



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

a.a. 2022/2023

L'IMPOSSIBILITÀ DELLA REDIBIZIONE E LE DIRETTIVE (UE)
2019/770 E 2019/771

UN'ANALISI STORICO-COMPARATISTICA

Relatore: ch.mo prof. Luigi Garofalo

Controrelatore: ch.mo prof. Roberto Scevola

Laureanda: Elena Anastasia

Matricola: 1198519

Ai miei genitori

Indice

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE	1
CAPITOLO PRIMO	
<i>Premessa: origine storica dell'istituto</i>	
1. Le azioni edilizie nel diritto romano	3
2. Le azioni edilizie nel <i>ius commune</i> (cenni)	15
CAPITOLO SECONDO	
<i>L'esperienza dell'ordinamento italiano: un modello normativo complesso</i>	
1. Profili generali sulla disciplina della garanzia per i vizi	18
2. Art. 1492, comma 3: un approfondimento	22
2.1. I principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali	22
2.2. Le ragioni di critica	25
3. La direttiva 99/44/CE e il suo recepimento	38
CAPITOLO TERZO	
<i>L'esperienza tedesca: in armonia con il diritto comunitario</i>	
1. Le azioni edilizie nella codificazione tedesca	46
2. La riforma del 2001: 'Schuldrechtsmodernisierung'	50
3. Le conseguenze derivanti dal recesso secondo la disciplina dei nuovi §§ 346 ss.	58
CAPITOLO QUARTO	
<i>Le direttive (UE) 2019/770 e 2019/771</i>	
1. La nuova disciplina euro-consumeristica	69
2. Il recepimento nell'ordinamento italiano: d.lgs. 170 e 173/2021	76
3. Il recepimento nell'ordinamento tedesco: BGBI. I 2021, p. 2123 e 2133	91
EPILOGO	99
Bibliografia e Indice delle fonti	103

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Le azioni edilizie rappresentano un istituto giuridico molto antico, consacrato dal diritto romano e confluito, seppur con leggere modifiche, nelle codificazioni degli ordinamenti moderni di tradizione romanistica. Si tratta di un istituto che, proprio in virtù della sua capacità di sopravvivere all'evoluzione della realtà storica, sociale e quindi giuridica, ha dato adito ad un forte dibattito circa il suo inquadramento dogmatico e soprattutto riguardo la necessità di innovare il regime del diritto di vendita per adattarlo alle esigenze del mercato moderno.

L'elaborato mira ad analizzare, dal punto di vista del diritto sostanziale, uno specifico profilo della disciplina in parola, relativo a quelle ipotesi in cui il compratore riversi nell'impossibilità di restituire al venditore la prestazione ricevuta. Rileva in quest'ambito il requisito della disponibilità del bene viziato e la sua qualificazione quale elemento costitutivo della fattispecie sostanziale ai fini dell'esperibilità dell'azione. L'obiettivo è quello di comprendere se, ove il compratore non sia più nella disponibilità materiale della cosa, conservi o meno la titolarità del diritto a disporre del rimedio risolutorio, e, in caso affermativo, a quali condizioni.

Lo studio affronta il tema appena illustrato secondo una prospettiva storico-comparatistica.

L'analisi dal punto di vista storico permette di ripercorre l'evoluzione degli strumenti edilizi a partire dal modello previsto dal diritto romano, per poi analizzare come questo particolare profilo della perdita del bene viziato sia stato interpretato dai giuristi dell'epoca del *ius commune* e, in un secondo momento, dal legislatore moderno.

Seguirà il confronto tra l'ordinamento italiano e quello tedesco, nell'ambito del quale verranno analizzate le principali considerazioni che dottrina e giurisprudenza hanno prodotto sul punto, così come i possibili motivi di critica.

Un simile approccio teorico risponde ad una duplice finalità. In primo luogo, si vuole sottolineare come l'antico rimedio dell'*actio redhibitoria* sia confluito in maniera notevolmente eterogenea negli ordinamenti moderni; secondariamente, si intende dimostrare come spesso i provvedimenti di fonte comunitaria vengano recepiti dagli Stati membri in modo diametralmente opposto, ostacolando l'instaurazione di un sistema normativo europeo che mira all'omogeneità tra i vari diritti nazionali.

Infine, verrà dedicato ampio spazio all'esame della nuova disciplina euro-consumeristica sulla vendita di beni di consumo, alla luce dell'emanazione delle direttive (UE) 2019/770 e 2019/771, e del rispettivo recepimento nell'ordinamento italiano e in quello tedesco. Lo studio si concentra sugli aspetti più innovativi affrontati dalla riforma, con particolare riguardo alla tutela del consumatore contro il difetto di conformità e al relativo sistema rimediale.

L'obiettivo è quello di offrire un'adeguata ricostruzione dell'azione redibitoria, alla luce delle modificazioni che sono state apportate per adattare le varie forme di tutela disciplinate dal codice del consumo ad una realtà economico-giuridica profondamente mutata dall'evoluzione tecnologica e dalle nuove esigenze di mercato che i vertici dell'Unione Europea mirano a salvaguardare.

CAPITOLO PRIMO

Premessa: origine storica dell'istituto

Propedeutico all'approfondimento sulla disciplina di diritto interno e comunitario è l'esame del regime delle azioni edilizie contemplato dal diritto romano.

Lo studio in questione risponde a due esigenze primarie: quella di evidenziare come il modello di tradizione romanistica che regola gli strumenti edilizi sia stato ripreso – e in parte stravolto – dai giuristi dell'età del *ius commune*; e quella, conseguente alla prima, di individuare l'origine di quelli che sono i principi e criteri generali che governano l'intero regime della garanzia per i vizi della cosa venduta, sui quali si erige la disciplina prevista dai moderni ordinamenti giuridici.

1. *Le azioni edilizie nel diritto romano.*

Le azioni edilizie erano disciplinate dai cosiddetti *Edictum aedilium curulium*, specificamente dagli editti *De mancipiis vendundis* e *De iumentis vendundis*¹, fonti dello *ius edicendi* redatte dagli edili curuli fin dall'età repubblicana. Gli editti in parola stabilivano che chi offriva in vendita uno schiavo o un animale aveva l'obbligo di dichiarare al potenziale compratore eventuali vizi fisici e, nell'ipotesi della vendita di uno schiavo, anche eventuali vizi morali o giuridici. La violazione di tale obbligo offriva al compratore la possibilità di convenire in giudizio il venditore inadempiente innanzi al tribunale degli edili curuli, mediante una delle azioni previste dagli editti in parola: la *redibitoria* e l'*aestimatoria*, anche detta *quanti* (o *quanto minoris*).

L'azione redibitoria era esperibile nel termine di sei mesi dalla conclusione della compravendita² e tendeva alla rimessione dei litiganti nella situazione in cui questi si sarebbero trovati se non avessero stipulato né dato esecuzione al contratto³.

¹ Riprodotti rispettivamente in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.1 pr. e in D. 21.1.38.

² Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.19.6 che attiene alla vendita del *mancipium*; Paolo, invece, omette qualsiasi precisazione circa l'individuazione del *dies a quo*, ma si ritiene che, nel silenzio del testo, questo corrisponda al giorno della conclusione del negozio. Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, 229 su Paul. Sent. 2.17.5: *Redhibitio vitiosi mancipii intra sex menses fieri potest propter latens vitium*.

³ Conclusione che può essere dedotta sulla base di un'interpretazione estensiva del frammento riportato in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.21 pr.: *Redhibere est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio*, poiché riferisce espressamente all'onere restitutorio gravante sul compratore e indirettamente sembra contemplare anche l'attività restitutoria del venditore. Tale effetto di rimessione *in pristinum* proprio dell'azione redibitoria viene descritto più chiaramente in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.23.1:

Si ritiene che tale *iudicium redibitorium* dovesse essere introdotto con la formula *in factum*, dal momento che l'azione promessa nell'editto edilizio si poneva come sistema speciale e alternativo rispetto alle altre fonti normative, in particolare quelle di ambito civilistico⁴. Secondo l'editto in parola, il giudice, accertata l'esistenza di vizi non dichiarati, doveva esortare il compratore ad eseguire a favore della controparte determinate prestazioni, tra cui la redibizione del bene, intesa come sua restituzione⁵; analogamente, esortava il venditore ad eseguire altre prestazioni a favore del compratore, tra cui la restituzione del prezzo o, se non ancora pagato, la liberazione dall'obbligo di corrisponderlo.

Il testo edittale prevedeva, inoltre, che il compratore dovesse conferire al venditore anche eventuali accessioni che gli fossero pervenute grazie allo schiavo, infatti: *sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit*; lo stesso compratore era poi tenuto a risarcire al venditore il danno subito ad opera sua o dei suoi sottoposti per il deterioramento dello schiavo: *si deterius emptoris opera, familiae procuratorisve eius factum erit*⁶.

La formula nel processo poteva variare in base alla fattispecie concreta e soprattutto in base alle prestazioni che venivano richieste dal giudice di volta in volta; non erano invece derogabili le reciproche prestazioni restitutorie poste a carico dell'attore e del convenuto⁷.

L'adempimento delle prestazioni poste a carico del compratore costituiva per quest'ultimo un onere, il cui mancato assolvimento implicava la condanna del medesimo⁸; l'adempimento da parte del venditore, invece, permetteva allo stesso di evitare la condanna al pagamento di una somma determinata in conformità al parametro *quanti ea res erit*⁹.

Che la struttura del processo fosse quella appena descritta sembra confermato da Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.29 pr., secondo cui:

Iubent aediles restitui et quod venditioni accessit et si quas accessiones ipse praestiterit, ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset.

⁴ Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 150 ss.; L. GAROFALO, *L'impossibilità della redibizione nella riflessione dei giuristi classici*, in *SDHI*, LXV, 1999, 45. Diversa è l'opinione di L. MANNA, 'Actio redibitoria' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto 'de mancipiis vendendis', Milano, 1994, 176 ss.

⁵ Sul significato tecnico del termine *redhibere* si rimanda alle parole di V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, 369, il quale nota che «il nome dell'*actio redibitoria* si riferisce non già, come si potrebbe pensare, al fine ultimo che il compratore si propone, cioè di riavere il prezzo pagato (o eventualmente di essere liberato dall'obbligazione di pagarlo), ma alla condizione alla quale il compratore deve adempiere per ottenerlo, e che è di restituire il servo vizioso». Pertanto, il termine *redhibere* non assume il significato etimologico che gli è proprio, ossia quello di *rursus habere* («riavere» o «riprendere»), bensì quello di *reddere* («rendere», si intende, per riavere). Cfr. L. MANNA, 'Actio redibitoria', cit., 165; L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 45.

⁶ Cfr. Ulp. 46 *ad ed.* D. 50.16.195.3.

⁷ Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 189.

⁸ Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 138, 150.

⁹ *Quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnato*: espressione utilizzata per indicare il tipo più diffuso di *condemnatio*, relativa ad una somma di denaro da determinarsi dal giudice con riguardo al momento dell'emanazione della sentenza. Cfr. L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 45.

illud sciendum est, si emptor venditori haec non praestat, quae desiderantur in hac actione, non posse ei venditorem condemnari: si autem emptori venditor ista non praestat, condemnabitur ei.

Tuttavia, poteva accadere che questa struttura venisse alterata. Ad esempio, Gaio in D. 21.1.26 sosteneva che al giudice era consentito invertire l'ordine delle prestazioni poste a carico dei litiganti qualora il venditore versasse in cattive condizioni economiche: questi era autorizzato ad assolvere per primo i suoi obblighi; contestualmente, il compratore assumeva l'impegno, mediante *cautio*, di effettuare le proprie prestazioni, compresa quella di restituzione dello schiavo, non appena il venditore fosse stato in grado di provvedere all'adempimento.

Entrambi i mezzi edilizi sono stati oggetto di riflessione da parte della giurisprudenza classica, responsabile di aver individuato specifiche condizioni per promuovere le azioni in questione.

Tra queste vi era certamente quella secondo cui il *vitium corporis* che giustificava il ricorso alla redibitoria o estimatoria fosse quello presente anteriormente al contratto; doveva inoltre essere non evidente, permanente e tale da impedire l'uso naturale cui lo schiavo o l'animale erano destinati.

Il venditore poteva sottrarsi alla condanna qualora il compratore fosse a conoscenza del difetto, quale che fosse, al momento della conclusione del contratto¹⁰.

Le parti, inoltre, potevano pattuire l'esclusione della suddetta responsabilità mediante un atto negoziale, che però era destinato a rimanere privo di effetto qualora il venditore lo avesse stipulato dolosamente, essendo cioè a conoscenza del vizio taciuto.

Era altresì irrilevante che il venditore non avesse dichiarato l'esistenza del vizio in buona fede, poiché, come rimarcato dallo stesso Ulpiano¹¹, la responsabilità per omessa denuncia del difetto ha natura oggettiva e pertanto prescinde dalla conoscenza o ignoranza del difetto stesso¹². In ogni caso, ancorché in dolo o in buona fede, il venditore era assoggettato alla cosiddetta *actio empti*, un'azione contrattuale civile e di buona fede concessa

¹⁰ Si rimanda a G. IMPALLOMENE, *L'editto*, cit., 125, in cui l'autore, argomentando su un passo di Aulo Gellio (Gel. 4.2.1), ha sostenuto che l'editto in parola comprendeva originariamente l'obbligo per il venditore di scrivere sui cartelli eventualmente esposti le qualità dello schiavo o di denunciarne eventuali vizi; l'inosservanza di tale obbligo avrebbe comportato l'irrogazione di una sanzione, corrispondente alla comminazione di una multa per il venditore disobbediente.

¹¹ Cfr. Ulp. 1 ad *ed. aed. cur.* D. 21.1.1.2.

¹² Si segnala, inoltre, un aspetto concernente la fisionomia dell'azione estimatoria: ove il venditore avesse taciuto dolosamente i vizi della cosa, «il compratore poteva servirsi di questa a scopo redibitorio o estimatorio in ogni caso in cui avrebbe potuto giovare dei mezzi edilizi, per ottenere il pieno risarcimento dei danni», così L. GAROFALO, *Le azioni edilizie e la direttiva 1999/44/CE*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 28.

all'*emptor*, il quale poteva esercitarla nell'ambito della giurisdizione pretoria a tutela del suo diritto e ai fini del perseguimento dell'interesse negativo, ossia il prezzo da lui pagato in più nella convinzione dello stato di idoneità del bene invece viziato.

Interessante è anche un particolare profilo relativo alla tutela per il *quanti minoris*: ove il vizio fosse tale da privare la cosa di ogni valore, il giudice era tenuto a condannare il compratore-convenuto alla restituzione della cosa stessa; ciò per impedire che questi trattenesse il bene presso di sé ottenendo comunque il prezzo per intero¹³.

Sulla disciplina delle azioni edilizie è poi intervenuto Giustiniano: a seguito di una rilettura della produzione giurisprudenziale raccolta nel Digesto, egli sarebbe responsabile di aver esteso la disciplina edilizia della garanzia per i vizi a tutti i tipi di vendita, senza limitarne l'applicazione a quella di schiavi e animali; in questo modo l'azione redibitoria e l'estimatoria assumono carattere generale e diventano rimedi d'indole contrattuale¹⁴.

Ulpiano riferisce che l'elemento caratterizzante della *redhibitio* dal punto di vista tecnico è la condizione per cui il ri-ottenimento della cosa da parte del venditore avvenga per effetto della restituzione di questa da parte del compratore¹⁵.

A tale proposito, assume particolare rilevanza l'analisi della disciplina di quelle situazioni in cui il compratore versava – per i motivi più disparati – nell'impossibilità di restituire lo schiavo o l'animale. Sul tema si è estesa l'ampia riflessione dei giuristi romani, da Labeone fino ad Ulpiano, i quali, grazie allo studio accurato delle cause che determinano l'impossibilità della restituzione del bene viziato, hanno contribuito a delineare una disciplina quantomeno esaustiva di queste particolari fattispecie; emerge, quale connotato principale di questo complesso di regole, l'accertamento dell'imputabilità (o meno) al compratore della causa di determinazione dell'impossibilità, operato secondo il criterio della colpa.

Tra le cause indagate dai giuristi romani rientra sicuramente il caso della manomissione dello schiavo vizioso posta in essere dal compratore prima dell'instaurazione del processo redibitorio: questa ipotesi viene analizzata da Paolo in un passo in cui egli aderisce all'opinione di Labeone, citandolo, e afferma che è preclusa al compratore che abbia manomesso lo schiavo l'esperibilità dell'azione redibitoria¹⁶.

L'assunto in parola ha suscitato diverse perplessità in relazione all'individuazione del fondamento sul quale esso poggia.

¹³ Cfr. Paul. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.43.

¹⁴ Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.1 e 21.1.63.

¹⁵ Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.21 pr., in particolare D. 21.1.21.1: *cum redditur ab emptore mancipium venditori*.

¹⁶ Cfr. Paul. 11 *ad Sab.* D. 21.1.47 pr.

Parte della dottrina¹⁷ ritiene che esso si fondi su ragioni di economia processuale, dal momento che il rilascio dell'azione in parola non avrebbe arrecato alcun beneficio a fronte dell'impossibilità per il compratore di restituire il bene viziato.

Secondo una diversa impostazione¹⁸, invece, Labeone avrebbe individuato, quale specifico elemento costitutivo dell'azione redibitoria (e in quanto tale oggetto dell'accertamento compiuto dagli edili *in limine litis*), quello della possibilità di restituzione dello schiavo, conformemente all'opinione di Ulpiano già menzionata, per cui l'aspetto caratterizzante del rimedio edilizio consiste nel riottenimento del bene viziato per effetto della redibizione di questo da parte del compratore¹⁹. Pertanto, si ritiene che la formula dell'*actio redibitoria* contenuta nell'editto vada eventualmente integrata con la *denegatio actionis* nei confronti del compratore che avesse manomesso il servo e, di conseguenza, non fosse in grado di adempiere alla prestazione dovuta.

Ulteriore ipotesi è quella, paradigmatica, della morte dello schiavo o dell'animale vizioso, verificatasi quando l'uno o l'altro si trovava già nella disponibilità materiale del compratore, anche dopo che fosse stato promosso il giudizio redibitorio. Fanno riferimento al tema alcuni frammenti tratti dalle opere di Pomponio, Paolo e Ulpiano.

Immediatamente successivi al frammento già analizzato, in cui Paolo preclude l'esperibilità della redibitoria al compratore che avesse manomesso lo schiavo, si collocano i seguenti passi:

Paul. 11 *ad Sab. D. 21.1.47.1: post mortem autem hominis aediliciae actiones manent,*

e

Pomp. 23 *ad Sab. D. 21.1.48 pr.: si tamen sine culpa actoris familiae eius vel procuratoris mortuus sit.*

I due frammenti, separati solo da una virgola, sono posti in correlazione dai compilatori, affinché il secondo integri il principio enunciato dal primo²⁰. In quest'ultimo Paolo si pronuncia sull'eventuale sopravvenienza della redibitoria *post mortem hominis* e afferma che l'impossibilità della restituzione dello schiavo in ragione della sua morte non rappresenta

¹⁷ Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 38, 142.

¹⁸ Cfr. L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 49 s.

¹⁹ Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur. D. 21.1.21.1.*

²⁰ Dal momento che altrimenti, come nota L. MANNA, '*Actio redibitoria*', cit., 210, finirebbero per contrastare i principi formulati in Ulp. 1. *ad ed. aed. cur. D. 21.1.31.11*, di cui si dirà in seguito.

un ostacolo alla concessione dell'azione da parte degli edili, senza però menzionare un'eventuale verifica *in iure* circa l'imputabilità al compratore dell'evento. Pomponio, infatti, completa l'assunto di Paolo e sostiene che l'*emptor* è sgravato dall'onere restitutorio allorché il servo sia deceduto *sine culpa actoris familiaeve eius vel procuratoris*, anche nell'ipotesi in cui la morte accidentale si sia verificata *post litis contestationem*²¹.

Dai passi in parola, dunque, si trae il principio per cui l'azione redibitoria non è esperibile – e quindi viene negata dagli edili – nel caso di manomissione dello schiavo, mentre può essere intentata nell'ipotesi di morte dello stesso non imputabile al compratore o da altri in rapporto con lui²².

Ciò che stupisce della soluzione appena proposta riguarda, invece, la *denegatio actionis*, di cui pare non esservi traccia nei passi citati²³. Manna²⁴ ritiene che la ragione di tale omissione possa essere quella per cui, diversamente dall'ipotesi di manomissione che contempla sempre un'attività del compratore (e, quindi, un accertamento sul suo contributo in detta attività sarebbe superfluo), il caso del decesso dello schiavo richieda la verifica dell'imputabilità o meno della condotta al compratore; ne consegue che gli edili potevano sì concedere al compratore la possibilità di intentare l'azione redibitoria, ma l'accertamento sulla causa del decesso dello schiavo era invece rimesso al sindacato del giudice e l'esito di tale verifica incidere sulla persistenza o meno dell'onere della redibizione gravante sul compratore²⁵.

Per quanto concerne il momento in cui detto accertamento dovesse essere attuato, si ritiene²⁶ che tra il II e il III secolo d.C. si sia verificato uno spostamento di questo dalla fase *in iure* a quella *apud iudicem*, più adatta ad ospitare attività istruttorie laboriose e penetranti che avrebbero potuto altresì estendersi alla verifica del vizio.

Con riferimento all'impossibilità della restituzione per morte dello schiavo o dell'animale, molto discusso – quanto ad autenticità, ricostruzione ed interpretazione – è il frammento di Ulpiano (1 *ad ed. aed. cur.*) riferito in D. 21.1.31.11-13:

²¹ Se letto congiuntamente a Ulp. 1. *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.31.13 nella parte in cui risulta che *ceterum si post iudicium acceptum decessisse proponatur, tunc in arbitrium iudicis veniet, qualiter mortuus sit: ut enim et Pedio videtur, ea, quaecumque post litis contestationem continugunt, arbitrium iudicis desiderant.*

²² Cfr. L. MANNA, 'Actio redibitoria', cit., 210 ss.; L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 51 ss.

²³ Tant'è che non viene fatto alcun riferimento alla regola *pro vivo habendus est*, menzionata invece in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.31.11, di cui si dirà in seguito.

²⁴ Cfr. L. MANNA, 'Actio redibitoria', cit., 211.

²⁵ Si riporta l'espressione utilizzata da L. MANNA, 'Actio redibitoria', cit., 211: «si è preferito lasciare al compratore la possibilità di intentare l'azione rendendola, però, *inutiliter data* in presenza di una *culpa emptoris*».

²⁶ L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 51 ss.

11: *Si mancipium quod redhiberi oportet mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emptoris vel familiae eius vel procuratoris homo demortuus sit: nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est, et²⁷ praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret. 12: culpam omnem accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quaecumque occasionem morti emptor praestitit, debere eum: etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua. 13: sed hoc dicemus, si ante iudicium acceptum decessit: ceterum si post iudicium acceptum decessisse proponatur, tunc in arbitrium iudicis veniet, qualiter mortuus sit: ut enim et Pedio videtur, ea, quaecumque post litis contestationem continugunt, arbitrium iudicis desiderant.*

Come emerge dal paragrafo 11, al compratore era consentito esperire l'azione redibitoria o continuare nell'esercizio del suo diritto – sollevato dall'onere di riconsegna – purché la morte dello schiavo o dell'animale, avvenuta prima dell'introduzione del giudizio²⁸, non fosse intervenuta per un fatto imputabile a lui o ad un suo delegato, membro della famiglia o *procurator*, ove il decesso si fosse verificato per colpa dell'*emptor* (o del suo avente causa), il *mancipium* veniva considerato come se fosse vivo e di conseguenza il compratore era tenuto alle stesse prestazioni che gli sarebbero state addossate se il servo non fosse morto. Riassumendo: nel caso in cui l'esito dell'accertamento relativo alla *culpa emptoris vel familiae eius vel procuratoris* fosse risultato affermativo, trovava applicazione la regola del c.d. *mortuus pro vivo habendus est*, espressa in dottrina con la locuzione *mortuus redhibetur*.

Come anticipato, il passo in questione ha dato luogo a diversi problemi interpretativi, soprattutto in relazione al significato e alla natura dell'espressione *pro vivo habendus est*.

Un primo orientamento si rinviene nella soluzione proposta da Beseler²⁹, secondo cui la morte dello schiavo, se causata da un comportamento del compratore o di un suo avente causa, non esonera il compratore dall'obbligo di restituzione a favore del venditore; il giudice, dunque, gli ordinerà di restituire lo schiavo, come se visse. Ciò implica l'impossibilità per l'*emptor* di adempiere a tale obbligo e, di conseguenza, l'assoluzione del venditore dal dovere di restituire il prezzo.

La soluzione appena descritta è stata criticata sotto vari punti di vista.

In primo luogo, si è affermato che, qualora il decesso dello schiavo fosse stato accidentale e si fosse verificato *post iudicium acceptum*, fosse possibile per lo stesso compratore

²⁷ La congiunzione *et* viene spesso tradotta con valore avversativo. Cfr. L. MANNA, 'Actio redhibitoria', cit., 205; L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 53.

²⁸ Ciò pare confermato dal secondo paragrafo, secondo cui *sed hoc dicemus, si ante iudicium acceptum decessit*.

²⁹ Cfr. G. V. BESELER, *Einzelne Stellen*, in *ZSS*, XLV, 1925, 433 ss.

pretendere il prezzo avvalendosi, però, di una formula *ad hoc*, cioè priva della clausola restitutoria, poiché, di fronte all'oggettiva impossibilità della restituzione divenuta impraticabile in ragione della morte dello schiavo, la formula ordinaria comprensiva di tale clausola avrebbe rappresentato un assurdo³⁰.

Ulteriore critica è quella mossa da Lederle³¹, la quale contesta l'interpretazione di Beseler nella parte in cui afferma che l'impossibilità oggettiva della prestazione restitutoria – cui consegue la liberazione del venditore – rappresenti un risultato raggiungibile mediante la finzione della permanenza in vita dello schiavo; il fatto che quest'ultimo non possa realmente essere reso al venditore dovrebbe essere sufficiente, secondo l'opinione dell'autore, a giustificare l'impossibilità oggettiva della restituzione. Nel tentativo di superare l'obiezione appena considerata, Manna³² pone l'accento sugli elementi costitutivi dell'azione e, in particolar modo, sulla doppia clausola restitutoria prevista dalla relativa formula: in presenza di tale clausola, il modo più agevole, secondo questa dottrina, per ottenere la liberazione del venditore doveva necessariamente essere basato su un sistema che sfruttasse il dovere di restituzione del compratore.

Diversa è l'opinione di Betti³³, il quale afferma che il testo ulpiano, nell'ipotesi di morte dello schiavo vizioso imputabile al compratore, vada integrato con la menzione nella formula della *denegatio actionis*³⁴, e con la concessione della redibitoria nel caso di morte fortuita. Il testo, pertanto, andrebbe reso come segue:

*... nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est, et (redibitoria deneganda: quod si casu ita redibitoriae locus erit, ut ex parte venditoris) praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret*³⁵.

³⁰ Cfr. G. THIELMANN, 'Actio redibitoria' und Zufälliger Untergang der Kaufsache (mit Beiträgen zur Frage der poenalität der aedilizischen Klagen), in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971, 491.

³¹ Cfr. R. LEDERLE, 'Mortuus redibetur': die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht, in *Schriften zur Rechtsgeschichte*, XXVIII, Berlin, 1983, 37.

³² Cfr. L. MANNA, 'Actio redibitoria', cit., 207 ss.

³³ Così E. BETTI, *Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla responsabilità del venditore per vizio redibitorio*, in *Riv. di dir. comm. e delle obbl.*, XXIII, 2, Milano, 1925, 335 ss., in commento a Cass. 10 dicembre 1924, la cui massima riporta quanto segue: «Nel caso di più vendite successive di un animale affetto da vizio redibitorio, noto a ciascun successivo possessore, la responsabilità legale per il vizio sopravvive soltanto nell'ultimo venditore verso l'ultimo compratore giacché la vendita importa rinuncia all'azione redibitoria» (cfr. E. BETTI, *Influenza*, cit., 335). Impostazione condivisa anche da G. IMPALLOMENI, *Recensione a R. LEDERLE, 'Mortuus redibetur'*, in *Iura*, XXXIV, Berlin, 1983, 214.

³⁴ Qualora il giudice accertasse l'infondatezza della pretesa attrice o l'improcedibilità dell'azione, similmente a quanto sostenuto da L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 50, in relazione alla manomissione dello schiavo vizioso eseguita dal compratore prima dell'instaurazione del processo redibitorio.

³⁵ Secondo la ricostruzione proposta da L. MANNA, 'Actio redibitoria', cit., 206.

Merita una riflessione anche l'ultimo paragrafo tra quelli riportati, D. 21.1.31.13, in cui Ulpiano contempla la diversa ipotesi della morte dello schiavo sopravvenuta alla *litis contestatio*: il giurista nota che, ove il decesso si verificasse *post iudicium acceptum*, allora *in arbitrium iudicis veniet, qualiter mortuus sit*; ma, diversamente da quanto previsto per il caso della morte verificatasi *ante iudicium acceptum*, non si rende necessaria la finzione della permanenza in vita dello schiavo affinché sia rimesso al giudice l'accertamento circa l'imputabilità del fatto al compratore. Il passo, inoltre, riferisce che detta valutazione è compiuta dal giudice nell'ambito del suo *arbitrium*, cosicché questi – per espressa disposizione della formula – dovrà assolvere il convenuto qualora quest'ultimo soddisfi spontaneamente la pretesa dell'attore, adempiendo alla prestazione restitutoria.

Thielmann³⁶ ritiene che, in caso di morte accidentale del servo vizioso, il giudice potesse concedere al compratore – privo di responsabilità in tal senso – una formula *ad hoc*, sprovvista di clausola restitutoria.

L'autore giunge a questa conclusione operando un ragionamento *a contrario* che affonda le radici proprio nelle parole di Ulpiano contenute in D. 21.1.31.13. Se è previsto il ricorso all'*officium iudicis* per gli eventi sorti *post litis contestationem*, allora è plausibile che gli edili, per il caso specifico della morte accidentale dello schiavo, concedessero una formula particolare, che non contemplasse affatto la redibizione del medesimo.

L'interpretazione di Thielmann non è pienamente condivisa da una parte della dottrina poiché risulta incompatibile con la regola per cui il magistrato giudicante possa provvedere alla concessione di nuove formule, diverse dalla «formula tipo», solo quando non possano essere applicate al caso concreto quelle già esistenti³⁷. Pertanto, si ritiene³⁸ sia maggiormente verosimile che l'edile, dovendo necessariamente ricorrere alla formula redibitoria nell'ipotesi di morte dello schiavo, sfruttasse la clausola restitutoria per attribuire al giudice la facoltà di pronunciarsi sul caso come se il servo fosse ancora vivo – e quindi la sua restituzione fosse ancora praticabile – laddove il decesso fosse imputabile ad un comportamento del compratore; analogamente, nel caso di morte fortuita l'introduzione della clausola restitutoria si dimostrava comunque irrinunciabile poiché il compratore era sì esonerato dall'onere della redibizione del servo, ma era pur sempre tenuto alla restituzione di frutti e accessori.

³⁶ Cfr. G. THIELMANN, 'Actio redibitoria', cit., 491 ss.

³⁷ Cfr. B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrarie' e l' 'arbitrium iudicis'*, Roma, 1970, 147; L. MANNA, 'Actio redibitoria', cit., 208; L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 56 ss.

³⁸ In particolare, cfr. R. LEDERLE, 'Mortuus redibetur', cit., 40; L. MANNA, 'Actio redibitoria', cit., 208.

Un altro passo di Ulpiano particolarmente significativo è il sesto paragrafo del frammento 31 di D. 21.1., di cui sono già stati analizzati i paragrafi 11-13:

Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.31.6: *idem ait [Pomponius] homine mortuo vel etiam redhibito singulos pro suis portionibus recte agere. pretium autem et accessiones pro parte recipient: sed et fructus accessionis et si quo deterior homo factus est pro parte praestabitur ab ipsis, nisi forte tale sit, quod divisionem non recipiat, ut puta ancillae partus: in hoc enim idem servandum est, quod in ipsa matre vendita, quam pro parte redhiberi posse negavimus.*

A parlare qui è Pomponio che sottolinea come il giudice della redibitoria, nonostante fosse vincolato dalla formula tipica delle *actiones arbitrariae*, potesse esonerare il compratore dall'onere della restituzione dello schiavo nel caso di morte accidentale dello stesso verificatasi *ante* o *post litis contestationem*. Il passo in parola, dunque, sembra fornire un'ulteriore conferma quanto all'esistenza della regola della liberazione dall'onere della redibizione dello schiavo – cui riferisce implicitamente Ulpiano in D. 21.1.31.11 e 13 – qualora venisse accertata dal giudice l'irresponsabilità del compratore rispetto alla morte dello stesso.

Per completezza si fa cenno al testo in cui il giurista severiano affronta l'ipotesi della morte non già dello schiavo, ma dell'animale vizioso, avvenuta anteriormente o posteriormente all'introduzione del giudizio redibitorio da parte del compratore:

Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.38.3: *et fere eadem sunt in his, quae in mancipiis, quod ad morbum vitiumve attinet: quidquid igitur hic diximus, huc erit transferendum. Et si mortuum fuerit iumentum, pari modo redhiberi poterit, quemadmodum mancipium potest.*

Dal passo si deduce che in questo caso venivano applicati gli stessi principi – illustrati nei paragrafi precedenti – valevoli per la morte dello schiavo³⁹.

Ulteriore causa di impossibilità della redibizione è quella della fuga dello schiavo prima o dopo la *litis contestatio*, cui rinvia Ulpiano nel passo che segue:

Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.21.3: *idem ait [Pomponius] futuris temporis nomine cautionem ei, qui sciens vendidit, fieri solere, si in fuga est homo sine culpa emptoris et nibilo minus condemnatur*

³⁹ Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 72 ss.; R. LEDERLE, *'Mortuus redhibetur'*, cit., 31 ss.; L. MANNA, *'Actio redhibitoria'*, cit., 89 ss.; L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 58.

venditor: tum enim cavere oportere, tu emptor hominem persequatur et in sua potestate redactum venditori reddat.

Dalle parole di Pomponio riportate da Ulpiano si evince che, nell'ipotesi in cui lo schiavo fosse fuggito, il compratore si sarebbe visto denegare l'azione redibitoria, dal momento che non sarebbe stato in grado di provvedere alla restituzione dello schiavo medesimo. Inoltre, se quest'ultimo fosse fuggito dopo l'instaurazione del giudizio, il venditore sarebbe stato liberato dall'obbligazione di renderne il prezzo.

Diversa è l'ipotesi in cui la fuga non fosse dipesa da colpa dello stesso compratore e il venditore al momento della conclusione del contratto fosse stato a conoscenza del vizio da cui era affetto lo schiavo. In questo caso il compratore, sciolto dall'onere della redibizione, avrebbe potuto ottenere la condanna del venditore, purché egli prestasse una *cautio* – conosciuta come *de servo persequendo et restituendo* – in forza della quale si impegnava a proseguire nelle ricerche dello schiavo e a restituirlo qualora l'avesse ritrovato.

Pomponio pone l'accento sull'accertamento – ai fini della concessione della redibitoria – tanto dell'inesistenza della *culpa emptoris*, quanto dell'esistenza del dolo del venditore: l'indagine sulla sussistenza di questi elementi della condotta dei litiganti doveva essere effettuata dagli edili nell'ipotesi in cui la fuga dello schiavo fosse avvenuta prima dell'istituzione del processo, e dal giudice, in caso di fuga posteriore alla *litis contestatio*⁴⁰.

Un altro frammento particolarmente significativo per lo studio dell'impossibilità della redibizione è il seguente:

Paul. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.43.8: *pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus: quemadmodum, si eum alienasset aut usum fructum eius, non recte redhibetur nisi redemptum, sic et pignore liberatum redhibetur.*

In esso Paolo afferma che il compratore non sarebbe stato in grado di provvedere alla redibizione dello schiavo nell'ipotesi in cui l'avesse alienato, attribuito in usufrutto o assoggettato a pegno.

⁴⁰ Cfr. L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 60 s.

La soluzione di Paolo, secondo gran parte della dottrina⁴¹, pare perfettamente coerente con la condizione per cui la restituzione del servo vizioso non comporta l'estinzione del diritto reale acquisito dal terzo. Si ritiene⁴², dunque, che Paolo propendesse per la negazione dell'azione redibitoria al compratore che avesse posto in essere uno dei negozi menzionati prima dell'introduzione del giudizio, con l'unica eccezione prevista per l'ipotesi in cui fosse ripristinata la possibilità della restituzione dello schiavo, come nei casi di *servus redemptus* o *pignore liberatus*.

L'ultima ipotesi che si vuole analizzare è quella relativa alla *noxae deditio* dello schiavo viziato, conseguente ad un delitto da lui commesso nei confronti di un terzo, e, in particolare, l'ipotesi in cui il venditore rifiutasse di riprendersi lo schiavo che si fosse macchiato di furto a danno del compratore o di altri quando era nella disponibilità dello stesso venditore.

Nel caso di specie, secondo Giuliano⁴³, il venditore poteva essere condannato nei limiti del prezzo pagato, risultando così liberato da ogni responsabilità, ovvero, se avesse accettato la riconsegna dello schiavo, sarebbe stato obbligato al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno. Il compratore, dal canto suo, disponeva essenzialmente di due rimedi: quello già menzionato della *noxae deditio* dello schiavo colpevole, e quello del pagamento della c.d. *litis aestimatio*, che, secondo le modalità di svolgimento del processo formulare, legittimava il convenuto a trattenere la cosa richiesta dall'attore (nella specie il servo) dietro pagamento di una somma di denaro adeguata al valore della cosa. In quest'ultimo caso, il compratore fronteggiava il rischio di subire una perdita in termini economico-patrimoniali tutte le volte in cui il valore dello schiavo fosse stato inferiore alla somma versata al terzo. Più conveniente era invece il rimedio della *noxae deditio*, in quanto il compratore che avesse dato in nosta al terzo lo schiavo colpevole si sarebbe considerato adempiente rispetto all'onere della redibizione del medesimo e avrebbe potuto giovare dei vantaggi connessi all'esercizio dell'azione redibitoria.

Dallo studio dei testi analizzati nel presente paragrafo emerge il principio fondamentale su cui si ergeva l'intera disciplina dell'impossibilità della redibizione: in tutti i casi in cui il perimento della cosa fosse imputabile al compratore a titolo di colpa, era escluso l'esercizio dell'azione redibitoria, poiché nella possibilità della restituzione o nella impossibilità della

⁴¹ Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 142 s.; R. LEDERLE, *'Mortuus redibetur'*, cit., 52; L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 61.

⁴² Cfr. R. LEDERLE, *'Mortuus redibetur'*, cit., 53.

⁴³ Sulla base di quanto riportato in un passo attribuito ad Ulpiano (1 *ad ed. aed. cur.*), riferito in D. 21.1.23.8, che, tra i vari argomenti, tratta anche quello relativo al risarcimento del danno patito dal compratore a causa dell'illecito compiuto dal servo. A tale proposito si rimanda allo studio di L. MANNA, *'Actio redibitoria'*, cit., 229.

stessa per causa non riconducibile al compratore – sulla base del principio dell'equiparazione delle due situazioni – i giuristi ravvisavano un elemento costitutivo dell'azione redibitoria.

Analogamente, l'impossibilità sopravvenuta all'instaurazione del giudizio comportava la liberazione del venditore in ragione dell'inottemperanza del compratore all'onere della restituzione del bene, ovvero la liberazione di quest'ultimo ove il giudice avesse accertato che il decesso fosse stato accidentale e non gli fosse, quindi, rimproverabile.

Unica eccezione al regime appena descritto è rappresentata dall'ipotesi di morte dello schiavo o dell'animale verificatasi *ante litis contestationem*. In questo caso, gli edili concedevano al compratore l'azione redibitoria, mentre il giudice era tenuto alla verifica della responsabilità dello stesso nella determinazione dell'evento; solo all'esito positivo di tale accertamento il compratore poteva considerarsi sollevato dall'onere della restituzione del bene.

2. Le azioni edilizie nel 'ius commune' (cenni).

Il diritto comune si basa essenzialmente sulla rilettura delle fonti giustiniane, grazie alla quale istituti come le azioni edilizie sono sopravvissuti nel corso dei secoli. Vi erano poi i c.d. *iura propria*, fonti normative locali che sovente disciplinavano anche la responsabilità del venditore per i vizi della cosa venduta.

La riscoperta della compilazione giustiniana risale all'XI secolo ed è attribuita alla Scuola di Bologna, la quale, traendo argomento dalla rilettura del Digesto e dalle altre opere del *Corpus Iuris Civilis*, ha ricostruito il sistema giuridico vigente all'epoca in ambito privatistico, riportando alla luce molti dei principi sostanziali del diritto romano, tra cui quelli relativi all'esperibilità dell'azione redibitoria e alla perdita, ad opera del compratore, del bene che questi avrebbe dovuto eventualmente riconsegnare al venditore.

Il risultato di tale studio, però, attesta che talvolta i *doctores* stravolgessero il significato originario degli istituti sulla base di una interpretazione discordante con quella della giurisprudenza classica. Emblematico è il passo di Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) riferito in D. 21.1.31.11 che, come già illustrato, prevedeva che il perimento della cosa viziata per colpa del compratore escludesse la possibilità per lo stesso di agire in redibitoria; diversamente, se la perdita fosse stata accidentale, il compratore avrebbe conservato la titolarità dell'azione in parola.

Giuristi dall'indiscussa autorevolezza, come Donello⁴⁴, dalla lettura del passo in questione traggono il diverso principio per cui qualora il perimento della *res* fosse stato imputabile ad un comportamento del compratore, quest'ultimo avrebbe potuto comunque agire in redibitoria, corrispondendo al venditore convenuto una somma pari al valore del bene perito⁴⁵. Detta interpretazione trovava fondamento sulla regola del *pro vivo habendus est*, che, come si è cercato di sottolineare nel paragrafo precedente, ha generato diverse perplessità non solo tra i giuristi dell'epoca del *ius commune*, ma anche per la dottrina più recente.

La Lederle⁴⁶, ad esempio, interpreta la massima *mortuus pro vivo habendus est* come espediente messo a disposizione per il venditore affinché questi possa ottenere il risarcimento del danno e, di conseguenza, il compratore in colpa possa liberarsi dall'onere della restituzione dello schiavo con il pagamento del controvalore.

Un'interpretazione simile è proposta anche da Mader⁴⁷, il quale sostiene che l'espressione *pro vivo habendus est* rappresenti una 'Gegenfiktion' rispetto alla 'Fiktion' del *mortuus redhibetur*, riconducibile all'ipotesi di morte dello schiavo imputabile al compratore. Quest'ultimo, conformemente alla tesi di Lederle, veniva esonerato dalla restituzione del servo e contestualmente ammesso al pagamento dell'equivalente, allorché la morte dello schiavo fosse a lui ascrivibile, sulla base, non già del criterio della colpa, ma di quello della riferibilità del decesso al vizio dello schiavo taciuto dal venditore⁴⁸.

⁴⁴ Il suo brano più celebre è trascritto in R. LEDERLE, '*Mortuus redhibetur*', cit., 34, nt. 20.

⁴⁵ Cfr. R. LEDERLE, '*Mortuus redhibetur*', cit., 35 s. sottolinea che questa sarebbe stata l'opinione prevalente proprio perché vantava l'adesione di giuristi illustri come Donello e, successivamente, di Pothier (cfr. R. J. POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, I, trad. it., Venezia, 1834, 205 s.). Inoltre, come afferma L. GAROFALO, *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, Milano, 1999, 850, nt. 22, non è da escludere che la diffusione di questa regola sia stata favorita dall'esclusione dell'azione estimatoria dai rimedi esperibili per far valere la responsabilità del venditore per i vizi della cosa. A tale proposito si rimanda allo studio di H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I. *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985, 452 s., il quale nota come nel sistema del *ius commune* vigente tra il XVI e XVIII secolo si potevano distinguere due diversi orientamenti: il primo era sostenuto da Struve-Müller, Feuerbach, Glück e Pothier, secondo cui la scelta tra l'esercizio dell'azione redibitoria o estimatoria era rimessa alla libera valutazione dell'interessato; mentre il secondo orientamento, di cui erano portavoce Molina e Perez ma anche Ulrik Huber, Voet e Stryk, precludeva l'esperibilità dell'azione estimatoria nell'ipotesi in cui il compratore non fosse stato a conoscenza dell'esistenza dei vizi della cosa al momento della conclusione del contratto. Questa visione contribuiva a creare non poche incertezze circa l'applicazione dell'azione estimatoria: non era altresì pacifico che quest'ultima dovesse promuoversi sempre o solo qualora fosse preclusa la redibitoria. Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 325 s.

⁴⁶ Cfr. R. LEDERLE, '*Mortuus redhibetur*', cit., 30 ss., in particolare 40 s.

⁴⁷ Cfr. P. MADER, '*Mortuus redhibetur? Eine Untersuchung zum aedilizischen Sachmängelrecht*', in *ZSS*, CI. 1, 1984, 288 ss.

⁴⁸ La critica che è stata mossa alle tesi in esame è la mancanza di un espresso riscontro nelle fonti, in particolare in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.31.11; scrive L. GAROFALO, *L'impossibilità*, cit., 54, nt. 51, sull'interpretazione proposta da Mader: «sembra a me che essa spicchi più per l'equilibrio e l'intrinseca razionalità dell'assetto normativo che pretende di dedurre dalle fonti ... che per l'aderenza alle fonti stesse, in effetti mute».

A secoli di distanza, gettare lo sguardo su una realtà storica, sociale e giuridica apparentemente così lontana da quella attuale può sembrare un proposito vano e irrilevante.

Questo studio, in coda ai più autorevoli contributi scientifici che sono stati citati, mira, tra le varie finalità, ad evidenziare la vitalità della disciplina dei rimedi edilizi di tradizione romanistica: questa, seppur declinata in maniera differenziata nei vari ordinamenti dell'Europa continentale, è sopravvissuta per tutta la stagione del diritto comune, sino a confluire, quasi inalterata nel suo impianto fondamentale, negli ordinamenti moderni.

Questo risultato denota non solo grande flessibilità, ma anche forte adattabilità alle mutevoli esigenze sociali ed economiche affiorate nel corso del tempo, caratteristiche proprie di un sistema giuridico solido e coerente con i principi su cui esso stesso è strutturato.

In questo contesto limpido e ordinato si inserisce la disciplina dell'impossibilità della redibizione: le cause determinanti detta impossibilità vengono specificamente regolate, così come le relative conseguenze, secondo lo schema logico della relazione causa-effetto. Fonte di chiarezza e stabilità è la definizione puntuale dei principi regolatori e dei criteri applicativi che governano la materia, tra cui è annoverato quello della disponibilità del bene viziato da parte dell'acquirente, considerato elemento costitutivo dell'*actio redibitoria*.

L'errore commesso dagli ordinamenti moderni in tempi recenti è stato proprio quello di trascurare la necessità di un'individuazione nitida di questi principi, allontanandosi da un modello normativo che mira alla chiarezza e alla semplicità.

CAPITOLO SECONDO

L'esperienza dell'ordinamento italiano: un modello normativo complesso

Fatte tali premesse, propedeutiche e indispensabili per questo studio, segue una panoramica di quella che è la disciplina degli oneri e degli obblighi nel giudizio redibitorio, prestando particolare attenzione alle ipotesi di impossibilità per il compratore di restituire la prestazione ricevuta e la rilevanza che detta impossibilità assume ai fini dell'esperibilità dell'azione.

Verranno inoltre illustrati i principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto, nonché i relativi motivi di critica.

Non mancheranno di essere menzionati i profili innovativi introdotti dal diritto comunitario in relazione al regime della vendita di beni di consumo, più specificamente dalla direttiva 99/44/CE, nel tentativo di evidenziarne le finalità e i risultati della sua attuazione nell'ordinamento italiano.

1. Profili generali sulla disciplina della garanzia per i vizi.

A tutela dei diritti del compratore, il codice civile del 1942 prevede una responsabilità per i vizi della cosa preesistenti alla conclusione del contratto.

La disciplina della garanzia per i vizi della cosa venduta – delineata in via generale dall'art. 1476, che, nell'elencare le obbligazioni principali del venditore, al n. 3 prevede «quella di garantire il compratore ... dai vizi della cosa» – è specificamente regolata dagli artt. 1490 e ss.: ai sensi dell'art. 1490, comma 1 «il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore»; la suddetta responsabilità, poi, può essere esclusa o limitata per patto, salvo il caso in cui il venditore abbia taciuto i vizi in mala fede (art. 1490, comma 2).

A favore del compratore, l'ordinamento prevede specifici rimedi, in particolare: l'art. 1492, comma 1 disciplina l'azione di risoluzione o redibitoria, mediante la quale il compratore ottiene lo scioglimento *ex tunc* del rapporto contrattuale, e l'azione estimatoria, consistente

nella riduzione del prezzo in rapporto alla minore utilità offerta dalla cosa al compratore⁴⁹; ad entrambi i rimedi si somma la possibilità di ottenere il risarcimento del danno, ex art. 1494.

Ciascuno dei rimedi sopradetti è sottoposto ai termini di prescrizione e decadenza previsti dall'art. 1495: «il compratore decade dal diritto alla garanzia, se non denuncia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta, salvo il diverso termine stabilito dalle parti o dalla legge» e in ogni caso l'azione si prescrive in un anno dalla consegna del bene (art. 1495, comma 3); le disposizioni dell'art. 1495 si applicano altresì al diritto del compratore di ottenere la risoluzione del contratto secondo le norme generali in materia di risoluzione per inadempimento (ex artt. 1453 e ss.) «quando la cosa venduta non ha le qualità promesse ovvero essenziali per l'uso a cui è destinata» (art. 1497, comma 1).

L'analisi sui presupposti ai quali è subordinata la titolarità in capo al compratore del diritto alla risoluzione del contratto (ex art. 1492, comma 1) muove dall'art. 1490, comma 1: innanzitutto la cosa deve essere affetta dai cosiddetti «vizi di fatto», ossia da vizi «che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore»⁵⁰.

Vizi di fatto si ritengono quelle imperfezioni materiali della cosa che attengono al processo di fabbricazione, produzione, formazione o conservazione della stessa, ossia, secondo la definizione di Mirabelli⁵¹, «le deficienze» che colpiscono la cosa nella struttura, nella composizione, nell'aspetto estrinseco. Restano esclusi i cosiddetti «vizi del diritto», relativi alla condizione giuridica della cosa – ai quali è riservata una disciplina peculiare (come avviene, ad esempio, in relazione all'art. 1489, sulla cosa gravata da oneri o da diritti di godimento di terzi) – e i vizi materiali concernenti un bene immateriale.

Inoltre, non è richiesta una totale inutilizzabilità o una diminuzione del valore del bene – a meno che questa non sia una diminuzione «apprezzabile» – ma è sufficiente che i vizi rendano la cosa inidonea alla funzione che le è propria nell'ambito socioeconomico in cui i contraenti hanno agito o alla funzione che gli stessi contraenti hanno pattuito in sede

⁴⁹ Sulla base del disposto dell'art. 1492, comma 1, a norma del quale nei casi indicati dall'art. 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, la giurisprudenza ha sviluppato due principi di fondamentale importanza nell'ambito dell'esercizio delle azioni di garanzia: il primo è il c.d. principio di alternatività delle domande (cfr. Cass. 25 marzo 1988, n. 2568, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1117); il secondo, invece, coincide con l'immodificabilità (o irrevocabilità) della richiesta avanzata dall'acquirente, in base al quale «una volta richiesta la risoluzione del contratto di compravendita per i vizi della cosa venduta è improponibile la domanda di riduzione del prezzo» (cfr. Trib. Pavia 15 gennaio 1972, in *Mon. trib.*, 1972, 321, e prima ancora App. Milano 2 febbraio 1971, in *Foro pad.*, 1971, I, 402). Tuttavia, è ammesso l'esercizio dell'azione di riduzione del prezzo subordinatamente al mancato accoglimento della domanda di risoluzione. Cfr. Cass. 25 marzo 1988, n. 2568, cit., 621.

⁵⁰ Cfr. L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Rivista diritto civile*, I, 2001, 32.

⁵¹ Cfr. G. MIRABELLI, *I singoli contratti: arti. 1470-1765*³, in *Comm. del cod. civ.*, IV, voce *Delle obbligazioni*, Torino, 1991, 105.

negoziale; parte della dottrina fa riferimento alla nozione di vizi «facilmente riconoscibili» – nozione che tiene conto delle capacità personali dell'acquirente – ritenendo che questa entri in gioco soltanto se la cosa può essere esaminata dal compratore e che questi abbia l'onere di operare siffatto controllo preventivamente⁵² (diverso è il caso, come si dirà in seguito, in cui il venditore abbia preventivamente emesso una dichiarazione di esenzione della cosa da difetti ai sensi dell'art. 1491, quest'ultima vincolante anche qualora l'acquirente ne ignorasse l'esistenza).

Questo aspetto dei vizi facilmente riconoscibili risulta spesso problematico. Sono generalmente considerati riconoscibili i vizi avvertibili con uno sforzo di diligenza minimo, e i vizi qualificati tali in relazione alle capacità personali dell'acquirente; in ogni caso la dichiarazione del venditore riguardo all'integrità della cosa vale ad esonerare il compratore da ogni sforzo di diligenza, quando anche l'alienante-venditore ignorasse l'esistenza dei vizi in buona fede.

La giurisprudenza, inoltre, ha chiarito che la responsabilità per i vizi della cosa prescinde dalla colpa del venditore, rilevante esclusivamente per la proposizione dell'azione di danni ex art. 1494⁵³.

I vizi, poi, devono essere preesistenti alla conclusione del contratto o a quest'ultima devono preesistere le cause dei vizi sopravvenuti alla stessa; i vizi insorti successivamente al trasferimento del diritto (e anteriormente alla consegna del bene), ove imputabili al venditore, costituiscono un inesatto adempimento della prestazione di consegna ex art. 1477, comma 1, condizione che legittima il compratore a ricorrere agli ordinari rimedi contrattuali ex artt. 1453 e ss.

L'art. 1492, comma 1 sembra limitare i presupposti dell'azione redibitoria a quelli previsti dall'art. 1490, ma altri presupposti sono desumibili dal dettato degli artt. 1490, comma 2, 1491 e 1492, comma 3.

In primo luogo, il compratore non vede sorgere a suo favore il diritto alla risoluzione del contratto di compravendita ove abbia stretto con il venditore un patto di esonero o di limitazione della responsabilità di costui per i vizi della cosa, salvo che esso sia nullo qualora il venditore abbia taciuto i vizi in mala fede, quindi dolosamente (art. 1490, comma 2). Dal quadro normativo emerge chiaramente la natura dispositiva della disciplina della garanzia per

⁵² Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*⁹, Torino, 2018, 275.

⁵³ Cfr. App. Milano 16 luglio 1968, in *Foro pad.*, 1968, I, 787; Cass. 11 febbraio 1977, n. 607, in *Giur. it.*, 1977, I.1, 1682; Cass. 19 ottobre 1994, n. 8533, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Vendita*, n. 54.

i vizi, in quanto tale derogabile dalle parti sia parzialmente, sia nel senso di una totale esclusione. Il patto in questione può dunque incidere sull'oggetto della garanzia (cioè sui vizi che incidono sulla sua operatività), così come sul contenuto della garanzia medesima (cioè sulle azioni esperibili dal compratore e sull'onere di denuncia)⁵⁴.

Ai sensi dell'art. 1491, poi, al compratore non spetta l'azione redibitoria ove abbia avuto conoscenza dei vizi della cosa al momento della conclusione del contratto (o dell'individuazione nel caso di vendita di cosa generica), anche nel caso in cui non ne fosse a conoscenza ma essi fossero da lui facilmente riconoscibili, secondo la nozione di cui sopra.

Fondamentale ai fini dell'analisi sul particolare profilo della perdita del bene viziato da parte del compratore è la previsione dell'art. 1492, comma 3, secondo cui «se la cosa consegnata è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto; se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo». Pertanto, il compratore manterrà la titolarità dell'azione redibitoria se il bene è perito a causa dei vizi da cui è affetto, diversamente decadrà da tale diritto qualora il bene sia perito per caso fortuito, per colpa del compratore stesso, ovvero se quest'ultimo l'ha alienato o ha provveduto alla sua trasformazione.

Dalla lettera della norma si trae il principio per cui il compratore, affinché possa dirsi titolare del diritto alla risoluzione del contratto ex art. 1492, comma 1, deve essere nella disponibilità materiale della cosa, così da essere in grado di provvedere alla sua restituzione; questa costituisce l'oggetto dell'obbligazione che sorge a carico del compratore per effetto della risoluzione del contratto.

La disciplina generale dei rimedi edilizi conserva evidentemente i tratti fondamentali delineati a suo tempo dalla giurisprudenza classica: la restituzione del bene si configura ancora come un onere posto a carico del compratore per poter godere del diritto alla risoluzione del contratto; e l'azione redibitoria è preclusa in tutte quelle ipotesi in cui l'impossibilità della restituzione del bene sia causata da un comportamento riconducibile alla sfera di responsabilità del compratore.

⁵⁴ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*², in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1971, 861 s.; L. GAROFALO, *Garanzia*, cit., 41.

2. Art. 1492, comma 3: un approfondimento.

Nel presente paragrafo viene approfondita l'analisi della disciplina prevista dall'art. 1492, comma 3. In primo luogo, verranno esposti i principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sull'argomento, per poi concentrarsi sulle possibili ragioni di critica.

2.1. I principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

Il rimedio della risoluzione del contratto previsto dall'art. 1492, comma 3 contempla diverse situazioni in cui il compratore possa far valere la relativa pretesa.

Tali situazioni sono tra loro così eterogenee da aver ispirato un ampio dibattito incentrato sull'interpretazione del dettato legislativo che le prevede. La dottrina, invero, si divide in due macrocategorie: coloro che ne riconoscono un fondamento unitario e coloro che ritengono esistano fonti ispiratrici diverse.

I primi sostengono che la norma si fondi sul principio di derivazione romanistica del *res perit domino*, in base al quale «ogni qualvolta la restituzione della cosa sia divenuta (in tutto o in parte) impossibile ... per una causa non imputabile al venditore – e tale non è il perimento per vizi – al compratore non competerà che la *quanti minoris*, cioè l'estimatoria (ed eventualmente il risarcimento del danno)»⁵⁵. La parte della dottrina a favore di questa tesi ravvisa la *ratio* della disposizione in esame nell'obiettiva impossibilità di ripristinare la situazione nella quale si trovavano le parti al momento della conclusione del contratto. Conseguentemente, ha esteso l'applicazione dell'art. 1492, comma 3 ad ogni altro caso nel quale la restituzione della cosa nel suo stato originario sia divenuta impossibile senza colpa del venditore, e quindi ai casi di smarrimento, consumazione, o altresì nel caso sia divenuta incommerciabile in virtù di una legge o un provvedimento dell'autorità amministrativa, purché posteriori al contratto⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 804 ss., secondo cui «il vero è che in tutti i casi previsti dall'ultimo comma dell'art. 1492 la risoluzione rimane esclusa perché il compratore, per causa estranea al venditore, non potrebbe restituire a questi la cosa, o almeno non nell'originario stato, cioè è impossibile la remissione in pristino, che è una conseguenza necessaria della risoluzione. Si tratta quindi di una ragione obiettiva, che trascende la volontà del compratore»; P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita. Art. 1470-1547*², in *Commentario del codice civile*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1981, 272; G. MIRABELLI, *I singoli contratti*³, cit., 105.

⁵⁶ Cfr. G. GORLA, voce *Azione redibitoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 80 s.; S. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, Milano, 1960, 267; D. Rubino, *La compravendita*², cit., 805; P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*², cit., 272; G. MIRABELLI, *I singoli contratti*³, cit., 105.

Gli stessi sostengono che il compratore conserva la titolarità del diritto alla risoluzione del contratto purché, dopo l'alienazione o la trasformazione della cosa, la riacquisti o la ripristini⁵⁷.

Sul tema la dottrina si divide: c'è chi ritiene che il ripristino del bene debba avvenire necessariamente prima dell'esperimento dell'azione, in ragione del fatto che la norma individua la disponibilità della cosa, nella sua integrità, quale presupposto di proponibilità dell'azione redibitoria⁵⁸. Altri ritengono che il compratore possa beneficiare della risoluzione del contratto anche quando abbia provveduto a riacquistare o ripristinare la cosa nella pendenza della causa⁵⁹.

Si segnala, inoltre, l'isolata opinione della giurisprudenza⁶⁰ che individua quale fondamento della norma in esame il nesso di corrispettività che viene a formarsi tra le prestazioni restitutorie a seguito della pronuncia di risoluzione, il quale verrebbe interrotto nel caso di perimento del bene derivanti da vizi.

Coloro che invece ritengono vi siano diverse fonti ispiratrici della norma in esame si dividono a loro volta in almeno due sottogruppi: una parte della dottrina⁶¹ ritiene che nell'ipotesi di perimento della cosa a causa dei vizi, accertato che il compratore non ha tratto da essa alcuna utilità, lo scioglimento del vincolo costituisce il rimedio necessario a ristabilire l'equilibrio delle posizioni dei contraenti; viceversa, nel caso in cui la cosa sia andata perduta per colpa del compratore o per caso fortuito, la preclusione dell'azione di risoluzione costituisce un effetto dell'applicazione del principio del *res perit domino*; mentre, nel caso in cui il compratore abbia proceduto all'alienazione o trasformazione della cosa, la preclusione trova giustificazione nella volontà del compratore, consapevole dei vizi, di disporre della cosa acquistata e dunque di mantenere in vita il contratto; così facendo, rinuncia alla maggiore tutela dell'azione redibitoria, ma conserva il suo diritto alla riduzione del prezzo.

⁵⁷ Questa impostazione ricorda l'orientamento della giurisprudenza classica in relazione all'ipotesi di fuga dello schiavo e, in particolare, della c.d. *cautio de servo persequendo et restituendo*, in forza della quale il compratore si impegnava a proseguire nelle ricerche dello schiavo medesimo e a restituirlo qualora l'avesse ritrovato; il suo ritrovamento consentiva all'*emptor* di ottenere la condanna del venditore. Cfr. sopra, cap. I, § 1.

⁵⁸ Cfr. P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*², cit., 275.

⁵⁹ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 808.

⁶⁰ Cfr. Cass. 17 ottobre 1964, n. 2610, in *Foro it.*, 1965, I, 728, nella cui motivazione si legge: «la conclusione che l'art. 1492 stabilisce, della possibilità di agire in risoluzione nel caso di avvenuto perimento o di alienazione della cosa, che si lamenta fosse affetta da vizi, ... trae motivo dalla esigenza della rimessione in pristino di entrambe le parti nella situazione originaria, operando anche nella fase risolutiva del rapporto il carattere della bilateralità che gli è connaturato e la interdipendenza delle contrapposte obbligazioni rispettivamente facenti capo a ciascuna delle due parti».

⁶¹ Cfr. M.G. FALZONE CALVISI, *La garanzia per vizi*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, IV, Padova, 1996, 536 ss., 547 ss.

La giurisprudenza ha precisato che il compratore, qualora venga ammesso alla redibitoria nonostante l'alienazione o la trasformazione della cosa (ad esempio perché effettuata nell'ignoranza dei vizi) e venga pronunciata la risoluzione del contratto, è tenuto a corrispondere l'equivalente della cosa stessa⁶².

Una diversa corrente⁶³ ritiene che il compratore possa intentare l'azione redibitoria, nonostante la cosa sia perita a causa dei vizi, non sulla base del *res perit domino*, ma sulla base del diverso principio per cui le conseguenze dannose dell'inadempimento di una parte non possono valere a limitare la tutela dell'altra; al compratore sarebbe quindi negata l'azione in questione nel caso di perimento per caso fortuito o per fatto proprio, nell'intento di limitare l'uso della risoluzione del contratto quale strumento per trarre vantaggio dall'altrui inadempimento e soprattutto per addossare alla parte inadempiente il rischio di un danno non connesso all'inadempimento medesimo. Gli stessi escludono l'azione redibitoria nell'ipotesi di alienazione o trasformazione del bene, invocando la regola secondo la quale la parte non può chiedere la risoluzione del contratto quando abbia fatto uso del bene nonostante i vizi del medesimo.

Si segnala, inoltre, l'orientamento, sostenuto dal Bianca⁶⁴, in virtù del quale, stante l'onere di restituzione del bene in capo al compratore ai fini della redibitoria, per la pronuncia della risoluzione del contratto nonostante il perimento accidentale sopravvenuto, è richiesto che l'attore, prima di subirne la perdita, abbia almeno «offerto la cosa e questa sia stata ingiustificatamente rifiutata dal venditore»⁶⁵. Secondo il Bianca, il venditore che rifiuti l'esecuzione di un onere connesso all'esercizio di un rimedio contrattuale senza fondato motivo dà adito all'applicazione dell'art. 1207 cod. civ., il quale esonera l'offerente dai rischi del ritardo; la regola è stata dettata in tema di adempimento dell'obbligazione, ma Bianca ritiene che la sua applicazione possa essere estesa in via analogica anche all'adempimento dell'onere. L'impossibilità della restituzione – continua Bianca – è a carico del venditore anche quando venga rifiutata un'offerta che non è reale, ma fatta nelle forme d'uso ex art. 1214 cod. civ.; tra queste può essere annoverata la restituzione mediante comunicazione

⁶² Cfr. Cass. Civ. Sez. III, 22 maggio 1963, n. 1323, in *Foro it.*, 1963, I, 1395 s.; Cass. 6 giugno 1977, n. 2322, in *Foro it.*, I, 2197.

⁶³ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², in *Trattato di diritto civile italiano*, 1993, 966 s.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 1999, 1527 s.

⁶⁴ C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 967 ss. L'Autore trae argomento da Cass. civ. Sez. I, 28 ottobre 1969, n. 3537, in *Foro it.*, 1970, II, 485 s.

⁶⁵ C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 969.

scritta che il bene si trova presso il compratore a disposizione del venditore, così come la spedizione dello stesso.

2.2. *Le ragioni di critica.*

Alcuni profili delle tesi appena descritte non sono pienamente convincenti, prima tra queste l'opinione per cui al compratore sarebbe preclusa la possibilità di agire in redibitoria nell'ipotesi di perimento della cosa viziata per caso fortuito.

Secondo Castronovo non è il principio del *res perit domino* in sé e per sé che giustifica la presente soluzione legislativa, ma «il fatto che esso si trova iscritto nella scelta normativa che nega la risoluzione»⁶⁶; adottando la soluzione contraria, infatti, il rischio del perimento fortuito ricadrebbe sul venditore in virtù dell'efficacia retroattiva della risoluzione.

La stessa opinione è sostenuta da quella parte della dottrina che, come già accennato⁶⁷, individua la *ratio* della preclusione della redibitoria, per l'ipotesi di perimento del bene verificatosi per caso fortuito, nella necessità di evitare che lo scioglimento del vincolo contrattuale funga da «artificio» per trarre vantaggio dall'altrui inadempimento e, principalmente, per addossare alla parte inadempiente (nella specie il venditore) la responsabilità per un danno non commesso dall'inadempiente stesso, corrispondente alla perdita della disponibilità del bene viziato.

Alla medesima ragione ispiratrice viene ricondotta la diversa fattispecie del perimento del bene avvenuta per colpa del compratore. La scelta di affiancare quest'ultima ipotesi a quella di perimento per caso fortuito trova appoggio nel dettato normativo che, per l'appunto, esclude espressamente la risoluzione del vincolo contrattuale ove la cosa sia perita «per caso fortuito o per colpa del compratore», o «se questi l'ha alienata o trasformata».

La dottrina tende ad accostare da un lato l'ipotesi di caso fortuito con quella della colpa del compratore, dall'altro quella dell'alienazione della *res* con la sua trasformazione. Ancorché sostenuto dalla lettera della legge, il primo degli accostamenti menzionati suscita qualche perplessità o, quantomeno, sollecita alcune riflessioni intorno all'individuazione del suo fondamento. Due sono le notazioni che possono essere rimarcate con riguardo alla scelta normativa di prevedere le medesime conseguenze in relazione al perimento del bene per caso

⁶⁶ C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, Milano, 1999, 823.

⁶⁷ Cfr. sopra, cap. II, § 2.1, nt. 63.

fortuito e al perimento per colpa del compratore: la prima di ordine storico-comparatistico; la seconda, invece, di teoria generale del diritto.

Quanto alla prima, si rimanda al capitolo precedente, in cui, nell'inquadrare storicamente la disciplina dell'*actio redhibitoria*, si è detto che la giurisprudenza classica aveva adottato il criterio della colpa quale discrimine tra i casi di imputabilità del perimento (o causa equipollente) del bene viziato e i casi in cui questo fosse stato meramente accidentale, con la conseguenza che ogniqualevolta il perimento della cosa fosse stato imputabile al compratore a titolo di colpa, a quest'ultimo era precluso l'esercizio dell'azione redibitoria; il perimento avvenuto *sine culpa emptoris*, invece, comportava la liberazione dell'*emptor* dall'onere di restituzione. In quello definito «accidentale» ricadevano, ragionevolmente, le ipotesi di perimento verificatosi per caso fortuito o forza maggiore.

La disciplina così strutturata ha poi subito delle modifiche dovute agli aggiustamenti apportati durante il periodo del *ius commune*, sino a confluire nel codice italiano del 1865 che, così come faceva anche il 'Code Napoléon' del 1804, precludeva l'esercizio dell'azione redibitoria nel caso di perimento del bene non provocato dai vizi del medesimo, ma prevedeva espressamente che il perimento derivante da caso fortuito fosse rimesso a carico del compratore (art. 1504, ultimo comma). La scelta del legislatore del 1865, prima, e del legislatore del 1942, poi, è il risultato di un'evoluzione storica che esprime l'esigenza di evitare che il rischio del perimento accidentale del bene ricada sul venditore⁶⁸.

La soluzione a cui è giunto il legislatore è sicuramente persuasiva con riferimento alle finalità della tutela; risulta meno convincente sotto il profilo della coerenza con le regole di teoria generale del diritto.

Al fine di ottimizzare la comprensione del ragionamento, bisogna ora dedicare uno spazio, seppur minimo, a due categorie generali del diritto, quelle del caso fortuito e della colpa, così come i fattori costitutivi che le connotano e differenziano.

Caso fortuito è l'avvenimento imprevedibile ed eccezionale che si inserisce d'improvviso nell'azione del soggetto. Si tratta, quindi, di un evento che non coinvolge la volontà dell'agente e soprattutto non ricade nella sua sfera di controllo⁶⁹.

⁶⁸ Il codice civile tedesco, prima della 'Schuldrechtsmodernisierung' (a cui è dedicato un approfondimento, cfr. cap. III, § 2), prevedeva, invece, che il rischio del perimento del bene per caso fortuito gravasse sul venditore, sulla base dell'antico principio del *mortuus redhibetur*. Cfr. § 350 BGB a.F.

⁶⁹ Quanto alla nozione di caso fortuito si rimanda a Trib. Roma 18 febbraio 2006, in *Dir. famiglia*, IV, nota di P. Virgadamo, 1992, in cui l'esimente del caso fortuito viene definito come «l'inserirsi nel processo causale di un elemento imprevisto ed imprevedibile»; Trib. Novara, 29 marzo 2022, n. 173, in *DeJure*, secondo cui «... il

Parzialmente diverso è l'istituto della colpa, il quale può assumere, come è noto, una duplice connotazione a seconda che si faccia riferimento al diritto sostanziale civile o penale, ma, in generale, si sostanzia nella carenza di diligenza, prudenza e perizia concretamente esigibile nel compimento di un determinato atto. L'elemento caratterizzante della colpa – che lo differenzia dalla condotta dolosa – è l'assenza del fattore volitivo (non a caso il comportamento colposo viene normalmente ricondotto all'espressione «contro l'intenzione»); pertanto, i due istituti, caso fortuito e colpa, sono assimilabili con riferimento alla carenza di volontà del soggetto agente: in entrambi i casi, l'evento pregiudizievole non è frutto di un atto volontario di chi l'ha determinato⁷⁰. Ciò che connota la colpevolezza – e che invece difetta negli episodi riconducibili al caso fortuito – è che l'evento dannoso derivante da una condotta tipicamente colposa ricade nella sfera di controllo del soggetto agente. Proprio su quest'ultima evidenza poggia il generale dovere di diligenza sancito dall'art. 1176, comma 1 cod. civ., in forza del quale tutti i soggetti sono tenuti ad usare la normale diligenza – che, secondo la disposizione, è quella «del buon padre di famiglia» – nell'adempire l'obbligazione; il principio generale del comma 1 è rafforzato dal secondo comma, secondo cui «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata», previsione che giustifica la pretesa al risarcimento del danno ex art. 1218 cod. civ., come conseguenza dell'inosservanza di tale dovere.

Il breve inquadramento sin qui fornito dovrebbe illuminare sull'incoerenza dell'accostamento dell'istituto del caso fortuito a quello della colpa. L'ipotesi di perimento del bene per fatto proprio del compratore non può rispondere alla medesima ragione giustificatrice del perimento accidentale, in ragione del fatto che la condotta colposa coincide con un evento pregiudizievole che è stato determinato dall'agente, seppur involontariamente; l'evento accidentale, invece, prescinde dalla responsabilità del compratore.

Sulla base di quanto sostenuto fino ad ora, si vuole proporre una più netta differenziazione delle fattispecie in esame e del relativo fondamento dogmatico.

La ragione per cui è precluso l'esercizio della redibitoria al compratore che rivesta nell'impossibilità di restituire il bene viziato per fatto proprio risiede, plausibilmente,

debitore che voglia liberarsi da responsabilità deve provare che l'inadempimento o l'inesatto adempimento sia dipeso da causa estranea al suo potere di controllo».

⁷⁰ Sulla responsabilità contrattuale e il nesso di causalità si vedano, ad esempio, Cass. civ. Sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5; Cass. civ. Sez. III, 11 novembre 2005, n. 22894, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7 s.

nell'originario criterio della colpa: l'evento pregiudizievole imputabile ad un comportamento dell'acquirente (che nella specie viene identificato con l'impossibilità della redibizione), indipendentemente dalla effettiva intenzione di realizzare o meno la condotta, esclude l'esperibilità dell'azione risolutoria⁷¹.

Più complesso è il discorso relativo alla diversa fattispecie del perimento accidentale. Occorre distinguere l'ipotesi in cui questo si sia verificato prima della proposizione della domanda di risoluzione del contratto, dall'ipotesi in cui lo stesso sia avvenuto nel corso del giudizio. Nel primo caso, in accordo con la giurisprudenza prevalente, la risoluzione del contratto sarà preclusa al compratore a norma dell'art. 1492, comma 3⁷². Nella diversa ipotesi in cui il perimento accidentale si sia verificato dopo l'instaurazione del giudizio redibitorio, invece, la stessa preclusione finirà per non intervenire. Sul punto la dottrina si divide. Taluni⁷³ ritengono che il perimento non precluderebbe la risoluzione se dipendente dal caso fortuito, in virtù della situazione di *mora accipiendi* a cui viene a versare il venditore quando non accetti tempestivamente la risoluzione o la restituzione; talaltri⁷⁴, invece, escludono la suddetta preclusione sulla base del principio per cui la durata del processo non può andare a danno della parte vittoriosa ed incolpevole.

Più coerente appare l'accostamento delle ipotesi di alienazione e trasformazione del bene, poiché entrambe le fattispecie sono giustificate da un atto volontario del compratore,

⁷¹ Il codice tedesco aveva adottato la medesima soluzione, ponendo a carico del compratore il perimento o il sostanziale deterioramento del bene che fosse a lui imputabile. Cfr. § 351 BGB a.F. Diversa in proposito è l'opinione del Bianca, secondo cui «se l'impossibilità della restituzione non è conseguenza dell'inadempimento, la risoluzione del contratto è preclusa al compratore a prescindere da ogni valutazione d'imputabilità del fatto. La formula normativa fa anche richiamo, è vero, alla "colpa" del compratore. Ma un tale giudizio sarebbe inappropriato in un tema estraneo a quello della responsabilità. Comunque, la stessa norma accomuna al perimento del bene per colpa del compratore il perimento per caso fortuito (art. 1492², cod. civ.)», cfr. C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 966. Tale conclusione è sicuramente coerente con il pensiero generale dell'Autore (cfr. C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 958 ss.), ma stupisce che questi, nello stesso assunto, convalidi la sua visione facendo riferimento alla formula normativa («la stessa norma accomuna al perimento del bene per colpa del compratore il perimento per caso fortuito»), appena dopo averla svalutata («La formula normativa fa anche richiamo, è vero, alla "colpa" del compratore. Ma un tale giudizio sarebbe inappropriato in un tema estraneo a quello della responsabilità»). Severa è anche la scelta di escludere ogni valutazione circa l'imputabilità del fatto perché il tema di riferimento (l'impossibilità della redibizione) è «estraneo» a quello della responsabilità, quando l'originario criterio di imputazione dell'eventuale perimento o deterioramento del bene è proprio quello della colpa del compratore.

⁷² Cfr. Cass. 8 novembre 1991, n. 11892, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1982, secondo cui è del tutto indifferente che l'impossibilità della restituzione dipenda da colpa del compratore o caso fortuito, purché si tratti di impossibilità la cui causa non deriva dai vizi stessi della cosa e si sia verificata prima della proposizione della domanda giudiziale di risoluzione.

⁷³ Cfr. P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*², cit., 272.

⁷⁴ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 805; G. MIRABELLI, *I singoli contratti*³, cit., 106. L'opinione è condivisa anche dalla giurisprudenza, secondo cui «proposta dal compratore domanda di risoluzione del contratto per vizi della cosa, il successivo perimento del bene presso l'acquirente, per fatto a lui imputabile [e non quindi per caso fortuito] preclude la possibilità di accoglimento della domanda». Cfr. Cass. 8 novembre 1991, n. 11892, cit., nt. 75.

il quale, disponendo nei modi predetti della cosa acquistata, manifesta l'intenzione di mantenere in vita il contratto.

Ciò detto, va considerato un altro elemento rilevante della fattispecie, che è quello della conoscenza dei vizi al momento dell'alienazione o trasformazione del bene. Sarà precluso l'esercizio dell'azione redibitoria al compratore che, nonostante fosse a conoscenza dei vizi della cosa, ha comunque deciso di alienarla o trasformarla⁷⁵; tale preclusione opera in ragione del fatto che la manifestazione di volontà dell'acquirente di accettare la cosa nonostante i vizi di cui è affetta – tramite la sua alienazione o trasformazione – è incompatibile con l'intenzione di provocare la caducazione del vincolo contrattuale⁷⁶. Diversa è l'ipotesi dell'acquirente che ha alienato o trasformato la cosa nell'ignoranza dei vizi di questa: egli conserverà la possibilità di agire in redibitoria perché rappresenterebbe un assurdo il fatto che il contraente venisse condannato per aver disposto della cosa nell'esercizio del suo diritto di disporne⁷⁷.

Resta il problema della *mora accipiendi* del venditore che non chieda la condanna dell'attore alla restituzione del bene, quando essa sia ancora possibile. A tale proposito, molto convincente è la tesi del Bianca sulla duplice efficacia, risolutiva e condannatoria, della sentenza di risoluzione e il relativo condizionamento all'effettiva restituzione della cosa viziata⁷⁸.

Secondo la presente dottrina, il compratore di un bene viziato non riuscirebbe a svincolarsi dal contratto e a ripristinare la situazione precedente alla conclusione dello stesso se non esercitando due diritti soggettivi: quello potestativo del venditore, volto alla risoluzione del vincolo negoziale e ad ottenere la restituzione del bene non perito in conseguenza di vizi; e il diritto di credito alla restituzione del prezzo e al rimborso delle spese

⁷⁵ Cfr. P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*², cit., 271 ss.; C. M. BIANCA, *La vendita*, cit., 885; per la giurisprudenza si vedano, tra le varie, Cass. 11 gennaio 1982, n. 111, in *Mass. Foro it.*, 1982, 24; 11 maggio 1984, n. 2891, in *Arch. civ.*, 1985, I, 1442; 1 febbraio 1993, n. 1212, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1666.

⁷⁶ La giurisprudenza ritiene che la volontà dell'acquirente di rinunciare alla risoluzione del contratto debba essere manifestata in modo univoco (cfr. Cass. 6 giugno 1977, n. 2322, in *Foro it.*, 1977, I, 2197). Inoltre, «anche una qualsiasi utilizzazione della cosa da parte dell'acquirente, dalla quale possa evincersi l'intento di accettarla nonostante la presenza dei vizi, preclude la proposizione dell'azione di risoluzione del contratto». Cfr. Cass. 1 febbraio, 1993, n. 1212, cit. 1666.

⁷⁷ Una simile impostazione è condivisa dalla giurisprudenza; si veda, ad esempio Cass. 8 giugno 1994, n. 5552, in *Arch. civ.*, 1995, 48: «In tema di azione redibitoria per vizi della cosa oggetto del contratto di compravendita, mentre l'alienazione, da parte del compratore, della cosa stessa non può *ex se* precludere a quest'ultimo la possibilità di sperimentare la suddetta azione – verificandosi, invece, siffatta preclusione solo quando l'atto dispositivo debba intendersi realmente correlato ad una volontà di accettare la cosa nonostante le deficienze in essa riscontrate – spetta al compratore, dimostrare che questo, per le particolarità della fattispecie, non può essere idoneo a concretare siffatta potenzialità e ad impedire, quindi, la proponibilità della domanda di risoluzione».

⁷⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 970 s., il quale trae argomento dalla giurisprudenza sul punto, in particolare Cass. 18 maggio 1966, n. 1280, in *Foro it.*, 1969, I, 193 ss.

e dei pagamenti di cui all'art. 1493, comma 1, cod. civ., corrispondente alla pretesa fatta valere dall'attore-compratore mediante la proposta di una domanda di condanna del venditore al pagamento.

Premessa fondamentale è che il diritto potestativo del venditore trova la sua giustificazione nella pronuncia di risoluzione, alla pari del diritto di credito del compratore; di conseguenza, nell'inerzia del convenuto che non formuli la domanda di condanna, il giudice non può, di sua iniziativa, condannare l'attore, in virtù del principio per cui l'ordinamento non tutela chi si astenga dall'avvalersi di un proprio diritto. Analogamente, il compratore, attore in redibitoria, non può pretendere la risoluzione del contratto e la condanna del venditore alla restituzione del prezzo trattenendo il bene viziato, solo perché il convenuto-venditore abbia ommesso di formulare la domanda di condanna alla sua restituzione, perché, così facendo, la risoluzione finirebbe per convertirsi in uno strumento di arricchimento del compratore. Per evitare ciò, il giudice deve condizionare all'effettiva restituzione del bene non solo l'effetto costitutivo (perché propriamente risolutivo) della sentenza di risoluzione, ma anche quello condannatorio. In questo modo, la restituzione del bene ritorna ad essere il contenuto di un onere⁷⁹, la cui mancata osservanza preclude all'acquirente la possibilità di esperire l'azione in parola e di assicurare che questi non si avvalga degli effetti favorevoli della sentenza, continuando a disporre della cosa.

A scapito della teoria appena illustrata, la giurisprudenza prevalente⁸⁰ tende ad inquadrare la disponibilità della cosa viziata da parte del compratore quale presupposto di proponibilità dell'azione redibitoria. Più precisamente, si ritiene che il requisito della disponibilità debba sussistere al momento dell'instaurazione del processo nel quale l'acquirente fa valere il diritto alla risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1492, comma 1, cod. civ.; la disponibilità della *res* viene così identificata come presupposto processuale e non come requisito attinente alla struttura del diritto allo scioglimento del vincolo.

La criticità di questa impostazione risulta immediatamente evidente, in virtù del fatto che la disposizione legislativa di riferimento non faccia menzione alcuna di un criterio simile, e ciò perché l'individuazione della disponibilità quale mero presupposto processuale

⁷⁹ Soluzione confermata dal dato normativo, secondo cui, in caso di risoluzione del contratto, il compratore deve restituire la cosa (art. 1493, comma 2 cod. civ.).

⁸⁰ La S. C. esprime il principio in base al quale l'azione redibitoria tende alla rimessione in pristino della situazione antecedente la conclusione del contratto e che se tale effetto non può realizzarsi, l'azione non può più essere esercitata, degradando il requisito della disponibilità del bene viziato a presupposto meramente processuale dell'azione. Cfr. Cass. 13 aprile 1959, n. 1078, in *Giust. civ.*, 1959, I, 1265; 25 febbraio 1963, n. 464, in *Foro it.*, 1963, I, 547; 17 giugno 1974, n. 1790, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce cit., n. 47; 12 maggio 1981, n. 3137, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Vendita*, n. 83.

concorre a svalutare la qualificazione di tale criterio in termini di condizione per l'esistenza del diritto in parola⁸¹.

A favore dell'impostazione che esclude la natura meramente processuale del presupposto della disponibilità del bene viziato si schiera una parte della giurisprudenza⁸², la quale, in taluni casi, riconosce al compratore la titolarità dell'azione in parola anche quando la causa che determina l'impossibilità della restituzione si sia verificata in un momento successivo alla proposizione della domanda giudiziale di risoluzione del contratto.

Poco persuasiva è anche la teoria sul nesso di corrispettività, cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente⁸³: questa, come constatata giustamente il Bianca, è «espressione della causa di scambio che lega la prestazione alla controprestazione»⁸⁴, ma, nell'ipotesi di consegna di un bene gravato da vizi, l'obbligo del compratore e del venditore di restituzione delle prestazioni ricevute si fonda sulla mancanza del titolo contrattuale e si pone quindi al di fuori dell'idea della causa di scambio. L'errore è perlopiù di tipo terminologico-didascalico. Sarebbe stato più corretto parlare di 'interdipendenza' tra le prestazioni restitutorie e non di 'corrispettività' che, a sostegno di quanto affermato dalla critica⁸⁵, richiama il sinallagma che lega le obbligazioni di fonte negoziale poste a carico delle parti; mentre l'onere di restituzione cui è subordinato l'esercizio dell'azione redibitoria risponde ad una causa giustificatrice diversa, corrispondente all'obbligo di ripetizione della prestazione ricevuta, il cui titolo risiede nella sentenza costitutiva di risoluzione del vincolo negoziale, emessa quando la cosa è nella disponibilità dell'acquirente. La pronuncia del giudice non può prescindere dalla possibilità del compratore di restituire la cosa viziata, poiché la ripetizione della prestazione ricevuta è a sua volta prestazione estintiva dell'obbligazione sorta a seguito della stessa sentenza di risoluzione.

Dalla confutazione sin qui svolta può trarsi una prima conclusione in relazione al disposto dell'art. 1492, comma 3, cod. civ. e al suo fondamento: il legislatore non si è limitato ad intervenire esclusivamente sugli effetti della risoluzione ma «anche su quello della figura del diritto soggettivo ad ottenerla, condizionandone la titolarità all'ulteriore presupposto ... della disponibilità della cosa stessa (tendenzialmente nel suo stato originario) atta a renderne

⁸¹ Cfr. L. GAROFALO, *Garanzia*, cit., 51.

⁸² Cfr. Cass. 12 maggio 1981, n. 3137, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, 5; 8 novembre 1991, n. 11892, cit., nt. 77, in cui la S. C. non preclude l'azione di risoluzione quando il perimento del bene per colpa del compratore ovvero l'alienazione o trasformazione del medesimo si siano verificati prima della domanda giudiziale.

⁸³ Cfr. sopra, cap. II, § 2.1, in particolare nt. 60.

⁸⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 966.

⁸⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 970 s.; L. GAROFALO, *Garanzia*, cit., 52.

possibile la restituzione che rappresenta l'oggetto dell'obbligazione scaturente dalla risoluzione»⁸⁶. Questo spiegherebbe perché il comma terzo dell'art. 1492, a differenza del comma precedente, neghi la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto qualora il compratore non abbia più la disponibilità della cosa per un motivo diverso dal perimento conseguente ai vizi, ossia per caso fortuito o per colpa del compratore stesso, o, ancora, nell'ipotesi in cui questi l'abbia alienata o trasformata.

L'individuazione della disponibilità del bene viziato quale requisito per la titolarità dell'azione redibitoria consente di tracciare i confini che delimitano l'ambito di applicazione della relativa disciplina e, segnatamente, di distinguere più chiaramente le diverse ipotesi che determinano l'impossibilità per il compratore di provvedere alla ripetizione di quanto ricevuto.

Sulla base del presupposto della disponibilità della cosa, qualunque evento impedisca al compratore di restituire quest'ultima nella sua iniziale integrità impedisce la risoluzione del contratto; non solo il perimento, la trasformazione o l'alienazione, ma anche ipotesi che non sono contemplate dall'art. 1492, comma 3, come, ad esempio, la consumazione, lo smarrimento, l'espropriazione o l'incommerciabilità.

Dal momento che l'unica restituzione possibile è quella della cosa nella sua iniziale integrità, lo scioglimento del rapporto contrattuale si considera escluso in ragione della anche solo parziale impossibilità derivante da perimento incompleto del bene per caso fortuito o fatto proprio del compratore; la dottrina è infatti concorde nel ritenere che la parziale distruzione del bene precluda al compratore la risoluzione del contratto⁸⁷.

Discussa è invece l'ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto un certo quantitativo di cose generiche, in tutto o in parte affetto da vizi e solo una parte di esso possa effettivamente essere restituita dal compratore. Secondo l'opinione prevalente⁸⁸, in questo caso sarebbe da escludere la possibilità per il compratore di ottenere la risoluzione parziale del contratto, sulla base di un precedente che nega al compratore di bottiglie di vino solo in parte viziate la risoluzione parziale del vincolo contrattuale, in ragione del fatto che l'esatta remissione in pristino – a cui tende il disposto dell'art. 1492, comma 3 – rimarrebbe del tutto irrealizzabile. Altri, invece, ritengono che, in relazione a beni divisibili, non vi sia alcuna ragione per negare

⁸⁶ Come giustamente segnalato da L. GAROFALO, *Garanzia*, cit., 55.

⁸⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 972, concordemente a quanto sostenuto da D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 806 e G. MIRABELLI, *I singoli contratti*³, cit., 106.

⁸⁸ Si veda, ad esempio, D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 817; L. GAROFALO, *Garanzia*, cit., 58, nt. 127.

al compratore di avvalersi del diritto alla risoluzione del contratto e di restituire la prestazione ricevuta quando solo una parte della merce risulti viziata⁸⁹.

L'integrità a cui si fa riferimento è di natura sia fisica che giuridica; pertanto, sarà motivo di esclusione della risoluzione anche la costituzione sul bene viziato di diritti reali limitati.

Nonostante la cosa presenti alterazioni materiali che mutano il suo stato originario, si ritiene possa esserne operata la restituzione, a meno che tali alterazioni siano tali da comportare una trasformazione della cosa ovvero dipendano dal suo uso. Nel primo caso si fa riferimento ad una trasformazione, da intendersi come «notevole modifica»⁹⁰ del bene interessato, e non un mero cambiamento di specie (quello che si ottiene, ad esempio, con il passaggio da materia prima a manufatto).

Con riguardo ai deterioramenti dovuti all'uso, si ritiene⁹¹ sia generalmente ammessa la possibilità di usufruire del rimedio edilizio, nonostante l'attività del compratore abbia alterato l'integrità della cosa stessa; questa opinione è sostenuta dal dato normativo che nulla dispone riguardo alle conseguenze dell'uso del bene. Per quanto attiene al sopravvenuto deterioramento della cosa, invece, la dottrina⁹² tende ad escludere la possibilità per il compratore di ottenere la risoluzione del contratto, poiché la soluzione alternativa precluderebbe l'esatta rimessione in pristino della cosa.

Il Bianca⁹³ smentisce questa teoria affermando che, oltre a non impedire l'onere della restituzione e l'esercizio del diritto alla risoluzione del vincolo, il deterioramento sopravvenuto della cosa – salvo, ovviamente, che abbia condotto al perimento della stessa – non esclude il ripristino della situazione antecedente alla conclusione del contratto, e ciò essenzialmente per due motivi: in primo luogo, l'opinione maggioritaria tende ad equiparare il semplice guasto alla distruzione totale del bene, soluzione ritenuta arbitraria in ragione del fatto che «il richiamo normativo al 'perimento' (art. 1492 cod. civ.) trova ragione nella impossibilità della restituzione della cosa e che tale impossibilità non sussiste quando la cosa sia semplicemente deteriorata»; in secondo luogo, il deterioramento non è altro che

⁸⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 951 ss.

⁹⁰ Cfr. L. GAROFALO, *Garanzia*, cit., 58, in aderenza a quanto sostenuto da D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 806, e da P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*², cit., 274: «basta che il mutamento sia notevole, tale da incidere sull'identità e idoneità della cosa».

⁹¹ Cfr. P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*², cit., 273; L. GAROFALO, *Garanzia*, cit., 58 s.

Nell'ambito dello stesso giudizio, però, era stata configurata la possibilità di qualificare la restituzione come impossibile, qualora il bene fosse affetto da un vizio di notevole entità.

⁹² Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 806.

⁹³ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 973 s.

un'alterazione del bene al pari del perimento parziale. Come già evidenziato, il giurista accoglie la possibilità per l'acquirente di ottenere la risoluzione del contratto quando si tratti di beni divisibili e parte di questi presenti delle difformità; analogamente, ammette tale possibilità nell'ipotesi di deterioramento sopravvenuto della cosa in mano al compratore. A questi, semmai, verranno imputati i costi della diminuzione di valore derivante dal deterioramento.

Ora che il requisito della disponibilità della cosa e le ragioni ispiratrici da cui presumibilmente esso muove sono stati ampiamente esaminati, si reputa necessario, ai fini di un'esposizione esaustiva dell'argomento, indagare le ragioni per cui il legislatore del '42 abbia scelto di attribuire al compratore di un bene viziato il diritto alla risoluzione del contratto ex art. 1492, comma 1, quando avrebbe potuto limitarsi a fare esplicito rinvio alle norme relative ai rimedi di risoluzione ordinari previsti dagli artt. 1453 e ss., o, più semplicemente, mantenere il silenzio normativo; soluzione, quest'ultima, che sarebbe stata preferibile alla luce dell'emanazione della direttiva 99/44/CE che ha inciso profondamente sulla disciplina del Diritto delle obbligazioni e della vendita, di cui si dirà in seguito⁹⁴, perché avrebbe lasciato al legislatore lo spazio necessario per scolpire il nuovo regime della vendita dei beni di consumo sulla base delle innovazioni apportate dal diritto dell'UE.

Ancorché di carattere apparentemente generale, le considerazioni che seguono originano dalla necessità di porre uno sguardo nel farraginoso regime della risoluzione del vincolo negoziale previsto dal codice civile; operazione indispensabile per cogliere la portata di un problema che interessa indubbiamente la disciplina delle azioni edilizie e nell'ambito del quale il requisito della disponibilità del bene viziato da parte dell'acquirente assume un ruolo tutt'altro che marginale.

Plurime sono le cause che determinano la risoluzione del contratto. In questa sede verranno prese in considerazione le ipotesi di acquisto di un bene viziato, quella della vendita di un bene recante un difetto di qualità, e, infine, la fattispecie dell'*aliud pro alio datum*, con l'obiettivo di mettere in luce le difficoltà che la distinzione di queste fattispecie comporta sul piano teorico, ma anche (e soprattutto) su quello pratico.

I vizi redibitori – così denominati perché il loro insorgere presuppone il ricorso ai rimedi edilizi – sono quelli disciplinati dall'art. 1490 cod. civ., riconducibili a imperfezioni del

⁹⁴ Cfr. cap. II, § 3.

procedimento di produzione, fabbricazione e formazione della cosa, tali da renderla inidonea all'uso a cui era destinata o diminuita in modo apprezzabile nel valore⁹⁵.

Diverso è il c.d. vizio di qualità, contemplato dall'art. 1497 cod. civ.: questo si realizza quando elementi che caratterizzano il bene appartengono ad un tipo o ad una specie diversa da quella pattuita. Presuppongono entrambi l'appartenenza della cosa al genere pattuito, ma, a differenza del vizio redibitorio, la mancanza di qualità attiene alla natura della merce e concerne gli elementi sostanziali che influiscono sulla classificazione della cosa in una specie piuttosto che in un'altra⁹⁶.

Qui la prima complicazione: ai primi, i vizi redibitori, si applica la disciplina della garanzia per i vizi della cosa venduta, prevista dagli artt. 1490 e ss.; il difetto di qualità, invece, si colloca nella disciplina generale dell'inadempimento contrattuale, cui consegue l'ordinario rimedio della risoluzione per inadempimento ex art. 1453, contestualmente all'eventuale pretesa di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218.

L'azione in parola è subordinata al requisito della gravità del difetto, tale che non ogni difetto di qualità della cosa venduta giustifica la risoluzione del contratto, che è infatti esclusa nei casi di inadempienza di scarsa importanza per difetto di qualità tollerabile⁹⁷. Non rileva, ai fini dell'esercizio dell'azione di risoluzione per inadempimento, la riconoscibilità del difetto ex art. 1497⁹⁸, che invece è requisito necessario per l'esperimento delle azioni edilizie (art. 1491); nonostante ciò, la risoluzione del contratto cagionata dal difetto di qualità è soggetta agli stessi termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 per l'esperimento dei rimedi edilizi (art. 1497, comma 2). Inoltre, estesa al difetto di qualità è l'applicazione della disciplina di cui all'art. 1492, comma 3, relativa alla preclusione della risoluzione: si ritiene⁹⁹ che la regola in forza della quale è preclusa al compratore l'azione di risoluzione del contratto se la cosa affetta da vizi sia stata da lui trasformata, sia espressione di un principio generale, secondo cui non può essere consentita la risoluzione del vincolo negoziale di fronte alla rinuncia, anche tacita, a godere della relativa tutela.

Alle due fattispecie appena descritte, si somma quella dell'*aliud pro alio datum*, assimilabile alla consegna di una cosa che difetta delle qualità essenziali per la sua naturale funzione. Anche in questo caso il legislatore prevede il ricorso all'ordinario rimedio della

⁹⁵ Cfr. Cass. 19 luglio 1983, n. 4980, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro IV: Delle obbligazioni (artt. 1470-1570)*, t. V, a cura di M. Lipari e F. Pasi, Milano, 2005, 3017.

⁹⁶ Cfr. Cass. 23 marzo 1982, n. 1839; 17 giugno 1983, n. 4175, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza*, cit., 3024, 3149.

⁹⁷ Cfr. Cass. 16 ottobre, n. 1967, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza*, cit., 3146.

⁹⁸ Cfr. Cass. 13 novembre 1969, n. 3695; 13 febbraio, 1968, n. 500, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza*, cit., 3146.

⁹⁹ Cfr. Cass. 17 novembre 1978, n. 5361; 16 ottobre 1979, n. 5407, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza*, cit., 3147.

risoluzione per inadempimento, ma non dispone l'assoggettamento delle parti all'osservanza dei termini di prescrizione e decadenza di cui all'art. 1495.

Di nuovo, tracciare una distinzione tra l'*aliud pro alio datum*, il difetto di qualità e i vizi redibitori non è affatto un'operazione agevole.

La Cassazione ritiene che il criterio distintivo tra le fattispecie in questione vada rintracciato nella «idoneità all'uso» della cosa: ove questa risulti inadatta ad assolvere alla funzione cui è destinata e appartenga ad un tipo diverso da quello dedotto in contratto, si avrà la consegna di un *aliud pro alio*¹⁰⁰. Tale criterio risulta insufficiente, per il semplice fatto che il difetto delle qualità essenziali del bene, così come la consegna di un bene di tipo diverso da quello pattuito e le imperfezioni tecniche del procedimento di produzione dello stesso, determinano inevitabilmente l'inutilizzabilità di esso per lo scopo a cui è stato destinato o per la sua naturale funzione.

La Cassazione è nuovamente intervenuta per fare chiarezza sulla questione, affermando che la vendita di *aliud pro alio* è ravvisabile nel caso in cui la cosa consegnata sia del tutto diversa da quella pattuita, in quanto appartenente ad un genere «merceologicamente» distinto; mentre si ha vizio redibitorio quando la cosa, nonostante presenti delle anomalie che ne determinano l'inidoneità alla funzione che le è propria, coincide per la sua natura con quella richiesta dall'acquirente¹⁰¹. A loro volta, vizi redibitori e difetto di qualità si distinguono dall'*aliud pro alio datum* in relazione al *genus* del bene. Nell'identificare il genere, l'operatore giuridico deve tenere conto della destinazione economico-sociale della cosa venduta, determinata dai contraenti implicitamente o esplicitamente nell'atto negoziale da essi stipulato; in questo modo si avrà la consegna di *aliud pro alio* nei casi in cui la cosa appartenga, di nuovo, ad un genere del tutto diverso da quello pattuito o presenti difetti che la rendono inadatta ad assolvere la funzione economico-sociale che le è propria¹⁰².

La distinzione è tutt'altro che trascurabile, in ragione del diverso regime di decadenze e prescrizioni previsto per l'esercizio delle varie azioni: la pretesa di risoluzione ex art. 1495 prevista per la consegna di un *aliud pro alio*, diversamente da quanto previsto per l'ipotesi di difetto di qualità e di cosa affetta da vizi, è svincolata dall'osservanza dei termini sanciti dall'art. 1495.

¹⁰⁰ Cfr. Cass. 19 ottobre 1994, n. 8537, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza*, cit., 3045.

¹⁰¹ Cfr. Cass. marzo 1995, n. 3045, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza*, cit., 3045.

¹⁰² Cfr. Cass. 18 gennaio 1997, n. 244; 25 maggio 1971, n. 1521; 8 novembre 1974, n. 3437; 16 maggio 1975, n. 1914; 17 gennaio 1978, n. 206, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza*, cit., 3051.

Dal quadro normativo appena delineato emerge un sistema di risoluzione del vincolo negoziale molto frammentario. Viene spontaneo chiedersi perché l'opzione di ricorrere all'adozione di una disciplina unitaria – soluzione che semplificherebbe notevolmente il regime della risoluzione del vincolo negoziale e, di conseguenza, quello dei relativi effetti – sia stata invece ripudiata dal legislatore. Le risposte sono varie.

Innanzitutto, il ricorso ai rimedi ordinari come soluzione all'acquisto di un bene affetto da vizi consentirebbe l'applicazione delle disposizioni sull'indebito, in virtù della retroattività che è propria della risoluzione ordinaria ex art. 1458; però, è pressoché unanime la posizione di dottrina e giurisprudenza circa l'incompatibilità di questa disciplina con quella delle restituzioni contrattuali¹⁰³.

L'art. 2033 prevede che «chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato». In particolare, il diritto alla ripetizione dell'indebito sorge quando manchi la causa giustificatrice del pagamento (*condictio indebiti sine causa*), ovvero nell'ipotesi in cui la causa contrattuale inizialmente esistente sia venuta meno (*condictio ob causam finitam*). Condizione per l'esperimento dell'azione di riduzione, dunque, è il difetto di una causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale, quindi, l'inesistenza di un'obbligazione che però è stata ingiustificatamente adempiuta da una delle parti: la pretesa del *solvens* mira ad ottenere la restituzione di quanto prestato indebitamente a colui che ha ricevuto il pagamento.

Il ricorso ai rimedi edilizi, come è già stato ricordato, si fonda su ragioni giustificatrici ben diverse: la vendita di un bene viziato presuppone l'esistenza di un'obbligazione sostenuta dal titolo negoziale, ma questa non viene adempiuta correttamente¹⁰⁴; inoltre, gli oneri restitutori posti a carico delle parti sorgono in forza della sentenza costitutiva di risoluzione del vincolo negoziale, emessa quando la cosa è nella disponibilità dell'acquirente.

Un'altra ragione a sostegno dell'incompatibilità della disciplina dell'indebito può essere rintracciata operando un ragionamento «a contrario», analizzando le conseguenze che si otterrebbero abbracciando la via ripudiata dal legislatore.

¹⁰³ Cfr. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, 89 ss.; A. NICOLUSSI, *Le restituzioni 'de iure condendo'*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 783 ss.; C. TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 813 ss.; M. DELLACASA, *Restituzione e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1120 ss.; E. BARGELLI, *Restituzioni contrattuali e nuove fonti interne ed europolitane*, in *Il giurista europeo*, 2021, 146 ss., conformemente a quanto affermato dalla giurisprudenza. Cfr. Cass. 30 gennaio 2019, n. 2661; 16 marzo 2020, n. 7315, segnalate dall'Autrice (cfr. E. BARGELLI, *Restituzioni*, cit., 146, nt. 7).

¹⁰⁴ La normativa europea, invero, introduce il criterio di conformità al contratto come connotato essenziale della vendita di beni di consumo. In adesione al principio appena enunciato, l'ordinamento tedesco disciplina la generale figura della violazione dell'obbligo ('Pflichtverletzung'), cui è ricondotta l'ipotesi della vendita di un bene viziato, riconducibile ad un qualsivoglia comportamento del debitore che devia dal programma previsto dal rapporto obbligatorio. Cfr. cap. III, § 2.

L'esercizio dell'azione di ripetizione, a differenza dell'azione redibitoria, non implica un rapporto di interdipendenza tra le prestazioni restitutorie poste a carico dei contraenti. Le obbligazioni restitutorie discendenti dalla risoluzione sono tra loro assolutamente indipendenti: da un lato, il *tradens* è tenuto alla restituzione della somma ricevuta per la consegna della cosa; dall'altra, colui che ha ricevuto indebitamente la cosa deve provvedere alla sua restituzione (art. 2037, comma 1). Inoltre, ove l'*accipiens* l'abbia ricevuta in buona fede, questi risponderà solo nei limiti del suo arricchimento se la cosa sia perita per caso fortuito o anche per fatto proprio (art. 2037, comma 3); è tenuto a versare il corrispettivo conseguito se abbia alienato la cosa prima di venire a conoscenza dell'obbligo di restituirla (art. 2038, comma 1), e a restituirla in natura o corrisponderne il valore se l'abbia alienata dopo aver conosciuto l'obbligo di restituirla (art. 2038, comma 2).

Il ricorso alla disciplina dell'indebito porta così a risultati insoddisfacenti. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il perimento del bene si sia verificato per caso fortuito o per fatto proprio, prima dell'esercizio del rimedio della risoluzione: il compratore può ottenere la restituzione del prezzo corrisposto (con gli accessori), ma non risponderebbe del perimento del bene «se non nei limiti del suo arricchimento», in forza dell'art. 2037, comma 3.

In ragione del diverso fondamento che connota le due azioni e delle rispettive differenze strutturali, l'applicazione della disciplina dell'indebito alle ipotesi di acquisto di un bene affetto da vizi risulta inadeguata a perseguire la primaria finalità cui mira lo scioglimento del vincolo: la messa in ripristino della situazione antecedente alla conclusione del contratto.

Quanto si può concludere dall'esame della tutela redibitoria e delle problematiche ad essa connesse è che l'azione in parola non è più disciplinata in maniera unitaria come avveniva nel diritto romano, ma presenta una serie di sfumature che concorrono a tratteggiare un quadro normativo particolarmente complesso e articolato. In questo quadro, si è visto, si collocano tutte quelle ipotesi in cui il compratore riversa nell'impossibilità di restituire la prestazione ricevuta; condizione, quest'ultima, la cui rilevanza è svalutata dalla coesistenza con una disciplina generale frammentaria e di ostica applicazione.

3. *La direttiva 99/44/CE e il suo recepimento.*

Non dovrebbe stupire, allora, che la dottrina italiana abbia ben accolto la direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla vendita di beni di consumo.

Approvata il 25 maggio 1999, questa è stata integrata nell'ordinamento mediante il d.lgs. 2 febbraio 2002, n. 24 – denominato «Attuazione della direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo» – in vigore dal 23 marzo 2002, emanato sulla base della delega conferita al Governo dall'art. 1, l. 29 dicembre 2000, n. 422 (c.d. «Legge comunitaria 2000»). La direttiva è stata prima aggiornata nel suo contenuto e nelle finalità da successivi interventi normativi, tra cui la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, e il regolamento (UE) 2017/2394, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori; è stata poi definitivamente abrogata dalla più recente direttiva (UE) 2019/771, anch'essa relativa ad alcuni profili della vendita di beni di consumo¹⁰⁵.

Come stabilito dall' art.1, par. 2, lett. a e lett. c della stessa, la direttiva vincola gli Stati membri a ridefinire la materia della garanzia per i vizi, con riguardo alla sola vendita di beni mobili materiali tra consumatore e venditore. In particolare, il provvedimento ha per oggetto «il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative a taluni aspetti della vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo, al fine di garantire un livello minimo uniforme di tutela dei consumatori nel quadro del mercato interno» (art. 1).

I rimedi edilizi sono regolati come strumento residuale dall'art. 3. Il compratore, ove gli venga consegnato un bene affetto da vizi, ha diritto ad ottenere la risoluzione del contratto (art. 3, par. 2, 5, 6) ovvero la riduzione del prezzo (art. 3, par. 2, 5); l'azione redibitoria, così come l'estimatoria, si applicano in via residuale rispetto agli strumenti della restituzione o riparazione del bene.

Affinché il consumatore possa ottenere la risoluzione del contratto è indispensabile la sussistenza dei seguenti requisiti. Il primo attiene alla conformità del bene rispetto al contratto, valutata secondo i criteri forniti dall'art. 2, par. 2, o dagli stessi contraenti secondo quanto pattuito. La categoria del difetto di conformità era già stata disciplinata sul piano internazionale da diverse fonti normative, quali la Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di beni mobili (resa esecutiva in Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765) e la Legge uniforme sulla vendita internazionale di beni mobili corporali nell'ambito della Convenzione dell'Aja del 1964¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Per un approfondimento sulla direttiva (UE) 2019/771 si rimanda al cap. IV, § 1.

¹⁰⁶ Sul presupposto della conformità del bene al contratto si segnala il contributo di G. AMADIO, *La "conformità al contratto" tra garanzia e responsabilità*, in *Contratto e impresa. Europa*, I, a cura di F. Galgano - M. Bin, 2001, Padova, 2 ss.

Il fattore veramente innovativo è la natura unitaria del criterio in questione: quello delineato dal legislatore europeo, invero, comprende le diverse figure del vizio redibitorio, della mancanza di qualità e quella dell'*aliud pro alio datum* (art. 1497 cod. civ.), che, come illustrato, nella legislazione italiana vengono disciplinate come tre figure distinte.

Il difetto di conformità, poi, deve sussistere al momento della consegna del bene, ovvero deve manifestarsi entro due anni; al momento della conclusione del contratto non deve essere noto al compratore, né da lui facilmente riconoscibile; esso non deve nemmeno trovare la sua origine nei materiali forniti dal consumatore; non deve essere minore, cioè «di natura o entità tale da risultare sostanzialmente irrilevante, tenuto conto delle caratteristiche del bene di consumo nonché degli scopi per il quale il consumatore lo ha acquistato»¹⁰⁷.

Come già accennato, l'azione redibitoria – al pari dell'estimatoria – ha funzione sussidiaria rispetto agli strumenti della sostituzione e riparazione; si esige, invero, che il compratore non disponga di tali mezzi in quanto impossibili o sproporzionati, ovvero, nel caso in cui il compratore si sia avvalso di una delle due soluzioni, il venditore non vi abbia dato corso e, dunque, non abbia provveduto alla riparazione o sostituzione del bene entro un periodo ragionevole o senza notevoli inconvenienti per lo stesso compratore¹⁰⁸.

Ora, dal quadro generale della disciplina comunitaria sulla vendita dei beni di consumo, emergono due tratti fondamentali per lo studio delle conseguenze dell'impossibilità della restituzione del bene viziato: va sottolineato, innanzitutto, che la pretesa del compratore alla risoluzione del contratto non è subordinata alla colpa del venditore che abbia consegnato un bene affetto da vizi; e, in secondo luogo, l'esercizio dell'azione redibitoria pare essere indipendente dalla possibilità della restituzione della cosa. Ne deriva che la disponibilità del bene, ai sensi della presente direttiva, non costituisce un requisito ai fini della titolarità dell'azione redibitoria e che questa è esperibile dal compratore in base alla mera non-conformità del bene al contratto, indipendentemente dalla colpa o dal dolo del venditore¹⁰⁹.

Nessuna delle conclusioni appena raggiunte rappresenta un'autentica novità: non è affatto azzardato sostenere che la disciplina delineata dai vertici dell'Unione ricalchi quasi specularmente la visione adottata dai giuristi del *ius commune* (e dalla dottrina ad essa ispirata)

¹⁰⁷ Cfr. 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, 212.

¹⁰⁸ Un modello normativo simile era previsto dall' 'Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten' del 1794, il quale consentiva al compratore di un bene viziato o privo delle qualità promesse di esperire la redibitoria o l'estimatoria solo se il venditore non fosse stato in grado di eliminare il difetto o procedere all'integrazione delle qualità. Cfr. cap. III, § 1.

¹⁰⁹ L. GAROFALO, *Le azioni edilizie*, cit., 64; G. DE CRISTOFARO, *Difetto*, cit., 215 s.

in virtù della quale al compratore era riconosciuto il rimedio dell'azione risolutoria anche quando questi avesse subito il perimento della cosa¹¹⁰.

Indubbiamente più interessanti – ed eloquenti sotto il profilo della tecnica e qualità di scrittura delle norme giuridiche – sono le osservazioni che si possono fare in relazione al recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano.

Nel procedere a questa operazione di armonizzazione tra il diritto comunitario e il diritto interno, di cui sono indiscusse delicatezza e complessità, il legislatore del 1999 doveva (o avrebbe dovuto) tenere conto di una serie di fattori. Da un lato, la direttiva non disciplinava né le conseguenze che si producono in seguito allo scioglimento del rapporto, né tantomeno gli effetti della risoluzione nei casi in cui il consumatore versasse nell'impossibilità di riconsegnare il bene al venditore; condizione, quest'ultima, di assoluto vantaggio, non solo per il legislatore nazionale che avrebbe potuto intervenire discrezionalmente in materia, ma altresì per le parti contraenti, a cui era comunque riconosciuta la possibilità di attingere alle disposizioni già dettate in tema di restituzioni dipendenti dalla caducazione del titolo negoziale¹¹¹. Dall'altro lato, va ribadito che la direttiva in parola incarna uno degli interventi volti alla costituzione di un mercato unico europeo, governato da un sistema normativo quanto più possibile omogeneo tra i vari Stati membri¹¹².

Ebbene, l'opportunità di riformare la disciplina della vendita – inadatta, per i motivi di cui si è detto, a regolare efficacemente i rapporti contrattuali nella loro attuale configurazione – in un'ottica di uniformità rispetto ai principi dettati dall'Unione non è stata colta dal legislatore italiano che, nonostante i progetti di riformulazione codicistica proposti dagli studiosi¹¹³, ha optato per la mera trasposizione delle norme di cui alla presente direttiva nell'ordinamento nazionale.

¹¹⁰ Cfr. sopra, cap. I, § 2.

¹¹¹ Cfr. art. 8, comma 1, dir.: «L'esercizio dei diritti riconosciuti dalla presente direttiva lascia impregiudicato l'esercizio di altri diritti di cui il consumatore può avvalersi in forza delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale». Gli 'altri diritti' contemplati dal codice civile italiano sono tutelati dalle norme sull'indebito di cui agli artt. 2037-2038 cod. civ.

¹¹² Si esprime inequivocabilmente in tal senso l'art. 1, comma 1, dir., che nel delinearne il campo di applicazione e le finalità, prevede che «la presente direttiva ha per oggetto il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative a taluni aspetti della vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo, al fine di garantire un livello minimo uniforme di tutela dei consumatori nel quadro del mercato interno».

¹¹³ A tale proposito si segnala il contributo di A. LUMINOSO, *Proposta di modificazione del codice civile per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE*, in *Contratto e impresa. Europa*, a cura di F. Galgano - M. Bin, 2001, Padova, 133 ss.; BIN M - CALVO R. - CIATTI A. - DELOGU L., *Un progetto per l'attuazione in Italia della direttiva 99/44/CE*, in *Contratto e impresa. Europa*, cit., 156 ss.

Risultato di tale recepimento sono l'inserimento di un nuovo paragrafo all'interno del codice civile, precisamente il paragrafo 1 *bis*, rubricato «Della vendita dei beni di consumo», collocato nella sezione II, dedicata alla vendita di cose mobili, del capo I sulla vendita, contenuto nel libro IV sulle obbligazioni; e, in un secondo momento, il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, noto come «codice del consumo».

Il previgente paragrafo 1 *bis* del codice civile comprendeva gli artt. da 1519 *bis* a 1519 *nonies*, che corrispondono agli artt. 1-8 della direttiva.

Si pone l'attenzione sul disposto dell'art. 1519 *quater*, corrispondente all'art. 3 dir., riguardante la responsabilità del venditore «per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene» e il diritto riconosciuto al consumatore di un bene viziato al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto.

Di particolare interesse risulta il comma 8, poiché sembrava riconoscere una forma di interdipendenza tra le prestazioni del consumatore e quelle del venditore, in relazione alla risoluzione del loro vincolo contrattuale. La norma prevedeva che «nel determinare l'importo della riduzione o la somma da restituire si tiene conto dell'uso del bene».

Dalla presente disposizione si può ricavare una regolamentazione più ampia. La risoluzione – intesa come caducazione del contratto – ha effetto retroattivo, sicché le parti debbano restituirsi reciprocamente le prestazioni ricevute¹¹⁴; pertanto, consumatore e venditore saranno tenuti rispettivamente a riconsegnare il bene e rendere il prezzo, corrispondente, quest'ultimo, ad una cifra ridotta rispetto a quella originaria in ragione dell'uso che del bene è stato fatto.

In effetti, dall'enunciato del comma 8, come nota giustamente parte della dottrina¹¹⁵, si può ricavare la soluzione del problema, oggetto di questo studio, legato all'ipotesi in cui il consumatore, prima o dopo l'esercizio dell'azione redibitoria, abbia perso la disponibilità del bene e non possa, pertanto, provvedere alla sua restituzione: se la norma prevede che, nel determinare il prezzo che il venditore dovrà rendere al consumatore, si debba tenere conto dei deterioramenti derivanti dall'uso della cosa, a maggior ragione si dovrà aver riguardo dell'avvenuto perimento del bene; pertanto, al prezzo pagato al venditore verrà detratto anche il valore della cosa al momento del perimento. Il perimento conseguente al difetto di

¹¹⁴ Cfr. L. GAROFALO, *L'attuazione della direttiva 1999/44/CE in Italia*, in *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, a cura di M. Schermaier, München, 2003, 99.

¹¹⁵ Prezioso a tale proposito è il contributo di L. GAROFALO, *L'attuazione*, cit., 102 ss.

conformità non avrà alcun rilievo, coerentemente al principio per cui il venditore non può trarre vantaggio dal suo inadempimento; ove invece la perdita del bene derivi invece dall'alienazione o trasformazione dello stesso ad opera del consumatore, quest'ultimo, non potendo provvedere alla sua restituzione, sarà responsabile nei confronti del venditore per il valore del bene stesso al momento dell'atto, giuridico o materiale, di disposizione.

L'unica alternativa plausibile per porre rimedio a questo problema (relativo alle conseguenze del perimento del bene verificatosi prima o dopo l'esercizio del rimedio della risoluzione) sarebbe quella di attingere alle disposizioni che regolano il pagamento dell'indebitato, ritenute inadeguate, come si è osservato, a disciplinare il fenomeno della caducazione del contratto.

Il contenuto delle disposizioni di cui agli artt. 1519 *bis*-1519 *nonies* è confluito nel già citato codice del consumo. Quest'ultimo nasce dall'esigenza di rendere più omogenea la normativa nazionale sulla tutela del consumatore, comprensiva delle disposizioni dettate in materia dal legislatore europeo, tra cui la direttiva 1999/44/CE e le innovazioni giuridiche che questa comporta.

Di riferimento è la disciplina che si legge agli artt. 128-135 cod. cons., contenuta nel titolo III, rubricato «Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo», capo I, sulla vendita di beni¹¹⁶. La disciplina in parola è incentrata, da un lato, sul principio di conformità al contratto e sull'eventuale difetto di conformità, e, dall'altro, sui rimedi riconosciuti al consumatore per far valere tale difetto.

L'art. 130, comma 1, stabilisce che «il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene»; in caso di difetto di conformità, il consumatore, così come previsto dalla direttiva sulla vendita di beni di consumo, ha diritto al ripristino della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, ovvero alla riduzione – qui definita «adeguata» – del prezzo o alla risoluzione del contratto. Le condizioni previste per ottenere la sostituzione o la riparazione del bene – o, in alternativa, la riduzione del prezzo ovvero la risoluzione del contratto – sono le medesime previste dalla citata direttiva.

Di particolare rilievo è il dettato del comma otto dello stesso art. 130, il quale non è altro che la perfetta riproduzione dell'ottavo comma dell'art. 1519 *quater* cod. civ., relativo

¹¹⁶ È chiaro che la disciplina del presente capo si applica alla vendita di beni 'di consumo'. Originariamente il Capo era rubricato: «Della vendita dei beni di consumo»; la rubrica è stata modificata in forza del disposto dell'art. 1, comma 1, d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170.

alle conseguenze della risoluzione. La norma, infatti, prevede che «nel determinare l'importo della riduzione o la somma da restituire si tiene conto dell'uso del bene». Ulteriore conferma, questa, della soluzione proposta con riguardo al comma 8 dell'art. 1519 *quater*, il quale pare suggerire che il venditore abbia l'onere di rendere il prezzo, il cui ammontare deve essere parametrato prendendo in considerazione non solo l'uso che del bene è stato fatto, ma anche il relativo deterioramento.

L'auspicio è quello di aver dato opportuno rilievo e visibilità ad una condizione estremamente problematica che affligge la disciplina del diritto dei contratti e, in particolare, della vendita di beni di consumo, così come la relativa attuazione.

Ad oggi, l'ordinamento prevede il rimedio ordinario della risoluzione per inadempimento ex art. 1453 cod. civ., a cui si affianca quello dell'*aliud pro alio datum* ex art. 1497 e la possibilità, a determinate condizioni, di esperire le azioni edilizie ex art. 1492; nell'ambito delle discipline appena menzionate ci si pone il problema di distinguere le ipotesi in cui si è in presenza di un difetto di qualità, da quelle di un bene affetto dai c.d. vizi redibitori, distinzione tutt'altro che trascurabile sul piano dell'effettività della tutela.

Nell'elenco dei rimedi esperibili è annoverato anche quello dell'azione di ripetizione dell'indebitato, la cui applicazione ai casi di risoluzione del contratto per l'acquisto di un bene affetto da vizi risulta impraticabile per i motivi di cui si è detto.

Con specifico riguardo ai rimedi edilizi e, segnatamente, all'azione redibitoria, la legge sembra individuare, quale requisito per la sua titolarità, la disponibilità del bene viziato da parte del compratore, affinché questi possa provvedere alla restituzione della prestazione ricevuta; al contempo, però, non sono chiaramente disciplinate le conseguenze dell'eventuale inosservanza degli oneri restitutori posti a carico delle parti.

Ai rimedi «tradizionali» previsti dal codice civile si sommano quelli introdotti dal legislatore comunitario: l'esatto adempimento, corrispondente alla sostituzione o restituzione del bene viziato, mentre la restituzione del prezzo e la risoluzione del contratto assumono carattere sussidiario.

Va aggiunto che la disponibilità del bene, considerato dalla disciplina nazionale quale elemento costitutivo dell'azione redibitoria, pare non essere una circostanza rilevante per il diritto comunitario, che, come unico requisito per l'esperibilità dell'azione in parola, individua quello della non-conformità del bene al contratto. Non solo si schierano due sistemi di tutela contrapposti, quello di diritto interno e quello di fonte comunitaria, ma la loro applicabilità si fonda su criteri che non hanno nulla a che vedere l'uno con l'altro.

La disciplina così strutturata, oltre ad appesantire l'intero sistema normativo, mina la rilevanza del requisito della disponibilità del bene viziato ai fini dell'esercizio dell'azione redibitoria, che viene così svalutato nel suo essere elemento costitutivo della fattispecie sostanziale. Un regime normativo fondato su criteri strutturali e requisiti di applicabilità incerti ha inevitabilmente delle ripercussioni significative sull'effettività della relativa tutela, rendendo l'azione risolutoria un rimedio tutt'altro che persuasivo.

È stato più volte rimarcato che l'obiettivo degli interventi riformatori del legislatore, sia nazionale che europeo, era quello di favorire la conservazione dei rapporti negoziali ed evitarne la caducazione; detta finalità è stata indubbiamente raggiunta, ma con risultati insoddisfacenti sul piano pratico: il modello normativo che ne è emerso, oltre a peccare di inefficienza e scarsa effettività, è causa di incertezza del diritto.

CAPITOLO TERZO

L'esperienza tedesca: in armonia con il diritto comunitario

Segue l'analisi della disciplina prevista dall'ordinamento tedesco sulla garanzia per i vizi della cosa venduta e sull'azione redibitoria: il capitolo tratta brevemente la storia delle azioni edilizie nella codificazione tedesca per poi concentrarsi sulla disciplina odierna, dando particolare rilievo alle innovazioni introdotte dalla 'Schuldrechtsmodernisierungsgesetz' del 2001, e ai cambiamenti cui questa ha condotto in relazione alle conseguenze previste per i casi di impossibilità della restituzione del bene viziato.

Uno studio di tipo comparatistico con l'ordinamento civile tedesco mira ad assolvere una duplice funzione: la prima è quella di evidenziare come l'antico rimedio dell'*actio redibitoria* sia confluito in maniera notevolmente eterogenea negli ordinamenti moderni; la seconda, invece, vuole mostrare come spesso gli interventi normativi promossi dall'Unione Europea vengano recepiti dagli Stati membri in modo diametralmente opposto, ostacolando così la costituzione del mercato unico e, prima ancora, la realizzazione di un sistema normativo europeo che mira all'omogeneità tra i vari diritti nazionali.

1. *Le azioni edilizie nella codificazione tedesca.*

Man mano che il *ius commune* veniva abbandonato, le azioni edilizie vennero incluse nelle codificazioni nazionali conservando, però, il loro profilo storico.

Per quanto riguarda l'Impero Prussiano, fondamentale è l' 'Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten', in vigore dal 1794, una consolidazione che riconosceva al compratore di un bene viziato (o privo delle qualità promesse) la possibilità di ottenere l'eliminazione del difetto o, in via subordinata, nel caso in cui il venditore non potesse o volesse provvedere a quest'ultima, di proporre le azioni edilizie (I, 5, §§ 326, 328 e 331) entro determinati termini di prescrizione¹¹⁷. Anche l' 'Allgemeines Landrecht für die preußischen

¹¹⁷ Secondo il § 326, infatti, «Kann der Geber die fehlende Eigenschaft nicht gewähren, so kann der Uebernehmer von dem Contracte wieder abgehn»; continua il § 328: «Kann oder will er dieses nicht, so hat es bey dem Contract sein Bewenden, und der Empfänger kann von dem Geber nur so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist». Analogamente, se il bene non presentava le caratteristiche promesse, la legge prevedeva l'applicazione della stessa disciplina prevista per il bene affetto da vizi, così il § 331: «Ist aber der Fehler nicht in die Augen fallend, so findet alles statt, was von dem Mangel einer solchen Eigenschaft, deren Gewährung ausdrücklich versprochen worden, § 325-328 vorgeschrieben ist».

Staaten' condiziona la proponibilità dell'azione redibitoria alla possibilità per il compratore di restituire la cosa viziata nel suo stato originario¹¹⁸.

Il 1° gennaio del 1900 entra in vigore – dopo un periodo di *vacatio legis* durato quattro anni – il 'Bürgerliches Gesetzbuch' (d'ora in poi BGB), il codice civile tedesco.

L'attuale disciplina delle azioni edilizie viene trattata nel capitolo 8, Titolo 1, dedicato a compravendita e scambio ('Kauf' e 'Tausch'), la cui formulazione è frutto di diversi interventi di riforma. Tra questi il più rilevante, quanto a finalità e risultato, è quello attuato mediante la c.d. 'Schuldrechtsmodernisierungsgesetz' (Legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni) del 2001, in vigore dal 1° gennaio del 2002, con la quale il legislatore tedesco ha dato attuazione alle prescrizioni sancite dalla direttiva 99/44/CE sulla vendita di beni di consumo.

Secondo l'attuale disciplina, le azioni edilizie sono regolate dal § 437, in cui sono elencati i tre rimedi spettanti al compratore che abbia acquistato un bene viziato. Questi, in primo luogo, può esigere l'eliminazione del difetto o la consegna di un bene esente da vizi «als Nacherfüllung», cioè come pretesa all'esatto adempimento (§ 439)¹¹⁹; inoltre, ha la possibilità di recedere dal contratto, ai sensi dei §§ 440, 323 e 326, comma 5, o in alternativa chiedere la riduzione del prezzo, ai sensi del § 441; infine, ha diritto al cosiddetto 'Schadensersatz' (il risarcimento del danno) ai sensi dei §§ 440, 280 (risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo, il c.d. 'Pflichtverletzung'), 281 (risarcimento del danno in luogo della prestazione per mancata e inesatta esecuzione della prestazione dovuta), 283 (risarcimento del danno in luogo della prestazione nelle ipotesi di esclusione dell'obbligo di eseguire la prestazione) e 311a, comma 2 (impedimento alla prestazione nel momento della stipulazione del contratto), ovvero al rimborso delle spese rivelatesi *inutili* («Ersatz vergeblicher Aufwendungen») che, secondo una traduzione letterale, vuole indicare quelle spese che il compratore-acquirente ha effettivamente affrontato e che ragionevolmente poteva affrontare confidando nella futura ricezione della prestazione spettantegli, corrispondente alla consegna di un bene privo di vizi¹²⁰.

¹¹⁸ Così il § 327: «Er muß aber alsdann die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben».

¹¹⁹ Si ricorda che prima della riforma in parola, il BGB riconosceva una pretesa all'eliminazione dei vizi soltanto nell'ambito della disciplina del contratto d'opera e non della compravendita.

¹²⁰ Il § 284 contempla anche l'eccezione in base alla quale il creditore (o l'acquirente del bene viziato) non possa pretendere il rimborso delle spese inutili ove risulti che gli scopi in vista dei quali sono state sostenute tali spese non sarebbe stati comunque realizzati, anche quando il debitore (o venditore) non fosse incorso nella violazione dell'obbligo di adempiere alla prestazione dovuta.

Fondamentale è il § 323 che integra nel ‘Vertragsrecht’ il criterio della conformità al contratto, sancito dalla citata direttiva 99/44/CE, di cui rappresenta uno degli aspetti più innovativi; recita, infatti, la norma: «se la parte di un contratto a prestazioni corrispettive non esegue affatto la prestazione cui è obbligata nonostante essa sia divenuta esigibile, ovvero non la esegue *in conformità al contratto*, il creditore può recedere dal contratto»¹²¹. Il diritto di recesso, però, sorge solamente quando il debitore abbia lasciato inutilmente decorrere il termine congruo assegnatogli dal creditore affinché possa provvedere all’esatto adempimento (comma 1). Anche la riduzione del prezzo può essere fatta valere solo dopo l’inutile decorso del termine ai sensi del § 323, comma 1; lo si deduce dalla lettera del § 441, comma 1, 1^a proposizione, nella parte in cui stabilisce che il compratore può ridurre il prezzo «anziché recedere dal contratto».

Il § 439, invece, detta il criterio generale su cui si basa il diritto alla riparazione o sostituzione del bene viziato: l’acquirente può, a sua scelta, esigere che il vizio venga riparato («Beseitigung des Mangels») o che venga fornita una cosa priva di vizi («die Lieferung einer mangelfreien Sache»); il venditore deve sostenere tutte le spese necessarie («erforderlichen Aufwendungen»), in particolare i costi di trasporto, viaggio degli operai, lavoro e materiali; l’ultimo comma, inoltre, stabilisce che, ove il venditore fornisca una cosa esente da vizi a scopo di riparazione, può esigere la restituzione della cosa difettosa ai sensi dei §§ da 346 a 348. In particolare, il § 346, comma 2 prevede che il debitore è tenuto a fornire un risarcimento di una somma pari al valore dell’oggetto del contratto, qualora abbia «esaurito, smaltito, ingombrato, elaborato o riprogettato l’oggetto ricevuto».

Per quanto riguarda la riprogettazione dell’oggetto si rimanda al disposto del § 439, comma 3, 1° periodo, in base al quale, nell’ipotesi in cui l’acquirente abbia unito la cosa viziata ad un altro oggetto, il venditore ha l’obbligo di rimborsare al compratore le somme necessarie per lo smontaggio della cosa viziata nonché il successivo montaggio della cosa priva di vizi, il tutto a condizione che l’unione della cosa oggetto di compravendita con un altro oggetto non sia atipica ma conforme alla destinazione d’uso della stessa¹²².

Il venditore può rifiutarsi di provvedere alla riparazione o sostituzione del bene qualora il ricorso a detti rimedi costituisca una spesa sproporzionata (§ 439, comma 3); la

¹²¹ Cfr. cap. IV, § 3, per un’analisi più dettagliata sul recepimento della direttiva 99/44/CE nell’ordinamento tedesco.

¹²² Si intende per «riprogettazione dell’oggetto» quanto previsto dallo stesso comma terzo del § 439: «Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht».

proporzionalità della spesa deve essere valutata in relazione al valore della cosa quando è esente da vizi, all'importanza del vizio e all'ipotesi che si possa ricorrere ad un rimedio alternativo senza pregiudizio sostanziale per il compratore¹²³.

Quanto previsto, però, non prescinde dalle ipotesi di esclusione dell'obbligo di prestazione sancite dal § 275, comma 1 e 2: il debitore-acquirente, invero, può rifiutare l'adempimento nella misura in cui esso richieda spese e sforzi che, tenuto conto dell'oggetto dell'obbligazione e dei requisiti di buona fede («Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben»), siano gravemente sproporzionati rispetto all'interesse all'adempimento del creditore-venditore («in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht»); quando si determina quali sforzi possono ragionevolmente essere richiesti al debitore, si deve anche valutare se egli sia responsabile dell'ostacolo all'adempimento (§ 275, comma 1). Il debitore, inoltre, può rifiutarsi di adempiere la prestazione quando gli sia richiesto di adempiere di persona, ovvero non possa soddisfare l'interesse alla prestazione, tenuto conto dell'ostacolo all'adempimento (§ 275, comma 2).

Il BGB distingue, inoltre, tra difetti materiali ('Sachmangel', § 434) e vizi legali o giuridici ('Rechtsmangel', § 435), che corrispondono alle categorie delineate anche dal codice civile italiano¹²⁴. Ai sensi del § 453, però, le norme sull'acquisto di cose si applicano anche all'acquisto di diritti e altri oggetti; anche in questo caso il venditore è tenuto a consegnare la cosa all'acquirente esente da vizi materiali e legali (comma 3).

Qualora abbia dolosamente occultato un vizio o abbia dato garanzia della qualità della cosa, il venditore non può invocare un patto che escluda o limiti i diritti dell'acquirente (§ 444). Il rischio del perimento fortuito e del deterioramento accidentale, invece, passa all'acquirente al momento della consegna della cosa venduta (§ 446); dal momento della consegna spettano al compratore i proventi¹²⁵ prodotti dalla cosa e gravano sul medesimo gli oneri ad essa inerenti.

¹²³ Così il comma terzo: «Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte».

¹²⁴ Cfr. sopra, cap. II, § 1.

¹²⁵ La nozione di «proventi» ('die Nutzungen') è quella fornita dal § 100 BGB, secondo cui «Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt».

2. La riforma del 2001: 'Schuldrechtsmodernisierung'.

L'intervento legislativo attuato mediante la c.d. «Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts» incarna uno dei provvedimenti che maggiormente hanno inciso sulla Parte generale del BGB (contenuta nel Libro I) e sulla disciplina delle obbligazioni ('Schuldrecht'), nella sua parte generale, così come nella sua parte speciale.

Un ruolo particolarmente significativo nella storia della 'Modernisierungsgesetz' è stato quello assunto dalla c.d. «Commissione 'Schuldrecht'», nominata dal Ministro Federale della Giustizia nel 1984, con l'incarico di provvedere alla rielaborazione del diritto delle obbligazioni. La Commissione elaborò una proposta di legge motivata, di cui presentò la relazione finale nel 1991¹²⁶; entrambi i documenti, la Motivazione e il Rapporto conclusivo, risultano di vitale importanza nello studio della riforma del 2001, non solo perché fungono da chiave interpretativa delle disposizioni contemplate da essa, quanto più, sul piano teleologico, per favorire la piena comprensione degli obiettivi perseguiti a suo tempo dal legislatore, e della logica giuridica che ha guidato quest'ultimo nell'adozione di determinate misure normative.

Nell'insieme, il quadro riformatore proposto dal legislatore tedesco muove dall'esigenza di alleggerire il testo della legge in favore di una dogmatica più semplice e lineare; i vari interventi legislativi, invero, mirano all'abbandono di principi e regimi giuridici ritenuti ormai inadatti alle attuali caratteristiche dei rapporti contrattuali¹²⁷, per sostituirli con un sistema normativo più moderno e innovativo, ispirato al diritto comunitario, alla Convenzione di Vienna del 1980 e ai «Principi del diritto europeo dei contratti»¹²⁸.

¹²⁶ Rapporto conclusivo della Commissione per la rielaborazione del diritto delle obbligazioni, pubblicato dal Ministero Federale della Giustizia, 1992.

¹²⁷ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni, contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, trad. it., in *I quaderni della rivista di diritto civile*, III, Padova, 2003; U. STEIN, *La modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 'Bürgerliches Gesetzbuch' sulla base della Legge del 2001 sulla riforma del diritto delle obbligazioni ('Schuldrechts-Modernisierungsgesetz')* nell'ambito del *Deutsch-Italienisches Institut für Rechtskulturvergleich in Europa* (DIRE), Technische Universität Dresden, Rechtswissenschaft, 2017, 7 ss.

¹²⁸ Il testo normativo riferito ai «Principi del diritto europeo dei contratti» (PECL) è frutto del progetto della Commissione Lando, che ha redatto un codice del contratto e dell'obbligazione per apprestare una disciplina comune ai cittadini europei, quale che sia il loro ordinamento di origine. Si rimanda al cap. IX del presente testo, rubricato «Tutele speciali per l'inadempimento», sez. III sulla risoluzione del contratto, in cui, oltre a disciplinare espressamente il diritto del contraente alla risoluzione (art. 9:301), prevede che «con la risoluzione del contratto la parte che ha prestato cose che possono essere restituite e per le quali non abbia ricevuto corrispettivo o altra controprestazione può ottenerne la restituzione» (art. 9:308), e che «da parte che ha eseguito una prestazione che non può essere restituita e per la quale non ha ricevuto corrispettivo o altra controprestazione può domandare una somma congrua in relazione al valore che la prestazione ha per l'altra parte» (art. 9:309).

Nonostante la denominazione possa trarre in inganno, la legge di riforma non interviene esclusivamente in materia di Diritto delle obbligazioni, ma anche su ulteriori istituti di diritto sostanziale; la modernizzazione del BGB riguarda infatti la disciplina delle c.d. 'Leistungsstörungen' (le impossibilità), nonché quella della compravendita e del contratto d'opera, il nuovo regime degli effetti del recesso del contratto, la regolamentazione della prescrizione. In questa sede ci si limiterà all'analisi della disciplina della compravendita, prestando particolare attenzione alle modifiche apportate al regime delle garanzie per i vizi della cosa venduta.

La nuova regolamentazione della compravendita può essere riassunta da due coefficienti essenziali¹²⁹: da un lato, la disciplina speciale delle garanzie viene sostituita con il rinvio alle relative disposizioni della disciplina generale delle 'Leistungsstörungen', di cui sono espressione il dissolvimento della redibizione nella disciplina del recesso ('Rücktritt'), e la riconduzione del regime della responsabilità del venditore che consegna cose affette da vizi ai criteri generali sanciti dal § 276; dall'altro lato, la riforma mira al recepimento dei precetti sanciti dalla Direttiva 99/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, e all'applicazione dei medesimi non solo ai casi di compravendita di beni di consumo, ma a tutti i tipi di vendita¹³⁰.

In relazione all'eliminazione del previgente regime speciale delle garanzie è necessario fare una premessa.

Come si è detto, la riforma del 2001 muove dall'esigenza di rendere più attuale un sistema che oramai risultava obsoleto; con specifico riguardo alla «Gewährleistung wegen Mängel der Sache» (garanzia relativa ai difetti della cosa), la disciplina *anteriforma* prevedeva quanto segue.

Innanzitutto, il regime della garanzia per i vizi era disciplinato ai §§ 459 e ss., dove le azioni edilizie venivano regolate dal § 462. Quest'ultimo stabiliva che, se la cosa acquistata fosse risultata viziata da un'alterazione che ne escludesse o diminuisse il valore o l'identità d'uso abituale o pattuito, ovvero non presentasse le qualità promesse, il compratore poteva esigere l'annullamento dell'acquisto ('Rückgängigmachung des Kaufes', comunemente denominato 'Wandelung', letteralmente "trasformazione", qui con il significato di "redibitoria") o la riduzione del prezzo di vendita ('Herabsetzung des Kaufpreises' o più semplicemente 'Minderung'). Analogamente alla disciplina prevista dal Codice civile italiano,

¹²⁹ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 29.

¹³⁰ Di cui si dirà in seguito. Cfr. cap. IV, § 3.

entrambi questi rimedi non erano esperibili qualora il compratore fosse a conoscenza del difetto al momento del contratto o lo ignorasse per colpa grave; potevano invece essere adottati ove il venditore fosse in dolo o avesse assicurato l'assenza del difetto (§ 460).

Ai sensi del § 463, poi, 'Wandelung' e 'Minderung' potevano essere affiancate dalla pretesa di risarcimento del danno nel caso in cui il bene viziato non presentasse le qualità garantite o avesse un vizio taciuto dolosamente dal venditore.

Merita un approfondimento il disposto dei §§ 350-353, cui rimandava espressamente il § 467. Di particolare importanza era il disposto del § 350, il quale sanciva il principio di tradizione romanistica, sopra menzionato¹³¹, del *mortuus redibitur*, secondo cui l'esercizio della redibitoria non sarebbe precluso dal perimento accidentale della cosa; principio, quest'ultimo, criticato sotto vari punti di vista, specie perché «finisce con l'avvantaggiare il compratore della cosa difettosa rispetto all'acquirente del bene immune da vizi, per la possibilità del primo di scaricare in capo al venditore una perdita che il secondo dovrebbe sopportare»¹³². I §§ 351-353, invece, prevedevano che l'esercizio della redibitoria fosse escluso nel caso in cui il perimento fosse rimproverabile al compratore (§ 351) o a terzi a lui legati da un determinato rapporto in virtù della trasformazione o alienazione del bene da parte dello stesso compratore (§§ 352-353).

In riferimento alla natura del vizio, invece, il regime previgente, come quello attuale, soleva distinguere il vizio giuridico ('Rechtsmangel') da quello materiale ('Sachmangel'): in presenza di vizi del primo tipo veniva applicata la disciplina generale dell'inadempimento, mentre per l'ipotesi di vizi materiali era prevista l'applicazione della disciplina speciale della garanzia per i contratti di vendita. Questa soluzione creava non poche difficoltà, dal momento che risultava poco agevole differenziare le due categorie sopra menzionate, al punto che i giudici finivano per pronunciare sentenze imprecise, talvolta arbitrarie.

Un altro problema, simile a quello appena citato, era legato alla tipologia di vizio, da intendersi come anomalia in senso quantitativo o in senso qualitativo. La prima (che si ha, ad esempio, nell'ipotesi in cui il contratto prevede la vendita di un certo numero di pezzi ma l'acquirente ne riceve solo una parte) non rientrava nella categoria di vizio ma in quella di inadempimento o adempimento parziale della prestazione; per le anomalie in senso qualitativo (quando, ad esempio, la cosa venduta non presenta le caratteristiche promesse o

¹³¹ Cfr. sopra, cap. I, § 1.

¹³² Cfr. L. GAROFALO, *Le azioni edilizie*, cit., 36, che supporta l'opinione di H. HONSELL, *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, in *Gedächtnisschrift für W. Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984, 66.

comunque tali da renderla idonea all'uso a cui è destinata) trovava invece applicazione la disciplina della garanzia.

Lacunoso era anche il regime relativo alle promesse e dichiarazioni del venditore e alla sua responsabilità in merito. Infatti, ove le parti avessero pattuito la sussistenza di una particolare caratteristica o l'idoneità ad un uso specifico e la cosa venduta non avesse soddisfatto tali requisiti, il venditore era tenuto a risarcire il danno derivante dal vizio; ciò si verificava anche nell'ipotesi in cui il venditore avesse taciuto dolosamente il vizio al compratore. Curioso è che l'obbligo di risarcire il danno era limitato a due ipotesi specifiche: il deprezzamento del bene e il mancato guadagno causato dal difetto dello stesso; non venivano prese in considerazione ulteriori situazioni, come quella in cui il venditore fosse responsabile per il vizio della cosa venduta, per cui il regime generale dell'inadempimento non era nemmeno ritenuto applicabile.

La disciplina della vendita così strutturata causava una forte asimmetria tra le pretese del compratore e i diritti riconosciuti al venditore; asimmetria che poteva essere sanata solo con l'intervento creativo della giurisprudenza, costretta a sviluppare regole *praeter legem* che, invece di colmare le varie lacune normative, finivano per procurare l'effetto opposto, dando vita ad ulteriori ingiustizie e disequilibri all'interno del rapporto obbligatorio tra venditore e compratore¹³³.

L'attuazione delle prescrizioni della direttiva 99/44/CE hanno contribuito a risolvere queste problematiche.

Innanzitutto, il legislatore del 2001 ha sostanzialmente eliminato la distinzione tra vizio giuridico e vizio materiale: le relative nozioni sono riportate rispettivamente nei §§ 434-435 e 633, ma il trattamento giuridico ad esse riservato è il medesimo¹³⁴. L'equiparazione dei vizi sul piano normativo ha contribuito ad ovviare anche al diverso problema legato alla difficoltà di procedere ad una distinzione tra vizi materiali, da un lato, e *aliud pro alio* o adempimento parziale, dall'altro¹³⁵.

Anche la distinzione tra le varie tipologie di vizio (in senso quantitativo e qualitativo) è stata abbandonata, in favore del regime unitario delineato dal § 434, comma 1, 2° capoverso, che, nel disciplinare i vizi materiali, fa riferimento anche alle qualità del bene che il

¹³³ Cfr. U. STEIN, *La modernizzazione*, cit. 37 ss.

¹³⁴ Questo profilo della disciplina è regolato diversamente dal codice civile italiano, il quale riserva alla figura del vizio giuridico una disciplina peculiare rispetto a quella del vizio materiale.

¹³⁵ Si rimanda allo studio di C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 32 ss., in cui l'autore analizza la soluzione dell'equiparazione al vizio materiale della prestazione di un *aliud* e di un *minus* – prevista dai §§ 434, comma 3 e 633, comma 2, terza proposizione – e i suoi limiti.

compratore può attendersi sulla base delle dichiarazioni pubbliche, attestanti la presenza nella cosa di qualità determinate, rilasciate dal venditore, dal produttore o dai suoi ausiliari, in particolare quelle contenute nella loro pubblicità¹³⁶.

In relazione al tema delle promesse del venditore, infine, il nuovo disposto del § 443 prevede la responsabilità in capo al venditore per la consegna di un bene privo delle qualità promesse o pattuite. Il comma 1 distingue tra garanzie «di qualità» e garanzie «di durata»: le prime si hanno quando il venditore o un terzo garantisce l'esistenza di determinate caratteristiche nella cosa; le altre si hanno nell'ipotesi in cui questi garantisca che la cosa conserverà determinate caratteristiche per un dato periodo di tempo.

Un altro profilo che denota la scarsa attualità – e quindi applicabilità – della disciplina previgente in materia di contratti di compravendita attiene alle ipotesi di «non-conformità» al contratto della cosa venduta ('Vertragswidrigkeit'); difetto, quest'ultimo, che poteva avere ripercussioni non trascurabili sull'esperibilità ad opera del compratore dell'azione redibitoria. Secondo la concezione originaria del diritto di vendita, invero, la prestazione del venditore si considerava adempiuta al momento del trasferimento al compratore del possesso o della proprietà del bene, ancorché non conforme a contratto (ad esempio perché affetto da vizi o da alterazioni tali da renderlo inidoneo all'uso), con la conseguenza (peraltro assurda) che il venditore non sarebbe risultato inadempiente ancorché avesse consegnato un bene difettoso. Se ne deduce che il carattere della non-conformità non rappresentava una violazione dell'obbligazione principale da parte del venditore, in relazione alla quale non erano quindi applicabili le regole generali dell'inadempimento; pertanto, perfezionatosi il contratto di compravendita, qualora il bene venduto fosse risultato affetto da vizi, poteva essere applicata esclusivamente la disciplina speciale della garanzia, prevista per i soli contratti di vendita e di appalto.

In base al modello appena descritto, l'acquirente del bene viziato difficilmente poteva evitare la caducazione del contratto (quale effetto risultante dall'esercizio dell'azione redibitoria, secondo la disciplina della garanzia per i vizi), come non era possibile per il compratore avvalersi dei rimedi alternativi della sostituzione e riparazione, introdotti solo in un secondo momento in virtù del recepimento della Direttiva 99/44/CE. Per poter giovare di tali rimedi si rendeva necessaria la formalizzazione di un nuovo accordo tra le parti, il quale

¹³⁶ Soluzione avvalorata anche dalla giurisprudenza. Cfr., ad esempio, *BGHZ* 132, 55, in *NJW*, 1997, 2590.

veniva spesso stipulato a priori, al momento della conclusione del contratto di compravendita, per evitare gli inconvenienti sopra menzionati¹³⁷.

La legge di riforma interviene anche su questo particolare profilo della «non-conformità» al contratto e modifica il dettato del § 433, comma 1, 2ª proposizione, che, nella sua nuova formulazione, prevede un generale obbligo per il venditore di prestare cose prive di vizi, in adesione al disposto dell'art. 2, par. 1, della direttiva 99/44/CE. Questa soluzione era già prevista per la vendita di cosa generica, ma non per la vendita di cosa specifica; tale distinzione è stata superata in favore di una disciplina unitaria, consentendo così la connessione della disciplina della compravendita alla disciplina generale delle 'Leistungsstörungen'¹³⁸.

Inoltre, tra i rimedi spettanti al compratore in relazione al difetto di conformità del bene venduto viene aggiunto quello della pretesa all'esatto adempimento, regolata dal § 437, n.1 e 439, comma 1, che aderisce al disposto dell'art. 3, comma 2 della Direttiva 99/44/CE, e dal § 323 sul recesso per mancata esecuzione della prestazione o per avvenuta esecuzione di una prestazione non conforme al contratto, relativo ai contratti a prestazioni corrispettive. L'esatto adempimento coincide con l'eliminazione del vizio o la consegna di una cosa priva di vizi, ossia con la riparazione o sostituzione del bene viziato. La disposizione mira alla conservazione del vincolo contrattuale, offrendo una soluzione alternativa alla sua caducazione.

Ad aggravare ulteriormente il quadro normativo, poi, concorrevano la rigida strutturazione della disciplina dell'inadempimento. Questa era divisa nettamente in due blocchi: da un lato, l'impossibilità e il ritardo della prestazione, dall'altro i vizi della prestazione; divisione, questa, che non contemplava altre tipologie di prestazioni inesatte – come, ad esempio, la *culpa in contrahendo* o la c.d. «alterazione della base negoziale» ('Geschäftsgrundlagenstörung')¹³⁹ – e che quindi lasciava lacune normative tali da rendere inevitabile l'intervento creativo di dottrina e giurisprudenza. In un secondo momento, proprio nel tentativo di colmare queste lacune, è stato introdotto l'istituto¹⁴⁰ della c.d. lesione positiva del credito, conosciuto come 'Positive Forderungsverletzung'.

¹³⁷ Cfr. U. STEIN, *La modernizzazione*, cit. 36 s.

¹³⁸ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 30 s.

¹³⁹ Oggi disciplinata dal § 313 BGB.

¹⁴⁰ La 'Positive Forderungsverletzung' viene annoverata tra i c.d. istituti «non scritti», ossia quegli istituti giuridici non formalmente codificati ma che assumevano particolare importanza nella dogmatica e nella prassi. Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 11.

Si tratta essenzialmente di una figura giuridica di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, che configura una forma di responsabilità per violazione di un qualsiasi dovere in un rapporto obbligatorio, violazione che si ritiene debba essere colposa e che fa riferimento sia alle ipotesi di responsabilità contrattuale sia extracontrattuale¹⁴¹, salvo che la violazione del dovere non conduca all'impossibilità della prestazione o alla mora o che gli effetti giuridici di tale violazione non siano contemplati dalla disciplina di garanzia per i vizi della cosa, poiché in quest'ipotesi si applicherebbe quella già prevista dal BGB. Più che un istituto giuridico in senso stretto, la 'Positive Forderungsverletzung' è una categoria che raccoglie vari tipi di turbativa dell'adempimento, come, ad esempio, il rifiuto della prestazione senza giusta causa. Proprio perché priva di una fattispecie tipica e della relativa disciplina, sarebbe stato impossibile codificare tale categoria alla pari di un vero e proprio istituto giuridico, motivo per cui il legislatore tedesco ha deciso di unificare le discipline tra loro concorrenti dell'inadempimento, della garanzia nei contratti di compravendita e di appalto – che fino ad allora avevano rappresentato un complesso di norme autonomo rispetto alla disciplina generale delle obbligazioni – e della stessa figura della 'Positive Forderungsverletzung', sostituendole con il rinvio alle disposizioni relative alla disciplina generale delle 'Leistungsstörungen'¹⁴².

Manifestazione della tendenza del legislatore di procedere quanto più possibile all'eliminazione delle regole speciali relative alla 'Gewährleistung' (mediante il rinvio alla disciplina generale delle 'Leistungsstörungen') è stata l'integrazione della redibitoria all'interno del diritto di recesso. Le norme di riferimento sono i §§ 323, 324, 326, comma 5, i quali riconoscono al titolare di un diritto di credito derivante da un contratto sinallagmatico un diritto di recesso nei casi previsti dai §§ 281-283, che regolano l'ipotesi di mancata esecuzione della prestazione dovuta o di esecuzione di una prestazione non conforme al contratto dopo la scadenza del termine di esigibilità, di violazione di un obbligo di protezione

¹⁴¹ A tal proposito si segnala la riflessione di P. LAMBRINI, *La sistematica del codice civile italiano in tema di responsabilità civile*, in *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Padova, 2019, 151 ss., circa l'esistenza nell'ordinamento italiano della c.d. «responsabilità civile» che, oltre a segnare il superamento della tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, indica, alla pari della 'Positive Forderungsverletzung', una forma di responsabilità per violazione di un qualsiasi dovere in un rapporto obbligatorio.

¹⁴² Cfr. U. STEIN, *La modernizzazione*, cit., 18 s., in cui sottolinea che: «de riflessioni del legislatore ... si basavano anche sulle elaborazioni dottrinali secondo cui alla base di tutte le turbative dell'adempimento, delle garanzie e della 'Positive Forderungsverletzung' in un qualsiasi rapporto obbligatorio si trova la violazione oggettiva di un dovere – colposa o meno – e che tutte le normative finora distinte tra impossibilità, mora e vizi sono nient'altro che varianti di una violazione dei doveri del debitore».

gravante sul debitore a norma del § 241, comma 2, e, da ultimo, l'ipotesi di esclusione dell'obbligo di eseguire la prestazione¹⁴³.

La modifica che ha permesso il dissolvimento della redibitoria nella disciplina del recesso coincide con l'abbandono del requisito del c.d. 'Vertretenmüssen', riconducibile alla necessità che la causa del recesso fosse imputabile alla responsabilità del debitore. Questo – insieme all'esistenza di un rapporto obbligatorio tra le parti – è uno dei presupposti per il diritto al risarcimento del danno causato dalla violazione dell'obbligazione, di cui al § 280 («Schadenersatz wegen Pflichtverletzung»).

La figura della violazione dell'obbligo è frutto innovativo della riforma del 2001 di cui costituisce elemento centrale, stante la sua influenza sulla disciplina delle 'Leistungsstörungen', così come quella del recesso e del risarcimento del danno. Il § 280, comma 1 dispone che: «se il debitore viola un dovere derivante da un rapporto obbligatorio ('Pflicht aus dem Schuldverhältnis'), il creditore può chiedere il risarcimento del danno subito ('Schadenersatz'). Questo non vale nel caso in cui il debitore non è responsabile per la violazione del dovere ('Pflichtverletzung')»; la norma, dunque, riconosce al creditore il diritto di ottenere il risarcimento del danno in conseguenza della violazione di un dovere nascente da un qualsiasi rapporto obbligatorio. Dalla disposizione emerge come l'intenzione del legislatore tedesco non sia più quella di categorizzare le varie tipologie di inadempimento, bensì quella di unificare le diverse nozioni di violazione oggettiva in quella secondo cui – indipendentemente dalla natura principale o accessoria dell'obbligazione, e indipendentemente dalle ragioni da cui muove l'azione del soggetto – si considera violazione di un obbligo ('Pflichtverletzung') ogni comportamento del debitore che devia dal programma previsto dal rapporto obbligatorio¹⁴⁴.

Gli obblighi derivanti dal rapporto in questione sono regolati dal § 241 che distingue tra obblighi di prestazione (comma 1) e ulteriori obblighi (comma 2): i primi sono doveri la cui finalità è quella di migliorare la posizione del creditore e si identificano con il diritto di questi ad esigere la prestazione ('Leistungsinteresse' o 'Äquivalenzinteresse'); gli altri, invece, non sono diretti a migliorare la posizione del creditore, ma piuttosto fondano obblighi in

¹⁴³ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 22, in cui l'Autore nota che questo parallelismo tra risarcimento del danno per inadempimento – di cui ai §§ 281-283 – e diritto di recesso non rappresenta un tratto innovativo della riforma, in quanto già ravvisabile dal disposto dei vecchi §§ 325 e ss.

¹⁴⁴ Cfr. U. STEIN, *La modernizzazione*, cit., 19; R. FAVALE, *La 'Leistungsstörung' nel diritto civile tedesco. Appunti di studio*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, XI, Camerino, 2022, 4.

capo al debitore diretti a non peggiorare la posizione dello stesso ('Integritätsinteresse')¹⁴⁵. Un obbligo legato alla prestazione può essere leso dal fatto che il debitore non adempia la prestazione o non vi adempia esattamente, come nel caso della consegna di un bene affetto da vizi.

Tornando all'istituto del recesso, va sottolineato che § 326, nella sua originaria formulazione, subordinava l'esercizio del diritto alla sussistenza del requisito del 'Vertretenmüssen'; la riforma del 2001, come già accennato, svincola l'istituto in questione da tale requisito, ammettendo l'applicazione a queste fattispecie della disciplina generale delle 'Leistungsstörungen', indipendentemente dall'imputabilità della causa del recesso al debitore. L'abbandono del 'Vertretenmüssen' ha reso possibile la contestuale dissoluzione della redibitoria, anch'essa originariamente subordinata alla sussistenza di tale requisito, nel regime del recesso. Tracce dell'antico rimedio edilizio in questa disciplina emergono chiaramente dai novellati §§ 323 ss.; ad esempio, come nota giustamente Canaris¹⁴⁶, nella disciplina della compravendita, il comma 1 del § 323 riconosce al creditore il diritto di recedere dal contratto quando sia decorso il termine da lui stesso concesso al debitore affinché quest'ultimo provveda all'adempimento o all'esatto adempimento¹⁴⁷; la necessità dell'assegnazione di un termine, secondo il giurista, assolverebbe la funzione di dare al venditore che abbia consegnato una cosa affetta da vizi una seconda «chance» per provvedere all'adempimento del contratto ed evitare così il recesso del compratore.

3. *Le conseguenze derivanti dal recesso secondo la disciplina dei nuovi §§ 346 e ss.*

Fondamentali per lo studio dell'impossibilità della redibizione sono i nuovi §§ 346 e ss. che disciplinano le conseguenze derivanti dal recesso.

¹⁴⁵ Si tratta dei c.d. «obblighi di protezione», rapporti obbligatori in virtù dei quali la parte si obbliga alla protezione di diritti, dei beni giuridici o degli interessi dell'altra parte; oggetto di questi obblighi non è l'interesse alla prestazione ma l'interesse all'integrità, tant'è che, in caso di violazione, la legge – in particolare i §§ 282 e 324 BGB – consentono al creditore di far valere il risarcimento in luogo alla prestazione o di recedere dal contratto.

¹⁴⁶ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 23 s.

¹⁴⁷ La norma prevede che il termine debba essere fissato dal compratore; nonostante ciò, in dottrina è diffusa l'opinione che questo requisito non sia compatibile con la direttiva 99/44/CE, in ragione del fatto che questa riconosce all'acquirente il diritto di risolvere il contratto dopo il decorso di un determinato termine, ma nulla dice circa la necessità che questo termine sia assegnato dal compratore medesimo (art. 3, par. 3, comma 3 dir.). Cfr. W. ERNST - B. GSELL, *Kaufrechtsrichtlinie und BGB*, in *ZIP*, 2000, 1418; W. ERNST, *Die Schuldrechtsreform 2001/2002*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2001, 9; C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 39.

La nuova disciplina si divide in tre istanze principali: a) l'applicazione dei §§ 346 e ss. al diritto di recesso di fonte contrattuale e al recesso spettante ex lege, in favore di una tendenziale uniformità tra i due regimi; b) l'eliminazione dei vecchi §§ 350 e ss. che disciplinavano le condizioni e relative limitazioni per l'esercizio del diritto di recesso, quindi le conseguenze dell'impossibilità della redibizione; c) in tema di responsabilità risarcitoria per danni, il nuovo § 346, comma 4 rinvia alle disposizioni generali di cui ai §§ 280 e ss., relative alla già menzionata «Schadensersatz wegen Pflichtverletzung».

Centrale è il § 346, il quale sancisce il principio generale per cui, in caso di revoca del contratto, le prestazioni ricevute dalle parti e gli utili da esse derivanti devono essere restituiti («die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben»). La norma si riferisce alla c.d. restituzione «in natura», analoga a quella contenuta nel vecchio § 346, 1^a proposizione, e § 347, 2^a proposizione.

Il secondo comma, invece, disciplina la pretesa pecuniaria, consistente nella corresponsione del valore della cosa o nel risarcimento dei danni, che può essere avanzata qualora la prestazione eseguita dal compratore non possa essere restituita, ovvero possa essere restituita ma solo in una condizione deteriorata. I vecchi §§ 350 e ss. sono stati così cancellati e sostituiti dal nuovo § 346, comma 2: da un lato viene meno l'onere di ripetizione, previsto dal § 350, posto a carico del contraente nei confronti del quale viene esercitato il diritto di recesso; dall'altro lato vengono rimosse le limitazioni previste dal vecchio § 351 per l'esercizio del diritto di recesso.

La norma elenca le tre diverse ipotesi in cui essa deve trovare applicazione, in particolare quando 1. la restituzione o il rimborso siano esclusi, per la natura stessa di ciò che si è conseguito; 2. il compratore abbia consumato, alienato, gravato di oneri o diritti reali, specificato o trasformato ciò che si è conseguito; ovvero 3. la cosa da lui ricevuta si sia deteriorata o sia perita. Nonostante la disposizione non si riferisca ad esse in tal senso, si tratta di ipotesi di impossibilità di restituzione della prestazione ricevuta, siano esse nella forma di impossibilità totale o impossibilità parziale¹⁴⁸. Ove si verifichi una causa di impossibilità diversa da quelle appena elencate, si applica il disposto del § 346, comma 1: il compratore rimane comunque obbligato a provvedere alla ripetizione della prestazione ricevuta.

¹⁴⁸ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 63.

Molto discusso è stato il comma 2, n. 3, 1^a proposizione dello stesso § 346, nella parte in cui dispone che «rimane tuttavia privo di rilevanza il deterioramento conseguito all'impiego ('Ingebrauchnahme') cui la cosa è stata adibita in conformità alla sua destinazione»; in quest'ultima ipotesi non si reputa necessaria la corresponsione del valore della cosa ai sensi § 346, comma 2.

Il primo aspetto della disposizione in parola che merita di essere evidenziato attiene al significato normativo del termine «deterioramento». Nel suo significato originale, la 'Ingebrauchnahme' si identifica con la diminuzione di valore che questa subisce per essere un bene «usato», che è chiaramente diverso – in termini di valore economico – dal bene nuovo, mai utilizzato. Nella Proposta della Commissione 'Schuldrecht', però, viene riportata un'interpretazione del termine 'Ingebrauchnahme' diversa dal significato linguistico che gli è proprio; la Commissione parla, invero, di «logorio ('Abnutzung') della cosa dovuto all'utilizzazione ('Gebrauch') che ne sia stata fatta in conformità alla sua destinazione». Secondo la Motivazione del Progetto, infatti, non si tratta di un deterioramento nel senso in cui questo viene impiegato nella disposizione (cioè con il significato di 'Ingebrauchnahme'), ma nel senso di un logoramento derivante dall'utilizzazione della cosa conforme alla sua destinazione ('Gebrauch')¹⁴⁹.

Nonostante ciò, la deroga contemplata dal § 346, comma 2, n. 3, non implica che il soggetto tenuto alla restituzione non debba corrispondere alcun compenso per l'uso che abbia fatto della cosa. Ai sensi del § 346, invero, qualora il diritto di recesso venga esercitato, oltre alla ripetizione delle prestazioni ricevute, devono essere rimborsati anche i proventi ottenuti; la norma va letta in combinato disposto con il § 100 che, nel fornire una nozione di «proventi» ('Nutzungen'), annovera anche i vantaggi derivati dall'utilizzazione della cosa, ai fini della cui determinazione occorre tener conto della «misura del logorio subito dalla cosa» e «dalla diminuzione di valore che ne è conseguita»¹⁵⁰. Il punto centrale della questione si riflette nel fatto che la restituzione di questi particolari proventi è «esclusa per la natura stessa di ciò che si è ricevuto», rientrando così nell'ipotesi di impossibilità prevista dal § 346 comma 2, n. 1. Alla luce di queste considerazioni, si ritiene¹⁵¹ che i vantaggi derivanti dall'utilizzazione della cosa debbano essere restituiti ai sensi del § 346, comma 1, poiché fanno parte dei

¹⁴⁹ Questa è l'accezione accolta nella Motivazione della legge. Cfr. *Bundestagsdrucksache*, 14/6040, 200, colonna 1 e 193, colonna 2.

¹⁵⁰ Cfr. *Bundestagsdrucksache*, 14/6040, cit., 193, conformemente a quanto sancito dal Progetto della Commissione nella parte in cui si affermava che «i proventi ottenuti devono essere rimborsati, incluso il logorio verificatosi a causa dell'utilizzazione che della cosa sia stata fatta in conformità alla sua destinazione».

¹⁵¹ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 66.

‘Nutzungen’ regolati dal § 100; ma, poiché la loro restituzione non è praticabile, deve esserne corrisposto il valore ai sensi del nuovo § 346 comma 2, n. 1. Di conseguenza, risulta inapplicabile il § 346 comma 2, n. 3 che fa riferimento alle sole ipotesi di deterioramento o perimento della cosa e non all’ipotesi contemplata dal n. 1, che invece, come si è visto, è la disposizione di riferimento nel caso di specie.

Un’altra modificazione significativa per lo studio che si sta affrontando è quella del § 346, comma 2, 2^a proposizione. La norma prevede che «se nel contratto viene prevista una controprestazione, essa dev’essere posta alla base delle operazioni di computo della somma che dev’essere versata dal contraente obbligato alla corresponsione del valore».

La formulazione testuale della disposizione è frutto di una modifica operata dalla Commissione Giuridica a seguito della richiesta del ‘Bundesrat’. Il testo, nella formulazione riportata nel Progetto governativo, stabiliva quanto segue: «da controprestazione», se «determinata nel contratto», «subentra in sostituzione della prestazione avente ad oggetto la corresponsione del valore»¹⁵². La decisione di modificare il testo originario della disposizione sorge in relazione all’ipotesi di pretesa di corresponsione del valore conseguente al deterioramento della cosa, di cui si è tentato di tratteggiare gli aspetti fondamentali nel paragrafo precedente; l’ipotesi contemplata dal n. 3, 1^a proposizione, comma 2 del § 346, invero, non potrebbe rappresentare il giusto parametro di determinazione del contenuto dell’obbligazione scaturente dall’esercizio del diritto di recesso (non potrebbe, cioè, subentrare in sostituzione della prestazione avente ad oggetto la corresponsione del valore), perché il deterioramento del bene determina l’oggettiva impossibilità per il compratore di garantire l’intera prestazione pattuita¹⁵³. Proprio in riferimento a quest’eventualità emerge limpidamente la funzione della 2^a proposizione del comma 2, § 346, corrispondente all’esigenza di garantire che l’equilibrio tra prestazione e controprestazione, come concordato dalle parti, rimanga invariato anche dopo l’esercizio del diritto di recesso, a tutela del principio di equivalenza soggettiva e più in generale dell’autonomia privata¹⁵⁴. In quest’ottica, il ‘Bundesrat’ ha infatti chiarito che la somma destinata al contraente obbligato alla corresponsione del valore debba essere computata muovendo dal «presupposto di una prestazione priva di vizi»¹⁵⁵. Pertanto, se il compratore recede dal contratto a causa di un vizio

¹⁵² Cfr. *Bundesratsdrucksache*, 338/01, 41.

¹⁵³ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 67, sulla base di quanto annotato in *Bundesratsdrucksache*, 338/01, cit., 41, n. 71.

¹⁵⁴ Cfr. K. HEROLD, *Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktrittsrechts*, 2001, 112 ss., cui aderisce anche C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 68.

¹⁵⁵ Cfr. *Bundesratsdrucksache*, 338/01, cit., 41.

della cosa venduta e non può restituire la cosa o può restituirla solo in uno stato deteriorato, il contenuto della sua obbligazione avente ad oggetto la corresponsione del valore del bene dovrà essere proporzionalmente ridotto, in ragione delle condizioni della cosa venduta in seguito al suo perimento o deterioramento. La Commissione Giuridica ritiene che nel fare ciò si debba ricorrere al modello della c.d. «riduzione proporzionale del prezzo», in applicazione dei nuovi §§ 441, comma 3 e 638, comma 3, come previsto dal vecchio § 472. Nel compiere questa operazione di computo si deve partire dal presupposto che il valore della cosa in assenza di vizi corrisponda al prezzo pattuito per l'acquisto della stessa; si procederà, quindi, alla detrazione dal prezzo della diminuzione del valore causata dal vizio. Tale presunzione di equivalenza sostanziale va posta in correlazione con il principio di equivalenza, in virtù del quale prestazione e controprestazione dovrebbero trovarsi fra loro in una posizione di equilibrio sia sul piano soggettivo (in base al contenuto delle prestazioni pattuite dalle parti), sia sul piano oggettivo (in base, cioè, ai valori effettivi risultanti dal mercato)¹⁵⁶.

Da ultimo ci si deve occupare del comma terzo del § 346, che individua i casi di esclusione della pretesa alla corresponsione del valore e, in particolare, il trattamento privilegiato del recesso di fonte legale.

I casi in cui è esclusa una pretesa alla corresponsione del valore della cosa e, di conseguenza, il diritto di recesso può essere legittimamente esercitato sono tre: la previsione n. 1, già contemplata dal vecchio § 467, 1^a proposizione, 2^o periodo, riguarda l'ipotesi in cui il vizio che legittima la parte a recedere dal contratto si sia manifestato nel corso della specificazione o trasformazione della cosa. La seconda, anch'essa ereditata dal regime previgente, ricomprende invece i casi in cui il deterioramento o il perimento siano imputabili alla responsabilità del compratore ovvero si sarebbero comunque verificati, quand'anche la cosa fosse rimasta presso il compratore medesimo¹⁵⁷.

Più complessa è la previsione del n. 3, che si applica «nelle ipotesi di diritto di recesso spettante ex lege, se il deterioramento o il perimento si sono verificati mentre la cosa si trovava presso la parte legittimata a recedere dal contratto, nonostante quest'ultima abbia

¹⁵⁶ In ragione di quanto detto finora, si ritiene che tale presunzione possa essere definita come «presunzione legale non scritta», poiché rappresenta un postulato del generale principio di equità contrattuale sostanziale («materielle Vertragsrechtigkeit»), nel quale si ravvisa un precetto del diritto dispositivo, seppur non scritto. Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 41.

¹⁵⁷ Parte della dottrina ritiene che quest'ultima disposizione si applichi anche nell'ipotesi in cui perimento o deterioramento della cosa siano stati causati dal vizio che giustifica il recesso. Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 68, nt. 97, che trae argomento da quanto riportato in *Bundestagsdrucksache*, 14/6040, cit., 196.

osservato il grado di diligenza che è tenuta ad impiegare nei propri affari». La norma riserva un trattamento privilegiato a colui che tra i due contraenti è titolare del diritto di recesso e tale vantaggio è previsto esclusivamente per le ipotesi in cui il diritto di recesso abbia fonte legale.

Nonostante le critiche avanzate a riguardo¹⁵⁸, la disposizione in parola risponde ad alcune esigenze di ampia importanza pratica, come, ad esempio, quei casi in cui la causa del recesso del contratto si identifica con la presenza nella prestazione di un vizio materiale o giuridico: viene qui ravvisato un criterio di imputabilità della responsabilità che comporta il trasferimento del rischio del perimento fortuito e del deterioramento accidentale della cosa – sia esso totale o parziale – in capo al venditore¹⁵⁹. Questa soluzione aderisce alla *ratio* riportata nella Motivazione del Progetto della Commissione ‘Schuldrecht’ secondo cui «... il compratore (o il committente) recede dal contratto proprio perché il venditore (o il prestatore d’opera) non ha interamente adempiuto i suoi obblighi».

Inoltre, la legge fa riferimento al criterio di diligenza usuale nei propri affari, negando la pretesa alla corresponsione del valore del bene perito anche nell’ipotesi in cui la parte legittimata a recedere dal contratto «abbia osservato il grado di diligenza che è tenuta ad impiegare nei propri affari». Il rischio viene così trasferito sul contraente nei confronti del quale è stato esercitato il diritto di recesso – quindi il venditore – anche quando il deterioramento o perimento del bene sia sì riconducibile ad una condotta del compratore, ma si tratti di un comportamento che rispetta il criterio dell’usuale diligenza. Ad esempio, ricade nell’ambito di applicazione della norma l’ipotesi in cui il compratore, legittimato al recesso, abbia gravemente danneggiato l’automobile acquistata mentre tentava di parcheggiarla nel suo garage, poiché tale comportamento è riconducibile ad un errore che avrebbe potuto essere evitato da un conducente «ideale», ma non da un conducente «mediamente disciplinato», errore che, pertanto, non è ascrivibile a sua colpa¹⁶⁰.

Nei lavori preparatori non vengono precisate le ragioni che spiegano la scelta di adottare il criterio dell’usuale diligenza; sulla *ratio* di tale orientamento sono state formulate varie ipotesi, alcune più convincenti di altre.

¹⁵⁸ Si sono espressi a riguardo H. HONSELL, *Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB*, in *Juristen Zeitung*, 2001, 281, oppure D. KAISER, *Die Rechtsfolgen*, cit., 1062.

¹⁵⁹ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 71 s.

¹⁶⁰ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 72 s.

Prima fra queste è la soluzione che si ricava dalla Motivazione della legge¹⁶¹. Il legislatore avrebbe potuto limitarsi ad esonerare il titolare del diritto di recesso soltanto da quelle circostanze in cui il perimento o deterioramento del bene fossero avvenuti per «caso fortuito» o «forza maggiore», e non fossero quindi ascrivibili ad una sua condotta. Questa soluzione, in base alla quale si distingue il caso in cui il perimento della cosa da restituire sia dovuto ad un comportamento riconducibile alla responsabilità del compratore ovvero si sia verificato per un evento diverso («caso fortuito» o «forza maggiore»), viene rifiutata perché – sostiene la Commissione – finisce per causare problemi e difficoltà nell'inquadramento delle singole fattispecie. Detta impostazione non si reputa pienamente convincente in ragione del fatto che l'adozione di un criterio generico come quello della diligenza pare condurre alle medesime problematiche¹⁶².

Diversa è la soluzione proposta da Canaris¹⁶³, il quale ritiene che la limitazione della responsabilità in base al criterio della diligenza derivi dal modello previsto per i diritti di revoca *ex lege*, adottato nel § 3, comma 1, della legge sui negozi «porta a porta» («Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften»), nel § 7, comma 4, della legge sul credito di consumo («Verbraucherkreditgesetz»), nel § 13a, comma 3, della legge sulla concorrenza sleale («Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb»), nonché nel § 1d, comma 2, della legge relativa ai negozi con pagamenti a rate («Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte»). Dalle norme elencate viene ricavato un sistema che contempla la pretesa della corresponsione del valore unitamente alla relativa limitazione, corrispondente al criterio della diligenza. In questo modo – nota Canaris – si possono ottenere risultati del tutto analoghi a quelli che conseguivano all'applicazione dei vecchi §§ 350 e ss., la cui disciplina, pertanto, sopravvive nel nuovo § 346, comma 3, n. 3¹⁶⁴. Tale soluzione pare maggiormente condivisibile, dal momento che rispecchia l'intenzione del legislatore di garantire quanto più possibile l'uniformazione e la semplificazione del regime normativo, obiettivo centrale nell'ambito della 'Modernisierung' del BGB.

Ciò detto, poiché il nuovo § 346, comma 3, n. 3 riprende la struttura dei vecchi §§ 350 e ss., la decisione circa la sussistenza (o meno) della colpevolezza in capo al compratore, sulla

¹⁶¹ Cfr. *Bundestagsdrucksache*, 14/6040, cit., 196.

¹⁶² Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 73.

¹⁶³ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 74 ss.

¹⁶⁴ Stessa conclusione a cui si è giunti con riguardo al disposto § 346, comma 2, 2^a proposizione e alle questioni connesse alla sua applicabilità.

base del criterio della diligenza, dovrà essere presa con riferimento alle stesse modalità e agli stessi criteri impiegati da queste disposizioni¹⁶⁵.

Innanzitutto, va sottolineato che il titolare del diritto di recesso è gravato da un obbligo di diligente cautela nel suo relazionarsi con la cosa; lo si ricava dalle parole della Commissione Giuridica che, nell'esprimersi su un problema connesso alla pretesa di risarcimento del danno di cui al § 346, comma 4 per i comportamenti tenuti anteriormente alla dichiarazione di recesso¹⁶⁶, afferma che «... un obbligo giuridico di trattare la cosa con diligente cautela sorge soltanto quando (ed a partire dal momento in cui) la parte venga a sapere, o sia tenuta a sapere, che esistono le condizioni per il recesso»¹⁶⁷. Ebbene, dal momento che l'imputazione della colpevolezza presuppone la violazione di un obbligo nei confronti della controparte, la responsabilità per il perimento o deterioramento della cosa sarà riconducibile alla sfera giuridica del compratore ogniqualvolta sussista la violazione dell'obbligo giuridico di trattare la cosa con cautela. I casi attestanti una tale violazione non sono di agevole individuazione; tuttavia, cadranno sicuramente nell'ambito di applicazione del § 346, comma 3, n. 3 quelle ipotesi in cui il contraente legittimato a recedere dal contratto sia a conoscenza della causa giustificatrice del recesso medesimo ovvero abbia la possibilità di venirne a conoscenza, poiché, come sostenuto dalla Commissione, prima di questo momento non sussiste l'obbligo giuridico di trattare la cosa con diligente cautela.

Merita un ulteriore cenno la distinzione operata dallo stesso § 346, comma 3, n. 3 tra i diritti di recesso di fonte legale e quelli di fonte contrattuale. Tale differenziazione, fortemente criticata dalla dottrina¹⁶⁸, va letta alla luce della *ratio legis* in forza della quale il trattamento privilegiato di cui al presente paragrafo trova giustificazione nel fatto che la parte nei confronti della quale viene esercitato il diritto di recesso non ha eseguito correttamente la prestazione dovuta¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Il § 351 non faceva riferimento al criterio della diligenza usuale 'nei propri affari', ma si ritiene si tratti di una differenza irrilevante, stante il limite, valevole in ogni caso, della colpa grave a norma del § 277. Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 77.

¹⁶⁶ La questione è ampiamente illustrata da C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 83 ss., secondo cui l'applicabilità del trattamento privilegiato di cui al § 346, comma 3, n. 3 sarebbe esclusa a partire dal momento dell'acquisizione della conoscenza della causa del recesso, sulla base del disposto del § 346, comma 4, che dispone la tutela risarcitoria in relazione alla violazione dell'obbligo di trattare la cosa con diligente cautela.

¹⁶⁷ Cfr. *Bundestagsdrucksache*, 14/7052, 193 s.

¹⁶⁸ La dottrina tende a sottolineare le difficoltà che essa crea in relazione all'individuazione di un confine tra le due categorie, spesso molto sottile. Cfr. D. KAISER, *Die Rechtsfolgen*, cit., 1065 s.; J. HAGER, *Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs*, in *Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, 431.

¹⁶⁹ Come sottolineato dalla stessa Commissione 'Schuldrecht' in *Bundesratsdrucksache*, 338/01, cit., 41.

Nell'ambito del diritto di recesso nascente da contratto, si dovrà quindi distinguere la circostanza in cui la prestazione non è stata eseguita in conformità al contratto dall'ipotesi in cui la possibilità di esercitare il diritto di recesso sorga da altre circostanze.

Nel primo caso, la «non-conformità» al contratto della prestazione resa dal contraente legittima la controparte all'esercizio del diritto di recesso di fonte contrattuale, il quale non è altro che la riformulazione più dettagliata del § 323 che, come già accennato, disciplina il principio di conformità al contratto; pertanto, il § 346, comma 3, n. 3 dovrà essere applicato in via analogica, poiché le due disposizioni rispondono alla medesima logica giuridica. Diversamente, ove l'esercizio del diritto di recesso di fonte contrattuale derivi da circostanze diverse dall'inesattezza della prestazione (come, ad esempio, nell'ipotesi in cui la possibilità di recedere sia rimessa alla discrezionalità del titolare del diritto), il nuovo § 346, comma 3, n. 3 risulterà inapplicabile, in quanto privo di causa giustificatrice¹⁷⁰.

Con riferimento al diritto di recesso nascente *ex lege*, invece, si ritiene¹⁷¹ che il trattamento privilegiato previsto dal § 346, comma 3, n. 3 non trovi applicazione in riferimento al diritto di recesso di cui il contraente diventi titolare *ex lege* ai sensi del § 313, comma 3. La norma disciplina le ipotesi di alterazione della base negoziale, che si hanno quando le circostanze che sono state inizialmente poste a fondamento del contratto sono profondamente mutate dopo la sua stipulazione; in questi casi si può esigere un adeguamento del contratto, laddove risulti che le parti non lo avrebbero concluso, o lo avrebbero concluso con un diverso contenuto se avessero potuto prevedere questo mutamento (comma 1). Ove detto adeguamento non fosse possibile o non possa essere ragionevolmente imposto ad una delle parti, la legge riconosce al contraente che si sia trovato in una posizione di svantaggio il diritto di recedere dal contratto (comma 3). Il diritto di recesso spettante *ex lege* ai sensi del § 313, comma 3, dunque, non presuppone il mancato o inesatto adempimento degli obblighi gravanti sulla controparte; esso, piuttosto, rappresenta un regime privilegiato limitato ad una categoria di fattispecie peculiari ma pur sempre diverse da quelle contemplate dal § 346, comma 3, n. 3, che in relazione ad esse è semplicemente inapplicabile poiché non sottende alla medesima *ratio*.

Nel complesso, la 'Schuldrechtsmodernisierung' e i successivi interventi di riforma hanno contribuito alla realizzazione di un sistema normativo imperniato sulla categoria del

¹⁷⁰ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 79.

¹⁷¹ Cfr. J. HAGER, *Das geplante Recht*, cit., 441; D. KAISER, *Die Rechtsfolgen*, cit., 1064 ss.; C.W. CANARIS, *La riforma*, cit., 80.

rapporto obbligatorio, su cui poggia il regime speciale delle singole fonti dell'obbligazione e, quindi, anche quello del contratto.

In riferimento allo specifico profilo dell'impossibilità della redibizione possono essere formulate almeno due osservazioni conclusive.

In primo luogo, il quadro normativo riformato sembra percorrere una linea di continuità rispetto alla disciplina dei rimedi edilizi di tradizione romanistica e ancor di più con le ricostruzioni operate dai giuristi del *ius commune europaeum*. La soluzione basata sulla corresponsione del valore, invero, rappresenta un rimedio antichissimo che il legislatore ha voluto integrare nell'ordinamento tedesco, adattandolo alle nuove esigenze di mercato e alla configurazione dei rapporti negoziali in continuo mutamento. Già conosciuta nell'ambito del diritto comune¹⁷², questa forma di riparazione è stata integrata nei rimedi previsti a favore del compratore dall' 'Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten', per poi essere utilizzata in relazione alla vendita di bestiame ai sensi del vecchio § 487, comma 2 BGB ed è tuttora contemplata dai già citati provvedimenti legislativi che regolano le ipotesi di esercizio del diritto di revoca spettante *ex lege*, e più in generale dal BGB in relazione alla pretesa di esatto adempimento (§ 439) e ai diritti spettanti al compratore di una cosa che si rivela affetta da vizi (§ 437).

In secondo luogo, a favore delle modificazioni in materia di garanzia per i vizi della cosa venduta e, in particolare, di impossibilità della redibizione, depone la capacità del legislatore tedesco di armonizzare il sistema privatistico nazionale con le norme di derivazione comunitaria. Gli interventi di riforma, invero, si pongono come un complesso normativo contenutisticamente e sistematicamente compatibile con la disciplina europea; un *corpus* normativo che, quando inserito nel codice, risulta tendenzialmente armonizzato con i principi e i criteri generali sanciti da quest'ultimo, quindi rispettoso e fedele alla tradizione giuridica che connota l'ordinamento tedesco.

Come si è già ricordato, espressione di questa tendenza all'uniformità del disegno normativo in un'ottica di armonizzazione rispetto alle norme di derivazione comunitaria è il dissolvimento della redibitoria nel diritto di recesso, così come l'assorbimento dei §§ 350 e ss. nella particolare disposizione di cui al § 346, comma 3, n. 3; entrambe le misure mostrano con chiarezza la direzione intrapresa dal legislatore verso la semplificazione e

¹⁷² Come si è visto, i *doctores* affermavano che, ove il perimento della *res* fosse stato imputabile ad un comportamento del compratore, quest'ultimo avrebbe potuto comunque agire in redibitoria, corrispondendo al venditore convenuto una somma pari al valore del bene perito. Cfr. sopra, cap. I, § 2.

«modernizzazione» del regime privatistico, direzione che trae ispirazione dal diritto comunitario ma che al contempo salvaguarda gli istituti e i principi che incarnano la storia e l'evoluzione giuridica dell'ordinamento civile tedesco.

Non si può dire lo stesso delle innovazioni apportate dal legislatore italiano, il quale, come si è voluto sottolineare nel capitolo precedente, si è limitato a procedere ad una mera trasposizione delle norme contenute nella Direttiva 99/44/CE nel codice civile, successivamente confluite nel c.d. «codice del consumo». Lungi dall'incorrere in un elogio spropositato per l'attività minuziosamente svolta dal legislatore tedesco, è innegabile che i profili più lacunosi della disciplina italiana sulla vendita di beni di consumo – e, conseguentemente, sui rimedi edilizi e sull'ipotesi dell'impossibilità della redibizione – derivino dall'assenza di una riformulazione codicistica in attuazione delle principali direttive dell'Unione in materia di obbligazioni e contratti; problematiche, queste, che il legislatore tedesco ha superato – o quantomeno vi è stato un autentico tentativo in tal senso – in favore di un regime codicistico all'avanguardia.

CAPITOLO QUARTO

Le direttive (UE) 2019/770 e 2019/771

Il capitolo si occupa della nuova disciplina euro-consumeristica sulla vendita di beni di consumo, alla luce dell'emanazione delle recentissime direttive (UE) 2019/770 e 2019/771 (d'ora in poi «dir. 770» e «dir. 771»), e il rispettivo recepimento nell'ordinamento italiano e in quello tedesco.

Lo studio si concentra sugli aspetti più innovativi affrontati dalla riforma, con particolare riguardo alla tutela del consumatore contro il difetto di conformità e al relativo sistema rimediabile.

L'obiettivo è quello di offrire un'adeguata ricostruzione dell'azione redibitoria, alla luce delle modificazioni che sono state apportate per adattare le varie forme di tutela disciplinate dal codice del consumo ad una realtà economico-giuridica profondamente mutata dall'evoluzione tecnologica e dalle nuove esigenze di mercato che i vertici dell'Unione Europea mirano a salvaguardare.

1. La nuova disciplina euro-consumeristica.

Vent'anni dopo la sua entrata in vigore, la direttiva 99/44/CE viene definitivamente abrogata e sostituita dalla direttiva (UE) 2019/771 del 20 maggio 2019, relativa a «determinati aspetti dei contratti di vendita di beni». Con essa viene approvata la «gemella» direttiva (UE) 2019/770, relativa ai c.d. contratti «b2c» («business to customer») per la fornitura di servizi e contenuti digitali. Insieme hanno completamente riscritto ed ampliato il regime della vendita di beni di consumo, in una prospettiva di modernizzazione e potenziamento del diritto europeo dei consumatori.

Come sottolineato dal considerando n. 20 della dir. 770 e dal tredicesimo della dir. 771¹⁷³, esse devono integrarsi a vicenda, nell'ottica di armonizzare determinati aspetti relativi

¹⁷³ Così la direttiva (UE) 2019/771, analogamente alla direttiva (UE) 2019/770: «La presente direttiva e la direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbero integrarsi a vicenda. Mentre la direttiva (UE) 2019/770 stabilisce determinate prescrizioni concernenti i contratti di fornitura di un contenuto digitale o servizi digitali, la presente direttiva stabilisce determinate prescrizioni concernenti i contratti di vendita di beni».

alla vendita mobiliare e alla fornitura di contenuti o servizi digitali, prendendo come riferimento un livello elevato di tutela del consumatore.

Eloquenti circa le finalità e i connotati essenziali della riforma sono le considerazioni iniziali di entrambe le direttive. La finalità primaria è quella di migliorare il funzionamento del mercato interno e riuscire a rispondere alle sfide poste oggi da un'economia guidata dalla tecnologia, cercando di agevolare l'integrazione della dimensione digitale nel mercato interno ed instaurare un autentico mercato unico digitale. L'obiettivo della dir. 771 è integrato dalle finalità perseguite dalla gemella dir. 770, che mira a garantire ai consumatori un migliore accesso ai contenuti e ai servizi digitali, al fine di promuovere la crescita e lo sviluppo di un sistema economico digitalizzato.

Tali obiettivi sono perfettamente coerenti con il diritto generale dell'Unione, in particolare l'art. 26, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in virtù del quale l'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno, che comporta uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci e dei servizi. L'art. 169, par. 1, e l'art. 169, par. 2, lett. a, TFUE, stabiliscono, poi, che l'Unione deve contribuire al conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori e, al contempo, alla promozione della competitività fra le imprese, in particolare le PMI, nell'assoluto rispetto del principio di sussidiarietà.

Per fare ciò – come sottolineano opportunamente le direttive – è necessario armonizzare determinati aspetti dei contratti di vendita, così come i contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali, prendendo come caposaldi la protezione dei consumatori e l'instaurazione di un autentico mercato unico digitale.

Rispetto alla direttiva 99/44/CE, che prevedeva un livello di armonizzazione minimo (coerente con la finalità della stessa di garantire un livello minimo uniforme di tutela dei consumatori), le direttive (UE) 2019/770 e 2019/771 sottolineano la necessità per i Paesi membri di assicurare la c.d. 'full harmonisation'. L'art. 4 di entrambe le direttive dispone che «gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva», al fine di garantire un livello di armonizzazione piena (o massima) con il diritto dell'Unione.

In particolare, ai legislatori nazionali è preclusa la possibilità di introdurre o mantenere nei propri ordinamenti non soltanto disposizioni che divergono dalle direttive in questione,

assicurando un livello di protezione del consumatore inferiore, ma anche disposizioni che garantiscono un grado di protezione più elevato di quello contemplato dalle direttive stesse.

Entrambi i provvedimenti, inoltre, individuano alcuni aspetti delle fattispecie contrattuali da essi presi in considerazione, in relazione ai quali l'armonizzazione massima delle legislazioni nazionali appare indispensabile per superare le differenze esistenti tra le discipline interne dei vari Stati membri, e agevolare la semplificazione delle negoziazioni transfrontaliere.

In particolare, la dir. 771 prevede che «è opportuno armonizzare pienamente le norme concernenti i requisiti di conformità, i rimedi a disposizione del consumatore per non conformità del bene al contratto e le principali modalità per il loro esercizio, e aumentare il livello di protezione dei consumatori rispetto alla direttiva 1999/44/CE» (considerando n. 10).

Sulla stessa linea d'onda si colloca la gemella dir. 770, che, nel disciplinare i contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali tra operatori economici e consumatori, rimarca l'importanza delle disposizioni relative alla conformità del contenuto o servizio digitale al contratto, ai rimedi in caso di difetto di conformità o di mancata fornitura e la modalità di esercizio degli stessi, e quelle sulla modifica del contenuto digitale o del servizio digitale (art. 1, dir.).

Dal dettato normativo, tuttavia, emerge che detta armonizzazione, ancorché piena, è altresì incompleta: gli Stati membri, in sede di recepimento, conservano infatti la facoltà di disciplinare determinati profili delle fattispecie contrattuali prese in considerazione dalle direttive.

La dir. 771, da un lato, si limita a dettare una disciplina parziale, affidando espressamente ai legislatori nazionali il compito di colmare eventuali lacune (ciò si verifica, ad esempio, in relazione al regime normativo della risoluzione del contratto); dall'altro lato, attribuisce agli Stati membri la possibilità di decidere se adottare o meno alcune regole opzionali dettate dalla medesima, come, ad esempio, la regola relativa alla imposizione del consumatore dell'onere di denunciare il difetto di conformità, a pena di decadenza, entro 60 giorni dalla scoperta.

Per quanto riguarda gli aspetti della fattispecie contrattuale che non vengono direttamente trattati dal provvedimento UE, rimane affidato ai legislatori nazionali il compito di stabilire quali disposizioni generali di diritto interno in materia di rapporto obbligatorio, contratto e singoli tipi di contratto, possano e debbano essere applicate alle fattispecie

contrattuali regolate dalla direttiva, in quanto compatibili con le disposizioni di quest'ultima e in relazione alle quali si rende necessaria un'operazione di coordinamento tra diritto comunitario e diritto interno.

Infine, ai legislatori nazionali è consentito conferire alle disposizioni di recepimento della direttiva un ambito di applicazione più ampio, sia sul piano oggettivo, coinvolgendo, ad esempio, i contratti con cui il professionista attribuisce un diritto personale di godimento su bene immobile o mobile, sia su quello soggettivo, includendo, ad esempio, contratti in forza dei quali i professionisti vendono beni agli enti no profit, liberi professionisti o PMI.

Analogamente, la dir. 770 concede agli Stati membri la libertà di disciplinare questioni che non sono espressamente regolate dalla direttiva stessa, come, ad esempio, le norme nazionali concernenti la formazione, la validità, la nullità o gli effetti dei contratti o la liceità del contenuto digitale o del servizio digitale; spetta altresì ai legislatori nazionali il compito di definire la natura giuridica dei contratti per la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali, e quindi determinare se tali contratti costituiscono, ad esempio, un contratto di vendita, di servizio, di noleggio o un contratto *sui generis*.

Ai legislatori nazionali, poi, rimane consentito disciplinare rimedi specifici per determinati tipi di difetti non manifestatisi al momento della conclusione del contratto, ovvero rimedi extracontrattuali di cui il consumatore può avvalersi nei confronti di persone coinvolte nei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali (considerando n. 12).

Infine, gli Stati membri conservano la facoltà di disciplinare le conseguenze della mancata fornitura o del difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, prestando particolare attenzione all'ipotesi in cui tale mancata fornitura o tale difetto di conformità siano dovuti a un impedimento al di fuori del controllo dell'operatore economico (considerando n. 14).

Il rapporto di dipendenza funzionale che intercorre tra la dir. 771 e la dir. 770 risulta particolarmente evidente in relazione all'ambito di applicazione delle stesse.

La prima si applica esclusivamente ai beni mobili materiali che costituiscono beni ai sensi della medesima, ovvero sia qualsiasi bene mobile materiale, compresa l'acqua, il gas e l'elettricità, quando sono messi in vendita in una quantità determinata o in un volume delimitato; rientrano nella nozione di «bene» anche quelli con elementi digitali nei quali l'assenza di un contenuto digitale o di un servizio digitale incorporato o interconnesso impedirebbe lo svolgimento delle funzioni dei beni stessi e qualora tale contenuto o servizio

digitale sia fornito con i beni secondo le condizioni del contratto di vendita relativo a tali beni (art. 2). La disciplina della presente direttiva si applica, inoltre, a tutti i canali di vendita, al fine di creare condizioni di parità per tutte le imprese che vendono beni ai consumatori; si fa qui riferimento a vendite online, alla vendita a distanza, vendita «faccia a faccia», anche a livello transfrontaliero. Come espressamente stabilito dall'art. 3, par. 3 della stessa, la dir. 771 non si applica invece ai contratti di fornitura di un contenuto digitale o di un servizio digitale, la cui regolamentazione è riservata alla «gemella» dir. 770.

Quest'ultima, invero, si occupa della fornitura di contenuti digitali o servizi digitali, ivi compresi i contenuti digitali forniti su supporti materiali, quali DVD, CD, chiavi USB e schede di memoria (considerando n. 20 e art. 2), nonché al supporto materiale stesso, purché questo funga esclusivamente da vettore di contenuto digitale (considerando n. 20 e art. 3, par. 3). Sono altresì contemplati programmi informatici, applicazioni, file video, file audio, file musicali, giochi digitali, libri elettronici o altre pubblicazioni elettroniche, nonché i servizi digitali che consentono la creazione, la trasformazione o l'archiviazione dei dati in formato digitale, nonché l'accesso a questi ultimi, fra cui i software come servizio quali la condivisione audio e video e altri tipi di file hosting, la videoscrittura o i giochi offerti nell'ambiente di 'cloud computing' e nei 'social media' (considerando n. 19).

Dal punto di vista soggettivo, entrambe le direttive trovano applicazione nell'ambito dei c.d. rapporti «b2c», intercorrenti, cioè, tra consumatore e professionista. Il legislatore europeo fornisce la definizione sia di consumatore, sia di professionista, il quale assume le vesti di venditore nei rapporti contrattuali di vendita mobiliare, e di operatore economico in quelli di fornitura di servizi e contenuti digitali.

Il primo si identifica con «qualsiasi persona fisica che, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale» (art. 2, par. 2, dir. 771 e art. 2, par. 6, dir. 770).

Il professionista, invece, coincide con «qualsiasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dal fatto che sia di proprietà pubblica o privata, che, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in nome o per conto di tale persona fisica o giuridica» (art. 2, par. 3, dir. 771 e art. 2, par. 5, dir. 770).

Ulteriore profilo caratterizzante della riforma in questione riguarda la conformità del bene al contratto di vendita. Tale criterio, già adottato dalla direttiva 99/44/CE, viene ripreso e meglio definito dalla disciplina attuale, che individua il difetto di conformità quale figura di rilievo autonomo rispetto ai vizi occulti e alla mancanza di qualità, indicando i requisiti, sia oggettivi che soggettivi, sui quali è parametrata detta conformità¹⁷⁴.

La dir. 771 disciplina i criteri di conformità materiali agli artt. 6 e 7 dir., che elencano rispettivamente i requisiti di natura soggettiva e di natura oggettiva.

Con riferimento ai primi, la norma richiama la descrizione del bene fatta dal venditore, il tipo, la quantità e la qualità contrattuale; ne enfatizza altresì la funzionalità, compatibilità, interoperabilità (lett. a), di cui la stessa direttiva fornisce una precisa definizione: la funzionalità si riferisce alla «capacità del bene di svolgere le sue funzioni in considerazione del suo scopo» (art. 2, n. 9 e considerando n. 27); la compatibilità alla «capacità del bene di funzionare con un hardware o software con cui sono normalmente utilizzati i beni del medesimo tipo, senza che sia necessario convertire i beni, l'hardware e il software» (art. 2, n. 8); infine l'interoperabilità corrisponde alla «capacità del bene di funzionare con un hardware o un software diversi da quelli con cui sono normalmente utilizzati i beni dello stesso tipo» (art. 2, n. 10).

Autonoma rilevanza è riservata anche agli accessori e alle istruzioni (lett. c), così come agli aggiornamenti (lett. d), come previsti dal contratto di vendita.

È ritenuto conforme al contratto di vendita anche il bene «idoneo ad ogni uso speciale voluto dal consumatore e che è stato da questi portato a conoscenza del venditore al più tardi al momento della conclusione del contratto di vendita e che il venditore ha accettato» (lett. b). Qui il legislatore europeo è intervenuto per definire le modalità con cui una specifica richiesta del consumatore debba essere manifestata per assumere efficacia vincolante: la richiesta deve pervenire al venditore al più tardi al momento della conclusione del contratto, e lo stesso venditore, presa conoscenza delle specifiche esigenze della controparte, deve acconsentirvi.

Tra i requisiti oggettivi, invece, è annoverata l'idoneità agli scopi per i quali si impiegano di norma beni dello stesso tipo, la quale deve essere valutata «tenendo eventualmente conto dell'eventuale diritto dell'Unione e nazionale, delle norme tecniche o, in mancanza di tali

¹⁷⁴ Nonostante il legislatore europeo si sia premurato di disporre l'elencazione puntuale dei vari requisiti, la separazione tra quelli oggettivi e quelli soggettivi non è affatto netta. Sul tema cfr. M. GIROLAMI, *La conformità del bene al contratto di vendita: criteri "soggettivi" e criteri "oggettivi"*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 69 ss.

norme tecniche, dei codici di condotta dell'industria applicabili allo specifico settore» (lett. a).

Da ritenersi conforme è altresì il bene che «possiede la qualità e corrisponde alla descrizione di un campione o modello che il venditore ha messo a disposizione del consumatore prima della conclusione del contratto» (lett. b), ovvero «è consegnato assieme agli accessori, compresi imballaggio, istruzioni per l'installazione o altre istruzioni, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi di ricevere» (lett. c).

Da ultimo, viene riportato il criterio basato sulla sussistenza delle qualità e caratteristiche «normali» in un bene dello stesso tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, in ragione della natura del bene «e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta» (lett. d); il venditore, tuttavia, non è vincolato dalle dichiarazioni pubbliche menzionate se fornisce prova di riversare in una delle situazioni puntualmente elencate dall'art. 6, par. 2, dir.

Nel caso di beni con elementi digitali, il venditore assicura che al consumatore siano notificati e forniti gli aggiornamenti necessari al mantenimento della conformità di tali beni nel periodo di tempo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi o quello espressamente previsto dal contratto (par. 3); non rileva, ai fini della valutazione della conformità del bene, il difetto derivante unicamente dalla mancanza dell'aggiornamento, se il consumatore non ha provveduto ad installarlo entro un termine ragionevole (par. 4).

Non si realizza il difetto di conformità se il consumatore, al momento della conclusione del contratto, era stato informato del fatto che una o più caratteristiche del bene si discostava dai requisiti oggettivi di conformità, e lo stesso consumatore abbia espressamente accettato tale scostamento (par. 5).

I requisiti (soggettivi e oggettivi) di conformità al contratto di fornitura del contenuto o del digitale sono invece disciplinati dalla dir. 770, agli artt. 7 e 8. Le disposizioni in questione propongono un'elencazione che ricalca pedissequamente quella contemplata dal legislatore con riferimento ai contratti di vendita mobiliare, di cui agli artt. art. 6 e 7, dir. 771.

In generale, il legislatore europeo sottolinea quanto sia «essenziale armonizzare pienamente le norme per determinare la conformità dei beni»¹⁷⁵ e che il momento in cui

¹⁷⁵ Cfr. il considerando n. 25, dir. 771: «Al fine di garantire chiarezza su ciò che il consumatore può aspettarsi dal bene e ciò di cui il venditore è responsabile in caso di mancata consegna di quanto atteso, è essenziale

questa deve essere valutata sia puntualmente indicato, al fine di rafforzare la certezza giuridica per i consumatori e i venditori. Secondo la dir. 771 il momento rilevante è quello della consegna, e lo stesso vale anche per i beni con elementi digitali (art. 10, considerando n. 37); la dir. 770, invece, individua il momento della fornitura (art. 11, par. 1) e, nel caso di contratto di fornitura continuativa, quello corrisponde al periodo di tempo durante il quale il contenuto o il servizio digitale deve essere fornito.

Sicuramente il concetto di conformità al contratto assume oggi un'accezione dinamica, frutto dell'evoluzione tecnologica e, di riflesso, dei nuovi requisiti richiesti per valutarne la consistenza.

2. *Il recepimento nell'ordinamento italiano: d.lgs. 170 e 173/2021.*

Con i d.Lgs. 4 novembre 2021, nn. 170 e 173, il legislatore italiano ha dato recepimento alle direttive (UE) del 20 maggio 2019, nn. 2019/771 e 2019/770: la prima, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, ha definitivamente abrogato le disposizioni inserite negli artt. 128-135 cod. cons., e introdotto i novelli artt. 128-135 *septies*, collocati nel Titolo III, dedicato alla «garanzia legale di conformità e garanzie commerciali di beni di consumo», capo I, rubricato «Della vendita di beni»; la seconda, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, ha aggiunto al Codice del Consumo il capo I *bis*, dedicato ai «contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali» di cui agli artt. dal 135 *octies* all'art. 135 *vicies ter*.

Entrambe le modifiche al codice del consumo acquistano efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2022, ai sensi degli artt. 2 dei decreti richiamati, con l'unica differenza che le disposizioni di cui ai nuovi artt. 128 ss. si applicano ai soli contratti conclusi successivamente a tale data, mentre quelle di cui al nuovo capo I *bis* vengono applicate a tutte le forniture di contenuto digitale o di servizi digitali che iniziano a decorrere dalla presa di efficacia delle disposizioni, a prescindere dalla data di conclusione del contratto, con esclusiva eccezione delle disposizioni di cui agli artt. 135 *quindecies* e 135 *vicies semel*, relativi al diritto di regresso

armonizzare pienamente le norme per determinare la conformità dei beni. Qualsiasi riferimento alla conformità nella presente direttiva andrebbe ricollegato alla conformità dei beni con il contratto di vendita. Al fine di salvaguardare i legittimi interessi di entrambe le parti di un contratto di vendita, la conformità dovrebbe essere valutata sulla base di requisiti di conformità sia soggettivi che oggettivi»; considerando n. 11, dir. 770: «... è opportuno armonizzare pienamente le norme concernenti la conformità del contenuto digitale o del servizio digitale al contratto, i rimedi in caso di difetto di conformità o di mancata fornitura e le modalità di esercizio di tali rimedi, nonché la modifica del contenuto digitale o del servizio digitale».

del professionista e alla modifica del contenuto digitale o del servizio digitale, applicabili ai soli contratti conclusi dopo il 1 gennaio 2022¹⁷⁶.

Le scelte del Governo adottate in sede di recepimento della dir. 771 sono state condizionate dall'assenza, nella legge di delegazione, di criteri e principi specifici per l'esercizio della delega; di conseguenza, si è dovuto fare integrale affidamento sui criteri «generali» sanciti dagli artt. 31 e 32 della l. 24 dicembre 2012, n. 234, recante «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea», i quali trovano applicazione tutte le volte in cui nella legge di delegazione manchino disposizioni che dettano criteri specifici di recepimento di una determinata direttiva europea.

È stato così inevitabile procedere, come di consueto, alla trasposizione delle disposizioni contenute nel provvedimento UE all'interno del codice del consumo, con adattamenti pressoché inesistenti. Il nostro legislatore, ancora una volta, ha sciupato l'occasione di apportare alla disciplina della vendita mobiliare e ai vari aspetti che la connotano – come quello delle garanzie legali, che, ad oggi, rappresenta «uno dei momenti di più incerta comprensione nello studio della vendita»¹⁷⁷ – le necessarie modificazioni e innovazioni.

Lo stesso può dirsi rispetto alla dir. gemella 2019/770/UE: anche in questo caso lo sforzo nomopietico del legislatore è stato minimo, esaurendosi nell'elaborazione di un testo pressoché riproduttivo della normativa europea che estende ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali le tutele previste dalla disciplina consumeristica per i difetti di conformità, senza però provvedere ad un adeguato coordinamento tra le fonti.

Il risultato è che le questioni interpretative che l'operatore giuridico doveva porsi nel vigore della dir. 99/44/CE sono le medesime su cui deve inevitabilmente concentrarsi oggi, e uno dei profili più lacunosi della materia rimane quello relativo all'ipotesi in cui il consumatore-acquirente, che agisce per la risoluzione del vincolo contrattuale, rivesta nell'impossibilità di restituire la prestazione ricevuta.

L'indagine che si intende svolgere sull'impossibilità della redibizione e la configurazione che questa assume a norma dei nuovi capo I e capo I *bis* cod. cons.,

¹⁷⁶ Cfr. art. 2, comma 1, d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173.

¹⁷⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 885 ss. sui profili più problematici e lacunosi del sistema delle garanzie legali.

presuppone il preliminare inquadramento del nuovo regime della tutela del consumatore contro il difetto di conformità, aggiornato ai d.lgs. nn. 170 e 173 del 2021.

Come già accennato, gli artt. 128-135 *septies* cod. cons. disciplinano «taluni aspetti» della vendita di beni di consumo, in particolare: la conformità dei beni al contratto, i rimedi in caso di difetto di conformità, e le modalità di esercizio di tali rimedi e le garanzie convenzionali (art. 128, comma 1).

La norma va coordinata con l'art. 135 *septies* cod. cons., secondo cui «per quanto non previsto dal presente capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di formazione, validità ed efficacia dei contratti, comprese le conseguenze della risoluzione del contratto e il diritto al risarcimento del danno» (comma 1); fondamentale il comma 2 che preclude al legislatore la possibilità di prevedere un livello di tutela del consumatore diverso da quello assicurato dal codice del consumo e, di conseguenza, dalla dir. 771¹⁷⁸.

La disciplina in parola si applica alle relazioni «b2c»; si tratta di fattispecie contrattuali che poco hanno in comune con la vendita in senso tecnico, ma che ad essa sono equiparate in virtù del disposto del nuovo art. 128 cod. cons., che circoscrive l'ambito di applicazione del presente capo ai contratti di vendita tra consumatore e venditore (comma 1, par. 1), a cui «sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, d'opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni da fabbricare o produrre» (comma 1, par. 2)¹⁷⁹.

L'oggetto del contratto può riguardare «qualsiasi bene mobile materiale anche da assemblare (comma 2, lett. e); può riguardare altresì i c.d. «beni con elementi digitali», corrispondenti a beni mobili materiali che incorporano (o sono interconnessi con) un contenuto digitale o un servizio digitale (lett. e, n. 2), così come singoli contenuti digitali, i dati prodotti da questi, forniti in forma digitale (lett. f), e un servizio digitale (lett. g).

L'ampliamento del margine di applicabilità oggettiva della disciplina in parola comporta una più articolata configurazione della responsabilità del venditore. L'art. 129, comma 1, cod. cons., sulla scia dell'art. 5 e il considerando n. 33, dir. 771, prevede l'obbligo del venditore di consegnare beni conformi al contratto. La conformità è valutata sulla base

¹⁷⁸ Recita la norma: «Per gli aspetti disciplinati dal presente capo non si applicano altre disposizioni aventi l'effetto di garantire al consumatore un diverso livello di tutela».

¹⁷⁹ La dir. 771 introduce una definizione di vendita che ruota intorno al trasferimento della proprietà e al conseguente effetto traslativo (art. 3, par. 2, dir.). In questo modo, la relativa disciplina può applicarsi non ad un singolo tipo contrattuale, ma ad un complesso di operazioni economiche, accomunate dall'impegno traslativo della proprietà di beni mobili. Cfr. L. D'ACUNTO, *L'ambito di applicazione degli artt. 128-135 septies cod. cons.: le fattispecie contrattuali*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 35 ss.

dei criteri distintivi di carattere soggettivo e oggettivo, cui fa riferimento lo stesso art. 129 cod. cons., ai commi 2 e 3, il cui dispositivo ricalca pedissequamente quello degli artt. 6 e 7, dir. 771.

Con specifico riguardo ai beni con elementi digitali, invece, il venditore è chiamato a rispondere di qualsiasi difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che si verifica o si manifesta entro due anni dalla consegna (art. 133, comma 1, cod. cons.), ovvero per il maggiore arco temporale per il quale il contratto concluso preveda la fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale (comma 2); per il medesimo lasso temporale deve anche «tenere informato il consumatore sugli aggiornamenti disponibili, anche di sicurezza, necessari al fine di mantenere la conformità» (art. 130, comma 2, cod. cons.).

I rimedi messi a disposizione del consumatore in caso di difetto di conformità del bene sono regolati dagli artt. 135 *bis* e ss., corrispondenti all'art. 13, dir. 771: questi ha diritto ad ottenere il ripristino della conformità del bene, o, secondariamente, a beneficiare della riduzione proporzionale del prezzo, ovvero della risoluzione del contratto.

Il diritto al ripristino della conformità corrisponde alla facoltà di chiedere la riparazione o sostituzione del bene¹⁸⁰. Tale opzione è tuttavia orientata dal criterio della proporzionalità del rimedio, che deve essere valutato con riguardo alla convenienza dell'alternativa per il consumatore, al valore che il bene avrebbe in assenza del difetto di conformità e alla sua entità (art. 135 *bis*, comma 2, cod. cons.). Il venditore, dal canto suo, può rifiutarsi di provvedere al ripristino della conformità se la riparazione e la sostituzione sono impossibili o se i costi che lo stesso venditore dovrebbe sostenere risultano sproporzionati (comma 3).

Il nuovo apparato rimediabile contro il difetto di conformità delineato dal codice del consumo non contempla il risarcimento del danno, cui rimanda esclusivamente l'art. 135 *septies*, comma 1, rimettendo la regolamentazione della tutela risarcitoria alle disposizioni del codice civile¹⁸¹.

¹⁸⁰ Illuminante circa la natura dei c.d. rimedi primari è il contributo di R. FADDA, *Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135-bis e 135-ter*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 292 ss., in cui l'Autrice riflette sulla possibilità di ascrivere tali rimedi alla fase esecutiva del contratto, come forma di «adempimento sanante o correttivo» (secondo l'espressione utilizzata da A. LUMINOSO, *La compravendita*², cit., 577 ss.), oppure alla fase rimediabile, in cui rileva la tutela contro l'inadempimento.

¹⁸¹ La questione è dibattuta: da un lato, la dottrina ritiene che la tutela risarcitoria del consumatore debba essere costruita sulla base del disposto dell'art. 1218 cod. civ. e quindi sottratta all'ambito di operatività della garanzia per i vizi materiali (tra i vari cfr. P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*², cit., 276 s.; D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 824 s.; C.M. BIANCA, *La vendita*², cit., 982 s.; G. DIPIETROMARIA, *La tutela del consumatore contro il difetto di conformità: aggiornato ai d. lgs. 4 novembre 2021 nn. 170 e 173*, Torino, 2022, 167 ss.; A. VENTURELLI, *I rimedi esperibili dal consumatore: il risarcimento del danno e l' 'exceptio inadimpleti contractus'*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 371); dall'altro lato, la giurisprudenza prevalente ha

Ai rimedi predetti si somma quello della c.d. *exceptio inadimpleti contractus*, di cui all'art. 135 *bis*, ult. comma, prima parte, cod. cons., corrispondente all'art. 13, par. 6, dir. 771, in forza del quale «il consumatore può rifiutarsi di eseguire il pagamento di qualsiasi parte di prezzo fino a quando il venditore non abbia adempiuto agli obblighi previsti dal presente capo».¹⁸²

Il legislatore non si è avvalso della facoltà di accordare ai consumatori la possibilità, contemplata dall'art. 3, par. 7, dir. 771, di esperire un «rimedio specifico» (alternativo, cioè, a quelli previsti dagli artt. 135 *bis* e *quater*, cod. cons.) nelle ipotesi in cui la conformità del bene si manifesti entro i trenta giorni successivi alla consegna.

Non trovano applicazione ai rapporti contrattuali «b2c» regolati dal codice del consumo neanche gli artt. 61 e 63 cod. cons., che disciplinano la consegna dei beni e il trasferimento del rischio per la perdita o il danneggiamento dei medesimi, nonostante il loro ambito di operatività, ai sensi dell'art. 60 cod. cons., si estenda fino a ricomprendere qualsiasi contratto di vendita mobiliare concluso tra consumatore e professionista.

Fondamentale, con riguardo alla gerarchia rimediale prevista dal codice, è il già citato art. 135 *septies*, cod. cons.: la norma esclude il c.d. principio di maggiore tutela del consumatore – ricavato originariamente dalla formulazione del previgente art. 135 cod. cons.¹⁸³ – in forza del quale, a fronte della consegna di un bene non conforme, il consumatore avrebbe avuto la possibilità di scegliere discrezionalmente di appellarsi alla disciplina del codice civile quando il difetto di conformità fosse rientrato nella nozione di vizio, o, in alternativa, di invocare i rimedi specificamente consumeristici¹⁸⁴. Al secondo comma, invero, l'art. 135 *septies* ha cura di escludere che per tutto ciò che non è espressamente disciplinato dal capo I, possano trovare applicazione norme tese a garantire un diverso livello di protezione del consumatore; così facendo, il consumatore non potrà eludere la gerarchia rimediale in base alla quale il diritto alla riduzione proporzionale del prezzo e alla risoluzione

individuato quale precetto di riferimento il dettato dell'art. 1494 cod. civ. (cfr., ad esempio, Cass. Civ., sez. II, 20 gennaio 2020, n. 1082, in *Giust. civ. Mass.*, 2020).

¹⁸² Per una trattazione più approfondita dell'argomento si segnala il contributo di A. VENTURELLI, *I rimedi*, cit., 377 ss.

¹⁸³ La norma nella sua formulazione originaria recitava: «1. Le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico. 2. Per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita».

¹⁸⁴ Nel vigore della dir. 99/44/CE e, in particolare, dell'art. 135 cod. cons. nella sua originaria formulazione, la giurisprudenza di legittimità tendeva a riconoscere un rapporto di specialità tra la tutela consumeristica e quella prevista dal codice civile. In ragione di ciò, i rimedi del codice civile potevano essere applicati esclusivamente in via integrativa, per gli aspetti non espressamente disciplinati dal codice del consumo (cfr. Cass. civ., sez. IV, 4 settembre 2017, n. 20744, in *Diritto & Giustizia*, 2017; Cass. civ., sez. II, 30 giugno 2020, n. 13148, in *Giust. civ. Mass.*, 2020).

del contratto sono subordinati all'infruttuoso esperimento dei rimedi di primo grado, assumendo, come già previsto dalla dir. 99/44/CE, natura puramente sussidiaria¹⁸⁵.

Più specificamente, l'art. 135 *bis*, cod. cons., nel disciplinare i rimedi in parola, prevede che essi siano esperibili solo quando l'inadempimento del venditore rispetto all'obbligo di conformità risulti particolarmente grave o quantomeno irreversibile (comma 4, lett. c), ovvero nell'ipotesi in cui il difetto di conformità si manifesti nonostante l'intervento di riparazione o sostituzione del venditore (lett. b). Il codice, infine, nega l'accesso ai rimedi di secondo grado in tutti i casi in cui il difetto di conformità sia di lieve entità (comma 5). Lo stesso principio era già stato enunciato dal previgente art. 130, ult. comma, cod. cons., secondo cui «un difetto di conformità di lieve entità per il quale non è stato possibile o è eccessivamente oneroso esperire i rimedi della riparazione o della sostituzione, non dà diritto alla risoluzione del contratto»¹⁸⁶. La giurisprudenza aveva interpretato tale disposizione nel senso che, ove le ipotesi di sostituzione o riparazione del bene fossero possibili e non eccessivamente onerose, il consumatore avrebbe potuto agire per la riduzione del prezzo o per la risoluzione del contratto, anche in presenza di un difetto di lieve entità¹⁸⁷. Una simile interpretazione non è più consentita a fronte della nuova formulazione del principio in parola, contenuta nell'art. 135 *bis*, comma 5, cod. cons., il quale non individua specifici limiti alla lieve entità del difetto, circoscrivendola ai casi in cui l'esperimento dei rimedi primari non sia possibile o risulti eccessivamente oneroso.

Inquadrato il sistema rimediabile nel suo complesso, occorre richiamare l'attenzione sullo specifico rimedio dell'azione di risoluzione del contratto, regolato dall'art. 135 *quater*, commi da 2 a 4, cod. cons.

¹⁸⁵ In relazione ai danni diretti causati dal difetto (come, ad esempio, il minor valore del bene difettoso), è generalmente preclusa l'esperibilità dell'azione di risarcimento del danno, ove questa non sia preceduta, al pari di quella estimatoria e redibitoria, da una richiesta di sostituzione o riparazione del bene difettoso. Questa soluzione trova la sua ragion d'essere nella natura dei rimedi primari, che altro non sono se non una forma di risarcimento in forma specifica; pertanto, il consumatore non può derogare alla gerarchia rimediabile imposta dall'art. 135 *bis* cod. cons., poiché la sostituzione o la riparazione dovrebbero già essere sufficienti a soddisfare la pretesa risarcitoria. Cfr. G. DIPIETROMARIA, *La tutela*, cit., 168 ss.; A. VENTURELLI, *I rimedi*, cit., 357 ss.

¹⁸⁶ La questione relativa alla lieve entità del difetto – in forza della quale non è possibile per il consumatore invocare il rimedio della risoluzione del contratto – è stata sottoposta al vaglio della Corte di giustizia UE; emblematico è il caso in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul possibile contrasto con la previgente dir. 99/44/CE di una normativa nazionale che negava testualmente il potere del giudice nazionale di rilevare d'ufficio il diritto alla riduzione del prezzo al consumatore che avesse chiesto in giudizio la sola risoluzione del contratto e la domanda fosse stata respinta in ragione della lieve entità del difetto. Cfr. Corte giust. UE, sez. I, 3 ottobre 2013, causa C-32/12, disponibile sul sito di *EUR-Lex*: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0032&from=IT>

¹⁸⁷ Cfr. Cass. civ., sez. II, 3 giugno 2020, n. 10453, in *Giust. civ. Mass.*, 2020.

La risoluzione del vincolo contrattuale è conseguenza dell'esercizio di un diritto potestativo del consumatore¹⁸⁸, esercitato mediante una dichiarazione unilaterale rivolta al venditore, in cui lo stesso consumatore esprime la volontà di risolvere il contratto (comma 2); è altresì ammessa la risoluzione parziale del contratto, qualora il difetto di conformità interessi solo alcuni dei beni oggetto del medesimo (comma 3).

Di indubbia rilevanza per questo studio è il disposto del comma 4 dello stesso art. 135 *quater* cod. cons., il quale sembra contemplare un rapporto di reciprocità tra le prestazioni restitutorie poste a carico dei contraenti: il consumatore è tenuto a restituire il bene difettoso al venditore, a spese di quest'ultimo (lett. a), mentre il venditore deve rimborsare al consumatore il prezzo pagato; la reciprocità delle prestazioni è data dall'onere posto a carico del venditore di rendere il prezzo solo quando abbia ricevuto dal consumatore il bene difettoso o, in alternativa, le prove, fornite dal medesimo, dell'avvenuta restituzione o della spedizione del bene (lett. b). Come sottolinea parte della dottrina, le due pretese non vengono considerate come isolate e del tutto indipendenti l'una dall'altra; al contrario, sono concepite «quali obbligazioni ad attuazione tendenzialmente simultanea»¹⁸⁹.

Il bene dovrà essere restituito nello stato in cui si trova al momento della risoluzione del vincolo, e con esso tutti gli accessori presenti alla consegna del medesimo; inoltre, come previsto testualmente dall'ultimo comma dell'art. 135 *quater*, lett. a, cod. cons., la restituzione avviene «a spese» del venditore, il quale, pertanto, è tenuto ad anticipare i costi che il consumatore deve affrontare per la restituzione, ovvero a rimborsarli unitamente al prezzo pagato.

È opportuno rammentare che il legislatore italiano ha rinunciato ad avvalersi della possibilità, prevista dall'art. 16, dir. 771, di dettare disposizioni maggiormente dettagliate riguardo alle modalità di restituzione e rimborso. Non sorprende che la questione relativa alle conseguenze dell'impossibilità della restituzione del bene difettoso – in ragione della sua alienazione o trasformazione, o a causa del suo perimento o deterioramento – sia rimasta nuovamente irrisolta. L'unico riferimento normativo che assiste l'interprete nel tentativo di fare chiarezza sul punto è l'art. art. 135 *septies*, comma 1, cod. cons., che, segnatamente alla

¹⁸⁸ Che la natura giuridica del diritto del consumatore alla risoluzione del contratto fosse riconducibile ad un diritto potestativo era opinione prevalente già nel vigore della dir. 99/44/CE. Cfr. L. GAROFALO, *Art. 1519-*quater**, in Garofalo-Mannino-Moscato-Vecchi, *Comm. alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2003, 418; R. OMODEI SALÈ, *Sub art. 130 c. cons.*, in *Commentario breve dir. cons. De Cristofaro-Zaccaria*², Padova, 2013, 826 ss. Dubbia è invece l'estensione di tale natura al rimedio della riduzione proporzionale del prezzo, visto il silenzio normativo sul punto. Cfr. F. OLIVIERO, *La nuova disciplina dei c.d. rimedi 'secondari': riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, cit., 335 ss.

¹⁸⁹ Cfr. F. OLIVIERO, *La nuova disciplina*, cit., 335 ss.

disciplina degli effetti della risoluzione del vincolo contrattuale e alle conseguenze dell'accoglimento della domanda redibitoria del consumatore, rinvia alle disposizioni del codice civile.

Sotto questo aspetto può cogliersi l'importanza e l'imprescindibilità dell'attività di armonizzazione e coordinamento della disciplina interna rispetto alla normativa comunitaria: il fatto che il nostro legislatore non abbia provveduto ad una modificazione autentica e sostanziale del regime generale della risoluzione del vincolo negoziale previsto dal codice civile, rende il rinvio espresso di cui all'art. 135 *septies*, comma 1, cod. cons. un rimando del tutto superfluo, perché costringe l'interprete, ancora una volta, a colmare lacune normative e a risolvere dubbi interpretativi che sono l'immediata conseguenza di un sistema di garanzie legali complesso e farraginoso.

Detto questo, ci si chiede se, in virtù dell'espresso rinvio operato dall'art. 135 *septies*, comma 1, cod. cons. alle disposizioni del codice civile in materia di risoluzione del contratto, possa essere analogicamente estesa ai rapporti contrattuali «b2c», regolati dal codice del consumo, il disposto dell'art. 1492, comma 3, cod. civ., relativo alle conseguenze dell'impossibilità della restituzione del bene da parte dell'acquirente che abbia agito in redibitoria. Le opinioni sul tema sono molteplici.

Innanzitutto, va ricordato che il legislatore italiano ha deciso di non avvalersi della facoltà, contemplata dall'art. 3, par. 7, dir. 771, di ammettere l'applicabilità alle vendite mobiliari (e ai contratti equiparati) delle «norme nazionali non specifiche per i contratti stipulati con i consumatori che prevedono rimedi specifici per taluni tipi di difetti non apparenti all'atto della conclusione del contratto di vendita». In altre parole, il legislatore, in sede di recepimento della direttiva, ha escluso l'applicabilità ai rapporti «b2c» – e, più specificamente, alle fattispecie contrattuali prese in considerazione dagli artt. 128 ss. cod. cons. – delle disposizioni in materia di garanzia per i vizi della cosa venduta di cui agli artt. 1490 ss. cod. civ.; pertanto, alle fattispecie contrattuali contemplate dal codice del consumo si applicano esclusivamente i rimedi consumeristici previsti per la tutela del consumatore contro il difetto di conformità.

Tuttavia, la giurisprudenza prevalente riconosce un rapporto di specialità tra la tutela consumeristica e quella offerta dal codice civile, in virtù del quale, nei contratti tra consumatore e professionista aventi ad oggetto un bene di consumo, deve essere applicata in primo luogo la disciplina speciale del codice del consumo, e «in via integrativa», solo per gli aspetti non direttamente regolati dalla legge speciale consumeristica, la disciplina generale

del codice civile¹⁹⁰. Si assume, pertanto, che nel silenzio del codice del consumo circa la perdita o il deterioramento del bene viziato e sulle conseguenze che ciò comporta rispetto alla pretesa risolutoria, possa trovare applicazione il disposto dell'art. 1492, comma 3, cod. civ., secondo cui la domanda di risoluzione del vincolo non può essere proposta dopo che la restituzione della cosa sia divenuta impossibile per caso fortuito o per colpa del compratore, o perché questi l'ha alienata o trasformata.

In quest'ottica, mediante l'applicazione analogica dell'art. 1492, comma 3, cod. civ. alla disciplina della vendita dei beni di consumo, l'esercizio dell'azione redibitoria sarebbe precluso al consumatore che riversi nell'impossibilità di restituire al professionista il bene ricevuto, a meno che, si intende, esso sia perito a causa dei vizi dello stesso. Questa soluzione pare poco persuasiva per due ordini di ragioni.

In primo luogo, si contesta¹⁹¹ che questa visione – secondo cui il perimento del bene costituirebbe un impedimento assoluto all'esperimento del rimedio risolutorio – comporterebbe un contrasto con il diritto europeo, il quale esclude testualmente la possibilità per gli Stati membri di ridurre il livello di tutela del consumatore assicurato dalla normativa di fonte comunitaria (art. 4, dir. 771), risultato che certamente si avrebbe mediante l'introduzione di cause di esclusione del diritto di risoluzione del contratto non contemplate dalla dir. 771.

A ciò si aggiunga che eventuali limiti posti all'esercizio della risoluzione condurrebbero altresì all'inosservanza del precetto di cui all'art. 135 *septies*, comma 2, cod. cons., ai sensi del quale «agli aspetti disciplinati dal presente capo non si applicano altre disposizioni aventi l'effetto di garantire al consumatore un diverso livello di tutela».

Merita un'ulteriore considerazione la questione relativa all'abrogazione del comma 8 del previgente art. 130, cod. cons., a norma del quale la quantificazione della somma da restituire in caso di accoglimento della domanda risolutoria doveva avvenire tenendo conto dell'uso del bene; il venditore, pertanto, era indennizzato per le utilità ricavate dall'uso che del bene era stato fatto nel periodo precedente la risoluzione, e da eventuali perdite causate dall'avvenuto deterioramento.

¹⁹⁰ Cfr. Trib. Lamezia Terme 22 gennaio, 2020, n. 66, RG n. 4496/2008; Trib. Trani 24 gennaio 2019, n. 167, RG n. 92016361/2010; Cass. civ., sez. II, 30 giugno 2020, n. 13148, cit.; prima ancora le sentenze «gemelle» Trib. Roma, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 2383, RG n. 20068/2012 e Trib. Roma, sez. III, 13 aprile 2015, n. 7823, RG n. 32709/2012.

¹⁹¹ Cfr. L. GAROFALO - A. RODEGHIRO, *Sub art. 1519-quater*, cit., 434; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità*, cit., 216; F. OLIVIERO, *La nuova disciplina*, cit., 352 s.

La giurisprudenza di legittimità¹⁹² aveva ampliato l'ambito di applicabilità del precetto, ammettendo che il diritto del venditore previsto dall'art. 130, comma 8, cod. cons. dovesse trovare applicazione anche nella risoluzione delle vendite di diritto comune, al fine di preservare l'equilibrio delle prestazioni risolutorie e, al contempo, evitare un trattamento discriminatorio fra le parti in causa.

A fronte della portata generale dei principi espressi dalla Suprema Corte, e alla luce del considerando n. 60 della dir. 771, il quale riconosce agli Stati membri la facoltà di disciplinare «le conseguenze della diminuzione del valore dei beni» in caso di risoluzione del vincolo contrattuale, non è azzardato ipotizzare che la pretesa del venditore di ottenere tale indennizzo possa continuare a trovare applicazione anche nell'ambito della vendita di beni di consumo, disciplinata dagli artt. 128 ss. cod. cons., nonostante l'intervenuta abrogazione dell'art. 130, comma 8, cod. cons.

Queste ultime considerazioni conducono alla medesima soluzione cui si era giunti in relazione al recepimento della previgente dir. 99/44/CE e, segnatamente, all'interpretazione dell'art. 1519 *quater*, comma 8, cod. civ.¹⁹³: se la quantificazione della somma da restituire al compratore può essere determinata tenendo conto dei deterioramenti derivanti dall'uso della cosa, a maggior ragione si può avere riguardo dell'avvenuto perimento della stessa.

Si può così concludere nel senso del pieno riconoscimento della facoltà di risoluzione in capo al consumatore anche quando questi riversi nell'impossibilità di restituire il bene, in caso di perimento, trasformazione o alienazione dello stesso. In quest'ipotesi il consumatore che intenda agire per ottenere la risoluzione del contratto sarà tenuto a pagare alla controparte il valore economico della prestazione ricevuta, computato tenendo conto dell'entità del difetto di conformità, sicché la pretesa restitutoria del venditore sarà pari al valore economico della prestazione ricevuta, diminuito dell'incidenza del difetto. La medesima soluzione è estesa anche alle ipotesi in cui il perimento derivi da caso fortuito.

Esaurita l'analisi del nuovo capo I cod. cons., segue un breve inquadramento della disciplina del capo I *bis*, dedicato ai «contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali» di cui agli artt. 135 *octies*-135 *vicies ter* cod. cons.

La disciplina in parola, coerentemente con le finalità enunciate dalla dir. 770, ambisce ad estendere le tutele consumeristiche previste dal codice del consumo contro il difetto di

¹⁹² Cfr. Cass. civ., sez. II, 28 luglio 2020, n. 16077, in *Foro it.*, 2020, XII. 1, 3833; Cass. civ., sez. IV, 14 ottobre 2020, n. 22146, in *Giust. civ. Mass.*, 2020.

¹⁹³ Cfr. sopra, cap. II, § 3.

conformità ai contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali conclusi tra consumatore e operatore economico (art. 135 *octies*, comma 1, cod. cons.).

Il modello negoziale cui si fa riferimento è quello dei contratti di fornitura, il quale – e in questo senso si esprime anche la dir. 770¹⁹⁴ – non deve coincidere necessariamente con i modelli tipici della somministrazione e dell'appalto, in cui la fornitura ha ad oggetto beni materiali o un'attività definita in termini di servizio, ma guarda altresì a quei negozi in cui la fornitura è definita invece in termini di «accesso»¹⁹⁵, inteso come l'utilizzabilità di modalità tecniche, di cui sono un esempio lo 'streaming', il 'download' e i servizi di 'cloud'.

La peculiarità di questi contratti di fornitura *sui generis* risiede negli effetti che essi producono, i quali non per forza consistono nell'acquisto di un diritto di proprietà su un bene determinato, ma, piuttosto, nella semplice fruizione, anche ripetuta, di dati in formato digitale. Diretta conseguenza di ciò è, da un lato, la dinamicità del concetto di «bene» che viene ampliato sino a ricomprendere elementi del tutto estranei alla realtà materiale, e, dall'altro, la specificità di un modello negoziale che, in virtù della complessità delle relazioni che coinvolge, sfugge necessariamente alla capacità regolativa del diritto comune e necessita, pertanto, di una regolamentazione *ad hoc*.

Suscita non poche perplessità il fatto che, nonostante la palese distanza che separa i contratti di vendita di beni mobili di consumo e quelli di fornitura di contenuti e servizi digitali, il legislatore europeo – e di riflesso il legislatore italiano – abbia previsto una disciplina della garanzia di conformità e del relativo assetto dei rimedi pressoché identica per entrambi.

La portata del problema si coglie relativamente alla macro-distinzione, prevista dall'art. 135 *octies*, commi 3 e 4 cod. cons., corrispondente all'art. 3, par. 1 e 2, dir. 770, tra i contratti in forza dei quali l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, un contenuto o un servizio digitale verso il corrispettivo di un prezzo, e ai casi in cui lo stesso fornisca, o si impegni a fornire, un servizio digitale e il consumatore si obblighi a fornirgli in cambio alcuni dati personali.

Per espressa previsione dell'art. 3, comma 8, par. 2, dir. 770 e dell'art. 135 *novies*, comma 6 cod. cons., questi modelli contrattuali che sfruttano lo scambio di dati come «moneta» sono disciplinati dalla normativa sulla protezione dei dati personali, in particolare il Reg. (UE)

¹⁹⁴ Infatti, l'art. 3, par. 1 dir. prevede che essa si applichi a «qualsiasi contratto» in cui l'operatore economico fornisce (o si impegna a fornire) un contenuto o un servizio digitale. Meno chiaro è a quali tipologie contrattuali debba essere applicata la presente direttiva e, di conseguenza, la disciplina del capo I *bis* cod. cons., aspetto su cui si tornerà a breve.

¹⁹⁵ Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, III, 2019, 502.

2016/679 (il c.d. «GDPR») e i D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 e 30 giugno 2003, n. 196 (il c.d. «Codice della Privacy»), la cui attuazione va coordinata con le disposizioni relative alla tutela del consumatore¹⁹⁶.

Prima di poter esaminare la disciplina dei rimedi contro il difetto di conformità, si reputa necessaria una breve digressione circa la qualificazione di questi contratti che implicano la cessione di dati personali ai fini del loro perfezionamento.

Dal dettato normativo¹⁹⁷ emerge chiaramente che le prestazioni poste a carico dei contraenti non sono legate da una relazione di corrispettività. Infatti, il modello in questione non viene definito come contratto a titolo oneroso o a prestazioni corrispettive, ma come «caso» in cui la prestazione posta a carico dell'operatore economico di fornire il servizio o il contenuto digitale è essenzialmente gratuita, stante l'esclusione del consumatore dall'obbligo di corrisponde un prezzo o di prestare un certo servizio.

La gratuità della fornitura di un contenuto o servizio digitale, in virtù della quale il consumatore non corrisponde alcun prezzo ma si impegna a trasmettere i propri dati personali, è confermata dal considerando n. 24 della dir. 770, secondo cui «la protezione dei dati è un diritto fondamentale» e «tali dati non possono dunque essere considerati una merce»; pertanto, la presente direttiva, al fine di evitare che essi risultino vittime di abusi, riconosce ai consumatori il «diritto a rimedi contrattuali» anche nell'ambito di questi modelli commerciali particolari¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Uno dei problemi principali attiene proprio alla qualificazione dell'atto di cessione del dato personale nell'ambito dell'operazione di fornitura del contenuto o servizio digitale e le modalità di coordinamento della normativa contrattuale con quella sulla protezione dei dati personali. L'art. 135 *novies* cod. cons. si limita a circoscrivere l'ambito di applicazione dell'intero capo operando esclusioni legate a specificità settoriali e disciplinari a cui sono sottoposti i contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali (commi 2 e 3), e ha cura di stabilire, in caso di conflitto fra norme, la prevalenza della disciplina sulla protezione dei dati personali rispetto alle disposizioni del codice del consumo (comma 6). Sul tema cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni*, cit., 505 ss.

¹⁹⁷ L'art. 3, par. 2. dir. 770 recita: «La presente direttiva si applica altresì nel 'caso' in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico», cui corrisponde il dettato dell'art. 135 *octies*, comma 4, cod. cons.

¹⁹⁸ La definizione adottata dal legislatore europeo, riportata nel testo definitivo del provvedimento, prende le distanze da quella originariamente proposta dalla Commissione nel 2015, la quale aveva definito il contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali che prevede la cessione di dati personali quale contratto di scambio tra servizi e dati personali (equiparati ad una risorsa che si può scambiare in controprestazione, anche detta 'counter performance'), conferendo al negozio natura patrimoniale. Cfr. COM (2015) 634 final – 2015/0287 (COD). La nozione in tal senso è stata abbandonata a seguito di un parere del Garante Europeo della protezione dei dati personali, reso il 14 marzo 2017, in cui l'Autorità sottolinea la natura dei dati personali quale diritto fondamentale della persona e per questo non mercificabile. Cfr. European Data Protection Supervisor (EDPS), *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 2017, 6 s., reperibile sul sito ufficiale dell'Advisor Europeo: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/our-work-by-type/opinions_en?field_edpsweb_year_filter_value=2017&page=1

Va fatta, però, un'ulteriore precisazione che trae argomento dal dato testuale dell'art. 3, par. 2, dir. 770, riprodotto senza alterazioni dall'art. 135 *octies*, comma 4, cod. cons. La norma sembra distinguere due tipologie contrattuali.

La prima è la c.d. fornitura «a struttura gratuita»¹⁹⁹, disciplinata dall'art. 135 *octies*, comma 4, cod. cons., al primo periodo. Si tratta di forniture a cui si affianca un atto dispositivo in forza del quale il consumatore cede al professionista i suoi dati personali, evitando, però, che tra le prestazioni poste a carico dei contraenti venga a crearsi un rapporto di corrispettività. In questo caso i dati possono essere utilizzati per scopi diversi da quelli contrattuali e al consumatore sono garantiti i rimedi consumeristici contro i difetti di conformità. Questa prima tipologia di contratto ricalca il modello della c.d. «gratuità interessata», in base al quale la struttura negoziale priva di corrispettivo non esclude che il contraente possa comunque trarre un vantaggio economico dall'esecuzione della prestazione.

In ragione di ciò, non vi è motivo di negare al consumatore l'esperibilità dei rimedi contrattuali, perché se è vero che il trasferimento dei dati personali deve essere tutelato a norma del considerando n. 24 dir. 770, è anche vero che la cessione di tali dati avviene nell'ambito di un'operazione economica; pertanto, il consumatore beneficerà di una doppia tutela: quella tipicamente contrattuale di cui agli artt. 135 *octiesdecies* ss., cod. cons., e quella «speciale» disciplinata dal regolamento (UE) 2016/679, a fronte del suo essere persona interessata al trattamento dei dati.

La seconda categoria attiene alle c.d. forniture «del tutto gratuite», dove i dati sono utilizzati esclusivamente ai fini della fornitura e non per scopi ulteriori. Lo si ricava dall'epilogo del secondo periodo dell'art. 135 *octies*, comma 4, cod. cons., nella parte in cui prevede che le disposizioni del capo I *bis* non si applicano ai casi in cui «i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dal professionista ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma del presente capo ... e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti». A queste fattispecie contrattuali è esclusa l'applicabilità dei rimedi consumeristici previsti contro i difetti di conformità, in ragione del fatto che la fornitura non viene erogata nell'ambito di un'operazione economica.

In conclusione, si può notare come a fronte della molteplicità delle fattispecie contrattuali in forza delle quali vengono erogate dette forniture, anche la responsabilità del

¹⁹⁹ Si fa riferimento alla classificazione proposta da C. CAMARDI, *Prime osservazioni*, cit., 508 s., di cui si condivide l'assetto e le conclusioni.

professionista per la violazione dell'obbligo di conformità assume carattere dinamico, sino ad interessare quei rapporti contrattuali che prevedono il trasferimento di dati personali.

Tuttavia, la portata veramente innovativa del provvedimento in questione si riflette sul sistema dei rimedi previsto per la mancanza di conformità. Si distinguono due regimi di tutela paralleli: il primo fa riferimento ai casi di inadempimento totale del professionista, di cui all'art. 135 *septiesdecies* cod. cons.; il secondo, invece, corrisponde alla gerarchia rimediale per la mancanza di conformità, di cui agli artt. 135 *octiesdecies* ss. cod. cons.

Nel primo caso, l'art. 135 *septiesdecies* cod. cons. disciplina le ipotesi di mancata fornitura e prevede che, ove il professionista abbia omesso di fornire il contenuto o servizio digitale «entro un termine congruo oppure entro un ulteriore termine espressamente concordato dalle parti», il consumatore ha diritto alla risoluzione del contratto (comma 1). La norma – sulla scia dell'art. 61 cod. cons., relativo all'ipotesi di mancata consegna – ammette testualmente l'anticipata risoluzione del vincolo quando il professionista «ha dichiarato, o risulta altrettanto chiaramente dalle circostanze, che non fornirà il contenuto digitale o il servizio digitale», ovvero quando sia stato convenuto o risulti che questo doveva essere fornito entro un termine essenziale (comma 2). In altre parole, il legislatore riconosce al consumatore il diritto alla risoluzione del contratto in un momento antecedente la consegna del bene difettoso, quando, date le circostanze o per espressa dichiarazione del venditore, risulta plausibile che questi non abbia intenzione di fornire il contenuto o il servizio digitale²⁰⁰. Se il consumatore decide di avvalersi del diritto alla risoluzione del contratto ex art. 135 *septiesdecies* cod. cons., troveranno applicazione gli artt. da 135 *noviesdecies* a 135 *vicies*, che disciplinano l'azione risolutoria.

La seconda categoria fa riferimento ai rimedi per la mancanza di conformità, cui rimanda espressamente l'art. 135 *octiesdecies* cod. cons.

La gerarchia rimediale è la stessa prevista dall'art. 135 *bis*, cod. cons. per la vendita di beni di consumo, e si articola quindi su un doppio grado di rimedi: quello ripristinatorio, corrispondente alla sostituzione o riparazione del bene difettoso, a cui si affiancano i rimedi secondari della riduzione proporzionale del prezzo e della risoluzione del contratto, aventi, rispetto ai primi, natura puramente sussidiaria. Anche le disposizioni relative alle modalità di esercizio dei rimedi in parola, di cui agli artt. 135 *octiesdecies*, co. 4-6 e 135 *noviesdecies* cod. cons.,

²⁰⁰ La stessa facoltà non è prevista in relazione ai contratti di vendita di beni di consumo, dove rileva l'art. 135 *bis*, comma 4, lett. d, che, però, fa riferimento all'ipotesi in cui il rifiuto del venditore sia intervenuto nel lasso temporale intercorrente tra consegna e ripristino della conformità, e non prima della consegna.

ricalcano pedissequamente quelle previste per la rilevazione del difetto di conformità nelle vendite mobiliari.

Si segnala inoltre l'art. 135 *vicies ter* cod. cons. che, alla pari dell'art. 135 *septies* cod. cons., rimanda alle disposizioni del codice civile per la disciplina delle conseguenze della risoluzione del contratto e quella relativa al diritto al risarcimento del danno.

Fondamentale per questo studio è il disposto dell'art. 135 *noviesdecies*, cod. cons. che disciplina l'azione di risoluzione del contratto.

La pretesa risolutoria del consumatore corrisponde anche in questo caso all'esercizio di un diritto potestativo, in forza del quale questi manifesta la sua volontà di risolvere il contratto (comma 1).

Un'autentica novità è rappresentata dall'assenza di un rapporto di reciprocità tra le obbligazioni poste a carico delle parti in ragione dell'accoglimento della domanda di risoluzione.

Da un lato, il professionista ha l'obbligo di rimborsare al consumatore tutti gli importi versati in esecuzione del contratto (comma 2); ove questo contempra la trasmissione di dati personali, egli è tenuto a rispettare gli obblighi derivanti dal regolamento (UE) 2016/679 nonché dal decreto legislativo n. 101 del 2018 (comma 3); si astiene inoltre dall'utilizzare qualsiasi contenuto diverso da tali dati che sia stato fornito o creato dal consumatore per l'utilizzo del contenuto o servizio digitale (comma 4).

Dall'altro lato, il consumatore, in seguito alla risoluzione del contratto, è tenuto ad astenersi dall'utilizzare il contenuto digitale o il servizio digitale e dal metterlo a disposizione di terzi (comma 7).

L'unico onere restitutorio gravante sul contraente è quello contemplato dall'art. 135 *noviesdecies*, comma 8, cod. cons., in forza del quale «se il contenuto digitale e² stato fornito su un supporto materiale, il consumatore lo restituisce all'operatore economico»; tale ipotesi, però, si verifica esclusivamente su richiesta (e a spese) del professionista, che deve provvedervi senza indebito ritardo. Pertanto, quello che sembra essere un onere restitutorio, posto a capo del consumatore in virtù dell'accoglimento della domanda di risoluzione del contratto, è in realtà una posizione di soggezione rispetto al diritto potestativo del professionista di ottenere la restituzione del supporto materiale su cui è stato fornito il contenuto digitale.

La struttura dell'azione redibitoria viene radicalmente modificata per permettere una più efficiente regolamentazione di quelle fattispecie contrattuali che, come ricordato,

possono avere ad oggetto elementi che non appartengono alla realtà materiale, e sono invece definiti in termini di utilizzabilità di dati in formato digitale. Non è infatti previsto alcun onere restitutorio in capo al consumatore, salvo il caso in cui il professionista richieda la restituzione del supporto materiale sul quale è stato fornito il contenuto digitale; questi, invero, non potrebbe di certo rendere la prestazione ricevuta, non già in considerazione dell'impossibilità di provvedere in tal senso, ad esempio per l'avvenuto perimento del bene difettoso, ma per un'impossibilità che è fisiologica rispetto alla struttura dell'azione.

3. *Il recepimento nell'ordinamento tedesco: BGBl. I 2021, p. 2123 e p. 2133.*

Le direttive (UE) 2019/770 e 2019/771 sono state recepite nell'ordinamento tedesco rispettivamente dalla «Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistung» e dalla «Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags²⁰¹» del 25 giugno 2021, BGBl. I 2021, p. 2123 e 2133.

Le modifiche apportate dalla dir. 771 – conosciuta come ‘Warenkauf-RL’ (d’ora in poi WKRL) – interessano sia il diritto generale della vendita (‘Kaufrecht’), di cui ai §§ 433 ss. BGB, sia le disposizioni relative alla tutela prevista per i consumatori nell’ambito delle vendite mobiliari (‘Verbrauchsgüterkauf’), cui fa invece riferimento il titolo 1, sottotitolo 3 BGB, di cui ai §§ 474 ss.

Per quanto concerne il primo ambito, va segnalata la modifica del § 434 BGB, relativo al ‘Sachmangel’ (vizio materiale), il quale, nella sua nuova formulazione, recepisce i criteri di valutazione della conformità al contratto, sia oggettivi che soggettivi, dettati dagli artt. 5-8 WKRL.

Parallela rispetto al ‘Vertragsrecht’ – e in particolar modo al ‘Kaufrecht’ – è la già menzionata ‘Verbrauchsgüterkauf’, la vendita di beni di consumo.

Diversamente dalle disposizioni dettate sul diritto generale di vendita, nel presente ‘Untertitel’ non si fa più riferimento al bene difettoso quale ‘Sache’, con il significato generico di «cosa», ma come ‘Ware’, termine con cui viene indicata la merce o il prodotto. Si noti come il legislatore tedesco presti particolare attenzione alla terminologia e alla specificazione del concetto di «bene», al fine di inquadralo ontologicamente quale elemento che costituisce l’oggetto materiale di una determinata operazione economica e in quanto tale mercificabile.

²⁰¹ Successivamente aggiornata in forza di BGBl. I 2022, p. 105.

Inoltre, sono stati aggiunti i §§ 475a-475e BGB, relativi ai beni con elementi digitali, anch'essi considerati prodotti cui è estesa la disciplina della vendita mobiliare.

Gli strumenti di tutela riconosciuti al consumatore che abbia acquistato un bene difettoso sono i medesimi previsti dalla WKRL, la cui effettività è garantita dalla piena armonizzazione del sistema rimediale di diritto interno con quello di fonte comunitaria, cui il legislatore tedesco ha sicuramente provveduto.

I rimedi contro il difetto di conformità si articolano sempre su due livelli di tutela: si distingue l'ipotesi dell'adempimento successivo ('Nacherfüllung'), e i rimedi «tradizionali» della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo; a questi si somma lo 'Schadensersatz', corrispondente alla pretesa di risarcimento del danno²⁰².

L'adempimento successivo è regolato dal § 439 BGB, il quale fa riferimento ai rimedi della sostituzione o riparazione del bene difettoso. Le relative modalità attuative sono disciplinate dal § 475, comma 5 BGB, frutto del recepimento delle lett. b e lett. c dell'art. 14, par. 1 WKRL; la norma prevede che il venditore debba provvedere al ripristino della conformità del bene difettoso «innerhalb einer angemessenen Frist» e «ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher». Vengono poi abrogati i commi 4 e 5 del § 475 BGB, relativi alla facoltà del venditore di rifiutare l'adempimento successivo quando questo gli comporti costi sproporzionati a fronte di una 'absolute Unverhältnismässigkeit', in linea con il disposto dell'art. 13, par. 3, WKRL.

Infine, viene dichiarata l'inapplicabilità alla 'Verbrauchsgüterkauf' del § 442 BGB (applicabile invece nell'ambito del diritto generale di vendita), secondo cui la conoscenza del vizio da parte del compratore al momento della conclusione del contratto ne farebbe venire meno i diritti verso il venditore (§ 475, comma 3, par. 2 BGB); l'opzione del legislatore tedesco si ispira al dettato dell'art. 7, par. 5 WKRL, che mira a preservare i diritti del consumatore nonostante tale consapevolezza.

Il rimedio risolutorio ha natura sussidiaria rispetto a quello dell'adempimento successivo. A norma del § 475d BGB, il consumatore avrà diritto all'immediata risoluzione del contratto qualora il professionista non abbia provveduto all'adempimento successivo nonostante la scadenza di un termine ragionevole dal momento in cui il consumatore lo ha informato del difetto (n. 1); oppure questo si sia manifestato nonostante il suo tentativo di ripristinare la conformità del bene (n. 2) o, ancora, sia talmente grave da giustificare

²⁰² La pretesa risarcitoria non è soggetta al termine di cui al § 281, comma 1 BGB, né trovano applicazione i §§ 281, comma 2 e 440 BGB (§ 475d, comma 2 BGB).

l'immediata risoluzione del vincolo contrattuale (n. 3). L'ultima ipotesi di risoluzione immediata del contratto si registra nei casi in cui il professionista abbia rifiutato di adempiere, ovvero, dalle circostanze, risulti che questi non ha intenzione di provvedere all'adempimento (nn. 4 – 5).

Quanto alle conseguenze della risoluzione, di particolare importanza è il disposto del § 475, comma 6 BGB, in virtù del quale, in caso di accoglimento della domanda di recesso, trova applicazione il § 346 BGB, cui la norma rinvia espressamente. La disciplina riformata viene così coordinata con il regime della risoluzione del vincolo negoziale previsto dal BGB per l'inadempimento delle obbligazioni di fonte contrattuale.

È altresì applicabile il § 348, in forza del quale gli obblighi delle parti derivanti dall'esercizio del recesso devono essere adempiuti «Zug um Zug». L'espressione richiama il rapporto di interdipendenza che lega gli oneri restitutori nascenti dal recesso, facendo riferimento a quelle situazioni in cui l'adempimento del debitore dipende dall'ottemperanza del creditore. Nella specie, il professionista provvederà alla restituzione del prezzo pagato solo quando abbia ricevuto dal consumatore il bene difettoso o, in alternativa, la prova dell'avvenuta restituzione. In entrambe le ipotesi, il professionista è tenuto a sostenere le spese di restituzione della merce.

Alla pari della previgente dir. 99/44/CE, la WKRL ha lasciato nuovamente irrisolto il problema relativo all'identificazione delle conseguenze della risoluzione del contratto, affidando agli Stati membri il compito di dettarne la relativa disciplina in un'ottica di 'full harmonisation' con il diritto comunitario. L'operazione non ha comportato grandi sforzi per il legislatore tedesco che, nell'ambito della 'Schuldrechtsmodernisierung' del 2001, aveva già provveduto a disciplinare opportunamente gli effetti del recesso e l'ipotesi in cui il compratore non fosse in grado di restituire il bene difettoso ai fini della risoluzione del contratto. Le modifiche apportate dalla WKRL, pertanto, rappresentano lo sviluppo naturale di un processo di riforma dell'ordinamento civile tedesco avviato tempo addietro.

Come già ricordato, insieme alla WKRL è stata approvata la gemella dir. 770, nota come 'Digitale-Inhalte-und-Dienste-RL' (d'ora in poi DIDRL), relativa ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali²⁰³. A questo 'neuer Vertragstyp' è stata dedicata un'apposita sezione del BGB, recante «Verträge über digitale Produkte», di cui ai §§ 327-327u.

²⁰³ Sulla natura di questi negozi e sull'individuazione delle tipologie contrattuali ad esse equiparabili si rimanda a quanto già detto in relazione al recepimento della dir. 770 nell'ordinamento italiano. Cfr. sopra, cap. IV, § 2.

Il § 327 BGB distingue tra i contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali in forza dei quali la fornitura viene erogata a fronte del corrispettivo di un prezzo (comma 1) o in cambio della trasmissione di dati personali da parte del consumatore (comma 3); in alternativa alla cessione di dati personali, il § 327 BGB include ogni possibile rappresentazione digitale di un valore, quale l'erogazione di buoni, 'coupon', 'tokens' elettronici o criptovalute. La presente disciplina si applica anche ai contratti conclusi dai consumatori per la fornitura di «körperlichen Datenträgern» che fungono esclusivamente da supporto per i contenuti digitali (comma 5).

Le disposizioni del presente sottotitolo non trovano invece applicazione ai contratti relativi a servizi diversi dai servizi digitali (comma 6), come, ad esempio, i contratti di servizi di telecomunicazione, quelli relativi a servizi di gioco d'azzardo che richiedono un impiego di valore monetario e che sono forniti utilizzando tecnologie elettroniche o altre tecnologie di comunicazione, i contratti relativi a servizi finanziari o quelli stipulati per la fornitura di 'software' per i quali il consumatore non paga alcun prezzo e che il professionista offre in licenza libera e 'open source'.

La prestazione principale in capo al professionista è quella relativa all'obbligo di fornitura del contenuto o servizio digitale (§ 327b BGB), e il consumatore, salvo diversa previsione contrattuale, può richiederne l'esecuzione immediatamente dopo la conclusione del contratto, quando il contenuto digitale o il mezzo appropriato per accedere o scaricare il contenuto digitale sia stato messo a disposizione o reso accessibile al consumatore direttamente, ovvero tramite un dispositivo designato dal consumatore per tale scopo (§ 327b, comma 3 BGB). Il fornitore del prodotto digitale ha inoltre l'obbligo di assicurare entro un dato lasso di tempo gli aggiornamenti necessari per mantenere la conformità contrattuale del prodotto digitale (§ 327f, comma 1 BGB).

Una modifica significativa apportata dal legislatore tedesco in sede di recepimento della DIDRL riguarda la formulazione dei §§ 312, comma 1 e 312, comma 1a BGB. Se finora il § 312 BGB si limitava a coprire gli accordi «che hanno come oggetto una prestazione a titolo oneroso da parte del commerciante», le nuove disposizioni si riferiscono più genericamente all'impegno del consumatore di «pagare un prezzo», che può anche consistere nel «fornire al commerciante o nell'impegnarsi a fornirgli dati personali» (§ 312, comma 1a BGB). La qualificazione della cessione di dati personali quale pagamento di un corrispettivo sottolinea la natura patrimoniale del contratto di fornitura che si perfeziona mediante il trasferimento

di tali dati; ciò giustifica il riconoscimento al consumatore dei rimedi contrattuali previsti per il difetto di conformità.

La norma, però, sembra porsi in contrasto con il già citato considerando n. 24 DIDRL, che individua la trasmissione di dati personali quale diritto fondamentale della persona, in quanto tale non mercificabile. Per questo motivo il legislatore tedesco riconosce al compratore il diritto alla risoluzione del contratto, perfezionatosi in forza della cessione di dati personali, anche quando il prodotto digitale presenti un difetto di lieve entità. Il requisito della particolare gravità del difetto ai fini dell'accoglimento della domanda di risoluzione²⁰⁴ viene così ridimensionato a favore di una maggiore tutela del consumatore nel suo essere soggetto interessato alla trasmissione di dati personali.

In aggiunta a ciò, il secondo periodo del § 312, comma 1a BGB esclude l'applicazione di questo apparato di disposizioni quando il professionista «tratti i dati personali forniti dal consumatore esclusivamente al fine di adempiere ai suoi obblighi di prestazione o ai requisiti legali impostigli e non li tratta per qualsiasi altro scopo».

Con specifico riferimento al sistema rimediale, il regime relativo ai contratti di fornitura comporta una deroga significativa rispetto alla disciplina della vendita mobiliare. Il consumatore ha diritto alla rimozione dei difetti – riconducibile alla sostituzione e riparazione del bene difettoso – senza notevoli inconvenienti per il consumatore (§ 327 BGB), ma non ha diritto di scegliere se vuole che il prodotto digitale sia riparato o sostituito da una copia priva di difetti, perché questa decisione spetta al professionista.

Quando la rimozione dei difetti sia impossibile o eccessivamente gravosa per il fornitore, il consumatore, ai sensi del § 327l, comma 2 BGB, ha diritto alla risoluzione del contratto mediante una corrispondente comunicazione al professionista (§ 327o, comma 1 BGB), ovvero alla riduzione del prezzo pagato (§ 327n, comma 1 BGB).

L'accoglimento della domanda di risoluzione è assoggettato al requisito della gravità del difetto di cui al § 327m, comma 2, primo periodo BGB, in virtù del quale il consumatore non ha diritto allo scioglimento del vincolo qualora il prodotto digitale presenti un difetto di scarsa entità. Come già accennato, la norma non si applica ai contratti in cui il consumatore fornisce o si è impegnato a fornire dati personali, i quali possono essere risolti anche in caso di difetto di minore rilevanza (comma 2, secondo periodo).

²⁰⁴ Tale criterio è disciplinato dal § 327m, comma 2 BGB, di cui si dirà in seguito.

Nell'ambito della risoluzione del contratto, da un lato il professionista deve rimborsare al consumatore i pagamenti effettuati in suo favore (§ 327o, comma 2 BGB), dall'altro il consumatore deve astenersi dal fare uso del prodotto digitale o dal metterlo a disposizione di terzi (§ 327p BGB).

Nella misura in cui tali contenuti contengono dati personali, non troveranno tuttavia applicazione le disposizioni del BGB sui contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali, quanto la normativa sulla protezione dei dati personali dettata dal GDPR, conformemente all'art. 16, par. 3 DIDRL. La dichiarazione di recesso viene intesa come revoca al trattamento dei dati ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a, o dell'art. 9, par. 2, lett. a GDPR²⁰⁵; pertanto, il consumatore avrà diritto alla cancellazione dei dati personali che lo riguardano e il professionista, in quanto titolare del trattamento, avrà l'obbligo di provvedere alla loro cancellazione, estinguendo il diritto all'utilizzo dei medesimi (art. 17, par. I, lett. b GDPR). L'applicabilità in via esclusiva del Regolamento generale sulla protezione dei dati esclude il problema relativo alla coordinazione del medesimo con le disposizioni del BGB. Anche in questo caso il consumatore gode di un doppio livello di tutela, in ragione del suo essere persona interessata al trattamento dei dati personali e, contestualmente, parte di un rapporto giuridico contrattuale, tutelato dai rimedi previsti contro il difetto di conformità.

La legge non prevede alcun onere di restituzione a carico del consumatore, se non quello contemplato dal comma 5 del § 327o BGB, in base al quale egli è tenuto a restituire al professionista il supporto fisico su cui è installato il contenuto digitale, se quest'ultimo lo richiede entro 14 giorni dalla risoluzione del contratto; il professionista, tuttavia, si assume i costi della restituzione.

Come già illustrato, l'azione di risoluzione esercitata mediante la proposizione della domanda di recesso assume una nuova configurazione in relazione a questa tipologia contrattuale. I contenuti digitali, invero, possono essere copiati senza limiti e senza perdita di qualità; di conseguenza, un reso non priverebbe l'acquirente della possibilità di continuare a utilizzare tali contenuti, e l'obbligo di provvedervi sarebbe insensato e inefficiente sul piano pratico. A queste fattispecie negoziali, pertanto, non troverà applicazione la disciplina degli effetti del recesso di cui al § 346 BGB, poiché essa presuppone l'esistenza di un rapporto di reciprocità tra le prestazioni restitutorie dei contraenti che in questo caso non sussiste per i motivi di cui si è detto. La norma sarà applicabile ai soli contenuti digitali integrati in un

²⁰⁵ Cfr. I. BACH, *Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte*, in NJW, XXIV, 2019, 1711.

oggetto fisico, qualora il consumatore non provveda alla restituzione del supporto materiale a norma del § 327o, comma 5 BGB.

Alle fattispecie in questione, però, si può ipotizzare l'applicazione in via analogica del § 346 BGB, nella parte in cui regola le ipotesi dove la restituzione del bene difettoso è esclusa dalla natura stessa del prodotto (comma 2, n. 1). Nell'ambito del recesso, infatti, il consumatore riversa nell'impossibilità di restituire la prestazione in ragione del fatto che il reso del contenuto digitale risulterebbe superfluo per la natura stessa del prodotto digitale. L'applicabilità della disposizione in parola è evidentemente limitata ai contratti di fornitura che prevedono il pagamento di un prezzo, sicché il consumatore, stante l'impossibilità di restituire il prodotto digitale, sarà tenuto a corrispondere al professionista una somma pari al valore dello stesso. Tale somma verrà calcolata conformemente al disposto del § 327n BGB, ossia tenendo conto della diminuzione di valore del contenuto o servizio digitale rispetto al valore che questo avrebbe se fosse conforme; se il contratto prevede la fornitura permanente di un prodotto digitale il prezzo dovrà essere ridotto solo proporzionalmente alla durata dell'imperfezione.

Si potrebbe obiettare che il professionista non abbia alcun interesse a ricevere un simile risarcimento, tenuto conto della possibilità per il consumatore di estrarre copia dei prodotti digitali di cui è in possesso. Nonostante ciò, si ritiene che una soluzione di questo tipo permetta di garantire l'effettiva simmetria negoziale tra le parti, evitando che il peso economico della risoluzione del contratto ricada esclusivamente sul professionista.

Nel complesso, la nuova disciplina del 'Vertragsrecht', integrata delle innovazioni apportate dalle direttive (UE) 2019/770 e 2019/771, rappresenta un sistema normativo organico ed esauriente dal punto di vista della regolamentazione delle singole fattispecie negoziali.

Svariati sono i punti di forza che caratterizzano l'ordinamento civile tedesco. In primo luogo, il legislatore ha provveduto a disporre le modificazioni necessarie all'instaurazione di un sistema normativo capace di rispondere alle esigenze di un mercato profondamente mutato da un'economia che ad oggi risulta fortemente digitalizzata. Le disposizioni relative al diritto nazionale della vendita, invero, risultano adeguatamente coordinate con la normativa di fonte comunitaria, sia per quanto concerne le vendite mobiliari, sia con riferimento alla protezione dei dati personali; risultato ottenuto grazie al recepimento dei provvedimenti UE nella piena osservanza del principio di armonizzazione massima con il diritto dell'Unione. Diretta conseguenza di ciò è la previsione di un sistema rimediale mirato

all'effettività della tutela. Con specifico riferimento al diritto alla risoluzione del contratto, il regime restitutorio conseguente all'esercizio del diritto di recesso risulta chiaramente definito nei presupposti che lo connotano, fungendo così da strumento di tutela che assicura in modo effettivo il livello elevato di protezione del consumatore tanto ambito dal legislatore europeo.

EPILOGO

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può concludere nel senso che l'evoluzione dell'azione di risoluzione e delle cause di impossibilità della stessa, oggetto di questo studio, segua un moto circolare, in base al quale gli ordinamenti moderni tendono a riavvicinarsi ai modelli giuridici del passato.

L'odierna disciplina dell'azione redibitoria, invero, trae origine dall'antico *ius edicendi* vigente in età repubblicana, secondo cui l'*actio redhibitoria* sarebbe preclusa ogniqualvolta il perimento del bene sia imputabile al compratore a titolo di colpa. Questo assetto sopravvive a tutta l'epoca del diritto comune sino a confluire, praticamente inalterato nel suo impianto fondamentale, nelle codificazioni moderne.

Il regime della garanzia per i vizi della cosa venduta regolato dal codice civile italiano richiama infatti il modello di tradizione romanistica, in virtù del quale il compratore conserva la titolarità dell'azione redibitoria solo nell'ipotesi in cui la perdita del bene sia stata accidentale, e quindi non si sia verificata a causa di una sua condotta colposa o omissiva. Nonostante l'ampio dibattito creatosi sul tema, dottrina e giurisprudenza prevalenti individuano la disponibilità del bene viziato da parte del compratore che intenda agire in redibitoria quale elemento costitutivo dell'azione, in assenza del quale il medesimo viene spogliato del diritto alla risoluzione del contratto. L'acquirente risponde altresì del perimento accidentale, in ragione del principio per cui le conseguenze dannose dell'inadempimento di una parte non possono valere a limitare la tutela dell'altra.

Diversa è l'esperienza dell'ordinamento civile tedesco. In origine, il BGB negava la proponibilità dell'azione di risoluzione tutte le volte in cui il perimento del bene fosse riconducibile ad un comportamento del compratore, in applicazione dell'antico principio del *mortuus redhibetur*²⁰⁶; conseguentemente, il rischio del perimento accidentale del bene veniva fatto ricadere sul venditore (§§ 350 e 351 a.F. BGB).

Tappa fondamentale nella storia dell'evoluzione dell'azione redibitoria sono gli interventi innovatori posti in essere dai vertici dell'Unione Europea; prima con l'emanazione della celebre direttiva 99/44/CE e, più recentemente, con le direttive (UE) 2019/770 e 2019/771.

La dir. 99/44/CE vincola gli Stati membri a ridefinire la materia della garanzia per i vizi della cosa venduta con riferimento alle vendite di beni di consumo. L'obiettivo è quello

²⁰⁶ Cfr. sopra, cap. I, § 1.

di instaurare una regolamentazione unitaria tra i vari ordinamenti nazionali, al fine di garantire un livello minimo uniforme di tutela dei consumatori nel mercato unico europeo. La nuova disciplina euro-consumeristica introduce il requisito della conformità, in virtù del quale il venditore ha l'obbligo di consegnare beni conformi al contratto di vendita. Ove così non fosse, al compratore è riconosciuto il diritto di fruire dei rimedi previsti contro il difetto di conformità, tra cui è annoverato il rimedio ripristinatorio, corrispondente alla sostituzione o riparazione del bene difettoso, e i rimedi tradizionali della riduzione proporzionale del prezzo e del diritto alla risoluzione del contratto. L'unico requisito richiesto ai fini dell'esperibilità dei rimedi in parola, compreso quello risolutorio, è, non già la disponibilità del bene difettoso, quanto la difformità dello stesso rispetto alla previsione contrattuale. Il legislatore del '99 prende chiaramente le distanze dal sistema rimediario di configurazione romanistica, nell'intento di adeguarlo alla nuova realtà economico-giuridica che riflette esigenze di mercato diverse rispetto a quelle del passato.

La Germania, che già soffriva l'arretratezza di una disciplina contrattuale inefficiente dal punto di vista pratico, decide di intervenire riformando l'intero regime del diritto di vendita: viene così avviato il programma riformatore volto alla c.d. 'Schuldrechtsmodernisierung' che dà recepimento alla citata dir. 99/44/CE. L'azione redibitoria finisce così per essere dissolta all'interno del diritto di recesso, reso applicabile a tutti i contratti sinallagmatici per regolare lo scioglimento del vincolo a fronte di un difetto di conformità. Quanto agli effetti del recesso, il codice prevede che le prestazioni ricevute dalle parti debbano essere restituite; al compratore che non sia in grado di provvedere alla restituzione della cosa è riconosciuto il diritto al pagamento di una somma equivalente al valore della stessa. Le cause che determinano l'impossibilità per l'acquirente di restituire la prestazione ricevuta sono puntualmente disciplinate dalla legge, così come le ipotesi in cui il diritto alla risoluzione del contratto sia invece escluso.

Non si può dire lo stesso con riferimento al recepimento della direttiva in parola nell'ordinamento italiano. Nonostante le innumerevoli criticità causate da un regime della risoluzione del contratto differenziato sulla base della natura dell'anomalia da cui è affetto, il legislatore italiano non è intervenuto con l'intenzione di apportare un autentico cambiamento, ma con quella di provvedere al recepimento della direttiva nei tempi previsti dalla stessa per la sua attuazione. Il risultato è una regolamentazione articolata su più livelli, nell'ambito della quale la disciplina generale della vendita si somma, senza ad esso amalgamarsi, al regime speciale previsto dal codice del consumo. La titolarità dell'azione di

risoluzione finisce così per essere condizionata da presupposti applicativi che non hanno nulla a che vedere l'uno con l'altro: da una parte si colloca la disponibilità del bene, cui si riferisce la disciplina della garanzia per i vizi della cosa venduta, dall'altra la conformità del bene al contratto, contemplata invece dal codice del consumo. Un assetto rimediale costruito su presupposti incerti non può che essere causa di ineffettività della tutela e, conseguentemente, di incertezza del diritto.

La direttiva 99/44/CE viene definitivamente abrogata dalla novella direttiva (UE) n. 771 del 2019, emanata insieme alla gemella direttiva 2019/770/UE. Entrambe rispondono al medesimo disegno di riforma, volto alla modernizzazione e al potenziamento del diritto europeo dei consumatori, affinché questo sia in grado di soddisfare le esigenze di un mercato profondamente mutato dall'evoluzione tecnologica.

La dir. 771 disciplina l'azione di risoluzione secondo un modello che nel suo impianto fondamentale sembra guardare alla tradizione romanistica. È previsto, invero, un rapporto di reciprocità tra le prestazioni restitutorie poste a carico dei contraenti. Connotato essenziale dell'*actio redhibitoria* è che il riottenimento della cosa da parte del venditore avvenga per mezzo della restituzione della stessa ad opera del compratore; il professionista, invero, è tenuto a restituire il prezzo solo dopo che abbia ricevuto la cosa dal consumatore o, in alternativa, la prova dell'avvenuta restituzione. La disponibilità del bene viziato, pertanto, ritorna ad essere elemento essenziale e necessario ai fini della titolarità dell'azione di risoluzione.

Ancora più innovativa è la dir. 770, in forza della quale l'azione in parola viene quasi snaturata per estenderne l'applicazione ad una tipologia contrattuale *sui generis*, che è il contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali. Si tratta di modelli commerciali aventi ad oggetto l'utilizzazione di dati in formato digitale, che per la loro peculiare configurazione necessitano di una regolamentazione *ad hoc*. In base alla nuova disciplina dell'azione risolutoria, le prestazioni restitutorie nascenti dall'accoglimento della domanda di risoluzione non sono più legate da un nesso di interdipendenza. In capo al compratore non grava alcun onere restitutorio, in ragione del fatto che la restituzione dei dati, potendo questi essere copiati e divulgati illimitatamente, risulta sostanzialmente impraticabile. Di conseguenza, da un lato la disponibilità del bene perde la sua originaria rilevanza ai fini dell'esperibilità dell'azione di risoluzione, e, dall'altro lato, l'impossibilità per il compratore di restituire il bene difettoso diventa invece elemento caratterizzante della fattispecie sostanziale.

In Germania il recepimento delle direttive del 2019 ha rappresentato lo sviluppo naturale della 'Schuldrechtsmodernisierung' avviata già nel 2001.

Il legislatore italiano, dal canto suo, è rimasto fedele al c.d. 'Italian Style'²⁰⁷: ancora una volta ha optato per la semplice trasposizione, senza provvedere a sostanziali modificazioni, dei precetti sanciti dalle direttive europee, lasciando irrisolte le stesse questioni e criticità di vent'anni addietro.

All'esito di questo studio, due sono le considerazioni che meritano di essere rimarcate.

In primo luogo, il legislatore europeo pare guardi nuovamente ad un modello antichissimo che è quello di tradizione romanistica, costruito sul principio della perdita della titolarità dell'azione redibitoria in connessione con la perdita del bene viziato non dipendente dal caso fortuito.

La seconda considerazione, conseguente alla prima, attiene alla tecnica nomopoietica adottata dai legislatori nazionali in fase di implementazione delle direttive europee. Il legislatore tedesco ha optato per la previsione di un regime della risoluzione all'avanguardia, opportunamente coordinato con il diritto dell'Unione e idoneo a garantire in modo effettivo l'elevato livello di protezione dei diritti e degli interessi del consumatore. Il legislatore italiano, invece, continua ad aggravare la distanza che separa il diritto nazionale dal diritto comunitario, forse dimenticando che, quale ne sia la fonte o l'ambito di applicazione, il diritto è uno solo.

²⁰⁷ Cfr. E. FERRANTE, *Thirty Years of CISG: International Sales, «Italian Style»*, in *It. L. Journal*, 2019, 94.

BIBLIOGRAFIA

AMADIO G., *La "conformità al contratto" tra garanzia e responsabilità*, in *Contratto e impresa. Europa*, I, a cura di F. Galgano - M. Bin, 2001, Padova, 2-14

ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954

BACH I., *Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte* in *NJW*, XXIV, 2019, 1705-1711

BARGELLI E., *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010

BARGELLI E., *Restituzioni contrattuali e nuove fonti interne ed eurounitarie*, in *Studi sulle restituzioni*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2021, 145-161

BERTELLI F., *Il recepimento in Italia delle direttive (UE) 2019/770 e 2019/771 relative a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali e a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni di consumo*, in *Diritto e Nuove Tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID*, a cura di S. Orlando e D. Imbruglia, Università di Roma *La Sapienza*, 2021, 882-886

BESELER G.V., *Einzelne Stellen*, in *ZSS*, XLV, 1925, 433-452

BETTI E., *Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla responsabilità del venditore per vizio redibitorio*, in *Riv. di dir. comm. e delle obbl.*, XXIII. 2, Milano, 1925, 335-351

BIANCA C.M., *La vendita e la permuta²*, in *Trattato di diritto civile italiano*, 1993

BIANCA C.M., *La vendita dei beni di consumo: artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Padova, 2006

BIN M., *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2000, 403-409

BIN M - CALVO R. - CIATTI A. - DELOGU L., *Un progetto per l'attuazione in Italia della direttiva 99/44/CE*, in *Contratto e impresa. Europa*, I, a cura di F. Galgano - M. Bin, 2001, Padova, 156-161

BIONDI B., *Studi sulle 'actiones arbitrariae' e l' 'arbitrium iudicis'*, Roma, 1970

CAMARDI C., *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, III, Milano, 2019, 499-523

CANARIS C.W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni, contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, III, testo italiano delle norme del BGB interessate dalla riforma e nota bibliografica a cura di Giovanni De Cristofaro, Padova, 2003

- CASTRONOVO C., *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 793-842
- COING H., *Europäisches Privatrecht, I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985
- D'ACUNTO L., *L'ambito di applicazione degli artt. 128-135 septies cod. cons.: le fattispecie contrattuali*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo. La direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti per la fornitura di cose mobili stipulati da professionisti con consumatori ed il suo recepimento nel diritto italiano (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170)*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 35-64
- DE CRISTOFARO G., *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
- DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo: la direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti per la fornitura di cose mobili stipulati da professionisti con consumatori ed il suo recepimento nel diritto italiano (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170)*, Torino, 2022
- DELLACASA M., *Restituzione e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1120-1154
- DIPIETROMARIA G., *La tutela del consumatore contro il difetto di conformità: aggiornato ai d. lgs. 4 novembre 2021 nn. 170 e 173*, Torino, 2022
- ERNST W., *Die Schuldrechtsreform 2001/2002*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2001, 1-11
- ERNST W. - GSELL B., *Kaufrechtsrichtlinie und BGB*, in *ZIP*, 2000, 1410-1427
- FADDA R., *Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135-bis e 135-ter*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo. La direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti per la fornitura di cose mobili stipulati da professionisti con consumatori ed il suo recepimento nel diritto italiano (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170)*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 281-311
- FALZONE CALVISI M. G., *La garanzia per vizi*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, IV, Padova, 1996
- FAVALE R., *La 'Leistungsstörung' nel diritto civile tedesco. Appunti di studio*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, XI, Camerino, 2022, 1-14
- FERRANTE E., *Thirty Years of CISG: International Sales, «Italian Style»*, in *It. L. Journal*, 2019, 87-130
- GAROFALO L., *Comm. alla disciplina della vendita di beni di consumo*, a cura di Garofalo-Mannino-Moscato-Vecchi, Padova, 2003
- GAROFALO L., *L'impossibilità della redibizione nella riflessione dei giuristi classici*, in *SDHI*, LXV, Roma, 1999, 43-66
- GAROFALO L., *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, Milano, 1999, 843-872

GAROFALO L., *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto civile*, I, Padova, 2001, 31-88

GAROFALO L., *Le azioni edilizie e la direttiva 1999/44/CE*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 21-69

GAROFALO L., *L'attuazione della direttiva 1999/44/CE in Italia*, in *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, a cura di M. Schermaier, München, 2003, 237-273

GAROFALO L., *Oneri e obblighi di restituzione nel giudizio redibitorio*, in *Studi sulle restituzioni*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2021, 237-258

GIROLAMI M., *La conformità del bene al contratto di vendita: criteri "soggettivi" e criteri "oggettivi"*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo. La direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti per la fornitura di cose mobili stipulati da professionisti con consumatori ed il suo recepimento nel diritto italiano (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170)*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 65-99

GRECO P. - COTTINO G., *Della vendita. Art. 1470-1547²*, in *Commentario del codice civile*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1981

HAGER J., *Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs*, in *Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, 429-453

HEROLD K., *Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktrittsrechts*, 2001, Berlin

KAISER D., *Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform*, in *Juristen Zeitung*, 2001, 1057-1070

HONSELL H., *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, in *Gedächtnisschrift für W. Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984, 53-66

HONSELL H., *Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB*, in *Juristen Zeitung*, 2001, 278-283

IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Fac. giurisprudenza-Univ., XVII, Padova, 1955

IMPALLOMENI G., *Rec. a Lederle ('Mortuus redhibetur')*, in *Iura*, XXXIV, 1983

LAMBRINI P., *La sistematica del codice civile italiano in tema di responsabilità civile*, in *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Napoli, 2019, 151-162

LEDERLE R., *'Mortuus redhibetur': die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht*, in *Schriften zur Rechtsgeschichte*, XXVIII, Berlin, 1983

LUMINOSO A., *La compravendita⁹*, Torino, 2018

LUMINOSO A., *Proposta di modificazione del codice civile per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE*, in *Contratto e impresa. Europa*, I, a cura di F. Galgano - M. Bin, 2001, Padova, 133-154

MADER P., *'Mortuus redhibetur'?* Eine Untersuchung zum aedilizischen Sachmängelrecht, in *ZSS*, CI, 1, 1984

MANNA L., *'Actio redhibitoria' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto 'de mancipiis vendundis'*, Milano, 1994

MIRABELLI G., *I singoli contratti: artt. 1470-1765³*, in *Comm. del cod. civ.*, IV, voce *Delle obbligazioni*, Torino, 1991

NICOLUSSI A., *Le restituzioni 'de iure condendo'*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 783-811

OLIVIERO F., *La nuova disciplina dei c.d. rimedi 'secondari': riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo. La direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti per la fornitura di cose mobili stipulati da professionisti con consumatori ed il suo recepimento nel diritto italiano (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170)*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 313-355

OMODEI SALÈ R., *Sub art. 130 c. cons.*, in *Commentario breve dir. cons. De Cristofaro-Zaccaria²*, Padova, 2013

PISTELLI F., *Il recepimento in Germania della direttiva (UE) 2019/770*, in *Diritto e Nuove Tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID*, a cura di S. Orlando e D. Imbruglia, Università di Roma La Sapienza, 2021, 886-888

POTHIER R. J., *Trattato del contratto di vendita*, I, trad. it., Venezia, 1834

ROMANO S., *Vendita. Contratto estimatorio*, Milano, 1960

RUBINO D., *La compravendita²*, in *Tratt. Dir. civ. comm. Cicu - Messineo*, XVI, Milano, 1971

RUPERTO C., *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro IV: Delle obbligazioni (artt. 1470-1570)*, t. V, a cura di M. Lipari e F. Pasi, Milano, 2005

STEIN U., *La modernizzazione del diritto delle obbligazioni del "Bürgerliches Gesetzbuch" sulla base della Legge del 2001 sulla riforma del diritto delle obbligazioni ("Schuldrechts-Modernisierungs-Gesetz") nell'ambito del Deutsch-Italienisches Institut für Rechtskulturvergleich in Europa (DIRE)*, Technische Universität Dresden, Rechtswissenschaft, 2017

TAMPONI M., *La risoluzione per inadempimento*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, voce *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 1999

THIELMANN G., *'Actio redhibitoria' und Zufälliger Untergang der Kaufsache (mit Beiträgen zur Frage der poenalität der aedilizischen Klagen)*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971

TRANQUILLO C., *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 813-856

VENTURELLI A., *I rimedi esperibili dal consumatore: il risarcimento del danno e l' 'exceptio inadimpleti contractus'*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo. La direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti per la fornitura di cose mobili stipulati da professionisti con consumatori ed il suo recepimento nel diritto italiano (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170)*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 357-382

ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996

BIBLIOGRAFIA SITI INTERNET

European Data Protection Supervisor (EDPS), *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 2017, ultima visualizzazione in data 4 aprile 2023.

https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/our-work-by-type/opinions_en?field_edpsweb_year_filter_value=2017&page=1

Corte giust. UE, sez. I, 3 ottobre 2013, causa C-32/12, in *EUR-Lex. L'accesso al diritto dell'Unione europea*, 2013, ultima visualizzazione in data 4 aprile 2023.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0032&from=IT>

INDICE DELLE FONTI

Fonti giuridiche antiche

CORPUS IURIS CIVILIS

Digesta

21.1.1: 3, nt. 1; 6, nt. 14

21.1.1.2: 5, nt. 11

21.1.19.6: 3, nt. 2

21.1.21: 3, nt. 3; 6, nt. 15

21.1.21.1: 6, nt. 15; 7, nt. 19; 12; 13

21.1.23.1: 3, nt. 3

21.1.23.8: 14, nt. 43

21.1.26: 5

21.1.29: 4; 5

21.1.31.6: 12

21.1.31.11: 7, nt. 20; 8, nt. 23; 9; 12; 15; 16, nt. 48

21.1.31.12: 9

21.1.31.13: 8, nt. 21; 9; 11; 12; 13

21.1.38: 3, nt. 1

21.1.38.3: 12

21.1.43: 6, nt. 13

21.1.43.8: 13

21.1.47: 6, nt. 16

21.1.47.1: 7

21.1.48: 7

21.1.63: 6, nt. 14

50.16.195.3: 4, nt. 6

Aulus Gellius

Noctes atticae

4.2.1: 5, nt. 1

Fonti giuridiche moderne

ALLGEMEINE LANDRECHT FÜR DIE PREUBISCHEN STAATEN (PRALR)

§ 326: 46; 46, nt. 117

§ 328: 46; 46, nt. 117

§ 331: 46; 46, nt. 117

CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

art. 1504: 26

Fonti giuridiche contemporanee

CODICE CIVILE 1942

Art. 1176: 29

Art. 1207: 26

Art. 1214: 26

Art. 1218: 25; 35; 79, nt. 181

Art. 1453: 21; 22; 34; 35; 36; 44

Art. 1458: 37

Art. 1476: 18

Art. 1477: 20

Art. 1489: 19

Art. 1490: 18; 19; 22; 37

Art. 1491: 20; 21; 37

Art. 1492: 19; 19, nt. 49; 20; 21; 22; 28; 28, nt. 70; 31; 32; 33; 44; 83; 84

Art. 1493: 32, nt. 77

Art. 1494: 19; 20; 80, nt. 181

Art. 1495: 19; 37; 38

Art. 1497: 19; 35; 39; 44

Art. 1519 *quater*: 42; 43; 85

Art. 2033: 37

Art. 2037: 38; 41, nt. 111

Art. 2038: 38; 41, nt. 111

CODICE DEL CONSUMO (D.LGS. 206/2005)

Art. 61: 80; 89

Art. 63: 80

Art. 128: 78

Art. 129: 78; 79

Art. 130 (originaria formulazione): 81; 84; 85

Art. 130: 43; 79

Art. 133: 79

Art. 135 (originaria formulazione): 80; 80, nt. 183; 80, nt. 184

Art. 135 bis: 79; 80; 81; 81, nt. 185; 89

Art. 135 *quater*: 80; 81; 82

Art. 135 *septies*: 78; 79; 80; 82; 83; 84; 90

Art. 135 *octies*: 86; 87, nt. 197; 88

Art. 135 *novies*: 86; 87, nt. 196

Art. 135 *quindecies*: 76

Art. 135 *septiesdecies*: 89

Art. 135 *octiesdecies*: 89

Art. 135 *noviesdecies*: 89; 90

Art. 135 vicies ter: 90

Art. 135 vicies semel: 76

L. 234/2012

Art. 31: 77

Art. 32: 77

BÜRGERLICHES GESETZBUCH (BGB)

§ 100: 49, nt. 125; 60; 61

§ 241: 57

§ 275: 49

§ 276: 51

§ 277: 65, nt. 165

§ 280: 47; 57; 59

§ 281: 47; 56; 57, nt. 143

§ 282: 56; 57, nt. 143; 58, nt. 145

§ 283: 56; 57, nt. 143

§ 284: 47, nt. 117

§ 312: 94; 95

§ 313: 55, nt. 139; 66

§ 323: 47; 48; 55; 56; 58; 66

§ 324: 56; 58, nt. 145

§ 326: 47; 56; 58

§ 327: 47, nt. 118; 94; 95

§ 327b: 94

§ 327f: 94

§ 327l: 95

§ 327m: 95; 95, nt. 204

§ 327n: 95; 97

§ 327o: 95; 96; 97

§ 327p: 96

§ 331a: 47

§ 346: 48; 58; 59; 60; 61; 62; 64; 64, nt. 164; 65; 65, nt. 166; 66; 67; 93; 96; 97

§ 347: 59

§ 348: 93

§ 350 a.F.: 26, nt. 68; 64; 67; 99

§ 350: 59

§ 351 a.F.: 28, nt. 71; 64; 65, nt. 165; 67; 99

§ 351: 59

§ 353 a.F.: 52

§ 353: 52; 64; 67

§ 433: 55

§ 434: 49; 53; 53, nt. 135; 91

§ 435: 49; 54

§ 437: 47; 55; 67

§ 439: 47; 48; 48, nt. 122; 55; 67; 92

§ 440: 47

§ 441: 47; 62

§ 442: 92

§ 443: 54

§ 444: 49

§ 446: 49

§ 453: 49

§ 462 a.F.: 51

§ 463 a.F.: 52

§ 467 a.F.: 52

§ 472 a.F.: 62

§ 475: 92; 93

§ 467 a.F.: 52

§ 472 a.F.: 62

§ 475: 92; 93

§ 487 a.F.: 67

§ 633: 53; 53, nt. 135

§ 638: 62

GESETZ ÜBER DEN WIDERRUF VON HAUSTÜRGESCHÄFTEN UND ÄHNLICHEN
GESCHÄFTEN

§ 3: 64

VERBRAUCHERKREDITGESETZ

§ 7: 64

GESETZ GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB

§ 13a: 64

GESETZ BETREFFEND DIE ABZAHLUNGSGESCHÄFTE

§ 1d: 64

TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA (TFUE)

Art. 26: 70

Art. 169: 70

PRINCIPI DEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

Art. 9:301: 50, nt. 128

Art. 9:308: 50, nt. 128

Art. 9:309: 50, nt. 128

DIR. 99/44/CE

Art. 1: 39

Art. 2: 55

Art. 3: 39; 42; 55; 58, nt. 147

REG. (UE) 2016/679 («GDPR»)

Art. 6: 96

Art. 9: 96

Art. 17: 96

DIR. 2019/770/UE

Considerando n. 11: 76; nt. 175

Considerando n. 12: 72

Considerando n. 14: 72

Considerando n. 19: 73

Considerando n. 20: 69; 73

Considerando n. 24: 87; 88; 95

Art. 1: 71

Art. 2: 73

Art. 3: 73; 86; 86, nt. 194; 87, nt. 197; 88

Art. 4: 70

Art. 7: 75

Art. 8: 75

Art. 11: 76

Art. 16: 96

DIR. 2019/771/UE

Considerando n. 10: 71

Considerando n. 13: 69, 79

Considerando 25: 75, nt. 175

Considerando n. 27: 74

Considerando n. 33: 78

Considerando n. 37: 76

Considerando n. 60: 85

Art. 2: 73; 74

Art. 3: 73; 78, nt. 179; 80; 83

Art. 4: 70; 84

Art. 5: 78

Art. 6: 74; 75; 79

Art. 7: 74; 75; 79; 91

Art. 10: 76

Art. 13: 80; 92

Art. 14: 92

Art. 16: 82