia in ipotesi

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

di *aliud pro alio* in quanto contraria alla *ratio* dell'art. 39, che consentirebbe al venditore di esaminare il bene per verificare la fondatezza della denuncia per compiere eventualmente un'attività di conformazione).

Un'altra differenza importante si nota quando l'acquirente vuole esercitare l'azione di sostituzione stabilita nell'articolo 46.2 CISG. Se ci si trovasse di fronte ad una mancanza di conformità, l'acquirente potrebbe esigere la sostituzione del bene soltanto nel caso in cui tale pretesa si formuli facendone richiesta già al momento della denuncia o, altrimenti, se viene fatta comunicazione entro un termine ragionevole a decorrere da quel momento. La sostituzione del bene derivata da un *aliud pro alio* inteso come *mancanza di consegna*, invece, permetterebbe di esercitare l'azione di sostituzione *ex* articoli 45.1 a) e 46 paragrafi 1 e 2 CISG, senza necessità di attendere termini e requisiti segnalati.

Infine, esisterebbero differenti risultati nell'esercizio della risoluzione contrattuale. L'*aliud pro alio* catalogato come *mancanza di consegna* permetterebbe l'esercizio dell'azione risolutoria se il venditore non consegnasse la *res* entro un termine supplementare segnalato nell'articolo 47 in relazione al 49.1 b) CISG. Se, al contrario, fosse mancanza di conformità, l'acquirente perderebbe il diritto a risolvere il contratto per inadempimento se non esercitasse l'azione entro un termine ragionevole, così come esige l'articolo 49.2 CISG. L'esame della giurisprudenza applicativa della convenzione (CLOUT) può aiutare a chiarire gli estremi del problema. In tutti i casi esaminati (CLOUT case n. 171, Germany, del 3 aprile 1996, (*Bundesgerichtshof* 3 April 1996, *abstract no.* 171); CLOUT, Austria, *case no.* 422, 29 giugno 1999, *Oberster Gerichtshof*, IOB 74/99k; CLOUT, Germany, 11 April 2002 *Lower Court Viechtach*; CLOUT, *Switzerland*, case n. 251, 30 novembre 1998, *Handelsgericht des Kantons Zürich*, punto 5, paragrafo b) il concetto di «*aliud pro alio*» si applica sempre nel suo senso rigoroso, vale a dire inteso come consegna di cosa diversa da quella pattuita. L'*aliud*, infatti, è trattato nella Convenzione come una consegna di beni non conformi al contratto. Secondo la CISG, pertanto, una consegna di cosa diversa non costituisce, almeno in linea generale, una mancanza di consegna, bensì una consegna non conforme di beni. Se la compravendita è generica (come nella maggior parte dei casi di compravendita internazionale), l'*aliud* consiste nella consegna di una cosa che appartiene a un genere diverso da quello pattuito.

L'articolo 35 CISG nel suo primo paragrafo determina che «il venditore deve consegnare merci la cui quantità, qualità e *genere* corrispondono a quelli previsti dal contratto, e il cui imballaggio e confezione corrispondono a quelli previsti dal contratto [...]». Se la compravendita è specifica (cosa che è poco abituale nella compravendita internazionale) l'*aliud* consisterebbe nella consegna di un bene diverso da quello che era oggetto del contratto di vendita.

Come, invece, si è visto nelle pagine precedenti, nel nostro ordinamento è stata accettata un'interpretazione estensiva del concetto di *aliud pro alio* e ciò proprio nel tentativo di sfuggire alle rigide maglie delle azioni edilizie.

È logico che tale interpretazione estensiva non sia stata applicata all'«*aliud*» della Convenzione di Vienna, a causa della costruzione unitaria della responsabilità contrattuale che essa contiene. Se c'è mancata corrispondenza tra quanto consegnato e quanto convenuto perché il bene non è funzionale, vale a dire se esso non è utile per il suo uso ordinario, allora si dovrà qualificare come mancanza di qualità del bene e non come consegna di un bene diverso. In entrambi i casi, le azioni di cui disporrà l'acquirente saranno le stesse, cioè quelle proprie di un inadempimento contrattuale (art. 45 CISG).

Infine non ci si deve dimenticare quanto disposto nell'articolo 40 CISG in relazione all'*aliud pro alio*, ossia che, se il venditore conosceva o non poteva ignorare che in realtà ciò che consegna è qualcosa di diverso da quanto convenuto, non può in seguito esigere dall'acquirente l'esame delle merci né la comunicazione della mancanza di conformità realizzata entro un termine ragionevole dalla sua scoperta (effettiva o dovuta). In tal caso, la conoscenza dell'*aliud* da parte del venditore esenterebbe l'acquirente dagli

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Il sollievo nel contemplare una semplificazione della ridda di distinzioni e definizioni, sensazione confermata dall'imitazione del medesimo modello ad opera del legislatore comunitario che ha redatto la direttiva 99/44/CE, non è stato però definitivo: in Italia, infatti, diversamente da quanto avvenuto in altri Stati (ad esempio in Germania, come vedremo), si è continuato a ritenere che l'ipotesi di *aliud pro alio* dovesse continuare ad essere considerata a parte.

Il quadro che ne esce è notevolmente variegato, risultando coesistenti diversi regimi: quello ordinario stabilito per le vendite interne dagli art. 1490 e ss. cod. civ.; quello vigente per i rapporti tra venditori ed acquirenti professionali (*business to business*) che hanno la loro sede in Stati diversi (CISG); quello previsto dalla direttiva 44/99/CE per le vendite ai consumatori (*business to consumers*); quello dipendente dall'allegazione non di un difetto, ma dall'appartenenza di un bene ad un genere diverso (*aliud*) da quello pattuito.

L'obiettivo fatto valere, ragionevolmente, è di non sguarnire le difese degli acquirenti, soprattutto di fronte a venditori dotati di maggiore esperienza e professionalità: ciò si suppone compatibile con gli stessi obiettivi dell'Unione Europea che introduce spesso i propri interventi nel diritto privato in nome della tutela dei consumatori, e infatti la direttiva 44/99/CE menziona puntualmente nelle premesse le facilitazioni che i consumatori deriveranno da un'omologazione delle norme sui loro acquisti⁹⁵, ma bisogna dire che ciò viene presentato in modo simultaneo e collaterale rispetto ad un obiettivo diverso che è l'unificazione del mercato,

obblighi derivati dagli articoli 38 e 39 CISG (esame delle merci e comunicazione della non conformità), senza continuare a considerare l'*aliud* come un caso dell'articolo 35 CISG.

⁹⁵ Si vedano in proposito il considerando (1) secondo cui "l'articolo 153, paragrafo 1 e 3, del trattato dispone che la Comunità contribuisca al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate in applicazione dell'articolo 95", nonché il considerando (5) per cui "la creazione di una base legislativa minima comune in materia di diritto dei consumatori, applicabile a prescindere dal luogo di acquisto dei beni nella Comunità, rafforzerà la fiducia dei consumatori e permetterà loro di trarre il massimo profitto dal mercato interno".

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

la necessità di sventare il rischio che ostacoli al commercio risorgano dalle diversità giuridiche anziché dalle barriere protettive tradizionali⁹⁶. È quindi la combinazione dei due risultati che preme alla Comunità Europea e la prassi giurisprudenziale della Corte di Giustizia ha già dimostrato che il più alto livello di protezione dei consumatori, disponibile in uno Stato membro, può essere sacrificato per privilegiare la circolazione dei prodotti, come è avvenuto, ad esempio, in materia di responsabilità per prodotti difettosi.

In definitiva, mantenere l'*aliud pro alio* per i beni di consumo in Italia, alla luce del progressivo abbandono della distinzione da parte di altri Stati membri, ci espone alla probabilità di un procedimento per infrazione di fronte alla corte di Giustizia, oltre a nuocere in generale all'armonizzazione⁹⁷.

Un esempio risolutorio dei problemi di distinzione tra le fattispecie appena delineate ci proviene direttamente dall'ordinamento tedesco.

La riforma del diritto delle obbligazioni ha stabilito, tra l'altro, al § 434 che la consegna di una cosa diversa o di una quantità inferiore di ciò che era stato pattuito è equivalente ad un difetto di qualità e quindi sottoposta al comune regime introdotto in adempimento della direttiva 44/1999 con i rimedi di sostituzione, riparazione o riduzione del prezzo o risoluzione contrattuale⁹⁸.

La disciplina dell'appalto, invece, non distingue tra vizio e mancanza di qualità. La mancanza di qualità promesse o essenziali per l'uso sembra

⁹⁶ Sul punto si veda il considerando (2) secondo il quale “il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne nel quale è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali; che la libera circolazione delle merci riguarda non solo i contratti conclusi da persone nell'esercizio di un'attività professionale, ma anche i contratti conclusi da privati; che ciò implica che i consumatori che risiedono in uno Stato membro dovrebbero essere liberi di acquistare merci sul territorio di un altro Stato membro in base ad un livello minimo uniforme di norme eque che disciplinano la vendita dei beni di consumo”.

⁹⁷ A. M. MUSY – S. FERRERI, *I singoli contratti, La vendita*, cit., pp. 224 – 224.

⁹⁸ P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof, 50 Years of the Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court of Germany] A Celebration Anthology from the Academic Community*, cit.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

perciò produrre gli stessi effetti del vizio⁹⁹. Appare necessario quindi individuare la definizione del concetto di qualità, la cui mancanza fa sorgere la garanzia dell'imprenditore. Il concetto di qualità di un'opera è stato individuato nel complesso di cognizioni tecniche che rendano la stessa idonea all'uso o alla funzione cui è destinata. Per qualità, quindi, deve intendersi l'indice delle superfetazioni della cosa, cioè quelle accidentalità che concorrono a caratterizzarla¹⁰⁰. In quest'ottica i caratteri con cui misurare la qualità di un'*opus* sono essenzialmente due: l'inerenza e la durevolezza.

L'inerenza attiene al concetto di qualità poiché l'accidentalità deve riferirsi alla cosa in sé, concorrendo a determinare il valore o l'ampiezza del godimento. Per quanto attiene alla durevolezza, essa va rapportata alla normale durata della cosa¹⁰¹.

Alla stregua di tanto, si afferma altresì che nella nozione di vizio rientrerebbe anche l'*aliud pro alio*¹⁰². Quest'affermazione va però chiarita.

Bisogna distinguere, infatti, l'esecuzione dalla consegna di un'opera diversa rispetto a quella pattuita. Nel primo caso si esegue l'opera convenuta, ma in maniera completamente diversa, mentre nell'altro si tratta dell'esecuzione di un'opera completamente diversa¹⁰³. Quest'ultima fattispecie è certamente riconducibile all'*aliud pro alio*.

⁹⁹ Cass., 25 luglio 1992, n. 9001, in *Giur. it., Mass.*, 1992.

¹⁰⁰ G. MUSOLINO, *Appalto e contratto d'opera*, cit., p. 17.

¹⁰¹ L. BELLANOVA, *Difformità, vizi e difetti nell'appalto: a proposito del 1° comma dell'art. 1667 c.c.*, cit., p. 609. G. MUSOLINO, *Appalto e contratto d'opera*, cit., p. 18.

¹⁰² L'*aliud pro alio* comporta un confronto ed una differenza di identità fra la cosa appaltata e consegnata dall'imprenditore e quella che avrebbe dovuto essere realizzata. Tale confronto non appare possibile in quanto il concetto di identità è riferibile solo alle cose esistenti e non pure a quelle non ancora realizzate ed il contratto di appalto viene stipulato proprio per porre in essere una prestazione di *facere*, relativa ad una opera futura. Sul punto si veda più diffusamente D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 484.

¹⁰³ Si pensi ad esempio alla consegna di un appartamento nello stesso fabbricato, ma sito su un piano diverso e di dimensioni diverse da quelle pattuite.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Se si fa riferimento all'esecuzione dell'opera il committente avrà a disposizione il rimedio previsto dalla disciplina speciale, con le limitazioni e preclusioni previste circa gli oneri di denuncia e termine prescrizione.

Con riguardo, invece, all'altra ipotesi il committente potrà avvalersi della disciplina generale dell'inadempimento¹⁰⁴.

A ciò va aggiunto che le ordinarie sanzioni contrattuali dell'*aliud pro alio* gli rimangono precluse, in base alle regole generali sulla *datio in solutum* (art. 1197 cod. civ.) se quando ha accettato conosceva la diversa identità tra le due opere, perché ciò importerebbe accettazione di prestazione (diversa) in luogo di adempimento¹⁰⁵.

L'ipotesi dell'*aliud pro alio* e la conseguente applicabilità degli artt. 1453 e 1455 cod. civ. sarebbe, perciò, limitata alla fattispecie in cui l'appaltatore, dopo avere eseguito l'opera pattuita, consegna al committente una *res* diversa.

L'imprenditore, quindi, non si rende inadempiente rispetto all'obbligo di *facere*, ma solo a quello di consegnare: solo in questo caso, infatti, sarebbe possibile effettuare il confronto tra due cose esistenti, l'opera realizzata e l'opera consegnata¹⁰⁶.

In conclusione, appare preferibile assoggettare l'*aliud pro alio* nell'appalto alla comune disciplina della risoluzione per inadempimento e non a quella prevista e disciplinata dall'art. 1668 cod. civ. in quanto la difformità che renda l'opera radicalmente diversa da quella pattuita, con una conseguente assoluta inidoneità della stessa, esula dall'ambito di applicazione dell'art. 1668 cod. civ., ristretto alle difformità senza comprendere la totale diversità¹⁰⁷.

¹⁰⁴ M. RUBINO-SAMMARTANO, *Appalto di opere e contratti di servizi*, cit., p. 423.

¹⁰⁵ D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., pp. 388 – 389.

¹⁰⁶ N. LIPARI, *La garanzia per i vizi e le difformità dell'opera appaltata: risoluzione del contratto, mancanza di qualità promesse e aliud pro alio*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2948.

¹⁰⁷ Sul punto si veda pure E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, cit., pp. 69 – 77.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Ancora una volta, uno sguardo alle soluzioni adottate in altri ordinamenti può essere dirimente. L'ordinamento Tedesco, sul punto, è un chiaro esempio di armonizzazione e semplificazione della disciplina: con la riforma del diritto delle obbligazioni del 2002, la produzione di un'opera diversa da quella ordinata o la produzione di una quantità troppo esigua viene espressamente equiparata ai vizi della cosa (§ 633, comma 2, frase 3 BGB nuova versione)¹⁰⁸.

8. Fondamento e natura giuridica della garanzia.

L'art. 1492 cod. civ. consente al compratore di domandare, a fronte dei vizi della cosa, a sua scelta, la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo. Analoga disposizione è prevista altresì nella disciplina del contratto di locazione.

L'art. 1668 cod. civ. conferisce al committente il potere di domandare l'eliminazione dei vizi e delle difformità, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

Infine, nella vendita dei beni di consumo, in caso di difetto di conformità, il consumatore può chiedere la riparazione o la sostituzione del bene, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

L'entrata in vigore delle disposizioni a tutela dei consumatori ha innovato la materia, ampliandone il campo di applicazione oltre l'istituto della compravendita. La normativa, oggi trasfusa negli artt. 128 e ss. del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (cd. codice del consumo), è applicabile al contratto di compravendita, ai contratti di permuta e di somministrazione, a quelli di appalto e d'opera, nonché a tutti gli altri negozi preordinati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre.

¹⁰⁸ Per l'ipotesi dell'*aliud pro alio* nel diritto tedesco si veda per tutti K. LARENZ, *Lehrbuch der Schuldrechts*, München - Berlin, 1987, pp. 349 e ss.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Il quadro che ne deriva non è perciò più unitario, con la conseguente necessità di individuare la normativa di riferimento per il caso concreto. A tal fine sono stati indicati due diversi elementi.

In primo luogo, gli artt. 128 e ss. del codice del consumo troveranno applicazione allorché l'oggetto dell'appalto o della vendita sia un bene di consumo, ossia qualsiasi bene mobile anche da assemblare, con esclusione dei beni oggetto di vendita forzata, dell'acqua e del gas se venduti in un volume non determinato, e dell'energia elettrica. Parimenti esclusi da tale disciplina dovrebbero essere i beni mobili infungibili, ossia non prodotti in serie¹⁰⁹.

La disciplina a tutela del consumatore non sarà quindi applicabile all'appalto di servizi, tranne nell'ipotesi in cui la prestazione di *facere* sia strettamente collegata a quella del trasferimento di un bene mobile. Sarà così disciplinata dal codice del consumo l'esecuzione di servizi post vendita d'installazione e messa in funzione del bene venduto: chi fornisce il bene, quindi, dovrà garantire anche i difetti di conformità che derivino dall'attività di installazione¹¹⁰.

In secondo luogo la disciplina di derivazione comunitaria troverà applicazione solo qualora una parte del contratto sia un consumatore, ossia persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

In presenza, pertanto, dei suddetti due presupposti ed a prescindere dalla qualificazione del contratto come vendita o come appalto, saranno applicabili la garanzia legale di conformità e le garanzie commerciali per i beni di consumo, di cui al titolo III, parte IV del codice del consumo. Resta

¹⁰⁹ D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., pp. 379. Per un'analisi completa della disciplina del diritto dei consumatori si veda M. BIN – A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Tratt., dir. comm. e dir. pubb. econ.*, diretto da F. GALGANO, XXXI, Padova, 2003, e G. ALPA – L. ROSSI CARLEO, *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005.

¹¹⁰ A. ZACCARIA, *L'applicabilità delle nuove norme sulla vendita di beni di consumo ai contratti d'opera*, in *Studium juris*, 2003, pp. 1307 – 1312.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

salva, comunque, la possibilità per il consumatore di invocare l'applicazione della normativa prevista per i singoli contratti dal codice civile allorché risulti a lui più favorevole.

In particolare, alla luce della disciplina speciale, l'appaltatore o il venditore dovrà consegnare un bene conforme al contratto. Rispetto a quanto previsto dal codice civile, quindi, viene così superata la distinzione tra vizio e difformità a favore di un diverso concetto unitario: si presume non conforme un bene se è inidoneo all'uso cui dovrebbe servire, se quantitativamente insufficiente o se qualitativamente non conforme a quanto pattuito.

Alla nozione di conformità, quindi, vengono ricondotte le diverse ipotesi di vizi, mancanza di qualità promesse o essenziali e finanche l'*aliud pro alio*¹¹¹.

In presenza di un difetto di conformità il committente, ovvero il compratore, avrà diritto al ripristino senza spese della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, ovvero alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto¹¹². Il locatario, infine, potrà scegliere tra risoluzione del contratto e riduzione del corrispettivo.

La divergenza di disciplina tra i rimedi proposti è rappresentata proprio dall'eliminazione dei vizi, rimedio non contemplato nel codice civile per la compravendita e per il comodato.

A fronte di un panorama normativo così vario è quantomeno opportuno soffermarsi sulla natura giuridica della garanzia. Tale tema è sempre stato impostato nel rapporto tra garanzia e responsabilità da inadempimento, senza peraltro pervenire a risultati soddisfacenti e decisivi¹¹³.

¹¹¹ E. GABRIELLI, *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 657.

¹¹² D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., pp. 380 – 381.

¹¹³ A fronte delle difficoltà teoriche riscontrate nello studio della materia un autorevolissimo giurista scrisse che a proposito dell'art. 1476, n. 3 cod. civ., "il legislatore

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

In termini più generali è solo il caso di rammentare che la questione del fondamento e del contenuto delle garanzie che conseguono al contratto di compravendita quali *naturalia negotii*, ne costituisce da sempre la “croce”¹¹⁴, nel senso che ben pochi sono gli argomenti che hanno dato occasione alla dottrina di esprimere un numero maggiore di opinioni diversificate. E non è allora un caso – se si tiene conto delle difficoltà ricostruttive incontrate dalla dottrina – che lo stesso legislatore abbia ricevuto più critiche che consensi relativamente alla codificazione delle regole concernenti l’evizione ed i vizi nella compravendita.

Va innanzitutto premesso che dalla lettura dell’art. 1476 cod. civ. non si è in grado di rinvenire alcuna contrapposizione tra garanzia ed obbligazione: disponendo che il venditore è “obbligato a garantire dai vizi della cosa”, il legislatore ha combinato e non contrapposto le due espressioni, così come già previsto sotto il tenore del vecchio codice¹¹⁵.

Occorre valutare, quindi, l’esattezza dell’affermazione secondo cui la garanzia per i vizi costituisce oggetto di un’obbligazione del venditore, affermazione che, peraltro, sembra essere addirittura suffragata dalla legge, allorché all’art. 1476 c.c., nell’elencare le obbligazioni principali del venditore, indica, al n. 3, quella di garantire il compratore dall’evizione e dai vizi della cosa.

In proposito la dottrina ha da tempo messo in luce come quest’ultima norma non abbia contenuto precettivo e come sia tecnicamente sbagliato

rua il mestiere al giurista e, al solito, finisce col fare della pessima dogmatica”. Vedi L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, pp. 1 – 8.

¹¹⁴ Vedi L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi della vendita*, cit., p. 3.

¹¹⁵ L’art. 1498 cod. civ. 1865 disponeva che il venditore era tenuto a garantire la cosa venduta dai vizi o dai difetti occulti che la rendevano non atta all’uso cui era destinata, o che ne diminuivano l’uso in modo che se il compratore li avesse conosciuti, o non l’avrebbe comprata o avrebbe offerto un prezzo minore.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

ricostruire la garanzia nei termini di sanzione comminata a seguito della violazione dell'obbligo di garantire l'acquirente per i vizi della cosa¹¹⁶.

Quanto ai vizi – si è infatti detto – l'intenzione del legislatore del '42 di introdurre elementi di chiarezza e di semplicità non si è in concreto realizzata e la materia risulta, ancora oggi, tutt'altro che semplificata e chiara¹¹⁷: tanto che la giurisprudenza (per lo più confortata dal sostegno della dottrina prevalente) tende sempre più a ridurre il numero delle fattispecie riconducibili ai vizi redibitori (ed alla mancanza di qualità essenziali¹¹⁸) estendendo invece la categoria dell'*aliud pro alio* in presenza della quale è noto che il compratore risulta svincolato dall'onere della denuncia e della prescrizione breve.

Eguale si può dire che vi sia assoluta consonanza fra gli autori nel negare che la garanzia per vizi redibitori sia ricollegabile all'art. 1477 c.c. e cioè che il vizio della cosa integri gli estremi di un inadempimento dell'obbligo di consegna¹¹⁹. Ciò del resto è confermato dal fatto che mentre la *ratio* che contraddistingue la garanzia per vizi presuppone che la cosa sia compravenduta come sana (o meglio come pattuita¹²⁰), la norma appena richiamata, invece, dispone che la cosa debba essere consegnata nello stato in cui si trovava al momento della vendita, a prescindere quindi da ogni

¹¹⁶ Vedi L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi della vendita*, cit., p. 8 e C. G. TERRANOVA, *Redibitoria (azione)*, Enc. Giur., XXVI, Roma, 1991, p. 5.

¹¹⁷ Così G. B. FERRI, *La vendita in generale*, Trattato RESCIGNO, VIII, 1, Torino, 1984, p. 247. Vedi anche SALV. ROMANO, *Vendita, Contratto estimatorio*, Trattato GROSSO-SANTORO PASSARELLI, Milano, 1960, p. 258, a giudizio del quale la materia delle garanzie edilizie è caratterizzata da gravi difetti di tecnica legislativa. E dire che il legislatore nella relazione al codice n. 670 si dichiarava fermamente convinto di aver fatto un buon lavoro, in particolare per aver introdotto meccanismi semplificati.

¹¹⁸ Sulla estrema difficoltà di distinguere le due ipotesi vedi LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 1991, p. 193.

¹¹⁹ Si veda F. MARTORANO, *La tutela del compratore per vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 635.

¹²⁰ Sul punto è opportuno riflettere anche in considerazione del concetto di conformità al contratto del bene venduto, alla stregua del disposto dell'art. 129 D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

considerazione concernente la conformità della cosa con un parametro astratto di idoneità.

Qualche ulteriore osservazione si impone in merito al rapporto tra garanzia ed obbligazione. Il legislatore, disponendo che il venditore è obbligato a garantire, ha combinato e non contrapposto le due espressioni, così rimanendo sostanzialmente inalterato il medesimo tenore della norma con la quale, nel previgente codice, si disponeva essere il venditore “tenuto a garantire”¹²¹.

Parte della dottrina, invece, tende a contestare l’espressione “obbligo di garanzia”, finendo per invertire il ruolo dei termini: “garantire la propria obbligazione” in luogo di quello utilizzato dal legislatore e cioè “obbligato a garantire”¹²².

Ciò posto, l’obbligazione di garantire dall’evizione e dai vizi va intesa piuttosto come un effetto legale del contratto in virtù del quale il venditore soggiace ai particolari rimedi che la legge assegna al compratore¹²³.

Se, comunque, in dottrina regna la concordia in merito al quesito relativo a che cosa non sia la garanzia per vizi redibitori, lo stesso non può certamente dirsi per le proposte formulate in ordine all’elaborazione positiva dell’istituto.

¹²¹ L’art. 1498 cod. civ. del 1865 così disponeva: “il venditore è tenuto a garantire la cosa venduta dai vizi o dai difetti occulti che la rendono non atto all’uso cui è destinata, o che ne diminuiscono l’uso in modo che se il compratore gli avesse conosciuti, o non l’avrebbe comprata o avrebbe offerto un prezzo minore”.

¹²² Si veda, in particolare, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 505 e ss. secondo cui, come si vedrà in seguito, l’art. 1476 n. 3 cod. civ. non dispone l’esistenza di un’autonoma garanzia personale a carico del venditore che rafforzi l’obbligazione dello stesso venditore, atteso che non sarebbe logicamente e funzionalmente concepibile prestare una fideiussione per se stesso. La norma, quindi, per conservare la funzione di garantire, *rectius* rafforzare, l’obbligazione del venditore, potrebbe solo configurare la sua obbligazione nel senso di caratterizzarla strutturalmente come assistita da responsabilità oggettiva.

¹²³ AA. VV., *I contratti di vendita*, in *Tratt. dei contr.*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, a cura di D. VALENTINO, Milano, 2007, p. 991.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

A questo punto è opportuno, quantomeno per esigenze di sistematica, ricostruire, seppure in termini sintetici, il dibattito dottrinario che nel tempo si è sviluppato attorno al problema.

8.1. Teoria dell'assicurazione contrattuale.

Tale tesi, che individua nella garanzia una vera e propria assicurazione contrattuale¹²⁴ contro alcuni rischi insiti nel contratto o nell'atto di contrarre, è stata elaborata sotto la vigenza del vecchio codice e ripresa anche successivamente¹²⁵. In base a tale teoria, quando la vendita risulti malamente eseguita a causa dell'esistenza dei vizi o per mancanza di qualità, non potrebbe parlarsi di inadempimento quanto piuttosto del realizzarsi di una mancata corrispondenza tra quanto programmato e quanto attuato. In previsione del verificarsi di tale eventualità, la finalità assegnata dall'ordinamento alla garanzia sarebbe quella di assicurare o di garantire che il risultato dedotto nel contratto sia comunque raggiunto. Non più, però, nell'ambito di esecuzione del contratto, sia pur attraverso un surrogato dell'adempimento, ma sul piano delle reazioni, predisposte dall'ordinamento, per l'ipotesi della mancata o difettosa esecuzione della vendita, in vista del raggiungimento di una nuova situazione di equilibrio, commisurata alle modalità attraverso le quali, in concreto, è rimasto inattuato l'originario programma contrattuale.

L'obiezione che viene mossa alla teoria della garanzia come assicurazione attiene essenzialmente alle difficoltà che essa incontra per

¹²⁴ G. GORLA, *Azione redibitoria, Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 875 e ss.. Per F. GALGANO, *Vendita, Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 491, nella garanzia per vizi la prestazione non consiste in un comportamento, commissivo od omissivo, ma nell'assunzione di un rischio, il verificarsi del quale produce le medesime conseguenze dell'inadempimento.

¹²⁵ A. DI MAJO – A. GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 277.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

giustificare come il risarcimento dell'interesse positivo si inserisca nello schema della garanzia, svincolato da un giudizio di illiceità¹²⁶.

In particolare è stato evidenziato che se la garanzia concretizzasse l'assunzione di un rischio, di tipo assicurativo, da parte del venditore, gli effetti di essa dovrebbero conseguire al semplice verificarsi dell'evento rischioso assicurato, a prescindere dalla sua riferibilità al venditore, cosa che sarebbe in contrasto con l'imputabilità richiesta dall'art. 1494 cod. civ. per il risarcimento dei danni. In realtà tale affermazione non è priva di critiche. Innanzitutto perché non è assolutamente un dato indiscusso che la responsabilità di cui all'art. 1494 cod. civ. sia riconducibile al concetto di garanzia. Tale azione, infatti, non si identifica né con le azioni di garanzia, né con l'azione di esatto adempimento, di tal che essa può essere promossa alternativamente o cumulativamente con le azioni di adempimento in forma specifica del contratto, di riduzione del prezzo o di risoluzione¹²⁷.

8.2. Teoria dell'errore.

L'operatività della garanzia, inoltre, è stata individuata nell'errore, quale vizio del consenso¹²⁸ nel quale incorrerebbe l'acquirente in ordine alla cosa oggetto della vendita. Tale tesi si fonda sulla premessa per cui secondo la quale la presenza dei vizi non può essere considerata come una patologia attinente al momento esecutivo del contratto, perché è una vicenda che si esaurisce in un momento anteriore alla conclusione del contratto stesso¹²⁹.

¹²⁶ Sul punto si veda C. G. TERRANOVA, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, I, p. 79.

¹²⁷ Si veda, *ex multis*, Cass., 26 marzo 2004, n. 6044, in *Mass. Giust. civ.*, 2004; Cass., 8 marzo 2001, n. 3425, *ivi*, 2001; Cass., 7 giugno 2000, n. 7718, in *Vita notar.*, 2000, p. 1477; Cass., 6 febbraio 1992, n. 1325, in *Arch. civ.*, 1992, p. 931; Cass., 1 ottobre 1997, n. 960, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, p. 2281.

¹²⁸ U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1966, p. 52; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., pp. 88 e ss.

¹²⁹ F. MARTORANO, *La tutela del compratore per vizi della cosa*, cit., p. 177.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

In tale prospettiva le azioni edilizie vengono ricondotte a mere azioni di annullamento del contratto per l'errore nel quale è incorso il compratore, pur in assenza del requisito della relativa conoscibilità. Tale soluzione consentirebbe, inoltre, di azionare la tutela di annullamento anche una volta che siano spirati i termini per l'impiego delle azioni edilizie.

Alla stregua di tanto l'azione "*quanti minoris*" viene addirittura ricondotta ad una ipotesi di annullamento parziale.

L'accostamento tra le due azioni – annullamento ed edilizie – si fonderebbe, quindi, su un'asserita contiguità tipologica tra l'art. 1429, 2° comma cod. civ. e gli artt. 1490 e 1497 cod. civ., cioè tra le difformità e l'*error in qualitate*.

Tale posizioni non sono tuttavia esenti da critiche.

Così, ad esempio, la tolleranza di cui all'art. 1497 cod. civ., intesa come limite per l'esercizio dell'azione di risoluzione, nel caso di mancanza di qualità promesse o essenziali, viene ricondotta al requisito dell'essenzialità, di cui all'art. 1428 cod. civ., cioè alla valutazione, in concreto, se l'errore sia stato determinante per il consenso.

È stato obiettato che l'errore postula che una delle parti abbia la certezza soggettiva (errata) delle qualità relative ad una cosa, mentre ai fini della garanzia l'errore è irrilevante, dato che essa, come assicurazione di un rischio, ammette anche l'incertezza.

In proposito si è però osservato che essendo i vizi e la mancanza di qualità un aspetto patologico, in realtà l'ignoranza circa la difformità viene colmata dalla convinzione (errata) della conformità.

Ma l'azione di annullamento per errore presuppone la riconoscibilità, nella controparte, dello stato di falsa rappresentazione, ed al riguardo si è rilevato come anche la disciplina dell'annullamento per errore sia ricollegabile ad una ipotesi di *culpa in contrahendo*. Il comportamento colposo della parte non in errore nel valutare la falsa rappresentazione altrui,

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

cioè, fa venir meno l'esigenza di tutelarne l'affidamento nella dichiarazione espressa della controparte¹³⁰. Detto requisito non è invece richiesto nelle azioni edilizie, e per giustificare tale differenza, si è, curiosamente, fatto ricorso al concetto di garanzia.

La dottrina dell'errore incontra ulteriori difficoltà in riferimento alle ipotesi di facile riconoscibilità dei vizi, preclusiva, ai sensi dell'art. 1491 cod. civ., della esperibilità dei rimedi di garanzia.

Osservato che il requisito della scusabilità dell'errore per i vizi non è richiesto ai fini dell'esercizio dell'azione di annullamento per errore, la dottrina in esame riconduce l'ipotesi di vizi facilmente riconoscibili ad una presunzione legale di conoscenza dei vizi, cioè presunzione legale della mancanza di errore¹³¹.

Non sembra, però, che possa, al riguardo parlarsi di presunzione relativa, atteso che l'unica possibilità offerta al compratore, per rendere operante la garanzia, è quella di dimostrare, ex art. 1491 cod. civ., che il venditore ha dichiarato la cosa esente da vizi.

Si tratterebbe, semmai, di presunzione assoluta, con la conseguenza che non se ne potrebbe comunque individuare la *ratio* nell'asserita funzione di ripartire l'onere probatorio.

La teoria dell'errore, riconducendo la norma in esame ad un'ipotesi di presunzione relativa e non assoluta, invece, si sottrae dall'onere di dar conto della *ratio* della esclusione della garanzia per il caso dei vizi facilmente riconoscibili.

Oltre a quanto appena asserito, i rilievi che vengono mossi a tale teoria attengono per un verso ai rimedi apprestati dall'ordinamento, che sono quelli dell'azione di risoluzione e della riduzione del prezzo e non dell'annullamento del contratto; per altro verso, al fatto che l'operatività della garanzia non è correlata alla erronea rappresentazione che del bene

¹³⁰ P. BARCELLONA, *Errore (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 275 e ss.

¹³¹ U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore*, cit., p. 79.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

abbia avuto l'acquirente, quanto piuttosto alla circostanza che il venditore non ha dato il bene promesso¹³².

8.3. Teoria della presupposizione.

Secondo quest'orientamento¹³³ l'operatività delle azioni di garanzia sarebbe da ricondursi alla fase di formazione del contratto, per essere correlata ad una falsa rappresentazione della realtà da parte del compratore, determinante del proprio consenso e della valutazione dei rispettivi interessi, che si traduce in un'oggettiva disparità delle prestazioni dedotte nel contratto, dal momento che il prezzo viene pattuito quale corrispettivo di una cosa ritenuta priva di vizi e fornita delle qualità essenziali o promesse.

Il potere concesso al compratore di sottrarsi dall'efficacia vincolante del contratto, chiedendone la risoluzione, o la sua modificazione, attraverso la modificazione del prezzo, troverebbe così fondamento nella rilevanza della figura generale della presupposizione, intesa non in modo tradizionale di condizione inespressa, ma implicita, della manifestazione di volontà, ma quale mancata corrispondenza tra realtà e la rappresentazione che di essa hanno avuto le parti e che ha costituito la comune base di valutazione dei rispettivi interessi per la determinazione dell'iniquo contenuto del contratto.

La critica più rilevante che è stata mossa a tale teoria sta proprio nel suo stesso fondamento: il richiamo alla presupposizione, concetto che è stato coniato proprio per supplire ai casi di mancanza di un'espressa disciplina positiva, è stato per questo considerato inidoneo al fine di trovare un fondamento dogmatico alla disciplina della garanzia¹³⁴.

¹³² A. LUMINOSO, *Vendita – Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da BUONOCORE, sez. II, T. 3.I, Torino, 2004, p. 89. Si veda, inoltre, AA.VV., a cura di D. VALENTINO, *I contratti di vendita*, cit. pp. 1010 – 1013.

¹³³ F. MARTORANO, *La tutela del compratore per vizi della cosa*, cit., pp. 177 e ss.; L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 11.

¹³⁴ AA.VV., a cura di D. VALENTINO, *I contratti di vendita*, cit. pp. 1014 – 1015.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

8.4. Teoria della responsabilità precontrattuale.

Tale teoria pone l'accento sulla condotta, improntata ai principi di correttezza e buona fede, alla quale devono conformarsi le parti, ed in particolare il venditore, nella fase delle trattative e della formazione del contratto¹³⁵.

Al venditore incombe sia l'obbligo di verificare l'idoneità della cosa a costituire oggetto della vendita, e la sussistenza della propria legittimazione a disporre, sia l'ulteriore obbligo di comunicare al compratore, prima della conclusione del contratto eventuali anomalie.

In ipotesi di violazione di tali obblighi, secondo una più risalente prospettazione della teoria in esame, occorre distinguere il caso in cui la condotta del venditore sia ascrivibile a dolo o colpa grave, dall'eventualità in cui sia invece riconducibile a semplice colpa.

Nel primo caso, il venditore sarebbe assoggettato a quella speciale responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1479 cod. civ., mentre in presenza di semplice colpa, il contratto dovrebbe considerarsi nullo per inesistenza dell'oggetto, ed il venditore risponderebbe, in virtù del disposto dell'art. 1338 cod. civ., per non aver comunicato le cause di invalidità¹³⁶.

Secondo altra impostazione¹³⁷, che distingue l'ipotesi di vendita di cosa altrui, dall'evizione e dalla garanzia per vizi, la disciplina della prima si fonderebbe su un'obiettiva responsabilità precontrattuale gravante sul venditore per aver taciuto la propria mancanza di titolarità sul bene venduto. E allo scopo di estendere la tesi della responsabilità precontrattuale anche alle fattispecie della garanzia per i vizi, si è pervenuti ad individuare un limite legale al potere di disporre di oggetti funzionalmente inadeguati rispetto alla situazione degli interessi dei contraenti quali risultano attraverso il

¹³⁵ SALV. ROMANO, *Vendita, Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da GROSSO – SANTORO PASSARELLI, Milano, 1960, pp. 256 e ss..

¹³⁶ SALV. ROMANO, *Vendita, Contratto estimatorio*, cit., p. 217.

¹³⁷ L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a non domino*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1940, I. p. 280.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

gioco delle rappresentazioni soggettive ed oggettive della fase di formazione del contratto¹³⁸.

In questo quadro ricostruttivo, invece, la mancanza di qualità resterebbe una normale ipotesi di responsabilità per inadempimento.

Un'ulteriore formulazione della teoria della responsabilità precontrattuale è quella che si fonda sulla violazione dell'obbligo di informazione circa l'idoneità della cosa all'uso¹³⁹.

Il limite di tale posizione è stato individuato nel fatto che l'esperibilità dei rimedi previsti dalla disciplina della garanzia non sarebbe subordinata all'accertamento della violazione colposa degli obblighi precontrattuali di informazione. Sono, infatti, assolutamente irrilevanti, ai fini dell'esperibilità delle azioni di garanzia, i comportamenti delle parti antecedenti al contratto stesso, non avendo alcun rilievo la condotta dolosa o colposa del venditore in merito alla verifica preventiva delle condizioni della cosa e alla comunicazione di esse al compratore¹⁴⁰.

8.5. Teoria contrattuale: la garanzia come forma di responsabilità.

La dottrina prevalente tende, comunque, ad identificare nelle garanzie edilizie un'ipotesi di responsabilità per inadempimento, qui da intendersi nel senso di in esecuzione o inesatta esecuzione della prestazione dovuta.

¹³⁸ SALV. ROMANO, *Vendita, Contratto estimatorio*, cit., p. 260.

¹³⁹ G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, pp. 174 - 184. L'autore sostiene che tale violazione consentirebbe al compratore di far ricorso ai rimedi restitutori propri della garanzia, indipendentemente dalla sussistenza della colpa del venditore. Quest'ultima rilevarebbe solo ai fini del risarcimento del danno di cui all'art. 1494 cod. civ.: tale rimedio, infatti, sarebbe del tutto distinto dalle azioni edilizie e anzi sanzionerebbe un illecito extracontrattuale del venditore.

¹⁴⁰ AA.VV., a cura di D. VALENTINO, *I contratti di vendita*, cit., pp. 1008 - 1009.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Non mancano tuttavia, anche nell'ambito di questa corrente, delle differenziazioni di non scarso peso. Ad esempio secondo alcuni le garanzie costituiscono la sanzione per l'irregolarità dell'attribuzione patrimoniale¹⁴¹ e sono ricondotte, nonostante la specialità della disciplina che le caratterizza, all'inadempimento di un'obbligazione vera e propria (che tuttavia non è né quella di garantire, né quella di consegnare ma quella di far acquistare utilmente la proprietà al compratore.

Altri negano addirittura che le garanzie costituiscano un'ipotesi speciale di responsabilità e le inseriscono senz'altro nel sistema dell'inadempimento delle obbligazioni: tale inadempimento si concreterebbe, ad opinione di questa dottrina nella violazione dell'impegno traslativo¹⁴², dal momento che, se pure l'effetto reale, in virtù della regola del consenso traslativo, si produce immediatamente, tuttavia la mancata realizzazione integrale del risultato promesso – causata dalla presenza dei vizi redibitori – non può considerarsi vicenda estranea alla sfera dell'adempimento contrattuale.

Infine, secondo una prospettiva parzialmente diversa la garanzia edilizie non potrebbero esse considerate alla stregua dell'inadempimento propriamente inteso – non essendo configurabile alcuna obbligazione inadempita – ma sostanzierebbero, invece, una violazione del contratto, consistente nell'oggettiva in attuazione o imperfetta attuazione dell'effetto traslativo, derivanti da anomalie preesistenti alla vendita¹⁴³.

Si sarebbe in altri termini in presenza di una figura maggiormente assimilabile al *fundamental breach of contract* del diritto anglosassone piuttosto che non all'inadempimento contrattuale inteso nel senso in cui lo

¹⁴¹ P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 103 e D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 637.

¹⁴² C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, *Trattato Vassalli*, Torino, 1972, pp. 698 e ss.

¹⁴³ Così A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 161.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

intende la tradizione civilistica, e cioè come inadempimento di una obbligazione nascente dal contratto¹⁴⁴.

Di fronte ad una simile varietà di opinioni, pur prescindendo dall'intento di elaborare una teoria unitaria del sistema della garanzia della vendita, si può ragionevolmente escludere che la garanzia possa essere considerato come un'autonoma obbligazione contrattuale.

L'obbligo di garanzia deve essere inteso piuttosto come un effetto legale del contratto, in virtù del quale il venditore soggiace ai particolari rimedi che la legge assegna al compratore. In capo al venditore, infatti, nasce l'impegno ad ottenere il preciso effetto traslativo programmato dalle parti: la sua inattuazione, dovuta al difetto materiale del bene, determina uno squilibrio funzionale che comporta l'operare della garanzia e, quindi, delle azioni esperibili dal compratore.

In quest'ottica la garanzia va ricondotta nel quadro della responsabilità contrattuale ed alla violazione della *lex contractus*¹⁴⁵: l'inadempimento consiste proprio nel trasferire la proprietà di una cosa affetta da vizi, contrariamente a quanto la legge richiede.

La norma sulla garanzia assume, pertanto, il ruolo di sanzione contro il perturbamento verificatosi nell'equilibrio sinallagmatico del contratto¹⁴⁶: la vendita produce effetti anche con riguardo alle qualità della cosa e l'azione redibitoria sarebbe proprio un surrogato dell'azione di adempimento¹⁴⁷.

¹⁴⁴ C. COLOMBO, *In tema di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi redibitori nella vendita*, in *Corr. giur.*, 1995., p. 610.

¹⁴⁵ Per una sintesi delle varie teorie sull'obbligazione di garanzia si veda L. DELOGU, *La vendita*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da G. VISINTINI, II, Padova, 2009, p. 119. Si veda più specificamente L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., pp. 15 – 17.

¹⁴⁶ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 633. Sullo squilibrio negoziale tra prestazioni si veda, in giurisprudenza, Cass., 7 marzo 2007, n. 5202, in *Giur. it., Mass.*, 2007 e Cass., 22 giugno 2006, n. 14431, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1261.

¹⁴⁷ A. M. MUSY – S. FERRERI, *La vendita*, cit., p. 213.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Ricondotta la garanzia nell'alveo della responsabilità, è, per completezza di indagine, utile richiamare la contrapposizione tra le teorie che la configurano come sanzione per l'irregolarità nell'attribuzione traslativa e quelle che la concepiscono come una forma di responsabilità per inadempimento dell'impegno traslativo.

La differenza tra le due impostazioni va ricercata nell'oggetto dell'obbligazione del venditore. In altre parole si tratta di verificare se quella di consegnare una cosa esente da vizi sia o meno un'obbligazione del venditore.

L'esistenza del vizio, a ben vedere, prescinde dall'obbligo traslativo ed in ogni caso non è idoneo ad incidere su di esso. Come già visto, infatti, il vizio è una preesistenza rispetto all'operazione traslativa: il diritto si trasferisce con il consenso senza che a ciò osti l'esistenza del vizio. Rispetto al trasferimento del diritto, quindi, non ci potrà essere inadempimento. È la *res* oggetto dell'attribuzione patrimoniale ad essere viziata, provocando uno squilibrio tra le prestazioni patrimoniali: la garanzia serve proprio a riequilibrare la posizione dei contraente, conferendo adeguati mezzi di tutela al compratore.

Per questo motivo si tende a privilegiare quell'impostazione che ricostruisce la fattispecie in esame come irregolarità dell'attribuzione patrimoniale piuttosto che come inadempimento¹⁴⁸.

Il problema di qualificazione si pone ovviamente anche per l'appalto: la dottrina che si è occupata della materia è stata a lungo divisa tra coloro che la riconducevano ad una garanzia in senso tecnico¹⁴⁹ e coloro che la identificavano con la comune responsabilità da inadempimento.

¹⁴⁸ A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003, p. 211 e ss. In giurisprudenza si veda Cass., Sez. Un., 21 giugno 2005, n. 13294, in *Contratti*, 2006, p. 565 con nota di G. CAPILLI; Cass., 8 marzo 2001, n. 3425, in *Giust. civ.*, 2001, p. 449;

¹⁴⁹ L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946, pp. 335 e ss. Tale garanzia consisterebbe nella promessa di un'indennità (in senso ampio) per il caso che in seguito si verifici un evento dannoso per un determinato soggetto (il garantito). L'obbligo

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Quest'ultimo orientamento ha trovato i più ampi consensi sia della dottrina¹⁵⁰ che della giurisprudenza¹⁵¹. In tal senso la responsabilità dell'appaltatore per vizi e difformità costituirebbero manifestazioni particolari e tipiche della generale ed ordinaria responsabilità dell'appaltatore per la buona riuscita dell'opera. La garanzia, pertanto, integrerebbe una vera e propria fattispecie di responsabilità contrattuale da inadempimento rispetto all'obbligo di eseguire l'opera senza difetti o difformità¹⁵².

9. I rimedi.

Come si è visto nelle pagine precedenti, l'ordinamento appresta al committente, al compratore, al consumatore ed al locatario diversi strumenti di tutela a fronte dell'esistenza dei vizi della cosa oggetto del contratto.

Il quadro rimediale può essere così sintetizzato: la vendita, in caso di vizi occulti, è assistita dalle azioni edilizie - la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo; in caso di mancanza di qualità o di *aliud pro alio*, invece, il rimedio esperibile è rappresentato dalla risoluzione per inadempimento. Tutela analoga a quella prevista per i vizi occulti della cosa venduta è apprestata al conduttore; il committente ha il potere di domandare

di indennizzo si presenta, quindi, non come responsabilità, cioè non come sanzione per inadempimento di un precedente obbligo, ma come obbligazione primaria che nasce direttamente dalla promessa, dal negozio di garanzia.

¹⁵⁰ Si veda, in particolare, D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 383; G. MUSOLINO, *Appalto e contratto d'opera*, cit, p. 31; L. BELLANOVA, *Difformità, vizi e difetti nell'appalto*, cit, p. 594.

¹⁵¹ Si veda, *ex multis*, Cass., 21 febbraio 2008, n. 4523, in *Guida al dir.*, 2008, p. 94; Cass. 15 marzo 2004, n. 5250, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce "Appalto", n. 43; Cass., 2 agosto 2002, n. 11602, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2501; Cass., 9 agosto 1996, n. 7364, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce "Appalto", n. 49; Cass., 10 gennaio 1996, n. 169, in *Giust. civ., Rep.*, 1996, voce "Appalto", n. 12.

¹⁵² Un problema focale è rappresentato dal ruolo della colpa dell'appaltatore. Bisogna, cioè, domandarsi se i rimedi previsti in caso di vizi e difformità prescindano da essa ovvero vi si fondino seppur con particolari atteggiamenti e limitazioni. Se, infatti, si aderisce alla tesi della garanzia in senso tecnico si dovrebbe escludere qualsiasi rilevanza della colpa, estranea all'istituto. Ma anche se si accede all'ipotesi della responsabilità potrebbe non essere necessaria la colpa dell'appaltatore perché potrebbe trattarsi di responsabilità oggettiva.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

l'eliminazione dei vizi e delle difformità, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto; il consumatore può chiedere la riparazione o la sostituzione del bene, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

Procediamo con ordine, analizzando il sistema dei rimedi offerti al compratore, al committente ed al conduttore.

9.1. I rimedi offerti al compratore.

Le novità introdotte con la disciplina della vendita dei beni di consumo hanno profondamente ridisegnato la materia, introducendo elementi nuovi rispetto alla normativa codicistica.

Con le norme a tutela del consumatore¹⁵³, infatti, per la prima volta la garanzia per vizi viene assistita da potere eliminatorio del vizio o sostitutivo del bene. Anzi, il codice del consumo assegna a questi rimedi carattere preminente rispetto alla risoluzione del contratto ed alla riduzione del prezzo, introducendo di fatto una sorta di ordine gerarchico tra i suddetti rimedi.

A fronte della relativa richiesta del compratore-consumatore il venditore è tenuto a soddisfarla entro un congruo termine e senza arrecargli notevoli inconvenienti, salvo che il rimedio risulti oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso. Tale clausola di salvezza, pertanto, consente al professionista di sottrarsi dal proprio obbligo, ma è necessario che il rimedio non imponga al venditore spese irragionevoli in relazione *a)* al valore che il bene avrebbe senza il difetto di conformità, *b)* all'entità del difetto, *c)* all'eventualità che il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore¹⁵⁴.

¹⁵³ AA. VV., *La tutela dei diritti*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2008, p. 618.

¹⁵⁴ È opportuno riflettere su un problema di formulazione dell'art. 130 codice del consumo. La norma, infatti, nell'introdurre un rimedio extragiudiziale idonea a consentire al consumatore di acquisire un bene conforme al contratto, lo ancora a parametri di non sicura valutazione, quali l'oggettiva impossibilità o l'eccessiva onerosità del rimedio, la congruità del tempo per la riparazione e i notevoli inconvenienti. Tali riferimenti, per il loro

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

La garanzia per i vizi della cosa venduta trova la sua genesi e l'originaria configurazione dogmatica nell'esperienza giuridica romana, nonostante il nostro ordinamento si caratterizzi per un principio, quello dell'efficacia traslativa del consenso, che mal si concilia con uno schema che sembra congegnato a misura di una *vindictio* ad effetti meramente obbligatori con riguardo al modo di essere della cosa venduta, dalla quale logicamente conseguirebbe, in caso di difformità, la responsabilità del venditore per inadempimento di un obbligo di prestazione.

Il sistema delle garanzie, infatti, trae origine nella giurisprudenza romana dell'età classica¹⁵⁵ che, in considerazione degli effetti meramente obbligatori della *emptio*, avvertì l'esigenza di una migliore tutela del compratore¹⁵⁶. Si introdusse così una nuova forma di responsabilità del venditore derivante ipso iure dalla vendita e non dal meccanismo dell'apposita *stipulatio* di garanzia.

Il sistema dei rimedi, giunto in età moderna quasi inalterato rispetto a come era stato concepito in età classica, offre soluzioni diverse a seconda che i difetti del bene possano essere classificati come vizi occulti ovvero mancanza di qualità o se integrino la fattispecie dell'*aliud pro alio*.

carattere valutativo, se non si traducono sostanzialmente in un accordo tra le parti, non appaiono idonei a garantire una definizione extragiudiziale della controversia relativa alla mancata conformità del bene al contratto.

¹⁵⁵ A. TALAMANCA, *Vendita. Diritto romano*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 445; C. VACCA, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in *Iura*, 1994, pp. 59 e ss.

¹⁵⁶ I rimedi processuali finalizzati a garantire al compratore il pacifico godimento della cosa (*habere licet*) furono inizialmente individuati in un'*actio empti* contro il venditore che avesse consapevolmente occultato i vizi, ed un'*actio ex stipulatu*, nascente dall'accordo di garanzia e che prescindeva dal dolo del venditore, il quale era perciò tenuto anche in caso di ignoranza dei vizi. Entrambe le azioni tendevano alla condanna del venditore al pagamento di una somma ritenuta idonea al risarcimento dei danni subiti dal compratore. Successivamente, l'editto degli edili curuli concesse all'acquirente due azioni, l'una diretta a consentirgli la *redhibitio* e la restituzione del prezzo pagato, l'altra ad ottenere la riduzione del prezzo pagato (*actio aestimatoria* o *quanti minoris*), azioni dapprima limitate alla vendita di schiavi ed animali, poi estese anche alle altre tipologie di vendita.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Le difficoltà che sul piano pratico si pongono nella distinzione tra le tre suddette categorie condiziona l'esercizio dei rimedi esperibili, che cambiano a seconda del difetto riscontrato¹⁵⁷.

Tra l'azione di risoluzione per vizi e l'azione di risoluzione per inadempimento giustificata dalla mancanza di qualità della cosa o dal fatto che la *res* rappresenta un *aliud pro alio*, la giurisprudenza¹⁵⁸ non manca di sottolineare un'importante differenza, consistente nel fatto che il legittimo esercizio dell'azione di risoluzione per vizi della cosa alienata non presuppone l'esistenza della colpa dell'alienante, giusta il disposto dell'art. 1492 cod. civ.; colpa richiesta, invece, nella diversa ipotesi di risoluzione per difetto delle qualità promesse ex art. 1497 cod. civ., norma che, a differenza della prima, richiama le disposizioni generali dell'istituto della risoluzione per inadempimento fondato sul principio della colpa dell'inadempiente.

Inoltre, le azioni di risoluzione operante per il caso mancanza di qualità e quella operante in caso di *aliud pro alio* si differenziano notevolmente in quanto ad esse vengono applicati termini per agire differenti: riguardo alla prima, in deroga alla disciplina generale, operano i termini di prescrizione e decadenza previsti per i vizi redibitori, in quanto espressamente richiamati dall'art. 1497, 2° comma, cod. civ.; l'altra, al contrario, resta soggetta in toto ai tradizionali e più ampi termini ordinariamente previsti.

In ogni caso, resta fermo, per il compratore danneggiato, il diritto di agire per il risarcimento del danno: tale diritto assume diverse connotazioni

¹⁵⁷ G. B. FERRI, *La vendita (La vendita con patto di riscatto – La vendita di cose mobili – La vendita di cose immobili – La vendita di eredità)*, in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984, p. 248; L. CABELLA PISU, *Orientamenti dottrinari in tema di garanzia e responsabilità del venditore (profili storici)*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 451; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1967, pp. 48 e ss.

¹⁵⁸ Cass., 24 maggio 2005, n. 10922, in *Foro it., Rep.*, 2005, voce *Vendita*, n. 62; Cass. 21 gennaio 2000, n. 639, in *Contr.*, 2000, p. 903, con nota di COPOLUONGO.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

secondo che il danno sia conseguenza del vizio della cosa ovvero derivi da essa, ed a seconda che l'azione venga esperita nei confronti del venditore o del produttore¹⁵⁹.

L'art. 1467 cod. civ., prevede un imprescindibile presupposto di operatività dell'azione di risoluzione, consistente nel fatto che il difetto di qualità sia imputabile e di non scarsa importanza, come si desume dal richiamo alle disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, e sempre che ecceda il limite di tolleranza che gli usi considerano tollerabile¹⁶⁰. Tuttavia quando non vi siano i presupposti di gravità dell'inadempienza che possano giustificare la risoluzione, resta aperta la strada del risarcimento dei danni sotto forma di una proporzionale riduzione del prezzo corrispondente al maggior valore che la cosa avrebbe avuto, purché il difetto di questa non sia di trascurabile entità¹⁶¹.

Dalla disciplina stabilita dalla norma in questione va tenuta distinta l'ipotesi dell'errore sulle qualità, riguardante quest'ultima la conclusione del contratto e non già l'esecuzione dello stesso: ciò ha indotto ad affermare che l'esercizio dell'azione di annullamento per errore sarebbe precluso ogni qual volta l'attributo del bene erroneamente supposto costituisca qualità essenziale o promessa, posto che in queste ipotesi opererebbe il diverso rimedio speciale previsto dall'art. 1497 cod civ.¹⁶²

È preferibile però ritenere che promossa l'azione di risoluzione per mancanza di qualità essenziale, nulla impedisce di proporre, in via subordinata, anche l'azione di annullamento per errore sotto il profilo che la falsa rappresentazione della realtà possa essere caduta sull'esistenza, semplicemente supposta o anche espressamente promessa, delle qualità anzidette, incidendo in modo determinante sulla prestazione del consenso¹⁶³.

¹⁵⁹ AA. VV., *I contratti di vendita*, a cura di D. VALENTINO, cit., pp. 1127 – 1128.

¹⁶⁰ Così Cass., 24 maggio 2005, n. 10922, *Foro it., Rep.*, 2005, voce *Vendita*, n. 62.

¹⁶¹ Cass., 10 gennaio 1981, n. 247, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce *Vendita*, n. 98.

¹⁶² Così anche D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 906.

¹⁶³ Così Cass., 1 aprile 1976, n. 1151, in *Foro it., Rep.*, 1976, voce *Vendita*, n. 34.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Viceversa si ritiene che l'azione di annullamento per dolo possa essere proposta anche in caso di vizi costituenti difetto di qualità¹⁶⁴.

Per quanto riguarda i vizi occulti, come detto, i rimedi a disposizione del compratore saranno, senza che rilevi l'entità del vizio o l'imputabilità dello stesso al venditore, la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, oppure, in caso di pagamento già avvenuto, un rimborso parziale, cosicché il prezzo pagato per il bene affetto da vizi risulti infine congruo, essendo finalità dell'azione quella di ristabilire il rapporto di corrispettività tra le prestazioni. La scelta tra i due mezzi diventa irrevocabile una volta che sia stata oggettivata in una domanda giudiziale.

In proposito si è posto il problema della cumulabilità delle due domande nel medesimo giudizio, ponendone una come principale, un'altra come subordinata. La giurisprudenza di legittimità ha tentato di dare risposta al quesito, risolvendolo negativamente atteso che entrambe le azioni si ricollegano ai medesimi presupposti, con conseguente inammissibilità di un rapporto di subordinazione fra le rispettive domande¹⁶⁵.

Non sono mancate, però, posizioni contrastanti all'interno della stessa Cassazione: è stata ritenuta proponibile la domanda subordinata di riduzione del prezzo laddove la domanda principale di risoluzione risulti inammissibile, infondata ovvero sia rinunciata.

Il terzo comma dell'art. 1492 cod. civ. prevede espressamente che il compratore non possa chiedere la risoluzione del contratto se ha alienato o trasformato la cosa o comunque se non sia più in grado di restituirla. Tale limite si fonda sul principio secondo cui l'utilizzo e conseguente trasformazione o consumazione della cosa equivalga ad accettazione del

¹⁶⁴ C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 1057.

¹⁶⁵ Cass, Sez. Un., 25 marzo 1988, n. 2565, in *Corr. giur.*, 1988, p. 621. Conformi all'orientamento si segnalano Cass., 19 luglio 1983, n. 4980, in *Foro it.*, 1984, I, c. 780, con nota di TROIANO.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

bene pur nella consapevolezza dei vizi di cui è affetto, così rinunciando alla maggior tutela accordata con l'azione di risoluzione¹⁶⁶.

Stante il carattere generale della disposizione, deve ritenersi applicabile anche alla vendita di cosa priva delle qualità promesse od essenziali all'uso cui è destinata, nonché all'*aliud pro alio*. Con riferimento a quest'ultima fattispecie è stato sostenuto che l'accettazione dell'*aliud* potrebbe configurare una *datio in solutum*, qualora sia espressione di una volontà contrattuale in tal senso.

Viceversa, nel caso in cui il bene sia perito a causa del vizio resta ferma la possibilità di domandare la risoluzione.

Un ulteriore problema è rappresentato dall'esperibilità dell'azione di esatto adempimento in caso di vizi del bene. Il codice italiano, a differenza di quanto prevedeva il BGB¹⁶⁷ per la vendita di cose di genere, non prevede la possibilità per il compratore insoddisfatto di chiedere la consegna di beni conformi, in sostituzione di quelli ricevuti, né il legislatore italiano parla di un diritto alla riparazione del bene. Trattandosi di una disciplina generale, intesa a regolare rapporti tra soggetti privati, non commercianti che non hanno necessariamente altri beni con i quali sostituire quello viziato, né possiedono le competenze per ripararne i guasti, è stato sostenuto che la regola sancita dall'art. 1492 cod. civ. abbia carattere esclusivo.

La contrapposizione con il diritto tedesco è illuminante: il legislatore in Germania può sfruttare il diverso modello di vendita accolto nel BGB e concepito come vendita obbligatoria. Nella vendita di beni di genere, la consegna di beni difformi o non funzionanti, non esaurisce l'obbligazione

¹⁶⁶ Cass., 29 novembre 2004, n. 22416, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Vendita*, n. 76; Cass., 24 maggio 2002, n. 7619, in *Notaro*, 2003, p. 150, con nota di MALAVASI; Cass., 4 aprile 1988, n. 3500, in *Foro it., Rep.*, 1988, voce *Vendita*;

¹⁶⁷ BGB, § 480 (nella versione precedente alla riforma, sulla consegna di un bene privo di difetti in sostituzione di quello inizialmente consegnato). Il nuovo § 437, 1 (con il § 439) introduce in ottemperanza alle regole comunitarie contenute nella direttiva 44/99/CE, come rimedio generale di primo impatto la richiesta di "prestazione integrativa" sotto forma di riparazione o sostituzione del bene ("die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache").

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

nata dal contratto e il compratore può farla valere per ottenere beni sostitutivi¹⁶⁸.

In proposito la giurisprudenza di legittimità è ferma nell'escluderne la proponibilità in quanto i vizi incidono esclusivamente su un'obbligazione di dare del venditore, che non potrebbe trasformarsi in un'obbligazione di *facere* volta ad eliminare eventuali vizi, il cui inadempimento può comportare, salvo diversa volontà delle parti, la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo¹⁶⁹.

La soluzione non convince e divide sia la dottrina che la giurisprudenza di merito. Si registrano, infatti, posizioni incentrate sull'accordabilità della tutela in questione, in quanto riconducibile ai rimedi previsti dall'art. 1492 cod. civ. nell'ambito dell'ordinaria tutela contrattuale¹⁷⁰ e opinioni contrarie che sostengono, in caso di assenza di colpa del venditore, la tassatività dei rimedi previsti dall'art. 1492 cod. civ.¹⁷¹

A ben riflettere, se si considera che l'impegno assunto dal venditore era quello di trasferire la cosa pattuita e che, pertanto, in caso di vizi, l'effetto traslativo del programma negoziale prefigurato non si è in concreto attuato, sembra legittima l'esperibilità da parte del compratore, al fine di

¹⁶⁸ C. M. BIANCA, *La compravendita*, cit. p. 1013; F. OSTLER, *Sachmängelhaftung beim Gattungskauf*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1961, pp. 908 e ss.; H. HONSEL, *Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*, sub §§433 – 534, in *J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 1995, pp. 619 - 627; K. ZWEIGERT, *Aspects of the German Law of sale*, *Int. Comp. L. Q.*, *Supp.* 9, 1964; E. RABEL, *Recht des Warenkaufs*, 1958, II, Tübingen/Berlin, pp. 121 e ss..

¹⁶⁹ Cass. 24 novembre 1994, n. 9991, in *Corr. giur.*, 1995, 7, p. 839 con nota di DE CRISTOFARO; Cass., 5 agosto 1985, n. 4382, in *Foro it., Rep.*, voce *Vendita*, n. 74. Resta inteso che per eventuali vizi insorti successivamente alla conclusione del contratto si può configurare un inadempimento del venditore dell'obbligo di consegnare una *res* conforme all'uso cui è destinata, con conseguente esperibilità dell'azione di adempimento esatto, la quale prescinde da termini di decadenza e prescrizione cui è soggetta l'azione di garanzia.

¹⁷⁰ Trib. Cagliari, 10 gennaio 1979, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 213, con nota di GRASSO, nonché App. Messina, 10 aprile 1967, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1968, II, p. 50. In dottrina si veda M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1970, pp. 53 – 66.

¹⁷¹ G. MIRABELLI, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ., diretto da Scialoja e Branca*, artt. 1470 – 1549, Bologna – Roma, 1981, p. 109; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 825.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

ottenere la riparazione o la sostituzione della cosa, di un'azione di risarcimento in forma specifica, in luogo di una tanto discussa azione di esatto adempimento¹⁷².

Ai rimedi tipici suddetti il codice affianca l'azione di risarcimento dei danni, spettando in ogni caso al compratore allorquando il venditore non provi di aver ignorato senza colpa i vizi della cosa.

Essa può essere esercitata anche autonomamente ed è volta a reintegrare l'acquirente delle eventuali spese occorse per eliminare il vizio o per evitare che questo determinasse maggiori pregiudizi, nonché al ristoro del danno conseguente la mancata utilizzazione, anche parziale del bene, e di quello consistente nel lucro impedito dall'impossibilità di rivederlo.

L'azione estimatoria e quella risarcitoria, pur essendo entrambe finalizzate a ristabilire il rapporto di corrispettività tra le prestazioni, nonché a porre il compratore nella situazione in cui si sarebbe trovato se il bene fosse stato immune da vizi, differisce per essere la prima diretta a ristabilire il rapporto di corrispettività tra le prestazioni negoziali solo con riguardo al minor valore della cosa venduta, la seconda a ristabilire tale rapporto con riguardo alla ridotta utilizzabilità della *res*.

Va aggiunto, quindi, che l'azione risarcitoria risulta esperibile solo in presenza di colpa del venditore.

Suscita ancora spunti di riflessione, infine, il dibattito sorto attorno all'applicabilità all'azione in questione dei termini di prescrizione e decadenza imposti alle azioni edilizie. In giurisprudenza prevale la tesi positiva¹⁷³, anche se un esame letterale dell'art. 1495 cod. civ. parrebbe

¹⁷² C Terranova, *Redibitoria (azione)*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 16.

¹⁷³ Cass., 6 dicembre 2001, n. 15481, in *Foro it., Rep.*, voce *Vendita*, n. 58; Cass. 3 agosto 2001, n. 10728, in *Contr.*, 2002, p. 175 con nota di Romeo; Cass., 15 maggio 2000, n. 2000, in *Foro it., Rep.*, 2000, voce *Vendita*, n. 56.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

escludere l'azione risarcitoria dalle cesoie dei termini suddetti, con conseguente applicabile del termine quinquennale¹⁷⁴.

La giurisprudenza più recente è però giunta a soluzioni più vicine a quest'ultima: sarebbe configurabile perciò in capo al venditore il concorso di una responsabilità risarcitoria *ex contractu* con una di tipo aquiliano, qualora il danno lamentato dall'acquirente ex art. 2043 cod. civ. si configuri non come conseguenza immediata e diretta del vizio, ma come derivazione ulteriore del difetto, a sua volta produttivo di autonomi ed indipendente eventi dannosi¹⁷⁵.

9.2. I rimedi offerti al committente.

Come si ricordava in precedenza, al committente la legge assicura tre rimedi.

In primo luogo, può darsi che, nonostante i difetti, l'opera sia tuttavia idonea alla sua destinazione e non manchi di alcuna qualità essenziale, per cui i vizi siano tali da causare solo un valore e un rendimento dell'opera inferiori a quello che avrebbero dovuto essere. In tal caso il committente potrà scegliere tra eliminazione dei vizi e riduzione del prezzo, che andrà rapportata al minor valore o al minor rendimento che essi hanno determinato nell'opera.

L'eliminazione del difetto viene ricondotta alla generale azione di adempimento (art. 1453 cod. civ.) a fronte della violazione da parte dell'appaltatore dell'obbligazione di eseguire l'opera dovuta.

Qualche problema applicativo, tuttavia, è sorto a proposito del riferimento alle "spese a carico dell'appaltatore" di cui al primo comma dell'art. 1667 cod. civ. Si è affermata in giurisprudenza, infatti, la tesi secondo cui il committente possa provvedere egli stesso – o incaricare un

¹⁷⁴ Così G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (art. 1218 – 1222)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1987, p. 399.

¹⁷⁵ AA. VV. *I contratti di vendita*, a cura di D. VALENTINO, cit., pp. 1138 – 1141.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

terzo – all’eliminazione, dovendo l’appaltatore solo rimborsare la spesa o addirittura anticiparla¹⁷⁶.

Tale posizione è certamente antiletterale, posto che la riparazione o la correzione devono essere eseguite dall’appaltatore. Da un punto di vista sostanziale la norma significa semplicemente che per le riparazioni e/o correzioni eseguite dall’appaltatore volontariamente non gli spetta alcun compenso. Processualmente, invece, il committente dovrà attivare la procedura prevista per l’esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare. In tale ipotesi, infatti, la disposizione è sovrapponibile a quella contenuta nell’art. 2931 cod. civ. che effettua un espresso richiamo al codice di rito.

Se, infatti, il committente comincia col far compiere i lavori stragiudizialmente da un terzo, non può poi chiedere al giudice che riconosca ciò come un’esecuzione ex art. 1668 cod. civ. ormai avvenuta, e che si limiti a condannare l’appaltatore al pagamento delle relative spese. In tal caso, la riparazione ha ormai avuto luogo del committente, sicché lo ha fatto decadere dal diritto di ottenerla a spese dell’appaltatore, e più non rimane che la riduzione del prezzo. La differenza non è di scarso rilievo in quanto la somma di cui ridurre il prezzo, infatti, può essere bene diversa dalle spese subite dal committente per la riparazione in quanto va stabilita secondo altri ed autonomi criteri, sui quali non può esercitare alcuna influenza l’ammontare delle spese per il corrispettivo pagato al terzo¹⁷⁷.

Né può considerarsi la regola sancita dall’art. 1668 espressione di un principio di autotutela privata. I casi in cui è consentito al privato di

¹⁷⁶ Cass., 2 agosto 2002, n. 11602, in *Giust. civ.* 2003, I, p. 2501; Cass., 10 gennaio 1996, n. 169, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 976; Cass., 1 marzo 1995, n. 2346, in *Giust. civ., Mass.*, 1995, p. 2346; Cass., 27 febbraio 1991, n. 2110, in *Foro pad.*, 1992, I, p. 26; Cass., 10 febbraio 1987, n. 1416, in *Riv. giur. edil.*, 1987, I, p. 583.

¹⁷⁷ Deve essere considerato che se la riparazione effettuata stragiudizialmente da un terzo risultasse poi anch’essa difettosa, nessuna ripercussione potrà avere nei riguardi dell’appaltatore, ma responsabile verso il committente sarà solo il terzo che vi ha provveduto.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

sostituirsi al giudice sono, infatti, tassativi e nel contratto di appalto tale facoltà è ravvisabile esclusivamente nel disposto dell'art. 1662 cod. civ. D'altronde la stessa lettera della legge non lascia adito a dubbi: il "può chiedere" a sua scelta l'eliminazione dei vizi o la riduzione del prezzo implica da un lato la facoltà di scelta, ma dall'altro la ancora ad una necessaria domanda giudiziale¹⁷⁸.

L'esecuzione in danno, quale mezzo di autotutela, è consentita in via diretta, e quindi senza una preventiva sentenza di condanna, solo negli appalti pubblici, e proprio per la più pressante esigenza di un pronto soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Per le stesse ragioni non è consentito al committente domandare nel corso del processo di cognizione che il giudice lo autorizzi a far eseguire i lavori ad un terzo, liquidando preventivamente le relative spese e condannando l'appaltatore a rimborsarle subito in tal misura. Anche in questo modo, infatti, rimarrebbe preclusa all'appaltatore la possibilità di provvedere in proprio alla riparazione, in un momento in cui non è stata ancora accertata la sua responsabilità.

Tale domanda non può considerarsi ammissibile neanche se l'appaltatore dichiara espressamente che non intende provvedere a quanto richiestogli. Se, infatti, riconoscesse la propria responsabilità il processo non avrebbe alcun senso e tutto si risolverebbe con un accordo stragiudiziale. Ciò che l'appaltatore contesta nella generalità dei casi è proprio la sua stessa responsabilità, oggetto dell'accertamento del processo di cognizione. Dopo la sentenza di condanna e fino all'udienza di comparizione delle parti

¹⁷⁸ Cass., 29 novembre 2001, n. 15167, in *Studium juris*, 2002, p. 524; Cass., 4 novembre 1994, n. 9078, in *Giust. civ., Mass.*, 1994, fasc. 11; Cass. 6 febbraio 1986, n. 736, in *Foro it., Rep.*, 1986, voce *Appalto*, n. 67; Cass., 30 luglio 1983, n. 5245, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 187; Cass., 20 maggio 1980, n. 3325, in *Giur. it., Mass.*, 1980; Cass., 26 febbraio 1979, n. 1264, in *Giur. it., Mass.*, 1979.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

innanzi al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 612 c.p.c. l'appaltatore potrà offrire di provvedere egli stesso alla riparazione¹⁷⁹.

Alla luce di tanto può dirsi che l'eliminazione dei vizi rappresenta sempre un'esecuzione dell'obbligazione di compiere un'opera perfetta, non solo se avviene volontariamente, ma anche se vi si arriva giudizialmente. Se perciò il difetto non arriva ad essere eliminato l'appaltatore continua a rimanere inadempiente alla sua originaria obbligazione. Non avendo, perciò il committente potuto soddisfarsi con il rimedio eliminatorio, conserva l'altro della riduzione del prezzo¹⁸⁰.

Per quanto riguarda l'altro rimedio, rappresentato, come visto, dalla riduzione del prezzo, non basta che il committente provi l'esistenza di una difformità, essendo altresì necessario provare che l'opera ha un valore, o dà un rendimento, minori di quelli che avrebbe avuto in caso di conformità al contratto.

Tuttavia, quando tale rimedio rimane escluso, spetta sempre un risarcimento del danno. Quest'ultimo, infatti, è dall'art. 1668 cod. civ. ammesso come rimedio di carattere generale, cioè potenzialmente applicabile in qualsiasi caso non ristorabile con gli altri mezzi; e sebbene sia letteralmente previsto come sanzione accessoria, talvolta può anche costituire l'unico rimedio utilizzabile. Nella specie, esso si giustifica per il puro e semplice fatto che l'opera è parzialmente diversa da come concordato ed il danno risiede proprio nella difformità alle prescrizioni contrattuali in sé considerate.

¹⁷⁹ Ovviamente, in quest'ultimo caso il giudice valuterà la congruità e la serietà dell'offerta, provvedendo in caso negativo a dare corso immediato all'esecuzione.

¹⁸⁰ Bisogna tener presente che l'esecuzione non avviene anche in nome dell'appaltatore: perciò non va considerata come una sua esecuzione diretta, ma solo sostitutiva. Il terzo non entra in rapporti con l'appaltatore, ma solo con il committente che stipula in nome proprio il relativo contratto dal quale derivano obbligazioni autonome tra i due. Ne discende che il terzo non avrà azione diretta contro l'appaltatore per il pagamento del corrispettivo dovutogli dal committente. Sarà consentito, tuttavia, agire nei confronti dell'appaltatore in via surrogatoria, se il committente, avendo già pagato il prezzo dell'appalto è diventato creditore dell'appaltatore per le spese di riparazione, e a questo titolo può anch'egli giovare del procedimento per ingiunzione di pagamento.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

La determinazione della diminuzione del prezzo va effettuata confrontando il valore ed il rendimento dell'opera eseguita con quelli che avrebbero potuto essere il valore ed il rendimento dellopera pattuita; il tutto secondo criteri oggettivi e non soggettivi, a meno che essi non siano stati specificamente dedotti in contratto.

La norma in esame prevede che sia il "prezzo" ad essere diminuito, con ciò escludendo che la riduzione debba effettuarsi sul valore di mercato. Se il prezzo non è ancora stato versato, il committente non è più obbligato pagamento per la parte ridotta. Se, invece, è già stato pagato, il committente avrà diritto alla restituzione, oltre agli interessi dal giorno della domanda e non dal pagamento, in quanto la sentenza che condanna alla riduzione del prezzo con conseguente restituzione ha efficacia costitutiva, con conseguente irretroattività.

Qualche ultima considerazione sul concorso tra le due azioni. Quale premessa vale la pena ricordare quanto detto in proposito in tema da azioni edilizie. Se l'appaltatore ha ancora il possesso della cosa, in quanto il committente non l'abbia accettata perché il vizio era palese, deve attendere che l'altro precisi quale rimedio preferisca, a meno che nel fatto di avergli lasciato il possesso sia implicita la scelta della eliminazione. Anche fuori da questa ipotesi, se l'appaltatore, approfittando di questa ipotesi, provvede alla riparazione, non gli è applicabile alcuna sanzione per il fatto di aver precluso la scelta al committente, perché a questi non ne è derivato alcun danno effettivo e l'appaltatore si è semplicemente limitato ad adempiere alla sua originaria obbligazione.

Quanto alle modalità di esercizio della scelta, quella compiuta stragiudizialmente può essere cambiata, sia con un novo atto stragiudiziale che con citazione: inestensibile l'art. 1286, 2° comma, cod. civ., perché non si tratta di obbligazione alternativa, ma di una diversa forma di concorso alternativo, che nasce in sede di responsabilità, tra sanzioni. La scelta,

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

tuttavia, diventa irrevocabile dal momento in cui l'appaltatore abbia dichiarato di accettare la richiesta.

Resta da chiedersi se in giudizio possa essere cambiata la scelta effettuata dal committente. Sul punto si sono registrate soluzioni contrastanti.

Si è, infatti, sostenuta la legittimità della modifica sul presupposto che eliminazione dei vizi e riduzione del prezzo tutelerebbero sostanzialmente il medesimo interesse di mantenere il contratto eliminando lo squilibrio sinallagmatico, con conseguente inapplicabilità del principio sancito dall'art. 1453 cod. civ.

D'altro canto, però, se si analizzano gli elementi identificativi delle due domande, si nota immediatamente come l'oggetto di ciascuna sia profondamente diverso. Oggetto del processo nella domanda di eliminazione dei vizi è una obbligazione di *facere*, quindi una tipica azione di esatto adempimento in forma specifica.

Oggetto del processo nella domanda di riduzione del prezzo è, all'opposto, una obbligazione del committente – quella di pagamento del corrispettivo – su cui il giudice inciderà.

Tra le due azioni c'è perciò una diversità di *petitum* evidentissima: in quella eliminativa si chiede una condanna ad un *facere*, con la *quantum minoris* si chiede un accertamento del diverso prezzo ovvero la restituzione del *quid pluris* già versato.

La diversità delle due domande, pertanto, impedirebbe il passaggio dall'una all'altra nel corso del giudizio, in ossequio al disposto degli art. 183 c.p.c.¹⁸¹

Il committente può anche proporre la due domande contemporaneamente, ma solo in ordine graduale e cioè avanzando la

¹⁸¹ Il principio, ovviamente, riguarda anche l'appello secondo il disposto dell'art. 345 c.p.c.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

secondo per il caso che la prima non possa essere accolta¹⁸². Ciò può verificarsi solo se si chiede la riduzione del prezzo nell'ipotesi in cui il difetto risulti ineliminabile.

Nell'ipotesi di pluralità di difetti la cumulabilità non può atteggiarsi nel senso di poter richiedere per alcuni difetti l'eliminazione e per altri la riduzione del prezzo, stante la mancanza di interesse a tale scissione, a meno che il rimedio eliminatorio non sia applicabile.

Nell'ipotesi in cui un difetto sia eliminabile solo in parte, potrà concorrere anche la riduzione del prezzo per la parte ineliminabile, che andrà determinata solo dopo la riparazione effettiva, perché solo in tale momento potrà definirsi se ed in quale misura il difetto sopravvive¹⁸³.

Come terzo rimedio il committente ha a disposizione quello della risoluzione del contratto. Affinché essa sia invocabile è necessario che i vizi o le difformità siano tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione.

Sul concetto di inadeguatezza alla destinazione è necessario soffermarsi brevemente. Anche esso va valutato secondo criteri oggettivi, avendo riguardo alla destinazione normale della cosa, cioè a quella che opere di quel determinato tipo avrebbero nella generalità dei casi. Tuttavia criteri soggettivi possono venire in considerazione quando uno speciale impiego della cosa sia espressamente dedotto in contratto.

Affinché l'inidoneità sia totale, non occorre che il vizio o la difformità investa tutte le parti materiali dell'opera, ma è sufficiente che le sue conseguenze si ripercuotano sull'opera intera, rendendola inadatta all'uso, sia esso tipico o contrattuale. L'espressione "del tutto", pertanto, non si riferisce all'estensione del vizio, ma alla capacità dell'opera di assolvere alla propria funzione.

¹⁸² Cass., 12 luglio 2000, n. 9239, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, p. 1536.

¹⁸³ D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., pp. 403 – 418.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

In caso di opera plurima, se solo alcune delle cose della serie o del complesso risultino viziate in modo da risultare inutilizzabili in quelle condizioni, la risoluzione è ammissibile esclusivamente quando lo scopo perseguito dal committente non possa realizzarsi con le sole opere in buono stato. In caso contrario spetta, secondo quanto sopra esposto, la riduzione del prezzo o l'eliminazione del vizio¹⁸⁴.

Ponendo in relazione la regola risolutoria dell'art. 1668 cod. civ. con quella fissata dall'art. 1455 cod. civ., si nota come nell'appalto si richieda una gravità di inadempimento maggiore, anche rispetto a quella prevista dall'art. 1490 cod. civ. in tema di vendita. La differenza va individuata nel fatto che nella vendita la cosa preesiste al contratto, mentre nell'appalto viene realizzata appositamente per il committente: sicché si ritiene preferibile evitare, nei limiti della sua riparabilità ed utilizzabilità, che la cosa resti presso l'appaltatore magari inutilizzata e sprecata.

Ci si è interrogati, inoltre, se per la risoluzione l'inidoneità dell'opera debba altresì essere ineliminabile. La norma non sembra richiedere anche tale requisito di gravità, anche perché quando il legislatore gli dà rilevanza lo fa espressamente, come accade nel caso di risoluzione giudiziale immediata in corso d'opera quando il vizio non è più eliminabile.

Le insufficienze in questione possono anche consistere in vizi occulti, che quindi possono scoprirsi anche dopo la verifica e l'accettazione. In tal caso la risoluzione può essere chiesta anche se il committente abbia usato l'opera dopo la scoperta del vizio, anche se in tal caso si dovrà tenere in considerazione il fatto che l'uso può essere valutato come un segno di non totale inadeguatezza all'uso.

Se alla scadenza del termine fissato per la fine dei lavori essi sono ancora in corso, diviene possibile il rimedio della risoluzione giudiziale anche se il vizio può essere eliminato; ma accanto ad essa rimane

¹⁸⁴ Si veda, da ultimo, Cass., 15 marzo 2004, n. 5250, in *Giust. civ., Mass.*, 2004

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

utilizzabile l'art. 1662, 2° comma, cod. civ. A lavori ultimati, invece, il committente potrà avvalersi anche della risoluzione su diffida ai sensi dell'art. 1454 cod. civ. Per essa, però, occorre che il difetto sia ancora eliminabile e quindi consentire l'esatto adempimento; contrariamente la diffida non avrà alcun valore.

Un difetto che non renda l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione può provocare la risoluzione solo se pattuita una clausola risolutiva espressa: essa sarebbe valida solo se riferita a vizi predeterminati specificamente e non anche se pattuita genericamente per qualsiasi difetto dell'opera.

Un ultimo riferimento meritano gli effetti della risoluzione del contratto di appalto. Non essendo questo un contratto ad esecuzione periodica o continuata, per regola la declaratoria di risoluzione ha efficacia retroattiva, ma con alcune peculiarità. Se, infatti, l'appalto ha per oggetto la costruzione di un bene immobile (su suolo del committente) si ritiene inammissibile lo strumento risolutorio, rientrandosi nello schema di cui all'art. 1669 cod. civ.

Laddove, comunque, tale strumento dovesse trovare applicazione, perché magari trattasi di immobile non destinato a lunga durata, l'immobile andrà demolito a spese dell'appaltatore, con salvezza per quest'ultimo, se era obbligato a fornire i materiali, di riprendere quanto riesce a ricavare dalla demolizione.

Ma se il committente preferisce non procedere alla demolizione, pur avendo diritto alla risoluzione, può tenere l'opera divenendone proprietario per accessione. In questo caso, allora, si tratterà di determinare il compenso spettante all'appaltatore. In proposito sono state offerte due opzioni ricostruttive. Se si trattasse comunque di risoluzione l'appaltatore avrebbe diritto ad una mera indennità ai sensi dell'art. 936 cod. civ. commisurata al valore dei materiali e della mano d'opera. Se, invece, la fattispecie non

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

integrasse gli estremi della risoluzione, in quanto il committente di fatto rifiuta la riduzione in pristino, egli avrebbe diritto solo ad una riduzione del prezzo in base al minor valore che l'opera avrà a causa dei vizi e delle difformità.

Nell'alveo delle azioni riconducibili all'esatto adempimento rientra senza dubbio quella per l'integrale rifacimento dell'opera. Pur nel silenzio del legislatore si deve ritenere che tale rimedio sia desumibile dai principi generali dell'adempimento. Basta considerare, infatti, che il rifacimento dell'opera – totale o parziale – può costituire l'unico strumento eliminatorio del vizio. Naturalmente, anche tale azione è soggetta all'onere di denuncia ed ai termini di cui all'art. 1667 cod. civ.¹⁸⁵

9.3 I rimedi offerti al conduttore.

Al conduttore è attribuita la scelta tra due strumenti alternativi: la risoluzione del contratto e la riduzione del corrispettivo.

I due strumenti di tutela sono alternativi, nel senso che non possono essere esercitati congiuntamente. In altre parole, il conduttore non può domandare da un lato uno sconto sul canone, e quindi, il mantenimento del rapporto e, dall'altro, lo scioglimento del medesimo.

In ossequio al disposto dell'art. 1453 cod. civ., perciò, il conduttore potrà mutare la domanda chiedendo la risoluzione del contratto, ma una volta chiesta quest'ultima la scelta è irrevocabile. Sul punto ci si rimette a quanto già riportato in tema di vendita.

Qualche considerazione ulteriore deve essere effettuata circa l'effetto retroattivo della pronuncia risolutoria. Se, infatti, esso viene escluso per i contratti ad esecuzione periodica o continuata rispetto alle prestazioni già eseguite, bisogna contemperare il diritto del locatore al pagamento del canone per il periodo antecedente la risoluzione con il diritto del conduttore

¹⁸⁵ D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., pp. 420 – 432.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

alla riduzione del canone per il periodo in cui non abbia potuto godere del bene per la presenza dei vizi.

Questa riduzione del corrispettivo non è riconducibile al rimedio del primo comma dell'art. 1578 cod. civ., come alternativo alla risoluzione, quanto piuttosto alla pretesa risarcitoria di cui al secondo comma della medesima disposizione.

La riduzione del canone andrà effettuata sul canone pattuito e non su quello, eventualmente diverso, risultante dal valore di mercato.

Sul piano processuale, la domanda di riduzione introduce un'azione costitutiva che incide sui rapporti giuridici sottesi, con la conseguenza che essa dispiega i suoi effetti con il passaggio in giudicato della relativa sentenza. In linea con la suddetta natura costitutiva, tali effetti retroagiscono al momento della domanda. Sotto questo profilo resta aperto il problema dei canoni versati prima della proposizione della domanda di riduzione.

Posta come richiesta risarcitoria, invece, non importando essa alcuna modificazione delle situazioni giuridiche sottese, il conduttore potrà ottenere anche la restituzione delle somme versate in eccedenza rispetto il nuovo canone.

La garanzia risarcitoria prescinde dal rimedio scelto, esattamente in linea con quanto previsto per la vendita. La lettera della legge, che parla di danni derivati da vizi della cosa, potrebbe far considerare come risarcibili solo i danni causati dai vizi della *res*, con l'esclusione del danno rappresentato dal mancato godimento del bene. Una tale interpretazione restrittiva non ha trovato il favore della dottrina¹⁸⁶, la quale, in conformità dei principi generali sulla responsabilità contrattuale, reputa risarcibili tutti i danni subiti dal conduttore.

¹⁸⁶ G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, cit., p. 255.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

L'unico limite, con relativo onere probatorio a carico del locatore, è rappresentato dall'incolpevole ignoranza dell'esistenza dei vizi al momento della consegna.

Giova ricordare che la sussistenza di una responsabilità per vizi della cosa locata non vale ad escludere che il locatore possa essere considerato responsabile nei confronti del conduttore per altro titolo. Si pensi, infatti, all'ipotesi in cui egli sia anche costruttore dell'immobile concesso in locazione: in tal caso ben potrebbe trovare applicazione il dettato dell'art. 1669 cod. civ.. Trattandosi di una responsabilità nei confronti di soggetti che non hanno alcun rapporto giuridico con l'appaltatore, essa ha un'indubbia natura extracontrattuale, verificandosi, quindi, un possibile cumulo di responsabilità derivanti dal medesimo fatto¹⁸⁷.

Di ancora diversa natura è il rimedio previsto dall'art. 1580 cod. civ. Esso ha natura eccezionale in quanto è norma posta a tutela del diritto alla salute. In proposito è stato precisato che il locatore è tenuto a risarcire il danno alla salute subito dal conduttore in conseguenza delle condizioni abitative dell'immobile locato, quand'anche tali condizioni fossero note al conduttore al momento della conclusione del contratto, e ciò proprio per la preminenza che l'ordinamento attribuisce alla tutela della salute¹⁸⁸. Il punto non è tuttavia pacifico, in quanto si è pure sostenuto che la conoscenza dei vizi da parte del conduttore equivarrebbe ad accettazione del rischio del danno, con conseguente preclusione del diritto al risarcimento¹⁸⁹.

Un'ultima considerazione deve essere effettuata nel caso di vendita del bene locato. L'acquirente è obbligato nei confronti del conduttore per il risarcimento dei danni patiti in ragione dei vizi del bene locato, anche se preesistente, purché però non verificatisi in epoca anteriore all'acquisto

¹⁸⁷ G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, cit., p. 257.

¹⁸⁸ Cass., 3 febbraio 1999, n. 915, in *Giust. civ.*, 1999, I., p. 2358.

¹⁸⁹ Cass., 9 novembre 2006, n. 23909, in *Nuova giur. civ.*, 2007, 7, 1, p. 838 con nota di POLO; Cass., 8 aprile 1998, n. 3636, in *Arch. loc.*, 1998, p. 553.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

all'acquisto¹⁹⁰; in tal caso, infatti, la pretesa dovrà essere indirizzata nei confronti del precedente locatore¹⁹¹.

Come già affrontato in tema di vendita, non è contemplato un rimedio eliminatorio del vizio riscontrato, non risultando esistente un diritto del conduttore all'esatto adempimento.

Guardando al diritto civile extrastatuale, il § 536a, Abs.2, BGB, conferisce al conduttore il diritto di riparare da sé il vizio e pretendere il rimborso delle spese cui è andato incontro ove la controparte sia in ritardo nella rimozione del vizio stesso, oppure se la rimozione immediata si sveli indispensabile in vista della conservazione o ripristino della cosa.

9.4. La tutela del comodatario, del mutuatario, dell'assicuratore, del donatario.

Le fattispecie negoziali in esame si caratterizzano per l'unicità del rimedio posto a presidio del garantito, rappresentato da quello risarcitorio.

L'art. 1812 cod. civ. limita la responsabilità del comodante ai danni provocati a chi si serve della cosa, ma ciò non toglie che egli sia tenuto a risarcire il comodante per i danni provocati dalla cosa in forza di altre regole. L'art. 2053 cod. civ., fa gravare sul proprietario i danni provocati da rovina di edificio dovuti a difetti di manutenzione o vizi di costruzione, ma tale norma sicuramente si applica a favore del comodatario quando l'edificio era oggetto di comodato.

Allo stesso modo, per i danni cagionati in conseguenza di vizi della cosa data in prestito, il mutuante ne è responsabile, salvo la prova mancata loro conoscenza incolpevole. In caso di mutuo gratuito la responsabilità del mutuante è subordinata alla conoscenza dei vizi ed al mancato avviso di essi al mutuatario.

¹⁹⁰ Sul punto si veda Cass., 19 luglio 2001, n. 8329, in *Contratti*, 2001, 11, p. 1018;

¹⁹¹ Si veda diffusamente M. SINISI – F. TRONCONE, *Le locazioni ad uso commerciale*, cit., pp.118 – 120.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

La differenza tra mutuo oneroso e gratuito si riflette altresì sull'ammontare del danno risarcibile: nel primo caso esso comprenderà l'interesse positivo, nell'altro sarà limitato all'interesse negativo¹⁹².

Nell'assicurazione contro i danni, invece, la regola è posta a presidio dell'assicuratore il quale si trova ad assicurare un bene difettoso a sua insaputa: in tal caso verrà meno l'obbligo dell'assicuratore di corrispondere l'indennità dovuta qualora il sinistro sia conseguenza dei vizi. È fatto salvo, comunque, il patto contrario. Il principio su cui si basa la norma in questione risponde alla fondamentale esigenza che l'assicuratore sia messo in condizione di poter valutare pienamente tutti gli elementi che possono aggravare il rischio assicurato.

L'art. 1906 cod. civ. non è suscettibile di applicazione estensiva all'assicurazione della responsabilità civile, nella quale manca la cosa assicurata ed il bene del destinatario della copertura assicurativa viene in considerazione al diverso fine di circoscrivere la relativa garanzia, con riferimento alla responsabilità risarcitoria verso terzi per fatti connessi alla proprietà o al godimento del bene medesimo.

Anche la tutela accordata al donatario deve essere ricondotta unicamente a quella di tipo risarcitorio: egli avrà diritto di ricevere, a fronte dei vizi della cosa donata, una somma pari al valore della cosa divenuta inutilizzabile, o alla diminuzione di valore subita¹⁹³.

L'irresponsabilità del donante incontra solo due eccezioni. La prima si fonda sull'accordo delle parti, che con apposito patto speciale possono prevedere l'estensione della garanzia ai vizi della cosa donata.

La seconda, invece, si fonda sul dolo del donante, in quanto si suppone che questo conosca i vizi della cosa e deliberatamente ne tenga

¹⁹² G. GIAMPICCOLO, voce "Mutuo", cit., p. 466.

¹⁹³ M. AMBROSOLI, *La garanzia per vizi*, in *La donazione, Tratt. Bonilini*, II, Torino, 2001, pp. 908 e ss.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

all'oscuro il donatario. Incombe su quest'ultimo l'onere della prova del dolo, in quanto elemento costitutivo della responsabilità.

Poiché la norma non distingue tra vizi palesi ed occulti, si sostiene che la garanzia del donante si estende anche ai primi. In mancanza di un espresso riferimento, non sono applicabili i termini di prescrizione e decadenza previsti dall'art. 1495 cod. civ. in tema di vendita.

È opinione consolidata, inoltre, che la disposizione contenuta nell'art. 798 cod. civ. non trovi applicazione nell'ipotesi in cui la cosa donata, affetta da vizi, causi danni allo stesso donatario o a terzi: rimedio esperibile, in tal caso, sarà il ricorso ad un'azione di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.¹⁹⁴

10. La garanzia per i vizi nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati.

La cosiddetta esecuzione anticipata del definitivo contratto di vendita si verifica quando le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, prevedono con lo strumento del preliminare un'anticipata realizzazione del definitivo assetto di interessi programmato. In quest'ottica si inserisce, tra l'altro, l'anticipata immissione del promissario acquirente nel godimento del bene.

Un problema che si è posto all'attenzione della giurisprudenza, e intorno al quale si sono evidenziati i maggiori contrasti, riguarda proprio la tutela del promissario acquirente nel caso di vizi dell'immobile promesso in vendita¹⁹⁵.

¹⁹⁴ A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2002, p. 463.

¹⁹⁵ In proposito si veda V. VITALONE, *La contrattazione preliminare*, Torino, 2009, pp. 149 – 158; R. GUGLIELMO, *Contratto preliminare di compravendita ad effetti anticipati e garanzia per vizi*, in *Riv. notariato*, 1988, p. 675 e ss; R. DE MATTEIS, *Preliminare di compravendita ad effetti anticipati e garanzia per vizi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II,

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

La questione è stata oggetto di un lungo iter giurisprudenziale che negli ultimi cinquant'anni ha visto profondi mutamenti di fronte, allargando progressivamente la tutela dell'acquirente.

In un primo momento è stata negata l'applicabilità al preliminare della specifica normativa sulla garanzia per vizi della cosa venuta, che consentirebbe, come noto, la scelta tra risoluzione del contratto e riduzione del prezzo¹⁹⁶.

Il promissario acquirente, infatti, a fronte del preteso inadempimento del promittente venditore avrebbe a sua disposizione lo strumento risolutorio o quello coercitivo, rappresentato dall'azione costitutiva ex art. 2932 cod. civ.

E ciò sulla base della considerazione che la garanzia in questione opera esclusivamente nel caso di vendita e che – principalmente – poiché la sentenza di esecuzione forzata in forma specifica ex art. 2932 cod. civ. tiene luogo del contratto non concluso, essa non può contenere condizioni diverse da quelle contenute nel contratto preliminare¹⁹⁷.

Una prima apertura si verificò con una pronuncia della Cassazione del 1976¹⁹⁸ in cui, pur confermando l'inapplicabilità della normativa in materia di garanzia per vizi, prevedeva la possibilità per il promissario acquirente immesso nel godimento del bene di chiedere la risoluzione del

p. 139 e ss; I. RIVA, *Garanzia per vizi e contratto preliminare di vendita*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1019 e ss; A. IANNAcone, nota a Cass., 17 novembre 1990, n. 11126, *Sulla garanzia per i vizi del bene oggetto del preliminare di vendita*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2753; A. LENER, nota a Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, c. 669.

¹⁹⁶ Cass., 11 agosto 1982, n. 4562, in *Foro it., Rep.*, 1982, voce "Vendita", n. 15; Cass., 9 giugno 1981, n. 3722, in *Giur. it., Mass.*, 1981; Cass., 20 luglio 1979, n. 4338, in *Foro it., Rep.*, 1979, voce "Vendita, n. 18; Cass., 24 gennaio 1973, n. 222, in *Giur. civ.*, 1973, I, p. 1781; Cass., 1 dicembre 1962, n. 3250, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1475; Cass., 9 maggio 1961, n. 1092, in *Foro it., Rep.*, voce "Vendita", n. 27.

¹⁹⁷ Questa regola che la tradizione tramanda è nota come principio di "intangibilità del preliminare". In virtù di esso, che si suole desumere dalla lettera dell'art. 2932 cod. civ., le volontà espresse dai contraenti in fase di contrattazione preliminare non possono in alcun modo essere modificate dal giudice adito per l'esecuzione in forma specifica, il quale, in omaggio al principio di autonomia contrattuale delle parti, lungi dal potersi sostituire alla loro volontà dovrebbe limitarsi a riprodurre i contenuti originariamente pattuiti.

¹⁹⁸ Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, cit.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

preliminare per inadempimento del promittente venditore o la condanna di quest'ultimo alla eliminazione a proprie spese dei vizi della cosa.

Con questa pronuncia si registrano due effetti principali: da un lato si aprì la strada dell'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento, dall'altro cominciava ad attenuarsi il principio dell'intangibilità del preliminare ad opera della sentenza di esecuzione specifica¹⁹⁹.

L'esperibilità dell'azione di esatto adempimento è stata fondata non tanto su di un obbligo, inadempito del promittente venditore, di esatta consegna, quanto sull'inadempimento di un obbligo di fare che sullo stesso venditore incombeva²⁰⁰.

Successivamente, la Cassazione si è spinta ancora oltre, giungendo ad ammettere la possibilità per il promissario acquirente di ottenere, in sede di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, la riduzione del prezzo in relazione ai vizi o difformità della *res*²⁰¹.

Questa è senz'altro la soluzione più appagante in considerazione del fatto che diversamente il venditore verrebbe ad assumere un'ingiustificata posizione di vantaggio, che mal si concilierebbe con il principio, di indubbia valenza costituzionale, di tutela del contraente debole.

Se poi si pensa che la condanna all'eliminazione dei vizi, come ogni condanna di fare, comporta, in difetto di adempimento, l'esecuzione forzata ex artt. 612 – 614 c.p.c. e, quindi, in definitiva un credito in denaro dal

¹⁹⁹ Su quest'ultimo aspetto, infatti, è stato osservato che nell'art. 2932 cod. civ. non c'è alcuna prescrizione né espressa, né tacita, di necessaria ripetizione nella sentenza costitutiva dello stesso contenuto precettivo fissato con il contratto preliminare. Si veda Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, c. 181 e Cass. 16 dicembre 1981, n. 6671, in *Foro it.*, 1981, *Rep.*, voce "Contratto in genere", n. 265.

²⁰⁰ Il caso tipico è quello della promessa di vendita di un immobile su progetto con pagamento anticipato del prezzo, dove il costruttore – promittente venditore si obbliga, fra l'altro, ad approntare la cosa secondo determinate modalità.

²⁰¹ Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, cit.; Cass., 26 dicembre 1981, n. 6671, cit.; Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1697, con nota di F. MACARIO.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

promissario verso il promittente, si ottiene indirettamente un risultato corrispondente ad una riduzione del prezzo²⁰².

Sulla scia della suddetta giurisprudenza evolutiva, si è giunti all'applicazione delle garanzie edilizie anche prescindendo dall'esistenza di effetti anticipati al contratto preliminare²⁰³.

In proposito, infatti, è stato affermato che la garanzia della vendita si ricollega strettamente al tema dell'adempimento contrattuale; che la riduzione del prezzo, come rimedio conservativo del rapporto, è da preferire alla risoluzione; che la riduzione del prezzo non è uno strumento previsto specialmente per il contratto di vendita, ma è un rimedio generale per i contratti a prestazioni corrispettive, volto a salvaguardare l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni, anche alla stregua del disposto dell'art. 1464 cod. civ.

La garanzia per i vizi sarebbe, perciò, dovuta a prescindere dell'anticipata relazione diretta con la cosa promessa in vendita e per effetto della semplice conoscenza dei vizi.

Questo lungo cammino giudiziario diretto ad ampliare i margini di tutela del promissario acquirente ha subito un'importante battuta d'arresto ad opera della stessa Cassazione²⁰⁴, che ha di fatto intercluso lo strumento dell'eliminazione dei vizi in quanto rimedio estraneo alla garanzia e non congeniale alla natura ed alla struttura del contratto di compravendita e del relativo preliminare.

In conclusione, il quadro rimediale offerto al compratore può essere così riassunto. Questi, a fronte dei vizi del bene promesso in vendita, potrà scegliere la risoluzione in linea con i principi generali in tema di inadempimento, ricorrendone i presupposti, ovvero in sede di esecuzione

²⁰² Sul punto si veda A. LENER, nota a Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, cit.

²⁰³ Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit.

²⁰⁴ Cass., 5 febbraio 2000, n. 1296, in *Vita not.*, 2000, p. 285 e prima Cass., 24 novembre 1994, n. 9991, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3263.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

specifica dell'obbligo di contrarre potrà esperire l'azione di riduzione del prezzo²⁰⁵.

Resta da chiarire sul piano sistematico la natura giuridica del rimedio in esame, posto che alcuna norma espressamente attribuisce al promissario acquirente di un bene viziato la legittimazione ad agire per ottenere la riduzione del corrispettivo.

Essa andrebbe ricondotta ad un principio generale di equilibrio e proporzionalità tra le prestazioni nei contratti sinallagmatici operante ogni qual volta l'originaria proporzionalità delle prestazioni sia venuta meno a causa non solo di circostanze sopravvenute non imputabili alla parte che in qualche modo impediscano l'esatta attuazione della sua prestazione, ma anche nel caso di inesattezze, siano esse qualitative e quantitative, imputabili al debitore²⁰⁶.

Qualificato, pertanto, come rimedio generale contro lo squilibrio contrattuale derivante dall'inesatto inadempimento nei contratti a prestazioni corrispettive, l'azione *quanti minoris* risulta così esperibile anche in materia di contratto preliminare di vendita²⁰⁷.

²⁰⁵ Cass., 14 marzo 1986, n. 1741, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 673; Cass., 4 aprile 1987, n. 3278, in *Foro it., Rep.*, 1987, voce "Contratto in genere", n. 351; Cass., 17 novembre 1990, n. 11126, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2753; Cass., 24 giugno 1992, n. 7744, in *Arch. civ.*, 1992, p. 1174; Cass., 12 febbraio 1993, n. 1782, in *Foro it., Rep.*, 1993, voce "Contratto in genere", n. 480; Cass., 26 aprile 1993, n. 4895, in *Dir. e giur.*, 1994, p. 460; Cass., 1 febbraio 1993, n. 1219, in *Nuova giur. civ.*, 1993, I, p. 870; Cass., 26 gennaio 1995, n. 947, in *Giur. it., Rep.*, voce "Obbligazioni e contratti", n. 712; Cass., 18 giugno 1996, n. 5615, in *Corr. giur.*, 1997, p. 48; Cass., 14 aprile 1999, n. 3679, in *Giust. civ., Mass.*, p. 847.

²⁰⁶ In dottrina si veda G. DE CRISTOFARO, *Preliminare e definitivo di fronte alla garanzia per vizi: una (ancora) apprezzabile differenziazione?*, in *I Contratti*, 1995, p. 841 e ss.; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, vol. 5, Milano, 1994, p. 325 e ss.; A. LUMINOSO, in LUMINOSO, CARNEVALI, COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento (art. 1453 – 1454)*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja – Branca, a cura di F. GALGANO*, Bologna – Roma, 1990, p. 36; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pp. 55 e ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, in *Problemi e metodo del diritto civile*, Vol. III, Milano, 1993, pp. 43 e ss.

²⁰⁷ Cass., 8 gennaio 2002, n. 29, in *I Contratti*, 2002, n. 5, p. 563; Cass., 31 luglio 2006, n. 17304, in *Giur. it., Mass.*, 2006.

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Allontanato il rimedio dall'alveo delle garanzie edilizie si lascia il compratore sganciato dal rispetto dei ristretti termini di prescrizione e decadenza previsti in quella materia.

Ma è proprio sul punto che si consuma una considerevole contraddizione.

Da un lato, infatti, si sostiene la generalità del rimedio come strumento di riequilibrio delle prestazioni, dall'altro si sancisce la piena applicabilità della disciplina dettata per la garanzia per i vizi. Le due soluzioni sono tra loro incompatibili e perciò delle due l'una: o il rimedio è esperibile in quanto strumento generale dell'ordinamento diretto a tutela della proporzionalità delle prestazioni, o costituisce esercizio del potere sancito dall'art. 1492 cod. civ.

A questa contraddizione la giurisprudenza non sembra badare e continua a sostenere l'applicabilità dell'azione *quanti minoris* in analogia alle regole previste per la garanzia nella vendita, ma sganciate dalle cesoie dei termini vigenti in materia.

Sembra, invece, definitivamente abbandonata la soluzione rappresentata dall'azione di esatto adempimento. L'obbligo di riparare o sostituire la prestazione, consistente in un *facere*, non potrebbe pertanto farsi discendere dall'inadempimento di un'obbligazione di diversa natura, quale quella di dare e, ancora meno, dalla mancata attuazione del risultato traslativo cui è preordinato il contratto ad effetti reali, in relazione al quale, per il ben noto principio del consenso traslativo, neppure è ravvisabile un'obbligazione in senso tecnico di dare²⁰⁸.

²⁰⁸ La soluzione, in realtà, trova qualche resistenza in dottrina. È stata sostenuta, infatti, la natura generale del rimedio dell'azione di esatto adempimento, applicabile, pertanto, anche oltre le specifiche ipotesi legislative che la contemplano. L'esatto adempimento sarebbe un'obbligazione che sorgerebbe a titolo di sanzione a seguito dell'inesatto adempimento dell'obbligazione originaria e perciò sganciata dalle obbligazioni contrattuali (D. RUBINO, *La compravendita*, cit.).

L'azione in esame è stata altresì ricondotta ad un'azione risarcitoria in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 cod. civ., sulla base della considerazione che regolarizzare

- Capitolo Primo -
La garanzia per i vizi

Deve essere segnato, infine, un ulteriore limite all'applicabilità dell'azione di esatto adempimento al contratto preliminare. Ove consentita, infatti, si verificherebbe la situazione paradossale di consentire una maggiore tutela al promissario acquirente rispetto al compratore, il quale, titolare esclusivamente delle azioni edilizie, è privo dell'azione in questione.

la prestazione, eliminando i vizi o sostituendo il bene, significhi rimuovere direttamente le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento (così A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 35; C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 242; C. BELFIORE, *Sulla pretesa del compratore alla riparazione della cosa venduta*, in *Foro pad.*, 1974, I, p. 208; L. CAO, *Vendita di cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 303; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, pp. 235 e ss; R. ALBERTO, *L'azione di esatto adempimento*, in *La vendita*, a cura di M. BIN, vol. IV, *Garanzie e inadempimento*, tomo II, Padova, 1996, p. 1187).

- CAPITOLO SECONDO -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

1. La denuncia dei vizi – 2. Natura giuridica e struttura del riconoscimento – 3. Il riconoscimento come fattispecie costitutivo – modificativa del diritto di garanzia – 4. Il riconoscimento come dichiarazione di scienza – 5. Riconoscimento e transazione – 6. Riconoscimento e confessione – 7. Riconoscimento del vizio e riconoscimento del diritto – 8. Effetti sulla prescrizione e sulla decadenza: il riconoscimento del vizio dopo la scadenza del termine per la denuncia – 9. Vizi non riconosciuti, vizi palesi e vizi inesistenti – 10. Revoca del riconoscimento – 11. Effetti processuali del riconoscimento. – 12. Il riconoscimento dei vizi nelle altre fattispecie negoziali. – 13. Riconoscimento dei vizi nella contrattazione preliminare.

1. La denuncia dei vizi

La denuncia dei vizi è l'atto con cui il garantito comunica all'obbligato l'esistenza di un vizio. Essa può essere ricondotta alla figura dell'onere: il titolare del diritto di garanzia per realizzare l'interesse a cui tutela gli è concesso il potere, non solo deve esercitare quest'ultimo, ma anche svolgere una distinta attività, osservare un certo comportamento. Questo comportamento è libero ma è necessitato, nel senso che è condizione della realizzazione dell'interesse: il mancato compimento di essa comporta, infatti, il maturarsi della decadenza dalla garanzia¹.

La denuncia dei vizi è atto a forma libera e può essere effettuata con qualunque mezzo che in concreto si riveli idoneo a portare a conoscenza dell'obbligato il vizio riscontrato e, pertanto, anche oralmente². Può essere contenuta, sempreché tempestivamente, in un atto di citazione, nulla

¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile*, IX^a ed., Napoli, 2002, p. 74.

² P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 287; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI, 2^a ed., Milano, 1971, p. 834; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, VII, 1, Torino, 1972. SALV. ROMANO, *Vendita, Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da GROSSO – SANTORO PASSARELLI, Milano, 1960, p. 266. In tal senso Cass., 3 aprile 2003, n. 5142, in *Arch. civ.*, 2004, p. 293.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

ostando che denuncia ed azione, previste di regola separatamente, siano per comodità o celerità unificate.

Essa non deve essere necessariamente analitica; il garantito è tenuto a denunciare i vizi, non a descriverli né a spiegarne la cause e le caratteristiche. Sicché la genericità della denuncia non precluderebbe l'azione per vizi che per la loro specifica e reale estensione e nella loro certezza obbiettiva si rivelino solo successivamente alla denuncia. Deve, comunque, trattarsi di una comunicazione non equivoca, che si riferisca sia pure sinteticamente e genericamente ad un vizio³.

Essa deve essere compiuta entro un certo termine, variabile a seconda della fattispecie negoziale di riferimento. Il *dies a quo* è rappresentato dalla scoperta del vizio. E proprio intorno alla natura e, in particolare, alle finalità della previsione di un termine per la denuncia è sorto un annoso dibattito: ci si è domandato se le previsioni normative che lo impongono debbano considerarsi volte ad attuare il *favor* dell'appaltatore e/o venditore o piuttosto la tutela del compratore/committente.

L'orientamento tradizionale⁴ e la prevalente giurisprudenza⁵ tendono a privilegiare i primi: la previsione del termine per la denuncia sarebbe finalizzata a realizzare l'interesse del venditore/appaltatore ad una sollecita comunicazione onde permettergli di accertare la natura e l'entità dei vizi denunciati giacché con il passare del tempo diviene sempre più difficile ogni accertamento sull'imputabilità dei vizi.

³ P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 288.

⁴ D. RUBINO, *La compravendita*, *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da CICU-MESSINEO, Milano, 1971, p. 645 ss.; P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 284; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1988, p. 117; R. TRIOLA, *La denuncia dei vizi nella vendita*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 1.

⁵ Cass. 18 aprile 1975, n. 1470, *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 787; Cass. 13 agosto 1966, n. 2229, in *Giust. civ. Mass*, 1966; Cass. 17 settembre 1963, n. 2549, *ivi*, 1963; Cass. 23 ottobre 1961, n. 2329, *ivi*, 1961, p. 1041.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Per la tesi contraria – a sostegno del favor del compratore/committente – si sono espressi coloro⁶ che muovono dalla struttura e dalla funzione della nozione di onere che si ritiene implicitamente richiamato dal comma 1 dell'art. 1495 e dal comma 2 dell'art. 1667 c.c. secondo cui l'onere consiste in un comportamento libero nel senso che non costituisce oggetto di un obbligo la cui inosservanza determini una sanzione ma è necessitato nel senso che è condizione della realizzazione dell'interesse di colui che vi è gravato⁷ e non incide sulla realizzazione di un'aspettativa altrui e perciò non è fonte di responsabilità verso alcuno⁸.

Da tale considerazione consegue che il diritto alla garanzia per vizi si perfeziona per esclusivo effetto della stipulazione del contratto in cui è previsto senza che l'esercizio o meno dell'onere di denuncia ne condizioni la sua esistenza: l'onere di denuncia tempestiva, quindi, non rappresenta affatto un elemento costitutivo del diritto alla garanzia, ma solo un presupposto processuale in quanto non condiziona sospensivamente la garanzia bensì la condiziona risolutivamente.

L'art. 1495, comma 1, cod. civ., consente alle parti di incidere sul termine per la denuncia, allungandolo od abbreviandolo, ma con le limitazioni proprie dell'art. 2965 cod. civ. che sancisce la nullità del patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto⁹.

⁶ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1972, p. 916; POZZI, *Denuncia dei vizi redibitori: tutela del compratore o del venditore?* in *Giur. it.*, 1976, p. 794; M. DANNUSSO, *Decadenza dalla garanzia per vizi e onere della prova*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 336; C.G. TERRANOVA, *La garanzia per vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989; L. A. RUSSO, *Dell'onere della prova della denuncia dei vizi di cui all'art. 1495*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2367.

⁷ G. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, cit., p. 74.

⁸ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1982, p. 267.

⁹ P. GRECO – G. COTTINO, *Della Vendita*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, 2^a ed., Bologna – Roma, 1981, p. 286; D. RUBINO, *La*

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Deve essere individuato, inoltre, un ulteriore limite di efficacia della clausola con cui si disponga un termine inferiore a quello legale per la denuncia dei vizi: essa, infatti, pur senza incappare nella nullità prevista dall'art. 2965 cod. civ., potrebbe assumere un sicuro carattere vessatorio in quanto andrebbe a restringere in limiti troppo angusti l'esercizio del potere di denuncia, aggravando sensibilmente l'ambito della decadenza cui è sottoposto il compratore.

Il termine di otto giorni, ovvero sessanta per l'appalto, vale per la spedizione e non anche per la ricezione della denuncia, che pertanto può verificarsi anche oltre lo spirare del termine. Questa tesi potrebbe destare qualche perplessità in considerazione dell'esistenza del principio della ricezione accolto dal nostro ordinamento per il computo dei termini della pubblicità notificativa. Va però tenuto presente che nella fattispecie *de qua* il legislatore si è preoccupato del momento entro il quale il compratore (o il committente) deve segnalare il vizio.

Di fronte a più manifestazioni del medesimo vizio si ritiene che il termine decorra dalla prima di esse: ciò anche se si tratti di partita rivenduta razionalmente a più subacquirenti, in quanto la segnalazione, sia pur parziale, del vizio da parte di questi ultimi, ben può realizzare per il compratore una scoperta dello stesso¹⁰.

Un ulteriore problema è rappresentato da quello dei soggetti attivamente e passivamente legittimati a fare e ricevere la denuncia. Essa può essere presentata al rappresentante o al mandatario (se ed in quanto si sia con questo concluso l'affare). In applicazione del principio dell'apparenza, ricorrendone i presupposti, l'avente diritto potrà rivolgersi a chi ha creato in lui l'incolpevole affidamento di agire per il venditore.

compravendita, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI, 2^a ed., Milano, 1971, p. 831.

¹⁰ P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 287.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

L'obbligo di denuncia del vizio (*rectius* non conformità) si trova regolamentato anche nella CISG, che all'art. 39 disciplina, oltre ad essa, anche le conseguenze della sua mancanza¹¹, dettando disposizioni che anche a livello internazionale hanno sollevato accese discussioni¹².

Da tale previsione normativa sembra desumersi che l'omessa denuncia impedisca al compratore di ricorrere ai rimedi che il sistema della legge uniforme collega all'inadempimento del venditore, come ad esempio quelli previsti dagli artt. 45, comma 1, lett. b) e 74 – 77 (risarcimento dei danni prevedibili), 46 (esecuzione in forma specifica), 49 (risoluzione del contratto) e 50 (riduzione del prezzo), ma anche che essa escluda ogni protezione del compratore alla scadenza del termine biennale della consegna dei beni. La norma, però, deve essere considerata unitamente ad altre disposizioni, quali gli artt. 40 e 44, che ne mitigano il particolare rigore¹³.

A questo punto occorre domandarsi quando sorge l'onere di denuncia del difetto. E ancora una volta è opportuno porre in relazione la normativa nazionale con quella internazionale. Richiamati i concetti di vizio

¹¹ In proposito bisogna ricordare che l'articolo 5.2 della Direttiva 99/44/CE, al 19° considerando, lascia agli Stati membri la scelta di includere o meno l'obbligo di informare il venditore della mancanza di conformità.

¹² Per un'attenta analisi del concetto di difetto di conformità e della responsabilità del venditore per questo difetto, si vedano U. BABUSIAUX, *Défaut de conformité. Détermination du défaut de conformité selon la réglementation en vigueur dans le pays du vendeur*, in *Recueil Dalloz*, 2002, *Jurisprudence*, p. 317 e ss.; D. BEN ABDERRAHMANE, *La conformité des marchandises dans la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, in *Droit ed pratique du commerce international*, 1989, p. 551 e ss.; M. BIN, *La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 755 e ss.; L. CABELLA PISU, *La "mancanza di conformità": il modello della Convenzione e la tradizione giuridica italiana*, in *La vendita internazionale. La convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Milano, 1980, pp. 359 e ss.; R. HENSCHER, *Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Caveat venditor, caveat emptor and contract law as background law and as a competing set of rules*, in *Nordic Journal of commercial Law*, 2004/1, pp. 1 e ss.; G. HOHLOCH, *Vertragsmäßigkeit der Ware nach UN-Kaufrecht*, in *Juristische Schulung*, 1996, pp. 175 e ss.

¹³ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXI, diretto da F. GALGANO, 2ª ed., Padova, 2006, pp. 247 - 248.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

e di non conformità del bene ed i loro criteri di identificazione¹⁴, parte della dottrina internazionalistica amplia l'ambito di operatività dell'art. 39 CISG, estendendo tale onere anche ai documenti relativi ai beni compravenduti, e ciò in virtù del fatto che spesso i documenti vengono considerati come mezzo di consegna dei beni¹⁵.

La peculiarità della CISG rispetto alle norme di diritto interno risiede nella previsione di un preventivo onere di verifica dei beni compravenduti, sancito dall'art. 38¹⁶. Tale onere, influenzando sul momento della scoperta del difetto, incide profondamente sul decorso del "termine ragionevole" entro il quale il compratore deve denunciare i vizi¹⁷.

L'ispezione dei beni deve essere compiuta nel più breve tempo possibile. La mancata previsione nella CISG di un limite temporale preciso risponde ad una precisa volontà di flessibilità¹⁸: per tale ragione si esclude l'equiparazione tra il concetto di "più breve tempo possibile" ed

¹⁴ Si veda capitolo 1 paragrafo 1.

¹⁵ Si veda F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, 2^a ed., Padova, 2006, p. 257 - 258, il quale richiama in nota il proprio precedente scritto, *Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Applications and Scholarly Writings*, in *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, 1995, p. 156 e ss. nonché H. D. GABRIEL, *Practitioner's Guide to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the Uniform Commercial Code (UCC)*, New York, 1994, p. 118 e ss. e J. O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, in *The Netherlands*, 2nd. 1991, p. 334.

¹⁶ Articolo 38: "1. Il compratore deve esaminare i beni o farli esaminare nel più breve tempo possibile avuto riguardo alle circostanze.

2. Se il contratto implica il trasporto dei beni, l'esame può essere differito fino al momento dell'arrivo dei beni alla loro destinazione.

3. Se il compratore muta il luogo di destinazione dei beni durante il trasporto o li rispedisce senza avere avuto una ragionevole possibilità di esaminarli e se al momento della conclusione del contratto il venditore conosceva o avrebbe dovuto conoscere la possibilità di tale mutamento della destinazione o spedizione, l'esame può essere differito fino al momento dell'arrivo dei beni alla loro nuova destinazione".

¹⁷ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., p. 268.

¹⁸ F. FRATTINI, *Art. 38, in Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padova, 1992, p. 174.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

“immediatezza”, anche se un’ispezione senza ritardo fugherebbe ogni dubbio¹⁹.

Ad ulteriore confutazione della tesi che vorrebbe introdurre un termine fisso per l’esame della merce v’è l’art. 38, 1° comma, secondo cui l’onere in esame dipende dalle circostanze del caso concreto: con esse si intendono le circostanze oggettive, che, quindi, non dipendono dalla persona del compratore o dell’incaricato all’ispezione. Si devono, inoltre, tenere presenti alcune circostanze attinenti strettamente ai beni compravenduti, come ad esempio la quantità dei beni, la loro complessità – anche tecnologica – o la loro deperibilità, circostanze, queste ultime, che incidono considerevolmente sui tempi dell’ispezione²⁰.

Con riferimento alle modalità di ispezione è stato rilevato che il compratore, o un suo incaricato, non deve necessariamente compiere sforzi straordinari per individuare eventuali vizi, ma è sufficiente impiegare la diligenza che una persona ragionevole impiegherebbe in una situazione analoga²¹.

Sebbene anche il diritto interno ancori il *dies a quo* per la denuncia dei vizi alla loro scoperta, e l’ispezione dei beni venduti risponda alla tutela di un interesse del compratore, la previsione di tale onere non risulta codificato: l’omissione non è di poco momento in quanto comporta una evidente incertezza sulla determinazione del momento della scoperta del difetto²².

¹⁹ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., p. 273.

²⁰ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., pp. 276 – 277.

²¹ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., p. 279 – 280.

²² F. FRATTINI, *Art. 38, in Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., p. 172.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Verificata l'esistenza di eventuali difetti, la parte è onerata della relativa denuncia. A differenza di quanto codificato nel diritto interno, la CISG non prevede un termine preciso entro il quale deve essere effettuata la denuncia, ma semplicemente che essa debba avvenire entro un termine ragionevole²³. Ragionevolezza del termine non implica la sua brevità, come accadeva per la LUVI, ma piuttosto una certa flessibilità²⁴: i tribunali, pertanto, dovranno prendere in considerazione tutte le circostanze rilevanti del caso per determinare la tempestività della denuncia. Ne deriva che la ragionevolezza della tempestività del termine in questione è soggetta ad orientamenti contrastanti²⁵.

Si è tentato, per un verso, infatti, di individuare un termine fisso, generalmente di un mese, quale tempo ragionevole, ma tale impostazione viene avversata in favore di una posizione incentrata su una valutazione che tenga in conto di circostanze concrete che possono incidere sulla durata del

²³ A tal proposito occorre rilevare come l'art. 39 LUVI prevedeva che la denuncia dovesse essere effettuata "dans un bref delai".

²⁴ La giurisprudenza italiana ha definito la ragionevolezza di cui all'art. 39 CISG come clausola generale e proprio in ragione della sua flessibilità: si veda Trib. Cuneo, 31 gennaio 2006, pubblicata alla pagina web <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=160&step=FullText>; Trib. Rimini, 26 novembre 2002, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, p. 190 e ss.; Il concetto è affermato anche dal Tribunale di Vigevano, 13 luglio 2000, n. 405, in *Giur. it.*, 2001, p. 280, con nota di F. FERRARI, *Problematiche tipiche della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili risolta in una prospettiva uniforme*; Pretura di Torino, 30 gennaio 1997, in *Giur. it.*, 1998, p. 982, con nota di M. CALLEGARI, *La denuncia dei vizi nella Convenzione di Vienna: un difficile incontro con il criterio del reasonable man*. In dottrina si veda L. GRAFFI, *Spunti in tema di vendita internazionale e forum shopping*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 823.

²⁵ La giurisprudenza degli Stati contraenti non adotta posizioni uniformi circa il termine per la denuncia dei vizi di conformità. Si registrano, così, orientamenti più o meno elastici, che lasciano all'interprete una sensazione di notevole incertezza. In genere, però, pare prevalere un atteggiamento restrittivo, sicché anche una denuncia effettuata tre settimane dopo la consegna è stata giudicata tardiva: si veda OLG Karlsruhe, 25 giugno 1997, consultabile in rete all'indirizzo <http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=296&step=abstract> (vendita di fogli di lamiera); OLG Innsbruck, 1 luglio 1994, consultabile in rete all'indirizzo <http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=132&step=abstract> (vendita di piante).

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

termine per la denuncia quali, ad esempio, l'entità dei beni, la loro deperibilità o la facilità di scoperta del vizio.

Ma la durata del termine può dipendere anche dalla scelta del rimedio da intraprendere: se, infatti, l'acquirente si limitasse a richiedere la riduzione del prezzo la denuncia potrebbe essere fatta in un termine più ampio rispetto a quello entro il quale dovrebbe essere effettuata se volesse respingere i beni²⁶.

Resta da chiarire un ultimo aspetto, legato alla decorrenza del termine per la denuncia. L'art. 39 CISG la ancora alla conoscenza del vizio ovvero alla sua conoscibilità: poiché essi sono momenti strettamente legati all'onere di verifica dei beni, può accadere il difetto non sia riscontrabile con la normale attività di verifica sancita dall'art. 38, ma solo a seguito di una particolare e minuziosa ispezione o che, al contrario, il difetto sia noto già prima della consegna. La soluzione più adeguata sembra essere quella che fa leva sul momento della effettiva scoperta del vizio, anche per consentire al venditore l'eventuale attività di conformazione²⁷.

Un'ultima considerazione si impone sui contenuti e la forma della denuncia, proprio in ragione delle differenze esistenti con il diritto interno.

Essa deve specificare la natura del difetto in modo da permettere al venditore di venire a conoscenza di eventuali vizi della merce consegnata e di decidere come comportarsi²⁸.

Questa norma è più severa dell'interpretazione che nel nostro ordinamento si dà delle modalità di denuncia dei vizi in quanto non è

²⁶ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., pp. 289 – 291.

²⁷ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., pp. 293 – 294.

²⁸ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., p. 301.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

sufficiente una generica indicazione del difetto di conformità. La denuncia non conforme ai requisiti di sostanza suddetta comporta, così come l'omessa denuncia, la perdita della garanzia²⁹.

Il rigore della norma viene mitigato con i correttivi indicati negli artt. 40³⁰ e 44³¹ della CISG.

In virtù del disposto dell'art. 40³², infatti, il venditore non potrà eccepire la perdita del diritto alla garanzia se le difformità riguardano fatti che egli conosceva o dei quali non poteva non essere a conoscenza e che egli non aveva rivelato al compratore.

Con questa norma si è voluto sanzionare il comportamento reticente ovvero gravemente colposo del venditore attraverso una sanzione che consiste nel liberare il compratore dall'onere della denuncia³³.

Con l'art. 44, invece, si è introdotta una disposizione di compromesso che attribuisce al compratore il limitato diritto di far valere, anche fuori dei casi previsti dall'art. 40 e in mancanza di denuncia, la

²⁹ L'Articolo 39 CISG così dispone: 1. *Il compratore perde il diritto di far valere il difetto di conformità dei beni se non lo denuncia al venditore specificandone la natura entro un tempo ragionevole dal momento in cui lo ha scoperto o avrebbe dovuto scoprirlo.* 2. *In ogni caso il compratore perde il diritto di far valere il difetto di conformità dei beni se non lo denuncia al venditore al più tardi entro due anni dalla data in cui i beni sono stati effettivamente consegnati al compratore a meno che questo termine non sia in contrasto con la durata di una garanzia contrattuale.*

³⁰ Articolo 40: *“Il venditore non può avvalersi delle disposizioni degli articoli 38 e 39 se il difetto di conformità riguarda fatti di cui egli era a conoscenza o che non avrebbe potuto ignorare e che non aveva rivelato al compratore”.*

³¹ Articolo 44: *“Nonostante le disposizioni del paragrafo 1 dell'articolo 39 e del paragrafo 1 dell'articolo 43, il compratore può ridurre il prezzo in conformità dell'articolo 50 o chiedere il risarcimento del danno, escluso il lucro cessante, se ha una ragionevole giustificazione per non aver fatto la denuncia richiesta”.*

³² La norma riproduce quasi letteralmente il corrispondente articolo della LUVI.

³³ Secondo parte della dottrina tale norma sarebbe espressione del più ampio principio rappresentato dall'*exceptio doli*. Sul punto si veda G. COTTINO, *La posizione del compratore, in La vendita internazionale. La convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Milano, 1981, p. 164.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

difformità della merce purché abbia una ragionevole giustificazione³⁴ per non aver fatto la denuncia³⁵.

2. Natura giuridica e struttura del riconoscimento

L'art. 1495, 2° comma, cod. civ. prevede l'irrilevanza della denuncia dei vizi se il venditore ne riconosce l'esistenza. Una omologa disposizione è prevista anche nell'appalto, nel secondo comma dell'art. 1667 cod. civ.

Il riconoscimento dei vizi fornisce, per le conseguenze che è idoneo a provocare sul rapporto giuridico sotteso e per la frequenza sul piano pratico con cui viene compiuto, una prospettiva di studio privilegiata per comprendere come si atteggi la dinamica della garanzia tra responsabilità ed obblighi di eliminazione.

La lettura delle norme suddette non pare però risolutiva dei problemi che possono sorgere con riferimento ai requisiti di forma, al contenuto specifico ed agli effetti di tale atto.

La prima questione, perciò, è proprio di qualificazione.

Il termine riconoscimento nell'ordinamento civilistico viene utilizzato in varie accezioni, dedicandogli il codice alcune disposizioni³⁶ e disciplinandone la forma e gli effetti. Si tratta di fattispecie profondamente diverse, difficilmente riconducibili ad una logica unitaria.

³⁴ Il concetto di ragionevole giustificazione, tuttavia, ha suscitato qualche perplessità in dottrina. Da un lato, infatti, si ritiene che il compratore che ha scoperto – o che avrebbe dovuto scoprire – il difetto non può essere ragionevolmente scusato per la sua mancanza; per altro verso, invece, si è ritenuto che la disposizione introduceva una situazione di vantaggio per il compratore.

³⁵ F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, cit., pp. 312 – 314.

³⁶ Il termine viene in considerazione nel riconoscimento del figlio naturale (artt. 250 – 268 cod. civ.), del debito (art. 1309 cod. civ.), del diritto (artt. 2944 e 2966 cod. civ.).

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Del riconoscimento se ne parla in due principali accezioni: nel senso di riconoscimento sostanziale (es. del debito, dell'obbligo proprio o dell'altrui diritto) e nel senso di riconoscimento, con valenza processuale, della domanda o della pretesa avversa³⁷.

Il riconoscimento dei vizi, invece, oltre alle disposizioni dettate in tema di vendita ed appalto, è privo di un preciso quadro normativo. Certamente, però, tutte le figure di riconoscimento sono accomunate dal riferirsi a fatti preesistenti ad esso. In altre parole si riconosce ciò che già esiste.

Il paradigma suddetto, infatti, può riferirsi tanto al figlio naturale, quanto al debito, oltre che al diritto.

Sotto questo profilo, pertanto, il riconoscimento è un'ammissione storica di un fatto: si tratta di verificare se anche al riconoscimento dei vizi è applicabile tale schema logico.

Seguendo la suddetta opzione ricostruttiva, riconoscere un vizio significherebbe, dunque, ammetterne l'esistenza. Ma il vizio non è semplicemente un fatto, quanto piuttosto una valutazione: non tutti i difetti della *res* possono, infatti, essere considerati vizi secondo la disciplina dettata per la garanzia, ma solo quelli che incidono sul valore o sulla destinazione del bene.

³⁷ A questo proposito è essenziale il contributo dato dalla dottrina tedesca. Si veda, infatti, principalmente O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Leipzig, 1894; M. F. G. Von RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen u. Schuldanerkenntnissen des B.G.B.*, in *Arch. civ. Prax.*, 1905, pp. 211 e ss.; F. VON CANSTEIN, *Anerkennung u. Geständnis*, in *Z.Z.P.*, 1879, pp. 257 e ss.; A. HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis u. Verzicht*, Tübingen, 1904. Nell'ordinamento tedesco, infatti, il negozio di riconoscimento in senso sostanziale era stato dapprima costruito per rimediare ad un difetto di una disposizione positiva che attribuisse efficacia probatoria vincolante alla confessione stragiudiziale e quindi codificato nel § 781 BGB.; mentre il riconoscimento in senso processuale, previsto nel § 307 ZPO, è stato concepito come specie particolare della categoria dei negozi giuridici processuali (si veda, in particolare, G. TRUTTER, *Über prozessualische Rechtsgeschäfte*, München, 1890; S. BUNSEN, *Prozessrechtsgeschäfte*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP)*, 1906, pp. 401, e ss.; K. HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, Breslau, 1910).

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Come già precisato nelle pagine precedenti, quindi, il concetto di vizio va rapportato agli indici indicati per la vendita e per l'appalto rispettivamente agli artt. 1490 e 1668 cod. civ.

Se si riconosce come vizio un determinato difetto significa, pertanto, che si ammette che si tratti di un difetto qualificato, perché considerato incidente sul valore o sulla destinazione del bene. Si ammette, quindi, che quel determinato difetto sarebbe idoneo ad azionare le tutele previste per il compratore e/o l'appaltatore di fronte al difetto.

Alla stregua di tanto, il riconoscimento del vizio non può essere considerato solo come una mera asseverazione di un fatto, in quanto contiene in sé una valutazione circa l'entità del difetto.

A questo punto, però, è necessario domandarsi se il riconoscimento del vizio debba essere considerato come una fattispecie meramente descrittiva o se sia possibile immaginare un riconoscimento con effetti costitutivi.

In altre parole, si tratta di stabilire se oggetto del riconoscimento debba essere necessariamente un difetto che abbia le caratteristiche indicate dagli artt. 1490 e 1668 cod. civ. o se, invece, per effetto del riconoscimento qualunque difetto, anche se non integrante la fattispecie normativa suddetta, possa essere considerato vizio, con possibilità di azionare le tutele previste dalla normativa sulla garanzia.

In quest'ultimo caso ci si troverebbe di fronte ad un difetto del bene che, sebbene irrilevante secondo quanto disposto dagli artt. 1490 e 1668 cod. civ., acquisterebbe rilievo per l'applicazione della garanzia proprio per effetto del riconoscimento.

Può aversi, infatti, in caso di contestazione sulla rilevanza di un difetto, che il venditore o l'appaltatore, per evitare una possibile lite o per fidelizzare la clientela, riconosca un determinato difetto come vizio pur se privo della rilevanza normativa di cui sopra.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

In questo caso il riconoscimento assumerebbe addirittura una funzione dirimente di un possibile conflitto, con uno scopo evidentemente transattivo, ma, soprattutto, può diventare uno strumento per allargare la base della garanzia.

Riconoscendo come vizio anche il difetto irrilevante, infatti, l'area tutelabile per il compratore/committente risulterebbe estensibile proprio per effetto del riconoscimento.

In altre parole, il soggetto tenuto alla garanzia finisce con l'estendere la garanzia stessa a difetti che altrimenti ne rimarrebbero estranei. Tutto ciò si traduce sul piano negoziale in una modifica dell'originario rapporto giuridico. Il venditore/appaltatore non sarebbe più tenuto alla garanzia nei soli casi normativamente previsti, ma anche al di fuori di essi.

Ma a questo punto si impone un'ulteriore interrogativo. Riconoscendo un vizio che tale non sarebbe secondo i criteri fissati dal codice, si estende semplicemente l'area della garanzia o, invece, si crea un nuovo vincolo tra le parti? La risposta a questo quesito dipende dagli effetti che si intende attribuire al riconoscimento e ce ne occuperemo in seguito.

Se al contrario deve essere considerato come una mera presa d'atto circa l'esistenza del difetto, dovendo con ciò riguardare solo il vizio che può essere oggettivamente (cioè secondo i parametri indicati dal codice) valutato come tale, il riconoscimento di un difetto irrilevante si dovrebbe considerare *tamquam non esset*, privo cioè di conseguenze sul piano negoziale.

Il riconoscimento deve essere analizzato anche sotto un'ulteriore prospettiva. Si è visto come il vizio consista in un difetto qualificato dalla sua incidenza sul valore del bene o sulla sua idoneità all'uso. Su tale incidenza possono altresì sorgere contestazioni tra le parti, contestazioni che possono essere risolte proprio tramite il riconoscimento: esso assumerebbe, pertanto, efficacia di accertamento dell'esistenza dei vizi.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

E proprio sul rapporto tra riconoscimento ed accertamento è opportuno effettuare qualche considerazione³⁸.

L'accostamento tra le due figure va ravvisato nell'influenza che ha avuto in Italia la dottrina tedesca³⁹ attraverso l'elaborazione del *Feststellungsgeschäft*⁴⁰.

³⁸ Sull'accertamento negoziale si rinvia a F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I; A. FALZEA, voce "Accertamento" (teoria generale), in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 258 e ss.; F. CARNELUTTI, *Note sul'accertamento negoziale*, in *Riv. proc. civ.*, 1940, p. 3 e ss.; T. ASCARELLI, *Titoli causali e negozio di accertamento*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949; T. ASCARELLI, *L'accertamento negoziale*, in *saggi giuridici*, 1940, I, p. 3 e ss.; T. ASCARELLI, *Confessione e ricognizione*, in *Saggi giuridici*, 1942, I, p. 235 e ss.; G. STOLFI, *Prolusioni. Natura giuridica del negozio di accertamento*, Padova, 1979; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, (già in *Annali scienze giur. Univ. Messina*, 1934-1935), I, Milano, 1980; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, in *Memorie dell'istituto giuridico della Regia Università di Torino*, Torino, 1942; E. BETTI, *Ricognizione di debito e promessa di pagamento secondo il nuovo codice*, in *Studi in memoria di Segrè*, Milano, 1943; E. VALSECCHI, *Transazione e Negozio di accertamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 181 e ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1 e ss.; V. CARBONE, *Il riconoscimento del debito nell'ambito dell'attività ricognitiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1016 e ss.; C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948; A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Milano, 1970. S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 31 e ss.

³⁹ L'analogia esistente tra riconoscimento ed accertamento trova il suo fondamento nella circostanza che la nozione di negozio di accertamento è scaturita dallo sforzo della dottrina tedesca di dare ad ogni apprezzamento di parte, relativo all'esistenza e consistenza di una situazione giuridica, una efficacia di diritto materiale che precludesse ogni possibilità di successive contestazioni su quanto ammesso da una parte in antitesi con il suo interesse. I giuristi tedeschi, infatti, volendo dare un fondamento positivo alla convinzione che colui il quale abbia sentito riconoscere dal debitore il suo credito dovesse avere una particolare tutela processuale, affermarono, già prima della promulgazione del BGB, che il riconoscimento di essere debitore consistesse in un negozio di diritto materiale avente la stessa efficacia della promessa astratta e correlativamente che il riconoscimento di non essere debitore consistesse in un negozio avente la stessa efficacia della rimessione del debito. Essi, cioè, hanno costruito il riconoscimento positivo e quello negativo come negozi dispositivi che soddisfano un bisogno di certezza. La giustificazione logica dell'efficacia del riconoscimento negativo e positivo veniva data fondandosi non sulla interpretazione del contenuto effettivo della dichiarazione di parte, in quanto non poteva sorgere dubbio che altro è riconoscere altro è promettere o rimettere, ma sul diritto costituito rappresentato dalla tradizione romano-germanica. Questi concetti furono poi ricevuti nella codificazione e sanciti nei §§ 397 e 781. La dottrina tedesca teneva, però, bene a mente la distinzione tra disposizione effettuata per soddisfare un bisogno di certezza ed accertamento, ed ha elaborato, accanto alla figura dell'*Anerkennung* e del *negativen Schuldanerkenntnis*, il *Feststellungsgeschäft* come fatti che possono essere riavvicinati solo sotto il generico

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Nell'ordinamento tedesco, infatti, fino alla metà dell'ottocento dominava il principio, proprio del diritto comune, secondo cui la *cautio indiscreta* era inidonea ad obbligare o comunque a esimere il creditore dall'onere di provare il rapporto fondamentale. In quanto *contra se pronuntiatio* veniva considerata fondamentalmente come confessione stragiudiziale e quindi esplicava i limitati effetti che la legge prevedeva. Successivamente, invece, si affermò l'idea che la promessa e il riconoscimento di debito privi di *expressio causae*, che cioè non menzionavano la loro causa, potessero essere fonte autonoma di obbligazioni⁴¹.

Il principio venne, quindi, codificato nei §§ 780 e 781 del BGB, anche se si esigeva l'accettazione dell'altra parte, configurandosi il negozio di riconoscimento essenzialmente come contratto (*Anerkennungsvertrag*)⁴².

riflesso di equivalenti giurisdizionali, e di conseguenza si è posto in rilievo che mentre il riconoscimento astratto è una dichiarazione avente una efficacia limitata ai rapporti obbligatori ed un fondamento giuridico particolare, il negozio di accertamento è una dichiarazione che può essere riferita ad ogni rapporto non esaurito, ha un fondamento positivo nella norma generale che consente ai privati di creare nuovi tipi negoziali ed incide immediatamente sulla situazione incerta.

⁴⁰ Si veda M.F.G. Von RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen u. Schuldanerkennissen des BGB*, in *Arch. civ. Prax.*, 1905, pp. 290 e ss., in cui il riconoscimento viene considerato un mezzo di soluzione del conflitto al pari della transazione, con la differenza che quest'ultima eliminerebbe l'incertezza su una pretesa, laddove il riconoscimento eliminerebbe l'incertezza su un rapporto giuridico.

⁴¹ O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., p. 51. Il principio è stato accolto nel § 781 BGB in base al quale "per la validità di un contratto con il quale si riconosce l'esistenza di una obbligazione (riconoscimento di debito: *Schuldnerkenntnis*) si richiede il rilascio di una dichiarazione scritta di ricognizione". Sul punto si veda altresì L. ENNECCERUS – HG. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958, p. 820 e ss.; W. BAUMANN, *Das Schuldnerkenntnis*, Berlin, 1992.

⁴² Nel nostro ordinamento il riconoscimento del debito ebbe sorte diversa. L'art. 1988 cod. civ., collocato tra le promesse unilaterali, è tra le disposizioni più discusse in quanto fin dall'entrata in vigore del nuovo testo legislativo fu fonte di accessissime polemiche dottrinarie (sul punto si vedano le note a sentenza della Cassazione immediatamente successive alla fine della guerra: Cass., 20 marzo 1947, n. 412, in *Giur. compl., Cass. civ.*, 1947, III, p. 423 con nota di A. DE MARTINI, *Ricognizione di debito e astrazione processuale della causa* e in *Giur. it.*, 1948, I, c. 18, con nota di G. PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento del debito*; Cass., 21 luglio 1948, n. 1181, in *Giur. compl., Cass. civ.*, 1948, III, p. 127 con nota di L. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*; Cass., 9 luglio 1949, n. 1748, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, c. 746, con nota di C. FURNO, *In tema di*

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Si ritiene comunemente che riconoscere sia un'attività differente dall'accertare e che non sia un'attività ad essa riconducibile. Si riconosce, infatti, una situazione di cui si è già a conoscenza e di cui si attesta l'esistenza e, invece, si accerta una situazione di cui si è incerti e che, comunque, si vuole fissare definitivamente; in questo senso l'accertamento costituisce un'attività più complessa del riconoscimento propriamente inteso.

Non mancano, tuttavia, contraddizioni nello stesso codice civile italiano in cui il riconoscimento acquista efficacia di vero e proprio accertamento, come il caso dell'*actio confessoria servitutis*, in cui, pertanto, il termine riconoscimento è utilizzato impropriamente⁴³.

Sul piano concettuale si può effettuare il seguente distinguo tra dichiarazione ricognitiva e dichiarazione di accertamento.

Il riconoscimento (es. del debito) costituisce dichiarazione negoziale a struttura unilaterale recettizia a formazione libera, la cui efficacia consiste nel dispensare il creditore dall'allegare e dal fornire la dimostrazione del cosiddetto rapporto fondamentale, che si presume esistente così come

riconoscimento del debito) palesandosi come norma inadatta a configurare un istituto di carattere generale, per la prima volta introdotto nel nostro sistema positivo. Essa, infatti, era stata concepita nel progetto della commissione reale (art. 28 comma 2) quale strumento per introdurre anche nel nostro ordinamento del principio caro al Bähr del riconoscimento come causa di obbligazione. Ciò nonostante, l'art. 1988 cod. civ., sebbene posto tra le promesse unilaterali, attribuisce alla ricognizione di debito un unico effetto, di carattere, peraltro, squisitamente processuale, consistente nell'inversione dell'onere della prova.

⁴³ Alla base di questa apparente confusione concettuale si possono individuare varie motivazioni. Innanzitutto deve essere considerata l'evoluzione che ha subito l'istituto della confessione, collocato su un piano squisitamente processuale; in secondo luogo, ma non per questo meno importante, grande importanza ha avuto l'eco della dottrina tedesca, i cui principi sono stati assorbiti avvicinando il riconoscimento (solo quello positivo) al negozio di accertamento. Le vie possibili erano due: o ricevere l'equiparazione del riconoscimento del debito alla promessa astratta di debito e quindi costruirlo come negozio parallelo a quello di accertamento o assorbire il riconoscimento dei rapporti in un'ampia nozione di negozio di accertamento (si veda più diffusamente, R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, in *Memorie dell'Istituto Giuridico della R. Università di Torino*, Torino, 1942, pp. 235 e ss.).

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

riconosciuto, finché non ne venga fornita in causa, con qualsiasi mezzo, la prova dell'inesistenza, dell'invalidità o dell'estinzione.

L'accertamento costituisce, invece, atto di natura negoziale, a struttura non solo unilaterale, avente quale causa il superamento della situazione di incertezza in cui si trova un determinato rapporto giuridico e produttivo dell'effetto di rendere definitive ed immutabili situazioni effettuali già in stato di obiettiva incertezza, precludendo ogni indagine in ordine all'effettiva esistenza, alla consistenza e alla natura del rapporto che le parti hanno fatto oggetto di accertamento.

Il negozio di accertamento⁴⁴, pertanto, in corrispondenza della sua funzione di eliminare l'incertezza su di una situazione giuridica preesistente, deve necessariamente indicare il rapporto cui l'obbligazione che forma oggetto dell'accertamento si ricollega. Esso, infatti, perché non assuma un carattere di astrattezza incompatibile con i principi cui si informa l'ordinamento, deve necessariamente contenere l'enunciazione, quale *expressio causae* della situazione obiettivamente incerta a cui è funzionalmente collegato e che esso si limita ad accertare attraverso un regolamento che ne precisa e ne definisce l'essenza, il contenuto e gli effetti, laddove, invece, la dichiarazione ricognitiva non deve contenere alcun riferimento al rapporto fondamentale.

⁴⁴ L'atto ricognitivo affonda le proprie radici storiche fin nel diritto romano, in cui però non sembra avere una configurazione autonoma, rimanendo, secondo le parole del BÄHR, sullo sfondo dell'ordinamento ("in dem Hintergrund"). Mancando una problematica specifica il riconoscimento finisce per identificarsi con la dichiarazione confessoria: pertanto il problema in epoca romana diventa quello, assai grave, dell'efficacia probatoria della confessione, soprattutto della confessione fuori del processo, nonché delle *tabulae* o *instrumenta* in cui poteva essere attestata l'esistenza di un diritto altrui. È solo nell'elaborazione medioevale che il termine acquista rilevanza giuridica e, con un suo specifico significato, dà luogo a una particolare problematica che tenderà a rendersi autonoma rispetto alla confessione. Un primo vero studio dell'istituto lo possiamo intravedere negli scritti di Molineo che nei suoi *Commentarii in consuetudines parisienses* usa il termine *recognitio* con una duplice accezione: per indicare il *vasallus* che accetta la rinnovazione dell'investitura feudale compiuta "*absque originali infeudatione*" e "*sic in ea contenta et specificata recognovit*"; per indicare la dichiarazione fatta al creditore di una certa rendita feudale.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Da quanto sopra, emerge chiaramente che riconoscere ed accertare sono termini tra loro incompatibili perché il primo ha per oggetto una situazione di cui si è a conoscenza e di cui si è certi, mentre il secondo ha per oggetto una situazione che non si conosce con esattezza e di cui si è incerti soggettivamente o che, comunque, pur conoscendola, si intende rendere oggettivamente certa⁴⁵.

Premessa, quindi, la nozione appena enucleata di negozio di accertamento, non si vede come non possa essere ricondotto a tale categoria anche il riconoscimento dei vizi. Esso, infatti, ben può assolvere funzione di accertamento dell'esistenza di un vizio sul presupposto dell'esistenza della garanzia.

È evidente che in questa accezione il termine riconoscimento verrebbe utilizzato impropriamente ed in modo atecnico⁴⁶, così come già in altre fattispecie, perché altro non sarebbe che un negozio (unilaterale) di accertamento dei vizi.

A questo punto, però, deve essere segnalato che la figura del negozio unilaterale di accertamento è assai controversa⁴⁷.

⁴⁵ M. DI PAOLO, voce "Negozio di accertamento", in *Digesto disc. priv.*, XII, Torino, 2002, pp. 57 – 58.

⁴⁶ Si veda a conferma di ciò, G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931, pp. 10 e ss. L'autore, infatti, sostiene che se le parti qualificano come transazione un accordo che non può valere come tale, perché ad esempio mancano le reciproche concessioni, non ne deve essere esclusa l'efficacia, potendo esso conservarsi o convertirsi in un riconoscimento.

⁴⁷ Sul punto si veda G. STOLFI, *Prolusioni. Natura giuridica del negozio di accertamento*, Padova, 1979, pp. 5 e ss. Secondo l'autore il dissenso che si è registrato sull'efficacia del negozio di accertamento si fonda sul fatto che, per descrivere la funzione pratica del negozio in questione, si stabilisce un parallelo con l'efficacia della sentenza che, al contrario del negozio, in genere è dichiarativa e solo in qualche caso è costitutiva di diritti. Per risolvere tale problema sono state individuate due vie, e cioè far prevalere o lo scopo perseguito dalle parti quando preferiscono la soluzione consensuale a quella giudiziale della lite (accertamento del diritto), oppure il mezzo che esse scelgono per raggiungere tale scopo (la sentenza o il negozio). Mentre fra i giuristi italiani è prevalsa la prima soluzione, la dottrina tedesca ha avuto modo di avvertire che il parallelo con la sentenza non implica identità di effetti tra i due modi di composizione del conflitto. Essi, invero, ammettono la retroattività della sentenza, ma sostengono che il negozio di accertamento nella sua duplice forma di transazione e di riconoscimento causale ha efficacia costitutiva e non retroattiva: se parlano di accertamento (*Feststellung*) e di

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Parte della dottrina, infatti, è contraria ad ammettere negozi di accertamento non di natura contrattuale, muovendo dalla premessa che una parte non può imporre all'altra unilateralmente una determinata intelligenza della situazione giuridica⁴⁸.

Al contrario si è obiettato che l'accertamento unilaterale avrebbe effetti meno intensi di quello bilaterale, che si riverbererebbero esclusivamente nella sfera giuridica di chi accerta e solo di riflesso in quella dell'interessato.

L'ammissibilità della figura viene generalmente ricondotta al principio di autonomia negoziale, che consentirebbe al privato, in virtù del richiamo disposto dall'art. 1324 cod. civ., di concludere anche negozi unilaterali atipici⁴⁹.

Le osservazioni che precedono danno un ulteriore sostegno alla ricostruzione del riconoscimento dei vizi come dichiarazione di contenuto volitivo diretto all'eliminazione della situazione di incertezza, potendo risultare presenti i presupposti: esistenza di un rapporto fondamentale (garanzia) ed incertezza sulla qualificazione di un difetto come vizio e/o sull'esistenza stessa di un vizio della cosa.

E proprio sull'incertezza⁵⁰ è opportuno spendere qualche ulteriore riflessione. Con il negozio in questione⁵¹, infatti, le parti, inseguendo uno

dichiaratività rispetto alla sentenza ed al contratto, precisano come non vi sia alcuna identità tra le due figure. Con la sentenza, infatti, il giudice accerta il "*gefundenes Recht*", il diritto che preesisteva tra i due contendenti, mentre il negozio serve alle parti per determinare il "*gestattenes Recht*", cioè il diritto che vogliono stabilire tra loro dalla formazione del contratto in poi e senza alcun riguardo al periodo di tempo anteriore, onde vale come diritto quello che è riconosciuto, non quello che esisteva prima dell'accertamento. Sul punto si veda più diffusamente H. TÄGERT, *Beiträge zur Theorie des Feststellungsvertrages*, Breslau, 1934.

⁴⁸ F. CARRESI, *Concetto e natura giuridica della transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 598.

⁴⁹ Sul punto si veda lo studio di P. NICOLINI CANIATO, *Appunti nel negozio di accertamento unilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 172 e ss.

⁵⁰ P. MARBURGER, *Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*, in *J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 1997, sub §§ 781, p. 100, n. 9.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

schema causale diverso da quello della transazione e da quello processuale, pervengono all'accertamento delle situazioni incerte, le quali siano già controverse, o che potrebbero dar luogo a controversia⁵².

Si è talora messo in dubbio che le parti abbiano il potere di accertare i fatti e le situazioni giuridiche rispetto alle quali esse sono interessate. Il dubbio non dovrebbe aver ragion d'essere ove si tenga conto dell'indifferenza mostrata dall'ordinamento per la soluzione giudiziale o extragiudiziale delle controversie, da un canto, e dei principi che regolano il processo civile dall'altro⁵³.

La dichiarazione contenuta nel negozio di cui si tratta è diretta esclusivamente alla fissazione di un fatto o di un rapporto in un certo senso. Da ciò deriva che si avrà un tipico negozio di accertamento quando una delle due parti acceda in toto alla pretesa dell'altra, mediante appunto il riconoscimento.

Tuttavia l'affermazione per cui con il negozio di accertamento le parti o si limitano ad esprimere un giudizio sulla situazione o sui fatti, alla stregua di una dichiarazione di scienza, ovvero esprimono una diversa volontà di sostituire una situazione certa ad una incerta, non può essere condivisa. Si tratta, allora di analizzare i rapporti tra negozio di accertamento e situazione preesistente.

⁵¹ Il recepimento in Italia della figura del negozio di accertamento è frutto principalmente dello studio della dottrina tedesca che ha elaborato la figura del *Feststellungsgeschäft* nella quale si viene di solito a designare il riconoscimento causale, in contrapposizione a quello astratto previsto dal § 781 BGB. Si veda sul punto M. F. G. VON RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des B.G.B.*, in *Arch. civ. Praxis*, XCVII, 1935, pp. 211 ss.; L. ENNECCERUS – HG. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958, p. 785 e 797. M. BERGMANN, *Schuldenerkenntnis und Schuldbekanntnis bei Verkehrsunfällen*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1974. G. CREZELIUS, *Konstitutives und deklaratorisches Schuldenerkenntnis*, in *Betrieb*, 1977, p. 1541.

⁵² R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, in *Memorie dell'Istituto Giuridico della R. Università di Torino*, Torino, 1942, pp. 31 ss.

⁵³ I dubbi, probabilmente, si fondano sull'equiparazione che è stata postulata tra accertamento contenuto in un negozio e accertamento contenuto in sentenza.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

I principi che presiedono alla valutazione delle dichiarazioni dei soggetti privati dovrebbero consentire di respingere l'idea che le manifestazioni delle parti in ordine ai fatti ed alle situazioni giuridiche in cui sono interessati abbiano il valore di giudizi o di semplici dichiarazioni di scienza o di verità.

Il giudizio, infatti, appartiene al terzo, giudice o arbitro, chiamato ad accertare i fatti ed applicare ad essi la regola (preesistente) di diritto; l'accertamento dei fatti o dei rapporti effettuato dalle parti, invece, costituisce proiezione del potere ad esse spettante in ordine alle situazioni giuridiche di loro pertinenza. Cosicché tale potere si arresta di fronte alle situazioni sottratte alla loro disponibilità: rispetto ad esse l'unica forma di accertamento è quella del giudice⁵⁴.

La ragione per la quale si è a lungo disputato, e si disputa tuttora, sul posto da assegnare all'attività di accertamento nella sistematica del diritto privato con buona probabilità connessa al sistema delle fonti del regolamento negoziale, quale si presentava quando sorse la dottrina del negozio di accertamento.

Mentre la transazione, come vedremo nelle pagine a seguire, non poneva alcun dubbio circa la legittimità di un suo inserimento tra le fonti del regolamento dei rapporti privati e circa la natura dei suoi effetti, il riconoscimento, inteso quale mezzo di accertamento, ha potuto a stento inserirsi in un sistema nel quale – pur superandosi con difficoltà il limite costituito dalla tipicità della causa – l'unico effetto che poteva considerarsi raggiungibile dall'iniziativa dei privati consisteva nell'assunzione di un vincolo obbligatorio mediante accordo di entrambe le parti, vale a dire attraverso il contratto.

Altra ragione di difficoltà era costituita dalla circostanza che la confessione stragiudiziale era stata relegata tra i mezzi di prova e per giunta

⁵⁴ M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Varese, 1958, p. 233.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

con effetti diversi da ordinamento ad ordinamento: nel sistema germanico, ad esempio, che è quello in cui la dottrina dell'accertamento negoziale ha raggiunto la massima evoluzione, la confessione stragiudiziale è solo fonte di convincimento per il giudice, mentre in quello italiano costituisce piena prova. Il che spiega perché in Germania la dottrina del negozio di accertamento sia sorta onde affermare l'esistenza di una confessione – o più precisamente di un riconoscimento – che non costituisca semplicemente fonte di convincimento per il giudice.

In Germania⁵⁵, infatti, la necessità di inserire il negozio di accertamento tra le fonti delle obbligazioni condusse a costruire un contratto di riconoscimento che trova in se stesso la fonte di una nuova obbligazione, e la cui essenza è costituita dalla volontà di obbligarsi. In tal modo si costruì, però, il riconoscimento astratto, poi codificato nel § 781 BGB⁵⁶.

⁵⁵ La più antica dottrina tedesca definiva il negozio di accertamento come negozio diretto ad invertire l'onere della prova. Colui che vanta un determinato diritto vede rafforzata la sua posizione in quanto non sarà, in caso di contestazione, tenuto a provarlo: sarà invece il convenuto tenuto a dare la prova liberatoria. La sorte di questa concezione fu decisa allorché si affermò la dottrina che precisava la natura pubblicistica del processo. Fu allora precisato che il legislatore distribuisce l'onere della prova in base a considerazioni di ordine superiore le quali devono attuare il modo migliore di far risaltare nel processo la realtà dei rapporti giuridici, prescindendo dagli interessi particolari di parte in quali non hanno una considerazione autonoma e distinta dell'interesse pubblico. Sul punto si veda B. WINDESCHIEDL, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1865, sub § 404; A. HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis u. Verzicht*, Tübingen, 1904, p. 72; K. HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, Breslau, 1910, p. 69; F. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, in *Arch. civ. Praxis*, CXI, 1914, pp. 61-69.

⁵⁶ Sul negozio di accertamento e sui rapporti con il riconoscimento nella dottrina tedesca si veda in particolare, P. MARBURGER, *Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*, §§779 – 811, in *J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 1997; W. BAUMANN, *Das Schuldanerkentnis*, Berlin, 1992; C-W. CANARIS, *Die Auswirkungen der Anerkennung eines aktiven Kontokorrentsaldo auf unverbindliche Börsentermingeschäfte*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1987, 885; J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate. Sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, Tübingen, 1983; M. COESTER, *Probleme des abstrakten und kausalen Schuldanerkentnisses*, in *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1982, vol. 14, pp. 579 - 583; G. CREZELIUS, *Konstitutives und deklaratorisches Schuldanerkentnis*, in *Betrieb*, 1977, p. 1541 e ss.; M. BERGMANN, *Schuldnerkenntnis und Schuldbekentnis bei Verkehrsunfällen*, in *MDR*, 1974; O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 3^a ed., Leipzig, 1894, rist. 1970; L. ENNECCERUS – HG. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958, p. 820 ss.;

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Nel valutare oggi l'efficacia del negozio di accertamento, occorrerebbe tenere conto che il sistema ormai codificato ha profondamente esteso i limiti di espansione del negozio giuridico. La volontà delle parti, infatti, può raggiungere gli effetti voluti anche a prescindere dall'assunzione di obbligazioni ed anche a prescindere da uno schema contrattuale.

Ciò è evidentemente desumibile, da un lato, dal dettato dell'art. 1322 cod. civ., che consente ai privati di realizzare i propri interessi anche attraverso tipi negoziali non previsti, purché siano meritevoli di tutela; dall'altro dalla espressa previsione contenuta nell'art. 1988 cod. civ. della unilaterale ricognizione di debito.

Ove si tenga conto di questa evoluzione del sistema delle fonti negoziali, non dovrebbe riuscire difficile superare i problemi che ancora oggi il negozio di accertamento incontra. Non dovrebbe, in altri termini, essere difficile ammettere che l'intento di accertare i fatti o i rapporti preesistenti possa essere raggiunto attraverso uno schema unilaterale o bilaterale, il quale, pur integrando la figura di una vera e propria dichiarazione di volontà, è diretto alla fissazione di fatti o dei rapporti preesistenti.

In tal caso l'efficacia del negozio di accertamento si rivela attraverso la rimozione dell'incertezza della situazione giuridica preesistente, attuata mediante la fissazione del contenuto della situazione stessa.

H. LEHMANN, *Das Anerkenntnis verjährter Forderungen*, in *Juristische Wochenschrift (JW)*, 1937, p. 2169; M. F. G. Von RÜMELIN, *Zur Lehre von des Schuldversprechen und Schuldanerkennnissen des B.G.B.*, in *Arch. civ., Praxis*, XCVII, 1935; H. TÄGERT, *Beiträge zur Theorie des Feststellungsvertrages*, Breslau, 1934; P. KRÜCKMANN, *Das Anerkenntnis als Ermächtigung*, in *Archiv. civ., Praxis*, CXXXIV, 1931, p. 289 e ss.; H. DEGENKOLB, *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*, in *Arch. civ., Praxis*, LXXI, 1887, p. 157 e ss.; A. HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis u. Verzicht*, Tübingen, 1904; F. VON CANSTEIN, *Anerkennung und Geständnis*, in *Zeitschrift f. Zivilprozess*, 1879..

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Siffatta efficacia del negozio di accertamento è assimilabile all'efficacia immediata riconosciuta a taluni schemi negoziali⁵⁷: essa sembra essere la più rispondente all'intento delle parti e la più idonea a spiegare gli effetti del negozio di accertamento sulla situazione preesistente.

Ed infatti, l'efficacia meramente obbligatoria, postulando la nascita di un obbligo di ritenere come decisiva per l'avvenire la configurazione data alla situazione preesistente, potrebbe realizzare l'intento delle parti solo indirettamente, attraverso il risarcimento del danno in caso di violazione; mentre l'efficacia modificativa o sostitutiva altererebbe senza ragione l'intento tipico delle parti, ovvero attribuirebbe al negozio effetti abnormi rispetto a quelli effettivamente voluti.

D'altro canto, ove si faccia riferimento solo all'efficacia di porre fuori contestazione il rapporto⁵⁸, ovvero sia di precludere ogni futura contestazione su di esso, si verrebbe ad indicare esclusivamente una conseguenza estremamente generica del negozio d'accertamento: siffatto effetto preclusivo derivante dalla messa fuori contestazione può, invero, essere raggiunto attraverso strumenti giuridici diversi.

Bisogna ricordare, però, che la messa fuori contestazione costituì la formula generica sotto la quale fu tentata la prima costruzione unitaria dei negozi d'accertamento⁵⁹, in quanto essa serviva egregiamente ad indicare il fenomeno per cui alle parti che hanno posto in essere uno strumento atto ad eliminare l'incertezza è preclusa qualsiasi ulteriore contestazione sui fatti e sui rapporti controversi. Nel momento in cui la formula fu espressa servì a

⁵⁷ Esistono, infatti, negozi in cui l'intento delle parti è raggiunto mediante l'efficacia istantanea che il negozio esercita sulla situazione giuridica, come ad esempio i contratti traslativi reali. Sul punto si veda più diffusamente M. GIORGIANNI, *Negozio di accertamento*, Milano, 1939, p. 38 ss. e 101 ss.

⁵⁸ *Ausserstreitsetzung* dei tedeschi. Si veda sul punto M. F. G. Von RÜMELIN, *Zur Lehre von des Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des B.G.B.*, cit., p. 290; P. KRÜCKMANN, *Das Anerkenntnis als Ermächtigung*, in *Arch. civ. Praxis*, CXXXIV, 1931, pp. 289 e ss.

⁵⁹ M.F.G. Von RÜMELIN, *Zur Lehre von des Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des B.G.B.*, cit., pp. 291 e ss.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

ribadire l'efficacia sostanziale, e non meramente processuale, di tutti gli strumenti di autonomia privata diretti all'eliminazione dell'incertezza.

Dati gli scopi a cui la formula serviva, essa era diretta a comprendere, nella sua genericità, tutti gli strumenti suddetti, compresa la transazione.

Ragionando in termini di efficacia immediata, invece, non si corre il rischio di accomunare il negozio di accertamento alla transazione e si evita la configurazione di un negozio di accertamento astratta, inammissibile nel nostro ordinamento giuridico. Ed invero, la fissazione della situazione giuridica preesistente attuata attraverso l'efficacia immediata che il negozio esercita su di essa, consente che il rapporto sia sostanzialmente regolato dalla vecchia fonte, mentre la nuova ne determina soprattutto il contenuto: le conseguenze si colgono anche sul terreno della causa del negozio e della reazione della vecchia sulla nuova situazione giuridica.

Il nuovo negozio, pertanto, non fa nascere una nuova situazione giuridica, ma si limita ad accertare, ovvero a fissare immediatamente, il contenuto di quella preesistente, né ad esso si accompagna alcun intento modificativo. La sua natura dichiarativa serve perciò ad indicare quella funzione del negozio ed a mettere in risalto la sua efficacia retroattiva, senza con ciò disconoscere che esso costituisce una concorrente fonte di regolamento della situazione precedente⁶⁰.

Sotto questo profilo, si deve concludere nel senso che quando le parti dichiarano di voler accertare una situazione incerta vogliono agire immediatamente sulla situazione da accertare, determinando un mutamento che elimini la loro incertezza. Le parti, mostrando di accertare, vogliono, in

⁶⁰ La tesi si ritrova anche nella dottrina tedesca: si veda M. F. G. Von RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des B.G.B.*, cit., p. 267; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des BGB*, III, München-Leipzig, 1957, p. 271.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

sostanza, modificare i rapporti originari secondo un apprezzamento che sono riusciti a concordare⁶¹.

Nella volontà accertativa è quindi implicita la retroattività della modificazione della situazione accertata sino al momento in cui i rapporti sono sorti sicché resti preclusa l'incertezza non solo per l'avvenire, ma anche per il passato⁶².

Si è visto, quindi, quanto importante sia il problema di qualificazione dell'istituto, e quanto diversi possono essere i casi e le finalità in cui esso viene in considerazione.

Sul punto, infatti, non è possibile individuare una voce unica. Esso è stato considerato anche alla stregua di una dichiarazione di scienza relativa all'esistenza di un difetto⁶³, priva pertanto di valore negoziale. Esso rilevarebbe, quindi, quale semplice presupposto di determinati effetti giuridici che non sono disposti dall'agente, ma da una fonte esterna rappresentata proprio nella legge.

Più esattamente, in conformità a quanto appena detto, il riconoscimento dei vizi altro non comporterebbe che l'inutilità della loro denuncia. Tale affermazione necessita però di alcune precisazioni, in

⁶¹ In proposito, infatti, è stato suggerito che piuttosto di negozio di accertamento, dovrebbe parlarsi di negozio modificativo a scopo di accertamento (R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 94). Il concetto è condiviso anche da A. VON TUHR *Der Allgemeine Teil des BGB*, cit., p. 264, secondo cui "*Es ist eine causa, welche neben den sonstigen causae (solvendi, credendi, donandi) steht und als Feststellungszweck bezeichnet werden kann*".

⁶² Anche gli scrittori tedeschi ammettono la possibilità di un mutamento accertativo e ritengono che le parti, stipulando il negozio di accertamento, vogliano quel caratteristico mutamento che essi definiscono *feststellen*. Poiché esse desiderano anche precludersi la possibilità di impugnare il contratto nel caso di divergenza dal vero che sia provabile in avvenire, esse esprimono anche una volontà modificativa, subordinatamente alla possibilità di causare un mutamento accertativo. Questo è il significato delle espressioni che spesso di rinvengono di accertamento ed eventuale modificazione: in un unico atto volitivo sono contenute due volontà negoziali giuridicamente autonome ma l'uno condizionata all'efficacia dell'altra. Si veda più specificamente A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des BGB*, cit., p. 254; E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, in *Weimar*, 1886, p. 241.

⁶³ F. LAPERTOSA, *La garanzia per vizi nella vendita e nell'appalto*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 58.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

particolare in materia di appalto in cui l'accettazione dell'opera costituisce un importante punto di riferimento per la valutazione degli effetti di tale atto.

Infatti, alla stregua dell'art. 1667 comma 2 c.c., la garanzia non è dovuta se il committente abbia accettato l'opera: da ciò discende la logica conseguenza secondo cui è necessario distinguere i casi in cui il riconoscimento sia effettuato prima o dopo della consegna.

Il riconoscimento anteriore o anche contestuale trasformerebbe il vizio in palese o apparente e quindi l'accettazione dell'opera farebbe perdere al committente ogni azione contro l'appaltatore⁶⁴.

Quello posteriore, invece, implicherebbe accettazione delle pretese del committente costituendo rinuncia a far valere la decadenza del committente dalla garanzia⁶⁵.

Pur non implicando una manifestazione di volontà, costituisce pur sempre una manifestazione di verità relativa alla sussistenza di un fatto produttivo di conseguenze giuridiche negative per il dichiarante.

Al riguardo, altra parte della dottrina⁶⁶ ha visto nel riconoscimento del difetto una dichiarazione confessoria consistente nell'ammissione di un fatto sfavorevole al dichiarante che rende superflua la funzione della denuncia: il rapporto tra denuncia di vizio e suo riconoscimento costituisce un importantissimo aspetto della materia che sarà oggetto di specifico approfondimento.

Il riconoscimento, comunque, produce i suoi effetti anche senza il ricorso degli specifici requisiti della confessione giacché esso non rileva per gli effetti della confessione, cui comunque è assimilabile per il contenuto, ma solo perché rende superflua la funzione della denuncia quale atto

⁶⁴ Vedi Cass. 27 febbraio 1991, n. 2110, in *Foro Pad.*, 1992, I, p. 26.

⁶⁵ F. GIRINO, *Note in tema di garanzie dell'appaltatore*, in *Giur. it.*, 1994, pp. 94-95.

⁶⁶ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, *Trattato Vassalli*, Torino, 1972, p. 918.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

partecipativo⁶⁷: può, perciò, provenire tanto dal venditore e/o appaltatore quanto da uno dei possibili destinatari della denuncia ovvero da mandatari investiti solo del potere di esaminare la merce e non anche del potere di assumere impegni negoziali⁶⁸ e può essere diretto al compratore e/o al committente come ad un terzo⁶⁹.

Quest'ultimo dato è importante perché ci fornisce l'occasione per riflettere su un ulteriore aspetto di tale atto, legato alla sua struttura, se, cioè, si tratti di un atto recettizio o meno.

Il problema della recettività dell'atto viene risolto negativamente sia nel caso in cui si acceda alla tesi della mera dichiarazione di scienza, sia in quello in cui se ne valorizzi il contenuto confessorio: il riconoscimento produrrebbe i suoi effetti indipendentemente dalla sua comunicazione, potendosi con ciò sostenere che la conoscenza del destinatario non sarebbe necessaria per integrarne l'efficacia.

Ovviamente questa conclusione stride se si ammette che il riconoscimento possa diventare strumento di modifica della garanzia o se gli viene riconosciuta la natura di ricognizione di debito ex art. 1988 c.c.⁷⁰: tale soluzione, come più avanti avremo modo di verificare, è quella maggiormente in linea con le risultanze della giurisprudenza più recente⁷¹.

⁶⁷ Sul punto vedi G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 418.

⁶⁸ Cfr. sul punto App. Milano, 13 ottobre 1978, n. 1635, *Arch. civ.*, 1979, p. 377; Cass. 27 gennaio 1986, n. 539, *Giust. civ., Mass.*, 1986.

⁶⁹ Vedi Cass., 16 giugno 1981, n. 3907, in *Giur. it., Mass.*, 1981: il supremo collegio ha reputato doversi ricondurre efficacia di riconoscimento al comportamento del venditore di un immobile il quale aveva partecipato, quale rappresentante di alcuni condomini, all'assemblea convocata per deliberare l'esecuzione di lavori che ovviassero ai difetti dell'immobile stesso, ed aveva votato per l'effettuazione di tali lavori, in ciò riconoscendo l'esistenza dei vizi.

⁷⁰ G. IUDICA – D. RUBINO, *Dell'Appalto*, in *Comm. codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA., Bologna – Roma, 1963, 1^a ed.

⁷¹ In dottrina si veda per tutti M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, p. 72.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Per quanto attiene ai requisiti formali, è pressoché unanimemente riconosciuto che tale dichiarazione non sia soggetta a forme particolari, può essere desunta sia da qualsivoglia espressione linguistica, purché univoca e convincente, sia da *facta concludentia*, senza necessità che ad essa si accompagni l'ammissione del vizio o della responsabilità o l'assunzione di obblighi⁷².

In quest'ultimo caso il riconoscimento dovrebbe estrinsecarsi in comportamenti nei quali sia ravvisabile un'inequivoca ammissione della sussistenza dei vizi e un'altrettanto inequivoca accettazione delle obbligazioni conseguenti⁷³.

Riconoscimento tacito, inoltre, può essere ravvisato nel compimento di atti incompatibili con l'intenzione di respingere la pretesa del compratore/committente o di far valere la decadenza dal diritto alla garanzia⁷⁴.

Nonostante in tema di appalto gli ultimi orientamenti giurisprudenziali siano volti ad ampliare la responsabilità dell'appaltatore, si tende a voler evitare di attribuire indiscriminatamente valore di comportamento concludente ad un qualsiasi atto compiuto dall'appaltatore.

Si esige, piuttosto, che quest'ultimo compia una dichiarazione nella quale manifesti la piena consapevolezza delle difformità e dei vizi⁷⁵.

Alla stregua di ciò può affermarsi che non è necessariamente insita la volontà di riconoscere le difformità e i vizi nel comportamento dell'appaltatore che procede all'esecuzione di riparazioni ad opere già

⁷² Cass., 1 aprile 2003, n. 4893 in *Arch. civ.*, 2004, p. 293 e Cass., 20 maggio 1997 n. 4464, *Giust. civ., Mass.*, 1997, p. 794.

⁷³ Cass., 17 aprile 2001, n. 5597, in *Contratti*, 2001, 8-9, p. 819.

⁷⁴ Cass., 16 luglio 2002, n. 10288, in *Giust. civ., Mass.*, 2002, 1233; Cass., 20 febbraio 1997, n. 1561, in *Mass. Giur. It.*, 1997, e Cass, 14 maggio 2001, n. 6641, in *Mass. Giur. It.*, 2001.

⁷⁵ P. PISELLI, *La garanzia per vizi delle opere e la responsabilità per rovina e gravi difetti degli immobili in Italia: le attuali linee di tendenza*, in *Riv. trim. appalti*, 1990, pp. 81-82.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

consegnate, in quanto simili atti non sono suscettibili di univoca interpretazione, potendo essere posti indipendentemente dalla volontà di riconoscere difformità e vizi dell'opera⁷⁶.

Le posizioni contrarie, che ricostruiscono in termini di riconoscimento detta attività, richiedono però che si accerti l'esistenza dei vizi, che non può essere esclusivamente dedotta dalle risultanze del verbale di collaudo, e che si accerti se e quali operazioni siano state eseguite, allo scopo di verificarne l'idoneità a dimostrarne l'avvenuto riconoscimento, che non può, comunque, essere tratto dalla qualificazione di "interventi" attribuita alle operazioni in proprio sito compiute dall'appaltatore, qualificazione che potrebbe riferirsi a semplici attività di messa a punto e sistemazione, incapaci, per se stesse, di rivelare vizi dei materiali forniti.

Nulla da aggiungere sul contenuto dell'atto e sui requisiti formali.

Resta, invece, da definire la problematica legata agli affetti, sia sostanziali che processuali. Senza anticipare quanto sarà oggetto delle prossime pagine, va da sé che le conclusioni saranno diverse a seconda della natura giuridica che si assegni al riconoscimento del vizio.

Una prima conclusione, quindi, sembra potersi trarre. L'istituto del riconoscimento dei vizi è ben lungi dal poter essere studiato con un'unica prospettiva e con una logica unitaria. Varie possono esserne le cause e varia potrà esserne la struttura, con effetti spesso tra loro differenti⁷⁷.

Per completezza di indagine si cercherà, perciò, di esaminare tutti i possibili effetti conseguenti alle diverse accezioni del riconoscimento.

⁷⁶ Sul punto, tuttavia, non si riscontra identità di vedute. La giurisprudenza più risalente tende per la tesi negativa (Cass., 6 novembre 1967, n. 2760, in *Riv. giur. edil.*, 1967, I, p. 330), al contrario di quella più recente che propende per la positiva: si veda Cass., 20 giugno 2000, n. 8384, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2577, nonché Cass., 22 giugno 1978, n. 3080, in *Giur. it., Mass.* 1980.

⁷⁷ A. GRAZIANI, *Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, in *Enc. giur., Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 9.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

3. Il riconoscimento come fattispecie costitutivo-modificativa del diritto di garanzia.

Sulla possibilità di riconoscere un vizio irrilevante ci si è già soffermati, così come sulla possibilità di riconoscere come vizio un difetto dell'opera sulla cui esistenza sia sorta contestazione tra le parti.

Si tratta ora di verificare quali possano essere le possibili conseguenze di un tale riconoscimento, se cioè si verifichi un allargamento della garanzia ovvero sorga una nuova obbligazione.

Ancora una volta risulta dirimente il riferimento alla dottrina tedesca⁷⁸. Come abbiamo già avuto modo di esaminare, in Germania non è stata negata efficacia costitutiva al riconoscimento, con la conseguenza che vale come diritto quello che è riconosciuto e non quello che esisteva prima dell'accertamento. Sotto questo profilo, pertanto, il riconoscimento sarebbe autonoma fonte dell'obbligazione di garanzia.

Le azioni edilizie consentono al compratore di chiedere la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo. Esse sono esperibili di fronte al cd. vizio redibitorio. Nel caso in questione ci si trova di fronte ad un difetto che non incide in modo rilevante né sull'idoneità all'uso cui la cosa è destinata, né sul suo valore. Ciò nonostante, il venditore lo considera vizio alla stregua del dettato dell'art. 1490 cod. civ.

Se si consentisse al compratore di esperire le suddette azioni in assenza dei presupposti legali, certamente si verificherebbe una modificazione della garanzia rispetto al modello legale.

⁷⁸ Il maggior approfondimento sul punto è quello compiuto da A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des BGB*, cit. p. 254 sulla natura giuridica del riconoscimento, secondo cui "Die Absicht des Anerkennenden geht, wie beim Geständnis, meistens dahin, die Rechtslage festzustellen, welche seiner Ansicht nach wirklich besteht".

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Sulla possibilità delle parti di effettuare tali modifiche non v'è ragione di dubitare ed anzi il codice espressamente la prevede. L'art. 1490, secondo comma, cod. civ., infatti, prevede proprio l'ipotesi di esclusione e limitazione della garanzia.

Analizzandone la struttura si comprende che tale patto, dalla chiara natura negoziale, consente invero solo di escludere o limitare la garanzia, non certo di estenderla. D'altro canto, però, non vi sono ragioni per negare alle parti la possibilità di offrire maggiori margini di operatività della garanzia.

A sostegno di tale facoltà può addursi la fattispecie prevista dell'art. 133 del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo). Sotto la rubrica "garanzia convenzionale", infatti, consente al venditore proprio la possibilità di offrire una garanzia aggiuntiva rispetto a quella legale.

In questo caso, alla lettera della legge, si tratterebbe di un atto unilaterale⁷⁹ che amplia i margini di tutela del compratore.

Un'analisi congiunta delle due fattispecie può, allora, essere utile per verificare possibili punti di contatto tra di esse.

La garanzia convenzionale è una dichiarazione che di regola precede la vendita, il suo oggetto è predeterminato, la sua applicazione è potenziale e lascia impregiudicati i diritti derivanti dalla garanzia legale.

Il riconoscimento, invece, è atto che deve necessariamente seguire la vendita⁸⁰ e si riferisce a fatti che non sono meramente potenziali. Tratto in comune è rappresentato senza dubbio dalla possibilità di estendere le garanzie legali.

Tentando di spiegare il rapporto tra riconoscimento e garanzia, si potrebbe affermare che per effetto del primo al compratore sarebbe

⁷⁹ Il termine "offre" utilizzato nel primo comma ne costituisce un elemento distintivo inequivoco.

⁸⁰ Ferma restando la possibilità di riconoscere i vizi anche nella fase di contrattazione preliminare, con i risultati che vedremo in seguito.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

consentito l'esercizio delle azioni edilizie pur in presenza di un vizio irrilevante, legalmente estraneo all'area della garanzia. In questo caso non si pone un problema di sovrapposizione con la garanzia perché essa troverebbe applicazione in circostanze in cui legalmente sarebbe esclusa.

4. Il riconoscimento come dichiarazione di scienza.

Considerare il riconoscimento come mera asseverazione di un fatto ne ridimensiona grandemente gli effetti sulla garanzia. Innanzitutto, sostanziosamente in una valutazione *ex post* compiuta dall'appaltatore/venditore impedisce alle parti di estendere nei termini sopra indicati l'operatività della garanzia.

Se, quindi, solo ciò che può essere considerato vizio secondo la normativa codicistica può essere oggetto del riconoscimento, resta fuori dalla fattispecie quel riconoscimento che poc'anzi abbiamo definito costitutivo-modificativo. A questo punto, però, però bisogna chiedersi qual è la sorte di tali dichiarazioni.

Se, perciò, non può essere riconosciuto come vizio ciò che non lo è, le opzioni ermeneutiche sono sostanzialmente due: o tale atto deve considerarsi inefficace, o dovrà essere considerato come atto diverso dal riconoscimento propriamente detto.

Concludere nel senso dell'inefficacia desta molte perplessità. Pur tralasciando, infatti, tutte le problematiche sottese alla stessa categoria dell'inefficacia, essa si giustificerebbe nel modo che segue: non potendo essere oggetto del riconoscimento un difetto non qualificabile come vizio, non vi si possono neppure legare gli effetti propri del riconoscimento.

In altre parole, non essendoci alcun vizio da denunciare non ci può essere alcun vizio da riconoscere.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Ma il fatto che tale atto non possa essere qualificato come riconoscimento del vizio non ne comporta però necessariamente l'inefficacia.

Evidentemente un venditore o un appaltatore che formuli una dichiarazione del genere lo fa perché ispirato da determinate ragioni che possono essere ricondotte ad una logica transattiva ovvero di fidelizzazione della clientela, ma non certamente per rendere una dichiarazione inutile.

L'inefficacia, invece, realizzerebbe l'interesse opposto.

Potrebbe ipotizzarsi, allora, che accanto al riconoscimento propriamente detto, ristretto cioè ai difetti rilevanti, vi sia un margine lasciato all'iniziativa delle parti in cui possono liberamente disporre della sorte dei difetti meno gravi o oggetto di contestazione.

Non si tratterebbe di riconoscimento secondo gli artt. 1495 e 1667 cod. civ., ma di un negozio unilaterale diretto ad ottenere un'efficacia diversa dall'esonero della denuncia.

A ben vedere, infatti, in tali casi un problema di esonero della denuncia neanche si porrebbe: il vizio irrilevante non può essere denunciato, mentre il vizio contestato, in quanto oggetto di confutazione, è certamente stato denunciato.

L'effetto di un tale riconoscimento, quindi, non può essere l'esonero dalla denuncia, ma proprio consentire l'esercizio delle azioni derivanti dalla garanzia.

Il raffronto tra riconoscimento e denuncia dei vizi, così impostato, può però trarre in inganno e condurre a conclusioni affrettate.

In realtà, infatti, riconoscimento e denuncia non assolvono alla medesima funzione, né hanno la stessa ragione giustificatrice. La denuncia, in quanto atto tipico del compratore o del committente, rappresenta l'assolvimento di un onere al cui compimento è condizionato l'esercizio della garanzia.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Esso è un atto tipicamente valutativo ed unilaterale compiuto dall'avente diritto circa la gravità dei vizi: non ha alcuna efficacia accertativa o vincolante per il destinatario, per il quale non deriva alcun obbligo. Ricevuta la denuncia, infatti, il venditore o l'appaltatore non deve porre in essere alcun atto, se non attivarsi, ma nel proprio esclusivo interesse, per verificare la fondatezza della denuncia medesima.

In altre parole con la denuncia, indicando specificamente i difetti riscontrati, si delimita il campo di operatività della garanzia. In questo senso esso rappresenta il primo atto di esercizio del diritto di garanzia. Il tutto strettamente subordinato dal corretto assolvimento dell'onere e dalla rilevanza dei vizi denunciati. In quanto mera condizione d'esercizio di un diritto, infatti, lascia impregiudicata ogni questione inerente il fondamento del diritto stesso.

Occorre verificare se tale schema logico sia compatibile con il riconoscimento. Anche se la varietà delle opinioni riscontrate non consente una soluzione univoca, si possono tracciare le distinzioni nel modo che segue.

Da una prima lettura degli articoli 1495 e 1667 cod. civ. sembrerebbe che il riconoscimento sia sostitutivo della denuncia laddove si legge che la denuncia non è necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza dei vizi o l'ha occultato. Anche l'occultamento, pertanto, quanto ad effetti verrebbe parificato alla denuncia. Denuncia, riconoscimento ed occultamento sarebbero perciò equiparabili in quanto condizioni dell'azione.

In realtà, ad un esame più attento non sfugge che il legislatore, almeno nella vendita, nel prevedere che oggetto del riconoscimento debba essere "l'esistenza" del vizio gli conferisce un'efficacia accertatrice di cui la denuncia è senz'altro priva. Con questa, infatti, il compratore o il committente comunica all'obbligato quelli che egli ritiene siano vizi, mentre

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

con il riconoscimento si comunicano quelli che l'obbligato accerta siano tali.

La prospettiva è notevolmente diversa. Quando l'obbligato riconosce il vizio, lo fa avendone già verificato la rilevanza oppure prescindendo totalmente da tale giudizio. Esso ha effetti diretti nella sfera giuridica del garantito, al quale, come minimo, viene consentito l'esercizio di un diritto in assenza di una sua condizione.

Solo tenendo ben a mente tali differenze di presupposti ed effetti si può tentare di chiarire se dal riconoscimento derivi esclusivamente la possibilità di azionare la garanzia ovvero di ottenere anche l'eliminazione del vizio⁸¹.

Senza anticipare quanto sarà oggetto di riflessione nel prosieguo del lavoro, v'è da considerare che non sarebbe interesse del venditore riconoscere come vizio un difetto irrilevante o contestato al solo fine di ottenere la risoluzione del contratto.

Una tale soluzione, infatti, risulterebbe evidentemente illogica: se fosse intenzione risolvere consensualmente la vendita non sarebbe necessario transitare per il riconoscimento dei vizi. Stesso ragionamento può essere adoperato per la riduzione del prezzo.

È certamente più aderente all'interesse delle parti riconoscere un vizio al solo scopo di eliminarlo. Ma dell'obbligo di eliminazione scaturente dal riconoscimento ce ne occuperemo più avanti.

5. Riconoscimento e transazione

⁸¹ Tale problema si pone solo per la vendita in quanto nell'appalto è consentito al committente chiedere l'eliminazione del vizio.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Riconoscimento e transazione possono essere senz'altro ricondotti nell'amplissimo schema del componimento convenzionale della lite: così come riconoscendo un vizio le parti prevengono o risolvono il conflitto sulla sua esistenza, con la transazione, facendosi reciproche concessioni, si pone fine ad una lite già cominciata e/o se ne previene una.

La comunanza di scopo tra le due fattispecie non deve, però, trarre in errore. Mentre l'esistenza di una lite, attuale o potenziale, caratterizza la causa stessa del negozio transattivo, lo stesso non può dirsi di quello ricognitivo, che ha una struttura ed una funzione profondamente diversa.

La funzione tipica della transazione è la composizione della lite attraverso le reciproche concessioni e l'eventuale accertamento non rientra nello schema causale del negozio. La funzione tipica del riconoscimento è invece l'accertamento, e la composizione della lite è, semmai, uno scopo ulteriore ed accidentale⁸².

L'analogia del risultato economico fra i due istituti non deve condurre a conclusioni affrettate, soprattutto con riferimento al rapporto con il negozio originario: nel riconoscimento la modifica di esso è un fatto accidentale e fortuito che esorbita dalla funzione tipica del negozio, mentre nella transazione è proprio l'eventuale corrispondenza del rapporto da essa derivante con quello originario ad esorbitare dalla funzione che la legge determina.

Nel riconoscimento l'eventuale volontà delle parti di modificare il rapporto riconosciuto resta isolata nella sfera dei motivi e non penetra nello schema funzionale del negozio; nella transazione, invece, è la semplice

⁸² Si è, infatti, ampiamente discusso della possibilità offerta al venditore o all'appaltatore di ampliare i margini della garanzia o di obbligarsi alla riparazione di un difetto, anche senza una specifica assunzione di obblighi.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

volontà di accertare a rimanere confinata nel limbo dei motivi giuridicamente irrilevanti⁸³.

Ciò premesso, si può comunque evidenziare come sia la transazione che il riconoscimento – inteso nell’accezione di negozio di accertamento dell’esistenza dei vizi – possano essere ricondotti nell’alveo di uno schema negoziale diverso da quello originario posto in essere e che incida sul rapporto giuridico preesistente.

Bisogna dire, inoltre, che le differenze appena enucleate non comportano necessariamente incompatibilità tra i due istituti. Nulla osta, infatti, che all’interno di un negozio transattivo possa essere contenuto un atto di natura meramente ricognitiva, quale una dichiarazione di scienza, così come nulla osta che la transazione possa risultare mista di elementi propri di altre fattispecie negoziali.

A questo punto diventa di primaria importanza analizzare l’ipotesi, tutt’altro che infrequente, in cui con una transazione si riconoscano i vizi di un bene allo scopo di evitare la lite sulla loro esistenza.

La peculiarità di una fattispecie del genere risiede già nella sua qualificazione. Ci si troverà di fronte ad una transazione o ad un riconoscimento dei vizi?

Il problema non è solo teorico, perché assai diverse saranno le conseguenze dipendenti dall’una o dall’altra qualificazione.

Riportandoci a quanto già detto in merito alla duplice natura del riconoscimento dei vizi, che può assumere, a dispetto della terminologia, anche una chiara efficacia accertatrice, vincolante per il dichiarante, risulterà chiaro come sia consentito al soggetto potenzialmente obbligato alla garanzia di riconoscere un determinato difetto della *res* come vizio al solo scopo di evitare una lite.

⁸³ R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell’obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, (già in *Annali scienze giur. Univ. Messina*, 1934-1935), I, Milano, 1980, p. 443.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

È di tutta evidenza l'eguaglianza contenutistica dei due negozi. La soluzione dipende ovviamente dall'indagine causale. La causa parrebbe identica in entrambi i negozi: prevenzione di una lite accertando l'esistenza del fatto controverso. In realtà questo schema negoziale non integra quello della transazione, in quanto risulta mancante l'elemento fondamentale rappresentato dalle reciproche concessioni. Nella transazione, infatti, l'effetto preclusivo della lite deve avvenire mediante lo strumento delle reciproche concessioni.

Il confine tra riconoscimento e transazione, pertanto, va individuato proprio in questo: a prescindere dalla veste formale, il riconoscimento dei vizi, in qualunque accezione venga inteso, in quanto atto unilaterale, non può mai implicare reciproche concessioni che, al contrario, costituiscono oggetto precipuo del contratto di transazione.

Vediamo, infine, se alla medesimo principio deve essere ricondotto il caso ove il riconoscimento dei vizi fosse accompagnato dalla rinuncia del compratore a far valere l'azione edilizia ove il venditore si obbligasse all'eliminazione del vizio riconosciuto.

Nella fattispecie prospettata sembrerebbero sussistenti e requisiti tipizzanti l'accordo transattivo: prevenzione della lite e reciproche concessioni. In realtà, però, ancora una volta risulta mancante proprio il requisito delle reciproche concessioni. Nel negozio in questione, infatti, le reciproche concessioni non sono uno strumento di composizione della lite, quanto piuttosto lo strumento con cui si costituisce un nuovo obbligo, prima inesistente.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Nella transazione, invece, le parti nel dettare le nuove regole dei loro rapporti in contestazione, muovono proprio dalle rispettive pretese e tolgono di mezzo la lite mediante una composizione di tali pretese⁸⁴.

A sconfessare ulteriormente la funzione transattiva del negozio in esame, a scapito della sua qualificazione di riconoscimento, v'è un'ulteriore considerazione. Sempre con riferimento al requisito delle reciproche concessioni deve essere considerato, infatti, che esso presuppone delle pretese contrapposte delle parti. Nel caso *de quo*, invece, non c'è alcuna contrapposizione tra pretese; ed essendo ravvisabile esclusivamente quella del compratore, l'obbligo di eliminare i vizi assunto all'atto del riconoscimento sarà a questo esclusivamente riconducibile, senza alcuna efficacia transattiva.

Sotto questo profilo, pertanto, deve essere senz'altro ammessa la possibilità che il negozio transattivo si converta in un riconoscimento nel caso in cui ne facciano difetto i requisiti. A tal fine non risulta necessario che il negozio convertito, nullo o annullabile, abbia lo stesso carattere e la stessa efficacia del negozio nuovo valido; è necessario solo che essi presentino un'affinità nel loro risultato pratico ed empirico in guisa che si possa presumere che la volontà delle parti, appunto empiricamente diretta alla produzione di quel risultato economico, sia operante anche per quanto riguarda il negozio in cui il primo si converte, o per lo meno che la volontà delle parti non ripugni alla funzione e agli effetti del negozio convertito⁸⁵.

Un ultimo elemento di contatto tra riconoscimento e transazione può essere individuato nella teoria dell'errore.

⁸⁴ Si veda A. PALAZZO, voce "Transazione", in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ., XIX*, Torino, 2001, p. 389; E. DEL PRATO, voce "Transazione" (*Dir. priv.*), in *Enc. dir., XLIV*, Varese, 1992, pp. 813 – 815;

⁸⁵ R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., nota 75, p. 431.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Come si vedrà in seguito, infatti, entrambi gli istituti si caratterizzano per l'esclusione dell'annullabilità per errore di diritto o di fatto che cada sulla situazione incerta in quanto la funzione tipica della transazione e dell'accertamento verrebbe vanificata se si potesse far valere, tramite l'impugnativa per errore, la difformità della situazione accertata.

Questa assimilazione, però, è stata criticata in dottrina. In quanto negozio atipico, al negozio di accertamento deve ritenersi applicabile la normativa sui contratti in generale, anche in forza del richiamo contenuto nell'art. 1324 cod. civ., e solo dopo averne ravvisato la compatibilità con le norme sulla transazione, le norme relative a quest'ultima.

6. Riconoscimento e confessione

Nelle pagine precedenti, nel tentativo di definire il concetto di riconoscimento, ci si è soffermati su quello di ammissione. Esso, però, non può essere considerato un vero e proprio istituto positivo, in quanto non riceve dalla legge qualificazione e disciplina specifica. La dottrina che si è occupata della materia ha ben evitato di costruire l'istituto a spese della confessione, pur analizzandolo in uno con questa⁸⁶.

Di qui l'accostamento tra riconoscimento e confessione⁸⁷. Chi si è specificamente occupato del fenomeno dell'ammissione⁸⁸ lo ha ricostruito nei seguenti termini. Esso ricorrerebbe tutte le volte che la dichiarazione confessoria non può produrre i suoi effetti legali di piena prova assoluta: e precisamente per ammissione dovrebbe intendersi ogni riconoscimento di fatti sfavorevoli non idoneo a costituire confessione, ossia non tale da

⁸⁶ C. FURNO, *Confessione Dir. proc. civ.*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 914.

⁸⁷ In proposito è essenziale il contributo dato dalla dottrina tedesca: si veda per tutti M. BERGMANN, *Schuldenerkenntnis und Schuldbekennnis bei Verkehrsunfällen*, in *MDR*, 1974, pp. 989 ss.

⁸⁸ C. M. DE MARINI, *Ammissione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 242 – 254.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

formare piena prova del fatto riconosciuto. Perciò la confessione non sarebbe altro che un'ammissione particolarmente qualificata. Una rapida scorsa delle disposizioni riguardanti la confessione può risultare a questo punto dirimente.

Ai sensi degli artt. 2730 ss. cod. civ., la confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità dei fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte. Tale dichiarazione può essere resa in giudizio o all'infuori di esso. In quest'ultimo caso si avrà la confessione cosiddetta stragiudiziale.

Le due suddette forme di confessione sono dalla legge, quanto ad efficacia probatoria, equiparate: esse, cioè, fanno piena prova contro colui il quale l'abbia rese (art. 2733 cod. civ.), ma con alcune limitazioni. Queste attengono, per un verso, ai fatti cui la confessione si riferisce; per altro verso, alle modalità con cui essa è stata resa: la confessione, infatti, deve vertere su fatti relativi a diritti disponibili e, ove sia stata resa ad un terzo, o contenuta in un testamento, è liberamente apprezzata dal giudice.

Nell'interpretazione dottrinale più antica, la confessione era concepita o come fenomeno meramente processuale e propriamente probatorio⁸⁹ o, al contrario, come fenomeno sostanziale e propriamente negoziale⁹⁰. Si esaurisca o meno nel campo dei fenomeni probatori, la confessione, in ogni caso, è un atto giuridico, appunto una dichiarazione, e come tale è stata studiata man mano che la teoria degli atti giuridici è andata sviluppandosi.

Anche prescindendo dalla natura negoziale, va rilevato che l'art. 2730 cod. civ. definisce la confessione come dichiarazione di verità (e non

⁸⁹ In questo senso, v. A. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., pp. 539 e ss.; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 818.

⁹⁰ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 530.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

di volontà) di fatti⁹¹ (e non di rapporti giuridici): da tale contrapposizione emerge, chiaramente, che la confessione non può essere considerata come dichiarazione di volontà diretta a costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici.

La confessione stragiudiziale può essere fatta alla parte, al suo rappresentante, ad un terzo o contenuta in un testamento. Per avere la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale, deve essere resa alla parte o a chi la rappresenta: il carattere recettizio dell'atto supplisce, infatti, alla mancanza delle garanzie formali proprie del processo.

Tale carattere recettizio condiziona non soltanto l'efficacia probatoria della confessione stragiudiziale, ma la sua stessa essenza. Tutti i suoi requisiti, oggettivi e soggettivi, infatti, vengono a mancare nella dichiarazione stragiudiziale *contra se* non resa alla controparte: ciò può dirsi sia per la contrarietà concreta della dichiarazione all'interesse del dichiarante, sia per la univocità di essa o per la sua riconoscibilità da parte dello stesso dichiarante. Viene meno, in altri termini, il fondamento legale dell'istituto, l'antecedente istituzionale in base al quale la norma ordina al giudice di porre la dichiarazione della parte alla base del suo convincimento.

Ciò spiega perché la dichiarazione confessoria fatta ad un terzo, o contenuta in un testamento, possa fornire solo un elemento di libera valutazione.

La dichiarazione stragiudiziale resa al terzo, e quella testamentaria, non costituiscono, perciò, confessione in senso tecnico. Mentre l'art. 1358 del vecchio Codice civile taceva su quest'ultima, il vigente art. 2735 cod. civ. non ne limita preventivamente l'efficacia, ma la rimette al prudente apprezzamento del giudice⁹².

⁹¹ A differenza dell'abrogato art. 1356, che configurava la confessione come una dichiarazione.

⁹² U. NATOLI - R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ., IV, tomo I*, Torino, 1971, pp. 391-393.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Da ciò discende un problema di grande importanza pratica nell'applicazione dell'art. 2735 cod. civ.: si tratta di stabilire chi debba considerarsi terzo e chi parte rispetto ad un negozio, ad un atto, ad un fatto.

Il criterio più intuitivo per ottenere la distinzione fa leva sul carattere della estraneità di un soggetto rispetto all'atto preso in considerazione per dedurne la qualità di terzo; e viceversa sul criterio di partecipazione all'atto medesimo per attribuirgli la qualità di parte⁹³.

Basta in proposito citare il caso della dichiarazione resa al direttore dei lavori: quest'ultimo deve considerarsi terzo o rappresentate del committente?

Tralasciando le osservazioni in merito alla natura non recettizia del riconoscimento, nonché le tesi rigoriste, secondo cui il rappresentante era da intendersi il rappresentante volontario o legale in senso stretto e tecnico⁹⁴, deve concludersi che tra direttore dei lavori e committente vi sia un nesso abbastanza stretto ed intimo, in base al quale l'uno agisce ed opera nella sfera giuridica dell'altro.

Ne conseguirà che il riconoscimento reso al direttore dei lavori, inteso come dichiarazione confessoria, avrà alla stregua dell'art. 2735 cod. civ., la stessa efficacia della confessione giudiziale.

L'accostamento tra confessione e ricognizione è rilevante perché ci consente di affrontare l'importante problema delle *contra se pronuntiationes* aventi ad oggetto l'asseverazione di diritti o, più in generale, di situazioni giuridicamente rilevanti.

⁹³ V. PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, cit., p. 65.

⁹⁴ Si veda, a tal proposito, C. ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti, Commento al nuovo cod. civ. Italiano*, 2° ed., Milano, 1956, p. 324, secondo cui l'espressione "rappresentante della parte", va usata in senso ampio, essendo sufficiente che il dichiarante comprenda o preveda che il destinatario della dichiarazione la riferirà all'interessato. V. anche V. PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, cit., p. 102. In giurisprudenza si veda in particolare: Cass., 30 marzo 1985, n. 2235, con nota di F. DATTOLA PANUCCIO, in *Vita not.*, 1986, p. 650; Cass., 3 aprile 1982, n. 2062, in *Giur. it., Rep.*, 1982, *Confessione*, n. 9, c. 703; Cass., 13 febbraio 1981, n. 887, in *Giur. it. Rep.*, 1981, *Confessione*, n. 10, c. 713; Cass., 18 ottobre 1972, n. 3124, *Foro it., Mass.*, 1972, *Confessione*, n. 12, c. 587.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Dichiarazione confessoria e dichiarazione ricognitiva differirebbero tra loro per l'essere la prima un'asseverazione di un fatto, la seconda, invece, un'asseverazione di un diritto.

Ciò nonostante, è stato sostenuto, anche in giurisprudenza, che oggetto della confessione stragiudiziale potessero essere sia i fatti che i rapporti giuridici⁹⁵.

Si è posto, quindi, il problema dell'esatta individuazione dei lineamenti che contraddistinguono le *contra se pronuntiationes*: in tale prospettiva, pertanto, accanto alla semplice dichiarazione espressiva di un giudizio storico liberamente apprezzabile dal giudice, ed alla dichiarazione negoziale d'accertamento, è stata distinta un'altra figura di dichiarazione *contra sé* ed avente ad oggetto l'asseverazione di un altrui diritto soggettivo, quella del riconoscimento propriamente inteso⁹⁶.

Il riconoscimento del credito altrui prescinde dalla ricorrenza di quella situazione di incertezza, il cui superamento costituisce invece funzione tipica dell'accertamento, e non fissa posizioni giuridiche preesistenti precludendo l'indagine in ordine alla loro effettiva esistenza, ma lascia all'autore la possibilità di offrire la dimostrazione della mancanza del rapporto fondamentale⁹⁷.

Queste osservazioni hanno spinto parte della dottrina ad interrogarsi se veramente la fattispecie disciplinata dall'art. 1988 cod. civ. possa avere natura negoziale, soprattutto alla luce di quelle ricostruzioni storiche dell'istituto, secondo cui la ricognizione di debito si riallaccerebbe alla tradizione della *cautio indiscreta* che, lungi dall'essere caratterizzata dal

⁹⁵ Così C. FURNO, *Confessione Dir. proc. civ.*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 887.

⁹⁶ C. GRANELLI, *Confessione e ricognizione del diritto civile*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, III, Torino, 1988, p. 434.

⁹⁷ L. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, p. 155 - 158; G. PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento di debito*, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, p. 20 ss.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

connotato della negozialità, era invece una vera e propria confessione di debito⁹⁸.

D'altronde, anche da un punto di vista sistematico, è stata evidenziata l'oggettiva affinità esistente tra ricognizione di debito e confessione, posto che l'una consiste nell'asseverazione di una situazione giuridica, l'altra nell'asseverazione di un fatto⁹⁹.

Tale affinità viene rinvenuta anche nell'efficacia delle due forme di dichiarazione, efficacia che si riverbera essenzialmente sul piano processuale.

Gli effetti più stabili in pregiudizio di chi le ha emesse sono dalla legge ricollegati alle *contra se pronuntiationes*, rese in forma documentale, attestanti quei particolari fatti consistenti nella pregressa confezione di un documento e nella dichiarazione in esso formalizzata – cioè agli atti di ricognizione o di rinnovazione di cui all'art. 2720 cod. civ. – i quali fanno fede fino a che non sia data la dimostrazione dell'errore in cui è incorso il dichiarante; dimostrazione che può essere fornita solo con la produzione del documento originale.

Le *contra se pronuntiationes* asseverative di diritti (di credito) hanno un'efficacia processuale minore di quelle aventi ad oggetto fatti: la giustificazione è ravvisata nel rilievo secondo cui le prime implicano un giudizio di diritto, sulla giustezza del quale si può fare minore affidamento¹⁰⁰.

⁹⁸ C. A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, Padova, 1979, p. 147.

⁹⁹ F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, p. 236; L. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, cit., p. 157; G. LASERRA, *Riconoscimento del debito e promessa di pagare*, in *Dir. e giur.*, 1949, pp. 243 e 246; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 505; C. A. GRAZIANI, *Note in tema di promessa di pagamento*, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 104 ss.; V. CARBONE, *Il riconoscimento del debito nell'ambito dell'attività ricognitiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1046.

¹⁰⁰ F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, cit., p. 236.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Peraltro, è convincimento comune che la ricognizione di debito, ex art. 1988 cod. civ., esoneri il destinatario non solo dell'onere di fornire la prova del rapporto fondamentale, ma anche da quello della sua allegazione¹⁰¹. Con la conseguenza che, se la dichiarazione ricognitiva è effettuata senza la menzione della fonte dell'obbligazione¹⁰², il suo autore, che voglia vincere l'effetto *relevatio ab onere probandi* dovrà fornire l'ardua – se non addirittura impossibile – prova dell'inesistenza di qualunque fonte di obbligazione.

Nella diversa ipotesi di menzione della fonte dell'obbligazione, l'autore, per poter dimostrare la non rispondenza al vero di essa, dovrà provare solo l'inesistenza del menzionato rapporto.

Un'ulteriore ipotesi è rappresentata da quella in cui una dichiarazione a sé sfavorevole abbia ad oggetto sia un fatto, sia un diritto, oppure un diritto e l'esistenza di un precedente documento negoziale, o ancora un diritto, un fatto e l'esistenza di un documento.

Ciascuna delle distinte asseverazioni conserva la propria autonomia e conseguentemente la propria regolamentazione, anche in ordine al profilo dell'efficacia e della revocabilità. A quest'ultimo proposito, va però segnalato che, talora, la dimostrazione dei presupposti per la revoca dell'una dichiarazione reca necessariamente in sé la dimostrazione dei presupposti della revoca anche dell'altra, che gli è inscindibilmente legata¹⁰³.

7. Riconoscimento del vizio e riconoscimento del diritto

¹⁰¹ Si veda, ad esempio, Cass., 11 marzo 1976, n. 853, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1879.

¹⁰² Come è a dirsi del caso di dichiarazioni del tipo: “riconosco di essere tuo debitore della somma di € 1.000,00”.

¹⁰³ C. GRANELLI, *Confessione e ricognizione del diritto civile*, cit., pp. 445 – 446.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

L'accostamento del riconoscimento del vizio al riconoscimento del diritto è questione diffusamente e variamente discussa in giurisprudenza¹⁰⁴ ed in dottrina, segnalandosi, al riguardo, come vedremo a breve, soluzioni frammentarie e spesso molto distanti tra loro.

Certamente accade spesso che al riconoscimento del vizio si accompagni, espressamente o tacitamente, il riconoscimento dell'altrui diritto alla garanzia; ma ciò non è necessario per raggiungere lo scopo cui il primo è destinato e cioè esimere la parte dall'onere della tempestiva denuncia.

È perciò quanto mai opportuno tracciare le linee di confine, l'ambito di operatività e l'efficacia di tali atti.

Il riconoscimento del diritto è contemplato dagli artt. 2944 e 2966 c.c., rispettivamente come causa interruttiva della prescrizione e come causa impeditiva della decadenza da diritti disponibili, in alternativa al compimento dell'atto.

Da quanto detto vengono in essere due distinte forme di riconoscimento del diritto, legate da un'affinità solo apparente in quanto differiscono tra loro non solo sotto il profilo effettuale (impedimento ed interruzione), bensì con riguardo alla stessa natura giuridica dei comportamenti in cui si sostanziano.

La denuncia, come sappiamo, costituisce una condizione di esercizio dell'azione di garanzia. L'omessa denuncia, quindi, impedisce di azionare la garanzia. Essa, perciò, impedisce il maturarsi della decadenza. Il riconoscimento, svolgendo una funzione suppletiva della denuncia, avrebbe appunto una funzione impeditiva della decadenza.

Proprio sotto questo profilo la disposizione deve essere posta a confronto con il riconoscimento del diritto (impeditivo).

¹⁰⁴ Ad una assimilazione del riconoscimento dei vizi con il riconoscimento del diritto ex art. 2966 c.c. perviene la giurisprudenza: Cass. civ., 30 maggio 1995 n. 6073, in *Corr. giur.*, 1996, p. 71.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Se costituisce causa impeditiva della decadenza qualsiasi fatto che determina la non necessità dell'assolvimento di un onere, quale quello di denunciare un vizio, in quanto è altrimenti raggiunto lo scopo cui esso è preordinato¹⁰⁵, è stato, altresì, osservato che non basterebbe un riconoscimento generico, in quanto sarebbe necessario il riconoscimento del diritto in concreto. Occorrerebbe, pertanto, che il riconoscimento verta sull'esistenza dei vizi e, quindi, sul fatto costitutivo dell'altrui diritto alla garanzia.

In altri termini, il riconoscimento assolve alla stessa funzione probatoria della *recognitio* di cui all'art. 1988 c.c.. Invero senza la certezza dell'esistenza del diritto, il riconoscimento di questo non vale ad impedire la decadenza.

Tanto non si richiede per il riconoscimento interruttivo, ben potendosi configurare una dichiarazione ricognitiva che, sebbene valga ad interrompere la prescrizione del diritto, non è tuttavia idonea a provarne l'esistenza¹⁰⁶.

Alquanto incerta è la natura giuridica di tale riconoscimento, attesa la molteplicità di forme attraverso le quali esso può manifestarsi. Sembra prevalente l'opinione secondo cui esso sarebbe un atto giuridico non negoziale, atteso che i suoi effetti si producono indipendentemente dalla presenza di un elemento intenzionale nella dichiarazione, la quale ben può essere indirizzata al creditore o a terzi.

Dal raffronto delle due norme emerge immediatamente una similitudine ed una differenza: la prima consiste nella rilevanza che si attribuisce in entrambe le norme al riconoscimento del diritto dalla parte contro la quale il diritto stesso deve essere fatto valere; la seconda si

¹⁰⁵ A. MAGAZZÙ, Voce *Decadenza*, *Diritto civile*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, pp. 231 e ss.

¹⁰⁶ G. PANZA, *Decadenza nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv.*, V, 4^a ed., Torino, 1989, pp. 136 – 137.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

sostanza invece nella diversità di effetti riconducibili al riconoscimento del diritto: impedimento della decadenza in un caso, interruzione della prescrizione nell'altro¹⁰⁷.

A fronte di tali diversità si è tentato di assegnare al riconoscimento del diritto struttura diversa a seconda della dottrina considerata, coinvolgendo il comma 2 dell'art. 1495 c.c.: quest'ultima disposizione altro non sarebbe che espressione dell'art. 2966 dal momento che il riconoscimento del diritto considerato come causa impeditiva della decadenza può acquistare un peculiare grado di specificità e può riguardare anche un fatto e non solo una posizione giuridica.

Ciò si verifica in particolare in tutte le ipotesi in cui si tratta di compiere – a pena di decadenza – una denuncia o, in genere, una dichiarazione della verità di un fatto quale il riconoscimento del vizio¹⁰⁸. Ed anzi ci si è spinti oltre affermando che la decadenza comporti non solo l'onere di esercitare lo stesso diritto che vi è assoggettato ma altresì comporti il compimento di atti diversi dall'esercizio del diritto per cui è sancita la decadenza ossia, appunto, esemplificativamente, la denuncia dei vizi¹⁰⁹. Ne consegue che dopo gli otto giorni la denuncia non ha più effetto ma ciò da cui si decade non è il diritto (o potere) di compiere la denuncia, bensì il diritto alla garanzia.

Pertanto, l'art. 2966 c.c. di fronte a questa categoria di termini di decadenza (in cui cioè la decadenza sarebbe impedita dal compimento di atti diversi dall'esercizio del diritto), assume una particolare fisionomia. È infatti evidente che il riconoscimento generico dei vizi non impedisce la decadenza per omessa denuncia: occorrerà il riconoscimento del diritto in

¹⁰⁷ A. JARACH,, *Riconoscimento del vizio del bene venduto dopo lo scadere del termine ex art. 1495 c.c.*, in *Corriere giur.*, 1996, p. 75.

¹⁰⁸ A. MAGAZZÙ, *Decadenza*, cit., p. 239.

¹⁰⁹ G. PELLIZZI, *In margine al problema della decadenza*, in *Giur. it.*, 1957, IV, p. 38.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

concreto, cioè, in ultima analisi il riconoscimento dell'esistenza dei vizi, ossia il riconoscimento di un fatto e non di un diritto¹¹⁰.

Donde il riconoscimento del vizio eviterebbe la decadenza del compratore e/o del committente per la mancata denuncia così come il riconoscimento del diritto è impeditivo della decadenza in generale¹¹¹. In questo modo si perverrebbe all'ulteriore risultato di differenziare il riconoscimento interruttivo da quello impeditivo proprio per il potenziale duplice contenuto di quest'ultimo; in altri termini il riconoscimento interruttivo avrebbe ad oggetto solo e necessariamente il diritto mentre quello impeditivo avrebbe ad oggetto talvolta anche nell'ipotesi dell'art. 1495, comma 2, e 1667 comma 2, il vizio.

Ad una assimilazione del riconoscimento dei vizi a quello del diritto ex art. 2966 c.c., stante l'asserito effetto impeditivo di entrambi, perviene anche la giurisprudenza allorché afferma che "l'art. 1495, comma 2, c.c. esonera il compratore della denuncia del vizio della cosa venduta allorquando il compratore abbia riconosciuto l'esistenza del vizio. Ciò costituisce un'applicazione del principio generale fissato dall'art. 2966 c.c. e trova giustificazione nel fatto che la finalità di tutelare il venditore da tardive pretese non più facilmente controllabili viene meno ogni qual volta il venditore sia a conoscenza dello stato della cosa venduta"¹¹².

Ma a tali conclusioni non è difficile dissentire laddove si osservi la differente natura del riconoscimento di cui agli artt. 1495 e 1667 e di quello previsto dall'art. 2966 cod. civ.

¹¹⁰ G. PELLIZZI, *In margine al problema della decadenza*, cit., p. 42;

¹¹¹ P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1981, sub art. 1495, p. 284.

¹¹² Così Cass. 21 febbraio 1966, n. 554, in *Giust. civ. Mass.*, 1966; Cass. 8 maggio 1963, n. 1136, *ivi*, 1963; Cass. 27 ottobre 1961, n. 2329, *ivi*, 1961; Cass., 28 ottobre 1958, n. 3514, in *Sinossi giuridica*, 1958, p. 378.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

I primi hanno per oggetto un fatto e si sostanziano quindi in una semplice dichiarazione di scienza in ordine all'esistenza di un vizio¹¹³, mentre il riconoscimento disciplinato dall'art. 2966 ha natura di dichiarazione negoziale perché si concreta nell'affermazione di un rapporto giuridico per cui il relativo atto è riservato esclusivamente alla parte interessata, salva l'esistenza di un mandato speciale.

Alla luce di ciò i due istituti qui esaminati devono essere considerati categoricamente distinti sia sotto il profilo ontologico che teleologico: il riconoscimento del vizio, cioè, non avrebbe una funzione impeditiva della decadenza ma varrebbe esclusivamente ad esimere il compratore dall'onere della denuncia dei vizi.

Deve essere in ultimo osservato a sostegno della differenza tra i due istituti che oggetto del riconoscimento del vizio non è un diritto, ma piuttosto un presupposto di esso – quello alla garanzia – per di più accessorio dell'obbligazione posto a carico del venditore e/o appaltatore derivante dal contratto.

Il legislatore infatti ha conferito l'effetto impeditivo al riconoscimento del diritto, concetto che attiene non più all'atto da compiersi, ma al diritto medesimo soggetto a decadenza. In questo senso viene ridimensionata la portata della norma¹¹⁴.

Resta da vedere se esso impedisce la decadenza in corso di maturazione o anche quella già maturatasi¹¹⁵.

8. Effetti sulla prescrizione e sulla decadenza: il riconoscimento del vizio dopo la scadenza del termine per la denuncia

¹¹³ C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 1306.

¹¹⁴ V. TEDESCHI, *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Varese, 1962, p. 788.

¹¹⁵ Sul punto vedi paragrafo successivo.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

In giurisprudenza è invalsa la tesi secondo cui¹¹⁶ il riconoscimento dei vizi non solo impedisce la decadenza in corso di maturazione, ma altresì sana quella già verificatasi.

Per comprendere il senso di quest'affermazione è necessario fare un passo indietro e verificare cosa gli artt. 1495 e 1667 cod. civ., prevedano in merito ai tempi in cui possa essere riconosciuto un vizio.

Il dato testuale non è dirimente, anche se un'interpretazione letterale suggerirebbe un'applicazione restrittiva: se il riconoscimento esime il compratore/committente dal compimento di un atto che deve essere effettuato entro un certo termine, sarebbe logico sostenere che anche il riconoscimento, per avere gli stessi effetti dell'atto che sostituisce, deve essere compiuto nel medesimo termine.

Diversamente non avrebbe senso il riferimento alla denuncia, che appunto deve essere fatta entro otto o sessanta giorni, secondo che si tratti di vendita o appalto. In quest'ottica, pertanto, il riconoscimento avrebbe esclusivamente un'efficacia impeditiva, come d'altronde la denuncia, che poi è l'atto sostituito.

Dare al riconoscimento efficacia sanante della decadenza già maturatasi significherebbe, quindi, conferirgli un'efficacia diversa da quella propria della denuncia.

Ovviamente tale problema si porrebbe esclusivamente quando il riconoscimento venga effettuato dopo la scadenza del termine per la denuncia.

Tale possibilità sarebbe senz'altro ammissibile ove si accedesse all'ipotesi di un riconoscimento con efficacia che abbiamo definito

¹¹⁶ Vedi da ultimo Cass. 13 giugno 1996, n. 5434, in *Corriere giur.*, con nota di M. MAIENZA, Sugli effetti del riconoscimento del diritto in materia di prescrizione e decadenza; A. JARACH, *Riconoscimento del vizio del bene venduto dopo lo scadere del termine ex art. 1495 c.c.*, *Corriere giur.*, 1996, pp. 72 e ss.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

costitutiva, oppure in una prospettiva di maggiore tutela del compratore/committente.

Allo stesso risultato si giunge mediante l'accostamento sovente effettuato tra riconoscimento del vizio e riconoscimento del diritto: se è vero che al primo si accompagna spesso anche il riconoscimento dell'altrui diritto alla garanzia, è vero pure che ciò non è necessario al fine di esimere la parte dalla tempestiva denuncia.

La legge non precisa, tuttavia, se gli effetti impeditivi del riconoscimento presuppongono o meno che questo intervenga prima dello spirare del termine di decadenza. La questione interpretativa, di rilevante interesse pratico, è stata risolta dalla giurisprudenza nel senso più favorevole al compratore/committente, ritenendosi, come detto in apertura, che il riconoscimento valga a sanare gli effetti della decadenza già verificatasi per l'omessa o tardiva denuncia.

Si ritiene, infatti, che il riconoscimento possa avvenire anche dopo che è spirato il termine di decadenza perché in tal caso deve presumersi che il dichiarante conosceva i vizi già prima della scadenza del termine, e stante ciò il riconoscimento copre anche il periodo anteriore alla scadenza per la cosiddetta efficacia retroattiva dell'accertamento in generale¹¹⁷.

Si tratterebbe però di una presunzione (semplice) di conoscenza del vizio da parte del venditore - appaltatore anteriore alla scadenza di tale termine¹¹⁸, sicché il dichiarante potrebbe sempre essere ammesso alla prova di aver scoperto i vizi solo dopo otto (o sessanta) giorni da quando li ha scoperti il compratore: tale riconoscimento non potrebbe né tenere in vita né far rinascere la garanzia perché può retroagire solo alla data in cui il

¹¹⁷ D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1962, pp. 838 – 839.

¹¹⁸ P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 290.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

venditore (o appaltatore) aveva scoperto il vizio, scoperta avvenuta quando era ormai, decorso il termine per la denuncia, la garanzia era estinta¹¹⁹.

È forse più corretto dire, in armonia con la norma generale dell'art. 2966 c.c., che il riconoscimento sana la decadenza; sicché se il termine della prescrizione non sia ancora decorso, l'azione rimane comunque proponibile¹²⁰.

Tale principio, probabilmente, assolve all'esigenza di pervenire ad una lettura degli artt. 1492 comma 2 e 1667 comma 2 c.c. meno sfavorevole al compratore e/o al committente o, in armonia con i più recenti di politica legislativa e sociale, al consumatore in genere.

Tuttavia, se l'obiettivo di una maggiore tutela del contraente debole è senza dubbio da salvaguardare, è opportuno che la realizzazione di tale traguardo segua percorsi non censurabili sul piano giuridico.

In particolare, per conferire efficacia sanante della decadenza già maturatasi al riconoscimento di cui agli artt. 1495 e 1667 c.c. sono stati individuati dei ragionamenti che si fondano su due distinte tesi.

Da un lato facendo fulcro sull'assimilazione del riconoscimento del vizio al riconoscimento del diritto ex art. 2966 c.c. (di cui il primo ne sarebbe una manifestazione particolare) si giunge ad affermare il valore non solo impeditivo ma anche sanante del riconoscimento ex art. 1495 comma 2 c.c..

A confutare questo assunto basterà osservare che l'art. 2966 c.c. assegna al riconoscimento del diritto esclusivamente efficacia impeditiva della decadenza in corso di maturazione e non anche efficacia sanante della decadenza già verificatasi.

¹¹⁹ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 839.

¹²⁰ R. GIANPIETRAGLIA, nota a Cass. 28 maggio 1988, n. 3656, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 882; in giurisprudenza si veda pure Cass. 23 ottobre 1961, n. 2329, in *Foro it., Rep.*, 1961, voce *Vendita*, nn. 68-69 e Cass. 28 ottobre 1958, n. 3514, *Sinossi Giuridica*, 1958, p. 378.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Piuttosto maggior seguito hanno trovato e trovano tuttora le affermazioni che fanno leva sulla presunzione semplice di conoscenza dei vizi da parte del venditore in epoca anteriore allo spirare del termine per la loro denuncia. Partendo dalla considerazione che l'atto di denuncia¹²¹ è imposto a tutela dell'interesse del venditore e/o appaltatore alla conoscenza dei vizi, si ritiene che il compratore e/o il committente sia esonerato dall'adempimento dell'onore quando si provi che questa conoscenza già

¹²¹ Per completezza è opportuno soffermarsi brevemente sulla denuncia dei vizi, esaminandone la natura e in particolare le finalità. V'è da segnalare al riguardo l'annoso dibattito determinatosi attorno al significato teleologico del termine per la denuncia *de qua*: ossia attorno al problema se le previsioni normative che la impongono debbano considerarsi volte ad attuare il *favor* dell'appaltatore e/o venditore o piuttosto la tutela del compratore. L'orientamento tradizionale (D. RUBINO, *La compravendita, Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da CICU-MESSINEO, Milano, 1971, p. 645 ss.; P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 284; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1988, p. 117; R. TRIOLA, *La denuncia dei vizi nella vendita*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 1) e la prevalente giurisprudenza (Cass. 18 aprile 1975, n. 1470, *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 787; Cass. 13 agosto 1966, n. 2229, in *Giur. civ. Mass.*, 1966; Cass. 17 settembre 1963, n. 2549, *ivi*, 1963; Cass. 23 ottobre 1961, n. 2329, *ivi*, 1961, p. 1041) tendono a privilegiare i primi: la previsione del termine per la denuncia sarebbe finalizzata a realizzare l'interesse del venditore/appaltatore ad una sollecita comunicazione onde permettergli di accertare la natura e l'entità dei vizi denunciati giacché con il passare del tempo diviene sempre più difficile ogni accertamento sull'imputabilità dei vizi. Per la tesi contraria – a sostegno del *favor* del compratore/committente – si sono espressi coloro (C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1972, p. 916; POZZI, *Denuncia dei vizi redibitori: tutela del compratore o del venditore?* in *Giur. it.*, 1976, p. 794; M. DANNUSSO, *Decadenza dalla garanzia per vizi e onere della prova*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 336; C.G. TERRANOVA, *La garanzia per vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989; L. A. RUSSO, *Dell'onere della prova della denuncia dei vizi di cui all'art. 1495*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2367) che muovono dalla struttura e dalla funzione della nozione di onere che si ritiene implicitamente richiamato dal comma 1 dell'art. 1495 e dal comma 2 dell'art. 1667 c.c. secondo cui l'onere consiste in un comportamento libero nel senso che non costituisce oggetto di un obbligo la cui inosservanza determini una sanzione ma è necessitato nel senso che è condizione della realizzazione dell'interesse di colui che vi è gravato (G. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, Napoli, 1971, p. 74) e non incide sulla realizzazione di un'aspettativa altrui e perciò non è fonte di responsabilità verso alcuno (P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1982, p. 267). Da tale considerazione consegue che il diritto alla garanzia per vizi si perfeziona per esclusivo effetto della stipulazione del contratto in cui è previsto senza che l'esercizio o meno dell'onere di denuncia ne condizioni la sua esistenza: l'onere di denuncia tempestiva, quindi, non rappresenta affatto un elemento costitutivo del diritto alla garanzia, ma solo un presupposto processuale in quanto non condiziona sospensivamente la garanzia bensì la condiziona risolutivamente.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

sussiste¹²²; la legge dà rilevanza a soli due indizi da cui risulti tale conoscenza: il riconoscimento espresso e l'occultamento del vizio; ma in realtà la previsione legislativa copre ogni ipotesi in cui sussista la prova della conoscenza¹²³.

In definitiva, se l'onere della denuncia dei vizi (e della relativa decadenza) è funzionalmente diretta verso il *favor venditoris* o verso l'appaltatore, l'adempimento dello stesso non si renderà più necessario nell'ipotesi in cui la tutela del venditore/appaltatore non abbia più ragion d'essere, il che si verificherebbe allorché quest'ultimo conoscesse già il vizio avendolo riconosciuto espressamente o tacitamente.

Pertanto il riconoscimento del vizio è ugualmente efficace ad esimere dalla denuncia anche se compiuto dopo il termine previsto perché deve presumersi (fino a prova contraria) che in tal caso il venditore/appaltatore conoscesse i vizi già prima della scadenza del termine; e questo accertamento è sufficiente, anche se compiuto dopo la scadenza, per la cosiddetta efficacia retroattiva del riconoscimento in generale¹²⁴.

Anche tale impostazione presta il fianco ad alcune critiche.

Ciò che infatti non considera è che ciò che conta non è la conoscenza del difetto ma l'atto mediante il quale essa è manifestata da colui che è tenuto alla garanzia. In altri termini le norme in materia di riconoscimento di vizi attribuiscono rilevanza esclusivamente all'atto con cui si manifesta la conoscenza dei difetti ma non anche la conoscenza in sé considerata.

Si dovrebbe concludere, pertanto, che la necessità della denuncia è esclusa solo dalla manifestazione di conoscenza e non dalla semplice conoscenza, a meno che il riconoscimento del vizio tardivo non contenga implicitamente o espressamente una dichiarazione negoziale del suo autore

¹²² A. JARACH, *Riconoscimento del vizio del bene venduto dopo lo scadere del termine ex art. 1495 c.c.*, cit., p. 77.

¹²³ G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 112.

¹²⁴ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 647-648.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

di rinunciare ad avvalersi dell'intervenuta decadenza o di assumere una nuova obbligazione avente ad oggetto l'eliminazione dei vizi riscontrati¹²⁵.

Entrambe le tesi su esposte non hanno convinto quella parte della dottrina¹²⁶ che respinge sia l'argomento presuntivo sia il richiamo all'art. 2966 c.c..

Gli artt. 1495 e 1667 stabiliscono, come diffusamente visto, che la denuncia non è necessaria se il venditore/appaltatore ha riconosciuto l'esistenza di vizi. Ciò significa che la denuncia può essere omessa quando v'è la prova di un atto equipollente che la rende inutile, rilevando l'avvenuta presa di conoscenza del vizio dalla parte tenuta alla garanzia.

Ma l'esonero dalla denuncia non equivale a superamento della decadenza quando il riconoscimento sia tardivo, ché se così fosse si attribuirebbe ad esso un rilievo maggiore di quello che di regola ha il ben più serio riconoscimento del diritto. Il quale ha, a norma dell'art. 2966, effetto impeditivo della decadenza in corso di maturazione¹²⁷.

Il richiamo all'art. 2966 appare quindi, sotto questo profilo, incongruo, anche perché se la *ratio* delle disposizioni in esame è quella di consentire al venditore/appaltatore un rapido accertamento dello stato della cosa, è evidente che il surrogato del riconoscimento tardivo del vizio non risponderebbe alle esigenze di tutela alle quali è funzionalmente preordinato.

Per altro verso va ricordato che anche il riconoscimento del diritto altrui spiega, a norma dell'art. 2944, efficacia interruttiva della prescrizione in corso, non certo di quella ormai maturata.

¹²⁵ A. JARACH, *Riconoscimento del vizio del bene venduto dopo lo scadere del termine ex art. 1495 c.c., cit.*, pp. 77-78.

¹²⁶ F. LAPERTOSA, *La garanzia per vizi nella vendita e nell'appalto, cit.*, p. 59.

¹²⁷ C. GRANELLI, nota a Cass. 25 luglio 1984, n. 4347, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 3532.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

In definitiva, se in linea generale il riconoscimento del diritto ha efficacia interruttiva della prescrizione e impeditiva della decadenza che siano ancora in corso, è difficile immaginare che il semplice riconoscimento del vizio da parte del venditore/appaltatore possa intervenire successivamente con effetti sananti. Ciò potrebbe ammettersi solo ritenendo che in una norma destinata essenzialmente a proteggere l'interesse del venditore si sia voluto invece privilegiare il compratore con vistosa deroga dei principi generali¹²⁸.

Deve essere segnalata, inoltre, un'ulteriore impostazione teorica che si fonda sostanzialmente sull'accostamento tra riconoscimento del diritto e rinuncia tacita alla prescrizione o alla decadenza.

Come, infatti, in generale il riconoscimento dell'altrui diritto effettuato dopo il maturare del periodo prescrizione vale come rinuncia tacita alla prescrizione stessa (art. 2937 n. 3), così il riconoscimento del vizio, secondo una valutazione in concreto, può rilevare come rinuncia negoziale (stragiudiziale) alla decadenza in tema di diritti disponibili, trattandosi di atto incompatibile con la volontà di avvalersi della decadenza: non avrebbe senso, infatti, riconoscere il vizio se il venditore/appaltatore abbia intenzione far valere la decadenza dalla garanzia per omessa denuncia tempestiva.

Una tale conclusione ancorché estranea alla disciplina generale della decadenza (che non contempla una norma parallela all'art. 2937) è anzi con questa perfettamente compatibile.

Infatti, a differenza della prescrizione che, essendo istituto di ordine pubblico, non è rinunciabile preventivamente, la decadenza, quando si verte in materia di diritti disponibili, è rinunciabile preventivamente (arg. *a contrario* dall'art. 1968) ed è impedita dal riconoscimento, che invece nella prescrizione ha mera efficacia interruttiva. Ora, se la decadenza è

¹²⁸ F. LAPERTOSA, *La garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto*, cit., p. 60.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

rinunciabile preventivamente, *a fortiori* lo è successivamente, purché sia desumibile da atti in equivoci.

Il riconoscimento del vizio successivo al maturare della decadenza è di regola incompatibile con la volontà di avvalersi dell'eccezione di decadenza e vale quindi come rinuncia successiva alla decadenza stessa.

Il riconoscimento tardivo del diritto, in analogia con l'art. 2966, ha invece carattere impeditivo, sussistendo la medesima ratio del riconoscimento tempestivo¹²⁹.

Occorre ricordare ancora che gli artt. 2944 e 2966 c.c. parlano rispettivamente di interruzione della prescrizione e di impedimento della decadenza nel caso di riconoscimento del diritto da parte del soggetto contro cui il diritto stesso si dovrebbe far valere, evidenziando così la volontà del legislatore di eliminare – temporalmente nel caso della prescrizione, il cui termine ricomincia a decorrere, e definitivamente per la decadenza – il rigoroso effetto sostanziale dell'estinzione del diritto derivante dal consolidarsi di uno dei due istituti: e ciò in considerazione del fatto che la funzione riconosciuta agli stessi di limitare temporalmente l'incertezza delle situazioni giuridiche viene meno di fronte ad una manifestazione o ad un comportamento dell'obbligato che, ribadendo l'esistenza del diritto altrui, esclude sostanzialmente qualsiasi dubbio sulla configurazione dello stesso.

In conclusione si potrebbe riassumere nel modo che segue:

- a) riconoscimento del vizio:
 - se è tempestivo, esonera dall'onere della denuncia e impedisce la decadenza dalla garanzia, mentre non ha efficacia interruttiva della prescrizione;
 - se è tardivo, può avere in concreto il significato di una rinuncia tacita stragiudiziale alla decadenza e alla prescrizione ormai maturate;
- b) il riconoscimento del diritto alla garanzia:

¹²⁹ F. LAPERTOSA, *La garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto*, cit., p. 60.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

- se è tempestivo, impedisce la decadenza e interrompe la prescrizione (riconoscimento impeditivo nel primo caso e interruttivo nel secondo);
- se è tardivo ha il valore di rinuncia alla decadenza ex art. 2966 e alla prescrizione ex art. 2937 comma 2¹³⁰.

Ma l'accostamento tra riconoscimento del diritto e rinuncia tacita alla prescrizione o alla decadenza, necessita alcune cautele di ordine sistematico.

Deve ovviamente rammentarsi che trattasi di istituti non sempre coincidenti: in particolare si rammenta che l'art. 2937, comma 2, c.c., non consente la preventiva rinuncia alla prescrizione non ancora compiuta e che, pertanto, in tale caso il riconoscimento del diritto da parte di chi si ritiene evidentemente ancora obbligato non può avere altro effetto che di un atto interruttivo della prescrizione a norma dell'art. 2944 c.c.¹³¹.

Sarebbe opportuno distinguere allora gli effetti del mero riconoscimento del vizio dagli effetti del riconoscimento del diritto: la stessa giurisprudenza ormai consolidata¹³² al riguardo sostiene che il primo da solo non è idoneo ad interrompere il termine di prescrizione; affinché ciò accada è necessario che sia riconosciuto anche il diritto del compratore/committente alla garanzia.

È emblematico, in caso di vendita, il testo dell'art. 1495 cod. civ., ed in particolare la posizione della disposizione che esclude la decadenza in caso di riconoscimento del vizio e che è appunto collocata dopo la regola generale della decadenza (come eccezione alla stessa) e prima della

¹³⁰ F. LAPERTOSA, *La garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto*, cit., p. 60.

¹³¹ M. MAIENZA, *Sugli effetti del riconoscimento del diritto in materia di prescrizione e decadenza*, *Corr. giur.*, 1996, 12, p. 1381.

¹³² Cass., 13 giugno 1996, n. 5434, in *Contr.*, 1996, p. 618; Cass., 25 marzo 1988, n. 2586, in *Giur. it., Mass.*, 1988; Cass., 8 settembre 1986, n. 5460, in *Arch. civ.*, 1986, p. 946; Cass. 2 ottobre 1980, n. 5354, in *Giur. it., Mass.*, 1980; Cass., 25 giugno 1980, n. 3991, in *Giur. it., Mass.*, 1980.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

previsione del termine prescrizione; inoltre il comma 3 della stessa norma contiene all'inizio un inciso – “*in ogni caso*” – cui non sembrerebbe possibile attribuirsi altro significato se non quello di evidenziare come l'eccezione stabilita nel comma precedente non sia estendibile alla prescrizione quale circostanza interruttiva¹³³.

Va poi segnalata la mancanza di una esplicita disposizione che introduca un'ipotesi ulteriore rispetto a quelle disciplinate degli artt. 2943 e 2944 c.c., dovendosi senz'altro escludere qualsiasi interpretazione estensiva (che oltretutto farebbe riferimento ad una norma riguardante espressamente un'ipotesi di decadenza).

Va infine constatato che la presa d'atto dell'esistenza di un vizio è concettualmente qualcosa di molto diverso e lontano dall'ammissione di una responsabilità al riguardo, anche solo considerando che la prima ha contenuto oggettivo e potrebbe risolversi nella semplice constatazione di uno stato di fatto, mentre la seconda implica una precisa valutazione di natura soggettiva: è ben vero che nella maggior parte dei casi il nesso tra vizio e responsabilità del venditore/appaltatore appare scontato, ma il solo fatto che sono possibili ipotesi in cui tale nesso è escluso non consentirebbe di estendere in assoluto il principio anche alla prescrizione e, quindi, non lascerebbe altra alternativa alla necessità di uno specifico riconoscimento del diritto di garanzia spettante al compratore/committente.

Per concludere sull'accostamento tra riconoscimento del vizio e riconoscimento del diritto, va effettuata un'ultima considerazione di carattere causale. La giustificazione sul piano causale della denuncia del vizio va individuata nella volontà del compratore (o del committente) di far valere la garanzia di cui assume essere titolare. È un onere il cui assolvimento condiziona il regolare esercizio dell'azione edilizia. Se,

¹³³ M. MAIENZA, *Sugli effetti del riconoscimento del diritto in materia di prescrizione e decadenza*, cit., p. 1384.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

quindi, il riconoscimento del vizio va considerato un succedaneo della denuncia deve dirsi che esso del pari alla denuncia consente l'esercizio della garanzia. Sul piano degli effetti, quindi, denuncia e riconoscimento sono perfettamente sovrapponibili.

Vediamo se le conclusioni sono le medesime anche sul piano causale. Se il riconoscimento, come quindi la denuncia, è strumentale all'esercizio dell'azione, può dedursi che a suo fondamento vi sia la volontà del soggetto non di esonerare dalla denuncia ma di riconoscergli un diritto, appunto quello di garanzia.

Il riconoscimento, in altre parole, rimuove l'ostacolo – la mancata denuncia – che impedisce l'esercizio dell'azione. Se quindi sul piano causale la denuncia presuppone la titolarità del diritto, così il riconoscimento del vizio presuppone il riconoscimento dell'altrui diritto.

In questa diversa prospettiva, l'esonero dalla denuncia non costituisce la causa del riconoscimento, ma piuttosto un effetto legale dell'atto, senz'altro sottratto alla disponibilità delle parti. Il riconoscimento, perciò, consentirebbe l'esercizio dell'azione edilizia anche in mancanza della denuncia.

Resta a questo punto un ultimo interrogativo. Ma se il diritto di garanzia è prescritto, quali sono le conseguenze di un riconoscimento effettuato dopo che il diritto di garanzia sia prescritto? Riprendendo quanto asserito nelle pagine precedenti, la soluzione diviene agevole, in quanto esso varrebbe come rinuncia alla prescrizione.

9. Vizi riconosciuti per errore, vizi palesi, vizi inesistenti

Nelle pagine che precedono ci si è soffermati lungamente sui possibili effetti di un riconoscimento avente ad oggetto i cosiddetti vizi lievi, ipotizzando per essi un riconoscimento con effetti costitutivi o modificativi della garanzia.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Occorre a questo punto domandarsi se il medesimo schema logico possa essere applicato ai vizi palesi, a quelli riconosciuti per errore perché non imputabili al venditore o all'appaltatore e a quelli addirittura inesistenti.

Per quanto riguarda il primo dei problemi anzi sollevati, esso è evidentemente di pronta soluzione in quanto per l'appalto lo stesso art. 1667 prevede che la garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera.

Ad una più attenta riflessione, però, potrebbe porsi il caso in cui oggetto del riconoscimento compiuto dall'appaltatore dopo la consegna dell'opera sia proprio un vizio palese e/o riconoscibile¹³⁴.

A questo punto, quale significato e, soprattutto quale efficacia attribuire a tale atto?

Occorre verificare, cioè, se è comunque possibile applicare i principi che sono stati appena riportati al riguardo oppure no. Il problema in tal caso non è di pronta soluzione perché si aprono due possibili soluzioni tra loro lontanissime.

Come abbiamo avuto modo di verificare nel corso del presente studio, il riconoscimento del vizio è atto non negoziale, dai più ritenuto riconducibile alla ricognizione di debito, da cui discenderebbe l'esonero dall'onere della denuncia e la sanatoria della decadenza dalla garanzia già maturatasi.

Se tali conclusioni fossero valide anche per il riconoscimento del vizio palese e/o riconoscibile, dovremmo concludere sull'inutilità della

¹³⁴ In dottrina si discute sul concetto di riconoscibilità. Alla teoria secondo la quale la riconoscibilità va valutata in relazione alla perizia media che nella materia può e deve avere un tecnico, gravando così il committente che non sia egli stesso un tecnico dell'onere dell'onere di impiegarne uno (così vedi per tutti M. STOLFI, *Appalto-transporto*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da GROSSO E SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961, p. 56, nota 73), si contrappone l'altra, per la quale la riconoscibilità va stabilita avuto riguardo alla diligenza media del committente, cioè alla diligenza del *bonus pater familias*; per cui, se il committente è un profano rispetto all'arte dell'appaltatore, occorre aver riguardo al grado di cognizioni che concretamente egli possiede (così D. RUBINO, *L'appalto*, *Trattato di dir. civ.*, diretto da Vassalli, IV^a ed., Torino, 1980, pp. 486-487; A. GIANNATTASIO, *L'appalto*, *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, II^a ed., Milano, 1977, pp. 197-198).

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

distinzione tra vizi palesi e vizi non riconoscibili. Tale lettura, però, contraddirebbe il dettato dello stesso art. 1667 c.c. che da un lato – al primo comma – elimina la garanzia di fronte ai vizi palesi e dall’altro – al secondo comma – esonera dalla denuncia del vizi in caso di riconoscimento di essi da parte dell’appaltatore.

Alla luce di tale disposizione, quali sono i vizi che possono formare oggetto di riconoscimento dell’appaltatore? Se la garanzia non opera per i difetti palesi e/o riconoscibili, non sussiste neanche l’onere della loro denuncia: di conseguenza il riconoscimento compiuto dall’appaltatore non potrebbe che riguardare vizi non evidenti; che senso avrebbe, infatti, riconoscere vizi per cui non opera la garanzia?

Il problema, pertanto, è di ordine sistematico: se il riconoscimento del vizio è ricognizione di debito, qual è la sorte di tale atto se il debito riconosciuto – *rectius* la garanzia – non esiste? In giurisprudenza¹³⁵ è stato affermato il principio secondo cui il riconoscimento del debito non spiega effetti se chi lo ha compiuto dimostra, come è suo onere, l’insussistenza del rapporto fondamentale.

Ciò solo potrebbe bastare a chiudere la discussione, ma v’è di più. Si pone, infatti, un’ulteriore prospettiva di analisi. Potrebbe il riconoscimento del vizio palese sanare la decadenza dal diritto di garanzia in cui il committente è incorso per effetto dell’accettazione dell’opera e vanificare perciò gli effetti della consegna?

Alla stregua delle considerazioni che precedono risulta assai agevole escludere l’efficacia di tale dichiarazione, ma esse necessitano di ulteriori approfondimenti.

¹³⁵ Cass., 20 febbraio 1997, n. 1561, in *Giur. it., Mass*, 1997.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Occorre analizzare, perciò, anche l'eventualità contraria, se cioè è possibile considerare l'appaltatore vincolato ad una dichiarazione di tal contenuto, in cui cioè riconosca vizi palesi.

Partendo dal presupposto secondo cui di fronte a vizi palesi non c'è garanzia, né tanto meno l'obbligo di eliminarli, al riconoscimento suddetto non possono essere collegati alcuno degli effetti su menzionati, a meno di non considerarlo un'autonoma fonte di obbligazione. Quali sarebbero però gli obblighi derivanti da tale dichiarazione? Avrebbe senso riconoscere una qualche efficacia al tale atto solo se comportasse anche la riviviscenza della garanzia.

Ci troveremmo in tal modo di fronte ad una obbligazione nuova di cui, comunque, va approfondito il legame causale con l'obbligazione originaria di esecuzione dell'opera, legata al riconoscimento ma da esso certamente separata.

Al problema qui posto potrebbe fornirsi una chiave di lettura tutta orientata a tutela del committente/consumatore o, altrimenti, della parte contrattualmente debole. Argomentando a contrario, infatti, potrebbe sostenersi che se l'appaltatore riconosce un vizio palese non lo fa di certo per rendere semplicemente una dichiarazione inutile, ma solo perché evidentemente intende rimuovere i vizi, ispirato magari dalla volontà di rendere un servizio migliore al proprio cliente.

In tal modo si giungerebbe alla conclusione di considerare il dichiarante vincolato all'eliminazione pur in mancanza della previsione dello specifico obbligo.

Alle medesime conclusioni potrebbe giungersi considerando il riconoscimento dei vizi palesi alla stregua della rinuncia alla decadenza già maturatasi: l'appaltatore, in altre parole, rinunciarebbe tacitamente a far valere il fatto impeditivo al sorgere della propria responsabilità.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Ma anche tale impostazione impone precise cautele di carattere generale. Se, infatti, come già diffusamente spiegato, il riconoscimento dei vizi non è atto negoziale ma solo riconoscimento di un fatto – che nel caso di difetti palesi si riferisce a vizi già di per sé conosciuti o conoscibili – come può essere considerato un'autonoma fonte di obbligazioni?

La soluzione di tale quesito comporterebbe l'addentrarsi nel delicatissimo ambito delle fonti delle obbligazioni ed in particolare la verifica dell'idoneità della ricognizione di debito a costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici.

Nonostante la complessità del problema, sembra lecito considerare decisivo il rilievo che gli atti previsti dall'art. 1988 c.c., in quanto tali, non modificano le posizioni giuridiche sostanziali delle parti e producono esclusivamente gli effetti predeterminati dalla legge non risultando idonei, pertanto, a costituire nuove obbligazioni come quella di rimuovere i vizi riconosciuti¹³⁶.

Concepire, allora, come già ipotizzato, un riconoscimento con efficacia costitutiva consentirebbe alle parti di incidere liberamente sull'operatività della garanzia, facendo rivivere la garanzia altrimenti perduta.

Resta da verificare, infine, se tali argomentazioni possono estendersi ai vizi inesistenti o riconosciuti per errore. Il problema non è di facile soluzione, perché dipende dalla funzione che viene assegnata al riconoscimento che, come detto, può avere diversa efficacia a seconda del contesto casale in cui viene reso.

La tesi negativa si fonderebbe sulla considerazione per cui non può essere riconosciuto ciò che non esiste, per cui venendo meno il presupposto del riconoscimento ne verrebbe meno anche la sua validità.

¹³⁶ Si veda Cass., 14 novembre 1978, n. 5229, in *CED Cassazione* 1978 e Cass., 8 luglio 1983, n. 4618, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1792.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

D'altro canto, però, non si può neanche negare che la funzione di accertamento o quella di prevenzione della lite assorbano il rilievo suddetto. Come si vedrà nelle pagine che seguano, infatti, l'errore diviene irrilevante a fronte della necessità delle parti di evitare la lite.

10. La revoca del riconoscimento

Il problema della revocabilità del riconoscimento va rapportato necessariamente alla sua natura giuridica, registrandosi conclusioni diverse secondo che se ne ammetta la natura unilaterale o contrattuale.

In generale il nostro ordinamento ammette la revoca degli atti unilaterali. Il principio è sancito dall'art. 1328 cod. civ. sia pur con delle limitazioni. Un'ulteriore ipotesi è prevista dall'art. 2732 cod. civ. in tema di confessione.

Se si restasse ancorati ad una concezione del riconoscimento quale dichiarazione di verità di un fatto, se ne dovrebbe escludere per ciò stesso la revocabilità in quanto non sarebbe ontologicamente configurabile un potere di disposizione sul fatto¹³⁷.

Va comunque considerata anche una ulteriore prospettiva, consistente in una diversa lettura dell'art. 2732 cod. civ..

Il termine revoca non indicherebbe l'atto di disposizione mediante il quale il soggetto, che ha posto in essere un atto, ne elimina gli effetti, ripristinando la situazione giuridica qual era al momento in cui l'atto fu compiuto, come se questo non avesse mai avuto luogo¹³⁸, ma un atto diverso: l'atto, con cui si eliminano gli effetti di una partecipazione di

¹³⁷ V. PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, cit., 33.

¹³⁸ SALV. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 52 ss.; R. RESTA, *Revoca degli atti giuridici*, in *Nuovo Dig. it.*, XI, Torino, 1939, p. 540; M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, p. 19 ss.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

scienza, sarebbe, in realtà, una nuova dichiarazione di scienza, che si contrappone alla precedente.

Si tratterebbe, in altre parole, di una rettifica di una dichiarazione non vera, fondata su un'erronea rappresentazione della realtà¹³⁹.

Il ricorso all'istituto dell'errore potrebbe essere risolutivo anche nell'ipotesi in cui si acceda alla natura contrattuale del riconoscimento.

Non essendo, infatti, possibile per la parte incidere unilateralmente sull'efficacia del contratto¹⁴⁰, ricorrendone i presupposti di essenzialità e rilevanza il negozio di riconoscimento potrebbe essere annullato.

Torniamo, quindi, al negozio con cui il venditore riconosce il vizio e per evitare la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, si obbliga all'eliminazione del vizio.

Quali le conseguenze qualora l'atto presupposto – il riconoscimento del vizio appunto – fosse inficiato da errore ricadente proprio sull'esistenza del vizio?

Una prima risposta potrebbe arrivare, come sopra riferito, proprio dall'applicazione dell'art. 1429 cod. civ., considerando il negozio annullabile ove l'errore debba considerarsi essenziale¹⁴¹. Una soluzione del genere, però, sembra trascurare che la causa giustificatrice del riconoscimento è proprio la lite, che assorbe ed offusca la realtà della situazione preesistente.

L'obbligo eliminatorio assunto dal venditore, infatti, prescinde dall'accertamento dell'esistenza del vizio, ma si fonda esclusivamente sulla convenienza di evitare una possibile lite. In altre parole la ragione

¹³⁹ L'istituto della rettifica, mutuato dalla dottrina tedesca (A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1907, p. 524) è stato ripreso in Italia da SALV. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, cit., p. 52 e p. 311, e da V. PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, cit., p. 34 ss.

¹⁴⁰ Salva, ovviamente, l'ipotesi del recesso.

¹⁴¹ Si veda E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, XXXVII, 2, 2^a ed., Milano, 1986, pp. 379 – 391.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

giustificatrice dell'accordo non è rappresentata dall'accertamento del vizio, ma dalla prevenzione della lite. Sotto questo aspetto, pertanto, a nulla rileverà l'eventuale errore nel riconoscere il vizio che ci si è impegnati ad eliminare.

Vediamo, infine, se la regola dell'impugnativa suddetta possa trovare applicazione quando il riconoscimento del vizio trova la sua ragione giustificatrice nell'accertamento del vizio stesso e non già solo nella prevenzione della lite.

In proposito bisogna distinguere il caso in cui la divergenza tra quanto accertato ed il dato effettivo sia consapevole o meno. Se, infatti, le parti sono consapevoli dell'inesistenza del vizio, evidentemente siamo fuori dal riconoscimento in senso stretto ed in quanto negozio avente efficacia costitutiva, ne dovrà essere esclusa la possibilità di impugnativa. Le parti, infatti, vogliono quegli effetti che derivano dal riconoscimento, proprio nella consapevolezza dell'inesistenza del vizio.

Anche laddove l'errore sia incolpevole la conclusione non può essere diverso tenore. La funzione di accertamento, infatti, diverrebbe inutile se si potesse mediante l'impugnativa per errore far valere le difformità della situazione accertata.

11. Effetti processuali del riconoscimento

Il riconoscimento produce effetti in giudizio sia sul piano probatorio che decisorio. Le ipotesi ricostruttive che possono prospettarsi sono essenzialmente due: può accedere, infatti, che a seguito del riconoscimento dei vizi, l'obbligato rifiuti o ometta di eliminarli o si opponga alle pretese redibitorie; oppure che il venditore o il committente, riconosca nel corso del giudizio l'esistenza dei vizi.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

In entrambi i casi esso costituisce un vincolo formalmente obbligatorio per il giudice. L'accertamento contenuto nel riconoscimento, infatti, in quanto avente ad oggetto fatti sfavorevoli al dichiarante, avrà efficacia di piena prova sull'esistenza dei difetti riconosciuti.

Il riconoscimento effettuato nel corso del processo, nella comparsa di risposta o nel corso di interrogatorio formale, sul piano probatorio conduce alle medesime conclusioni, ma si può riverberare anche sul piano decisorio.

Se infatti il processo ha per oggetto l'accertamento dell'esistenza di vizi, il loro riconoscimento comporta la cessazione della materia del contendere.

Qualche considerazione ulteriore merita il riconoscimento contenuto nella comparsa di risposta. Al riguardo, infatti, va rilevato che le ammissioni contenute nella comparsa di risposta - così come in uno degli atti processuali di parte indicati dall'art. 125 cod. proc. civ. - siccome facenti parte del processo, per assumere anche il carattere proprio della confessione giudiziale spontanea, alla stregua di quanto previsto dagli artt. 228 e 229 cod. proc. civ., è necessario che la comparsa, affinché possa produrre tale efficacia probatoria, sia stata sottoscritta dalla parte personalmente, con modalità tali che rivelino inequivocabilmente la consapevolezza delle specifiche dichiarazioni dei fatti sfavorevoli contenute nell'atto.

Conseguentemente, si rivela inidonea a tale scopo la mera sottoscrizione della procura scritta a margine o in calce che, anche quando riportata nel medesimo foglio in cui è inserita la dichiarazione ammissiva, costituisce atto giuridicamente distinto, benché collegato¹⁴².

Fa eccezione, ovviamente, il caso in cui il difensore sia munito di un apposito mandato in tal senso, che si aggiunge alla procura alle liti.

¹⁴² Cass., 6 dicembre 2005, n. 26686, in *Giur. it., Mass.*, 2005; Cass., 4 marzo 2005, n. 4744, in *Guida al Diritto*, 2005, 16, p. 66; Cass., 15 marzo 1994, n. 2465, in *Giur. it., Mass.*, 1994; Cass., 22 aprile 1986, n. 2816, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2835.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

In ogni caso le dichiarazioni in questione, pur se non sottoscritte dalla parte, possono fornire elementi indiziari su fatti favorevoli all'attore suscettibili di concorrere alla formazione del convincimento del giudice di merito¹⁴³.

Per completezza di indagine, anche per l'autorevolezza di chi l'ha sostenuto, va comunque osservato che sull'efficacia processuale del riconoscimento potrebbe essere fortemente ridimensionata nei casi in cui oggetto del riconoscimento siano vizi facilmente scopribili o non gravi, per i quali non vi sarebbe alcun diritto di garanzia.

Non potendosi riconoscere un diritto che non esiste, il venditore potrebbe opporre quest'eccezione anche se avesse riconosciuto il vizio¹⁴⁴.

12. Il riconoscimento dei vizi nelle altre fattispecie negoziali

Per completezza di indagine resta da verificare, in assenza di riferimenti normativi, se sia ipotizzabile e quale sia l'effetto del riconoscimento dei vizi riferito a fattispecie negoziali diverse da appalto e vendita.

Si è visto nel corso del precedente capitolo come in tali casi la disciplina dei vizi, ad eccezione della locazione, sia piuttosto una regola di responsabilità per danni derivati dai vizi, che una tutela dai vizi in sé considerati.

Nella locazione, la cui disciplina dei vizi è ricavata sulla falsa riga di quella della vendita, non è previsto un preventivo onere di denuncia: sotto questo profilo, pertanto non sembrerebbe esservi spazio per un riconoscimento inteso come sostitutivo della denuncia.

¹⁴³ Cass., 17 maggio 1995, n. 5412, in *Giur. it., Mass.*, 1995.

¹⁴⁴ D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1962, p. 838.

- Capitolo Secondo -

Riconoscimento e funzione ricognitiva

Bisogna però chiedersi se sia ipotizzabile un riconoscimento con effetti costitutivi, come fonte di obbligazione dell'obbligo eliminatorio del vizio, anche alla luce della previsione legislativa degli artt. 1575 e 1576 cod. civ.

Come si sa, nella nozione di vizi di cui all'art. 1578, non rientrano i guasti attinenti allo stato di conservazione e manutenzione della cosa, e pertanto il conduttore non può ottenerne *ex lege* l'eliminazione.

Ma l'eliminazione del vizio può costituire l'unica possibilità per il locatore di evitare la risoluzione del contratto o la riduzione del canone. Riportandoci a quanto già asserito in merito all'efficacia del riconoscimento nelle pagine precedenti, pur senza anticipare quanto deve ancora essere trattato, il riconoscimento può costituire un atto idoneo ad impegnare il locatore alla rimozione dei vizi e consentire al conduttore il godimento della cosa secondo l'uso pattuito.

Nella donazione, in cui è naturalmente mancante la garanzia per vizi, il donante può assumersela pattiziamente, sia attraverso una dichiarazione espressa, sia per mezzo di fatti concludenti. Si tratta di verificare se il riconoscimento può essere considerato atto a ciò idoneo.

Ancora una volta non ci si può esimere dall'esame causale dell'eventuale riconoscimento. Al riguardo, infatti, non sembrano sussistere ragioni per escludere nella fattispecie *de qua* l'applicazione delle argomentazioni su spese in tema di riconoscimento di vizi irrilevanti, cioè in assenza di garanzia. Riconoscere il vizio, infatti, certamente non integra gli estremi di un comportamento contrario alla concessione della garanzia.

Nel comodato, così come nel mutuo gratuito, in cui è sanzionato il dovere di avviso, il riconoscimento dei vizi può assumere rilevanza come succedaneo del dovere di avviso e quindi elusiva della responsabilità del comodante e/ del mutuante. Ovviamente in tal caso il riconoscimento dovrà essere antecedente al fatto lesivo.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Di particolare interesse, invece, è la disposizione dell'art. 1906 cod. civ. in tema di assicurazione. Essa, infatti, subordina l'operatività della polizza alla preventiva denuncia del vizio. Ci si deve chiedere, quindi, se sia ipotizzabile un'applicazione analogica della regola prevista per la vendita e per l'appalto circa l'efficacia del riconoscimento.

Si è visto come l'obbligo di denuncia sia necessario per i soli vizi occulti, e non per quelli che l'assicuratore sia in grado di valutare anche senza denuncia o di cui l'assicuratore abbia avuto *aliunde* conoscenza; sotto questo profilo, pertanto, il riconoscimento da parte dell'assicuratore dell'esistenza del vizio, inteso quale atto ricognitivo, può essere certamente sostitutivo della denuncia.

13. Riconoscimento dei vizi nella contrattazione preliminare.

In quest'ambito il riconoscimento ci permette di comprenderne la sua varietà causale e la difficoltà di ricondurlo ad una logica unitaria. Nell'analisi della dichiarazione del promittente venditore che riconosce l'esistenza dei vizi si possono individuare, infatti, diverse soluzioni interpretative.

Da un lato potrebbe costituire una causa di esclusione della garanzia in quanto, ai sensi dell'art. 1491 cod. civ., i vizi diventano conosciuti al compratore momento della vendita.

Dall'altro, però, analizzando il riconoscimento nel contesto negoziale, esso può assumere un'altra connotazione causale, in quanto può diventare ragione giustificatrice di una riduzione del prezzo ovvero di un futuro obbligo eliminatorio.

Vero è che in tal caso il riconoscimento assurgerebbe ad una funzione profondamente diversa da quella prevista dall'art. 1495 o 1667 cod. civ. in quanto non attiverebbe il sistema della garanzia.

- Capitolo Secondo -
Riconoscimento e funzione ricognitiva

Se, infatti, serve solo a trasferire sul compratore il rischio del difetto, esso vale ad escludere la garanzia; se, invece, comporta una riduzione del prezzo, incide unicamente sulla determinazione convenzionale del valore del bene; se, infine, è atto presupposto per l'assunzione del futuro obbligo eliminatorio, ugualmente siamo al di fuori delle garanzie.

CAPITOLO TERZO

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

1. Premessa – 2. Riconoscimento tra obblighi di eliminazione dei vizi, modificazione della garanzia e novazione – 3. L'obbligo di eliminare i vizi e l'obbligazione di garanzia – 4. Il problema dei vizi non riconosciuti – 5. L'obbligo di eliminare i vizi tra novazione e *datio in solutum* – 6. L'impegno di eliminazione dei vizi e ricognizione del debito.

1. Premessa

Nelle pagine che precedono abbiamo cercato di vedere come al riconoscimento dei vizi possa essere attribuita una natura diversa, secondo che venga considerato come mera dichiarazione di scienza, come uno strumento per ampliare la garanzia che spetta al compratore o al committente, o lo strumento per creare un obbligo nuovo sganciato dal contratto e dalla garanzia.

Tale obbligo nuovo può essere identificato proprio dall'impegno di eliminare i vizi. Sul modo di intendere tale novità si registra un annoso contrasto tra dottrina e giurisprudenza, in particolare tra posizioni che ravvisano in essa un carattere novativo e posizioni che lo confutano.

Può accadere, infatti, che al riconoscimento dei vizi possa essere accompagnata l'ulteriore dichiarazione dell'appaltatore o del venditore di impegnarsi all'eliminazione dei vizi. Si tratta, allora, di analizzare il valore di quest'ultima dichiarazione, i suoi rapporti con il riconoscimento dei vizi e con l'originale obbligazione di garanzia.

Bisogna perciò chiedersi innanzitutto se dal riconoscimento discende l'obbligo di eliminare i vizi.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

2. Riconoscimento dei vizi tra obblighi di eliminazione, modificazione della garanzia e novazione.

Come affrontato nelle pagine precedenti, è proprio sul piano degli effetti del riconoscimento che non si riesce ad individuare un'univoca chiave di lettura.

Una possibile soluzione potrebbe essere individuata proprio nell'esame dell'unico effetto certo di tale atto, l'inutilità della denuncia.

Spostata l'attenzione dal piano causale a quello degli effetti, si aprono diverse prospettive di esame.

Rimosso l'ostacolo che impedisce l'esercizio dell'azione di garanzia, vale a dire la mancata denuncia, si dovrebbe rendere nuovamente esperibile la relativa azione. E ove essa risultasse prescritta, il riconoscimento equivarrebbe a rinuncia ad avvalersi della prescrizione già maturata. Tutto ciò sul presupposto che la garanzia per vizi esista o sia esistita.

Per i difetti non rientranti nella tutela, per i quali perciò non è previsto alcun onere di denuncia, si è ipotizzato un riconoscimento con efficacia costitutivo/modificativa della garanzia stessa.

In estrema sintesi questo è quanto siamo giunti ad affermare nelle pagine che precedono.

La riviviscenza della garanzia, pertanto, potrebbe essere intesa come un ulteriore effetto del riconoscimento dei vizi. Il compratore, pertanto, a sua scelta potrà optare per la risoluzione del contratto o per la riduzione del prezzo. Il committente, invece, sceglierà tra eliminazione del vizio riconosciuto o riduzione del prezzo.

Ritornando di nuovo alla causa del riconoscimento, l'ipotesi della riviviscenza della garanzia per vizi ormai prescritta o non azionabile per decadenza potrebbe risultare poco convincente.

Gli strumenti della riduzione del prezzo o della risoluzione del contratto, infatti, sono previsti come rimedi processuali e non consensuali.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

Di fronte al vizio riscontrato il committente o il compratore può chiederli, ma non *ipso iure* ottenerli. Con la garanzia, infatti, non si è titolari di un diritto alla riduzione del prezzo od alla risoluzione del contratto, ma solo di un'azione: l'attore, alla stregua dei principi generali, dovrà provare il fondamento della domanda, e ciò anche nell'ipotesi in cui venisse rimesso in termini per far valere la garanzia. Ferma restando l'indiscutibile possibilità transattiva della lite o il riconoscimento del diritto.

Perciò delle tre l'una: o si transita attraverso un negozio che risolva il conflitto o attraverso il processo o attraverso l'accoglimento bonario delle istanze del garantito.

Se, quindi, riconoscere il vizio significa semplicemente consentire l'esercizio dell'azione giudiziale diretta alla risoluzione o alla riduzione del prezzo, eventualmente transigibile nelle more, risulterebbe un'attività inutile o addirittura dannosa perché di fatto obbligherebbe le parti ad agire giudizialmente o ad accordarsi in un momento successivo. Evidentemente, allora, la causa del riconoscimento va individuata altrove.

Proprio in questa prospettiva si potrebbe inserire l'obbligo di eliminazione del vizio.

Sembrerebbe, infatti, più rispondente agli interessi delle parti riconoscere il vizio proprio al preciso scopo di eliminarlo, anziché semplicemente per riaprire le porte ormai chiuse della garanzia.

Ci si troverebbe, quindi, di fronte ad un obbligo nuovo sganciato dal contratto di vendita o di appalto che trova la sua causa proprio nel riconoscimento. Sull'idoneità di esso ad essere fonte di obbligazione e sul rapporto con la garanzia si registrano opinioni dottrinarie e giurisprudenziali tra loro assai diverse.

Parte della dottrina, opinando che l'obbligazione del venditore abbia pur sempre ad oggetto un "dare", ha ricostruito a più riprese la dichiarazione

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

del venditore/appaltatore di obbligarsi a riparare o sostituire la cosa in termini di nuova obbligazione.

In questo nuovo impegno, non rientrante nell'attività di *facere* nel contenuto tipico ed originario della garanzia stessa, è stato allora ravvisato un effetto novativo dell'originario dovere di garanzia. Tale nuova obbligazione sarebbe quindi assoggettata, come tale, all'ordinaria prescrizione decennale delle obbligazioni contrattuali e del tutto svincolata dall'onere di denuncia gravante sul compratore e/o sul committente¹.

Il sorgere di una nuova obbligazione, infatti, soggetta alla prescrizione decennale, sarebbe legittimamente ipotizzabile in presenza non solo del riconoscimento dei vizi ma dell'impegno novativo del venditore/appaltatore che si obblighi nei confronti del compratore/committente ad adoperarsi secondo necessità onde eliminare pregiudizio patrimoniale dal medesimo subito, sicché, qualora il venditore/appaltatore abbia provveduto a riparare o a sostituire la cosa, la responsabilità per vizi resterebbe definitivamente elisa con la conseguenza che il compratore non può far valere l'eventuale ritardo se la riparazione o sostituzione sia stata da lui accettata².

L'impegno di riparare o sostituire la cosa travalica, dunque, in conseguenza del sorgere della nuova obbligazione che ne scaturisce, il regime stesso della garanzia sicché, tutte le volte in cui la cosa sia senz'altro sostituita, si ravvisa nella prestazione del venditore un rinnovato adempimento dell'originario contratto (o comunque l'esecuzione di un nuovo impegno traslativo).

Tale posizione trae linfa dalla considerazione che l'obbligo di eliminare i vizi della cosa non costituisca un elemento "naturale" del contratto, ma piuttosto determini (attesa l'estraneità al contenuto tipico

¹ G. TRAVAGLINO, *Compravendita, vizi della cosa, azioni edilizie e novazione oggettiva*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1701.

² G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, Torino, 1991, p. 114.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

dell'originaria convenzione negoziale) una nuova obbligazione: dipanandosi l'obbligo fondamentale del venditore secondo le forme attuative del dare, quegli non potrebbe essere costretto ad un *facere* (consistente nell'eliminazione dei vizi).

Di qui l'ipotesi di un negozio altro, autonomo dalla compravendita o dall'appalto, fondato sulla volontà mostrata dalle parti di estinguere la precedente obbligazione di garanzia, trasfusa, pertanto, in un nuovo, autonomo obbligo consistente nella eliminazione dei vizi³.

Anche tale impostazione non è esente da critiche. Nell'ipotesi del contratto di appalto, infatti, può essere obiettato che andando a novare un'obbligazione tipica e caratteristica, qual è quella della garanzia per i vizi, si andrebbe a snaturare il contratto stesso: ci si troverebbe, in altre parole, dinanzi ad un contratto non più di appalto, ma di un contratto atipico, con tutti i problemi che questo comporterebbe relativamente alla sua qualificazione giuridica ed alla normativa ad esso applicabile.

L'impegno di eliminare i vizi è stato di volta in volta ricondotto anche al riconoscimento dei vizi o del diritto alla garanzia⁴: nascerebbe, cioè, dall'impegno di eliminare i vizi – inteso quale proposta di novazione dell'obbligazione di garanzia – una nuova ed autonoma obbligazione, perfezionata con l'incontro dei consensi delle parti ancorché nelle forma dell'accettazione presunta dal mancato rifiuto nei termini dell'altrui proposta⁵.

In particolare all'assunzione da parte dell'appaltatore, o del venditore, dell'impegno alla eliminazione dei vizi è stata attribuita natura di proposta di novazione dell'obbligazione di garanzia, potendosi l'accordo

³ G. TRAVAGLINO, *Compravendita, vizi della cosa, azioni edilizie e novazione oggettiva*, cit., p. 1701.

⁴ Vedi ad es. Cass. 22 giugno 1995, n. 7216, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1061.

⁵ Così espressamente in relazione al contratto di appalto Cass. 30 luglio 1983, n. 5245, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 178; in relazione al contratto di vendita Cass. 27 novembre 1985, n. 5889, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, e Cass., Sez. un., 11 luglio 1973, n. 1672, *ivi*, 1973.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

novativo perfezionare solo a seguito dell'accettazione della proposta formulata dall'appaltatore/venditore nella propria dichiarazione.

Significative sono le conseguenze che derivano dal carattere nuovo ed autonomo riconosciuto all'obbligazione assunta dall'appaltatore.

In primo luogo, la nuova obbligazione di garanzia convenzionale assunta prescinderebbe del tutto dalla preesistenza e dal perdurare dell'originario obbligo di garanzia derivante dall'esecuzione dell'opera principale, trattandosi di garanzia la cui operatività non sarebbe subordinata all'imputabilità dei vizi all'appaltatore⁶.

In secondo luogo, la nuova obbligazione è svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dal codice, risultando assoggettata all'ordinario termine di prescrizione decennale decorrente dalla data di assunzione dell'obbligazione⁷.

Vanno segnalati, comunque, precedenti giurisprudenziali secondo cui dalla data della nuova consegna inizierebbe a decorrere un nuovo termine di garanzia⁸.

Tuttavia l'accordo novativo non estinguerebbe l'originario rapporto contrattuale, ma si inserisce nello stesso ai limitati fini di sostituire alla primitiva obbligazione di garanzia la nuova obbligazione di eliminare determinati vizi della cosa, secondo le modalità ed i limiti pattuiti. Da ciò una prima conseguenza: ove gli interventi riparatori dell'appaltatore non sortiscano l'esito promesso, ovvero abbiano un effetto inidoneo ad eliminare il sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni delle parti, il

⁶ Dello stesso tenore si veda Cass. 24 maggio 1972, n. 1622, in *Giust. civ., Mass.*, 1972 e Cass. 17 gennaio 1981, n. 422, *ivi*, 1981. Questo profilo costituisce un'importantissima conseguenza di ordine pratico su cui ci soffermerà in seguito.

⁷ Si veda in relazione al contratto di appalto Cass. 5 settembre 1994, n. 7651, in *Arch. loc.*, 1995, p. 79, ed in relazione al contratto di vendita – con riferimento ai termini di cui all'art. 1495 c.c. – Cass. 15 gennaio 1982, n. 248, in *Giust. civ., Mass.*, 1982. *Contra* Cass. 26 marzo 1964, n. 685, in *Riv. giur. edil.*, 1964, I, p. 667 e Cass. 30 aprile 1969, n. 1409, in *Giust. civ. Mass.*, 1969.

⁸ Cass. 26 marzo 1964, n. 685, *cit.*, e Cass. 30 aprile 1969, n. 1409, *cit.*.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

committente/compratore conserva il diritto di chiedere la risoluzione del contratto⁹.

Da ciò un'ulteriore conseguenza: poiché l'effetto novativo sarebbe esclusivamente riferito a quei vizi che ci si è impegnati ad eliminare, ove insorga una controversia relativamente ai vizi diversi da quelli contemplati nell'accordo novativo, sull'obbligato non graverebbero obbligazioni diverse da quelle nascenti dall'originario contratto di appalto o vendita¹⁰.

Si tratta, quindi, di verificare se si sia esclusivamente realizzato un riconoscimento della esistenza dei vizi (accompagnato magari dall'impegno alla relativa eliminazione), ovvero se alla proposta formulata dall'appaltatore/venditore nella propria dichiarazione abbia fatto seguito l'accettazione ad opera dell'acquirente/committente.

Bisogna sottolineare che in taluni precedenti¹¹ la Suprema Corte era giunta ad affermare che il nuovo rapporto obbligatorio traeva la propria origine dal semplice riconoscimento dei vizi, con ciò attribuendo a tale riconoscimento efficacia di nuova ed autonoma fonte di obbligazione, per poi affermare la duplice natura ed il duplice ordine di effetti che da tale dichiarazione possono derivare¹².

Ed è proprio sull'effetto novativo suddetto che occorre soffermarsi, soprattutto alla luce delle motivazioni ad esso sottese: a sostegno della natura novativa di tale obbligo, infatti, si ritiene che esso non costituisca esecuzione dell'originaria obbligazione di garanzia in quanto essa costituisce solo elemento dei motivi dell'accordo, ma non è recepita in questo con la sua disciplina; mentre l'accordo stesso fornisce un nuovo e

⁹ Cass. 27 novembre 1985, n. 5889, in *Giust. civ. Mass.*, 1985.

¹⁰ Così Cass. 15 gennaio 1982, n. 248, in *Giust. civ. Mass.*, 1982. In dottrina di veda L. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Impegno all'eliminazione dei difetti dell'opera e novazione dell'obbligazione di garanzia nel contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 1996, pp. 1063 – 1065.

¹¹ Cass. 10 giugno 1994, n. 5677, in *Giust. civ. Mass.*, 1994 e Cass. 11 agosto 1990, n. 8202, *ivi*, 1990.

¹² Cass. 26 giugno 1995, n. 7216, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1061.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

diverso titolo all'obbligazione che aveva fonte in essa e quindi è idoneo a determinare la novazione di tale obbligazione¹³.

Tale conclusione è stata oggetto di critiche, soprattutto da quella parte della dottrina¹⁴ che, per escludere qualsiasi effetto novativo, qualifica l'impegno del venditore/appaltatore in termini di attuazione della precedente obbligazione e ne predica la funzione di realizzare il risultato economico non ancora perseguito che il compratore o il committente si prefigurava di ottenere dall'operazione negoziale.

Nella pratica commerciale spesso accade che l'appaltatore provveda sua sponte all'eliminazione dei vizi, senza assumere espressamente alcun ulteriore impegno, provvedendo direttamente all'esecuzione delle opere di ripristino.

In tali ipotesi ravvisare nel comportamento del debitore una proposta di novazione dell'obbligazione di garanzia, cui conseguirebbe la conclusione di un negozio novativo per mancato rifiuto ad opera del committente, potrebbe apparire una forzatura, risultando detto comportamento esclusivamente esecutivo dell'obbligazione originaria¹⁵.

Infatti, se è corretto ritenere che tra le obbligazioni primarie dell'appaltatore vi sia quella di compiere un'opera immune da vizi o difformità, il comportamento del soggetto tenuto a questa garanzia volto alla eliminazione dei vizi sembrerebbe costituire null'altro che uno dei modi con i quali si attua l'esatto adempimento dell'obbligazione contrattualmente assunta.

¹³ Così Cass. Sez. un., 11 giugno 1973, n. 1972, in *Giust. civ., Mass.*, 1973.

¹⁴ L. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Impegno all'eliminazione dei difetti dell'opera e novazione dell'obbligazione di garanzia nel contratto di appalto*, cit., p. 1066 e C. COLOMBO, *In tema di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi redibitori nella vendita*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 607 e ss. e F. LAPERTOSA, *La garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 61.

¹⁵ In realtà tale comportamento è certamente compatibile con un riconoscimento tacito dei vizi.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

Conclusione questa che trova sicura conferma nel disposto dell'art. 1668 comma 1 cod. civ., norma che nel riconoscere espressamente al committente il diritto di richiedere l'eliminazione dei vizi a spese dell'appaltatore non esclude, e si può dire che implicitamente ammetta, che l'appaltatore, al quale il committente ha denunciato i vizi, provveda direttamente alla loro eliminazione¹⁶.

Detto comportamento non è di per sé idoneo a dare luogo ad una proposta contrattuale, né tanto meno ad una proposta di novazione diretta a modificare l'oggetto o il titolo del rapporto obbligatorio, e ciò in quanto la scelta di uno dei rimedi offerti dalla garanzia, come non importa alcun obiettivo mutamento del titolo o del vincolo obbligatorio, così nemmeno necessariamente implica una volontà di novare il rapporto¹⁷.

Analoghe considerazioni possono essere effettuate anche in materia di vendita: anche l'impegno del venditore, infatti, può essere considerato come momento della fase attuativa della vendita, poiché quest'ultima, che sembra essersi completata in ogni suo aspetto (reale ed obbligatorio) all'atto della consegna della cosa e del pagamento del prezzo, in realtà presenta ancora dei deficit in ordine al risultato da perseguire¹⁸.

D'altronde sembra piuttosto evidente che, svincolato dal contratto di compravendita, l'impegno ad eliminare i vizi della cosa non ha alcun significato. In realtà la sua funzione economica si risolve integralmente in quella originaria della vendita, nel senso che esso è semplicemente preordinato (ove alle parole seguano i fatti) alla realizzazione effettiva dell'operazione economica originariamente divisata dalle parti: e cioè la

¹⁶ Così GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 199.

¹⁷ L. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Impegno all'eliminazione dei difetti dell'opera e novazione dell'obbligazione di garanzia nel contratto di appalto*, cit., p. 1067.

¹⁸ C. COLOMBO, *In tema di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi redibitori nella vendita*, cit., p. 611.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

compravendita di una cosa che avesse determinate caratteristiche e che fosse idonea a svolgere determinate funzioni¹⁹.

Ciò è oltretutto confermato dalla stessa giurisprudenza, la quale, posta di fronte al quesito relativo alle conseguenze della mancata realizzazione del risultato cui il venditore si era impegnato – e cioè l'eliminazione dei vizi – non ha esitazione ad affermare che ove gli interventi riparatori del venditore restino senza esito, ovvero abbiano un effetto inidoneo ad eliminare il sopravvenuto squilibrio fra le prestazioni delle parti, l'acquirente conserva il diritto di chiedere la risoluzione del contratto di vendita²⁰.

La supposta novazione, dunque, si rivela assai fragile se è sufficiente l'inattuazione del nuovo obbligo a far rivivere ciò che c'era prima, e cioè la garanzia.

In ogni caso deve notarsi che una certa autonomia dell'obbligo di eliminare i vizi può essere individuata nel senso che l'acquirente può chiederne l'adempimento in caso di inerzia del venditore, mentre non è certo che in mancanza di tale impegno il compratore possa, in alternativa alle azioni edilizie, domandare giudizialmente la condanna in forma specifica all'esatto adempimento del venditore²¹.

Ma anche tale aspetto non è stato considerato sufficiente per configurare una vera e propria obbligazione autonoma. Infatti, se l'obbligazione di eliminare i vizi fosse del tutto autonoma dalla vendita (o

¹⁹ Naturalmente, come vedremo più innanzi, i termini del problema cambiano nell'ipotesi in cui l'impegno del venditore sia assunto in ipotesi in cui non sussiste il diritto alla garanzia. Qui il risultato economico della vendita si è perfezionato e dunque l'obbligazione è realmente autonoma. Ovviamente si dovrà accertare se in tal caso ci si trovi di fronte ad un accordo novativo o no.

²⁰ Cass. 27 novembre 1985, n. 5889, *cit.*

²¹ Il problema del concorso tra azione di esatto adempimento ed azioni edilizie richiederebbe un'apposita trattazione per la difficoltà degli interessi sottesi, tanto che non è possibile tracciare un'impostazione unitaria. In ogni caso si rinvia a A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 1991, p. 210 e ss., C. M. BIANCA, *Op. cit.*, pp. 1012 e ss., B. GRASSO, *Garanzia per i vizi della cosa venduta, azione di esatto adempimento e risarcimento del danno informa specifica*, in *Rass. Dir. civ.*, 1980, pp. 213 e ss., L. CAO, *Vendita di cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, pp. 303 e ss.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

da un'obbligazione da essa scaturente), l'impossibilità di raggiungere il risultato divisato, ove non dipenda da colpa del venditore-debitore, condurrebbe alla sua totale liberazione: non c'è dubbio che l'obbligazione *de qua* si configurerebbe quale obbligazione di mezzi e non di risultato.

In tale caso, infatti, l'impossibilità incolpevole della prestazione (che potrebbe anche essere originaria per essere i difetti *ab initio* non rimediabili) espone comunque il venditore-debitore alle azioni edilizie, esperibili a questo punto nel termine di prescrizione decennale.

Sembrerebbe, perciò, che l'unico elemento di novità nel rapporto venditore-compratore che deriverebbe dall'assunto impegno eliminatorio sarebbe lo spostamento del termine prescrizionale delle azioni edilizie, atteso che la possibilità di chiedere la condanna del venditore all'adempimento dell'obbligo di fare che si era assunto consegue esclusivamente alla sua inerzia od alla sua negligenza, ossia nelle ipotesi in cui egli, una volta obbligatosi, non dia esecuzione o dia cattiva esecuzione all'impegno assunto.

E comunque, di fronte all'inerzia del venditore non si può certo negare al compratore la facoltà di scegliere la strada della risoluzione del contratto in luogo di quella della condanna all'adempimento dell'obbligo di fare, per il semplice motivo che se gli è consentito in caso di esito negativo incolpevole delle riparazioni, *a fortiori* dovrà essergli possibile qualora il venditore si disinteressi della questione e, nonostante l'impegno preso, se ne stia inerte.

Ci sembra corretto a questo punto concludere sull'inesattezza della ricostruzione giurisprudenziale sopra riferita del problema che ci occupa: la mancanza di vera autonomia dell'obbligo di fare rispetto al contratto di compravendita dovrebbe rendere del tutto impraticabile la strada della novazione.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

In realtà, dalla lettura delle sentenze in materia, sembra che l'obiettivo perseguito sia piuttosto quello di svincolare l'acquirente dalle rigide cesoie dei termini di decadenza e di prescrizione connessi alle azioni edilizie, consentendogli di agire nel più comodo termine ordinario di dieci anni: in tale prospettiva la novazione sarebbe concepita in un'ottica meramente strumentale alla disapplicazione dei suddetti termini.

In fondo quest'orientamento confermerebbe la medesima *ratio* che induce la giurisprudenza ad ampliare la categoria dell'*aliud pro alio*²²: l'esito è analogo, e cioè l'applicazione della prescrizione decennale ad ipotesi nelle quali si ritiene debba prevalere l'interesse del compratore che agisce scaduto l'anno dalla consegna su quello del venditore a non vedersi convenuto in giudizio in relazione a contratti eseguiti ormai da oltre un anno²³.

A conclusioni solo in parte differenti deve giungersi in relazione alle ipotesi di espressa assunzione da parte dell'appaltatore dell'obbligo di eliminare i vizi. A riguardo giova premettersi che come la novazione oggettiva, nel modello di fattispecie previsto nell'art. 1230 c.c., è il contratto con il quale il creditore ed il debitore modificano l'oggetto o il titolo del rapporto obbligatorio tra essi preesistente, rapporto che viene radicalmente innovato per realizzare un nuovo interesse diverso da quello originariamente tutelato.

Tale contratto da un lato presuppone, come recita la norma sopra indicata, la volontà di estinguere la preesistente obbligazione e dall'altro la modifica dell'oggetto o del titolo, avendo il legislatore con l'art. 1231 c.c. espressamente segnato negativamente la fattispecie l'ambito di tale fattispecie, escludendo che possano importare novazione alcuni mutamenti nelle modalità dell'obbligazione e designando in via generale, con la

²² Vedi paragrafo 3 sul rapporto tra obbligo di eliminare i vizi e azione di garanzia.

²³ C. COLOMBO, *In tema di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi redibitori nella vendita*, cit., p. 612.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

qualifica “accessoria” ogni modificazione che non produce nuova obbligazione²⁴: si richiede, quindi, che la seconda obbligazione apporti alla prima un mutamento riguardante la natura giuridica del rapporto ovvero l'oggetto della prestazione.

Sulla scorta i tali considerazioni, ravvisare una novazione nell'impegno – accettato dal committente – di eliminare i vizi, comporta ignorare che di regola tale impegno risulta diretto a dare esecuzione all'obbligazione di garanzia, potendo al massimo realizzare una modificazione del rapporto originario ma mai la relativa sostituzione.

Con tale accordo, infatti, la parti mirano a realizzare un interesse interno all'obbligazione di garanzia, e non già un interesse nuovo e diverso da quello tutelato dal rapporto originario. Tanto più che, come è noto, per aversi novazione non risulterebbe sufficiente la semplice sostituzione del rapporto originario, e cioè la estinzione dell'obbligazione di garanzia e la costituzione di una obbligazione nuova, dovendo la nuova obbligazione risultare altresì di oggetto o di titolo diverso.

Di conseguenza, nella rilevata assenza di alcun effetto estintivo, anziché novazione si avrà semplice esecuzione dell'obbligazione di garanzia, ovvero una modificazione non essenziale al contenuto di tale obbligazione (avendo le parti inteso introdurre semplici modificazioni al contenuto del rapporto preesistente), o infine assunzione ad opera dell'appaltatore di una nuova obbligazione accanto all'antica, nuova obbligazione che viene ad inserirsi nel rapporto sinallagmatico preesistente affiancandosi all'obbligazione originaria.

A conclusioni sostanzialmente simili deve giungersi con riferimento all'ipotesi in cui risulti accertata l'avvenuta produzione dell'effetto estintivo dell'originaria obbligazione di garanzia.

²⁴ Così la Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale del libro delle obbligazioni, n. 134, in PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942, p. 96.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

Infatti, ove un tale effetto derivi non già dalla volontà delle parti, quanto dall'accordo volto alla costituzione di una obbligazione nuova incompatibile con la persistenza dell'antica²⁵, si avrà una fattispecie che non integra la tipica vicenda novativa in quanto l'estinzione dell'obbligazione costituisce un risultato occasionale ed esterno all'atto negoziale.

Nella specie infatti risulterebbe carente l'*animus novandi*, requisito che esprime la volontà delle parti di estinguere l'obbligazione originaria, lasciando inappagato l'interesse sottostante, e di costituire una nuova obbligazione fondata su di un nuovo interesse. E ciò a prescindere dal fatto che, giacché ai sensi dell'art. 1230 c.c. la volontà di "sostituire" all'obbligazione originaria una obbligazione nuova deve risultare in modo non equivoco, l'intento negoziale delle parti – corrispondente alla funzione tipica del contratto – non può presumersi, con la conseguenza che se la volontà novativa rimane dubbia la novazione deve sempre essere esclusa²⁶.

Ma anche nell'ipotesi in cui risulti che le parti hanno voluto l'estinzione dell'originaria obbligazione di garanzia, si avrà una fattispecie che difficilmente può integrare la tipica vicenda novativa risultando carente l'elemento oggettivo dell'*aliquid novi*, per non presentare la nuova obbligazione oggetto o titolo diverso.

Presupponendo, infatti, la diversità di oggetto il mutamento del tipo di prestazione, una tale diversità non sembra ravvisabile nella specie posto che l'appaltatore, nell'impegnarsi all'eliminazione dei vizi, si obbliga a prestare la garanzia cui è tenuto in forza del contratto di appalto, mentre il

²⁵ In dottrina si parla in proposito di novazione per incompatibilità. Conf. O. BUCCISANO, *Novazione*, *Enciclopedia giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 9. In termini parzialmente diversi P. RESCIGNO, *Novazione (diritto civile)*, in *Nss. D.I.*, XI, Torino, 1965, p. 434, secondo cui la novazione del rapporto dipende non dalla volontà estintiva della vecchia obbligazione, ma dalla volontà costitutiva della nuova, incompatibile con la persistenza dell'antica.

²⁶ Al giudice, infatti, non è consentito di ricavare dal negozio un intento novativo per via di interpretazione tecnica operante con criteri oggettivi.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

committente, con l'accordo giunge a realizzare l'interesse originariamente avuto di mira.

Analogamente in relazione alla diversità del titolo dell'obbligazione. Poiché per titolo deve intendersi non già la fonte di obbligazione²⁷ quanto il tipo di regolamento del rapporto, per aversi novazione "causale" si richiede che l'obbligazione nuova sia assunta in un tipo di regolamento nuovo e diverso dal regolamento della obbligazione preesistente. Condizione questa che nella specie si verifica in quanto, non intendendo le parti realizzare alcun interesse diverso da quello tutelato dal rapporto originario, la disciplina del rapporto non subisce alcun mutamento in senso qualificativo²⁸.

Va esaminata, infine, un'ulteriore opzione ricostruttiva tendente a valorizzare il riconoscimento inteso quale fattispecie negoziale.

Quest'impostazione non deve certamente sorprendere, in quanto la stessa giurisprudenza ha individuato nel riconoscimento dei vizi e nell'assunzione dell'obbligo di eliminare i vizi una proposta di contratto che se accettata avrebbe efficacia novativa.

Spostiamo, allora l'attenzione sugli effetti di tale accettazione. Con essa, potrebbe sostenersi, le parti si accordano definitivamente sull'esistenza di determinati vizi escludendo al riguardo qualsiasi contestazione. In altre parole, esse concluderebbero un tipico negozio di accertamento.

Bisogna quindi interrogarsi sul contenuto di tale contratto.

Al riguardo si può asserire innanzitutto che l'accertamento dell'esistenza dei vizi non esaurisce lo schema del contratto, avendo ampiamente discorso nelle pagine che precedono come il riconoscimento dei vizi sia causalmente finalizzato all'eliminazione di essi.

²⁷ Come invece sostenuto da Cass., Sez. un., 11 giugno 1973, n. 1672, *cit.*.

²⁸ L. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Impegno all'eliminazione dei difetti dell'opera e novazione dell'obbligazione di garanzia nel contratto di appalto*, *cit.*, pp. 1067 - 1068.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

Sotto questo profilo, pertanto, ci troveremmo di fronte ad un riconoscimento che non si limita a cristallizzare situazioni giuridiche preesistenti, ma che creerebbe, nuove obbligazioni: la novità però non va rapportata alla garanzia, ma al vizio ed alla sua eliminazione. Senza l'accordo, infatti, le situazioni giuridiche che con esso si intende tutelare non verrebbe ad esistere.

3. L'obbligo di eliminare i vizi e l'obbligazione di garanzia

La trattazione fin qui svolta, sia che si accetti lo schema della novazione sia che lo si confuti, si fonda sul comune denominatore rappresentato dal rapporto esistente tra obbligazione originaria di garanzia ed obbligazione sopravvenuta di eliminazione.

Qualsiasi tentativo di spiegazione della natura di tale relazione non può prescindere da quanto asserito in merito alla natura giuridica della garanzia²⁹.

Accedendo alla tesi dominante sia in dottrina che in giurisprudenza ci troveremmo di fronte ad un falso problema: non trattandosi di un'obbligazione in senso tecnico, la garanzia non andrebbe posta in relazione all'obbligo di eliminazione che, invece, è senz'altro riconducibile all'alveo delle obbligazioni.

È altrettanto vero, però, che l'assunzione dell'obbligo eliminatorio, conferendo al garantito una pretesa, va ad incidere su situazioni giuridiche direttamente riconducibili alla garanzia. Sotto questo profilo, pertanto, v'è un'indubbia relazione tra le due fattispecie.

Di fronte al vizio riconosciuto, quindi, il compratore potrà esercitare l'azione edilizia ovvero pretenderne l'eliminazione.

²⁹ In proposito si veda capitolo 1 paragrafo 8.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

In altre parole si amplia lo spettro di tutela dell'avente diritto alla garanzia.

È appena il caso di considerare che vanno tenute distinte due ipotesi, secondo che il riconoscimento venga effettuato prima o dopo lo spirare del termine prescrizione.

Si è detto, infatti, che la funzione primaria del riconoscimento del vizio sia proprio quella di ampliare le basi della garanzia e che tale ampliamento ha una valenza sia temporale che contenutistica. Proprio in ciò va messo in relazione con la garanzia, in quanto integratrice della fattispecie: da un lato è idoneo a rimettere nei termini il denunciante tardivo o addirittura omissivo, da un altro consente di ampliare la tutela del compratore/committente, conferendogli il diritto all'eliminazione.

Tale rapporto, che abbiamo appena definito di integrazione, viene invece di solito ricondotto alla novazione sulla base di argomentazioni per lo più forzate. Come è noto, infatti, la novazione è un modo di estinzione dell'obbligazione mediante sostituzione con una diversa. Se la garanzia per vizi si estinguesse per effetto del nuovo obbligo eliminatorio si realizzerebbe un effetto contrario a quello voluto: anziché ampliare i margini della garanzia, infatti, essi verrebbero irrimediabilmente ridotti.

Anche quella giurisprudenza³⁰ che avalla la tesi della novazione, di fronte a tale aporia ritiene che non si verifichi estinzione della garanzia, che continuerebbe ad operare per i vizi per i quali non ci si è obbligati all'eliminazione.

Va considerato, infine, che gli stessi interventi diretti alla eliminazione dei vizi incidono sulla garanzia: di fronte a tali attività il beneficiario potrà avvalersi dei rimedi previsti ove le riparazioni non conseguissero il fine promesso.

³⁰ Cass., 19 marzo 2009, n. 6670, in *Imm. e prop.*, 2009, p. 384; Cass., 31 ottobre 2008, n. 26327, in *Giur. it., Mass.*, 2008.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

Alla luce di tanto, la novità dell'obbligo va rapportata all'obbligazione di garanzia non i termini di novazione, ma di mera integrazione.

Anche se il nostro codice non ammette un riconoscimento astratto, che sarebbe un atto a contenuto dispositivo, ma solo quello causale, rivolto cioè non alla creazione di rapporti giuridici nuovi ma all'accertamento di quelli originari, bisogna comunque domandarsi qual è il rapporto che si instaura tra la nuova obbligazione, contenuta nel riconoscimento, e l'obbligazione preesistente, contenuta nel negozio originario.

I due rapporti, come non si identificano, così non si può dire che siano necessariamente incompatibili; essi, invece, coesistono ed anzi il rapporto originario può reagire sul nuovo.

È evidente che il riconoscimento presuppone un riferimento qualificato al rapporto originario che non si vuole sostituire o modificare, ma soltanto accertare. E infatti le parti accertano indiscutibilmente l'esistenza del vizio e della garanzia, questioni su cui, precedentemente al riconoscimento, erano sorte contestazioni e che con esso vengono definitivamente risolte.

Da ciò può desumersi che in questa volontà di obbligarsi a tale apprezzamento, obbligandosi ad escludere una diversa configurazione del rapporto, sia insito non un nuovo rapporto obbligatorio rispetto a quello originario, ma un rapporto diverso, consistente proprio nell'attribuire all'originario rapporto di garanzia il significato e la configurazione su cui hanno raggiunto l'accordo³¹.

A questo riconoscimento non si può non riconoscere efficacia costitutiva, nel senso che attraverso di esso si operi un'attribuzione patrimoniale in senso proprio e si fondi quindi una nuova obbligazione. Ciò

³¹ R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, (già in *Annali scienze giur. Univ. Messina*, 1934-1935), I, Milano, 1980, p. 394.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

non significa che il rapporto originario sia sostituito da uno nuovo, ma anzi continua ad esplicare i suoi effetti in relazione al rapporto riconosciuto.

4. Il problema dei vizi non riconosciuti

Nella prassi negoziale si registrano particolari ipotesi in cui l'obbligo di eliminare i vizi viene assunto dal venditore/appaltatore senza una espressa dichiarazione di riconoscimento dei vizi che ci si impegna ad eliminare. Di fronte a tale fattispecie si apre uno scenario teorico di non scarsa importanza.

Può accadere, infatti, o che si pretenda un compenso a parte per intervenire perché a torto o a ragione si ritiene che del vizio non si sia tenuti a rispondere, o che il venditore/appaltatore, cui il vizio non sia stato denunciato tempestivamente, promette di intervenire o è intervenuto senza riuscire ad eliminare il vizio.

È soprattutto in quest'ultima ipotesi che il compratore (o il committente) ha interesse a qualificare la promessa come riconoscimento del vizio o del diritto ovvero come novazione (o proposta di novazione).

Ma qui bisogna distinguere. È indubbio che chi interviene o promette di intervenire per eliminare il vizio, lo ha per ciò stesso riconosciuto. Questo è il valore minimo che deve assegnarsi al comportamento del promittente, con tutte le conseguenze che ne derivano³². Ma maggiore cautela è necessaria nell'ipotesi in cui tale impegno sia assunto senza alcun riconoscimento del diritto.

Proprio da ciò nasce l'interesse ad inquadrare la fattispecie nell'ambito della novazione, la quale però comporta, come in seguito si vedrà, la difficoltà di individuare i rimedi azionabili nel caso di promessa delusa.

³² Vedi al riguardo il secondo capitolo del presente lavoro.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

Per quanto riguarda l'appalto, che ha per oggetto il compimento di un'opera esente da difetti e che perciò attribuisce al committente il diritto di pretendere la eliminazione del vizio a spese e a cura dell'appaltatore, è davvero arduo sostenere che l'impegno a eliminare il vizio, o l'intervento già vanamente attuato a tale scopo, integri un accordo (o promessa di accordo) novativo, mancando in radice l'*aliquid novi*³³.

Deve pertanto ritenersi che l'intervento dell'appaltatore, o il suo impegno a intervenire, produca i soli effetti legati al riconoscimento tacito del vizio e più spesso dell'altrui diritto alla garanzia (che per l'appunto contempla tra i rimedi esperibili quello della eliminazione dei vizi).

Di conseguenza, se l'intervento dell'appaltatore, è stato realizzato o promesso dopo la scadenza del termine per la denuncia tempestiva dei vizi, il committente può ancora avvalersi di tutti i rimedi esperibili con la garanzia ex art. 1668 c.c. a condizione che dal comportamento della controparte possa desumersi una rinuncia alla decadenza e alla prescrizione già maturatesi.

Per la vendita, se si condivide la tesi secondo cui il *facere* diretto alla riparazione o sostituzione della cosa viziata sia estraneo al contenuto tipico della prestazione del venditore, è solo in apparenza più agevole sostenere che l'impegno del venditore abbia carattere novativo. Ma se di novazione si tratta, allora occorre porsi il problema della qualificazione del nuovo tipo contrattuale onde individuare la disciplina applicabile in mancanza di specifiche indicazioni pattizie³⁴.

Si può perciò affermare che se le parti hanno pattuito un intervento sostitutivo o riparativo da parte del venditore senza un corrispettivo ulteriore e al solo fine di eliminare il vizio redibitorio per il quale il compratore

³³ F. LAPERTOSA, *La garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto*, cit., p. 61.

³⁴ Se infatti le parti danno vita ad una nuova obbligazione di fare che prescinde del tutto dalla obbligazione originaria derivante dalla vendita è evidente che la novazione incide non solo sull'obbligazione ma anche sul contratto (vedi C. M. BIANCA, *L'obbligazione, Diritto Civile*, IV, Milano, 1990, p. 455).

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

avrebbe potuto esperire i diversi rimedi speciali della garanzia, l'intesa non è certo quella di dare vita a un nuovo contratto di appalto gratuito, ma semplicemente di modificare l'area della garanzia redibitoria, che essendo un *naturale negotii*, è liberamente rettificabile dai contraenti.

Di regola, quindi, l'intervento omesso o inesattamente attuato, non farà perdere al compratore, salvo che via abbia anche implicitamente rinunciato, i due rimedi tipici della garanzia redibitoria, ma aggiungerà a suo favore l'ulteriore possibilità di domandare l'esecuzione diretta del patto ai sensi dell'art. 1453 c.c..

Con la conseguenza però che, ove intenda avvalersi della garanzia tipica, egli sarebbe esonerato dalla denuncia dei vizi originari, ma non di quegli altri vizi emersi dopo l'intervento insufficiente, mentre il termine di prescrizione decorrerà dal giorno della riconsegna della cosa mal riparata o sostituita ovvero in caso di promessa delusa dalla scadenza del termine esplicitamente convenuto per l'esecuzione dell'intervento³⁵.

Altro filone dottrinale³⁶ ricostruisce l'impegno del venditore ad eliminare i vizi in termini di promessa atipica, informale e gratuita, fondata su di un interesse (patrimoniale) del venditore/appaltatore ad evitare un discredito commerciale così che l'impegno assunto di eliminare i vizi darebbe vita ad un'obbligazione autonoma e diversa da quella di garanzia, la cui fonte sarebbe una promessa unilaterale, rendendosi per l'effetto inapplicabili i termini di cui all'art. 1495 c.c..

Fondamento causale di tale obbligazione è del tutto sganciato da quello della compravendita o dell'appalto: l'appaltatore o il venditore assume l'obbligo di rimuovere i vizi anche senza aver riconosciuto i vizi ovvero con la consapevolezza della loro non imputabilità al venditore/appaltatore.

³⁵ F. LAPERTOSA, *La garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto*, cit., pp. 62-63.

³⁶ U. GIANOLA, *Verso il riconoscimento della promessa atipica*, in *Giur. it.*, 1995, I,1, p. 1920.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

In una pronuncia³⁷, in verità rimasta piuttosto isolata e destinata a non divenire precedente di peso a causa della nota pronuncia a sezioni unite del 2005³⁸, la Cassazione ha compiuto un passo aventi importante verso il riconoscimento della validità delle promesse informali di cui sopra.

La giustificazione causale di tale obbligazione va ravvisata nell'interesse dell'imprenditore all'immagine della propria attività commerciale³⁹.

Analogo ragionamento può essere seguito di fronte ad un'assunzione dell'obbligo generico, futuro ed eventuale di rimuovere i vizi che dovessero successivamente presentarsi: in altre parole il venditore o l'appaltatore si obbligherebbe incondizionatamente a rimuovere vizi futuri ed eventuali.

In tale fattispecie sono del tutto mancanti sia gli elementi che nelle pagine che precedono hanno consentito di affermare la sua natura novativa, sia di ricostruire l'obbligo in questione in chiave non novativa: il promittente, infatti, si impegna ad eliminare i vizi a prescindere dalla loro imputabilità al venditore/appaltatore.

Ci si obbliga unilateralmente e gratuitamente ad un *facere* che non solo è sganciato dell'obbligazione originaria, non solo è da essa autonoma, ma è anche nuova. Ed è una nuova obbligazione non nell'accezione novativa di cui all'art. 1230 c.c., ma nel senso che riguarda un contratto concluso secondo le modalità dell'art. 1333 c.c., che perciò non estingue

³⁷ Cass. civ., 14 novembre 1994, n. 9562, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 1920.

³⁸ Cass., Sez. un., 21 giugno 2005, n. 13294, *For. it.*, 2006, 9, pt.1, p. 2423, con nota di A. LANOTTE.

³⁹ Tale ragionamento però non può prescindere da una considerazione dogmatica fondamentale in tema di donazione. Com'è noto, infatti, l'ammissibilità di una donazione obbligatoria avente ad oggetto una prestazione di fare è discussa (Vedi U. CARNEVALI, *sub* art. 769, in P. CENDON, *Commentario al codice civile*, Torino, 1991, II, p. 429; BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato VASSALLI*, Torino, 1961, p. 389; *contra* TORRENTE, *Le donazioni*, in *trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1956, p. 239) Escludere la configurabilità di essa comporta l'ovvia conseguenza di rendere giuridicamente inefficace la promessa gratuita di fare vestendola con la forma dell'atto pubblico. Perciò, pur non occupandosi della donazione obbligatoria avente ad oggetto una prestazione di fare, è opportuno soffermarsi sull'idoneità dell'interesse economico del promittente a rendere vincolante ed efficace una promessa gratuita di fare priva della veste formale.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

alcuna garanzia originaria per la ragione per cui esso impegno riguarda proprio vizi non rientranti nella garanzia (perché non imputabili al promittente o perché verificatisi dopo la prescrizione del diritto di garanzia).

Per tale ragione è opportuno dedicare l'attenzione proprio sulla relazione tra la garanzia originaria e tale autonoma e nuova obbligazione. Se quest'ultima, infatti, ha ad oggetto vizi futuri ed eventuali, in ciò è del tutto identica alla prima. L'unica differenza consisterebbe nella mancanza del requisito dell'imputabilità del difetto al venditore o all'appaltore. L'interrogativo che resta, allora, è proprio se tale garanzia convenzionale vada ad incidere su quella originaria estinguendola o se sono tra loro autonome.

Ma v'è di più. Una costruzione alternativa potrebbe scorgersi nell'art. 1490, comma 2, c.c. che concede alle parti il potere di escludere o limitare la garanzia. Infatti, l'impegno assunto dal venditore di sostituire o riparare la cosa viziata potrebbe essere letto nel senso di un accordo (o promessa) teso a ritoccare l'area della garanzia redibitoria, liberamente modificabile dalle parti, con la conseguenza che, qualora il venditore abbia omesso di intervenire o abbia mal riparato la cosa viziata, al compratore spetterà, in aggiunta ai due rimedi tipici della garanzia redibitoria, l'ulteriore possibilità di chiedere l'esecuzione diretta del patto⁴⁰.

5. L'obbligo di eliminare i vizi tra novazione e datio in solutum

Alla luce delle considerazioni anzi effettuate in merito alla natura giuridica dell'obbligazione convenzionale di garanzia, si è potuto constatare che è stata nettamente prevalente, almeno in giurisprudenza, la tendenza a ricondurla nell'alveo della novazione.

⁴⁰ A. LANOTTE, *Impegno di riparare il bene difettoso come riconoscimento del debito*, in *Foro it.*, 2006, 9, Pt. 1, p. 2426.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

In proposito, però, si pongono una serie di questioni ulteriori: verificare se l'assunzione, debitamente accettata dall'altra parte⁴¹, dell'obbligo di eliminare i vizi sia riconducibile o meno nell'ambito dei negozi modificativi e se questi rientrino o no nel fenomeno novativo.

La questione delle relazioni tra novazione e negozio modificativo è stata affrontata nel codice in modi diversi. Uno è quello desumibile dalla disposizione dell'art. 1235 c.c., l'altro è rappresentato dal concorso dello strumento novativo con quello modificativo, concorso la cui sussistenza si ricava dalle disposizioni degli artt. 1230 e ss. e 1321 e ss. cod.civ.

Ciò che non è chiaro è come sia da considerare disciplinato il concorso tra strumento novativo e strumento modificativo in caso di mutamento oggettivo⁴².

Occorre preliminarmente capire se in base al disposto dell'art. 1230 cod. civ. il mutamento dell'oggetto o del titolo di un'obbligazione comporti necessariamente l'estinzione del rapporto originario e la nascita di un nuovo rapporto e dunque una novazione, ovvero se le parti abbiano la possibilità di evitare questo accadimento e di realizzare quei mutamenti anche attraverso una semplice modificazione del rapporto originario.

Occorre, inoltre, con riferimento all'art. 1231 c.c., determinare se le parti abbiano la possibilità di far sì che abbia luogo una novazione anche quando intendano variare il contenuto del rapporto originario semplicemente intervenendo su un suo aspetto di carattere accessorio.

Con riferimento al primo problema sollevato, bisogna premettere che parte della dottrina⁴³ considera l'intenzione delle parti irrilevante per

⁴¹ Resta inteso che se l'obbligo di eliminare i vizi non venisse accettato, rimanendo pertanto atto unilaterale, non ha alcuna idoneità a novare un contratto che per definizione a atto plurilaterale.

⁴² A. ZACCARIA, voce "Novazione", in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 282.

⁴³ P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA E BRANCA, Bologna-Roma, 1975, sub. art. 1230, pp. 78 e ss.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

decidere se il mutamento dell'oggetto o del titolo comporti o meno novazione del rapporto.

L'*animus novandi*, quindi, rileverebbe solo sotto un profilo diverso, per verificare, cioè, se con il riferimento ad un nuovo oggetto o ad un nuovo titolo, le parti intendessero affiancare un nuovo rapporto a quello originario, o un nuovo oggetto a quello originario, ovvero sostituire l'oggetto o il titolo del rapporto originario, nel qual caso la novazione dovrebbe necessariamente verificarsi, indipendentemente dalla volontà delle parti.

Ma anche prescindendo da tale posizione, resta insoluto il problema riguardante l'individuazione degli elementi qualificanti il rapporto obbligatorio, elementi che non possono essere sostituiti nell'ambito di un evento semplicemente modificativo.

Certamente si parlerà di modificazione ogni volta in cui il rapporto obbligatorio conservi la propria identità ma, ove ciò non accada, dovrà il negozio modificato intendersi come nuovo anche a prescindere dalla volontà delle parti che hanno convenuto la modifica?

La soluzione del problema dipende proprio dal ruolo dell'*animus novandi*: privilegiare quest'ultimo, infatti, significa privilegiare l'autonomia privata e limitare, di conseguenza, il numero delle ipotesi di automatismo dell'effetto novativo a seguito dell'evento modificativo. Ma sul punto si tornerà più avanti.

Per quanto riguarda i criteri da utilizzare per stabilire se, nonostante le modifiche subite, un negozio abbia mantenuto la propria identità bisogna guardare alle ipotesi di novazione descritte dall'art. 1230 c.c.: mutamento del titolo e mutamento dell'oggetto.

Per quanto riguarda la prima modificazione, va detto che è prevalente l'idea secondo cui il cambiamento del tipo cui appartiene il contratto dal quale l'obbligazione deriva non sempre determina novazione. Questo perché la classificazione delle varie specie di contratti in tipi è stata

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

compiuta in termini particolarmente rigorosi, attribuendo il ruolo di elemento differenziatore fra tipi diversi anche a caratteri di secondo piano, non incidenti sull'identità del rapporto: in tal modo la modificazione di uno di questi caratteri, pur comportando in mutamento di classificazione sotto il profilo del tipo, non implicherebbe per forza di cosa una novazione⁴⁴.

In ordine all'altra possibile modificazione, riguardante l'oggetto, oggi prevale la regola secondo cui l'identità del rapporto obbligatorio può essere considerata sussistere, nel caso di modifica del suo oggetto, non solo quando il nuovo oggetto sia della stessa specie di quello originario, ma anche nel caso in cui, a prescindere dalla specie del nuovo oggetto, rimanga comunque il medesimo scopo economico perseguito dalle parti.

Da quanto sopra può osservarsi che nel nostro ordinamento la novazione abbia una certa propensione ad essere considerata come mezzo destinato ad operare in fattispecie residuali: il nostro legislatore, infatti, ignorando la novazione soggettiva attiva e con la previsione dell'art. 1235 cod. civ., con cui ha di fatto eliminato la distinzione tra successione del debito e novazione soggettiva passiva, appare decisamente orientato in tale direzione, per cui neanche il mutamento dell'oggetto comporta necessariamente novazione del rapporto.

Da quanto anzi detto discende l'impossibilità di intendere la previsione del 1° comma dell'art. 1230 cod. civ. come regola in sé compiuta in quanto contrasterebbe con quanto appena affermato. La chiave di lettura, allora, è rappresentata proprio del comma 2 della medesima disposizione, lì dove prevede la risultanza inequivoca della volontà di estinguere l'obbligazione.

In tal modo l'asse del problema si sposta sulla volontà delle parti: l'elemento decisivo per stabilire se il mutamento dell'oggetto o del titolo si

⁴⁴ A. ZACCARIA, voce "Novazione", cit., p. 284.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

risolva in una semplice modificazione o determini la novazione risulta essere proprio l'*animus novandi*⁴⁵.

In conclusione, con il progressivo allargamento dell'area di operatività del negozio modificativo anche in settori già riservati esclusivamente alla novazione – allargamento che trova la sua più appariscente manifestazione nell'accenno legislativo di cui all'art. 1321 c.c. a una figura generale di negozio modificativo – si è assistito ad un declino della novazione, ormai relegata in seconda linea rispetto al negozio modificativo, e ciò soprattutto per il motivo che a quest'ultimo non sono ricollegati gli effetti, tipici della novazione, e il più delle volte non rispondenti alle intenzioni delle parti, costituiti dal venir meno della garanzia e dalla inopponibilità, nei confronti della nuova pretesa, delle eccezioni riguardanti la pretesa originaria.

Si è verificato, cioè, un graduale rovesciamento nel modo di atteggiarsi dei rapporti tra novazione e negozio modificativo, al punto che possono considerarsi eccezionali proprio le fattispecie in cui la novazione costruisce l'unico mezzo per attuare un certo mutamento nelle relazioni di carattere obbligatorio che legano le parti⁴⁶.

La rivalutazione della vicenda modificativa come sopra è stata descritta trova la sua giustificazione nella prospettiva funzionale del rapporto che non può più essere studiato soltanto sotto il profilo strutturale.

Il rapporto giuridico, infatti, è anche mezzo di componimento di conflitti e la sua disciplina può anche modificare senza comportare mutamento del titolo o dell'oggetto e quindi senza modificare gli elementi idonei ad identificarlo⁴⁷.

Il rapporto obbligatorio, quindi, va inteso come un'entità in grado di evolversi e suscettibile di essere adattata, per volontà delle parti, al variare

⁴⁵ A. ZACCARIA, voce "Novazione", cit., p. 285.

⁴⁶ A. ZACCARIA, voce "Novazione", cit., p. 286.

⁴⁷ G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, "prestazione in luogo dell'adempimento" e novazione del rapporto obbligatorio*, *Rass. dir. civ.*, 1989, I, p. 263.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

delle circostanze di fatto o dei nuovi interessi perseguiti dalle parti, ed il negozio modificativo rappresenta uno strumento migliore rispetto alla novazione per realizzare questa finalità.

Riconosciuta piena legittimazione al negozio modificativo, resta da chiarire se ad esso possa essere attribuita o meno efficacia novativa, se cioè, l'obbligazione originaria possa essere novata solo parzialmente.

Al riguardo, secondo parte della dottrina⁴⁸, costituisce un punto fermo di ordine logico la circostanza che di semplice modificazione può parlarsi solo sino a quando l'entità che ha subito la modifica sia ancora riconoscibile. Cosicché di modificazione di rapporto obbligatorio potrà parlarsi solo sino a quando il rapporto medesimo pur modificato conservi la propria identità.

Ove ciò non accada, i limiti del concetto di modifica dovranno riconoscersi per forza di cose valicanti: il rapporto modificato dovrà qualificarsi rapporto nuovo, sorto, pertanto, nel contesto di un evento da classificarsi necessariamente come novazione, a prescindere dal fatto che l'avvicendamento di una nuova obbligazione a quella originaria rientrasse o no nel disegno delle parti che la modifica hanno convenuto.

Il punto cruciale è rappresentato allora dallo stabilire se la sostituzione dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione costituisca in ogni caso un evento che snatura il rapporto, ovvero possa essere attuata, almeno entro certi limiti, anche tramite un negozio semplicemente modificativo.

Rispondere nel primo senso condurrà evidentemente a limitare il possibile ruolo dell'*animus novandi*, mentre una diversa soluzione imporrebbe la rivalutazione dell'elemento volontaristico: si tratta di capire quale soluzione vada ritenuta preferibile⁴⁹.

Certamente, per concludersi sul punto, può affermarsi che, ponendo l'accento sull'intenzione delle parti, si ottiene una limitazione delle ipotesi

⁴⁸ A. ZACCARIA, voce "Novazione", cit., p. 283.

⁴⁹ A. ZACCARIA, voce "Novazione", cit., p. 283.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

di automatismo dell'effetto novativo a seguito di una determinata modificazione, rispecchiando in tale modo la marcata tendenza di privilegiare l'autonomia negoziale.

Nonostante l'estrema difficoltà riscontrata nel ricostruire i rapporti tra novazione e modificazione dell'obbligazione, si può affermare che l'eventuale effetto novativo del negozio modificativo vada verificato caso per caso, comparando l'obbligazione nuova con quella originaria.

La questione può essere studiata anche in relazione ad un'ulteriore fattispecie, costituita dall'istituto della "prestazione in luogo dell'adempimento", che rappresenta uno mezzo con cui si può realizzare la vicenda modificativa dell'obbligazione: con essa il debitore estingue l'obbligazione eseguendo una prestazione concordata con il creditore diversa da quella originaria.

La *datio in solutum*, pertanto, realizzerebbe una funzione meramente modificativa del rapporto obbligatorio consistendo nell'esecuzione di un *facere* alternativo a quello precedente: essa consentirebbe al debitore di esercitare un potere di scelta tra le prestazioni da eseguire, rendendo facoltativo il rapporto giuridico costruito originariamente come semplice.

Da ciò conseguirebbe che l'estinzione dell'obbligazione non sarebbe conseguenza diretta della convenzione di cui all'art. 1197 c.c., ma dell'esecuzione della prestazione diversa.

Occorre verificare, allora, quale sia il rapporto che si instaura tra novazione e *datio in solutum*. Punto di partenza di tale esame è rappresentato proprio dall'accertamento della natura giuridica di quest'ultima.

La dottrina⁵⁰ che specificamente si è occupata dell'argomento è giunta a ritenere la sua natura contrattuale: fondamento di tale riflessione sarebbe rappresentato dal fatto che la *datio in solutum* non atterrebbe ad un

⁵⁰ G. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pp. 622 e ss..

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

piano meramente esecutivo, ma l'esecuzione della prestazione successivamente convenuta costituirebbe attuazione di un negozio (modificativo) già perfetto.

Occorre capire, a questo punto, se ci si trovi di fronte ad una obbligazione novata oppure solamente modificata, se cioè la modifica apportata attraverso la prestazione in luogo dell'adempimento sia tale da escludere il permanere dell'originario rapporto obbligatorio, realizzando così una vicenda estintiva-costitutiva.

La prestazione in luogo dell'adempimento produce non la diretta ed immediata estinzione dell'obbligazione, bensì l'attribuzione al debitore della possibilità di compiere una prestazione diversa da quella dovuta e ciò dipende dall'avvenuta modifica del rapporto obbligatorio che, da semplice, è divenuto facoltativo o con facoltà alternativa. Tuttavia su tali considerazioni non v'è totale convergenza della dottrina.

È stato, infatti, sostenuto che la modifica dell'oggetto dell'obbligazione avverrebbe contestualmente all'adempimento della diversa prestazione e che tale vicenda non sarebbe produttiva della novazione dell'obbligazione⁵¹.

Una tale soluzione discenderebbe dal ruolo attribuito all'*animus novandi* per stabilire quando via sia o no novazione: ancora una volta il perno del ragionamento si sposta sull'elemento soggettivo, necessario per capire se la previsione della nuova prestazione abbia estinto la prima obbligazione per novazione o l'abbia più semplicemente modificata in alternativa.

Le parti, infatti, possono decidere di modificare la prestazione in *limine solutionis* o di costituire un'obbligazione nuova in posizione

⁵¹ A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento tra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 176.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

alternativa o aggiuntiva alla precedente, oppure di sostituire la vecchia con una nuova obbligazione⁵².

In tale contesto la vicenda modificativa si pone tra quella costitutiva e quella estintiva: non costituisce un nuovo rapporto e non estingue quello esistente. Tende, invece, alla conservazione di un rapporto che ne risulterà modificato in un aspetto accessorio e marginale inidoneo a snaturare l'obbligazione originaria.

Lo stesso art. 1231 c.c. elenca una serie di mutamenti dell'obbligazione assolutamente inidonei a comportare la novazione di questa e ciò proprio perché non incidenti sull'identità funzionale del rapporto, a prescindere dall'esistenza dell'*animus novandi*. In quest'ulteriore ottica viene ad essere ridimensionata la finzione dell'elemento soggettivo dal momento che, pur in sua presenza, la modificazione di clausole accessorie sarebbe irrilevante ai fini dell'estinzione o della costituzione dell'obbligazione. Su tale posizione si porrebbe lo stesso art. 1230 comma 1 c.c. ove prevede che l'obbligazione si estingue con la sostituzione della vecchia obbligazione con la nuova, quasi come una conseguenza necessaria delle modificazioni dell'oggetto o del titolo.

Nella medesima prospettiva, pertanto, si potrebbe concludere che il mutamento dell'oggetto, e quindi dell'obbligazione medesima, si verificherebbe non a seguito dell'intervenuto accordo, ma solo tramite il compimento della diversa prestazione: in questo caso l'atto di adempimento, in quanto strumento indispensabile per l'attuazione del negozio modificativo, acquisterebbe natura negoziale⁵³.

Una tale conclusione, non del tutto in armonia con l'asserita natura di comportamento dovuto propria dell'adempimento, suscita altri dubbi dal

⁵² G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, "prestazione in luogo dell'adempimento" e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, I, p. 277.

⁵³ A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento tra novazione e negozio modificativo del rapporto*, cit., p. 103.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

momento che la funzione modificativa riconosciuta alla figura della *datio in solutum* dovrebbe indurre a riconoscere alla nuova prestazione la medesima funzione solutoria attribuita a quella originaria⁵⁴.

Tale conclusione lascia perplessi in quanto in tal modo l'adempimento avrebbe una funzione modificativa dell'obbligazione con contestuale funzione estintiva.

Si finirebbe così con l'affermare che da un lato la prestazione in luogo dell'adempimento si risolve in un accordo modificativo dell'oggetto e dall'altro che, nonostante il *pactum*, l'obbligazione rimarrebbe inalterata fino all'adempimento della diversa obbligazione: in tal modo l'effetto modificativo deriverebbe non dal patto ma dall'adempimento.

La possibilità riconosciuta al debitore di estinguere l'obbligazione con una diversa prestazione si risolve nell'attribuzione di un potere nuovo e diverso che è destinato ad incidere sul rapporto obbligatorio: proprio tale attribuzione discende da una modificazione del rapporto giuridico che può anche dar luogo ad una vicenda novativa qualora le modifiche apportate siano tali da produrre la sostituzione dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione⁵⁵.

Ciò premesso, torniamo al rapporto tra garanzia per vizi ed obblighi di eliminazione per comprendere gli effetti di quest'ultimi sul rapporto obbligatorio originario (vendita o appalto).

A questo punto ci vengono offerte due prospettive di esame diverse: da un lato ci sarà l'originaria garanzia per i vizi (non riconosciuti e quelli che non ci si è obbligati a eliminare); dall'altro la garanzia per i vizi riconosciuti e alla cui rimozione ci si è obbligati.

⁵⁴ G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, "prestazione in luogo dell'adempimento" e novazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 272.

⁵⁵ G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, "prestazione in luogo dell'adempimento" e novazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 279.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

Occorre chiedersi in che cosa differiscano tali garanzie e se l'originaria garanzia debba considerarsi estinta o modificata dall'obbligo del venditore o dell'appaltatore di eliminazione.

Per quanto riguarda le eventuali differenze, bisogna analizzare il contenuto specifico delle due obbligazioni. Da un punto di vista soggettivo il problema è di soluzione piuttosto semplice in quanto le parti coinvolte nella vicenda sono le medesime.

Più complesso è invece il profilo riguardante il contenuto delle due obbligazioni; e qui occorre distinguere l'ipotesi dell'appalto da quella della vendita.

Se si accede alla tesi della novazione, questa, comportando l'estinzione dell'obbligazione originaria, provocherebbe la cessazione della garanzia di cui agli artt. 1490 e 1492 c.c., con la conseguenza che i vizi non riconosciuti e quelli estranei all'obbligo di eliminazione ne rimarrebbero privi. Tale conclusione è evidentemente inaccettabile a meno di non considerare coesistenti le due garanzie: una – quella originaria – per i questi ultimi vizi, l'altra – quella sopravvenuta – per gli altri.

Ma anche tale conclusione è inaccettabile perché in contraddizione con le medesime proprie premesse. Infatti, se la garanzia si estingue per novazione non può poi sopravvivere per i casi non previsti nell'obbligazione successiva.

Va considerato, infine, che se si estinguesse la garanzia originaria per effetto della novazione, il compratore perderebbe il diritto di chiedere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

In tema di appalto, invece, l'obbligo di eliminare i vizi deriva direttamente dal contratto, per cui non vi sarebbe alcuna obbligazione da novare. Anche in questo caso, poi, se la garanzia per vizi si estinguesse per effetto della novazione derivante dall'assunzione dell'obbligo successivamente assunto di eliminazione dei vizi, ne deriverebbe la

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

rimozione del diritto di chiedere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Valgono, perciò, al riguardo le stesse considerazioni effettuate per la vendita.

Va considerato, infine, che a seguito dell'intervento riparatore derivato dall'esecuzione dell'obbligo di eliminazione dei vizi, la cosa diventa nuovamente oggetto di garanzia, aprendosi un ulteriore scenario problematico: se l'obbligo di eliminare i vizi fosse un'autonoma obbligazione che ha novato quella originaria, finirebbe con il diventare fonte di un'ulteriore obbligazione di garanzia di cui però sarà difficile individuare la relativa disciplina: si applicherà quella in tema di vendita o quella prevista per l'appalto?

Tale problema certamente non si porrebbe se l'obbligo di eliminare i vizi fosse considerato inidoneo a provocare qualsivoglia effetto novativo.

Alla luce di tali rilievi, deve concludersi sulla loro decisività per confutare la natura novativa dell'obbligo di cui si tratta.

A completamento del ragionamento fin qui effettuato va segnalato un ulteriore profilo: se l'assunzione del nuovo obbligo possa in qualche modo essere ricondotto allo schema della *datio in solutum*, istituto che realizza una funzione modificativa dell'obbligazione senza comportare effetti novativi.

È necessario innanzitutto chiedersi se l'obbligo di eliminare i vizi ha per oggetto una prestazione diversa da quella dovuta e poi se con l'esecuzione della diversa prestazione l'obbligazione si estingue.

Per quanto attiene al primo profilo evidenziato, occorre nuovamente differenziare l'ipotesi della vendita da quella dell'appalto, con la consapevolezza che però il medesimo ragionamento è applicabile ad entrambe le fattispecie.

Si ha avuto già modo di verificare come la prestazione del venditore che si obblighi ad eliminare i vizi della cosa sia altra rispetto a quella dovuta

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

per effetto dell'operatività della garanzia⁵⁶, ma il dato da approfondire è se l'esecuzione di questa prestazione sia idonea a liberare il venditore dal predetto obbligo di garanzia.

Riportandoci a quanto sostenuto in merito alla natura giuridica dell'obbligazione di garanzia, come abbiamo sostenuto nelle pagine che precedono, l'obbligazione ex art. 1490 c.c. non si estingue a seguito dell'assunzione dell'obbligo eliminatorio, ma al contrario continua ad essere operativa per i vizi non riconosciuti e per quelli che dovessero presentarsi a seguito dell'intervento di eliminazione.

Da questo dato, pertanto, si può dedurre che non si realizzano i tipici effetti della "prestazione in luogo dell'adempimento" proprio perché manca l'effetto solutorio tipico di tale istituto.

Ad analoghe conclusioni deve giungersi anche in riferimento all'effetto estintivo della *datio in solutum*: sostenere che con l'esecuzione della prestazione diversa si estingue l'originaria obbligazione di garanzia, ci conduce ad un risultato in netta contraddizione con le premesse del ragionamento fin qui effettuato.

Ferme restando le perplessità sul momento in cui si determinerebbe l'estinzione dell'obbligazione⁵⁷, si è già dimostrato come l'operatività delle garanzie edilizie non possa considerarsi cassata dal successivo obbligo di eliminazione perché la loro operatività travalica i limiti di tale obbligazione in quanto, come già specificato, per effetto dell'intervento del venditore la cosa (o l'opera) continua ad essere garantita per gli eventuali vizi successivi e ciò non in forza di una garanzia speciale o atipica che discenderebbe

⁵⁶ Mentre nell'appalto sono in parte coincidenti.

⁵⁷ L'estinzione dell'obbligazione originaria non sarebbe un effetto diretto del patto tra debitore e creditore con cui quest'ultimo consente al primo di liberarsi con l'esecuzione di una prestazione diversa, ma dell'esecuzione stessa di quest'ultima: in quest'ottica, pertanto, l'effetto estintivo non dipende dal patto ma dalla sua esecuzione, privando in sostanza la *datio in solutum* di una vera e propria efficacia estintiva – costitutiva dell'obbligazione (cnf. G. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, cit.).

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

dall'obbligo di rimuovere i vizi, ma direttamente dall'art. 1490 c.c. o in caso di appalto dall'art. 1668 c.c..

6. *L'obbligo di eliminazione dei vizi e ricognizione del debito*

Come nella pagine che precedono si ha avuto modo di verificare, al dilemma se l'impegno di eliminare i vizi determini novazione dell'obbligazione originaria o meno sia la giurisprudenza di legittimità che la dottrina hanno dato nel tempo risposte difformi.

L'occasione per tracciare le fila del problema si è posta con la nota decisione adottata dalle sezioni unite del supremo consesso con la sentenza 21 giugno 2005, n. 13294.

La Suprema Corte, districandosi tra i precedenti difformi, ritiene di cavarne un senso unitario ed un bandolo sicuro: riconosce di scorcio che il suo intervento, piuttosto che dirimere un effettivo contrasto circa il rilievo dell'impegno di eliminare i difetti, mira a fugare gli equivoci che si annidano sul versante della novazione⁵⁸.

L'obbligo assunto dal venditore di rimuovere i vizi non rappresenta più un *aliquid novi*, ma semplicemente un *quid pluris*, necessario ad ampliare la modalità di attuazione dell'obbligazione.

In quest'ottica il termine novazione sarebbe utilizzato attecnicamente: la stessa giurisprudenza, infatti, posta di fronte al quesito relativo alle conseguenze della mancata realizzazione del risultato cui il venditore si era obbligato – cioè l'eliminazione dei vizi – non esita ad affermare che “ove gli interventi riparatori del bene restino senza esito, ovvero abbiano un effetto inidoneo ad eliminare il sopravvenuto squilibrio

⁵⁸ A. CERULO, *Riconoscimento dei vizi della cosa venduta e novazione dell'obbligazione*, in *Nuov. Giur. civ. comm.*, II, 2, p. 426.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

fra le prestazioni delle parti, l'acquirente conserva il diritto di chiedere la risoluzione del negozio traslativo⁵⁹.

L'uso atecnico del termine novazione è evidente, atteso che è sufficiente l'inattuazione del nuovo obbligo per far rivivere ciò che c'era prima, cioè la garanzia.

Si tratta perciò di assegnare un significato, ai fini dell'esercizio delle azioni edilizie e del relativo termine prescrizione, alla circostanza che fra le parti è in corso, per l'impegno assunto dal venditore, un tentativo di far ottenere al compratore il risultato che egli aveva il diritto di conseguire fin dalla conclusione del contratto. E altro significato non può essere quello di svincolare il compratore dai termini e condizioni per l'esercizio delle azioni edilizie, atteso che queste non vengono da lui esercitate in pendenza degli interventi del venditore finalizzati all'eliminazione dei vizi redibitori, al fine di evitare di frapporre ostacoli, secondo la regola della correttezza (art. 1175 c.c.) alla realizzazione della prestazione cui il venditore è tenuto.

In quest'ottica, l'impegno del venditore di eliminare i vizi consente al compratore di essere svincolato dai termini di decadenza e prescrizione previsti per l'esercizio delle azioni edilizie, si sostanzierebbe in un riconoscimento del debito (*rectius* del diritto).

Solo in presenza di un accordo delle parti da cui si evinca chiaramente l'intenzione di estinguere l'originario rapporto e di sostituirlo con un altro, nuovo per oggetto o titolo, l'obbligo di eliminare i vizi può assumere i tratti di una obbligazione novata alla stregua dei principi generali.

La soluzione adottata dalla Corte, pur censurabile per il percorso logico seguito, costituisce il naturale punto d'arrivo di tutta la riflessione effettuata intorno al riconoscimento dei vizi, atto ricondotto nell'alveo della ricognizione.

⁵⁹ Cass. civ., 27 novembre 1985, n. 5889, *cit.*

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

Considerare, infatti, novativo un obbligo che nella generalità dei casi è la diretta conseguenza di un atto unilaterale di natura ricognitiva avrebbe costituito una vera contraddizione.

7. L'obbligo di eliminazione dei vizi e risarcimento in forma specifica.

Un'ultima riflessione meritano le vicende legate agli effetti dell'assunzione dell'obbligo eliminatorio e del suo inadempimento.

Gli interrogativi che ancora meritano risposta, infatti, riguardano il caso della persistenza dei vizi a seguito dell'intervento di riparazione, l'accesso alla tutela risarcitoria in forma specifica⁶⁰ e la ricorribilità all'esecuzione in forma specifica ove l'obbligo riparatorio resti inadempito.

Le questioni anzi poste impongono l'esame di un problema molto discusso, inerente da un lato le differenze tra risarcimento in natura ed esecuzione in forma specifica, dall'altro l'estensibilità del risarcimento in natura al danno da inadempimento.

L'esecuzione in forma specifica prevista dagli artt. 2930 e ss. cod. civ.⁶¹ tende a realizzare il medesimo risultato dell'adempimento volontario,

⁶⁰ Secondo una certa concezione, oramai superata, la reintegrazione in forma specifica non avrebbe natura risarcitoria pur assolvendo una funzione diretta a riparare il danno. Per poterlo sostenere, il termine "riparare" è stato utilizzato come genere, rispetto al quale "risarcire" e "reintegrare" sarebbero specie, e con una differente valenza. Sul punto si veda A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1966, II, pp. 305 e ss.

⁶¹ Per una disamina della tutela risarcitoria in forma specifica si rinvia a D. MANDRIOLI, *Risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1922, I, pp. 352 – 402; R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pp. 201 – 245; M. POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1969; R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969, pp. 5 – 28; A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, 2^a ed., Bologna – Roma, 1971; F. SFORZA, *Ordine di cessazione dell'illecito e risarcimento in forma specifica*, in *Foro it.*, I, 1978, cc. 615 – 619; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3^o ed., Milano, 1979; C. EBENE

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

sicché l'adempimento coattivo si pone in continuità con l'attuazione del rapporto, e consente la soddisfazione dell'interesse del creditore, seppure in modo diverso da quello fisiologico. Il presupposto dell'esecuzione forzata è l'inadempimento dell'obbligazione, rispetto al quale la tutela specifica non necessariamente rimuove tutte le conseguenze.

Malgrado l'adempimento coatto, il creditore può patire un danno, e questo deve essere autonomamente risarcito, anche mediante il risarcimento in forma specifica ove sia possibile. Il fine dei due rimedi è diverso: con l'esecuzione in forma specifica si tende a soddisfare l'interesse del creditore, il medesimo interesse che è rappresentato dal vicolo obbligatorio, salvo il risarcimento del danno; con il risarcimento in natura si eliminano le conseguenze di un danno, secondo modalità diversa dalla dazione di una somma di denaro⁶².

Qualora non si accolga una tale distinzione, si corre il rischio di equiparare l'esecuzione in forma specifica con il risarcimento in natura. Senonché, da un'obbligazione ineseguita non necessariamente si produce un danno, quando l'esecuzione in forma specifica soddisfi ugualmente l'interesse del creditore senza suo pregiudizio⁶³.

Alla luce di tanto torniamo all'esame della posizione giuridica dell'avente diritto alla riparazione di fronte ad un intervento non eseguito o eseguito male.

Posto che la fonte del nuovo obbligo di eliminazione andrebbe individuata nel riconoscimento del vizio e non nella garanzia legalmente prevista per la vendita e per l'appalto, deve essere escluso l'esperimento

COBELLI, *Risarcimento in forma specifica*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, a cura di G. ALPA E M. BESSONE, fondata da W. BIGIAMI, V, Torino, 1987, pp. 354 – 373; G. CECCHERINI, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano, 1989.

⁶² R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pp. 224 e ss.

⁶³ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 2010, II, pp. 259 - 260.

- Capitolo Terzo -

L'eliminazione dei vizi tra novazione e modificazione

delle azioni edilizie, essendo l'obbligo rimasto inadempito estraneo alla garanzia per vizi e difformità.

A fronte dell'intervento (dovuto) eseguito male, ovvero non eseguito, pertanto, l'avente diritto potrebbe invocare o l'adempimento coattivo o il risarcimento del danno, eventualmente in forma specifica⁶⁴.

⁶⁴ Sul rapporto tra obbligo di eliminazione dei vizi e risarcimento in forma specifica si rinvia a E. TUVÉRI, *L'eliminazione del vizio del bene venduto come risarcimento del danno in forma specifica: un'ipotesi di tutela del compratore*, nota a Trib. Cagliari, 27 maggio 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1994, pp. 380 – 387; A. MASTROLILLI, *Garanzia per vizi nella vendita e risarcimento in forma specifica: un rapporto controverso*, nota a Cass., 21 maggio 2008, n. 12852, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 161 – 167; E. FABIANI, *Esecuzione forzata in forma specifica ed eliminazione dei vizi e/o difformità dell'opera appaltata*, nota a Cass., 1° giugno 1998, n. 5374, in *Foro it.*, I, cc. 2636 – 2648; A. PLAIA, *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Padova, 2000, pp. 86 – 104.

- Il riconoscimento dei vizi -

BIBLIOGRAFIA

- F. ADDIS, *Tradizione e innovazione nella vendita dei beni di consumo: unità e frammentazione nel sistema delle garanzie*, in *Giust. civ.*, 2004, Parte II, pp. 323 – 324
- F. AGOSTINO, *Differenza sostanziali tra consegna di aliud pro alio, cosa mancante di qualità essenziali o pattuite e cosa affetta da vizi nel contratto di vendita*, in *Giur. agr. it.*, 1976, pp. 462 e ss.
- R. ALBERTO, *L'azione di esatto adempimento*, in *La vendita*, a cura di M. BIN, vol. IV, *Garanzie e inadempimento*, tomo II, Padova, 1996;
- M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951;
- G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 871 e ss;
- M. AMBROSOLI, *La garanzia per vizi*, in *La donazione, Tratt. Bonilini*, II, Torino, 2001;
- T. ASCARELLI, *Titoli causali e negozio di accertamento*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949;
- T. ASCARELLI, *L'accertamento negoziale*, in *saggi giuridici*, 1940, I, p. 3 e ss;
- T. ASCARELLI, *Confessione e ricognizione*, in *Saggi giuridici*, 1942, I, p. 235 e ss.;
- AA. VV., *La tutela dei diritti*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2008.
- U. BABUSIAUX, *Défaut de conformité. Détermination du défaut de conformité selon la réglementation en vigueur dans le pays du vendeur*, in *Recueil Dalloz*, 2002, *Jurisprudence*, p. 317 e ss.;
- O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 3^a ed., Leipzig, 1894, rist. 1970;
- G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da GROSSO E SANTORO PASSARELLI, Milano, 1964;
- L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946;

- Il riconoscimento dei vizi -

- P. BARCELLONA, *Errore (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966;
- W. BAUMANN, *Das Schuldanerkenntnis*, Berlin, 1992;
- E.I. BEKKER, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Düsseldorf, 1865.
- C. BELFIORE, *Sulla pretesa del compratore alla riparazione della cosa venduta*, in *Foro pad.*, 1974, I, p. 208;
- L. BELLANOVA, *Diffformità, vizi e difetti nell'appalto: a proposito del 1° comma dell'art. 1667 c.c.*, in *Contr. e impr.*, 1994.
- D. BEN ABDERRAHMANE, *La conformité des marchandises dans la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, in *Droit ed pratique du commerce international*, 1989, p. 551 e ss.;
- M. BERGMANN, *Schuldanerkenntnis und Schuldbekennntnis bei Verkehrsunfällen*, in MDR, 1974.
- E. BETTI, *Ricognizione di debito e promessa di pagamento secondo il nuovo codice*, in *Studi in memoria di Segrè*, Milano, 1943;
- S. BUNSEN, *Prozessrechtsgeschäfte*, in ZZP, 1906, pp. 401 – 440;
- C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, *Diritto Civile*, IV, Milano, 1990.
- C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1967;
- C.M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, vol. 5, Milano, 1994
- C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, VII, 1, Torino, 1972.
- M. BIN, *La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 755.
- M. BIN – A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Tratt., dir. comm. e dir. pubb. econ.*, diretto da F. GALGANO, XXXI, Padova, 2003;
- B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato VASSALLI*, XII, 4, Torino, 1961.
- G. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984.

- Il riconoscimento dei vizi -

- G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, “prestazione in luogo dell’adempimento” e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, I.
- O. BUCCISANO, *Novazione*, *Enciclopedia giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.
- S. BUNSEN, *Prozessrechtsgeschäfte*, in *Z.Z.P.*, 1906, pp. 401, e ss
- L. BUTTARO, voce *“Assicurazione contro i danni”*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958;
- L. CABELLA PISU, *Orientamenti dottrinari in tema di garanzia e responsabilità del venditore (profili storici)*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 451;
- L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983
- M. CALLEGARI, *La denuncia dei vizi nella Convenzione di Vienna: un difficile incontro con il criterio del reasonable man*, in *Giur. it.*, 1998, p. 982;
- C-W. CANARIS, *Die Auswirkungen der Anerkennung eines aktiven Kontokorrentsaldo auf unverbindliche Börsentermingeschäfte*, in *ZIP*, 1987, 885.
- C.-W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Padova, 2003;
- L. CAO, *Vendita di cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, pp. 303.
- V. CARBONE, *Il riconoscimento del debito nell’ambito dell’attività ricognitiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1016 e ss.
- F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I;
- F. CARNELUTTI, *Note sul’accertamento negoziale*, in *Riv. proc. civ.*, 1940, p. 3 e ss;
- F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I;

- Il riconoscimento dei vizi -

- U. CARNEVALI, *sub art. 769*, in P. CENDON, *Commentario al codice civile*, Torino, 1991, II;
- F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1957;
- F. CARRESI, *Concetto e natura giuridica della transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 598;
- A. CERULO, *Riconoscimento dei vizi della cosa venduta e novazione dell'obbligazione*, in *Nuov. Giur. civ. comm.*, II, 2;
- G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928.
- M. COESTER, *Probleme des abstrakten und kausalen Schuldanerkenntnisses*, in *JA*, 1982, vol. 14, pp. 579 - 583;
- C. COLOMBO, *In tema di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi redibitori nella vendita*, in *Corr. giur.*, 1995.
- D. CORAPI, *La direttiva 99/44/CE e la convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, in *Eur. Dir. priv.*, 2002, pp. 657 e ss.;
- R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, in *Memorie dell'istituto giuridico della Regia Università di Torino*, Torino, 1942.
- P. COSENTINO – P. VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme, 1978 – 1985*, Torino, 1986
- G. COTTINO, *La posizione del compratore*, in *La vendita internazionale. La convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Milano, 1981.
- N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1915;
- G. CREZELIUS, *Konstitutives und deklaratories Schuldanerkenntnis*, Betrieb, 1977.
- V. CUFFARO, *La locazione. Disciplina sostanziale e processuale*, Bologna, 2009.
- S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 31 e ss.
- M. DANNUSSO, *Decadenza dalla garanzia per vizi e onere della prova*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p.

- Il riconoscimento dei vizi -

- G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000.
- G. DE CRISTOFARO, *Preliminare e definitivo di fronte alla garanzia per vizi: una (ancora) apprezzabile differenziazione?*, in *I Contratti*, 1995
- A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1966;
- H. DEGENKOLB, *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*, in *Arch. Civ., Praxis*, LXXI, 1887, p. 157 - 170.
- L. DELOGU, *La vendita*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da G. VISINTINI, II, Padova, 2009.
- E. DEL PRATO, voce "Transazione" (*Dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XLIV, Varese, 1992;
- C. M. DE MARINI, *Ammissione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.
- A. DE MARTINI, *Ricognizione di debito e astrazione processuale della causa*, nota a Cass., 20 marzo 1947, n. 412, in *Giur. compl., Cass. civ.*, 1947, III, p. 423.
- R. DE MATTEIS, *Preliminare di compravendita ad effetti anticipati e garanzia per vizi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 139 e ss
- R. DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, pp. 46 e ss
- M. DE TILLA – S. GIOVE, *Le locazioni abitative e non abitative*, in *Trattato teorico pratico di diritto privato*, diretto da G. ALPA e S. PATTI, PADOVA, 2009;
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, in *Problemi e metodo del diritto civile*, Vol. III, Milano, 1993;
- M. DI PAOLO, voce "Negozio di accertamento", in *Digesto disc. priv.*, XII, Torino, 2002;

- Il riconoscimento dei vizi -

- L. ENNECCERUS – HG. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958, p. 820 ss.
- S. FAJELLA, *Ancora sulla distinzione tra vizi redibitori, mancanza di qualità e prestazione di aliud pro alio*, in *Temi*, 1974, pp. 137 e ss
- A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965;
- A. FALZEA, voce “*Accertamento*” (*teoria generale*), in *Enc. dir.*, Milano, 1958
- G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir., civ. e comm.*, diretto da CICU E MESSINEO, I, Milano, 1973;
- F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione di Vienna del 1980*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, XXI, diretto da F. GALGANO, 1^a ed., Padova, 1997;
- F. FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, XXI, diretto da F. GALGANO, 2^a ed., Padova, 2006;
- F. FERRARI, *Problematiche tipiche della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili risolta in una prospettiva uniforme*, in *Giur. it.*, 2001, p. 280;
- G.B. FERRI, *La vendita in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 11, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1984.
- M. FRAGALI, *Del comodato*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1966;
- M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 2010;
- C. FURNO, *Confessione Dir. proc. civ.*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.
- C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948;

- Il riconoscimento dei vizi -

- C. FURNO, *In tema di riconoscimento del debito*, nota a Cass., 9 luglio 1949, n. 1748, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, c. 746;
- F. GALGANO, *Vendita*, *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.
- E. GABRIELLI, *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 657
- E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa. L'“aliud pro alio” nei negozi giuridici: profili ricostruttivi, tendenze giurisprudenziali e tecniche interpretative*, Napoli, 1987.
- G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, 2^a ed., Padova, 2005.
- L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 243
- M. GARUTTI, *Osservazioni in tema di mancanza di qualità ovvero consegna aliud pro alio*, *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 1086 e ss
- J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate. Sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, Tübingen, 1983;
- C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, II, Torino, 1964;
- C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, II ed., Milano, 1977.
- U. GIANOLA, *Verso il riconoscimento della promessa atipica*, in *Giur. it.*, 1995, I,1, p. 1920.
- G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1972
- G. GIAMPICCOLO, voce “*Mutuo*”, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 103;
- M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1970;
- M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939;
- F. GIRINO, *Note in tema di garanzie dell'appaltatore*, in *Giur. it.*, 1994, pp. 94-95.

- Il riconoscimento dei vizi -

- G. GORLA, *Azione redibitoria*, *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959
- G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1937
- L. GRAFFI, *Spunti in tema di vendita internazionale e forum shopping*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 807.
- C. GRANELLI, *Confessione e ricognizione del diritto civile*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, III, Torino, 1988.
- U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1966;
- B. GRASSO, *Garanzia per i vizi della cosa venduta, azione di esatto adempimento e risarcimento del danno informa specifica*, in *Rass. Dir. civ.*, 1980, pp. 213 e ss.,
- A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, Padova, 1979.
- A. GRAZIANI, *Note in tema di promessa di pagamento*, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 104 ss.;
- A. GRAZIANI, *Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, in *Enc. giur.*, Treccani, XXIV, Roma, 1991;
- P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981;
- L. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Impegno all'eliminazione dei difetti dell'opera e novazione dell'obbligazione di garanzia nel contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 1996, pp. 1063 – 1065.
- R. GUGLIELMO, *Contratto preliminare di compravendita ad effetti anticipati e garanzia per vizi*, in *Riv. notariato*, 1988, p. 675 e ss;
- A. HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis u. Verzicht*, Tübingen, 1904.
- K. HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, Breslau, 1910
- R. HENSCHERL, *Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Caveat venditor, caveat emptor and contract law as*

- Il riconoscimento dei vizi -

background law and as a competing set of rules, in *Nordic Journal of commercial Law*, 2004/1, pp. 1 e ss;

- E. V. HIPPEL, *Zum Anerkennungsverbot bei Verkehrsunfällen*, in *NJW*, 1967, p. 15.
- G. HOHLOCH, *Vertragsmäßigkeit der Ware nach UN-Kaufrecht*, in *Juristische Schulung*, 1996, pp. 175 e ss.
- H. HONSEL, *Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*, sub §§433 – 534, in *J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 1995;
- C. IACOVINO, *Effetti della donazione*, in C. IACOVINO, V. TAVASSI, T. CASSANDRO, *La donazione*, Milano, 1996;
- A. IANACONE, nota a Cass., 17 novembre 1990, n. 11126, *Sulla garanzia per i vizi del bene oggetto del preliminare di vendita*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2753;
- P. KRÜCKMANN, *Das Anerkenntnis als Ermächtigung*, in *Archiv. civ., Praxis*, CXXXIV, 1931, p. 289 - 301.
- A. LANOTTE, *Impegno di riparare il bene difettoso come riconoscimento del debito*, *Foro It.*, 2006, 9, Pt. 1, p. 2426.
- F. LAPERTOSA, *La garanzia per vizi nella vendita e nell'appalto*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 58;
- K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, München und Berlin, 1962.
- G. LASERRA, *Riconoscimento del debito e promessa di pagare*, in *Dir. e giur.*, 1949, pp. 243 e 246;
- H. LEHMANN, *Das Anerkenntnis verjährter Forderungen*, in *JW*, 1937, p. 2169.
- A. LENER, nota a Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, c. 669.
- A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Milano, 1970.
- A. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., Torino, 1927, I.

- Il riconoscimento dei vizi -

- N. LIPARI, *La garanzia per i vizi e le difformità dell'opera appaltata: risoluzione del contratto, mancanza di qualità promesse e aliud pro alio*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2948.
- A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003,
- A. LUMINOSO, *Vendita-Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Buonocore, sez. II, T. 3.I, Torino, 2004;
- A. LUMINOSO, in LUMINOSO, CARNEVALI, COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento (art. 1453 – 1454)*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja – Branca, a cura di F. GALGANO*, Bologna – Roma, 1990
- A. MAGAZZÙ, *Voce Decadenza, Diritto civile*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960.
- M. MAIENZA, *Sugli effetti del riconoscimento del diritto in materia di prescrizione e decadenza*, *Corr. giur.*, 1996, 12, p. 1381.
- A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1907.
- P. MARBURGER, *Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, sub §§779 – 811*, in *J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 1997;
- F. MARTORANO, *La tutela del compratore per vizi della cosa*, Napoli, 1959.
- A. MASTRORILLI, *La garanzia per vizi nella vendita*, Milano, 2004.
- L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, pp. 1 – 8.
- L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a non domino*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1940, I.
- E. MINERVINI, *L'esclusione legale della garanzia per vizi nel contratto di compravendita*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II
- G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1988;
- G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 418.

- Il riconoscimento dei vizi -

- G. MIRABELLI, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, artt. 1470 – 1549, Bologna – Roma, 1981
- L. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, p. 155 - 158;
- M. MUSY – S. FERRERI, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Milano, 2006.
- G. MUSOLINO, *Appalto e contratto d'opera. La responsabilità*, Bologna, 2008.
- U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975;
- U. NATOLI - R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, IV, tomo I, Torino, 1971.
- P. NICOLINI CANIATO, *Appunti nel negozio di accertamento unilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 172
- R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, (già in *Annali scienze giur. Univ. Messina*, 1934-1935), I, Milano, 1980.
- A. JARACH,, *Riconoscimento del vizio del bene venduto dopo lo scadere del termine ex art. 1495 c.c.*, in *Corriere giur.*, 1996, p. 75.
- F. OSTLER, *Sachmängelhaftung beim Gattungskauf*, in *MDR*, 1961, pp. 908 e ss.;
- A. Palazzo, *Le donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano. 2002,
- A. PALAZZO, voce “*Transazione*”, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIX, Torino, 2001;
- PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942.
- V. PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, cit., p. 65.
- G. PANZA, *Decadenza nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv.*, V, 4° ed., Torino, 1989.

- Il riconoscimento dei vizi -

- G. PELLIZZI, *In margine al problema della decadenza*, in *Giur. it.*, 1957, IV, p. 38.
- P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA E BRANCA, Bologna-Roma, 1975, sub. art. 1230;
- P. PISELLI, *La garanzia per vizi delle opere e la responsabilità per rovina e gravi difetti degli immobili in Italia: le attuali linee di tendenza*, in *Riv. trim. appalti*, 1990, pp. 81-82.
- G. B. POZZI, *Denuncia dei vizi redibitori: tutela del compratore o del venditore?* in *Giur. it.*, 1976, p. 794;
- G. PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento di debito*, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, p. 20 ss.
- S. PURICELLI, *Vizi redibitori, mancanza di qualità e consegna di aliud pro alio: distinzione*, in *Contr.*, 1999, pp. 146 e ss
- E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Tübingen/Berlin, 1958;
- F. RAGNO, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, in *Le monografie di Contratto e impresa, Serie di Diritto comparato*, diretta da F. GALGANO e F. FERRARI, Padova, 2008;
- P. RESCIGNO, *Appalto (diritto privato)*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988.
- P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1982.
- P. RESCIGNO, *Novazione (diritto civile)*, in *Nss. D.I.*, XI, Torino, 1965.
- R. RESTA, *Revoca degli atti giuridici*, in *Nuovo Dig. it.*, XI, Torino, 1939.
- I. RIVA, *Garanzia per vizi e contratto preliminare di vendita*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1019 e ss;
- SALV. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935.
- SALV. ROMANO, *Vendita, Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da GROSSO – SANTORO PASSARELLI, Milano, 1960.

- Il riconoscimento dei vizi -

- V. ROSSI, *vizi, mancanza di qualità e aliud pro alio datum: differenze ed analogie tra i tre aspetti dell'inadempimento*, in *dir. e giur.*, 1997, pp. 207 e ss.;
- D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ., Scialoja – Branca*, a cura di F. GALGANO, 4^a ed., Bologna-Roma, 2007.
- D. RUBINO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. Italiano*, diretto da F. VASSALLI, 4^a ed., rivista da E. MOSCATI, Torino, 1980.
- D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI, 2^a ed., Milano, 1971,
- M. RUBINO-SAMMARTANO, *Appalto di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, 2^a ed., Padova, 2006.
- M. F. G. Von RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkennnissen des B.G.B.*, in *Arch. civ. Praxis*, XCVII, 1935, p. 169 - 195;
- L. A. RUSSO, *Dell'onere della prova della denuncia dei vizi di cui all'art. 1495*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2367
- V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. Cod. civ., diretto da Scialoja e Branca*, Bologna – Roma, 1969;
- G. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, Napoli, 1971.
- F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1 e ss.;
- L. SCARANO, *Garanzia per i vizi nei contratti di vendita e di appalto*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 236;
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pp. 201 – 245;
- F. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, in *Arch. civ. Praxis*, CXI, 1914, pp. 61-69.
- M. SINISI – F. TRONCONE, *Le locazioni ad uso commerciale*, 3^a ed., Padova, 2010.
- M. STOLFI, *Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

- Il riconoscimento dei vizi -

- M. STOLFI, *Appalto-transporto*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da GROSSO E SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961.
- G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931.
- A. TABET, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU E F. MESSINEO, XXV, Milano, 1972, p. 1074
- H. TÄGERT, *Beiträge zur Theorie des Feststellungsvertrages*, Breslau, 1934.
- A. TALAMANCA, *Vendita. Diritto romano*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993;
- V. TEDESCHI, *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Varese, 1962.
- C. G. TERRANOVA, *Redibitoria (azione)*, *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991.
- C. G. TERRANOVA, *La garanzia per vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989;
- R. TETI, voce "Comodato", in *Digesto discipline privatistiche*, III, Torino, 2002;
- R. TETI, Il mutuo, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 12, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 1985
- A. TORRENTE, *Le donazioni*, in *trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1956.
- G. TRAVAGLINO, *Compravendita, vizi della cosa, azioni edilizie e novazione oggettiva*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1701.
- R. TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Trattato Rescigno*, 11, *Obbligazioni e Contratti*, III, Torino, 1984, p. 469.
- F. TRINGALI, *La donazione*, Torino, 2004, p. 396.
- R. TRIOLA, *La denuncia dei vizi nella vendita*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 1
- G. TRUTTER, *Über prozessualische Rechtsgeschäfte*, München, 1890
- C. VACCA, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in *Iura*, 1994, pp. 59 e ss;
- D. VALENTINO, *I contratti di vendita*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Milano, 2007.

- Il riconoscimento dei vizi -

- E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, XXXVII, 2, 2^a ed., Milano, 1986;
- E. VALSECCHI, *Transazione e Negozio di accertamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 181 e ss.;
- G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.
- G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (art. 1218 – 1222)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1987;
- V. VITALONE, *La contrattazione preliminare*, Torino, 2009
- F. VON CANSTEIN, *Anerkennung und Geständnis*, in *Zeitschrift f. Zivilprozess*, 1879, pp. 257 e ss
- A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des BGB*, III, München-Leipzig, 1957.
- B. WINDESCHEILD, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1865.
- A. ZACCARIA, *L'applicabilità delle nuove norme sulla vendita di beni di consumo ai contratti d'opera*, in *Studium juris*, 2003, pp. 1307 e ss.
- A. ZACCARIA, *Novazione*, *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XII, Torino, 1988.
- A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento tra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987.
- A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo"*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 264 e ss.
- C. ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, *Commento al nuovo cod. civ. Italiano*, 2^o ed., Milano, 1956.
- K. ZWEIGERT, *Aspects of the German Law of Sale*, in *Int. Comp. L. Q.*, *Supp. 9*, 1964;

- Il riconoscimento dei vizi -

GIURISPRUDENZA CITATA

- Cass., 19 marzo 2009, n. 6670, in *Imm. e prop.*, 2009, p. 384;
- Cass., 31 ottobre 2008, n. 26327, in *Giur. it., Mass.*, 2008.
- Cass., 21 febbraio 2008, n. 4523, in *Guida al dir.*, 2008, p. 94;
- Cass., 15 maggio 2007, n. 11198, in *Riv. Giur. edil.*, 2007, p. 1287
- Cass., 7 marzo 2007, n. 5202, in *Giur. it., Mass.*, 2007;
- Cass., 9 novembre 2006, n. 23909, in *Nuova giur. civ.*, 2007, 7, 1, p. 838 con nota di POLO;
- Cass., 31 luglio 2006, n. 17304, in *Giur. it., Mass.*, 2006.
- Cass., 22 giugno 2006, n. 14431, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1261.
- Cass., 18 aprile 2006, n. 8942, in *Arch. loc.*, 2006, 5, p. 560
- App. Genova, 9 gennaio 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 649
- Cass., 6 dicembre 2005, n. 26686, in *Giur. it., Mass.*, 2005;
- Cass., 30 giugno 2005, n. 13966, in *Foro it., Rep.*, 2005, voce *Lavoro autonomo*, n. 6;
- Cass., Sez. Un., 21 giugno 2005, n. 13294, in *Contratti*, 2006,
- Cass., 24 maggio 2005, n. 10922, in *Foro it., Rep.*, 2005, voce *Vendita*, n. 62;
- Cass., 4 marzo 2005, n. 4744, in *Guida al Diritto*, 2005, 16, p. 66;
- Cass., 29 novembre 2004, n. 22416, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Vendita*, n. 76;
- Cass., 13 settembre 2004, n. 18352, in *Contratti*, 2005, p. 360
- Cass., 12 luglio 2004, n. 12829, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Appalto*, n. 37;
- Cass., 26 marzo 2004, n. 6044, in *Mass. Giust. civ.*, 2004;
- Cass. 15 marzo 2004, n. 5250, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce “*Appalto*”, n. 43;
- Cass., 12 maggio 2003, n. 7260, in *Giur. it.*, 2004, p. 758;
- Cass., 1 aprile 2003, n. 4893 in *Arch. civ.*, 2004, p. 293

- Il riconoscimento dei vizi -

- Cass., 6 novembre 2002, n. 15558, in *Arch. loc.*, 2003, p. 334;
- Cass., 26 novembre 2002, n. 16677, in *Giur. it., Mass.*, 2002;
- Cass., 6 settembre 2002, n. 12981, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 3069
- Cass., 2 agosto 2002, n. 11602, in *Giust. civ.* 2003, I, p. 2501;
- Cass., 16 luglio 2002, n. 10288, in *Giust. civ., Mass.*, 2002, 1233;
- Cass., 24 maggio 2002, n. 7619, in *Notaro*, 2003, p. 150, con nota di MALAVASI
- Cass., 8 gennaio 2002, n. 29, in *I Contratti*, 2002, n. 5, p. 563;
- Cass., 29 novembre 2001, n. 15167, in *Studium juris*, 2002, p. 524;
- Cass., 19 luglio 2001, n. 8329, in *Contratti*, 2001, 11, p. 1018;
- Cass. civ., 14 maggio 2001, n. 6641, in *Mass. Giur. It.*, 2001.
- Cass., 18 aprile 2001, n. 5682, in *Giur. it.*, 2001, p. 2252
- Cass., 17 aprile 2001, n. 5597, in *Contratti*, 2001, 8-9, p. 819.
- Cass., 8 marzo 2001, n. 3425, *Mass. Giust. civ.*, 2001;
- Cass., 7 marzo 2001, n. 3341, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3667;
- Cass., 28 maggio 2001, n. 7242, in *Foro it., Rep.*, 2001, voce *Appalto*, n. 40
- Cass., 12 luglio 2000, n. 9239, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, p. 1536.
- Cass., 20 giugno 2000, n. 8384, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2577
- Cass., 7 giugno 2000, n. 7718, in *Vita notar.*, 2000, p. 1477;
- Cass., 8 marzo 2001, n. 3425, in *Giust. civ.*, 2001, p. 449;
- Cass., 5 febbraio 2000, n. 1296, in *Vita not.*, 2000, p. 285
- Cass. 21 gennaio 2000, n. 639, in *Contr.*, 2000, p. 903
- Cass., 26 gennaio 2000, n. 851, in *Giur. it., Mass.*, 2000;
- Cass., 18 dicembre 1999, n. 14277, in *Giur. it., Mass.*, 1999.
- Cass., 14 aprile 1999, n. 3679, in *Giust. civ., Mass.*, p. 847.
- Cass., 3 febbraio 1999, n. 915, in *Giust. civ.*, 1999, I., p. 2358
- Cass., 8 aprile 1998, n. 3636, in *Arch. loc.*, 1998, p. 553
- Cass., 1 ottobre 1997, n. 960, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, p. 2281;

- Il riconoscimento dei vizi -

- Cass, 20 maggio 1997 n. 4464, *Giust. civ., Mass.*, 1997, p. 794.
- Cass, 20 febbraio 1997, n. 1561, in *Mass. Giur. It.*, 1997;
- Cass., 22 novembre 1996, n. 10304, in *Foro it., Rep.*, 1996, voce *Appalto*, n. 40.
- Cass., 9 agosto 1996, n. 7364, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce “*Appalto*”, n. 49;
- Cass., 18 giugno 1996, n. 5615, in *Corr. giur.*, 1997, p. 48;
- Cass. 13 giugno 1996, n. 5434, in *Corriere giur.*, con nota di M. MAIENZA;
- Cass., 10 gennaio 1996, n. 169, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 976;
- Cass. 26 giugno 1995, n. 7216, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1061.
- Cass., 17 maggio 1995, n. 5412, in *Giur. it., Mass.*, 1995.
- Cass., 30 maggio 1995, n. 6073, in *Corr. giur.*, 1995, p. 804.
- Cass., 6 marzo 1995, n. 2605, in *Arch. loc.*, 1995, p. 600
- Cass., 6 marzo 1995, n. 2605, in *Giust. civ.*, 1995, 1, p. 1462
- Cass., 1 marzo 1995, n. 2346, in *Giust. civ., Mass.*, 1995, p. 2346;
- Cass., 26 gennaio 1995, n. 947, in *Giur. it., Rep.*, voce “*Obbligazioni e contratti*”, n. 712;
- Cass., 15 marzo 1994, n. 2465, in *Giur. it., Mass.*, 1994;
- Cass. 24 novembre 1994, n. 9991, in *Corr. giur.*, 1995, 7, p. 839 con nota di DE CRISTOFARO;
- Cass. civ., 14 novembre 1994, n. 9562, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 1920.
- Cass., 4 novembre 1994, n. 9078, in *Giust. civ., Mass.*, 1994, fasc. 11;
- Cass. 5 settembre 1994, n. 7651, in *Arch. loc.*, 1995, p. 79,
- Cass., 4 agosto 1994, n. 7260, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 782.
- Cass., 23 luglio 1994, n. 6892, in *Contratti*, 1995, 1, p. 51
- Cass. 10 giugno 1994, n. 5677, in *Giust. civ. Mass.*, 1994
- Cass., 9 giugno 1994, n. 5623, in *Arch. loc.*, 1994, p. 768.

- Il riconoscimento dei vizi -

- Cass., 29 novembre 1993, n. 11835, in *Foro it., Rep.*, 1993, voce *Appalto*, n. 49;
- Cass., 26 aprile 1993, n. 4895, in *Dir. e giur.*, 1994, p. 460;
- Cass., 12 febbraio 1993, n. 1782, in *Foro it., Rep.*, 1993, voce “*Contratto in genere*”, n. 480;
- Cass., 1 febbraio 1993, n. 1219, in *Nuova giur. civ.*, 1993, I, p. 870;
- Cass., 25 luglio 1992, n. 9001, in *Giur. it., Mass.*, 1992.
- Cass., 24 giugno 1992, n. 7744, in *Arch. civ.*, 1992, p. 1174;
- Cass., 6 febbraio 1992, n. 1325, in *Arch. civ.*, 1992, p. 931;
- Cass., 10 agosto 1991, n. 8729, in *Vita notar.*, 1992, p. 208;
- Cass., 27 febbraio 1991, n. 2110, in *Foro pad.*, 1992, I, p. 26;
- Cass. 11 agosto 1990, n. 8202, *Giur. it., Mass.*, 1990.
- Cass., 17 novembre 1990, n. 11126, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2753;
- Cass, Sez. Un., 25 marzo 1988, n. 2565, in *Corr. giur.*, 1988, p. 621
- Cass., 25 marzo 1988, n. 2586, in *Giur. it., Mass.*, 1988;
- Cass., 4 aprile 1987, n. 3278, in *Foro it., Rep.*, 1987, voce “*Contratto in genere*”, n. 351
- Cass., 31 marzo 1987, n. 3093, in *Giur. it., Mass.*, 1987 e
- Cass., 10 febbraio 1987, n. 1416, in *Riv. giur. edil.*, 1987, I, p. 583.
- Cass., 27 luglio 1987, n. 6489, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2357.
- Cass., 8 settembre 1986, n. 5460, in *Arch. civ.*, 1986, p. 946;
- Cass., 22 aprile 1986, n. 2816, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2835.
- Cass., 14 marzo 1986, n. 1741, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 673
- Cass. 6 febbraio 1986, n. 736, in *Foro it., Rep.*, 1986, voce *Appalto*, n. 67;
- Cass. 27 gennaio 1986, n. 539, *Giust. civ., Mass.*, 1986.
- Cass., 22 novembre 1985, n. 5786, *ivi*, 1986, I, 1, c. 1326
- Cass. 27 novembre 1985, n. 5889, in *Giust. civ. Mass.*, 1985;
- Cass., 5 agosto 1985, n. 4382, in *Foro it., Rep.*, voce *Vendita*, n. 74.
- Cass., 30 marzo 1985, n. 2235, in *Vita not.*, 1986, p. 650;

- Il riconoscimento dei vizi -

- Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1697;
- Cass., 21 febbraio 1983, n. 1309, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, p. 770.
- Cass., 30 luglio 1983, n. 5245, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 187;
- Cass., 21 luglio 1983, n. 5035, in *Giur. it., Rep.*, 1983, voce *Appalto privato*, n. 57;
- Cass., 19 luglio 1983, n. 4980, in *Foro it.*, 1984, I, c. 780, con nota di TROIANO.
- Cass., 8 luglio 1983, n. 4618, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1792.
- Cass., 18 febbraio 1983, in *Giur. it., Mass.*, 1983, voce *Appalto*, n. 69.
- 11 agosto 1982, n.4562, in *Foro it., Rep.*, 1982, voce “Vendita”, n. 15
- Cass., 3 aprile 1982, n. 2062, in *Giur. it., Rep.*, 1982, *Confessione*, n. 9, c. 703;
- Cass. 15 gennaio 1982, n. 248, in *Giust. civ.*, Mass., 1982.
- Cass. 16 dicembre 1981, n. 6671, in *Foro it., Rep.*, voce “Contratto in genere”, n. 265.
- Cass., 16 giugno 1981, n. 3907, in *Giur. it., Mass.*, 1981:
- Cass., 9 giugno 1981, n. 3722, in *Giur. it., Mass.*, 1981;
- Cass., 13 febbraio 1981, n. 887, in *Giur. it. Rep.*, 1981, *Confessione*, n. 10, c. 713;
- Cass. 17 gennaio 1981, n. 422, *Giur. it., Mass.*, 1981.
- Cass., 10 gennaio 1981, n. 247, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce *Vendita*, n. 98.
- Cass. 2 ottobre 1980, n. 5354, in *Giur. it., Mass.*, 1980;
- Cass., 25 giugno 1980, n. 3991, in *Giur. it., Mass.*, 1980.
- Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, c. 181
- Cass., 20 luglio 1979, n. 4338, in *Foro it., Rep.*, 1979, voce “Vendita, n. 18;
- Cass., 14 novembre 1978, n. 5229, in *CED Cassazione 1978*;
- Cass., 22 giugno 1978, n. 3080, in *Giur. it., Mass.* 1980.
- Cass., 20 maggio 1980, n. 3325, in *Giur. it., Mass.*, 1980;
- Cass., 24 marzo 1980, n. 1951, in *Giust. civ.*, 1980, 1, p. 1951;
- Cass., 26 febbraio 1979, n. 1264, in *Giur. it., Mass.*, 1979.

- Il riconoscimento dei vizi -

- Cass., 12 novembre 1979, n. 5844, in *Giur. it., Mass.*, 1979.
- Trib. Cagliari, 10 gennaio 1979, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 213, con nota di
- GRASSO,
- App. Milano, 13 ottobre 1978, n. 1635, *Arch. civ.*, 1979, p. 377;
- Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, c. 669
- Cass., 11 marzo 1976, n. 853, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1879.
- Cass. 18 aprile 1975, n. 1470, *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 787;
- Cass., 30 luglio 1974, n. 2321, in *Foro it., Rep.*, 1974, voce *Vendita*, n. 42
- Cass, Sez. un., 11 luglio 1973, n. 1672, *Giur. it., Mass.*, 1973.
- Così Cass. Sez. un., 11 giugno 1973, n. 1972, in *Giust. civ., Mass.*, 1973.
- Cass., 24 gennaio 1973, n. 222, in *Giur. civ.*, 1973, I, p. 1781;
- Cass., 18 ottobre 1972, n. 3124, *Foro it., Mass.*, 1972, *Confessione*, n. 12, c. 587.
- Cass. 24 maggio 1972, n. 1622, in *Giust. civ., Mass.*, 1972;
- Cass., 28 giugno 1969, n. 2361, *ivi*, 1969, voce *Appalto*, nn. 69-70.
- Cass. 30 aprile 1969, n. 1409, in *Giust. civ. Mass.*, 1969.
- Cass., 6 novembre 1967, n. 2760, in *Riv. giur. edil.*, 1967, I, p. 330;
- App. Messina, 10 aprile 1967, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1968, II, p. 50
- Cass. 13 agosto 1966, n. 2229, in *Gius. civ. Mass*, 1966;
- Cass. 21 febbraio 1966, n. 554, in *Giust. civ. Mass.*, 1966;
- App. Firenze, 28 gennaio 1966, in *Giur. tosc.*, 1966, p. 741;
- Cass. 26 marzo 1964, n. 685, in *Riv. giur. edil.*, 1964, I, p. 667
- Cass. 17 settembre 1963, n. 2549, *Giur. it., Mass.*, 1963;
- Cass. 8 maggio 1963, n. 1136, *Giur. it., Mass.*, 1963;
- Cass., 1 dicembre 1962, n. 3250, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1475;
- Cass. 23 ottobre 1961, n. 2329, in *Foro it., Rep.*, 1961, voce *Vendita*, nn. 68-69
- Cass., 9 maggio 1961, n. 1092, in *Foro it., Rep.*, voce “Vendita”, n. 27;

- Il riconoscimento dei vizi -

- Cass. 28 ottobre 1958, n. 3514, *Sinossi Giuridica*, 1958, p. 378.
- Cass., 16 febbraio 1955, n. 452, in *Foro it.*, 1956, I, c. 219;
- App. Genova, 30 marzo 1951, in *Temi gen.*, 1951, p. 239.