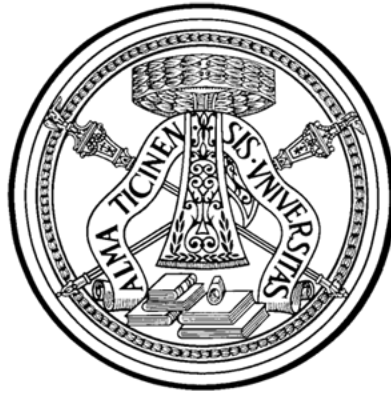


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in Diritto Privato, Diritto Romano e

Cultura Giuridica Europea – XXXII Ciclo



**LE GARANZIE NELLA CESSIONE DI
PARTECIPAZIONI SOCIETARIE**

PRASSI NEGOZIALE E CATEGORIE DOGMATICHE

Tesi di dottorato di Luigi Regazzoni

Tutor: Chiar.mo Prof. Alessandro D'Adda

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE

1. La cessione di partecipazioni societarie nella riflessione giuridica..... 1
2. La sentenza Cass. 24.7.2014, n. 16963 e l'incerta qualificazione delle cc.dd. *warranties* (garanzie contrattuali)..... 8
3. L'ipotesi della garanzia pura: ambiguità del termine e necessità di una definizione. 13

CAPITOLO I – LO SVILUPPO DEL CONCETTO DI GARANZIA PURA

1. Le garanzie per vizi nella compravendita di beni materiali..... 19
2. L'assicurazione contro i danni..... 29
3. Le garanzie per vizi e molestie nella locazione. 43
4. La garanzia per vizi nell'appalto. 46
5. La garanzia di conformità nella vendita di beni di consumo..... 52

CAPITOLO II – IL CONCETTO DI GARANZIA PURA NEL DIRITTO POSITIVO

1. La figura generale della garanzia pura..... 59
2. Gli interessi tutelati dalla garanzia pura ed il pregiudizio indennizzabile. 64
3. La garanzia pura nel sinallagma contrattuale. 70
4. Le diverse categorie di garanzia pura. 77
5. Garanzie «di indennizzo» e garanzie «di evento». 84

CAPITOLO III – LE GARANZIE CONTRATTUALI NELLA CESSIONE DI PARTECIPAZIONI SOCIETARIE

1. Una rilettura di Cass. 24.7.2014, n. 16963 tramite il concetto di garanzia pura. 91
2. La cessione onerosa di partecipazioni societarie come compravendita di beni immateriali e le norme sulla garanzia per i vizi..... 101
3. La tutela dell'acquirente in assenza di garanzie contrattuali. 109
4. La distinzione tra *representations* e *warranties*. 115
5. La struttura delle garanzie contrattuali e le clausole di *indemnity* e *price adjustment*..... 124

6. Il ruolo della previsione della durata nella struttura della garanzia.	128
--	-----

CAPITOLO IV – ELEMENTI DI DISCIPLINA DELLA GARANZIA PURA

1. Effettività del pregiudizio e criteri di quantificazione.	135
2. Il problema delle cc.dd. sopravvenienze attive.	144
3. L'onere della prova.	148
4. Le limitazioni convenzionali della garanzia.	160
5. La predeterminazione dell'indennizzo in misura eccessiva e la sua riduzione.	167

BIBLIOGRAFIA	171
---------------------------	-----

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La cessione di partecipazioni societarie nella riflessione giuridica. – 2. La sentenza Cass. 24.7.2014, n. 16963 e l'incerta qualificazione delle cc.dd. *warranties* (garanzie contrattuali). – 3. L'ipotesi della garanzia pura: ambiguità del termine e necessità di una definizione.

1. La cessione di partecipazioni societarie nella riflessione giuridica.

Uno studio dedicato ai contratti che regolano il trasferimento di partecipazioni societarie appare interessante per almeno due motivi. Il primo si lega all'importanza che l'operazione di cessione della titolarità di una partecipazione – specialmente di controllo – ha assunto oggi quale strumento per il trasferimento di ricchezza. Piuttosto che realizzare direttamente la cessione di una posizione giuridica, si preferisce di frequente trasferire la titolarità delle azioni o quote che attribuiscono il controllo sull'ente societario a cui tale posizione è stata attribuita ⁽¹⁾. Questo vale non solo per le aziende in senso stretto, ma pure per beni immobili, impianti produttivi di energia, beni immateriali ⁽²⁾.

Il diritto di fonte legislativa, pur dedicando diverse disposizioni alle modalità ed agli effetti del trasferimento delle partecipazioni ⁽³⁾, non si occupa direttamente di disciplinare il contratto con cui le parti regolano il complessivo assetto di interessi nel cui ambito tale trasferimento si realizza. Per questo, si è assistito allo sviluppo nella prassi di schemi contrattuali che mirano a realizzare una soddisfacente composizione degli interessi coinvolti, nei quali l'effetto del trasferimento della partecipazione e – nel caso più frequente di cessione onerosa – dell'obbligo di pagare il prezzo sono solo alcuni elementi di un più complesso

⁽¹⁾ V. per tutti M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, p. 2 ss., e A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, p. 164 ss., che illustrano i vantaggi (anche fiscali) legati al trasferimento di azienda tramite cessione di partecipazioni.

⁽²⁾ Per semplicità, ci limiteremo a prendere in considerazione l'ipotesi più diffusa e più studiata, ossia quella del trasferimento di partecipazioni di una società titolare di un complesso aziendale (quindi con tendenziale attitudine produttiva).

⁽³⁾ Per una ricostruzione della disciplina della circolazione delle partecipazioni societarie, v. ancora TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 1 ss.

programma negoziale di scambio ⁽⁴⁾.

Il secondo motivo di interesse consiste proprio nella possibilità di indagare un campo nel quale la prassi si è dimostrata estremamente vitale ed ha largamente anticipato esigenze non ancora prese in considerazione dal diritto statuale, per le quali si sono fatte strada solo di recente alcune rare proposte di soluzione in via legislativa ⁽⁵⁾. La consapevolezza di queste esigenze ha quindi sollecitato operatori e studiosi del diritto alla ricerca di una forma giuridica adeguata rispetto alla composizione armonica degli interessi delle parti. Questa riflessione si è sviluppata, da un lato, tramite la proposta di qualificazione del contratto in esame come una compravendita – sintetizzabile negli elementi essenziali dello scambio delle partecipazioni a fronte di un prezzo – allo scopo di richiamare l'apparato rimediale che questo tipo negoziale ormai consolidato porta con sé. Dall'altro lato, ha condotto all'elaborazione in via del tutto autonoma di modelli contrattuali ormai in gran parte uniformi, tanto da acquisire quasi caratteri di tipicità quanto meno sociale.

In un contesto di tal genere si prospetta centrale anche il ruolo della dottrina giuridica. Fin dai primi decenni del secolo scorso, infatti, gli autori più sensibili – soprattutto tra gli studiosi del diritto societario – si erano interrogati circa la qualificazione più soddisfacente dei contratti con cui si realizza la cessione di un «pacchetto» di partecipazioni di controllo e, in particolare, circa le tutele da riconoscere all'acquirente, ossia alla parte che meno è in grado di valutare la convenienza dell'affare ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Un'ampia trattazione delle forme negoziali che la prassi ha sviluppato per regolare i molteplici aspetti relativi alla cessione di un pacchetto di partecipazioni di controllo, oltre che in TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 40 ss., si può leggere ora in AA.VV., *Le acquisizioni societarie*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2011. A proposito delle medesime questioni nell'ordinamento tedesco, v. G. PICOT (a cura di), *Unternehmenskauf und Restrukturierung*, München, 2013. Circa il sistema americano e quello britannico, v. rispettivamente *Fletcher Cyclopedia of the law of corporations*, a cura di C.A. Jones, vol. 12°, Danvers, 2017, e A. STILTON, *Sale of shares and businesses*, London, 2018.

⁽⁵⁾ In Italia si tratta della proposta di legge n. 1610, presentata alla Camera dei Deputati il 20 settembre 2013, relativa al problema della durata dell'efficacia delle clausole di garanzie relative al patrimonio sociale, su cui v. subito appresso al § 2. Cfr. in proposito M. SPERANZIN – A. TINA, *Una recente proposta legislativa in tema di trasferimento di aziende e di partecipazioni sociali*, in *Società*, 2014, 3, p. 261 ss. Nell'ordinamento tedesco si segnala invece l'emendamento che ha riguardato nel 2004 il § 444 BGB, mediante il quale si è tentato di ovviare ai dubbi affacciatisi in dottrina rispetto alla possibilità di limitare le garanzie contrattualmente concesse dal precedente titolare delle partecipazioni, in seguito all'entrata in vigore della *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002: cfr. PICOT, *Die Gestaltung des Unternehmenskaufvertrages*, in ID. (a cura di), *Unternehmenskauf und Restrukturierung*, cit., p. 235 ss.

⁽⁶⁾ Si trattava, ad esempio, di P. GRECO, *Le società di comodo e la vendita delle loro azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, p. 123 ss., e G. FERRI, *Incidenza delle obbligazioni sociali nei rapporti fra cedente e cessionario di quota sociale*, in *Foro it.*, 1936, I, C. 712 ss. Per una ricostruzione delle

Colui che acquista le partecipazioni – seppur non possa dirsi rivestire strutturalmente la posizione di parte debole come in altri contesti – si trova certamente in una posizione di svantaggio rispetto alla propria controparte, attesa la strutturale l’asimmetria informativa rispetto alla situazione fattuale e giuridica della società ⁽⁷⁾. D’altro canto, la configurazione degli enti non persone fisiche – inclusi ovviamente ed al massimo grado gli enti societari – quali autonomi soggetti di diritto pone, come si suol dire, uno schermo tra colui che acquista una posizione giuridica di partecipazione all’ente ed il complesso di rapporti che fanno capo all’ente quale centro soggettivo di imputazione a sé stante. La considerazione di questo complesso di rapporti «esterni» – come potremmo chiamarli per distinguerli dai rapporti che legano tra di loro i soggetti che partecipano all’ente – funzionali allo svolgimento dell’attività dell’ente rappresenta normalmente un motivo decisivo per l’acquirente, incidendo in modo determinante sul valore economico della partecipazione.

Ebbene, tutta la vicenda di cui ci occupiamo evidenzia in filigrana lo sforzo di trovare la via tecnicamente più adeguata a fare emergere questo motivo dall’insieme indistinto dei meri interessi di fatto, dotandolo dei crismi della

diverse teorie allora avanzate in dottrina ed in giurisprudenza, v. F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, in F. BONELLI – M. DE ANDRÉ (a cura di), *Acquisizioni di società e pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, p. 7 ss.; C. D’ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell’acquirente*, Milano, 2003, p. 13 ss.; G. Buset, *Vendita di partecipazioni sociali di «controllo» e garanzie patrimoniali: rassegna critica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 6, II, p. 355.

⁽⁷⁾ Secondo M. SPERANZIN, *Compravendita «non convenzionalmente garantita» di partecipazioni sociali di «controllo»*, in *Giur. Comm.*, 2019, 3, I, pp. 471-472, «la circostanza che le acquisizioni [...] sono concluse nell’assoluta maggioranza dei casi da imprenditori comporta che l’operazione costituisce il risultato di una negoziazione (spesso molto articolata) e che tra le parti non vi sia, salve ipotesi remote, una differenza di posizioni e uno squilibrio tali da giustificare una valutazione di favore per una di esse, nonché da rendere applicabile la disciplina prevista per lo squilibrio di posizione economica nei contratti di impresa; fermo restando che la posizione di asimmetria informativa che l’acquirente di norma riveste rispetto all’alienante può e deve essere colmata con la predisposizione di clausole di garanzia contrattuali e attraverso l’esperienza della *due diligence*». Nella dottrina tedesca, U. HUBER, *Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 202 (2002), p. 180, rileva la centralità dei problemi di asimmetria informativa e dell’attribuzione del rischio legato all’inesattezza delle informazioni disponibili all’acquirente: «Das zentrale Rechtsproblem des Unternehmenskaufs ist ein Informationsproblem. Der Käufer ist im allgemeinen bei Aufnahme der Verhandlungen nur unzureichend über das Unternehmen informiert. Die fehlenden Informationen kann er sich ohne Mitwirkung des Verkäufers nicht verschaffen. Er ist also in der Regel, um den Wert des Unternehmens einzuschätzen, auf Informationen des Verkäufers angewiesen. Diese Angaben des Verkäufers können unrichtig oder unvollständig sein und zu Fehleinschätzungen des Käufers führen. Die Frage ist, welche der beiden Parteien in solchen Fällen das Risiko der unrichtigen Information zu tragen hat». In generale, sul tema delle asimmetrie informative nel diritto dei contratti, v. H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München, 2001; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

rilevanza giuridica; ed al contempo a realizzare un equilibrio accettabile rispetto alle opposte esigenze della parte venditrice, rispettando altresì il comune e fondamentale bisogno di certezza rispetto agli oneri che il contratto può determinare in futuro.

Le strategie prescelte a tal fine sono state prevalentemente due ⁽⁸⁾.

Da una prima prospettiva, si è ipotizzato di tutelare l'acquirente sfruttando le norme codicistiche sulla compravendita. Queste, in quanto espressione di una disciplina tipica, procedono da una selezione degli interessi rilevanti compiuta preventivamente dal legislatore, sulla base del tipo normativo a cui normalmente si associa il contratto in questione ⁽⁹⁾. La protezione giuridica dell'interesse avente ad oggetto una certa consistenza del patrimonio sociale è ottenuta assumendo la sua coincidenza con l'interesse (tipico) del compratore rispetto alle qualità della cosa venduta. L'acquirente disporrebbe così dell'apparato rimediale previsto dalle norme sulle garanzie per i vizi del bene. Poiché esse costituiscono effetti naturali del contratto, la tutela offerta dalle garanzie è disponibile anche se le parti non abbiano disposto nulla in tal senso (ipotesi in verità oggi piuttosto marginale e tendenzialmente limitata alle operazioni di minor valore economico). All'autonomia privata resterebbe soltanto il compito di intervenire sul regime legale dispositivo per adattarlo, se necessario, alla specificità del caso concreto.

Diversamente, un secondo orientamento ha preferito affidare proprio all'autonomia privata il compito di definire l'ambito degli interessi giuridicamente tutelati. Senza smentire la qualificazione dell'operazione nei termini di compravendita, si è così sostenuto che l'individuazione dei rimedi spettanti al compratore in caso di difformità del patrimonio sociale richiederebbe in ogni caso una regolamentazione pattizia. La rilevanza giuridica dei profili patrimoniali e reddituali della società sarebbe dunque da stabilire esclusivamente sulla base della valutazione concreta compiuta dalle stesse parti e consacrata mediante pattuizioni atipiche, che normalmente prevedono un «indennizzo» a vantaggio dell'acquirente nel caso in cui si verifichi o si manifesti un evento idoneo ad incidere negativamente sul valore della partecipazione.

Di recente, la giurisprudenza di legittimità ha evocato anche una terza

⁽⁸⁾ Tralasciamo per ora le teorie secondo cui le caratteristiche del patrimonio della società potrebbero rilevare anche ai fini dell'annullamento per errore determinante o dolo, su cui v. *infra*, cap. III, § 3.

⁽⁹⁾ Cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 140 ss. Il tipo normativo individua, come noto, «il modello che sottende alla disciplina legale» (nt. 51). Sulla base del tipo normativo contemplato, il legislatore prevede, oltre ad un nucleo di norme cogenti, anche alcune norme dispositive che «traducono la ragionevole e normale composizione dei conflitti di interessi che a quel contratto sottendono».

soluzione, per così dire mediana, che affiderebbe anch'essa la selezione degli interessi da tutelare ad una valutazione in concreto, ma operata dal giudice *ex post* invece che dalle parti in via preventiva al momento della stipulazione del contratto. Questa proposta – giocata sul concetto oggi piuttosto in voga di causa in concreto⁽¹⁰⁾ – appare per lo più come una riproposizione della tesi per cui la tutela dell'acquirente potrebbe essere ottenuta facendo rientrare gli eventi attinenti al patrimonio della società nell'ambito di una presupposizione comune alle parti. La via della presupposizione, d'altra parte, è apparsa percorribile solo in casi limitati, dati gli esiti potenzialmente conflittuali con le esigenze di certezza del rapporto⁽¹¹⁾.

Le voci dottrinali e giurisprudenziali hanno via via optato per la seconda soluzione prospettata, reputando dunque in ogni caso necessaria una regolamentazione pattizia delle vicende relative al patrimonio sociale. In questo senso, del resto, si è da tempo orientata anche la prassi negoziale, per via della sempre più estesa recezione di modelli contrattuali nati in ambiente di *common law* ma ormai diffusi a livello internazionale, i quali si presentano come tendenzialmente completi ed indisponibili ad un'integrazione da parte dell'ordinamento in cui sono concretamente chiamati ad operare⁽¹²⁾.

Date queste premesse, si potrebbe pensare che il ruolo della riflessione scientifica in questa materia sia del tutto secondario o comunque fortemente limitato.

Non è in realtà così. Da un primo punto di vista, infatti, occorre rilevare che il regolamento contrattuale, per quanto capillare, non risolve mai integralmente i problemi giuridici che si possono porre. Innanzitutto perché, nonostante l'aspirazione alla completezza, questa non è mai assoluta e le previsioni negoziali lasciano sempre spazio a situazioni non previste o disciplinate solo parzialmente⁽¹³⁾. In secondo luogo, perché deve pur verificarsi il rispetto da parte dell'autonomia

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass. 24.7.2014, n. 16963, in *Giur. it.*, 2014, 11, p. 2406 ss., con nota di G. IORIO, *Vendita di partecipazioni sociali: garanzie contrattuali e termini di prescrizione*; in *Corr. giur.*, 2015, 3, p. 324 ss., con nota di M. STELLA, *Le business warranties nell'intreccio tra garanzia edilizie, prescrizione e decadenza*; in *giustiziacivile.com.*, 2014, 10, con nota di A. TINA, *Il termine di prescrizione degli impegni di garanzia e indennizzo nel trasferimento di partecipazioni societarie*. Circa questa sentenza cfr. anche G. CONTE, *Sulla disciplina delle garanzie convenzionali nella vendita di pacchetti azionari, con l'auspicio che si affermi un indirizzo riformatore*, in *giustiziacivile.com.*, 2014, 4; T. DALLA MASSARA, *Garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni: una proposta ricostruttiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 4, p. 1181 ss. E v. più ampiamente *infra*, § 2, nonché cap. III, § 1.

⁽¹¹⁾ V. *infra*, cap. III, § 3.

⁽¹²⁾ Questa caratteristica è tipica di tutti i contratti cc.dd. «alieni»: cfr. G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 533 ss., ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 3.

⁽¹³⁾ V. ancora DE NOVA, *Contratto: per una voce*, cit., p. 3. Con specifico riguardo alla materia dei

privata dei limiti inderogabili posti dal diritto positivo. In particolare, la natura come si suol dire aliena di questi contratti pone delicate questioni di qualificazione – provviste, come si vedrà, di rilevanti ricadute pratiche – e di compatibilità con i principi del nostro ordinamento.

Già queste osservazioni tutto sommato scontate fanno emergere la necessità di un'accurata analisi delle pattuizioni atipiche a cui la prassi ricorre, allo scopo di individuare – a valle di un'opportuna qualificazione alla luce delle categorie dogmatiche note ⁽¹⁴⁾ – tanto le norme dispositive quanto quelle imperative da applicarvi ⁽¹⁵⁾. Occorre poi considerare che – sotto diverso e forse ancor più significativo profilo – l'elaborazione di un quadro chiaro di regole sembra essenziale se si intende guidare la prassi, senza assecondarla acriticamente ma valutandone con attenzione il significato alla luce del nostro ordinamento e la compatibilità con esso.

Non è difficile rendersi conto che a domandare soluzioni alla scienza giuridica sono gli stessi protagonisti del traffico giuridico, che possono infatti orientarsi consapevolmente soltanto conoscendo le regole che fanno da sfondo al loro agire. Ma la ricostruzione di un complesso di regole organiche, coerenti e per quanto possibile stabili richiede prima di tutto chiarezza ed uniformità concettuale e terminologica. Su questa via ha iniziato a muoversi la dottrina italiana negli ultimi anni, suggerendo soluzioni spesso apprezzabili, seppur non sempre accolte dalla giurisprudenza.

È con questa consapevolezza che occorre accostarsi alla prassi vitale e rigogliosa che caratterizza la materia di cui ci occupiamo. Del resto, è la storia ad insegnare che, quando il legislatore non offre coordinate per lo sviluppo dell'agire privato, diviene compito della dottrina tracciare delle linee di evoluzione chiare, coerenti e razionali per l'ordinamento giuridico, elaborando categorie che non imbriglino ma guidino con equilibrio l'intrecciarsi degli interessi all'interno della società e del mercato. Osservando le tendenze in atto nei tempi recenti, un acuto

contratti relativi alla cessione di partecipazioni societarie, SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 149, osserva «vi è sempre qualcosa che sfugge» e fa parola di «clausole di garanzia incomplete sia con riferimento agli effetti delle clausole, sia con riferimento a specifici eventi non considerati dalle parti», rilevando poi come «tale tema non ha ricevuto finora, a quanto consta e nonostante la sua importanza, una trattazione specifica in relazione alla vendita di partecipazioni».

⁽¹⁴⁾ La qualificazione di quelle che, come vedremo, sono dette nella prassi «representations and warranties» è tuttora fortemente disputata, con ricadute pratiche di primaria importanza: v. ad esempio la questione illustrata nel paragrafo successivo.

⁽¹⁵⁾ Cfr. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., p. 67.

storico del diritto ha osservato che «scienza e prassi applicativa hanno goduto di una duplice e giustificatissima rivalutazione: teorica, con la notevole riflessione ermeneutica [...]; pratica, perché attualmente è il trionfo di invenzioni tecniche novissime che la prassi ha intuito e cominciato a vivere, e la scienza ha prontamente principiato a categorizzare, che il legislatore – al contrario – o non ha avvertito o ha tardato ad avvertire e a disciplinare»⁽¹⁶⁾.

Può così capitare – in verità non troppo frequentemente – che l'operatore ed il teorico del diritto si trovino a fronteggiare interi ambiti dell'esperienza non direttamente regolati da norme statuali⁽¹⁷⁾. Non mancano tuttavia gli strumenti necessari per affrontare i problemi che questa eventualità pone. Innanzitutto, si può fare tesoro delle soluzioni escogitate nel tempo dalla scienza giuridica ed oggi sedimentate nelle norme del codice civile, in cui si rinvengono le categorie fondamentali del diritto privato generale⁽¹⁸⁾. Nell'ambito del codice, preso atto che non tutte le questioni trovano una risposta appagante nelle disposizioni di parte generale dedicate all'obbligazione o al contratto, la dottrina si è risolta sempre più spesso a cercare modelli di disciplina nelle regole di parte speciale sui singoli contratti, attribuendo loro una valenza transtipica⁽¹⁹⁾. In più, la copiosa legislazione speciale – anche su impulso dell'ordinamento europeo – ha introdotto categorie e principi espressione di una nuova visione del mercato e dei rapporti che lo costituiscono. Da un punto di vista culturale, l'analisi economica del diritto e la filosofia del linguaggio sono in grado di fornire punti di vista nuovi da cui osservare i frutti della tradizione dogmatica. Questi strumenti antichi e nuovi sono a disposizione di una dottrina che ci si attende creativa – come atteggiamento – anche se non creatrice. Di fronte al radicalmente nuovo, è sempre forte la tentazione di dettare risposte basate solo un preteso bilanciamento di interessi. Ma resta saldo il

⁽¹⁶⁾ P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo futuro prossimo?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31 (2002), I, p. 39 ss. Quanto sopra vale in particolare nei casi in cui l'attività giuridica si svolge in spazi non più coperti dalla produzione normativa del legislatore statale. Si denota così una singolare somiglianza tra la situazione attuale e quella dello *ius commune* medievale, nella quale «non c'[era] un potere centrale e centralizzante forte, intenzionato e capace di controllare i fatti riconducendoli a modelli imperativi generali».

⁽¹⁷⁾ Un altro esempio ancor più eclatante è quello dei contratti conclusi tramite mezzi telematici, o ancora con l'intervento dell'intelligenza artificiale: casi nei quali le norme tradizionali possono richiamarsi soltanto alla lontana, e per cui serve l'ideazione di modelli giuridici in gran parte nuovi, che tengano attentamente conto della natura dei fenomeni regolati.

⁽¹⁸⁾ Cfr., sul rapporto fra diritto privato generale e diritti secondi, C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, II, p. 397 ss.

⁽¹⁹⁾ V. in particolare DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 51 ss., il quale osserva che «il livello predominante di intervento del legislatore italiano non è certo quello del contratto come schema generale», ma anzi «è nell'elenco dei tipi che si rinviene la sede principale della disciplina legislativa in materia contrattuale».

principio per cui, in un ordinamento di diritto scritto a base legislativa, l'interprete non possa prescindere dai dati positivi per argomentare le proprie soluzioni.

La convinzione (o meglio l'aspirazione) su cui si baserà questa ricerca è che, di fronte ad un problema tutto sommato ancora nuovo e non direttamente risolto dal diritto scritto, sia compito della dottrina individuare soluzioni organiche, coerenti con il sistema ed i principi che esso esprime, nonché rispettose dell'autonomia privata, dei valori e delle esigenze di cui è portatrice. L'obiettivo può essere ottenuto, dunque, solo tenendo ben presente l'evolvere della prassi, cercando di comprenderne a fondo il significato alla luce delle categorie già note, ma con la disponibilità a rinnovarle, se necessario, reinterpretando istituti consolidati ⁽²⁰⁾. Aspettative così alte non saranno certo soddisfatte dalle pagine che seguono, nelle quali però si è cercato di seguire il più possibile la strada descritta, per giungere a dare alcune prime soluzioni ai problemi individuati.

2. La sentenza Cass. 24.7.2014, n. 16963 e l'incerta qualificazione delle cc.dd. warranties (garanzie contrattuali).

Affrontando i problemi posti dalla prassi relativa al trasferimento di partecipazioni societarie, la dottrina italiana si è sin qui prevalentemente occupata di quello riguardante l'estensione temporale della tutela accordata tramite le cc.dd. clausole di garanzia. Questo profilo è cruciale per l'acquirente come per il venditore, definendo esso in modo determinante la portata delle rispettive posizioni contrattuali.

Da diversi anni la giurisprudenza era assestata, almeno in linea di principio, su una posizione che – pur prendendo atto del ruolo dell'autonomia privata nel plasmare il programma contrattuale nel cui ambito si realizza il trasferimento delle partecipazioni, ed in particolare nel dotare l'acquirente di una tutela adeguata – non rinunciava ad una lettura di un siffatto fenomeno negoziale per il tramite delle norme sulla compravendita, ossia di quella disciplina tipica che si tentava di applicare per tutelare l'acquirente nei casi in cui mancavano apposite previsioni contrattuali. Paradossalmente, però, tale disciplina finiva per limitare

⁽²⁰⁾ Sull'evoluzione della dogmatica giuridica e sulla sua funzione di verifica di coerenza delle soluzioni argomentate per via ermeneutica, mediante un controllo di compatibilità con le scelte di valore già consolidate nel sistema (visto ora come sistema aperto) e di universalizzabilità (in ossequio al principio di uguaglianza), cfr. L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 25 ss.

impropriamente la tutela che le parti avevano voluto riservare all'acquirente.

Come noto, una tesi di un certo successo proponeva di considerare la consistenza e la composizione del patrimonio sociale alla stregua di una «qualità» delle partecipazioni della società (concepite come «beni di secondo grado»), e per questa via giungeva a sostenere che una situazione del patrimonio deteriore rispetto a quella attesa dall'acquirente potesse integrare la fattispecie dei vizi della cosa venduta ai fini delle azioni redibitorie di cui agli artt. 1490 ss. c.c. ⁽²¹⁾. Dato che, tuttavia, nella gran parte dei contratti con cui si concorda il trasferimento della partecipazione di controllo di una società vi è anche una precisa descrizione del patrimonio della stessa ⁽²²⁾, questa scelta interpretativa conduceva a leggere le dichiarazioni relative al patrimonio come promesse relative alle «qualità della cosa» ex art. 1497 c.c.

L'orientamento descritto aveva una ricaduta fondamentale proprio in ordine all'estensione temporale delle tutele accordate all'acquirente. Poiché l'art. 1497 c.c. prevede che l'azione di risoluzione derivante dalla mancanza delle qualità promesse della cosa venduta sia soggetta «alla decadenza e alla prescrizione previste dall'art. 1495», era parso naturale ritenere che il termine di prescrizione *annuale* sancito da quest'ultima disposizione e decorrente dal momento della consegna dovesse rappresentare anche il termine massimo di durata dell'efficacia delle clausole di garanzia previste nel contratto. Per di più, data la natura espressamente inderogabile della disciplina della prescrizione (art. 2936 c.c.), si era sostenuto che ogni disposizione contrattuale che introduceva un'estensione temporale maggiore per le tutele attribuite dalle clausole di garanzia sarebbe risultata nulla e sostituita di diritto dal termine di durata annuale.

Altrettanto nota è la comune insoddisfazione manifestata nei confronti di questa posizione, che limitava eccessivamente ed indebitamente la protezione accordata all'acquirente, addirittura oltre le scelte espresse dalle parti nel contratto ⁽²³⁾. Sia la dottrina che la giurisprudenza arbitrale – cogliendo l'incongruità della

⁽²¹⁾ V. sin d'ora D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., pp. 32 ss. e 148 ss., per una completa disamina in chiave critica di queste tesi. Secondo l'autore, la prima adesione giurisprudenziale si individua in Cass. 10.2.1967, n. 338 (p. 199, nt. 74).

⁽²²⁾ Questo prima ancora che si diffondessero i modelli contrattuali anglosassoni che regolano compiutamente ed analiticamente le tutele a vantaggio dell'acquirente: cfr. F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 2, p. 294.

⁽²³⁾ Sembra di potersi affermare che la soluzione proposta da queste teorie – oltre che criticabile sul piano dogmatico (v. *infra*, cap. III, §§ 1 e 6) – appare viziata da un difetto di comprensione della prassi e del suo autentico significato. Invece che guidare adeguatamente tale prassi tramite regole che, rispettando i principi e le categorie dell'ordinamento, dettassero una composizione equilibrata degli interessi in gioco, si era costruita così una vera e propria gabbia che restringeva oltre misura

soluzione, dovuta al fatto che troppo spesso gli eventi da cui dipenderebbe l'indennizzo si manifestano ben oltre un anno dopo il trasferimento delle partecipazioni – ne avevano sottoposto a critica i presupposti teorici ⁽²⁴⁾.

Finalmente, con la propria sentenza del 24.7.2014, n. 16963, la Corte di Cassazione ha rivisto l'orientamento sin lì prevalente, affermando che le clausole con cui il venditore garantisce una determinata consistenza del patrimonio o comunque altre circostanze relative alla società che incidono sul valore della partecipazione ceduta non devono essere lette alla luce della disciplina delle azioni edilizie, dato che «la corrispondenza o meno del valore del bene venduto al prezzo pattuito non attiene alle qualità intrinseche (essenziali o promesse) previste dall'art. 1497 c.c.». La Corte ha così concluso che «le pattuizioni – con cui i venditori si impegnavano a corrispondere all'acquirente un indennizzo nel caso e al momento in cui si fossero prodotti il danno, la perdita o la sopravvenienza passiva – avevano a oggetto *obbligazioni accessorie* assunte dal venditore in relazione al successivo eventuale manifestarsi di tali accadimenti con la previsione di modalità e termini per comunicare gli eventi o le circostanze suscettibili di generare un obbligo di indennizzo; non avendo a oggetto le qualità del bene oggetto della compravendita (le azioni), erano, inapplicabili i termini di prescrizione di cui al combinato disposto degli artt. 1497 e 1495 c.c.: il termine di prescrizione era quello ordinario (decennale)» ⁽²⁵⁾.

La sentenza esprime una decisa opzione per l'atipicità delle clausole di garanzia, e dunque per una maggiore considerazione del ruolo dell'autonomia privata in questo campo, la quale non necessariamente deve essere ricondotta ai moduli rigidamente predisposti dal legislatore qualora ciò sia manifestamente incongruo. Le pronunce successive – di legittimità come di merito – non sono sempre di facile interpretazione, ma sembrano segnare un progressivo allineamento alla tesi accolta dalla decisione citata ⁽²⁶⁾, tanto che il dibattito sul punto dei termini

l'autonomia delle parti. L'esito è stato quello della deroga sistematica alle norme di legge che la tesi dominante riteneva applicabili, mediante clausole per cui si prevedeva espressamente un'esclusione delle garanzie contrattuali dal campo di applicazione degli artt. 1490 ss. c.c. Invece che dare la certezza sperata, tuttavia, questo non faceva che aumentare l'incertezza, dato che previsioni negoziali di questo tipo sarebbero risultate anch'esse nulle alla luce dell'orientamento che intendevano superare.

⁽²⁴⁾ V. per tutti S. EREDE, *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, in F. BONELLI – M. DE ANDRÉ (a cura di), *Acquisizioni di società e pacchetti azionari di riferimento*, cit., p. 197 ss.

⁽²⁵⁾ Il corsivo è aggiunto.

⁽²⁶⁾ V. ad esempio le opposte valutazioni di DALLA MASSARA, *Garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni: una proposta ricostruttiva*, cit., p. 1195 ss., e A. TINA, *Clausole di garanzia, patti parasociali ed esonero da responsabilità degli amministratori nel trasferimento di*

di durata delle garanzie appare oggi sopito.

La Corte, tuttavia, non prende posizione solo sul profilo della prescrizione, ma affronta in radice la questione della natura giuridica delle clausole di garanzia, per darne una ricostruzione che risulta utile anche al fine di indagare a più ampio raggio la disciplina applicabile. In questo quadro, le questioni aperte dalla sentenza sono anzi ancora maggiori di quelle risolte: da un lato, perché il percorso concettuale seguito dalla motivazione è a tratti sfuggente; dall'altro lato, perché numerosi e promettenti sono i corollari della nuova ricostruzione degli effetti giuridici delle clausole di garanzia.

Sotto il primo profilo, già la formulazione del principio di diritto lascia trasparire una certa reticenza circa l'effettiva natura giuridica delle situazioni giuridiche soggettive che trovano fonte nelle clausole di garanzia ⁽²⁷⁾ Negli anni precedenti alla sentenza, una parte della dottrina aveva messo in luce come le clausole di garanzia apparissero affini a prestazioni di carattere assicurativo relative al rischio della diminuzione del valore della partecipazione ⁽²⁸⁾. Rispetto a tali orientamenti, la Corte dimostra un atteggiamento in effetti ambivalente, che pare accogliere per più versi – ed anche negli esiti pratici – la recente impostazione, salvo poi smentirla in alcune affermazioni di principio.

Appare opportuna, pertanto, una breve digressione a proposito della tesi

partecipazioni societarie, in *Giur. comm.*, 2017, 5, II, p. 908, seguito da SPERANZIN, *Compravendita «non convenzionalmente garantita» di partecipazioni sociali di “controllo”*, cit., p. 476, nt. 30. Per l'analisi di alcuni esempi di pronunce dal tenore opposto (ossia Trib. Lucca, 10.7.2015, Trib. Roma, Sez. Impr., 28.9.2015, e Trib. Roma, Sez. Impr. 5.10.2015), cfr. M. M. PRATELLI – M. ROLI, *Tre sentenze di merito in tema di vendita di partecipazioni sociali*, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 421 ss.

⁽²⁷⁾ In motivazione, la Corte prospetta con cadenza altalenante due possibili qualificazioni: l'una, come «prestazioni accessorie» al trasferimento delle partecipazioni, appare corretta ma ancora troppo vaga; l'altra, come «obbligazioni accessorie», si dimostra invece insoddisfacente per le ragioni che si illustreranno *infra*, al cap. III, § 1.

⁽²⁸⁾ Tra i primi a sostenere questa tesi rispetto alle clausole di garanzia nei contratti di cessione di partecipazioni sembrano esservi stati (almeno nei tempi più recenti) E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino, 1995, p. 331, nt. 167, p. 338 e p. 340, nt. 180; D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., spec. p. 191 ss., che professa di adottare «il modello, ben noto alla tradizione delle dottrine generali, della *promessa di indennità*, detta anche “garanzia”» (p. 95), corrispondente ad un «meccanismo, avente funzione in senso ampio assicurativa» (p. 197). Più di recente, la tesi è stata ripresa con maggiore enfasi da SPERANZIN, *Compravendita «non convenzionalmente garantita» di partecipazioni sociali di “controllo”*, cit., pp. 114 ss., 149 ss.; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 304 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 318 ss.; P. TRIMARCHI, *Le garanzie contrattuali nell'acquisto di partecipazioni sociali*, in *Giur. comm.*, 2016, 1, I, pp. 12-13. In senso critico si sono espressi invece G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011, p. 183 ss., e DALLA MASSARA, *Garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni: una proposta ricostruttiva*, cit., p. 1209 ss. Sulle tesi di quest'ultimo autore, v. più ampiamente *infra*, cap. III, § 1

favorevole all'accostamento tra le clausole di garanzia atipiche e la figura dell'assicurazione contro i danni. Il parallelismo non era tracciato soltanto in una prospettiva funzionale, ma trovava una precisa giustificazione sistematica nel concetto di garanzia pura, già impiegato da alcuni autori a proposito delle garanzie per i vizi nell'ambito della vendita ⁽²⁹⁾.

Questa svolta a livello dogmatico aveva il duplice obiettivo di svincolare la ricostruzione delle clausole di garanzia tanto dal modello delle garanzie edilizie quanto da quello dell'obbligazione. Se, da un lato, il referente più immediato era costituito proprio dalle tutele del compratore contro i vizi della cosa, era del resto evidente che la disciplina di queste ultime si era rivelata per aspetti cruciali del tutto inadeguata. Nonostante le chiare affinità strutturali e funzionali, le norme relative alle garanzie per vizi apparivano troppo specifiche in quanto calibrate – per antico retaggio – sulle caratteristiche di materialità tanto della cosa scambiata quanto del difetto. Si avvertiva dunque la necessità di un concetto più ampio, quale categoria di genere che – pur comprendendo eventualmente quale propria *species* anche la figura delle garanzie edilizie – consentisse di astrarre rispetto ai profili di disciplina che in modo più evidente risentivano delle contingenze dovute al limitato contesto applicativo. Si trattava, aristotelicamente, di ricavare, liberandola dagli aspetti meramente accidentali, la reale «sostanza» della garanzia, alla quale, forse per questo motivo, la dottrina passata aveva attribuito appunto il nome di garanzia pura.

Dall'altro lato, questo modello non poteva nemmeno coincidere con quello dell'obbligazione. La tesi più rigorosa e coerente, benché non incontrastata, aveva dimostrato come, sulla base del diritto positivo, il concetto di obbligazione sia incompatibile con i tratti della garanzia per i vizi delineati dalle norme sulla compravendita. Ma era già la prassi, in ogni caso, a levare qualsiasi dubbio circa l'adeguatezza dello schema del rapporto obbligatorio. Mentre la volontà delle parti è quella, come si usa dire, di trasferire sul venditore il rischio legato agli eventi descritti nel contratto, la disciplina dell'obbligazione invece non consente questo risultato, poiché prevede per la responsabilità il limite dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al venditore. Per questo motivo, gli schemi contrattuali in uso prevedono un impegno del venditore ad indennizzare in ogni caso l'acquirente qualora si verifichi un determinato evento, e

⁽²⁹⁾ V. soprattutto L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 3 ss., ora in ID., *Scritti* (a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi), II, Milano, 2011, p. 402. Diversi studiosi avevano già messo in relazione le garanzie edilizie con la figura dell'assicurazione, in particolare R. LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961 (ed. postuma a cura di G. Persico).

non un impegno ad evitare l'evento stesso mediante la propria prestazione e nel limite della possibilità di quest'ultima. Alla prima formulazione corrisponde, come vedremo, l'assunzione di una garanzia (ossia del rischio delle conseguenze di un accadimento) e non di un'obbligazione.

Ciò non equivale ad escludere, come vedremo, la possibilità che per alcuni limitati aspetti la disciplina del rapporto obbligatorio trovi applicazione anche nell'ambito delle clausole di garanzia. I modelli della garanzia pura e dell'obbligazione restano però ben distinti nel loro nucleo, ed una contaminazione a livello di disciplina concreta si rivelerà plausibile solo – per anticipare alcune conclusioni – per via della loro comune natura di rapporto giuridico o dell'emersione di alcuni elementi obbligatori a fianco della garanzia.

Conclusa questa digressione, il primo obiettivo di questo lavoro sarà proprio quello di verificare se la nuova impostazione inaugurata dalla Cassazione nel 2014 abbia effettivamente seguito la strada della garanzia pura, indicata dalla dottrina negli anni precedenti.

Il concetto di garanzia a cui fare riferimento non può però essere assunto come un *a priori* o accogliendo acriticamente la ricostruzione offerta dalla *communis opinio auctorum* (ammesso che sia possibile individuarne una). Giacché si è dichiarata l'intenzione di far derivare le soluzioni ai problemi giuridici direttamente dal diritto positivo, dal medesimo deve procedere anche l'individuazione del concetto di garanzia pura che di tali soluzioni costituisce la premessa logica⁽³⁰⁾. Il punto di partenza, dunque, non può essere la pretesa consistenza ontologica del concetto giuridico bensì solo l'insieme delle norme che ad esso si riferiscono. Come stiamo per vedere, tuttavia, il primo e consistente ostacolo che si incontra su questa strada è dato proprio dalla difficoltà di determinare con certezza e precisione quali norme si riferiscano al fenomeno della garanzia pura.

3. L'ipotesi della garanzia pura: ambiguità del termine e necessità di una definizione.

Nonostante varie disposizioni del codice civile e di alcune leggi speciali⁽³¹⁾

⁽³⁰⁾ Il percorso che si intende seguire per risolvere le questioni legate alle clausole di garanzia prevede in primo luogo un'opportuna qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive che tali clausole fanno sorgere in capo alle parti del contratto. In secondo luogo, la soluzione delle suddette questioni sulla base della disciplina che la qualificazione adottata implica.

⁽³¹⁾ Si tratta in particolare della garanzia di conformità prevista dalla disciplina ora contenuta nel codice del consumo, la cui introduzione ha dato nuova linfa al dibattito teorico sulla figura della

facciano riferimento a situazioni indicate col nome di garanzia ⁽³²⁾, mancano nel codice sia una disciplina specifica di tale figura sia una sua esplicita definizione. Lo stesso vocabolo viene infatti utilizzato per fare riferimento a concetti anche molto differenti tra loro, il che spiega (ma non giustifica) la confusione delle lingue che si può constatare tra gli interpreti che hanno tentato di ricostruirne il significato. Vi sono poi, come vedremo, contesti nei quali il linguaggio legislativo non utilizza espressamente il sostantivo garanzia o il verbo garantire, ma, ciononostante, le disposizioni si riferiscono a situazioni giuridiche che possono essere ricondotte all'ambito che quei termini individuano.

Il primo problema che si presenta a chi si accinga ad una ricostruzione sistematica delle disposizioni che richiamano in vario modo il concetto di garanzia è quello di individuare un'area sufficientemente specifica ed omogenea di ipotesi da prendere in considerazione e, a partire dai dati di disciplina positiva, risalire alle caratteristiche di questa figura teorica, ricavandone una definizione ⁽³³⁾. È necessario in altre parole stabilire – analizzando le fattispecie positive – quando l'effetto giuridico ⁽³⁴⁾ prodotto da una determinata fattispecie sia da qualificare come garanzia, individuando i presupposti sostanziali che consentono di descrivere una determinata situazione mediante quel concetto (ed in particolare l'assetto di interessi ad esso corrispondente in modo tipico) al di là della formale denominazione da parte della singola disposizione ⁽³⁵⁾.

garanzia (v. *infra*, cap. I, § 5).

⁽³²⁾ Cfr., per una rassegna, G. TUCCI, voce *Garanzia*, nel *Dig. disc. priv.*, IV, p. 581 ss.

⁽³³⁾ «La nozione tecnica non può non risultare per astrazione da fattispecie di garanzia come tali definite dalla legge» (M. MAGGIOLO, *La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI – F. CURSI (a cura di), *Obbligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli, 2011, p. 89, nt. 9). Dato che lo scopo di questa operazione sarà quella di individuare un significato (da noi ritenuto più appropriato) da assegnare ad un termine già in uso nel linguaggio legislativo e dottrinale, il risultato rappresenterà più propriamente una *ridefinizione*. Le ridefinizioni, o definizioni esplicative, sono «definizioni mediante le quali, pur rimanendo nell'ambito dei significati usuali di un termine, si cerca di eliminarne l'ambiguità e l'indeterminatezza, attribuendo alla parola quel significato, rigorosamente determinato, che la renda idonea all'uso che se ne vuol fare in un certo discorso, che consenta la più corretta formulazione dei problemi che richiedono l'impiego della parola definita» (A. BELVEDERE, *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, in A. BELVEDERE – M. JORI – L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979, p. 349 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 2016, p. 160).

⁽³⁴⁾ O, più precisamente, la situazione giuridica soggettiva su cui incide l'effetto giuridico che la norma connette alla propria fattispecie, dal momento che l'effetto in senso stretto consiste nella costituzione, modifica o estinzione delle situazioni giuridiche soggettive che compongono la cosiddetta realtà giuridica. Cfr. P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001 (ristampa), p. 133, nt. 5.

⁽³⁵⁾ Cercheremo, in altre parole, di individuare l'*intensione* del termine garanzia, ossia «l'insieme delle proprietà o caratteristiche che un oggetto deve possedere per essere indicato con quel termine, per essere compreso nella classe che ne costituisce l'*estensione*» (BELVEDERE, *Aspetti ideologici*

Il passo successivo dev'essere quello di enucleare per via di astrazione, a partire dalle norme relative ai casi così individuati, una disciplina generale della garanzia. Questa disciplina, proprio per via del grado di astrattezza (e quindi di generalità) che la caratterizzerà, potrà essere utilmente applicata alle ipotesi tipiche al fine di colmare lacune normative ⁽³⁶⁾, come pure ai casi di pattuizioni contrattuali atipiche che prevedano una garanzia senza regolarne compiutamente alcuni aspetti ⁽³⁷⁾.

È evidente che una ricerca così impostata rischia di scontare un certo grado di apriorismo nell'individuare le basi da cui ricavare la definizione del termine di cui ci occupiamo, ossia nella delimitazione dello stesso fenomeno da analizzare. Il rischio – che appare in una certa misura inevitabile – è proprio quello di costruire una definizione ⁽³⁸⁾ a partire da un'arbitraria formazione della classe di oggetti da definire, cosicché la definizione ottenuta potrebbe non avere alcun valore selettivo rispetto agli oggetti non presi in considerazione. L'esito della definizione, infatti, dipende ovviamente in modo determinante dalla scelta degli elementi da definire ⁽³⁹⁾. La scelta dovrebbe essere preliminarmente circoscritta, in modo tendenzialmente vincolante per l'interprete, dall'uso del linguaggio da parte del legislatore ⁽⁴⁰⁾. Questa strada non è però evidentemente percorribile nel caso che qui ci occupa, data la già richiamata varietà di significati con cui il termine è impiegato (anche nel solo diritto privato) ⁽⁴¹⁾, che rende quindi necessaria una

delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi, cit., p. 162). L'utilità in chiave interpretativa di questa operazione si vedrà in seguito rispetto a due tipi di situazioni. In primo luogo, quando si dovranno individuare i casi in cui all'uso legislativo (o contrattuale) del termine non corrisponde in realtà quella che secondo noi è una garanzia, secondo il significato che verrà individuato. In secondo luogo, quando sarà necessario decidere se qualificare nei termini di garanzia situazioni effettuali che la legge o l'autonomia privata non abbiano chiamato in tal modo, pur essendovene i presupposti.

⁽³⁶⁾ Ovviamente, non se derogata da norme particolari o inadatta alle peculiarità della specifica situazione.

⁽³⁷⁾ La possibilità per i privati di dar vita a garanzie atipiche è ammessa anche da MAGGIOLO, *La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione*, cit., p. 92. Cfr., circa le clausole di garanzia nei contratti di cessione di partecipazioni sociali, SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 149 ss.

⁽³⁸⁾ La quale, come ricorda l'etimologia, è in primo luogo un tracciare dei confini.

⁽³⁹⁾ Sul processo logico che conduce alla definizione di un concetto, cfr. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 126: «per enucleare il concetto generale astratto si mettono in evidenza tutti gli elementi essenziali, comuni a tutti gli individui del gruppo, prescindendo invece dalle differenze non essenziali; le caratteristiche così isolate ed individuate vengono collocate l'una accanto all'altra a formare il concetto. Alla base dell'elaborazione del concetto è dunque un processo di astrazione generalizzante».

⁽⁴⁰⁾ Cosicché l'opera dell'interprete potrebbe limitarsi all'individuazione del significato da assegnare al termine in tutti e soli i casi in cui è impiegato, riducendosi al minimo l'arbitrarietà dell'operazione, almeno in questa fase. V. in proposito l'indicazione metodologica di Maggiolo riportata in nt. 33.

⁽⁴¹⁾ V. ancora TUCCI, voce *Garanzia*, cit., p. 581. Lo stesso autore ricorda come la stessa pluralità di significati caratterizzi i termini corrispondenti anche nelle altre lingue.

pluralità di definizioni facenti capo allo stesso *definiendum* in contesti diversi. Vi è dunque la necessità di individuare un diverso metodo che consenta di circoscrivere un nucleo forte di significato dal quale iniziare l'elaborazione del concetto di garanzia.

È opportuno, da un lato, evitare di includere nel campo dell'indagine ipotesi troppo eterogenee ed aventi connessioni eccessivamente labili tra loro, poiché in tal modo si otterrebbe una definizione poco caratterizzante dal punto di vista teorico e senza alcuna funzione dal punto di vista pratico, in quanto incapace di condurre a conseguenze significative quanto alla disciplina applicabile alle figure riconducibili ad essa. Non si potrà dunque seguire l'orientamento di quella parte della dottrina che si è sforzata di elaborare una definizione di garanzia in grado di abbracciare tanto le garanzie del credito quanto le ipotesi di garanzia c.d. pura (termini il cui significato sarà chiarito a breve). Il carattere poco significativo, ai nostri fini, dei risultati di queste ricerche ⁽⁴²⁾ dimostra che per ottenere risultati più soddisfacenti è opportuno limitare il proprio campo di osservazione.

Il rischio da cui guardarsi, da questo punto di vista, è quello di essere ingannati da affinità soltanto apparenti tra istituti, che diano l'impressione di adempiere ad una funzione assai genericamente riconducibile all'idea di garanzia. Del resto, l'inserimento nella medesima categoria di istituti troppo eterogenei potrebbe avere nulla più che un valore meramente classificatorio, mentre non sarebbe in grado di condurre a conseguenze rilevanti sul piano della disciplina. Al contrario, delle scelte ingiustificatamente limitanti (in quanto aprioristiche) circa gli istituti da analizzare condurrebbero ad una definizione eccessivamente ristretta, con la conseguenza che, da un lato, alcune caratteristiche del modello potrebbero risultarne trascurate, dall'altro anche le sue potenzialità applicative risulterebbero almeno in parte compromesse. Come vedremo, entrambi questi vizi di impostazione si ritrovano in molte tra le proposte interpretative elaborate dalla dottrina; di conseguenza è opportuno individuare preliminarmente un metodo che consenta di tenersene alla larga il più possibile.

Senza voler subito smentire queste premesse, è comunque opportuna una prima fondamentale scelta di campo, anch'essa per forza di cose dovuta ad una precomprensione, almeno in questa fase, ma di cui – si confida – emergerà in seguito la ragionevolezza.

Tra le figure che nel codice civile sono indicate come garanzie se ne possono

⁽⁴²⁾ V. ad esempio M. FRAGALI, voce *Garanzia*, nell'*Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 448 ss.; L. PIAZZA, voce *Garanzia (dir. civ.)*, nell'*Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.

selezionare alcune da ricondurre ad una categoria più ristretta, per la quale parte della dottrina ha coniato la denominazione stipulativa di «garanzia pura». Seguendo questa opzione ricostruttiva, anche noi effettueremo una *summa divisio* nel campo delle garanzie in senso lato, ed escluderemo dalla categoria della garanzia pura gli istituti che appartengono all'ambito delle garanzie del credito (o garanzie dell'obbligazione, categoria che Gorla oppone a quella delle garanzie della prestazione) ⁽⁴³⁾: e dunque sia quanti attengono alla c.d. garanzia (o responsabilità) patrimoniale generica, sia le garanzie specifiche personali ⁽⁴⁴⁾ o reali, che, come si vedrà, non presentano reali affinità strutturali con il concetto di garanzia che verrà qui sviluppato ⁽⁴⁵⁾.

Solo questa figura più ristretta – che possiamo sin d'ora intendere, in termini molto generici, come consistente nella promessa di un'indennità a copertura di un rischio – sembra in grado di descrivere in modo soddisfacente il contenuto e gli effetti delle clausole di garanzia inserite normalmente nei contratti di cessione di partecipazioni societarie.

Anche tra gli autori che hanno seguito questa strada, con l'obiettivo di individuare un modello di garanzia pura in contrapposizione all'eterogenea famiglia delle garanzie del credito, non si registra però un pieno consenso nemmeno per

⁽⁴³⁾ G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, nel *Tratt. di dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. I, Torino, 1937, p. 90.

⁽⁴⁴⁾ A proposito della fideiussione cfr. G. STELLA, *La fideiussione come garanzia personale del credito*, nel *Tratt. dei contratti* diretto da V. Roppo, IV, 2, Milano, 2014, p. 745: effetto del contratto di fideiussione è la nascita di un'obbligazione accessoria e solidale rispetto al debito garantito, non di una garanzia pura in senso stretto, e inoltre nella fideiussione non viene in considerazione l'elemento del rischio, che invece, come vedremo, gioca un ruolo centrale nella garanzia pura. In questo senso, di recente, in giurisprudenza Cass. 10.9.2019, n. 22559, ord., secondo cui «la causa del contratto di fideiussione (che non è un contratto aleatorio) è non già il rischio dell'inadempimento dell'obbligazione principale, ma la funzione di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione mediante l'allargamento della base soggettiva la quale è del tutto indipendente dall'effettivo “rischio” di inadempimento e, dunque, dall'eventualità che il debitore principale non adempia la propria obbligazione, ovvero che il suo patrimonio (o il bene offerto in garanzia reale) sia insufficiente a soddisfare le ragioni del creditore». V. anche, in dottrina, CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 418 ss. E, circa la garanzia autonoma, *ibidem*, p. 512 ss.

⁽⁴⁵⁾ Del tutto opposta è invece la scelta di chi, come PIAZZA, voce *Garanzia (dir. civ.)*, cit., p. 1 ss., individua un significato diametralmente opposto al termine, riconducendovi esclusivamente le garanzie del credito. In realtà, questo non fa che confermare l'assenza di omogeneità tra le figure indicate dal legislatore con tale nome e l'opportunità di darne molteplici definizioni a seconda dei contesti. Rileviamo poi come vi possano essere anche ulteriori significati, eterogenei sia rispetto al concetto di garanzia pura che alla famiglia delle garanzie del credito. Un esempio è offerto dall'art. 3, comma 3, della l. 6.5.2004, n. 129 in tema di affiliazione commerciale, secondo il quale «qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni». In questo caso, il termine è utilizzato semplicemente per individuare un fenomeno di integrazione cogente del contenuto negoziale, così da assicurare all'affiliato una durata minima del rapporto. A rigore, quindi, non è l'affiliante bensì la legge a garantire una certa durata.

quanto riguarda l'ampiezza stessa del concetto. Non vi è infatti comunanza di vedute neppure, ad esempio, sul fatto se ad esso siano riconducibili figure che invece appaiono di centrale rilievo sistematico per la sua ricostruzione, come le garanzie contro i vizi nella compravendita⁽⁴⁶⁾. Il motivo sembra essere proprio che spesso, anche laddove si cerca di individuare il significato del termine garanzia e la sua disciplina a partire dai dati positivi, la scelta degli istituti da analizzare come punti di partenza per questa operazione è compiuta in modo arbitrario.

Di fronte all'insormontabile plurivocità del linguaggio legislativo ed alla discordanza delle opinioni dottrinali, un punto di partenza può senz'altro essere dato dall'analisi storica dell'origine dell'idea di garanzia pura, mediante la quale individuare gli archetipi da cui l'evoluzione del concetto ha preso piede e, a partire da questi, delineare l'ambito dei luoghi normativi ove il termine è impiegato con un senso riconducibile al suo nucleo di significato proprio (pur alcune differenze dovute alla varietà morfologica degli istituti che entrano in gioco). Così facendo, si riduce l'arbitrarietà delle scelte dell'interprete circa le figure da far rientrare nell'ambito del concetto, ed è quindi possibile determinare in modo sufficientemente attendibile un insieme di ipotesi dalle quali dedurre una definizione coerente di garanzia pura, nonché una sua disciplina essenziale, tale da poter essere estesa (almeno tendenzialmente) in via analogica alle situazioni anche atipiche in cui ricorra la stessa figura.

Le difficoltà ricostruttive che hanno accompagnato il dibattito relativo alle varie figure che verranno prese in considerazione sono dovute per lo più alle resistenze ad abbandonare lo schema del rapporto obbligatorio per descrivere gli effetti giuridici nascenti da ciascuna situazione. Ma la nobiltà e la centralità sistematica del modello obbligatorio non devono portare ad allargarne ingiustificatamente i confini, pena lo snaturamento delle sue caratteristiche e, in definitiva, l'impoverimento dello stesso modello⁽⁴⁷⁾. Grazie ai risultati raggiunti dalla miglior dottrina, e ormai generalmente acquisiti, circa la natura e le caratteristiche essenziali dell'obbligazione è possibile tracciare una netta distinzione tra le situazioni in cui le parti sono legate da un rapporto obbligatorio e quelle in cui vi sono invece rapporti di tipo diverso, come la garanzia pura.

⁽⁴⁶⁾ Anche in una delle migliori indagini che di recente hanno delineato la figura della c.d. garanzia pura (CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit.) si è ritenuto di escludere che essa ricorra nell'ambito della garanzia per vizi giuridici e materiali della cosa venduta, che invece qui giungeremo a considerare una delle ipotesi paradigmatiche di garanzia pura.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 818.

CAPITOLO PRIMO

LO SVILUPPO DEL CONCETTO DI GARANZIA PURA

SOMMARIO: 1. Le garanzie per vizi nella compravendita di beni materiali. – 2. L'assicurazione contro i danni. – 3. Le garanzie per vizi e molestie nella locazione. – 4. La garanzia per vizi nell'appalto. – 5. La garanzia di conformità nella vendita di beni di consumo.

1. Le garanzie per vizi nella compravendita di beni materiali.

L'idea della garanzia come modello autonomo ed alternativo all'obbligazione sembra essersi sviluppata nell'ambito della riflessione sulla disciplina del contratto di compravendita ⁽¹⁾. Sin dal diritto romano, al compratore è concessa una serie di tutele contro i vizi materiali della cosa (riguardanti le caratteristiche materiali idonee ad influenzare l'utilità che l'acquirente può trarre dal bene o il suo valore: artt. 1490-1497 c.c.) e contro i vizi giuridici (che riguardano invece la posizione giuridica assunta dall'acquirente rispetto al bene per effetto della conclusione del contratto: artt. 1478-1489 c.c.); tutele che la dottrina moderna, riconoscendone il fondamento unitario ⁽²⁾, ha qualificato tramite il concetto di garanzia. Il termine, come suggerisce l'etimologia germanica ⁽³⁾, non deriva dalle fonti romane, dove invece si ritrovano espressioni come *praestare evictionem* e *praestare servum sanum esse*. Nel diritto romano, come noto, il *praestare* costituiva uno dei possibili contenuti dell'obbligazione ed implicava un rispondere dell'obbligato per la presenza o l'assenza di circostanze o comportamenti in funzione di una prestazione di *dare* o *facere* ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ TUCCI, voce *Garanzia*, cit., p. 583.

⁽²⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *La vendita*, nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p. 392.

⁽³⁾ Secondo C. FÖRSTER, *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie*, Tübingen, 2010, p. 34 ss., origini latine e germaniche del termine si sovrappongono.

⁽⁴⁾ Cfr. C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, nel *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1988, p. 410. Sull'obbligazione di *praestare* (da alcuni altrimenti detta obbligazione di garanzia) e per una critica delle impostazioni favorevoli al suo accoglimento anche nel diritto moderno, v. pure CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 13 ss.; F. PIRAINO,

Il sistema di tutele offerto dagli artt. 1490-1495 c.c. ha la propria radice nella generalizzazione, avvenuta in epoca giustiniana, delle *actiones* che l'editto degli edili curuli attribuiva agli acquirenti di schiavi e animali da sella e da soma nei mercati, su cui gli edili avevano giurisdizione ⁽⁵⁾. L'*actio aestimatoria* (o *quantum minoris*) e l'*actio redhibitoria* consentivano all'acquirente di ottenere a propria scelta rispettivamente la restituzione parziale oppure integrale del prezzo (nel secondo caso, dietro restituzione del bene e con scioglimento del contratto) per effetto della mera scoperta di vizi occulti e senza che entrasse in gioco la *culpa* del venditore. In età classica, a queste tutele si affiancava quella prevista per tutti i generi di vendita dall'*actio empti*, che presupponeva un inadempimento del venditore e dava luogo ad uno *iudicium bonae fidei*, nel corso del quale era anche possibile evitare la condanna eseguendo in modo corretto la prestazione ⁽⁶⁾. Si ebbe poi un progressivo avvicinamento dell'ambito di applicazione e degli effetti delle azioni edilizie e dell'*actio empti*, culminante nell'estensione dei rimedi edilizi a tutte le compravendite quali mezzi di tutela esclusivi ⁽⁷⁾.

I due tratti che caratterizzano, anche nel diritto moderno, l'istituto della garanzia per vizi sembrano così riassumibili. Innanzitutto, essa è concessa per il solo fatto oggettivo della presenza del vizio, indipendentemente da qualsiasi valutazione della condotta del venditore: è questo un esito della generalizzazione delle tutele edilizie, per le quali rilevava soltanto l'oggettiva consistenza del bene ⁽⁸⁾. In secondo luogo, gli effetti giuridici in cui consiste la tutela si producono senza che il venditore possa opporre alcuna prova liberatoria.

Se questi assunti appaiono del tutto pacifici, non così è per la qualificazione dogmatica dell'istituto nel diritto vigente ⁽⁹⁾. Secondo un'impostazione che risale a

Adempimento e responsabilità contrattuale, Napoli, 2011, p. 385 ss.; e più ampiamente ID., *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 2, p. 599 ss.

⁽⁵⁾ Su questi profili cfr. V. MANNINO, *Le tutele per le anomalie del bene venduto tra antico e postmoderno*, in R. ALESSI (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, p. 177 ss.; L. VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita. Tradizione romanistica e problemi dogmatici attuali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, 2011, p. 183 ss. T. DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contr. e impr./Europa*, 2012, 2, p. 838 ss.

⁽⁶⁾ DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, cit., p. 855 ss.

⁽⁷⁾ MANNINO, *Le tutele per le anomalie del bene venduto tra antico e postmoderno*, cit., pp. 188-189; DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, cit., p. 860.

⁽⁸⁾ V. ancora DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, cit., p. 858.

⁽⁹⁾ Non intendiamo qui certo ripercorrere un dibattito antico ed articolato – circa il quale si possono consultare le approfondite ricostruzioni operate da L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, anche con riferimento ai precedenti storici che hanno

Pothier ⁽¹⁰⁾ e che ha influenzato anche la lettera dell'art. 1476 c.c. – il quale menziona, tra le «obbligazioni principali del venditore», «quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa» ⁽¹¹⁾ – ha trovato a lungo diffusione la teoria secondo cui l'impegno del venditore consisterebbe in una vera e propria obbligazione, la quale è stata anche ricondotta al novero delle obbligazioni «di risultato» ⁽¹²⁾.

Al contrario, seguendo la convincente e ormai condivisa ricostruzione della figura dell'obbligazione, che reputa essenziale in questo ambito il ruolo svolto dal comportamento del debitore ⁽¹³⁾, risulta evidente che quelle descritte dalla disciplina dell'evizione e dei vizi materiali non possono essere delle obbligazioni in senso proprio, dal momento che prescindono completamente dalla considerazione del contegno del venditore. Il risultato a cui si perviene seguendo questa dottrina è quello di distinguere nettamente le due forme giuridiche dell'obbligazione e della garanzia, rilevando proprio come alla prima sia consustanziale la previsione di una condotta del debitore quale mezzo necessario per la soddisfazione dell'interesse del creditore (ossia per il raggiungimento del risultato dovuto), mentre la seconda realizza l'attribuzione di un risultato utile senza la mediazione di una condotta di adempimento ⁽¹⁴⁾.

condotto alla vigente codificazione; B. CARBONI – M. BALLORIANI, *Le garanzie e la vendita di cosa altrui*, in D. VALENTINO (a cura di), *I contratti di vendita*, II, nel *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2007, p. 1006 ss.; e LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 367 ss. – che ha visto spendersi sui diversi fronti i migliori esponenti della scienza civilistica, ma ci limiteremo a richiamare in estrema sintesi gli argomenti a favore della tesi che consideriamo più convincente. L'analisi di questo e degli altri istituti nei quali si vede l'affiorare del concetto di garanzia pura sarà necessariamente limitata agli aspetti che caratterizzano la struttura della garanzia pura e che si prestano maggiormente ad un confronto funzionale a far emergere i tratti della figura concettuale che stiamo cercando di delineare.

⁽¹⁰⁾ R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n. 203 (*Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, Paris, 1823, II, p. 93 ss.).

⁽¹¹⁾ Che la ricostruzione dogmatica – suggerita dal legislatore nell'art. 1476 c.c. – della garanzia quale sanzione della violazione di un'obbligazione di garantire non vincoli l'interprete, non avendo essa contenuto precettivo, è sostenuto da MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 392.

⁽¹²⁾ La tesi è riproposta anche di recente dalla giurisprudenza (v. ad esempio Cass. 2.9.2013, n. 20110) e trova seguito nella dottrina francese (cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 285). L'inconsistenza della distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato», che porta anzi ad un'inopportuna obliterazione della categoria della garanzia, è stata ormai da tempo dimostrata (cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., II, p. 141 ss., NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 797 ss.), anche se non mancano recenti riproposizioni ad opera della dottrina.

⁽¹³⁾ Cfr. L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 56 ss., ora in ID., *Scritti*, II, cit., p. 53 ss.; A. NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, in R. ALESSI (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, cit., p. 80.

⁽¹⁴⁾ NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, cit., p. 80 ss.; ID., *Diritto*

Conseguenza del diverso ruolo assunto dal comportamento del debitore è che, mentre l'obbligazione ha il proprio limite nell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (concetto in cui si compendia il comportamento dovuto quale mezzo per attingere al risultato che soddisfa l'interesse del creditore) per causa non imputabile al debitore, evento che ne causa l'estinzione, nella garanzia rileva soltanto il dato oggettivo del mancato verificarsi del risultato dedotto, quale presupposto degli effetti di tutela⁽¹⁵⁾. Nella garanzia viene infatti in considerazione unicamente il risultato, e non i possibili mezzi con il quale raggiungerlo⁽¹⁶⁾, cosicché l'originaria o sopraggiunta impossibilità (o insufficienza) dell'impiego di tali mezzi non può avere alcun riflesso sulla sorte della garanzia, che non si estingue nemmeno per caso fortuito⁽¹⁷⁾ e può anzi nascere anche quando vi sia dedotto un risultato che è in realtà, all'insaputa delle parti, impossibile fin dall'origine⁽¹⁸⁾. L'evento della mancata soddisfazione dell'interesse (ossia, specularmente, della sua lesione) è presupposto di efficacia degli effetti previsti dalla garanzia quali mezzi per neutralizzarne le conseguenze negative⁽¹⁹⁾.

europo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 3, p. 528.

⁽¹⁵⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 533.

⁽¹⁶⁾ Cfr. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., p. 90, secondo cui «coordinare la *solutio* del vincolo alla realizzazione del risultato, indipendentemente dall'attuazione dell'obbligo, significa, in parole schiette, trasformare l'obbligazione in una figura di garanzia». V. anche A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, pp. 176-177.

⁽¹⁷⁾ Secondo MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 163, «la responsabilità presuppone un dovere violato, mentre il caso fortuito è essenzialmente incompatibile con l'obbligazione, comincia là dove finisce l'obbligazione. Esso non può perciò costituire il punto di riferimento di una responsabilità ma solo di una garanzia». Cfr. anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017, p. 468; NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, cit., p. 80.

⁽¹⁸⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 537. La necessità che entrambe le parti o almeno il garantito ignorino l'impossibilità di ottenere il risultato pattuito si spiega in virtù delle teorie sul rischio che, come vedremo, è presupposto essenziale della garanzia e richiede a sua volta l'incertezza (quanto meno dalla prospettiva soggettiva del garantito) circa il verificarsi dell'evento contemplato.

⁽¹⁹⁾ Secondo MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 402, «anziché *in obligatione*, l'adempimento del contratto può essere dedotto, in tutto o in parte, *in condicione*, nel senso che il promittente non è obbligato a eseguire la prestazione promessa ma assume *invece* la garanzia dell'adempimento (garanzia pura). L'inadempimento non è presupposto di responsabilità in senso tecnico, bensì una *condicio iuris* di efficacia della garanzia ricollegata al contratto». Come opportunamente chiarisce NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, cit., p. 82, nt. 22, nel pensiero di Mengoni «il paragone con la condizione vale soltanto ad indicare l'automatismo che caratterizza la garanzia. L'assunzione di essa non va concepita come la costituzione di un rapporto condizionato a un certo evento il cui mancato verificarsi provocherebbe l'estinzione retroattiva del vincolo. La garanzia consiste non in un effetto giuridico *sospeso*, ma in un effetto giuridico *attuale* del contratto, il compratore potendo contare proprio già in base al contratto sulla situazione di sicurezza che la garanzia del venditore gli assicura». Cfr. in tal senso anche P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto*

Se quanto detto è in grado di dar conto dell'incompatibilità del modello dell'obbligazione con la disciplina positiva della vendita, vi è poi anche una ragione essenzialmente logica che impedisce di concepire un'obbligazione avente ad oggetto l'assenza di vizi nella cosa venduta (quella che Pothier configurava come «obbligazione di fare avere la cosa utilmente»), la cui violazione avrebbe per effetto la responsabilità del venditore per inadempimento. Questa ragione sta nel fatto che il comportamento del debitore, in cui consiste il contenuto dell'obbligo, non può che intervenire sul futuro, mentre, nel caso in cui la cosa sia già stata individuata dei contraenti al momento della stipulazione, l'obbligo avrebbe per oggetto lo stato della cosa nel momento stesso della stipulazione del contratto, dato che il venditore deve consegnarla nello stato in cui si trovava al momento della vendita (art. 1477, comma 1, c.c.)⁽²⁰⁾.

Una critica recente a questo argomento – preso di mira per via del suo ruolo storicamente fondamentale nel condurre all'abbandono della prospettiva obbligatoria nella ricostruzione delle azioni edilizie – adduce l'impossibilità di portare a suo sostegno le fonti romane, ed in particolare il passo di Ulpiano riportato in D. 21, 2, 31. Nel frammento, si fa notare, il giurista non afferma l'inutilità della promessa circa lo stato del bene venduto, bensì ne riconduce gli effetti – qualora il promittente si sia impegnato utilizzando il verbo *praestare* – ad un'assicurazione della soddisfazione dell'interesse del compratore⁽²¹⁾. Ma sostenere che in questo caso dalla *stipulatio* nascerebbe, invece che una garanzia, una valida obbligazione *ex contractu*, la cui violazione è idonea a dare luogo a responsabilità da inadempimento, ammettendo al contempo che l'oggetto della promessa «impedisce la verifica della “colpevolezza” dell'inadempimento, e la “responsabilità” si configura indipendentemente dall'atteggiamento soggettivo e dal comportamento del convenuto (responsabilità per garanzia)»⁽²²⁾, non fa che confermare la distanza tra il concetto romano di obbligazione e quello moderno, nonché l'estraneità del *praestare* rispetto al contenuto dell'obbligazione quale oggi la intendiamo. Nel pensiero giuridico moderno continentale, infatti, l'obbligazione ha ultimato il proprio distacco dalla figura della garanzia proprio grazie alla presa d'atto della

obbligatorio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1276.

⁽²⁰⁾ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., pp. 394 e 410 (e v. anche p. 412: «ciò che è dato per esistente non può essere promesso (*promissio est obligatio*), ma piuttosto assicurato, garantito»); DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 290; NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 533 ss.

⁽²¹⁾ VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita*, cit., p. 193 ss.

⁽²²⁾ VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita*, cit., p. 195.

funzione essenziale e caratterizzante svolta nel modello obbligatorio dalla prestazione, come dimostrato dal diritto positivo che presuppone la possibilità per il debitore di tenere una condotta idonea a soddisfare l'interesse del creditore ⁽²³⁾.

La dottrina citata esclude quindi che i rimedi edilizi conseguano alla violazione di un'obbligazione e li fa dipendere dall'inadempimento della *lex contractus* come «vincolo (atto avente forza di legge tra le parti) funzionale al raggiungimento degli scopi da esse divisati» ⁽²⁴⁾. Il contratto è idoneo, infatti, a produrre effetti diversi ed ulteriori rispetto all'obbligazione, come appunto la garanzia, che può tutelare anche l'interesse ad ottenere un risultato non raggiungibile mediante la collaborazione della controparte: il legislatore «ha utilizzato la garanzia edilizia come effetto sostitutivo del diritto all'adempimento che non può sorgere per l'assioma logico “*impossibile nulla obligatio*”» ⁽²⁵⁾. In questo senso, il contratto opera come «strumento di accollo di rischi» ai contraenti: l'inadempimento del contratto consiste dunque nella «mancata attuazione dell'interesse oggettivamente garantito» ⁽²⁶⁾ ed ha l'effetto di rendere attuali i mezzi di tutela che costituiscono il contenuto della garanzia ed agiscono come «surrogato dell'azione di adempimento» ⁽²⁷⁾.

La garanzia si distacca dunque dall'ambito proprio della cooperazione tra soggetti, e rappresenta invece «il *correlatum* giuridico del concetto economico di rischio» ⁽²⁸⁾: essa agisce su una situazione di rischio (nel senso che chiariremo) ed attribuisce al garantito la sicurezza circa uno stato di fatto o di diritto concordato ⁽²⁹⁾, tanto che abbastanza naturale è stato il suo accostamento al concetto di

⁽²³⁾ Cfr. anche L. GUFFANTI PESENTI, *Riconoscimento operoso del venditore e termine di prescrizione*, nota a Cass., Sez. Un., 13.11.2012, n. 19702, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 4, p. 1200, nt. 39, secondo cui Ulpiano «intende, semmai, ponendosi nel solco di questa consapevolezza, evidenziare un diverso profilo di utilità di detta stipulazione, meramente funzionale a consentire il risarcimento del danno subito dal compratore proprio per il caso in cui la promessa avente ad oggetto le qualità della cosa si sia rivelata impossibile per mancanza delle qualità dedotte in accordo».

⁽²⁴⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 535. Così già MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 401 ss.

⁽²⁵⁾ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 401. «Proprio all'appiattimento della nostra tradizione sul contratto obbligatorio sembra dovuta l'univocità della regola posta dall'art. 1346 c.c. per cui il contratto con oggetto impossibile è sempre nullo» (NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 537).

⁽²⁶⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 533. V. anche P. TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, p. 359.

⁽²⁷⁾ Così MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 403.

⁽²⁸⁾ MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 219, nt. 52.

⁽²⁹⁾ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 295.

assicurazione⁽³⁰⁾. Va da sé quindi che la nascita di una garanzia richiede una preesistente situazione di incertezza circa l'evento contemplato. In una prospettiva empirica, la garanzia sostituisce all'incertezza la sicurezza che le conseguenze avverse dell'evento saranno fatte ricadere sul garante invece che sul garantito: «il presupposto del negozio di garanzia è la incertezza del creditore garantito. Se non esiste questo presupposto, il negozio è un *nihil agere*. Non rileva la incertezza o meno del debitore, ma sì quella del creditore. Egli deve essere nella incertezza di poter ottenere quel risultato, che si ripromette dalla attività del debitore o dal contratto. Se egli sa già di poter ottenere quel risultato, l'assicurazione non ha valore»⁽³¹⁾. Questo pensiero, formulato da Gorla sotto la vigenza del precedente codice, trova corrispondenza nell'accezione comune⁽³²⁾ ed in quella economica di rischio⁽³³⁾ e riceve numerose conferme anche da parte delle disposizioni dell'attuale codice in materia di vendita⁽³⁴⁾.

Quanto sin qui detto può valere anche rispetto alle garanzie per i cc.dd. vizi giuridici del bene (artt. 1478-1489 c.c.), regolate secondo modelli analoghi alle garanzie edilizie: in forza dell'oggettiva presenza dei vizi o del verificarsi del fatto evizionale – e senza la mediazione della violazione di un obbligo del venditore⁽³⁵⁾ – automaticamente il compratore ha a disposizione dei mezzi di tutela che vanno anche in questo caso dalla restituzione parziale del prezzo, allo scioglimento del contratto, al risarcimento del danno. Non a caso, le teorie che sono state formulate per inquadrare dogmaticamente queste norme sono le medesime già viste a proposito delle garanzie per i vizi materiali⁽³⁶⁾. Anche le garanzie per i vizi giuridici assumono la natura di garanzia pura, ossia di «assicurazione» contro il

⁽³⁰⁾ V. ANGELONI, *Clausole di garanzia nelle compre-vendite commerciali*, Napoli, 1924, p. 24 ss.; GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., p. 89; MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 412; LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 163 ss.

⁽³¹⁾ GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., pp. 90-91.

⁽³²⁾ Il rischio consiste nella «eventualità di subire un danno connessa a circostanze più o meno prevedibili» (*Vocabolario online Treccani*).

⁽³³⁾ «Il rischio nasce quando da situazioni incerte derivano conseguenze negative in termini monetari o, più in generale, di utilità»; si veda anche la diversa teoria che contrappone il rischio all'incertezza, ma in realtà intendendo il rischio «come associato a una situazione di incertezza oggettivamente probabilizzabile; ogni situazione non suscettibile di attribuzione oggettiva di probabilità sarebbe al contrario incertezza in senso proprio», come nel caso del c.d. rischio d'impresa: cfr. F. PRESSACCO, voce *Rischio*, nel *Dizionario di Economia e Finanza Treccani online*, 2012.

⁽³⁴⁾ Si tratta ad esempio degli artt. 1482, 1489, 1491 c.c.

⁽³⁵⁾ Per vero, secondo alcuni autori la garanzia per evizione si affiancherebbe ad un obbligo di fare acquistare la proprietà sulla cosa (c.d. supergaranzia: GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., p. 89; MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 402, nt. 51), ma i presupposti per la produzione dei suoi effetti di tutela sono i medesimi, non essendo necessaria la prova dell'inadempimento.

⁽³⁶⁾ Cfr., a proposito della garanzia per evizione, LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 413 ss.

rischio della privazione del bene o della scoperta di diritti di terzi ⁽³⁷⁾.

Le conclusioni circa l'essenzialità del rischio nella garanzia ed il suo rapporto con l'incertezza consentono di sgombrare il campo da un possibile equivoco, per via del quale spesso, soprattutto in passato, si è sostenuto che queste norme sancirebbero dei rimedi contro l'errore da cui sarebbe viziata la volontà dell'acquirente ⁽³⁸⁾. La tutela offerta dalle garanzie contro i vizi e l'evizione prescinde infatti dai vizi del consenso, in quanto richiede unicamente l'oggettivo verificarsi del fatto lesivo dell'interesse dell'acquirente (manifestazione del vizio o evizione). Al contrario, «la conoscenza o facile riconoscibilità del vizio è trattata dalla legge come un fatto impeditivo [...], non rilevando l'errore del compratore come fatto costitutivo della tutela predisposta con la garanzia. Sicché il contratto nasce valido, benché il compratore ignori l'esistenza del vizio» ⁽³⁹⁾: anzi, la garanzia quale effetto del contratto si produce *proprio in quanto* il compratore è incerto circa il futuro verificarsi di un evento che ha comunque radice in un fatto precedente la stipulazione del contratto ⁽⁴⁰⁾. In questo senso si giustificano le norme che escludono la garanzia qualora l'acquirente sia a conoscenza del vizio: se il vizio gli è noto (artt. 1479, 1482, 1489, 1491 c.c.), egli non è tutelato in questa forma, perché si deve ritenere che abbia inteso accettare il bene con le sue caratteristiche, potendo far valere l'esistenza del vizio nel corso delle trattative per negoziare un diverso prezzo o, in alternativa, rinunciare all'affare ⁽⁴¹⁾.

Nel caso dei vizi materiali, la garanzia è esclusa anche in caso di «facile riconoscibilità» dei medesimi, a meno che vi sia stata una esplicita dichiarazione del venditore sull'assenza di vizi (art. 1491 c.c.). La parificazione dell'ignoranza colposa alla conoscenza significa che al compratore è imposto un onere di verifica diligente della cosa prima dell'acquisto (o, il che è lo stesso, che il venditore può fare affidamento sul fatto che il compratore avesse conosciuto ed accettato i vizi facilmente osservabili, e che quindi essi siano esclusi dalla garanzia) ⁽⁴²⁾, onere dal quale può essere sollevato qualora il venditore presti garanzia anche per i cc.dd. vizi

⁽³⁷⁾ GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., p. 94. E v. anche L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, 1975, pp. 24-25.

⁽³⁸⁾ V. ad esempio G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, nel *Commentario del Codice Civile*, libro IV, tomo III, Torino, 1960, p. 85. Su questa teoria e sulle critiche rivolte ad essa, cfr. CARBONI – BALLORIANI, *Le garanzie e la vendita di cosa altrui*, cit., p. 1010 ss.

⁽³⁹⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 535, nt. 16.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 415 ss., a proposito della garanzia per evizione.

⁽⁴¹⁾ Cfr. anche l'art. 1482, comma 2, c.c. riferito alla possibilità per il compratore di sospendere il pagamento del prezzo in caso di pericolo di rivendica, che esclude la possibilità di utilizzo del rimedio «se il pericolo era noto al compratore al tempo della vendita».

⁽⁴²⁾ Cfr. G. GORLA, voce *Azione redibitoria*, nell'*Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 879.

palesi, assumendo anche il rischio relativo a questi, ferma in ogni caso l'esclusione della copertura per i vizi effettivamente noti all'acquirente.

Circa i mezzi di tutela che costituiscono il contenuto della garanzia, si è già detto che essi possono consistere nelle azioni *quantum minoris* e *redhibitoria* (che il codice chiama risoluzione) ⁽⁴³⁾ e nel risarcimento del danno. Alle tradizionali azioni edilizie, di carattere restitutorio, si è comunemente assegnata la funzione di riequilibrare i termini dello scambio, ossia di preservare l'equilibrio tra le prestazioni, quale era stato pattuito dai contraenti ⁽⁴⁴⁾, tutelando il compratore contro il cattivo affare ⁽⁴⁵⁾ e nei limiti del c.d. interesse negativo.

Secondo l'opinione maggioritaria, il risarcimento del danno di cui all'art. 1494, co. 1, c.c. estende invece la tutela fino a coprire il pieno interesse positivo, comprensivo in particolare del lucro cessante ⁽⁴⁶⁾. L'obbligo risarcitorio viene infatti anch'esso incluso tra gli effetti della garanzia, di cui rappresenta «un aspetto peculiare» ⁽⁴⁷⁾. Coerentemente, la possibilità per il venditore di fornire la prova

⁽⁴³⁾ Ma sulla distanza rispetto all'azione di risoluzione *ex art. 1453 c.c. v. MENGONI, Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 391 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 2 ss.

⁽⁴⁵⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 548.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 404 ss.; P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*², nel *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 275; R. CALVO, in *La tutela per vizi e difetti qualitativi*, in P. SIRENA (a cura di), *Vendita e vendite*, nel *Tratt. dei contratti* diretto da V. Roppo, I, Milano, 2014, p. 311 (e v. anche gli autori citati in nt. 69); PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 300; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 492. Cfr. quest'ultimo autore anche per una disamina delle diverse voci di danno che possono venire in considerazione nelle distinte ipotesi di concorso con l'azione di riduzione del prezzo o di risoluzione. In giurisprudenza cfr. Cass. 1.2.1995, n. 1153, secondo cui il risarcimento si estende «a tutto l'interesse positivo: il compratore deve essere posto nella situazione economica equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se la cosa fosse stata immune da vizi e non a quella in cui si sarebbe trovato se non avesse concluso il contratto o se lo avesse concluso a prezzo inferiore»; Cass. 19.11.1985, n. 5686. V. più di recente anche Cass. 12.6.2014, n. 13403, per la massima (trattativa) secondo cui «l'azione di risarcimento danni proposta ai sensi dell'art. 1494 c.c., può estendersi a tutti i danni subiti dall'acquirente (per l'eliminazione dei vizi della cosa venduta, per il mancato utilizzo della stessa, per il lucro cessante da mancata rivendita del bene)». *Contra* C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 450 ss., secondo cui la norma darebbe luogo ad una fattispecie di responsabilità precontrattuale per violazione dell'obbligo di comunicare i vizi durante le trattative (erede dell'antica *actio empti*), cosicché il risarcimento si limiterebbe comunque al solo interesse negativo. Nello stesso senso anche M. MANTOVANI, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 172.

⁽⁴⁷⁾ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 404 ss. Nel pensiero di questo autore, il risarcimento dell'interesse positivo si lega alla concezione della garanzia per i vizi come «un surrogato della pretesa di adempimento» che affonda nella sua evoluzione a partire dall'unificazione giustiniana tra *actiones* edilizie e *actio empti* (ma per una critica di questo argomento v. ancora CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 418 ss.). Cfr. anche GRECO – COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 277; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 299-300. Gli autori che vedono le azioni edilizie come sanzioni per l'inesatto adempimento dell'impegno traslativo (nelle sue varianti: v. *infra*, cap. II, § 3) riconducono per questa via la pretesa di risarcimento del danno al fenomeno della responsabilità

liberatoria «di aver ignorato senza colpa i vizi della cosa» non viene vista come indice di una responsabilità contrattuale fondata sulla condotta negligente del venditore, bensì come un limite dell'ampiezza della garanzia con riferimento a questo specifico effetto, con finalità di «contemperamento equitativo degli interessi in conflitto»⁽⁴⁸⁾.

La limitazione si spiega agilmente come frutto di una scelta di politica del diritto, allo scopo di non gravare eccessivamente la posizione del venditore. Mentre, infatti, rispetto alle azioni edilizie il rischio di quest'ultimo è limitato alla perdita del prezzo pattuito (eventualmente con l'aggiunta delle spese e dei pagamenti legittimamente fatti, come prevede l'art. 1493 c.c.), il risarcimento esteso all'interesse positivo potrebbe essere anche di gran lunga superiore, tanto che sarebbe iniquo accollarlo in ogni caso al venditore⁽⁴⁹⁾. La scelta, del resto, è in linea con la generale cautela del legislatore nei confronti della tutela risarcitoria del lucro cessante, ben evidente anche nell'art. 2056, comma 2, c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale, oltre che, come vedremo, nella disciplina dell'assicurazione contro i danni (art. 1905, comma 2, c.c.), che costituisce un'altra importante ipotesi di garanzia pura.

La dottrina prevalente ritiene, coerentemente con le premesse teoriche delineate, che i vizi rilevanti per l'attivazione delle garanzie edilizie siano solamente quelli preesistenti alla conclusione del contratto⁽⁵⁰⁾. La stessa conclusione vale anche per la garanzia di funzionamento, istituito nato nella prassi e disciplinato dall'art. 1512 c.c.⁽⁵¹⁾. La particolarità di questo tipo di garanzia è che

contrattuale: v. D. RUBINO, *La compravendita*², nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962, p. 633 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, nel *Tratt. di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, p. 708 ss.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 390.

⁽⁴⁸⁾ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 407, secondo il quale la *ratio* equitativa viene meno nella fattispecie regolata dall'art. 1497 c.c., per via della gravità del difetto (p. 412). Nel senso esposto nel testo si esprime anche PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 300. Questa scelta circa la natura dell'esimente prevista dall'art. 1494, comma 1, c.c., d'altra parte, è l'unica possibile nell'ambito dell'orientamento favorevole alla risarcibilità dell'interesse positivo in questa ipotesi, dato che non è concepibile per le note ragioni un'obbligazione avente per oggetto la produzione del risultato atteso. A voler ricondurre la norma al modello obbligatorio, la fattispecie dovrebbe essere invece situata nell'ambito precontrattuale, con limitazione del risarcimento all'interesse negativo: così infatti CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 450 ss., che pur riconosce come «la soluzione di matrice romanistica possa apparire insufficiente nell'attuale momento storico» e cita ad esempio la scelta opposta della Convenzione dell'Aja del 1.7.1964.

⁽⁴⁹⁾ La riconduzione del risarcimento del lucro cessante nell'ambito degli effetti della garanzia vale poi a smentire un'affermazione non infrequente rispetto alla figura della garanzia, ossia che essa abbia come unica funzione quella di riequilibrare i termini dello scambio (v. anche *infra*).

⁽⁵⁰⁾ V. per tutti LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 482.

⁽⁵¹⁾ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 522. Sull'origine dell'istituto cfr. S. CHERTI, *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Padova, 2004, p. 33 ss. L'ascrivibilità dell'istituto alla figura della

essa tutela l'interesse del compratore al buon funzionamento del bene «per un tempo determinato»: a differenza delle disposizioni sulle garanzie edilizie, l'art. 1512 c.c. mette ben in evidenza il legame tra la durata e l'interesse tutelato, ossia l'interesse alla sicurezza circa la funzionalità del bene per una certa durata ⁽⁵²⁾. Mentre il profilo della durata rimane in ombra nel testo degli artt. 1490-1495 c.c. ⁽⁵³⁾, esso emerge con chiarezza dall'art. 1512 c.c., tanto che dottrina e giurisprudenza sono giunte ad affermare addirittura la nullità della garanzia in mancanza di specificazione del periodo di riferimento ⁽⁵⁴⁾. Questo perché, come vedremo più ampiamente in seguito, da un lato l'interesse alla sicurezza è apprezzabile solo rispetto ad un riferimento temporale, che indichi la durata per la quale è garantita al compratore una tutela contro i malfunzionamenti; dall'altro, è necessario che anche la posizione passiva del venditore-garante sia delimitata temporalmente, in modo da non esporre quest'ultimo ad una soggezione potenzialmente indeterminata.

2. *L'assicurazione contro i danni.*

Benché le disposizioni del codice civile relative al contratto di assicurazione contro i danni non facciano espresso riferimento al concetto di garanzia ⁽⁵⁵⁾, parte autorevole della dottrina ritiene che questo tipo contrattuale offra una delle epifanie

garanzia pura è confermata dall'assenza del requisito della c.d. «colpa» (nel senso di inadempimento) del venditore: come nel caso delle garanzie edilizie, l'unico presupposto di attivazione dei rimedi previsti dalla garanzia di buon funzionamento è il manifestarsi del difetto e al venditore non è concessa la prova liberatoria dell'impossibilità della prestazione. Cfr. GRECO – COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 366; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 396. Negano tuttavia che la garanzia in questione dia luogo ad una vera e propria assunzione del rischio (cuore del concetto di garanzia pura) LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 520; R. CALVO, *Consegna di cosa diversa e garanzia di buon funzionamento*, in SIRENA (a cura di), *Vendita e vendite*, I, cit., p. 361.

⁽⁵²⁾ Cfr. CHERTI, *Le garanzie convenzionali nella vendita*, cit., p. 61 ss.

⁽⁵³⁾ Anche se, come si vedrà, è l'art. 1495 c.c. a dare consistenza temporale all'estensione delle garanzie edilizie, mediante l'introduzione del termine di prescrizione.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 523. Secondo CHERTI, *Le garanzie convenzionali nella vendita*, cit., pp. 63-64, tuttavia, la nullità potrebbe essere evitata mediante un'integrazione in base agli usi o a criteri di normalità riferibili alla categoria merceologica del bene.

⁽⁵⁵⁾ Le impostazioni più accreditate ritengono di dover nettamente distinguere la struttura dei contratti di assicurazione contro i danni, caratterizzati dalla necessaria presenza di un interesse al risarcimento di un danno (nel senso che si vedrà in seguito) e dalla c.d. funzione indennitaria, da quelli di assicurazione sulla vita, in cui l'evento contemplato non è invece di per sé produttivo di un danno in senso proprio, per i quali si afferma quindi una funzione previdenziale: cfr. P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo e o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 41 ss.; ed anche G. COTTINO – M. IRRERA, *Il contratto di assicurazione in generale*, in O. CAGNASSO – G. COTTINO – M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, nel *Tratt. di dir. comm.* diretto da G. Cottino, X, Padova, 2001, p. 69 ss.

più chiare ed esemplari della garanzia pura nel diritto positivo ⁽⁵⁶⁾, tanto da costituirne addirittura l'archetipo sistematico. E difatti, anche nell'esaminare la struttura e la funzione delle garanzie per vizi nella vendita diversi autori ne hanno sottolineato la similitudine con le caratteristiche del tipo assicurativo.

A conferma di questa tesi, si può osservare che la prestazione dell'assicuratore presenta senz'altro le caratteristiche strutturali e funzionali essenziali che abbiamo individuato in precedenza nella garanzia per vizi. Il congegno effettuale che fa da perno al rapporto assicurativo comporta che l'indennità sia dovuta all'assicurato senza che, ovviamente, venga in alcun modo in considerazione la condotta dell'assicuratore né questi possa opporre alcuna esimente rispetto al proprio obbligo. La funzione dell'assicurazione è infatti, come si afferma abitualmente, quella di «trasferire il rischio» del sinistro dall'assicurato all'assicuratore, che in cambio del pagamento dei premi garantisce la neutralizzazione delle conseguenze mediante l'indennizzo, provvedendo poi a ripartirne il costo tra i diversi assicurati ⁽⁵⁷⁾.

Il rapporto che lega assicuratore ed assicurato è stato oggetto di un lungo dibattito che è in grado di gettare luce, in una prospettiva più ampia, anche sulla natura della garanzia pura. Anche in questo caso, parte della dottrina ha tentato di qualificare la relazione tra le parti mediante lo schema consueto dell'obbligazione ⁽⁵⁸⁾. Questa prospettiva si è però rivelata ancora una volta insoddisfacente per via dei limiti intrinseci della figura dell'obbligazione e per le peculiarità del rapporto che nasce dal contratto di assicurazione.

In una prima direzione, alcuni autori hanno preso spunto dalla configurazione romanistica dell'*obligatio*, tra i cui contenuti era contemplato anche il *praestare*, sostenendo che la posizione dell'assicuratore potrebbe essere descritta come

⁽⁵⁶⁾ TUCCI, voce *Garanzia*, cit., p. 581; CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 23. Cfr. anche FRAGALI, voce *Garanzia*, cit., p. 449. Già E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, p. 83, vedeva nell'assicurazione contro i danni un «caratteristico esempio» di «responsabilità per garanzia (Garantiehftung)», accostandola alle fattispecie di garanzie per vizi nella vendita, seppur ancora nell'ottica (romanistica) dell'obbligazione di *praestare* (per una critica a questa prospettiva v. *supra*, § 1; e cfr. anche, rispetto anche al pensiero di Betti, PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 387 ss.).

⁽⁵⁷⁾ Cfr. G. FANELLI, *Le assicurazioni*, I, nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, p. 19 ss., che illustra la struttura di tipo mutualistico che sempre caratterizza l'operazione assicurativa nel suo complesso almeno dal punto di vista economico.

⁽⁵⁸⁾ Secondo PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 384, «con ogni probabilità, un così tenace attaccamento alla figura è alimentato anche dalla più o meno consapevole inclinazione a ricondurre ogni vincolo giuridico all'obbligazione, ma è proprio nel quadro del contratto di assicurazione – oltre che del contratto di vendita – che si è giunti al sovvertimento di questa sovrapposizione e all'identificazione dei caratteri propri della garanzia come vincolo autonomo ed ulteriore rispetto all'obbligazione».

un'obbligazione avente ad oggetto l'assunzione del rischio altrimenti gravante sull'assicurato⁽⁵⁹⁾. La tesi presta evidentemente il fianco alle stesse critiche rivolte all'utilizzo della medesima categoria nell'ambito delle garanzie edilizie. Alla luce di quanto già osservato circa le caratteristiche indefettibili del rapporto obbligatorio ed il ruolo essenziale assunto dal comportamento del debitore, non si può che ribadire l'estraneità del *praestare* nel senso di assunzione di un rischio al concetto moderno di obbligazione, nel quale la prestazione (nonostante la derivazione etimologica) ha assunto una configurazione più ristretta che fa perno in ogni caso su una condotta umana possibile come mezzo per la soddisfazione dell'interesse dedotto nella posizione attiva del rapporto⁽⁶⁰⁾.

È evidente che, nell'ambito del rapporto che nasce con il contratto di assicurazione, il comportamento dell'assicuratore non è minimamente preso in considerazione nella sua idoneità a proteggere l'assicurato dal rischio, ma solamente in quanto diretto, nella fase successiva al verificarsi del sinistro, a neutralizzarne le conseguenze dannose mediante la corresponsione dell'indennità.

Ulteriormente, è stato mosso il rilievo per cui la tesi in esame non chiarirebbe in alcun modo l'effettivo contenuto dell'obbligo dell'assicuratore, dal momento che sintagmi come «assunzione del rischio» o altri simili⁽⁶¹⁾ sono meramente descrittivi e si limitano a sintetizzare le conseguenze che la sola esistenza del contratto svolge, per di più sul piano economico o psicologico; ma non esprimono nulla circa gli effetti che derivano dal rapporto sul piano strettamente giuridico e che lo caratterizzano⁽⁶²⁾. L'inadeguatezza di queste formule è messa per di più in luce anche dall'obiezione per cui il rischio (ossia, come vedremo, la possibilità di subire un pregiudizio) non cessa certo di gravare sul bene dell'assicurato, dal momento

⁽⁵⁹⁾ V. specialmente L. BUTTARO, voce *Assicurazione (contratto di)*, nell'*Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, pp. 467-468; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, p. 37 ss., che pur affiancando la «prestazione di garanzia» a quelle di dare, fare e non fare, sulla scorta dell'esperienza romanistica, sembra rendersi conto della non coincidenza tra il concetto di prestazione nei diversi ambiti della garanzia e dell'obbligazione.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, cit., p. 73. Con specifico riferimento all'assicurazione, CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 35 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 292.

⁽⁶¹⁾ Se di assunzione o sopportazione del rischio (o delle sue conseguenze) si può parlare nella prospettiva dell'assicuratore, di sua neutralizzazione dovrà invece dirsi nella prospettiva dell'assicurato. Da un punto di vista esterno, invece, potrebbe affermarsi che l'operazione conduce ad un trasferimento del rischio dalla sfera giuridica di un soggetto a quella di un altro. I termini sono in ogni caso in gran parte impropri, come si vedrà poco innanzi, e verranno da noi usati soltanto in senso descrittivo e per comodità di esposizione.

⁽⁶²⁾ Così già la dottrina tedesca del secolo scorso: cfr. l'analisi di A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, pp. 151-152; e ancor oggi, nella dottrina italiana, CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 19; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 380 e la dottrina ivi citata.

che il contratto può attribuire unicamente la sicurezza dell'indennizzo, quale strumento per neutralizzare le conseguenze negative del sinistro, ma non certo quella che il sinistro non si verificherà⁽⁶³⁾. Dal punto di vista dell'assicuratore, invece, si ha l'assunzione di un rischio nel senso della possibilità di dover corrispondere l'indennizzo⁽⁶⁴⁾.

Sempre restie ad abbandonare la prospettiva egemone del rapporto obbligatorio – ma dotate di una maggiore attenzione per la puntuale individuazione degli effetti giuridici peculiari del contratto di assicurazione – si sono rivelate le diverse teorie che pongono l'attenzione sull'obbligo di corrispondere l'indennità al verificarsi dell'evento dannoso, che costituirebbe la vera prestazione a carico dell'assicuratore.

I fautori della c.d. teoria della prestazione indennitaria tendevano a limitare la posizione giuridica dell'assicuratore a questo solo obbligo, assegnando un rilievo puramente extra-giuridico alla funzione di copertura del rischio⁽⁶⁵⁾. Questa ricostruzione è però chiaramente riduttiva poiché non consente di dare la dovuta importanza al nesso tra la prestazione e la sua funzione di reintegrazione del patrimonio dell'assicurato e per di più non contribuisce a descrivere adeguatamente il rapporto tra obbligo ed evento dannoso⁽⁶⁶⁾. Inoltre, essa nega ogni significato alla fase precedente al sinistro, durante la quale l'assicurato gode già sicuramente di un effetto utile, che anzi si produce per tutta la durata del rapporto persino nel caso in cui il sinistro non si verifichi. Anche in questa eventualità, infatti, il pagamento dei premi da parte dell'assicurato risulta adeguatamente bilanciato da una controprestazione, la quale non può evidentemente ridursi al versamento dell'indennizzo.

Maggiori consensi ha riscosso la tesi che configura l'indennizzo come oggetto di una prestazione condizionata all'evento dannoso⁽⁶⁷⁾. In questo senso risulta apprezzabile il tentativo di dare una qualificazione dogmatica al meccanismo che

⁽⁶³⁾ Cfr. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 103; CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 78 ss. Di questo ben si rende conto anche SCALFI, *I contratti di assicurazione*, cit., p. 39.

⁽⁶⁴⁾ G. SCALFI, *Assicurazione (contratto di)*, nel *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, IV, vol. I, Torino 1987, p. 341; FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 103.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. la ricostruzione di CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 26 e bibliografia ivi citata. La critica è risalente e proviene dal dibattito tedesco: cfr. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 151, nt. 58.

⁽⁶⁶⁾ V. sempre CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., pp. 26-27.

⁽⁶⁷⁾ Per i dovuti riferimenti cfr. ancora CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., pp. 28-29 (e pp. 34-35, ove si analizza la variante della teoria che ravvisava un'obbligazione incondizionata con prestazione condizionata). La tesi è fatta propria, tra gli altri, da A. DONATI, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1937, p. 407 ss.; e da G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943 I, p. 230 s.

consente di attribuire efficacia ad un evento futuro e incerto, compiendo una scelta che probabilmente è l'unica praticabile se non si accetta di abbandonare la prospettiva dell'obbligazione. Tra le convincenti critiche mosse a questa impostazione ⁽⁶⁸⁾ spicca tuttavia quella secondo cui nemmeno il riferimento all'obbligazione condizionata (che implica quindi degli effetti non ancora attuali) è in grado di dare adeguato conto degli effetti speculari (attribuzione di un vantaggio ed imposizione di un vincolo) che si producono in capo alle parti per tutta la durata del rapporto, indipendentemente dal verificarsi del sinistro ⁽⁶⁹⁾, e che sono in grado di fornire una giustificazione causale al pagamento dei premi. Inoltre, non viene chiarito un aspetto centrale della questione, ossia quali siano i rapporti tra le conseguenze del sinistro e la prestazione dell'assicuratore.

La svolta decisiva si è avuta con l'abbandono del modello del rapporto obbligatorio – una volta preso atto della sua idoneità a rappresentare adeguatamente la situazione in esame – per cercare di individuare altri schemi in grado di qualificare gli effetti giuridici di carattere immediato che consentono di attribuire rilevanza all'evento dannoso nell'assicurazione contro i danni ⁽⁷⁰⁾. I punti da tener fermi nell'elaborazione di una figura teorica adeguata consistevano, sul piano strutturale, nell'esigenza di fornire rilievo attuale ad un evento futuro incerto, sancendo l'idoneità di tale evento a far nascere un obbligo di contenuto parametrato alle sue conseguenze nella sfera dell'assicurato; sul piano funzionale, nella correlata esigenza di rappresentare l'idoneità di questo congegno giuridico a realizzare l'effetto (economico) di neutralizzare un rischio ponendone le conseguenze in capo ad un diverso soggetto.

La dottrina ha dunque ipotizzato la seguente ricostruzione: dal contratto viene fatto dipendere un effetto giuridico attuale, ossia l'«attribuzione convenzionale ad un fatto (che, altrimenti, sarebbe giuridicamente irrilevante) del valore di fattispecie costitutiva di un'obbligazione», che si ritiene esso stesso in grado di soddisfare in modo immediato l'interesse dell'assicurato alla sicurezza ⁽⁷¹⁾. Questo congegno

⁽⁶⁸⁾ Cfr. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 132 ss.; CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 28 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 292 ss.

⁽⁶⁹⁾ La natura durevole del vantaggio attribuito all'assicurato, anche prima del verificarsi del sinistro, è alla base della qualificazione dell'assicurazione come rapporto di durata: cfr. A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 4, p. 516 ss.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., spec. p. 171 ss. Le tesi di Gambino sono state di recente riprese da CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 61 ss.

⁽⁷¹⁾ SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., p. 1277, nt. 10. Queste parole, che sembrano corrispondere al pensiero espresso da GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 124 ss., si lasciano preferire per la maggiore precisione

determina di riflesso in capo alle parti delle situazioni giuridiche soggettive speculari e legate tra di loro in un rapporto giuridico. Esse consisterebbero, dal lato passivo, in una soggezione, ossia nella «impossibilità giuridica di sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli collegate, attraverso un regolamento negoziale, al verificarsi di un evento indipendente dalla libera volontà del soggetto, che a quelle conseguenze è sottoposto» ⁽⁷²⁾; e dal lato attivo in una aspettativa riferita al mutamento giuridico dipendente dall'evento contemplato ⁽⁷³⁾. Dal punto di vista funzionale, si è messo in evidenza come l'evento agisca in maniera distinta sulle singole posizioni: esso determina *per relationem* il contenuto di una di esse o anche di entrambe, ma in modo non correlato, cosicché anche l'equilibrio economico finale del rapporto risulta condizionato dall'evento incerto ⁽⁷⁴⁾. Per questo motivo, dato che il rapporto tra le prestazioni risulta essenzialmente incerto, si ritiene che il contratto assuma natura aleatoria ⁽⁷⁵⁾.

La teoria da ultimo illustrata coglie senza dubbio la sostanza del fenomeno assicurativo (e, più ampiamente, della garanzia pura), ma può essere ulteriormente precisata alla luce di alcune critiche recenti. L'adeguatezza della qualificazione della posizione di vantaggio dell'assicurato in termini di aspettativa è stata messa in dubbio, osservando che il concetto di aspettativa rimanda, per sua stessa natura, alle conseguenze giuridiche dell'evento incerto come unici effetti finali e realmente soddisfattivi dell'interesse primario del garantito ⁽⁷⁶⁾, omettendo di considerare che la garanzia stessa è già, di per sé, un effetto finale che attribuisce al garantito una precisa ed immediata utilità consistente nello stato di sicurezza (non solo psicologica) del mantenimento di un certo stato di fatto o di diritto ⁽⁷⁷⁾. Se però si prosegue il percorso, pur avviato dalla dottrina citata, di autonomizzazione della figura della garanzia pura, non è più necessario fare riferimento alle discusse figure dell'aspettativa e della soggezione, ma ci si può limitare ad affermare che le posizioni giuridiche delle due parti equivalgono al lato attivo ed al lato passivo del

tecnica nella descrizione degli effetti.

⁽⁷²⁾ GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 187.

⁽⁷³⁾ GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 196 ss.

⁽⁷⁴⁾ GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 243.

⁽⁷⁵⁾ GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., pp. 245-246, ove si precisa che per la qualificazione del contratto come aleatorio occorre una «essenziale incertezza [del risultato economico finale] derivante non da eventi estranei alla dinamica contrattuale ed incidenti sul valore economico delle prestazioni, come accade per l'alea normale, ma derivante da un evento contrattualmente previsto e destinato ad incidere direttamente sul rapporto contrattuale, realizzandosi automaticamente, al suo verificarsi, un mutamento giuridico nelle posizioni giuridiche individuali».

⁽⁷⁶⁾ Così sembrerebbe intendere CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., pp. 79-80.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 293 ss.

rapporto di garanzia, evitando ogni ambiguità ed evidenziando l'esistenza di «un effetto immediato del contratto [che] dà luogo ad una situazione subito efficiente e non già eventuale» ⁽⁷⁸⁾.

Ulteriormente è possibile affermare che alcune delle proprietà strutturali e funzionali che sono state riferite al contratto di assicurazione o alla categoria dei cc.dd. contratti di rischio, della quale l'assicurazione è archetipo, si possono più direttamente riferire alla garanzia pura, quale autonoma situazione soggettiva nascente da tali contratti e che in essi assume un ruolo caratterizzante ⁽⁷⁹⁾. Il collegamento sul piano giuridico tra l'evento dannoso e l'indennizzo a cui corrisponde, sul piano economico, l'effetto di trasferimento del rischio sono realizzati a monte già dalla garanzia pura (o, se si vuole, dalla coppia aspettativa-soggezione) indipendentemente dal contesto contrattuale in cui essa risulta inserita. Se mai, le caratteristiche del contratto forniscono informazioni sul complessivo assetto di interessi predisposto dalle parti e quindi, ad esempio, sul corrispettivo che giustifica la prestazione dell'assicuratore (la quale, come chiarito, si dispiega per tutto il periodo di durata del rapporto) ⁽⁸⁰⁾.

La collocazione della garanzia pura all'interno del contratto ed il suo rapporto con gli altri effetti giuridici che costituiscono il complessivo rapporto contrattuale sono in grado, invece, di gettare luce sulle caratteristiche del sinallagma. Del resto, l'opportunità di concepire in via autonoma la garanzia pura rispetto all'assicurazione ed alla categoria dei contratti rischio è confermata dal fatto che l'effetto (in senso economico) di copertura del rischio si può inserire in una pluralità di schemi causali, cosicché non può esservi confusione tra la funzione di copertura del rischio, propria della garanzia pura, e causa assicurativa, da riferire al contratto di assicurazione nel suo complesso. Nel contratto di assicurazione contro i danni, la causa assicurativa è data dalla combinazione tra la garanzia pura, che realizza l'attribuzione in favore dell'assicurato, e gli effetti ulteriori del contratto, in primo luogo l'obbligo di effettuare la controprestazione a vantaggio dell'assicuratore (art. 1882 c.c.) ⁽⁸¹⁾.

L'analisi deve essere completata con riferimento ad altri aspetti della

⁽⁷⁸⁾ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 294.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., spec. p. 259, che individua questa categoria di contratti proprio in base alla funzione «di copertura del rischio» che si realizza mediante il meccanismo giuridico ricondotto alla situazione della garanzia pura.

⁽⁸⁰⁾ CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 78 ss.

⁽⁸¹⁾ Sui rapporti tra funzione di copertura del rischio e causa assicurativa, cfr. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 262 ss., ove si individuano gli elementi che individuano il tipo contrattuale dell'assicurazione.

disciplina dell'assicurazione che mettono in luce due ulteriori elementi riferibili immediatamente alla garanzia pura. In primo luogo, occorre osservare che la posizione giuridica dell'assicuratore è completata da un'ulteriore serie di obblighi. Di recente, la dottrina che si è occupata della struttura del rapporto assicurativo ha sottolineato come in questo ambito venga in particolare rilievo il c.d. obbligo di solvibilità, a cui oggi è dedicata anche la disciplina speciale contenuta nel codice delle assicurazioni private. Diverse norme impongono all'impresa di assicurazione l'adozione di particolari modalità di gestione patrimoniale, quali la creazione di riserve tecniche ed il mantenimento del requisito patrimoniale di solvibilità, dirette a salvaguardare la solidità finanziaria e quindi, in definitiva, la capacità di far fronte agli obblighi di indennizzo nei confronti degli assicurati ⁽⁸²⁾.

Alcune teorie, soprattutto in passato, si sono spinte sino a vedere nell'adozione di queste misure il contenuto principale della prestazione dell'assicuratore (c.d. teoria della prestazione d'impresa) e ad attribuire all'assicurato un diritto soggettivo alla sana e prudente gestione dell'impresa ⁽⁸³⁾. Pur riconoscendo che queste norme fanno sorgere non dei generici doveri, ma dei veri e propri obblighi nei confronti di ciascun assicurato ⁽⁸⁴⁾, sembra più corretto vedere questi come obblighi integrativi e strumentali, dello stesso tipo di quelli che nel rapporto obbligatorio si pongono di fianco all'obbligo primario di prestazione in funzione di conservazione della possibilità dell'adempimento ⁽⁸⁵⁾. Questa conclusione può essere generalizzata ⁽⁸⁶⁾, per arrivare ad affermare che al rapporto di garanzia pura accedono obblighi integrativi e strumentali che soddisfano anch'essi l'interesse primario del garantito alla sicurezza dell'attribuzione di un determinato stato, sul modello di quelli sanciti dall'art. 1176, comma 1, c.c. rispetto all'obbligazione: è evidente che l'automatismo effettuale che opera nella garanzia è solo idealmente sufficiente a neutralizzare le conseguenze negative dell'evento

⁽⁸²⁾ Si vedano gli artt. 36-*bis* ss. e 45-*bis* ss. cod. ass. priv., relativi rispettivamente alle riserve tecniche ed al requisito patrimoniale di solvibilità (chiamato «margine di solvibilità» prima del recepimento della direttiva «Solvency II»). Cfr. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 56 ss.

⁽⁸³⁾ Cfr. la ricostruzione di queste teorie offerta da CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 50 ss.; e anche ID., *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 301 ss.

⁽⁸⁴⁾ Così CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 50; e ID., *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione*, cit., p. 312.

⁽⁸⁵⁾ V. ancora CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 59 ss. Sull'obbligo di conservazione della possibilità di adempiere e, in generale, sul ruolo degli obblighi integrativi strumentali nell'obbligazione, cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 96 ss.; MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 159 ss. e p. 231.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 82, nt. 140.

nella sfera del garantito, essendo comunque necessario l'adempimento dell'obbligo di indennizzo per soddisfare concretamente (almeno per equivalente pecuniario) l'interesse leso⁽⁸⁷⁾.

In secondo luogo, non si possono trascurare le disposizioni codicistiche che regolano i flussi informativi tra le parti rispetto alle circostanze del rischio, ossia agli elementi di fatto che consentono di calcolare la concreta probabilità dell'evento dannoso⁽⁸⁸⁾. È evidente l'importanza di queste informazioni soprattutto nella prospettiva dell'assicuratore, che si basa su di esse per effettuare il calcolo dei premi, cosicché dal loro possesso dipende in genere la convenienza dell'affare⁽⁸⁹⁾. Dato che è l'assicurato a poter conoscere con maggiore facilità le circostanze rilevanti, è a questi che compete comunicarle all'assicuratore, così da ridurre la situazione di inevitabile asimmetria informativa⁽⁹⁰⁾. È per questo che gli artt. 1892 e 1893 c.c. sanzionano la condotta dell'assicurato consistente nel fornire dichiarazioni inesatte o reticenti rispetto alle circostanze del rischio in fase precontrattuale, sancendo, almeno secondo parte della dottrina, dei veri e propri obblighi di informazione⁽⁹¹⁾. Gli obblighi in questione permangono anche durante la vigenza del rapporto, almeno per quanto riguarda i mutamenti di circostanze che comportano un aggravamento del rischio assicurato, per i quali l'art. 1898 c.c. dispone un obbligo di comunicazione immediata a carico dell'assicurato.

Dalle riflessioni in tema di assicurazione si traggono infine altre indicazioni di sicuro interesse rispetto al concetto di rischio, che costituisce uno dei capisaldi intorno a cui ruota l'idea di garanzia pura. In ambito assicurativo si riconoscono due funzioni a tale elemento: quella di agire da presupposto della validità del contratto (poiché la sua inesistenza al momento della conclusione del contratto è causa di nullità *ex art.* 1895 c.c.) e quella di delimitare la misura dell'indennizzo, dal momento che i pregiudizi indennizzabili devono costituire concretizzazione del

⁽⁸⁷⁾ La garanzia pura si accosta per questa via all'obbligazione e alla sua natura di rapporto complesso. Cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 291, secondo cui la garanzia costituisce un «vincolo giuridico di tipo non obbligatorio a natura relazionale»; ed anche GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 191, e CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 254.

⁽⁸⁸⁾ Sulle diverse nozioni di rischio e sul concetto di circostanze del rischio, v. appena di seguito nel testo.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. S. LANDINI, *Commento sub artt. 1892-1894*, nel *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, Torino, 2011, p. 98.

⁽⁹⁰⁾ V. ancora LANDINI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁹¹⁾ Così A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*⁸, Milano, 2006, p. 127. Per le opinioni critiche a questo proposito v. LANDINI, *Commento sub artt. 1892-1894*, cit., p. 99.

rischio assicurato ⁽⁹²⁾.

Si individuano comunemente due nozioni di rischio. L'una, logicamente anteriore, è quella di *rischio extra-assicurativo* o extra-contrattuale, ed è definita come la «*possibilità* (o la *probabilità*) che si verifichi un determinato evento [...] dannoso» ⁽⁹³⁾. In questo senso, il rischio consiste nel «risultato di un *giudizio*, per il quale da uno stato di fatto conosciuto deduciamo, in base all'esperienza, il possibile o probabile verificarsi di un effetto»; con la precisazione che «i concetti di possibilità e probabilità si fondano sulla limitatezza della conoscenza umana: essendo nota l'esistenza di determinati elementi, ma mancando la conoscenza sia di tutte le circostanze di fatto, sia di tutte le leggi naturali, l'uomo formula una *congettura* in ordine al verificarsi di un certo effetto» ⁽⁹⁴⁾. Il giudizio in questione può riguardare eventi futuri, come «può contemplare anche eventi già verificatisi, purché non sia nota la realizzazione del fatto, né l'esistenza di tutte le condizioni che hanno provocato l'evento» ⁽⁹⁵⁾.

Se quindi il rischio postula l'incertezza, che è sempre una condizione soggettiva in quanto dipende dall'ampiezza della conoscenza di un soggetto, non è corretto a stretto rigore parlare di «incertezza oggettiva» e «rischio oggettivo», le quali sono semmai formule utili ad indicare l'esigenza di serietà del giudizio e di applicazione di uno sforzo ragionevole nell'ampliare la propria base di conoscenza. La dottrina dominante, tuttavia, ritiene che l'art. 1895 c.c. sancisca la necessità del ricorrere di un rischio oggettivo, ossia relativo soltanto ad eventi futuri. Quanto appena detto consente però di affermare l'arbitrarietà di questa tesi, la quale può essere valida solo in quanto fondata su una scelta di diritto positivo legata alla necessità di preservare la funzione del contratto di assicurazione ed evitare che esso assuma caratteri meramente speculativi, propri invece della scommessa ⁽⁹⁶⁾. La scelta non può essere però estesa ad ogni ipotesi di garanzia pura, se si pensa che il principio opposto vale, sempre per chiara opzione legislativa, nell'ambito delle assicurazioni marittime, ove è sufficiente l'esistenza del c.d. rischio putativo ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹²⁾ L'art. 1905 c.c. parla di «*danno sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro*».

⁽⁹³⁾ FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 101. Cfr. anche CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., pp. 24-25.

⁽⁹⁴⁾ GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 70.

⁽⁹⁵⁾ GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., pp. 71-72.

⁽⁹⁶⁾ In questo senso P. CORRIAS, *Il problema della onerosità-gratuità nel contratto di assicurazione e nei contratti aleatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, pp. 68-69.

⁽⁹⁷⁾ In base all'art. 514 c. nav., «Se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere ovvero se il sinistro è avvenuto prima della conclusione del contratto, l'assicurazione è nulla quando la notizia dell'inesistenza o della cessazione del rischio ovvero dell'avvenimento del sinistro è pervenuta, prima della conclusione del contratto, nel luogo della stipulazione o in quello dal quale l'assicurato diede l'ordine di assicurazione». Sul tema v. S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010.

Questa nozione di rischio si riferisce ad un evento per sua natura dannoso, con ciò volendosi mettere in evidenza la necessaria incidenza dell'evento su un interesse soggettivo, il quale fornisce la prospettiva da cui la disciplina dell'assicurazione valuta il rischio stesso⁽⁹⁸⁾. Nelle norme relative all'assicurazione si nota una stretta correlazione tra i concetti di rischio ed interesse⁽⁹⁹⁾. I due termini, tuttavia, sono utilizzati in accezioni non sempre univoche, tanto che una precisa comprensione della costruzione concettuale di tale disciplina presuppone una più analitica distinzione dei significati che vi corrispondono.

Sempre riferendosi per ora al solo rischio extra-assicurativo, un'autorevole dottrina⁽¹⁰⁰⁾ ha sostenuto che il giudizio sottostante si fonda essenzialmente su una situazione concreta nota (nella quale si individuano le *circostanze del rischio*) e su alcune leggi scientifiche o di esperienza che consentono di calcolare le probabilità che si verifichi un evento (l'*evento assicurato*) rilevante in quanto idoneo a cagionare un danno all'assicurato. Il danno è qui da intendersi in un senso più ampio rispetto al concetto in uso nella disciplina della responsabilità extracontrattuale, dove esso si configura quale «perdita conseguente alla lesione di un interesse protetto, lesione realizzata mediante la distruzione o il deterioramento di un bene» anche di tipo immateriale⁽¹⁰¹⁾. Il *danno «assicurativo»* può consistere tanto nella lesione del rapporto tra il soggetto assicurato ed un bene (l'*interesse assicurato*)⁽¹⁰²⁾ quanto nella mera diminuzione patrimoniale che non consegua direttamente alla lesione di un interesse e che rappresenta quindi un danno meramente patrimoniale, ordinariamente non risarcibile in via aquiliana⁽¹⁰³⁾. La lesione di un interesse assicurato nelle forme della perdita o del mancato guadagno *ex art. 1223 c.c.* si ha quindi soltanto nel caso dell'assicurazione di beni esistenti o del profitto sperato, mentre manca nelle assicurazioni del patrimonio, dove il danno consiste nel sorgere di un debito (ad esempio nell'assicurazione contro la responsabilità civile)⁽¹⁰⁴⁾.

Perché si possa parlare di rischio, è necessario che all'evento sia associato un

⁽⁹⁸⁾ Cfr. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 73.

⁽⁹⁹⁾ FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 137 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ La ricostruzione che ci accingiamo ad esporre riprende in massima parte le tesi di FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 100 ss., alle quali fare riferimento dove non sia diversamente specificato.

⁽¹⁰¹⁾ C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, p. 83.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. anche CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 24.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 109 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Ci si può chiedere, in quest'ultimo caso, quale spessore assuma esattamente l'evento assicurato (e, come si vedrà, il sinistro che ne costituisce verifica in concreto). Il problema è rilevante soprattutto in tema di clausole *cc.dd. claims made*, che possono prevedere che il «sinistro» coincida tanto con la commissione del fatto dannoso che fa sorgere il debito risarcitorio, quanto con la richiesta del risarcimento da parte del danneggiato.

grado di probabilità che si discosti sia dalla certezza che dall'impossibilità ⁽¹⁰⁵⁾. L'esistenza del rischio di un evento dannoso, nel senso appena individuato, è sufficiente perché si possa individuare un *interesse al risarcimento*, che in base all'art. 1904 c.c. costituisce presupposto di legittimità del contratto di assicurazione contro i danni ⁽¹⁰⁶⁾. La ragione della previsione sta nella fondamentale esigenza di ordine pubblico di far sì che il contratto non possa far nascere un interesse dell'assicurato al verificarsi dell'evento ⁽¹⁰⁷⁾. In tal caso, infatti, l'evento lesivo non sarebbe più avverso per l'assicurato, che perderebbe l'interesse alla conservazione del bene, con le rovinose conseguenze di sistema che ben si possono immaginare ⁽¹⁰⁸⁾. Per questo motivo, dunque, l'interesse al risarcimento costituisce non solo il presupposto di validità, ma anche il limite di efficacia del rapporto di garanzia (art. 1905 c.c.), dal momento che la misura della prestazione dell'assicuratore non può superare la misura del danno (c.d. *principio indennitario*) ⁽¹⁰⁹⁾.

Il ruolo dell'interesse al risarcimento nell'assicurazione contro i danni viene generalizzato parlando di *interesse all'assicurazione* come presupposto che riguarda anche l'altra categoria di contratti assicurativi, quelli di assicurazione sulla vita ⁽¹¹⁰⁾. Nell'ambito di questi ultimi, infatti, non si può parlare propriamente di un interesse al risarcimento, dato che gli eventi contemplati, «attinenti alla vita umana» (art. 1882 c.c.), non necessariamente sono idonei a cagionare un danno ⁽¹¹¹⁾. Inoltre, per questa categoria di contratti non vige il limite rigoroso del principio indennitario, e le parti sono più libere di determinare la misura

⁽¹⁰⁵⁾ V. anche GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 75.

⁽¹⁰⁶⁾ FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 149 ss. precisa che l'interesse al risarcimento deve essere specifico, attuale, lecito e di natura economica. Potrebbe però osservarsi che l'interesse in sé potrebbe avere anche altra natura, purché le utilità a cui si riferisce siano, come l'autore richiede, suscettibili di valutazione in denaro così da poter fungere da parametro per la determinazione dell'indennizzo. È evidente il parallelo che si instaura così con l'art. 1174 c.c. Cfr. anche CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 25.

⁽¹⁰⁷⁾ FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., pp. 76 e 103.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. G. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, Padova, 1967, p. 85, anche a proposito dell'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1914 c.c.; e più di recente P. CORRIAS, *Giulio Partesotti e il diritto delle assicurazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018,1, p. 4.

⁽¹⁰⁹⁾ Su cui vedi ancora PARTESOTTI, *La polizza stimata*, cit., p. 87 ss.; CORRIAS, *Giulio Partesotti e il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 3 ss.; e anche CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 58 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Sui contratti assicurativi in generale e sulla distinzione tra contratti assicurativi in senso stretto ed altri che assicurativi non sono pur essendo emessi da imprese assicurative, cfr. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 41 ss.

⁽¹¹¹⁾ Questa è la critica mossa alle tesi cc.dd. unitarie che affermano la natura indennitaria anche delle assicurazioni sulla vita, rilevando come gli eventi attinenti alla vita umana darebbero comunque luogo ad un bisogno economico. Per un'illustrazione di queste tesi e una convincente critica, cfr. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 47 ss.

dell'indennizzo dovuto ⁽¹¹²⁾. Afferma la dottrina che, data l'attinenza dell'evento alla vita umana, in questo caso vi sarebbe sempre un interesse contrario al verificarsi dell'evento, in virtù del quale si potrebbe sempre distinguere i contratti assicurativi dal gioco e dalla scommessa, tipi aleatori nei quali l'evento è indifferente per le parti, che stipulano il contratto principalmente in vista di una *causa lucranda* ⁽¹¹³⁾. È stato poi precisato che l'assicurazione sulla vita, nelle sue varie forme, si caratterizzerebbe quale contratto aleatorio dotato di una *causa previdenziale* legata all'interesse «a proteggersi, tramite atti di autonomia privata, nei confronti di bisogni, riconosciuti come socialmente rilevanti, derivanti da accadimenti relativi alla vita umana» ⁽¹¹⁴⁾. I contratti di assicurazione sulla vita, dunque – a differenza dei contratti di assicurazione contro i danni, per i quali vige nel suo pieno rigore il principio indennitario – sono idonei a determinare un arricchimento dell'assicurato qualora si verifichi l'evento, ma si distinguono dagli altri contratti aleatori come il gioco e la scommessa per il fatto che la *causa lucranda* concorre con altre funzioni socialmente apprezzabili ⁽¹¹⁵⁾.

Tornando a considerare la struttura del rapporto di assicurazione contro i danni, si deve precisare che l'*evento assicurato* consiste nella previsione astratta di un evento dannoso, la cui probabilità di accadimento rappresenta appunto il rischio extra-assicurativo. La previsione dell'evento assicurato costituisce la fattispecie astratta ⁽¹¹⁶⁾ da cui il regolamento contrattuale fa dipendere l'obbligo di indennizzo previsto quale effetto soltanto potenziale. Ogni singolo evento corrispondente alla fattispecie astratta rappresenta un *sinistro*, ossia la fattispecie concreta che rende attuale la pretesa dell'indennizzo da parte dell'assicurato ⁽¹¹⁷⁾.

È possibile (ed anzi è usuale) che le parti, nel delineare il concreto

⁽¹¹²⁾ Cfr. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 85; CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 60.

⁽¹¹³⁾ Cfr. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., pp. 90 e 141. E v. anche Cass. 19 gennaio 2018, ord., n. 1465, secondo cui le parti del contratto di assicurazione «non hanno [...] la facoltà di pattuire che per “sinistro” debba intendersi un evento privo dei caratteri di incertezza, possibilità, dannosità, indesiderabilità. Non l'hanno perché, se fosse altrimenti, nulla distinguerebbe più l'assicurazione dalla scommessa. È insegnamento risalente e autorevole, infatti, che nell'assicurazione il rischio è effettivamente esistente; nella scommessa il rischio è artificialmente creato dalle parti».

⁽¹¹⁴⁾ CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 62.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., pp. 68-70. Come si è anticipato, e come si avrà modo di spiegare più ampiamente, sembra preferibile ritenere che un rapporto di garanzia pura in senso stretto ricorra solo nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, per via del legame della prestazione indennitaria con il danno subito dall'assicurato in cui si esprime il principio indennitario. V. anche, in questo senso, CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., pp. 262, 266 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Si veda sempre SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., p. 1277, nt. 10.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. anche GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 124 ss.

regolamento contrattuale, delimitino l'obbligo di indennizzo in base alle modalità di accadimento dell'evento assicurato (*i limiti del rischio*) o prevedendo delle franchigie, massimali, scoperti obbligatori o altri limiti alla misura dell'indennizzo. Emerge in questo modo la seconda nozione di rischio presente nella disciplina dell'assicurazione: quella di *rischio assicurato*, vale a dire il rischio concretamente dedotto dalle parti nel contratto. Mentre il rischio detto, per l'appunto, extra-assicurativo costituisce un *prius* rispetto al contratto ⁽¹¹⁸⁾, il rischio assicurato nasce con la sua stipulazione o comunque con l'inizio della sua efficacia, e consiste nella possibilità per l'assicuratore «di dover effettuare una determinata prestazione contrattuale al verificarsi dell'evento determinato» con le modalità previste ⁽¹¹⁹⁾. Questo avviene, nell'assicurazione contro i danni, solo se l'evento astrattamente contemplato abbia effettivamente prodotto un danno e questo danno sia risarcibile in base alle franchigie e alle altre limitazioni poste dal contratto. È a questo concetto di rischio che si deve fare riferimento per l'applicazione delle norme sulla cessazione, la diminuzione e l'aggravamento del rischio (artt. 1896-1898 c.c.), dato che è esso ad entrare in relazione sinallagmatica con i premi spettanti all'assicuratore e a delimitare la prestazione imposta a quest'ultimo dal contratto ⁽¹²⁰⁾.

L'affermazione tradizionale per cui l'assicurazione realizza il «trasferimento del rischio» dall'assicurato all'assicuratore può essere dunque sciolta nel senso che il contratto di assicurazione contro i danni crea in capo all'assicuratore una posizione di rischio speculare a quella di rischio extra-assicurativo dell'assicurato, in forza della quale egli è tenuto ad indennizzare le conseguenze patrimoniali negative di ogni fatto corrispondente all'evento assicurato. Correlativamente, la posizione dell'assicuratore soddisfa in via immediata e continuativa, in virtù della propria sola esistenza, l'interesse dell'assicurato alla neutralizzazione delle possibili conseguenze del rischio. In via accessoria, l'assicuratore è tenuto a conservare la propria possibilità di adempiere agli obblighi di indennizzo che possono divenire attuali nel periodo di durata del rapporto. L'assicurato, invece, deve comunicare all'assicuratore le circostanze del rischio delle quali è a

⁽¹¹⁸⁾ Anzi, si potrebbe dire, un suo presupposto mediato, poiché solo in presenza della possibilità di accadimento di un evento dannoso si può individuare un interesse al risarcimento quale presupposto di validità del contratto (v. *supra*).

⁽¹¹⁹⁾ FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 103.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., pp. 106-107; DONATI-VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, cit., p. 123, i quali precisano che questo è il rischio rilevante anche nella fattispecie dell'art. 1895 c.c. Secondo FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 108, invece è al concetto di rischio extra-assicurativo che si riferirebbero l'art. 1895 c.c. e l'art. 514 c. nav.

conoscenza, sia prima della conclusione del contratto che durante la sua vigenza.

Isolando la posizione passiva dell'assicuratore e quella attiva dell'assicurato e riconducendole ad unità funzionale, si individua l'essenza della garanzia pura, che entra nel sinallagma dell'assicurazione contro i danni quale controprestazione del pagamento dei premi. Sono evidenti i tratti di coincidenza con il modello di garanzia individuato a partire dalla disciplina dei vizi nella vendita. In comune vi sono, dal punto di vista strutturale, un effetto primario, costante e necessario, ossia l'attribuzione del valore di fattispecie ad un evento incerto (rilevante in modo oggettivo, indipendentemente da una condotta del garante) lesivo di un interesse del garantito, e alcuni effetti secondari, variabili ed eventuali, che si producono al verificarsi dell'evento suddetto. L'effetto primario comporta, da un punto di vista soggettivo, l'attribuzione immediata al garantito della certezza della soddisfazione di un determinato interesse: qualora si verifichi l'evento contemplato ⁽¹²¹⁾, che deve coincidere con una lesione dell'interesse, si producono gli effetti secondari diretti a neutralizzare le conseguenze negative dell'evento nella sfera del garantito ⁽¹²²⁾. Diversi possono essere sia gli interessi tutelati ⁽¹²³⁾ sia gli effetti secondari, purché in grado di dare soddisfazione in via surrogata all'interesse concretamente dedotto, ma la loro variabile articolazione non sembra scuotere l'unità del modello nelle sue linee di fondo.

Il dato strutturale fondamentale appena descritto trova conferma, come si vedrà a breve, nella disciplina degli altri istituti in cui si può individuare una garanzia pura, la cui analisi sarà invece utile proprio per approfondire il discorso relativo agli aspetti variabili del modello.

3. Le garanzie per vizi e molestie nella locazione.

Il modello di garanzia in origine concepito nell'ambito della compravendita e dell'assicurazione è stato poi applicato anche ad altre situazioni, nelle quali si

⁽¹²¹⁾ L'evento consiste, nell'assicurazione, nel concreto verificarsi di un sinistro corrispondente all'evento assicurato; mentre, nella garanzia per vizi della cosa venduta, nella manifestazione del vizio.

⁽¹²²⁾ Questi effetti sono l'obbligo di indennizzo nel caso dell'assicurazione (ma non sono da escludersi nemmeno obblighi di *facere* come nell'assicurazione di tutela legale: v. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 43 ss.) e la riduzione nel prezzo o la risoluzione, oltre al risarcimento del danno, nella vendita. Vedremo in seguito quali possano essere altri esempi di effetti, previsti dalla disciplina di altri tipi contrattuali come l'appalto e la vendita di beni di consumo.

⁽¹²³⁾ V. *amplius infra*, § 2, e cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 397-398.

ravvisava la medesima opportunità pratica di «trasferire un rischio» da una parte all'altra del rapporto. In particolare, alcune forme di garanzia contro i vizi della cosa oggetto del contratto hanno trovato posto anche nella disciplina tipica di ulteriori specie contrattuali.

Nella disciplina della locazione di cose, ad esempio, la figura della garanzia per vizi è comparsa già con le prime codificazioni moderne. In base all'art. 1721 del *Code Napoléon*, «il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail»⁽¹²⁴⁾: la garanzia contro i vizi che compromettono il godimento (ledendo l'interesse del conduttore) era dovuta anche se il locatore non conosceva i vizi della cosa. La medesima soluzione si trovava già nel trattato sulle locazioni di Pothier, ove la garanzia del locatore per i vizi che compromettano il godimento da parte del conduttore era detta valere anche per i difetti non conosciuti dal locatore e aveva per effetto quello di consentire lo scioglimento del contratto sul modello dell'azione redibitoria⁽¹²⁵⁾. Diversamente, il risarcimento dei danni era dovuto solo nel caso di conoscenza o ignoranza colposa dei vizi da parte del locatore, che aveva l'obbligo (espressione della buona fede) di comunicare i difetti della cosa la cui conoscenza avrebbe potuto influire sul consenso della controparte⁽¹²⁶⁾.

È evidente l'influenza del modello romanistico delle azioni edilizie, le quali tuttavia erano concesse soltanto al compratore e non al conduttore, dato che, come scriveva Ulpiano (D.21.1.63.1), «edictum ad venditiones solas pertine[ba]t». L'esclusione delle locazioni dall'ambito applicativo dell'*actio redibitoria* e della *quanti minoris* era giustificata dall'autore in base a due ragioni concorrenti: l'una per cui «numquam edilium de hac re fuerat iurisdictio» e l'altra per cui «non similiter locationes ut venditiones fiunt». La tutela contro i vizi della cosa e contro lo spossamento subito del conduttore si otteneva quindi, in uno *iudicium bonae fidei*, mediante l'azione contrattuale *ex conducto*, non diversamente da quanto possibile anche in materia di compravendita tramite l'*actio ex empto*⁽¹²⁷⁾.

L'evoluzione storica, parallelamente all'estensione dei rimedi edilizi a tutti i tipi di compravendita, mostra però un successivo affievolirsi delle ragioni dell'esclusione della locazione dall'ambito di applicazione dell'*actio redibitoria* e dell'*actio quanti minoris*. La prima ragione era infatti strettamente contingente e si

⁽¹²⁴⁾ All'art. 1721 del *Code Napoléon* si è poi ispirato l'art. 1577 del codice civile italiano del 1865.

⁽¹²⁵⁾ R.J. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, Parigi-Orléans, 1764, tr. it., *Trattato del contratto di locazione del Signor Pothier*, a cura di F. Foramiti, Venezia, 1835, p. 102 ss.

⁽¹²⁶⁾ *Ibidem*, p. 110 ss.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. L. VACCA, *Profili della "risoluzione" nella compravendita e nella locazione tra storia e comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, p. 493 ss.

legava al tipo di rapporti negoziali che si stringevano nei mercati posti sotto la giurisdizione degli edili ⁽¹²⁸⁾. La seconda, che potrebbe far pensare ad un legame inscindibile tra garanzia contro i vizi ed effetto traslativo della proprietà ⁽¹²⁹⁾, non appare a ben vedere così determinante, se si pensa che la *venditio* in diritto romano non comportava necessariamente il trasferimento della proprietà, bensì obbligava soltanto il venditore a far conseguire al compratore il possesso del bene. Al contrario, questo dato dimostra la compatibilità dell'istituto con una vicenda di attribuzione del mero possesso o di una situazione giuridica soggettiva non di tipo proprietario. E difatti, nel lungo periodo, le affinità funzionali tra i due contratti hanno finito per prevalere e l'istituto della garanzia per vizi è stato esteso anche alla locazione nelle stesse forme in cui è previsto per la compravendita ⁽¹³⁰⁾.

Il codice vigente prevede a favore del conduttore la garanzia per vizi della cosa locata (art. 1578 ss. c.c.) e la garanzia per molestie da parte dei terzi che pretendono di avere un diritto sulla cosa (art. 1585 c.c.). Benché la dottrina prevalente legga in queste disposizioni delle forme di responsabilità per inadempimento di obbligazioni, non sembrano potervi essere dubbi sulla loro riconducibilità al modello della garanzia pura. Il fatto che quella di «garantir[e] il pacifico godimento [della cosa locata] durante la locazione» figuri tra le «obbligazioni principali del locatore» menzionate dall'art. 1575 c.c. ha lo stesso valore dell'analoga previsione dettata in tema di vendita dall'art. 1476 c.c., ossia non pregiudica la ricostruzione dogmatica delle norme in questione ⁽¹³¹⁾. La derivazione – storicamente verificata – di questi strumenti di tutela dalle garanzie previste dalla disciplina della compravendita depone nel senso di un'omogeneità della natura giuridica tra i medesimi istituti, peraltro non contraddetta da alcun dato testuale. Come già rispetto alle garanzie a favore del compratore, sono argomenti decisivi ai fini della qualificazione quelli che si traggono dalla rilevanza oggettiva

⁽¹²⁸⁾ L. ABELLO, *Trattato della locazione*, Napoli, 1915, I, p. 395; R. FUBINI, *Il contratto di locazione di cose*, Milano, 1917, II, p. 108.

⁽¹²⁹⁾ Ed infatti si è espressa in questo senso quella parte della dottrina moderna che vede la garanzia per vizi come un rimedio legato all'imperfetta esecuzione della «prestazione traslativa», dell'«effetto reale» o dell'«impegno traslativo». Allo stesso modo, la dottrina prevalente ha ritenuto che la garanzia di conformità relativa ai beni di consumo trovi applicazione soltanto ai contratti che implicano un trasferimento della proprietà o comunque in esito ai quali il consumatore sia titolare di un diritto di proprietà sul bene (ad esempio l'appalto) e non di un mero diritto personale di godimento: v. per tutti G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, II, nel *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2005, p. 985. Quest'ultima conclusione appare quanto meno affrettata, a maggior ragione se si pensa che la formula «altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre» di cui all'art. 128 c. cons. non è per nulla univoca in tal senso.

⁽¹³⁰⁾ ABELLO, *Trattato della locazione*, cit., p. 395 s.

⁽¹³¹⁾ V. *supra*, § 1, nt. 11.

dei vizi e della mancanza di prova liberatoria ⁽¹³²⁾.

A differenza che nella vendita, rilevano espressamente anche i «vizi della cosa sopravvenuti nel corso della locazione» (art. 1582 c.c.) ⁽¹³³⁾. Rispetto a questi potrebbe dunque ipotizzarsi un obbligo del locatore diretto a prevenirne l'insorgenza, non ostandovi l'impossibilità logica di concepire un'obbligazione avente ad oggetto lo stato attuale della cosa. Tuttavia, nemmeno in questo caso l'esperibilità delle azioni per la risoluzione e la riduzione del canone dipende da una valutazione della condotta del locatore, che non è ammesso a provare l'inevitabilità dell'insorgenza dei vizi dovuta a causa a lui non imputabile.

Per tutta la durata del rapporto, le garanzie addossano al locatore il rischio relativo ai vizi della cosa ed alle pretese da parte di terzi, assicurando così l'interesse del conduttore al pieno e pacifico godimento dell'utilità attribuita dal contratto, consistente nel fare del bene l'«uso pattuito». Dal contratto di locazione nasce infatti un rapporto di durata, nel quale l'interesse del conduttore è soddisfatto dal godimento prolungato del bene per tutto il periodo pattuito ⁽¹³⁴⁾. Qui risiede una differenza fondamentale rispetto alla compravendita, dove l'interesse dell'acquirente risulta soddisfatto dall'acquisto della proprietà sul bene, e dunque in modo istantaneo in virtù del c.d. effetto reale del negozio. È proprio il sistema delle garanzie che introduce un elemento di durata in questo che tradizionalmente costituisce l'archetipo dei contratti istantanei, in funzione della sicurezza da attribuire al compratore ⁽¹³⁵⁾. Dato che il conduttore, invece, acquista un diritto reale di godimento ⁽¹³⁶⁾, in cui è già implicita l'idea di una certa estensione temporale, pure l'efficacia delle garanzie si commisura alla medesima durata.

4. La garanzia per vizi nell'appalto.

Anche rispetto all'appalto si osserva lo stesso processo di gemmazione dalle norme sulla compravendita. Il codice del 1865, sulla scorta della tradizione romanistica recepita nel *Code Napoléon*, riuniva nel medesimo titolo, dedicato al

⁽¹³²⁾ Diversamente, l'art. 1578, comma 2, c.c. regola il risarcimento dei danni derivati dai vizi della cosa, dovuto dal locatore «se non prova di avere senza colpa ignorato i vizi stessi al momento della consegna». La norma è da ricondurre al modello dell'art. 1494, comma 2, e quindi alla figura degli obblighi di protezione legati all'obbligo di consegna (v. *supra*, § 1).

⁽¹³³⁾ Il principio è affermato già da POTHIER, *Trattato del contratto di locazione*, cit., pp. 104-105.

⁽¹³⁴⁾ Sulla locazione come contratto di durata cfr. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, cit., p. 509 ss.

⁽¹³⁵⁾ V. *amplius* il paragrafo successivo.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. ancora LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, cit., p. 511.

contratto di locazione (artt. 1568 ss.), tanto la locazione di cose quanto la locazione di opere, di cui era sottospecie «quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo» (art. 1627, n. 3) ⁽¹³⁷⁾. Le disposizioni relative alla locazione di opere non prevedevano ancora per il committente alcuna tutela in forma di garanzia. Col nuovo codice del 1942 fa invece la sua comparsa la «garanzia per le difformità e i vizi dell'opera» regolata dagli artt. 1667 e 1668 c.c., «norme, che» – secondo la relazione del Guardasigilli – «salvo la particolarità dei termini trovano un addentellato in quelle che disciplinano la garanzia per i vizi della vendita» (n. 703) ⁽¹³⁸⁾.

Questa chiara indicazione circa la genesi dell'istituto sembra sufficiente per concludere nel senso dell'identità di natura tra garanzie edilizie e garanzia per difformità e vizi nell'appalto. Tuttavia questa tesi, inizialmente prevalente, è stata resa poi oggetto di critica e scalzata dal quella che reputa gli artt. 1667 e 1668 una disciplina della responsabilità contrattuale dell'appaltatore, seppur con tratti di specialità ⁽¹³⁹⁾.

La qualificazione come responsabilità – e dunque nel segno dell'obbligazione – sarebbe favorita da due caratteri che effettivamente differenziano la disciplina dell'appalto rispetto alla compravendita. L'appaltatore, infatti, risulta effettivamente debitore di una prestazione consistente nella realizzazione dell'*opus*, e l'assenza di vizi e difformità si pone come esito anche (e soprattutto) della sua condotta di adempimento. Si è sostenuto, dunque, che la garanzia per i vizi e le difformità entrerebbe in gioco solo in caso di inadempimento dell'obbligazione di *facere* che grava sull'appaltatore ⁽¹⁴⁰⁾. La dottrina contraria ha ribattuto facendo leva sul fatto che l'art. 1667 indica come presupposto per l'attivazione della garanzia la sola oggettiva presenza dei vizi e delle difformità e non l'inadempimento, il cui accertamento presupporrebbe una valutazione della condotta del debitore.

È utile a chiarire le differenze tra le tutele offerte dall'obbligazione e dalla garanzia, nonché i rispettivi ambiti di applicazione, anche un'analisi dell'art. 1668 c.c. La norma fa salva l'ordinaria responsabilità da inadempimento – sul

⁽¹³⁷⁾ Cfr. D. RUBINO – G. IUDICA, *Appalto*⁴, nel *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 1 ss.

⁽¹³⁸⁾ Secondo MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 437, «la disciplina dell'ipotesi di difformità e vizi nell'appalto è posta, comunque, dalla legge in analogia a quella di delle ipotesi di vizi e mancanza di qualità nella compravendita».

⁽¹³⁹⁾ V. una ricostruzione del dibattito in F. CAPPALÌ, *La natura della garanzia per i vizi dell'opera nel dibattito teorico e nell'esperienza applicativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 7/8, p. 1467 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ V. per tutti RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., p.

presupposto della «colpa» atecnicamente intesa⁽¹⁴¹⁾ – per ampliare rispetto a questa la tutela del committente mediante l’aggiunta della garanzia, il cui contenuto consiste nel diritto alla rimozione dei vizi in alternativa alle azioni di riduzione del prezzo e di risoluzione⁽¹⁴²⁾. Il significato della scelta del legislatore è ben chiaro, se si tiene a mente l’insegnamento della dottrina più accorta, la quale avverte che la condotta di adempimento mette capo ad un risultato (un *bene facere*) che, dal punto di vista del debitore, è un mezzo in vista del raggiungimento di uno scopo ulteriore dipendente anche da altri fattori non sempre controllabili⁽¹⁴³⁾.

Nell’appalto, invece, riceve diretta tutela anche l’interesse del committente al risultato finale, persino oltre il limite fino a cui potrebbe spingersi l’ordinaria responsabilità dell’appaltatore; ma questa tutela non può, per necessità logica, assumere la forma giuridica dell’obbligazione, la quale può contemplare unicamente un risultato raggiungibile mediante una condotta del debitore. «Oggetto del diritto [di credito] del committente è il risultato di lavoro che ci si può attendere da un buon appaltatore (il *diligens aedificator* del fr. 137 § 3 D. 45, 1), ossia da un’attività di prestazione condotta “secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d’arte” (art. 1662, comma 2). [...] Oltre questo limite, i difetti dell’opera possono essere a carico del debitore solo a titolo di garanzia, non di responsabilità per inadempimento, come risulta chiaramente dall’art. 1668, comma 1»⁽¹⁴⁴⁾. «Insomma l’appaltatore è senz’altro tenuto a realizzare l’*opus*, ma nei limiti in cui ciò sia possibile mediante l’abilità tecnica che si può esigere dal buon appaltatore; quando la prestazione diviene impossibile, o, più semplicemente, a prescindere dalla stessa possibilità, la disciplina del contratto di appalto pone a carico

⁽¹⁴¹⁾ Sul significato del termine colpa nell’art. 1668 c.c., da intendere quale sinonimo di inadempimento, cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 168, nt. 75; e più di recente NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 797 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 288.

⁽¹⁴²⁾ V. sempre NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 821.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. MENGONI, *L’oggetto dell’obbligazione*, cit., p. 53 ss., ed in particolare pp. 71-72: «nelle obbligazioni di opera, si distingue esattamente il risultato (scopo) immediato dell’attività del prestatore di opera, dal risultato ulteriore che può o meno derivare mediatamente dal primo, per chiarire che questo secondo risultato non è in obbligazione. In altre parole la distinzione fra le due specie di scopo non può riflettere (analiticamente) due momenti dell’oggetto del diritto di credito, ma è utilizzabile solo come espressione di un limite dell’oggetto, nelle ipotesi in cui il risultato direttamente inerente all’attività dovuta, e il solo garantito dall’obbligazione, non è ancora quello cui aspira, in definitiva, il creditore. In queste ipotesi, il fine tutelato non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell’interesse del creditore, ravvisato spoglio della tutela giuridica».

⁽¹⁴⁴⁾ MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 168, nt. 75.

dell'appaltatore una garanzia per gli eventuali vizi e difformità»⁽¹⁴⁵⁾. Si realizza, in altre parole, l'effetto tipico della garanzia pura, ossia la creazione in capo al garante (l'appaltatore) di una posizione di rischio, legata alla possibilità di attivazione degli effetti rimediali, a loro volta funzionali a neutralizzare il rischio della presenza di difetti nell'opera compiuta⁽¹⁴⁶⁾.

Il dibattito sulla vera natura della garanzia per vizi nell'appalto – come non si è mancato di segnalare⁽¹⁴⁷⁾ – non ha un'importanza particolarmente rilevante dal punto di vista pratico, dato che, nella maggioranza dei casi, ogni vizio o difformità dell'opera ha per presupposto causale anche un inadempimento del committente. Le sole due ipotesi (assai marginali) di difetti che potrebbero essere imputati all'appaltatore a titolo di garanzia pur non rientrando nell'area della responsabilità sono quella dei cc.dd. vizi fortuiti, non dipendenti cioè da un inadempimento bensì da eventi esterni alla sfera di controllo dell'appaltatore, e quella dei difetti riconducibili a fatti interni alla sua sfera di controllo, ma tuttavia non ad una sua imperizia⁽¹⁴⁸⁾. Il dato testuale dell'art. 1667 c.c. è chiaro però nell'affermare che la fattispecie che rende attuali gli effetti di tutela della garanzia è costituita dalla sola manifestazione dei vizi, senza che assuma valore esimente alcuna considerazione circa la derivazione causale dei vizi o la loro inerenza alla sfera di controllo dell'appaltatore⁽¹⁴⁹⁾. Al più, potrebbe avere efficacia liberatoria per l'esecutore delle opere la prova che il difetto risulta imputabile a scelte o istruzioni vincolanti del committente, delle quali l'appaltatore non poteva rilevare l'inadeguatezza mediante la diligenza (nel senso oggettivo di perizia) richiestagli⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 819. Cfr. anche PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 286 ss.; ID., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contr.*, 2014, 10, p. 911 ss.

⁽¹⁴⁶⁾ Come nelle altre ipotesi tipiche di garanzia già esaminate, l'interesse del garantito che costituisce presupposto della garanzia richiede a sua volta che egli versi in una situazione di incertezza circa l'esistenza del vizio. Per questo l'art. 1667, comma 1 (con lievi variazioni rispetto agli artt. 1491 e 1578, comma 1), sancisce che «la garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili, purché, in questo caso, non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore».

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. CAPPAL, *La natura della garanzia per i vizi dell'opera nel dibattito teorico e nell'esperienza applicativa*, cit., p. 1472 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ V. ancora CAPPAL, *La natura della garanzia per i vizi dell'opera nel dibattito teorico e nell'esperienza applicativa*, cit., p. 1473 ss. Come esempio di casi riconducibili al secondo gruppo, l'autore segnala quello dei vizi dovuti a materiali di qualità scadente, procurati dall'appaltatore, ma la cui difettosità non era rilevabile con la diligenza dovuta (p. 1474).

⁽¹⁴⁹⁾ Anche la dottrina favorevole alla tesi della responsabilità contrattuale ammette infatti che i difetti non dovuti ad un inadempimento dell'appaltatore possano dare luogo ai rimedi dell'eliminazione dei vizi (laddove possibile) e della diminuzione del prezzo: v. RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., pp. 425-426.

⁽¹⁵⁰⁾ Così sempre CAPPAL, *La natura della garanzia per i vizi dell'opera nel dibattito teorico e*

La ricerca di una corretta qualificazione della posizione giuridica che tutela il committente contro i vizi e le difformità non è, tuttavia, uno sforzo concettuale inutile (ammesso che mai possa esserlo), dato che questo punto assume un ruolo chiave nell'indagine teorica di cui ci stiamo occupando. La lettura in chiave di garanzia pura delle tutele in esame consente infatti di trarre due importanti conclusioni a livello di sistema.

La prima è che la scelta della forma della garanzia non è limitata ai casi in cui un certo risultato non può costituire oggetto di un'obbligazione, ma si dimostra opportuna anche quando, per altre ragioni, si vuole attribuire ad un soggetto la sicurezza circa un determinato stato di fatto o di diritto – nel caso dell'appalto, l'assenza di vizi e difformità nell'opera – ponendo il rischio in capo ad un diverso soggetto ⁽¹⁵¹⁾. In queste ipotesi, il risultato garantito è preso in considerazione *come se* l'intervento del garante fosse del tutto indifferente al suo ottenimento: vale a dire che l'attuazione dell'interesse viene del tutto svincolata da quello che nella prospettiva obbligatoria sarebbe invece un mezzo necessario a tal fine. In questo modo, la garanzia attua un'attribuzione immediata dell'utilità – ossia non dipendente da una condotta della controparte – a cui corrisponde un vincolo assoluto del garante, soggetto agli effetti rimediali secondari ⁽¹⁵²⁾. In questo modo, la realizzazione del risultato viene trasposta in un'ottica di puro rischio ⁽¹⁵³⁾, senza

nell'esperienza applicativa, cit., p. 1473 e la giurisprudenza ivi citata. V. però PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 290-291, secondo cui, più radicalmente, anche l'esclusione della garanzia per i casi in cui il vizio derivi da una scelta autonoma del committente sarebbe coerente con la prospettiva della responsabilità e non con quella della garanzia, per cui dovrebbe ridursi «il margine di difesa dell'appaltatore alla dimostrazione che ciò di cui il committente si lamenta non rappresenta un difetto o un vizio alla luce del regolamento contrattuale e delle *leges artis*».

⁽¹⁵¹⁾ V. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 285-286.

⁽¹⁵²⁾ Secondo PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 289, «l'indipendenza dall'azione dell'appaltatore del meccanismo con cui si premunisce il committente contro i vizi e i difetti riscontrati dopo la consegna trasforma questi ultimi in rischi esterni alla sfera giuridica del garante-appaltatore», cosicché la garanzia assume le fattezze di «un mezzo per il trasferimento degli effetti negativi di un evento del tutto avulso dalla possibilità di intervento del garante dalla sfera giuridica del garantito a quella, appunto, del garante». Si badi bene che essenziale non è l'effettiva estraneità dell'evento alla possibilità di intervento del garante, quanto la sua considerazione come tale.

⁽¹⁵³⁾ Non sembra quindi del tutto preciso quanto afferma CAPPALÀ, *La natura della garanzia per i vizi dell'opera nel dibattito teorico e nell'esperienza applicativa*, cit., p. 1470, secondo il quale la garanzia dell'appaltatore sarebbe «insuscettibile di una qualificazione secca in quanto esprime una sintesi normativa di fenomeni appartenenti ad aree diverse – della responsabilità e del rischio – che nell'unità empirica del difetto trovano il loro momento di incontro», il che giustificherebbe l'unitarietà della disciplina «indipendentemente dalla matrice del vizio». Il fatto che alcuni vizi possano in astratto essere imputati a titolo di responsabilità, in quanto non dipendenti dalla condotta dell'appaltatore, non toglie che l'unica prospettiva adottata dal legislatore sia quella del rischio, cosicché sembra superfluo affermare che entrambi i fenomeni siano presi in considerazione dalla disciplina.

tuttavia che ciò si riveli incompatibile con la parallela esistenza di un impegno del garante alla produzione del risultato.

In alcune ipotesi, obbligazione e garanzia si possono addirittura sovrapporre per completare la tutela del creditore: nella disciplina dell'appalto, la garanzia copre l'interesse ad ottenere il risultato promesso, indipendentemente dalla sua possibilità, assicurando la sua realizzazione in natura o quanto meno per equivalente, mediante la riduzione o restituzione parziale del corrispettivo; ogni pregiudizio ulteriore, che non sia possibile eliminare mediante l'eliminazione successiva dei vizi, la riduzione della controprestazione o la risoluzione del rapporto, viene invece fatto gravare sull'appaltatore a titolo di responsabilità. La soluzione è equilibrata, dal momento che espone il garante-appaltatore all'eventualità di dover procurare il medesimo risultato già promesso (nei limiti della possibilità) oppure di veder ridurre – o al più di perdere integralmente – il corrispettivo dell'affare, mentre il risarcimento dei danni ulteriori (e sempre col limite della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c.) è limitato ai casi di inadempimento, con un radicamento quindi nella sfera di controllo dell'imprenditore⁽¹⁵⁴⁾.

Una seconda importante conclusione deriva invece dall'inclusione della pretesa alla rimozione dei vizi nel contenuto della garanzia. A differenza delle tradizionali azioni edilizie – che consentono solo, come si usa dire, di riequilibrare il sinallagma riducendo la misura della controprestazione o, in modo radicale, risolvendo il contratto⁽¹⁵⁵⁾ – la garanzia prevista in tema di appalto consente al committente di richiedere la piena soddisfazione del suo interesse primario, assicurandogli la possibilità di ottenere in natura e non solo per equivalente l'utilità

⁽¹⁵⁴⁾ Potrebbe ritenersi quindi che lo stesso intento di ancorare l'effetto risarcitorio (ossia la componente della garanzia che potrebbe esorbitare rispetto alla dimensione dell'affare, segnata dal corrispettivo) alla sfera di controllo del garante sia alla base della limitazione del rischio attuata dall'art. 1494, comma 1, c.c. Già MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 407, nel sostenere che la previsione di una prova liberatoria (consistente nell'ignoranza non colposa dei vizi) rispetto all'obbligo risarcitorio (visto dall'autore come un aspetto qualificato della garanzia e avente ad oggetto l'interesse positivo) fosse da vedersi nell'ottica di un limite della garanzia, ne vedeva la ragione nel «comportamento equitativo degli interessi in conflitto». Lo scopo è raggiunto, nella disciplina dell'appalto, svincolando l'effetto risarcitorio dalla garanzia e collocandolo nell'ambito tradizionale della responsabilità. Nella disciplina della vendita, dove questo non sarebbe possibile per le note ragioni logiche (legate all'impossibilità di concepire un'obbligazione avente ad oggetto le qualità della cosa al momento della conclusione del contratto), si è scelta la strada della limitazione dell'ambito della garanzia ai vizi noti o conoscibili.

⁽¹⁵⁵⁾ A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 1, p. 2 ss., afferma invece che il concetto stesso di garanzia sarebbe compatibile soltanto con la funzione di riequilibrio dello scambio, mentre «rimangono [...] fuori dalla garanzia sia i rimedi di tipo *satisfattivo* come quelli aventi carattere *risarcitorio*». Ma si consideri che, nella lettura da noi seguita, è già la garanzia edilizia ad incorporare anche il risarcimento dell'interesse positivo.

che il programma contrattuale gli attribuiva. Già nella sistematica del codice civile, quindi (e prescindendo da quanto si dirà di seguito rispetto alla c.d. garanzia di conformità), l'istituto della garanzia può avere un contenuto variabile, al quale può corrispondere non solo un effetto restitutorio bensì anche la tutela satisfattiva dell'interesse leso mediante una pretesa alla sua attuazione in forma specifica ⁽¹⁵⁶⁾.

5. La garanzia di conformità nella vendita di beni di consumo.

Il concetto di garanzia è stato impiegato da parte del legislatore anche in tempi più recenti, in occasione dell'attuazione della direttiva 1999/44/CE. La disciplina inizialmente contenuta negli artt. 1519-*bis* ss. c.c. e ora invece collocata negli artt. 128 ss. c. cons. regola quelle che sono dette «garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo» – come recita l'intestazione del relativo titolo – nell'ambito di un insieme di tipi contrattuali «finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre» (art. 128 c. cons.) ⁽¹⁵⁷⁾. Nonostante la chiara scelta lessicale, altri passaggi della disciplina – come quello in cui si afferma che «il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene» – hanno consentito a taluni di mettere in discussione la natura di garanzia di queste situazioni giuridiche soggettive, riaprendo il dibattito relativo alla distinzione tra obbligazione e garanzia. Alcuni autori hanno riproposto in questo campo la costruzione pothieriana della «obbligazione di fare avere la cosa utilmente», attirando con ciò gli strali della dottrina dogmaticamente più accorta, la quale ha ribadito l'inconsistenza della figura dal punto di vista teorico e la sua incompatibilità con la disciplina positiva, riaffermando la necessità di ricondurre la tutela del consumatore alla figura della garanzia pura ⁽¹⁵⁸⁾.

Ciò che in particolare distingue la garanzia di conformità dalle tradizionali

⁽¹⁵⁶⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 552 ss. e p. 565 ss. (che discorre dunque di «garanzia in forma specifica»); PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 394 ss. E v. anche CARBONI – BALLORIANI, *Le garanzie e la vendita di cosa altrui*, cit., p. 994, per il rilievo speculare per cui il contenuto della garanzia è più ampio di quello dell'assicurazione perché può comprendere anche obblighi funzionali alla soddisfazione dell'interesse in forma specifica (ma sulla possibilità che il contratto di assicurazione preveda prestazioni in natura e quindi consenta la soddisfazione dell'interesse non solo per equivalente v. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 43 ss.).

⁽¹⁵⁷⁾ Per una ricostruzione della disciplina, anche in chiave comparatistica, e del relativo dibattito dottrinale, cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit. p. 397 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 525 ss.

garanzie edilizie di cui agli artt. 1490 ss. è la norma relativa ai rimedi concessi al consumatore, la quale prevede – a fianco ed anzi con precedenza rispetto alle tradizionali azioni per la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto – la possibilità di richiedere il ripristino della conformità del bene, mediante riparazione o sostituzione da parte del venditore (art. 130 c. cons.). Questa peculiarità – insieme al dato che le nuove norme assegnano rilievo al momento della consegna quale punto di riferimento temporale per la valutazione della presenza dei vizi – ha fornito alla dottrina sopra menzionata l’occasione per sostenere che i rimedi a disposizione del consumatore sarebbero espressione dell’azione di adempimento di una «obbligazione di consegna di beni conformi al contratto» o «di conformità del bene al contratto». Da un lato, infatti, i rimedi ripristinatori sarebbero estranei al contenuto della garanzia, storicamente deputata al solo fine di ripristinare l’equilibrio tra le prestazioni all’interno del sinallagma ⁽¹⁵⁹⁾; dall’altro, lo iato tra momento della conclusione del contratto e momento della consegna consentirebbe al venditore di «recuperare» il risultato utile procurando la consegna di beni conformi al contratto ⁽¹⁶⁰⁾.

A smentire questi argomenti valgono le osservazioni già sviluppate analizzando le altre figure di garanzia pura, in base a cui si può coerentemente affermare che il modello della garanzia di conformità non fuoriesce per nulla dal nucleo di significato che la tradizione assegna al concetto, ma costituisce anzi conferma della sua vitalità in un ambito nuovo quale quello della tutela del contraente debole.

In primo luogo, l’idea che la garanzia abbia per contenuto soltanto rimedi diretti al riequilibrio del sinallagma si rivela oggi arbitraria ed infatti è smentita in varie occasioni anche dalla disciplina del codice civile, che consente – sia all’appaltante sia al compratore di beni muniti di garanzia di buon funzionamento *ex art. 1512 c.c.* – di pretendere la soddisfazione in natura dell’interesse. Rispetto al contenuto tradizionale delle azioni edilizie, effettivamente dirette al ripristino dell’equilibrio dello scambio, il modello della garanzia si è dimostrato idoneo a recepire anche altri effetti di tutela rivolti al risarcimento del danno o all’attuazione in forma specifica dell’interesse tutelato ⁽¹⁶¹⁾. Per questo si è parlato, a proposito

⁽¹⁵⁹⁾ DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 2 ss.

⁽¹⁶⁰⁾ G. AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 127 ss.

⁽¹⁶¹⁾ «L’emergere nella vendita di beni di consumo di una maggiore attenzione alla tutela dell’interesse specifico del compratore, la funzione di consumo, ha semplicemente comportato che la garanzia non potesse più esaurirsi sul piano della mera rilevanza economica dell’affare» (NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 548).

della garanzia di conformità, di «garanzia in forma specifica» ⁽¹⁶²⁾, alla luce dell'idea della garanzia pura come «struttura neutra relativamente agli effetti [...] l'effetto della garanzia essendo funzione in ultima analisi di una scelta legale o negoziale» ⁽¹⁶³⁾. Nel tentativo di cogliere gli elementi caratterizzanti della figura, questa precisazione consente di spostare l'attenzione dagli effetti al meccanismo della loro produzione, seguendo sul punto le teorie relative all'assicurazione contro i danni: la garanzia pura deve essere dunque vista come «una fattispecie fonte di obblighi, che diversamente dalla responsabilità non presuppone la violazione di un'obbligazione» ⁽¹⁶⁴⁾ bensì esclusivamente il verificarsi di un evento corrispondente ad un determinato rischio, le cui conseguenze pregiudizievoli devono ricadere sul garante.

Può quindi facilmente confutarsi anche l'altro argomento, secondo cui nella nuova disciplina della vendita di beni di consumo vi sarebbe lo spazio per concepire un'obbligazione rispetto ad un contegno del venditore, il quale è tenuto non a consegnare la cosa «nello stato in cui si trovava al momento della vendita» (art. 1478 c.c.), bensì a consegnare «beni conformi al contratto di vendita» (art. 128 c. cons.) e risponde «per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene» (art. 130 c. cons.). Si aprirebbe quindi la possibilità di intervenire sullo stato del bene o di sostituirlo prima della consegna, non valendo più la classica obiezione dell'impossibilità logica di concepire un'obbligazione relativa allo stato della cosa ⁽¹⁶⁵⁾. Se realmente, però, le pretese dirette alla riparazione ed alla sostituzione costituissero manifestazione dell'azione di adempimento di un'obbligazione violata, sarebbe necessario poter individuare preventivamente tale obbligazione e la condotta che essa impone al venditore ⁽¹⁶⁶⁾, la quale dovrebbe consistere nella verifica ed eventuale riparazione o sostituzione del bene ⁽¹⁶⁷⁾. Ma dell'esistenza di tale obbligo è ragionevole dubitare guardando

⁽¹⁶²⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 565. V. anche F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 568.

⁽¹⁶³⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 554. Della stessa opinione sono anche MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit. p. 471; e PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 568.

⁽¹⁶⁴⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 553.

⁽¹⁶⁵⁾ AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, cit., p. 137 ss. Cfr. per una completa critica S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 4, p. 1092 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, cit. p. 1065; PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 551.

⁽¹⁶⁷⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 546.

alla *ratio* dell'intervento legislativo, non potendosi ritenere che esso abbia voluto gravare i rivenditori dell'onere di dotarsi della struttura organizzativa necessaria al suo adempimento ⁽¹⁶⁸⁾. Per di più, è proprio la disciplina positiva a smentire l'idea che l'esperibilità delle tutele dipenda dalla violazione di simili obblighi. Ancora una volta è decisiva l'osservazione per cui il venditore è soggetto in ogni caso ai rimedi previsti, senza che egli possa offrire la prova liberatoria dell'impossibilità *ex art.* 1218 c.c.: dato che quella configurata dalla nuova disciplina sarebbe una sorta di responsabilità assoluta, non resta che ricondurla all'ambito della garanzia, prendendo atto dell'attribuzione al venditore del rischio della non conformità del bene ⁽¹⁶⁹⁾.

Questa recente ripresa del modello della garanzia pura da parte del legislatore vale a dimostrare che esso non si avvia ad un assorbimento da parte del concorrente modello obbligatorio, come parrebbe auspicare parte della dottrina ⁽¹⁷⁰⁾, bensì rappresenta una forma giuridica del tutto attuale e di particolare importanza soprattutto in certi contesti. Significativo è che quest'ultima epifania del concetto di garanzia sia avvenuta nell'ambito della disciplina dei contratti dei consumatori, ossia in un contesto in cui vi è un'esigenza di protezione dovuta in buona parte ad un'asimmetria informativa tra le parti ⁽¹⁷¹⁾.

La garanzia, addossando integralmente alla parte «forte» – anche in quanto dotata di maggiori informazioni o comunque meglio in grado di procurarsele – il rischio relativo alle caratteristiche del bene ⁽¹⁷²⁾, risolve in favore del consumatore i problemi legati all'incertezza in cui egli fisiologicamente versa. In questo modo, si consente all'acquirente di fare affidamento sulla presenza nel bene delle caratteristiche che esso normalmente possiede, che è ragionevole aspettarsi possieda anche in base alle dichiarazioni del venditore o del produttore, o che siano necessarie per l'uso indicato dal consumatore (art. 129, comma 1, c. cons.), a patto che egli non conoscesse il difetto né riconoscerlo mediante l'ordinaria diligenza (comma 3). Trova dunque conferma il ruolo svolto dall'incertezza in ogni

⁽¹⁶⁸⁾ MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, cit. p. 1102 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 546; C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in R. ALESSI (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, cit., pp. 126-127.

⁽¹⁷⁰⁾ Ciò sembra essere avvenuto invece nell'ordinamento tedesco, dove la scelta di ricondurre le ipotesi di vizi giuridici e materiali alle regole generali sull'inadempimento delle obbligazioni è stata adottata d'imperio dal legislatore nel 2002: cfr. R. ZIMMERMANN, *The Development of Liability for Non-conformity in German Sales Law*, in ID., *The New German Law of Obligations*, Oxford, 2005, p. 79 ss.

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 516.

⁽¹⁷²⁾ PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 585.

fattispecie di garanzia, quale presupposto logico per l'individuazione di un rischio.

La disciplina della garanzia di conformità consente poi un'ultima considerazione rispetto alla struttura della garanzia pura, utile per far luce su alcune ambiguità delle norme del codice civile rispetto al rapporto tra la garanzia pura e l'elemento temporale. Il protrarsi dell'efficacia della garanzia per un certo arco temporale è evidente per i cc.dd. contratti di durata, come l'assicurazione contro i danni e come la locazione. Nel primo rapporto, l'interesse prevalente dal punto di vista della causa è proprio quello a conseguire, mediante la garanzia, la sicurezza della neutralizzazione del rischio per tutto il periodo assicurativo. Nel secondo, l'interesse all'utilizzo del bene è soddisfatto mediante l'attribuzione di un diritto reale di godimento per l'intera durata del rapporto, cosicché appare coerente che anche le garanzie contro i vizi e le molestie abbiano la stessa estensione temporale. Diverso è il caso della compravendita (ma anche, con alcune distinzioni, dell'appalto), in cui l'effetto traslativo si risolve in genere in maniera immediata con l'acquisto della proprietà sul bene, e di conseguenza l'aspetto della durata della garanzia resta maggiormente in ombra. Prova ne è anche la scelta del legislatore di indicare come termine di prescrizione quello di un anno sancito dall'art. 1495, comma 3, c.c., che tuttavia secondo un autore «è prima ancora che un termine di prescrizione dell'azione, un termine finale di durata dello stesso rapporto sostanziale di responsabilità»⁽¹⁷³⁾.

Una più profonda comprensione della struttura e della funzione del rapporto di garanzia pura consente però di affermare che «il connubio tra garanzia e tempo è indissolubile perché l'apprestamento della sicurezza di non dover patire le conseguenze negative di un determinato evento ha senso soltanto se protratta in un certo arco temporale e di tanto si è avveduta la dottrina più attenta al punto di ravvisare nell'intervallo di tempo uno degli elementi strutturali della garanzia pura»⁽¹⁷⁴⁾. L'inserimento delle garanzie in forma specifica nell'impianto del contratto di compravendita comporta – come questa dottrina ha rilevato – un'estensione temporale della fase esecutiva, trasformando un rapporto istantaneo in uno a tratto successivo⁽¹⁷⁵⁾.

La soddisfazione dell'interesse di consumo viene dunque assicurata per un certo periodo di tempo successivo alla consegna. Poiché questo effetto viene

⁽¹⁷³⁾ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 842, seguito sul punto da PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 580.

⁽¹⁷⁴⁾ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 393-394. Il riferimento è a CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 255.

⁽¹⁷⁵⁾ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 391 ss.

ottenuto innanzitutto mediante la previsione di obblighi succedanei di riparazione e sostituzione, diretti a correggere l'inesattezza del risultato ottenuto rispetto a quello programmato dal contratto, diviene necessario prolungare la fase esecutiva oltre l'esigua durata funzionale a consentire la consegna del bene ed il pagamento del prezzo. Essa deve acquisire l'ampiezza idonea, in primo luogo, a dare consistenza temporale alla sicurezza attribuita al garantito e, in secondo luogo, a consentire l'esplicarsi del congegno rimediale ⁽¹⁷⁶⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ Secondo PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 398, «il tempo diviene fattore indispensabile e la ragione risiede nella circostanza che l'attribuzione effettuata con la garanzia, se non ruota su un'iniziale condotta di poiesi del garante, presuppone però l'eventualità di un suo intervento successivo di reazione a quello specifico mutamento che inficia lo stato di fatto o di diritto che al garantito è stato accordato».

CAPITOLO SECONDO

IL CONCETTO DI GARANZIA PURA NEL DIRITTO POSITIVO

SOMMARIO: 1. La figura generale della garanzia pura. – 2. Gli interessi tutelati dalla garanzia pura ed il pregiudizio indennizzabile. – 3. La garanzia pura nel sinallagma contrattuale. – 4. Le diverse categorie di garanzia pura. – 5. Garanzie «di indennizzo» e garanzie «di evento».

1. La figura generale della garanzia pura.

Le figure tipiche di garanzia pura passate in rassegna nel capitolo precedente non sono le solo presenti nel diritto positivo, ma sono quelle rispetto a cui il legislatore e la dottrina hanno fornito i contributi più rilevanti per la costruzione di un modello generale. Certamente da ascrivere all'area della garanzia pura sono anche le garanzie dell'esistenza del credito e della solvenza del debitore in tema di cessione del credito (artt. 1266-1267 c.c.), nonché in tema di *factoring* (art. 4, l. 21.2.1991, n. 52), la promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo (art. 1381 c.c.), la «responsabilità» per difformità e vizi nel contratto d'opera (art. 2226 c.c., che richiama la disciplina dell'appalto), la garanzia della qualità di erede nella vendita di eredità (art. 1542 c.c.), la garanzia tra coeredi in caso di divisione ereditaria (artt. 758-759 c.c., applicabili a tutte le ipotesi di divisione di cose comuni in virtù dell'art. 1116 c.c.), la garanzia per evizione e per vizi nella donazione (artt. 797-798 c.c.), le garanzie in tema di conferimenti (artt. 2254-2255 c.c., i quali fanno riferimento alle norme in tema di vendita, locazione e cessione del credito), la garanzia per evizione nella vendita forzata (art. 2921 c.c.) ⁽¹⁾.

La strada dell'emersione di una figura autonoma ed unitaria di garanzia pura, come abbiamo visto, non è stata certo agevole. È merito soprattutto della dottrina più recente quello di aver concentrato l'attenzione sul meccanismo tecnico – consistente nella combinazione di effetti giuridici a cui corrisponde la funzione di neutralizzazione del rischio – che caratterizza la garanzia pura come situazione

⁽¹⁾ V. in particolare TUCCI, voce *Garanzia*, cit., p. 583 ss.

giuridica soggettiva ben definita ed autonoma ⁽²⁾. La strada era stata preparata dagli autori che, in precedenza, avevano chiarito la natura ed i confini dell'obbligazione ⁽³⁾ e avevano messo in guardia dal rischio di mescolare – nell'ambito di tale concetto reso quasi comprensivo di tutti i rapporti giuridici privati di carattere non reale – situazioni profondamente diverse snaturando tanto l'obbligazione in sé quanto le figure diverse che con l'obbligazione erano confuse ⁽⁴⁾. Come è stato osservato, «la stessa espansione applicativa di un istituto [...] si rend[e] di per sé inevitabilmente problema per ciò che in tal modo l'istituto è fatto diventare sia nei confronti degli altri istituti sia nei confronti di sé medesimo» ⁽⁵⁾.

Sgombrato il campo dagli equivoci che erano stati generati dai tentativi di ricondurre le ipotesi di garanzia nell'ambito dell'obbligazione, e grazie proprio anche al confronto con il modello del rapporto obbligatorio, si sono potute delineare le caratteristiche proprie della garanzia pura. Il primo dato ad emergere – fondamentale e pressoché incontrovertito – è la natura di rapporto e quindi di situazione giuridica relativa ⁽⁶⁾, nella quale però difetta la necessaria mediazione della condotta di controparte quale strumento per la realizzazione del risultato attribuito al garantito. La soddisfazione dell'interesse del garante alla sicurezza avviene infatti in maniera immediata per via della sola titolarità del lato attivo del rapporto di garanzia, proprio grazie all'automatismo che caratterizza la produzione

⁽²⁾ Si tratta prevalentemente delle teorie, già richiamate nel capitolo precedente, di Nicolussi, Corrias e Piraino, questi ultimi in particolare sulla scia di Gambino che per primo aveva segnalato l'inadeguatezza del modello obbligatorio per descrivere il fenomeno della garanzia assicurativa.

⁽³⁾ V. in particolare MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 141 ss.; NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 797 ss.

⁽⁴⁾ NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 817 ss.

⁽⁵⁾ A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano 1998, pp. 4-5.

⁽⁶⁾ Lasciamo da parte in questa sede ogni considerazione rispetto ad alcune fattispecie rispetto alle quali si è avanzata una qualificazione in termini di garanzia in assenza di rapporto tra le parti. Si tratterebbe quindi di «garanzie extracontrattuali», la cui trattazione richiederebbe un ampliamento dello sguardo analogamente a quello che richiede il passaggio dalla trattazione della responsabilità contrattuale a quella della responsabilità extracontrattuale. I casi in questione, spesso considerati anche ipotesi di responsabilità extracontrattuale (oggettiva), sono quelli del danno causato da incidenti nucleari (art. 15, comma 1, l. 31.12.1962, n. 1860), del danno cagionato dall'aeromobile a persone e beni sulla superficie (artt. 965 e 978 c. nav.), del danno causato da oggetti spaziali ed imputato allo Stato (l. 25.1.1983, n. 23), dei danni derivanti da vizi di costruzione di un edificio (art. 2053 c.c.) o di un veicolo (art. 2054, comma 4, c.c.). Cfr. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 323 ss. Rispetto all'ipotesi di garanzia a carico dell'appaltatore prevista dall'art. 1669 c.c., relativo ai danni legati alla rovina o ai gravi difetti di edifici o altre cose immobili di lunga durata e dovuti a vizio del suolo o difetto di costruzione, la dottrina ha parlato di estensione degli effetti del contratto in favore di terzi (CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 486 ss.), quindi non si tratterebbe, come negli altri casi appena elencati, di «garanzia extracontrattuale», priva di un rapporto che preceda il verificarsi del danno.

degli effetti rimediali che assicurano il recupero in via surrogata della situazione corrispondente all'interesse tutelato ⁽⁷⁾. «In definitiva, la garanzia si pone a stretto ridosso della lesione dell'interesse protetto giacché il suo contenuto sostantivo si esaurisce nell'attribuzione di un'utilità al beneficiario e nella previsione degli strumenti di reazione a quest'ultimo conferiti nell'eventualità del mancato conseguimento del risultato oggetto della garanzia» ⁽⁸⁾.

L'utilità attribuita al garantito consiste nella certezza del sorgere, al verificarsi del pregiudizio, degli effetti indennitari idonei a neutralizzare (ossia a rimuovere in natura o compensare per equivalente) le conseguenze avverse dell'evento. Il meccanismo giuridico in questione, ben descritto dalla dottrina in materia di assicurazione contro i danni, è ottenuto mediante l'attribuzione all'evento dannoso del valore di fattispecie costitutiva degli effetti rimediali, senza che in tale fattispecie entrino elementi (né costitutivi né impeditivi) riferibili alla condotta del garante. Dal punto di vista soggettivo, questa struttura determina delle posizioni giuridiche soggettive in capo alle parti ⁽⁹⁾, che la dottrina più diffusa ha qualificato come situazioni di aspettativa e di soggezione. Per i motivi già visti, invece, a noi è parso più opportuno indicarle semplicemente come lato attivo e passivo del rapporto di garanzia, o anche garanzia attiva e garanzia passiva, proprio per sottolinearne la specificità ed autonomia.

La garanzia pura consiste dunque in una struttura fondamentale e costante, costituita dagli effetti giuridici primari appena descritti, ed in alcuni effetti secondari variabili – da cui l'osservazione per cui essa è una «struttura neutra relativamente agli effetti» ⁽¹⁰⁾ – di carattere rimediale, previsti dalla garanzia in uno stato potenziale, ma che divengono attuali in via soltanto eventuale quando si verifica l'evento avverso contemplato come loro fattispecie. L'interesse del garantito alla sicurezza sarebbe senz'altro soddisfatto anche se gli effetti rimediali non avessero mai a prodursi nel periodo di durata della garanzia, dal momento che

⁽⁷⁾ Cfr. la puntuale sintesi sul punto di PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 282, secondo cui «la garanzia, assunta allo stato puro, è forma giuridica dell'attribuzione alla sfera di un soggetto di un risultato utile il cui conseguimento non è mediato dalla cooperazione di controparte, sicché il mancato soddisfacimento dell'interesse protetto non implica l'insorgere della responsabilità in capo alla parte che ha dedotto in garanzia tale interesse, ma piuttosto costituisce il presupposto di efficacia dei rimedi previsti dalla garanzia medesima».

⁽⁸⁾ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 282-283.

⁽⁹⁾ «Il rapporto è la conseguenza del polarizzarsi dell'effetto in determinati soggetti, cosicché questi diventano titolari di situazioni giuridiche, e può esprimere efficacemente un determinato modo di riguardare il contratto, *sub specie* delle posizioni giuridiche (soggettive) che da esso derivano» (DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 218).

⁽¹⁰⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 554.

esso è appagato per via della mera esistenza del meccanismo idoneo a renderli automaticamente efficaci ⁽¹¹⁾. Anche nel caso in cui l'evento lesivo non si verificasse, in ogni caso si dovrebbe ritenere che l'attribuzione di utilità al garantito vi sia stata ⁽¹²⁾.

Sempre tra gli effetti costanti della garanzia pura si devono comprendere quegli obblighi integrativi che la dottrina ha individuato in particolare nel rapporto di assicurazione, ossia il c.d. obbligo di solvibilità, in base al quale il garante deve fare in modo di conservare la possibilità di adempiere agli obblighi succedanei che potrebbero sorgere dalla garanzia; e gli obblighi di informazione che gravano sulla parte che si trova nella posizione migliore per conoscere la situazione da cui ha origine il rischio. L'esistenza di questi obblighi fa apparire la garanzia come un rapporto complesso e la avvicina per questi aspetti – e pur con le nette differenze che ben conosciamo – all'obbligazione, accentuandone la natura relazionale.

Tornando alla questione da cui abbiamo iniziato questa indagine, in base ai dati positivi in cui abbiamo riconosciuto con certezza degli esempi di garanzia (pura) è ora possibile individuare una definizione di questo termine. Per ottenere una definizione quanto più utile anche sul piano operativo, e per non doverci cimentare con le difficoltà dogmatiche che una definizione *per genus et differentiam*, ossia diretta, presupporrebbe ⁽¹³⁾, sembra opportuno adottare una definizione contestuale, che detti le condizioni di impiego del termine in un enunciato ⁽¹⁴⁾. Potremo dunque affermare che ricorre un rapporto di garanzia pura quando un soggetto (il garante), nel caso di lesione o mancata soddisfazione di un interesse di un altro soggetto (il garantito), è senz'altro vincolato ad uno o più

⁽¹¹⁾ CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., pp. 255-256.

⁽¹²⁾ Questa conclusione, importante soprattutto dal punto di vista della giustificazione causale della controprestazione dovuta dal garantito, vale sia nel caso in cui l'interesse tutelato dalla garanzia sia relativo ad un bene già presente nel patrimonio del soggetto, sia nel caso invece in cui l'interesse si riferisca all'acquisizione di un'utilità nuova. Su questa distinzione v. *infra*, § 2.

⁽¹³⁾ L'elaborazione di una definizione diretta richiederebbe infatti di inquadrare la figura della garanzia pura in una categoria dogmatica più ampia, da un lato richiedendo un ulteriore rilevante sforzo teorico, forse ancora prematuro, dall'altro rischiando di pregiudicare gli esiti successivi e di rendere questi meno accettabili per chi tale scelta dogmatica non condivida. D'altra parte non sarebbe utile nemmeno una definizione estensionale, essendo il nostro scopo quello di individuare dei criteri per discernere quando vi sia una garanzia pura in ipotesi atipiche e nuove. Su questi profili v. BELVEDERE, *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, cit., p. 161 ss.

⁽¹⁴⁾ Come spiega BELVEDERE, *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, cit., p. 167, «vi sono [...] delle definizioni che definiscono *indirettamente* il termine in quanto l'espressione costituente il *definiens* non è equivalente al termine stesso, ma ad un enunciato che lo contiene. Poiché in questo modo il termine viene definito in relazione ad un determinato contesto, cioè ad enunciati di un certo tipo, e non ad altri, le definizioni di questo genere vengono chiamate *contestuali*».

obblighi (o ad altri effetti giuridici) funzionali alla neutralizzazione delle conseguenze negative della lesione dell'interesse, la misura dei quali è determinata in base all'entità dei pregiudizi subiti dal garantito o comunque non può essere superiore ad essi.

In tutti i casi in cui, per previsione di legge o contrattuale, tra due soggetti vi sia una relazione di questo tipo, si dovrà ritenere che essi siano legati da una garanzia e si applicherà la disciplina corrispondente, che andremo ad illustrare in seguito. Lo stesso dovrebbe avvenire quando le parti abbiano espresso la volontà di dar vita ad una garanzia pura non descrivendone gli effetti giuridici, bensì facendo riferimento al suo effetto economico-pratico, ossia il «trasferimento del rischio».

Il rischio deve essere considerato nella duplice accezione di *rischio extracontrattuale* e di *rischio garantito*. Nel primo senso, deve sussistere una situazione di fatto tale per cui entrambe le parti – o, tra di esse, almeno il garantito – ritengono possibile (né certo né probabile) il verificarsi di un evento pregiudizievole per il garantito. Salva diversa previsione, l'evento in questione può consistere anche nella manifestazione delle conseguenze negative di un evento già verificatosi *in rerum natura*, di cui le parti non conoscono ancora la concreta verifica oppure le conseguenze. Così avviene, ad esempio, nel caso delle assicurazioni marittime, ove rileva il rischio putativo, o anche nella garanzia contro i vizi occulti, allorché il vizio sia già presente nel bene, come richiede la teoria prevalente, ma non sia ancora noto al compratore. Il c.d. rischio extracontrattuale costituisce il presupposto perché possa validamente nascere il rapporto di garanzia pura, dal momento che senza questo tipo di incertezza non sussisterebbe l'interesse alla sicurezza che la garanzia è idonea a soddisfare.

Nel secondo senso, il rischio garantito consiste nella possibilità, vista nell'ottica del garante, che divengano attuali gli effetti rimediali della garanzia. Questo tipo di rischio può essere modulato a piacere dalle parti, selezionando o escludendo le possibili circostanze dell'evento pregiudizievole, ed ha una natura puramente giuridica e stipulativa, poiché nasce dal rapporto di garanzia pura. Esso si pone quale contraltare al rischio extracontrattuale ed è effetto della creazione, a vantaggio del garantito, di effetti giuridici potenziali diretti a neutralizzare le conseguenze dell'evento: in questo senso si può accogliere la comune affermazione secondo cui il garante «assume il rischio» che incombe sulla propria controparte.

L'esistenza del rischio (extracontrattuale) consente di individuare in capo al garantito un *interesse alla garanzia* ossia alla sicurezza che questa attribuisce, equivalente alla generalizzazione dell'interesse all'assicurazione (o al

risarcimento). Il rischio extracontrattuale è dunque presupposto mediato della garanzia, poiché è requisito per l'esistenza dell'interesse alla garanzia, che costituisce invece il presupposto immediato ⁽¹⁵⁾. La soddisfazione dell'interesse alla sicurezza è infatti l'oggetto della garanzia nel senso di scopo ⁽¹⁶⁾, nello stesso modo in cui oggetto del diritto di credito è la realizzazione dell'interesse del creditore ⁽¹⁷⁾.

2. Gli interessi tutelati dalla garanzia pura ed il pregiudizio indennizzabile.

Abbiamo fin qui identificato l'interesse soddisfatto dalla garanzia pura con un generico interesse alla sicurezza di poter neutralizzare le conseguenze negative dell'evento garantito, del quale tuttavia è giunto il momento di delineare in modo più analitico la natura e le caratteristiche. È evidente che un simile interesse alla sicurezza può costituire solo un interesse di secondo grado rispetto ad un altro interesse, che si riferisca a sua volta ad un bene o ad un'utilità giuridicamente tutelabile. Questo interesse, per così dire, primario può assumere diverse forme in stretta connessione con le previsioni legali o contrattuali. Di pari passo con l'individuazione delle caratteristiche degli interessi a cui la garanzia pura può offrire tutela, a venire in luce è anche il tipo di pregiudizio a cui questa forma giuridica si mostra idonea a dare ristoro.

La garanzia pura attribuisce al garantito un indennizzo – intendendo con questo sintagma il valore patrimoniale complessivo che l'operare congiunto degli effetti rimali della garanzia è in grado di assicurare ⁽¹⁸⁾ – che incontra infatti due ordini di limiti, espressione di principi fondamentali in materia. Il primo limite, che trova significativi punti di emersione nella disciplina positiva ⁽¹⁹⁾, consiste nell'esclusione dall'ambito della garanzia della manifestazione di eventi lesivi già verificatisi e dei quali il garantito conosce già le conseguenze. In questo caso, non si può più parlare di rischio dal momento che è venuto meno il requisito

⁽¹⁵⁾ Solo se è incerta, almeno dal punto di vista del garantito, la soddisfazione dell'interesse del garantito (un interesse «primario» come si dirà nel paragrafo successivo) vi è interesse a costituire un apparato idoneo ad assicurarne la soddisfazione, ossia ad attribuire la relativa certezza.

⁽¹⁶⁾ MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., p. 62.

⁽¹⁷⁾ MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., p. 82.

⁽¹⁸⁾ A questi fini devono sommarsi i valori che il garantito riceve sia a titolo di restituzione (o riduzione del corrispettivo), di risarcimento del danno e di ripristino in natura.

⁽¹⁹⁾ Si vedano ad esempio gli artt. 1479, 1482, 1489, 1491, 1578, 1667, 1895 c.c.

dell'incertezza sia rispetto all'*an* che rispetto al *quantum* del pregiudizio ⁽²⁰⁾.

Il secondo limite è invece espressione del principio indennitario, in base al quale il valore dell'indennizzo non può superare quello delle conseguenze dell'evento, lesive degli interessi tutelati. Il ruolo centrale di questo principio è stato messo in luce dalla dottrina soprattutto rispetto all'assicurazione contro i danni, ove appare addirittura come regola di ordine pubblico. Si deve infatti ritenere che esso sia immanente alla struttura della garanzia pura, con due conseguenze: da un lato, che il principio è applicabile ad ogni ipotesi tipica e atipica; dall'altro lato, che dove la disciplina legale o convenzionale di un singolo istituto se ne discosti si fuoriesce dall'ambito della garanzia, dovendosi leggere le norme in questione in base ad un diverso modello teorico ⁽²¹⁾.

È questo un ulteriore punto di contatto tra disciplina della garanzia e della responsabilità, almeno fino a quando quest'ultima resti fedele all'assunto tradizionale per cui il risarcimento deve rimettere il danneggiato nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'evento dannoso. Anzi, il danno costituisce il perno intorno a cui ruotano entrambi i modelli giuridici, i quali lo eleggono a presupposto e limite degli obblighi che sorgono a carico della controparte in esito all'evento lesivo ⁽²²⁾.

La disciplina delle diverse ipotesi di garanzia mostra una certa duttilità nel selezionare volta per volta diverse forme di danno indennizzabili. In ambito assicurativo, sono compensabili tanto il danno emergente quanto il lucro cessante, pur con la limitazione posta per quest'ultimo dall'art. 1905 c.c. L'assicurazione della responsabilità civile, quale forma di assicurazione del patrimonio e non di singoli beni, è poi in grado di indennizzare anche la pura perdita economica conseguente all'insorgere di un debito risarcitorio, ossia, come già abbiamo rilevato, un danno meramente patrimoniale, non mediato dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva del garantito. La garanzia, dunque, al pari dell'obbligazione, è idonea a conferire rilevanza giuridica ad interessi non previamente tutelati dall'ordinamento e quindi di mero fatto (quale il c.d. interesse all'integrità del patrimonio), rendendoli in questo modo degni di tutela mediante risarcimento o indennizzo. A giustificare la traslazione del pregiudizio nella sfera

⁽²⁰⁾ Cfr. a proposito dell'assicurazione della responsabilità civile, da ultimo P. CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 3, p. 901 ss.

⁽²¹⁾ Se si accertasse che effettivamente le parti intendevano attribuire ad una di esse un valore svincolato dal pregiudizio subito a causa dell'evento incerto, il contratto rientrerebbe nel tipo della scommessa, con applicazione della relativa disciplina ed in particolare dell'art. 1933 c.c.

⁽²²⁾ Sui rapporti tra responsabilità civile ed assicurazione e sul diverso atteggiamento rispetto al problema del danno cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 413 ss.

del garante è sufficiente il legame con un evento concreto del tipo di quello contemplato in astratto dalla garanzia, e quindi con il rischio da questa «trasferito» in capo al garante.

Mentre, tuttavia, la garanzia assicurativa sembra deputata a tutelare «il patrimonio in atto», cioè la sua «attualità statica» o, in altre parole, l'«appartenenza»⁽²³⁾ – da cui la tendenziale limitazione dell'indennizzo al danno emergente come perdita di ciò che è già definitivamente e stabilmente entrato nel patrimonio del soggetto⁽²⁴⁾ – altre ipotesi di garanzia tutelano invece la «spettanza», ossia «il patrimonio in potenza», la sua «attualità dinamica»⁽²⁵⁾. Si tratta di tutte le garanzie inserite in tipi contrattuali funzionali all'acquisizione al patrimonio di nuovi beni o utilità, ossia al suo accrescimento, come la compravendita. In questo caso, la disciplina deve tenere in massima considerazione la «sempre maggiore attitudine dei beni a essere resi funzionali oltre il puro godimento da parte del proprietario, e perciò capaci di incrementare il patrimonio stesso»⁽²⁶⁾; coerentemente, l'interesse all'acquisizione della disponibilità di un bene con le caratteristiche attese o specificamente pattuite deve essere tutelato anche rispetto agli impieghi del bene funzionali all'ulteriore accrescimento del patrimonio (ossia impieghi, in senso lato, produttivi), i quali, se si rivelano impossibili a causa del difetto, danno corpo alla voce di danno patrimoniale che l'art. 1223 c.c. chiama lucro cessante. Da questo punto di vista ben si giustifica la scelta lessicale del legislatore di indicare col termine «risarcimento», ordinariamente proprio del contenuto dell'effetto giuridico responsabilità, uno degli effetti della garanzia (art. 1494, comma 1, c.c.), consentendo di richiamare anche in

⁽²³⁾ Queste espressioni, come pure le successive tra virgolette, sono tratte da C. CASTRONOVO, voce «*Obblighi di protezione*», nell'*Enc. giur.*, XXI, Roma, 1991, p. 3; e ID., *Il risarcimento del danno*, cit., pp. 93-94.

⁽²⁴⁾ Lo stesso ragionamento è svolto, rispetto alla responsabilità aquiliana e all'art. 2056, comma 2, c.c., da CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 93; e v. anche ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 595-596.

⁽²⁵⁾ V. anche F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contr.*, 2017, 1, p. 55, che percorre nitidamente le linee di questa distinzione riconducendola a quella tra interesse negativo e positivo: «l'interesse negativo designa la salvaguardia del patrimonio in essere e della sfera soggettiva attuale del contraente e, dunque, offre una sintesi concettuale dell'intera sfera dell'avere e dell'essere considerata staticamente in un determinato momento: quello in cui viene compiuta la scorrettezza e si produce il danno. È, pertanto, estranea all'interesse negativo qualunque forma di accrescimento del patrimonio o della sfera personale programmata mediante il contratto, concluso validamente o meno, ma poi sfumata. Questo è, infatti, il campo dell'interesse positivo nel quale va incluso qualunque profilo incrementativo del patrimonio e della sfera personale del contraente di cui esista una base giuridica: sia sotto forma di risultato esigibile in conseguenza di una prestazione dovuta sia sotto forma di risultato ragionevole, o anche soltanto probabile oltre una certa misura, dello sfruttamento dell'incremento preteso sulla base di un titolo ma non ottenuto».

⁽²⁶⁾ Così ancora CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 596.

questo ambito la disciplina di cui agli artt. 1223 ss., ed in primo luogo la norma che estende la tutela alle due voci del danno emergente e del lucro cessante.

Va ribadita l'adesione, dunque, agli indirizzi che estendono alla lesione del pieno interesse positivo il pregiudizio indennizzabile *ex art.* 1494, comma 1, c.c. Pur con le limitazioni poste da questa norma per ragioni equitative⁽²⁷⁾, la sicurezza che la garanzia attribuisce al compratore deve estendersi ai possibili utilizzi del bene e quindi l'indennizzo deve poter includere ogni mancato guadagno dovuto all'impossibilità di questi utilizzi, tra cui anche la rivendita a prezzo superiore. L'aver ricondotto alla sfera della responsabilità la norma che nell'appalto consente il risarcimento dell'interesse positivo (art. 1668, comma 1, c.c.) non smentisce l'astratta idoneità della garanzia a compensare anche questa voce di danno, bensì è indice della volontà del legislatore di raggiungere soluzioni eque rispetto alla ripartizione del rischio tra le parti, non volendo in ogni caso gravare una di esse di indennizzi potenzialmente assai elevati al di fuori di una rimproverabilità concreta⁽²⁸⁾.

Come la miglior dottrina ha notato, la sicurezza che la garanzia pura conferisce «investe tanto la mancata incidenza negativa nella sfera giuridica del garantito di un evento dannoso nel senso classico di pregiudizio patrimoniale o personale quanto la presenza di un determinato livello qualitativo in un bene o in un servizio. Anche quest'ultimo profilo, qualora non si realizzi, si traduce in definitiva in un effetto pregiudizievole»⁽²⁹⁾. Si tocca così la questione della natura del pregiudizio preso in considerazione dalla garanzia pura, anch'essa meritevole di un approfondimento.

L'art. 1905, comma 1, c.c. in tema di assicurazione contro i danni sembra fare riferimento ad una nozione di danno affine a quella che la dottrina ha enucleato nell'ambito della responsabilità civile⁽³⁰⁾. La distinzione prima di tutto logica tra

⁽²⁷⁾ V. *supra*, cap. I, § 1.

⁽²⁸⁾ V. *supra*, cap. I, § 4.

⁽²⁹⁾ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 398.

⁽³⁰⁾ Dedotto il requisito dell'ingiustizia (CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 414-415), che è però presupposto di risarcibilità solo nell'ambito della responsabilità extracontrattuale e non di quella contrattuale, ove è anche il danno meramente patrimoniale ad avere rilievo, in quanto derivante dall'inattuazione del rapporto (v. sempre CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 127 ss., ed in particolare pp. 133-134). Secondo PARTESOTTI, *La polizza stimata*, cit., p. 36, nt. 51, l'assicurazione costituisce «la fonte di un'obbligazione che assolve una funzione identica a quella risarcitori di diritto comune», la quale quindi «deve essere governata da identici principi fondamentali». Sostiene l'autore che «la differenza tra la natura di obbligazione contrattuale dell'obbligazione risarcitoria assicurativa e quella di obbligazione "legale" dell'obbligazione risarcitoria comune, possa venire invocata per dare ragione dell'eventuale diversa (*maggiore o minore*) estensione del risarcimento assicurativo in confronto al sistema degli artt. 1223, 1226 1227 e 2056 c.c., sia riguardo all'interesse tutelabile, sia riguardo alla misura del risarcimento (o su

sinistro, ossia evento lesivo dell'interesse, e danno, consistente nella perdita conseguente alla lesione ⁽³¹⁾, trova conferma anche in questa norma ⁽³²⁾. Vi sono tuttavia altri luoghi normativi nei quali gli effetti rimediali della garanzia si producono senza che si sia verificato un danno in questa accezione, bensì in presenza della mera lesione dell'interesse e senza che sia necessario appurarne le conseguenze patrimoniali. Si tratta dei diversi casi di garanzia per vizi nei tipi contrattuali che la prevedono. Ad esempio, l'art. 1490 c.c. costruisce la fattispecie da cui dipendono i rimedi edilizi unicamente sulla presenza di vizi che rendano la cosa «inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore» ⁽³³⁾. Se nel secondo caso si può facilmente identificare una diminuzione patrimoniale, nel primo – che può presentarsi anche da solo, con una diminuzione del valore d'uso che non abbia riflessi sulla valutazione economica del bene – questa può mancare del tutto.

Ciò non è del tutto sconosciuto anche alla teoria della responsabilità civile, ove si ammette che il danno possa esistere anche prescindendo da una diminuzione patrimoniale. È questa infatti la nozione di danno che si ritiene accolta dalla disciplina positiva del risarcimento in forma specifica, la quale mira a riparare «la perdita del bene in sé considerata» e quindi il suo valore d'uso ⁽³⁴⁾. In questo caso, tuttavia, si richiede che il danno consegua pur sempre alla lesione materiale di un bene e si afferma che il risarcimento mirerebbe «ad annullare il profilo materiale e concreto del danno» ⁽³⁵⁾. È evidente che nel caso di vendita di un bene viziato non si ha nessuna lesione materiale di un bene che presenta già le caratteristiche indesiderate e non è in nulla danneggiato dalla vicenda traslativa a cui il contratto dà luogo.

quest'ultimo punto reciprocamente dell'eventuale solo parziale reintegrazione dell'interesse leso), a seconda di quanto pattuito nel contratto».

⁽³¹⁾ Cfr. A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, p. 153 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 153.

⁽³²⁾ Distingue nettamente il danno dal sinistro, che «indica unicamente il fatto suscettibile di provocare il danno e non anche le conseguenze che da questo derivano o possono derivare all'assicurato», CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, cit., p. 905.

⁽³³⁾ Anche in questi casi, il pregiudizio consiste in un danno meramente patrimoniale: «Il danno meramente patrimoniale costituito dal cattivo affare è fin dal diritto romano l'oggetto tutelato dalla garanzia della vendita nella quale il bene viene fatto rilevare essenzialmente come valore di scambio; di qui la preminente funzione restitutoria della garanzia edilizia, volta a porre rimedio all'arricchimento del venditore a danno del compratore per aver comperato una cosa la quale, essendo viziata, non vale quanto è stata pagata» (NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., pp. 558-559, nt. 60).

⁽³⁴⁾ D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., pp. 170-171.

⁽³⁵⁾ D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 182.

Le norme sulla garanzia per vizi mettono dunque l'interprete di fronte ad un bivio: o concludere che gli effetti secondari della garanzia si producono anche in assenza di un danno, oppure ritenere che in queste ipotesi rilevi una concezione ancora differente di danno, ossia quella fatta propria dalle teorie normative, secondo le quali «non è nemmeno necessario che la lesione abbia quel carattere concreto o materiale richiesto dalle teorie reali»⁽³⁶⁾, dal momento che il danno consisterebbe nella pura lesione del diritto o del bene giuridico tutelato, o in altre parole nel semplice evento lesivo dell'interesse⁽³⁷⁾. Questa seconda via, oltre a consentire una maggiore coerenza nella ricostruzione di una figura generale di garanzia pura basata sul danno come elemento indefettibile della fattispecie astratta da essa contemplata, ha il pregio eminentemente operativo di mettere in evidenza la necessità di individuare un effettivo pregiudizio come presupposto per l'invocabilità degli effetti rimediali, riaffermando il valore del principio indennitario anche nei casi in cui è più difficile rinvenire una reale diminuzione patrimoniale.

D'altra parte, la conclusione è coerente anche nell'ottica della teoria generale del danno, in base all'indirizzo metodologico che afferma la necessità di scegliere tra le differenti nozioni in base alle scelte del diritto positivo ed in particolare a quelle espresse nella disciplina delle modalità risarcitorie, giungendo quindi a sostenere la possibile coesistenza di più concezioni di danno nello stesso ordinamento⁽³⁸⁾. Nella garanzia pura si riscontra lo stesso *Dualismus*⁽³⁹⁾ tra una nozione differenziale di danno, assunta dalla disciplina del risarcimento per equivalente e, rispetto alla garanzia, da quella dell'assicurazione contro i danni, e di una concreta, presupposta dalle norme sul risarcimento in natura e da quelle sulla garanzia in forma specifica nella vendita di beni di consumo; a queste si aggiunge però anche una nozione puramente normativa accolta dalle norme sulle azioni edilizie, nella cui fattispecie rileva la pura lesione (ossia mancata soddisfazione) dell'interesse del compratore ad acquisire la titolarità e la disponibilità di un bene con determinate caratteristiche. Anche dove questa lesione si rifletta esclusivamente sul valore d'uso del bene, senza causare un ammanco patrimoniale vero e proprio, un danno è bensì presente e giustifica l'attivazione delle tutele in forma di restituzione del corrispettivo.

Riassumendo, la garanzia pura attribuisce in via immediata – senza cioè che

⁽³⁶⁾ Così ancora D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., pp. 164-165.

⁽³⁷⁾ Sulla concezione normativa del danno cfr. anche, in chiave critica, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 145 ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 166 ss.

⁽³⁹⁾ L'espressione è di Stoll e si riferisce al sistema del risarcimento nel BGB, ma è stata ripresa per l'ordinamento italiano da D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 169 ss. e pp. 181-182.

il risultato richieda una necessaria cooperazione della controparte – la sicurezza della soddisfazione in natura o per equivalente dell’interesse del garantito alla conservazione del proprio patrimonio o al suo incremento. Un intervento del garante è previsto solo in una fase eventuale dell’evoluzione del rapporto – in dipendenza di un evento che implichi la mancata soddisfazione del suddetto interesse – come contenuto degli obblighi che sorgono allo scopo di neutralizzare o rimuovere le conseguenze dell’evento lesivo ⁽⁴⁰⁾.

3. La garanzia pura nel sinallagma contrattuale.

Nella ricostruzione fin qui compiuta ci siamo dedicati all’individuazione delle linee essenziali del concetto di garanzia pura dal punto di vista strutturale e funzionale, sempre però considerando la garanzia come elemento autonomo ed a sé stante, astraendolo quindi (almeno in linea di principio) dal più ampio contesto del rapporto contrattuale in cui si colloca. Possiamo ora passare ad analizzare il modo in cui una posizione di garanzia pura si innesta in una struttura contrattuale, ed in particolare come essa si inserisce nel rapporto con gli altri elementi che compongono il sinallagma nei contratti di scambio.

La presa di coscienza dell’insufficienza del modello obbligatorio a rappresentare la complessità degli effetti giuridici di carattere non reale che possono nascere dal contratto è alla base della comprensione del contratto altresì come «strumento di accollo di rischi», imperniato sull’attribuzione oggettiva di un risultato anche oltre il limite della collaborazione della controparte ⁽⁴¹⁾. Superato l’appiattimento su un’idea di contratto meramente obbligatorio, e con esso anche l’identificazione dell’inadempimento del contratto con l’inadempimento di

⁽⁴⁰⁾ La garanzia pura realizza l’«attribuzione al garantito di un determinato assetto di fatto o di diritto che il garante non si impegna a predisporre ma al limite a ripristinare, per lo meno in parte, perché o indipendente, del tutto o in buona misura, dalla sua azione o dalla legge o dal contratto concepito come dovuto anche al di là delle capacità realizzative del soggetto che vi è tenuto» (PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 398).

⁽⁴¹⁾ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 532 ss., che sottolinea come questa concezione sia più affine a quella di *common law* e all’idea di *breach of contract* come semplice inattuazione del contratto. Se ne trova infatti una traccia in P.S. ATIYAH, *Judicial Techniques and the Law of Contract*, in ID., *Essays on Contract*, Oxford, 1986, p. 244, ove si afferma che «a large part of the law of contract is concerned with allocating the risks of untoward events between the parties». V. anche TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, cit., p. 344, secondo il quale «con il contratto ciascuna parte si può proporre, sia di assicurarsi la cooperazione della controparte per realizzare un risultato di produzione o di scambio economico, sia di realizzare una certa ripartizione di rischi».

un'obbligazione, si manifesta «l'esigenza di un corrispondente allargamento del concetto di sinallagma fino a comprendere anche la relazione fra due prestazioni corrispettive, una delle quali non è tutelata, in tutto o in parte, nella forma del diritto di credito bensì del diritto di garanzia»⁽⁴²⁾. È ormai acquisito, infatti, il rilievo per cui le prestazioni contrattuali, che entrano nello scambio ossia nel sinallagma, sono una categoria più ampia della prestazione come intesa dall'art. 1174 c.c. e coincidono anche con altri tipi di attribuzione patrimoniale⁽⁴³⁾.

Indubbiamente, attraverso la costituzione di una garanzia pura una parte acquisisce un vantaggio, una concreta utilità, e l'altra reciprocamente assume un vincolo comportante un sacrificio. Come il vantaggio in favore del garantito si produce fin dal momento in cui il rapporto diviene efficace e permane per tutta la sua durata indipendentemente dal verificarsi dell'evento lesivo, così è per il corrispondente sacrificio del garante: questi non è solo tenuto ad adempiere agli obblighi di indennizzo una volta sorti, ma anche a rispettare l'obbligo di solvibilità, che in quanto effetto primario della garanzia si estende per tutto il periodo della sua vita e vincola il garante a destinare risorse al potenziale rispetto degli effetti rimediali. Si può quindi affermare che l'esistenza della garanzia pura, come situazione giuridica soggettiva che entra nel patrimonio delle parti quale elemento attivo o passivo, determina per esse rispettivamente un arricchimento ed un correlativo impoverimento.

È affermazione comune quella secondo cui la funzione della garanzia sarebbe di riequilibrare i termini dello scambio, ossia del sinallagma contrattuale, che risultano alterati rispetto all'intento originario delle parti a causa di un evento successivo alla conclusione del contratto⁽⁴⁴⁾. L'impostazione non sembra in realtà corretta, almeno terminologicamente. Se il sinallagma comprende anche una certa ripartizione dei rischi ed attribuisce alle parti la certezza della soddisfazione di determinati interessi, prevedendo anche i mezzi per la loro reintegrazione in via surrogata, la fase del rapporto che si instaura in seguito all'evento lesivo per neutralizzarne le conseguenze nella sfera del garantito non si pone quale reazione

⁽⁴²⁾ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 404, che segue un'osservazione di Rubino (*La compravendita*, cit., p. 303).

⁽⁴³⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., pp. 1275-1276 («anche il risultato perseguito con l'assunzione di una garanzia contro un rischio, se può di certo costituire una delle *prestazioni* di un contratto bilaterale, non rappresenta l'oggetto di un particolare tipo di obbligazione, consistendo, invece, nella situazione di sicurezza che la stipulazione del contratto determina automaticamente, a favore di un contraente, come riflesso dell'obbligazione di indennizzo soltanto eventuale a carico dell'altro»); PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit. p. 385.

⁽⁴⁴⁾ V. per tutti DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 3.

ad uno squilibrio del sinallagma, bensì quale attuazione del sinallagma stesso e del programma delineato nel contratto, seppur in una forma succedanea e potenzialmente diversa da quella prevista in via principale ⁽⁴⁵⁾.

Se l'evento dannoso è assunto come possibile (in quanto giudicato come rischio), il suo accadere rientra in ciò che le parti hanno dall'inizio previsto, seppur dandone una valutazione negativa quale fatto non desiderato. Gli effetti successivi mediante i quali la garanzia, quale effetto del contratto, libera la sfera del garantito dalle conseguenze dell'evento traslandole nella sfera del garante (che aveva previamente acconsentito a ciò) sono dunque da vedere come coerente applicazione dell'accordo originario, ossia attuazione dello scambio e non suo riequilibrio, proprio perché nello scambio entrava anche il rischio medesimo ⁽⁴⁶⁾. In altre parole, l'evento è qualificato non in termini di «non dover essere», come ad esempio

⁽⁴⁵⁾ Già secondo MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 403, del resto, «certamente la consegna di una cosa viziata rappresenta una inosservanza della *lex contractus* (breach of contract dicono gli inglesi), ma non per questo “il vero fondamento della garanzia sta nella rottura del sinallagma funzionale”», dal momento che invece «l'azione redibitoria è appunto un surrogato dell'azione di adempimento».

⁽⁴⁶⁾ L'idea per cui la garanzia avrebbe per funzione il riequilibrio del sinallagma contrattuale pare avere alla base un'inversione concettuale. Non è possibile, infatti, ricostruire aprioristicamente il sinallagma – ossia i termini dello scambio attuato mediante il contratto – per poi dedurre la necessità di prevedere una garanzia quale strumento per la conservazione del medesimo. È, al contrario, la garanzia quale effetto contrattuale che contribuisce a definire quale sia lo scambio programmato dal contratto, prevedendo poi degli strumenti che consentono di reagire alle conseguenze previste ma non desiderate del verificarsi di un rischio, ossia di realizzare o risarcire in via surrogata gli stessi interessi che in prima istanza si volevano soddisfatti mediante lo scambio.

Prova di questo è l'esistenza, a livello storico, di ordinamenti nei quali il modello tipico di vendita prevede che i rischi che le garanzie fanno gravare sul venditore restino invece per intero in capo all'acquirente (*caveat emptor*): v. *infra*, cap. III, § 1. È evidente, dunque, che una determinata configurazione del sinallagma dipende da precise scelte di diritto positivo che non possono essere assunte aprioristicamente, per poi dedurre l'esistenza di determinate garanzie. Neppure può giungersi ad un risultato simile tramite la considerazione dell'affidamento dell'acquirente e dell'esigenza di tutelarlo per ragioni di equità o di efficienza del mercato, dato che l'affidamento può trovare protezione giuridica solo nei limiti della sua ragionevolezza ma, soprattutto, del riconoscimento da parte dell'ordinamento. Al contrario, è proprio la previsione legislativa di una serie di garanzie quali *naturalia contracti* a giustificare un simile affidamento, in quanto rivolto ad una ripartizione tipica del rischio tra le parti, attuata dall'ordinamento in virtù di precise scelte positive. È esatto il rilievo per cui «la spiegazione o il fondamento del nostro istituto, più che in quelle teorie, si trova nelle condizioni economico-sociali, nel costume, nella mentalità di una data epoca storica o di una data società storicamente determinata» (GORLA, voce *Azione redibitoria*, cit., p. 877): alla base, dunque, non vi sono necessità logiche o esigenze di coerenza del sistema, ma valutazioni di opportunità (a loro volta ovviamente dettate da ragioni di equità o efficienza) espresse nel diritto positivo.

Allo stesso modo cadrebbe in errore chi, dalle sintesi concettuali che si vogliono fornire della disciplina positiva della compravendita (come «impegno traslativo» o «prestazione traslativa»), volesse far derivare una tutela del compratore più ampia di quella espressa dalla medesima disciplina, quasi che l'«impegno traslativo» del venditore dovesse significare più di quanto l'interpretazione del contratto e della legge non possano di per sé significare alla luce degli ordinari criteri di ermeneutica (v. appena *infra* nel testo). L'inversione concettuale sarebbe, a quel punto, del tutto scoperta ed inaccettabile.

l'inadempimento di un'obbligazione, bensì di «poter essere» (in termini puramente oggettivi e senza alcuna sfumatura di liceità o facoltà). Non avrebbe senso, infatti, connotare di doverosità un evento che nella garanzia ben può essere anche indipendente dalla condotta e persino dall'ambito di controllo del soggetto (ed anzi è assunto dalla forma giuridica proprio come tale).

D'altra parte non si può trascurare come, almeno in alcuni casi, il vincolo comprenda in qualche modo anche la promessa del risultato medesimo e non solo degli effetti succedanei rispetto alla sua mancanza. In questa ottica, si può allora vedere la manifestazione del vizio come violazione della promessa contrattuale, ossia della *lex contractus*, e discorrere di inadempimento del contratto medesimo. Non per questo, tuttavia, diviene possibile accogliere le tesi che vedono nella garanzia la sanzione per la violazione di una norma primaria, consista essa nell'inadempimento dell'obbligazione di fare avere la cosa utilmente, nell'inesatto compimento dell'attribuzione patrimoniale ⁽⁴⁷⁾ o nella violazione dell'impegno traslativo ⁽⁴⁸⁾.

Queste formule, la cui fortuna non pare del tutto declinare nemmeno nella dottrina più recente, non sembrano in grado di significare nulla più se non una sintesi o una sommatoria delle singole posizioni giuridiche soggettive nascenti dal contratto – eventualmente anche per via di norme di legge che ne integrino il contenuto – considerate nella loro portata precettiva ⁽⁴⁹⁾. Resterebbe tuttavia il problema di ricostruire tale portata alla luce del testo contrattuale e della disciplina legale ⁽⁵⁰⁾, dal momento che l'adozione di questi schemi non potrebbe in ogni caso condurre ad un arbitrario ampliamento del vincolo ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁷⁾ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 637 ss.

⁽⁴⁸⁾ BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., pp. 631-632.

⁽⁴⁹⁾ In questo senso, ad esempio, la garanzia per i vizi giuridici conterrebbe un «impegno» a consentire l'acquisto della titolarità del diritto, e la garanzia per i vizi materiali un «impegno» relativo alle caratteristiche del bene. Alla teoria di Rubino si è obiettato che essa non consente reali passi avanti «se non si precisa in dettaglio in quale rapporto l'attribuzione suddetta si trovi con la *lex contractus*» (DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 286). In senso simile anche PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 298, che ritiene che quello di impegno traslativo sia un termine atecnico, che si non riferisce né ad un effetto giuridico né ad una fonte di effetti, ma al più costituisce un'«espressione breviliquia per designare il programma contrattuale che compete al venditore, evidenziandone il carattere della coattività, il quale si esaurisce nella limitazione della libertà del venditore e nell'attitudine del programma ad essergli imposto se recalcitrante o non puntuale nell'esecuzione». L'ellitticità di queste espressioni è denunciata anche da D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., p. 159.

⁽⁵⁰⁾ Afferma DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 190, che «il contenuto, in quanto sostanza psicologica, regolamentare, normativa che sia (a seconda del tipo di definizione di negozio a cui si accede), pone un problema spiccatamente ermeneutico ossia quello di intenderne significato e portata».

⁽⁵¹⁾ La precisazione è dovuta, dal momento che alcuni autori, trattando il tema delle tutele a disposizione dell'acquirente di partecipazioni sociali, fanno derivare in maniera quanto meno

Le prospettive in esame sono state oggetto di una convincente critica che ha evidenziato come esse, pur nel tentativo di fare a meno dell'obbligazione e di concepire la garanzia come sanzione per la violazione di un vincolo di altro genere, non riescono in ultima analisi a farne del tutto a meno ⁽⁵²⁾. Sono proprio la distinzione concettuale tra garanzia ed obbligazione ed il diverso ruolo assunto nei due modelli dal comportamento della controparte ad indicare che «tutta la discussione sul punto se la garanzia riposi sopra un dovere di adempimento è metodologicamente sbagliata» ⁽⁵³⁾. Il dovere di adempimento implica quello di tenere un certo comportamento ⁽⁵⁴⁾, che è estraneo come tale alla garanzia, nella quale rileva soltanto l'attribuzione immediata di un risultato e quindi il suo oggettivo raggiungimento. Di conseguenza, anche il richiamo alla categoria di sanzione per l'inadempimento operato da queste teorie è fuori luogo, poiché di essa «non si può parlare se non in relazione all'inadempimento di un'obbligazione. La sanzione è una norma di secondo grado, il cui presupposto è dato dalla violazione di una norma primaria, cioè di un precedente dovere giuridico» la cui esistenza abbiamo qui potuto escludere; «al contrario, la garanzia è essa stessa una norma primaria, o meglio un particolare comando della norma primaria collegata alla fattispecie contrattuale» ⁽⁵⁵⁾.

Il fatto rilevante nell'ottica della garanzia non è dunque la violazione di un dovere da parte del garante, bensì il mancato verificarsi di un risultato o, nell'ottica soggettiva del garantito, la mancata soddisfazione dell'interesse a quel risultato. La comprensione del fenomeno passa necessariamente, come già chiarito, per il superamento della prospettiva del contratto ad effetti obbligatori e per una diversa rappresentazione della vicenda contrattuale, basata sulla dialettica tra contenuto programmatico e sua esecuzione e sulla valutazione della loro corrispondenza ⁽⁵⁶⁾.

disinvolta da formule come quelle citate delle tutele implicite anche in mancanza di previsioni pattizie e senza una rigorosa dimostrazione di un loro fondamento nella legge.

⁽⁵²⁾ Così PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 557 ss. Cfr., per ulteriori rilievi critici, CARBONI – BALLORIANI, *Le garanzie e la vendita di cosa altrui*, cit., p. 1015 ss.

⁽⁵³⁾ È il pensiero di Flume, riportato da MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 386.

⁽⁵⁴⁾ «Il dovere giuridico è forma direttiva della volontà, e quindi non può regolare se non atti che dipendono dalla volontà del soggetto» (MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., p. 72). V. anche C. CASTRONOVO, *Commento sub art. 1176 c.c.*, nel *Commentario al codice civile* diretto da P. Cendon, IV, Torino, 1994, p. 18, secondo cui l'adempimento consiste in «quel comportamento del debitore (prestazione) grazie al quale il creditore consegue quel risultato che si attendeva in via primaria».

⁽⁵⁵⁾ È questa la critica, rivolta nello specifico alla tesi di Rubino, da parte di MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 403.

⁽⁵⁶⁾ Secondo l'autore che ha dato maggiore impulso a questa ricostruzione, «la consegna di cosa

Se, in questa ottica, «il contratto ha la funzione di indicare il risultato da raggiungere e di enunciare il procedimento che deve condurre allo scopo», nei contratti ad effetti obbligatori tra programma ed esecuzione vi è il medio dell'obbligo che connota di doverosità i comportamenti divisati come idonei a procurare il risultato prefissato ⁽⁵⁷⁾. Diversamente, nei contratti traslativi ossia «immediatamente *dispositivi di situazioni giuridiche*, abbiano esse carattere reale o obbligatorio», manca «la previsione e utilizzazione di comportamenti destinati allo scopo, giacché il contratto enuncia solo il risultato da raggiungere», il cui conseguimento coincide temporalmente con il perfezionamento dell'atto; perciò l'effetto ulteriore del contratto «si sostanzia nel garantire in senso tecnico, e naturalmente *a posteriori*, che il risultato prodotto sia stabilmente acquisito alla sfera dell'*accipiens* ed idoneo, per altro verso, a soddisfare le aspettative di lui» ⁽⁵⁸⁾.

Ci si può domandare se alla mancata realizzazione del risultato corrisponda una violazione della *lex contractus* ⁽⁵⁹⁾ o della garanzia medesima ⁽⁶⁰⁾. In realtà, il concetto di garanzia viene talora accostato a quello di obbligazione, talora a quello di responsabilità; e quindi viene posto sia sul piano della situazione sostanziale primaria che su quello degli effetti «rimediali» (secondari). Ciò è forse da mettere in relazione col fatto che nel contenuto della garanzia è possibile individuare non una norma primaria di condotta, ma solo delle norme secondarie di reazione al mancato raggiungimento del risultato e quindi alla lesione dell'interesse tutelato, cosicché essa non risulta agevolmente scindibile in due piani, a differenza dell'obbligazione. Mentre la disciplina dell'obbligazione si concentra

viziata non corrisponde al programma concordato dalle parti, pur non rappresentando peraltro una forma di inadempimento dell'obbligo» (DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 291). Già Mengoni rilevava come «l'errore [ossia la falsa rappresentazione circa le qualità della cosa] non incide in sede di formazione del negozio, ma soltanto in sede di *esecuzione*, si traduce in una difformità tra il contenuto materiale della prestazione e il contenuto dell'accordo precedente, ossia della *lex contractus*» (*Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 396). Non è difficile vedere in questa impostazione i germi dell'articolazione tra programma contrattuale (il «contenuto dell'accordo») e sua esecuzione. La stessa prospettiva è ora accolta da PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 578 ss.

⁽⁵⁷⁾ DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 359.

⁽⁵⁸⁾ DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 360-361.

⁽⁵⁹⁾ Così MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 402, che parla più precisamente di «inadempimento del contratto» (o della *lex contractus*) e ne fa «una *condicio iuris* di efficacia della garanzia ricollegata al contratto». Sul senso da dare all'espressione, v. *supra*, cap. I, § 1, nt. 19.

⁽⁶⁰⁾ Di questa idea è invece PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 560, nt. 40, secondo il quale «se la garanzia è una posizione sostantiva e, dunque, una norma primaria, il c.d. inadempimento del contratto rappresenta, nell'ipotesi di vendita di bene difforme, non già *condicio iuris* di efficacia della garanzia, quanto piuttosto violazione della garanzia medesima e *condicio iuris* delle azioni edilizie, specularmente all'inadempimento di un'obbligazione rispetto all'azione di adempimento».

prevalentemente sulla fase fisiologica dell'adempimento, regolandone le modalità, per dettare poi le norme sulla responsabilità, la parte più cospicua della disciplina sulla garanzia riguarda ovviamente la fase rimediale ⁽⁶¹⁾. Data l'indifferenza della garanzia pura alle modalità di raggiungimento del risultato e, di riflesso, alle ragioni del suo mancato conseguimento, essa resta per così dire quiescente fino a quando non si verificano i presupposti di attivazione degli effetti secondari rimaliali (quelli che secondo alcune formulazioni sono i presupposti di efficacia della garanzia medesima). Non per questo tuttavia, come abbiamo visto, si può affermare che gli effetti giuridici in cui la garanzia consiste vengano ad esistenza unicamente con la lesione dell'interesse: la garanzia come struttura fondamentale e come vincolo, distinta dai singoli effetti, sussiste anche prima ed attribuisce, come si è visto, una precisa utilità al garantito.

Deve osservarsi che, poiché il contenuto ossia la sostanza programmatica del contratto deve essere colto in base ai suoi effetti ⁽⁶²⁾, la garanzia è una delle forme di qualificazione mediante le quali può essere costruito il programma contrattuale, laddove si intenda dare rilevanza ad un risultato prescindendo dai mezzi per ottenerlo e si voglia attribuirlo in ogni caso ad una delle parti ⁽⁶³⁾. Sembra corretto dunque affermare che la mancata produzione del risultato dedotto corrisponde ad una violazione della garanzia e, di riflesso, del regolamento contrattuale che la garanzia medesima contribuisce a plasmare. Dato però che, come dicevamo poco fa, la garanzia contempla il rischio ossia la possibilità di frustrazione dell'interesse a conseguire il risultato programmato, essa prevede anche una fase alternativa ed eventuale diretta a soddisfare il medesimo interesse in maniera succedanea. Se così è, e dunque anche questa fase deve ritenersi compresa in un più articolato regolamento contrattuale, il suo svolgersi è anch'esso un ulteriore momento di esecuzione del contratto ⁽⁶⁴⁾, durante il quale vengono traslate nella sfera del

⁽⁶¹⁾ Cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, p. 286.

⁽⁶²⁾ «Il *contenuto* del contratto si manifesta in relazione ai suoi *effetti (voluti)*, con la conseguenza che non risulta possibile considerare l'un aspetto del fenomeno senza farvi rientrare logicamente anche l'altro», dal momento che essi altro sono se non «due momenti logicamente distinti in cui una stessa realtà può essere colta» (DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 211-212).

⁽⁶³⁾ A questa attribuzione «in ogni caso», ossia assoluta, del risultato corrisponde l'intento di conferire la sicurezza circa l'ottenimento dell'utilità o almeno la disponibilità automatica degli effetti rimaliali. Tale sicurezza è ciò che la garanzia pura attribuisce, come già visto, in via immediata.

⁽⁶⁴⁾ Non si spinge fino a questo punto, invece, DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 304-305, il quale ritiene che «il far valere le "conseguenze" che derivano dall'effetto di garanzia non si equivalga a *dare attuazione al contratto*, sia pure attraverso la prestazione di un surrogato (dell'adempimento)». Secondo l'autore, il contratto risulta ormai ineseguito (o parzialmente o non esattamente eseguito) e in questa situazione la norma dispone una nuova situazione di equilibrio, quella fondata e prevista nel rapporto di garanzia. In questa fase ulteriore, però, non si versa «sul

garante le conseguenze negative del verificarsi del rischio. In questo modo si dà piena attuazione al sinallagma, nel quale le parti hanno appunto previsto in capo a quale di esse il rischio deve essere fatto gravare.

4. *Le diverse categorie di garanzia pura.*

Senza smentire l'unitarietà del concetto di garanzia pura che abbiamo tentato sin qui di delineare, dobbiamo ora dar conto di alcune distinzioni che si profilano all'interno della categoria, con rilevanti conseguenze rispetto alla disciplina della fase rimediabile. L'individuazione di tratti distintivi in alcune ipotesi di garanzia – senza che per ciò muti la struttura fondamentale che, come dovrebbe essere ormai dimostrato, la caratterizza – porta a delineare delle categorie di garanzia pura che si collocano, da un punto di vista logico e sistematico, sullo stesso piano delle «specie di obbligazioni» a cui è intitolato il capo VII del titolo sulle obbligazioni in generale, nelle quali alle peculiarità della struttura o dell'oggetto del rapporto corrisponde l'applicazione di norme diverse.

La forma giuridica della garanzia pura, infatti, è stata applicata a situazioni sostanziali molto diverse tra loro, nelle quali si è ravvisato il comune obiettivo di attribuire ad un soggetto la certezza circa la soddisfazione di un proprio interesse. Già la consistenza dell'interesse tutelato, tuttavia, si è rivelata in tutta la propria multiformità dipendente dai differenti contesti in cui la garanzia pura è messa all'opera. La complessità del concetto di garanzia pura si accresce se si prendono analiticamente in considerazione gli altri elementi che caratterizzano la sua struttura.

Queste distinzioni possono essere individuate analizzando in astratto le dinamiche riguardanti la figura di cui ci occupiamo, ma, come vedremo in seguito, trovano precisi riscontri sul piano normativo. Nelle norme dettate per le diverse

terreno della esecuzione del contratto [...] ma sul terreno delle reazioni, disposte dalla norma di legge, alla mancata (o difettosa) esecuzione come fatto definitivamente acquisito allo schema e pertanto scontato e accettato dalla norma di legge». V. invece PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 574 ss., che analizzando la disciplina della garanzia di conformità nella vendita di beni di consumo vi ravvisa «un procedimento, articolato in fasi successive e situato interamente all'interno del cerchio chiuso dell'esecuzione del contratto». Questo autore contrappone quindi «un'idea di contratto drasticamente statica che respinge all'esterno della propria vicenda esecutiva tutti i tentativi di recuperare il risultato, in prima battuta irrealizzato, cui mira il programma contrattuale» ad «una nozione di contratto più matura come programma destinato a realizzarsi anche attraverso fasi successive, alcune delle quali eventuali, ed a protrarsi anche dopo la fase contenziosa». È questa seconda nozione che sembra meglio descrivere l'apporto dato dalla garanzia alla configurazione del regolamento contrattuale.

ipotesi tipiche di garanzia si riconoscono scelte legislative calibrate sulle caratteristiche delle diverse situazioni sostanziali. È compito dell'interprete tentare di ricondurre queste soluzioni ad un quadro ricostruttivo unitario, per delineare modelli chiari in base ai quali individuare, tra le diverse regole, quella più adeguata da applicare a ciascuna delle ipotesi non espressamente regolate. Ciò è possibile solo a condizione di individuare le variabili in funzione delle quali variano le diverse scelte di regolazione. Le variabili in questione possono essere ridotte a tre, che dovremo ora considerare analiticamente: il tempo, la possibilità di influenza sull'evento e le informazioni a disposizione delle parti.

Data l'importanza, già messa in luce, dell'elemento temporale all'interno della garanzia pura, è fondamentale stabilire come le diverse vicende relative all'evento dedotto si possono collocare rispetto al periodo di durata (o di efficacia) della garanzia. Il problema sembra in verità non ancora del tutto chiarito, come testimonia il recente dibattito in tema di polizze assicurative *claims made*.

Rispetto alla lesione dell'interesse garantito, si possono distinguere un *fatto* (l'evento in senso proprio) che causa o rende altamente probabile il verificarsi della lesione, la *lesione* medesima, la *manifestazione* sua e delle sue conseguenze (ossia l'assunzione di conoscenza da parte del garantito) e la *denuncia* al garante, con cui viene espressa la volontà di valersi dei rimedi offerti dalla garanzia. È essenziale che, tra questi elementi, almeno la manifestazione delle conseguenze si verifichi dopo l'inizio del periodo garantito, dato che altrimenti mancherebbero l'incertezza e quindi il rischio⁽⁶⁵⁾. Al contrario, sia il fatto posto alla radice della catena causale sia la concreta lesione dell'interesse potrebbero essere pure precedenti a tale periodo, a condizione che permangano incerte almeno le conseguenze della lesione. La centralità del profilo cronologico della manifestazione si spiega considerando che il momento determinante, nell'ottica del rischio, è quello in cui si acquisisce la certezza circa il verificarsi della lesione dell'interesse⁽⁶⁶⁾, poiché da quel punto non

(65) Dato che l'incertezza può riguardare diversi aspetti della vicenda, è possibile che a rimanere ignoto non sia l'*an* del verificarsi del danno, ma un altro dato determinante nell'ottica del garantito. Ancora in dubbio potrebbero essere, ad esempio, l'entità del pregiudizio, il momento della sua verifica e via dicendo. V. CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, cit., p. 905, secondo cui «il rischio va ritenuto ancora sussistente quando si siano verificati i fatti generatori ma non le conseguenze dannose che da essi possono derivare».

(66) Altra questione è quella relativa alla scelta se considerare o meno rilevante la mera conoscibilità della lesione dell'interesse. Anche in questo caso le opzioni legislative sono diverse. In materia di vizi materiali della cosa venduta, l'art. 1491 c.c. dà rilevanza alla «facile riconoscibilità», ma su questa fa prevalere la dichiarazione del venditore. Al contrario, per quanto riguarda gli oneri e diritti di godimento di terzi, l'art. 1489 estende la garanzia solo a quelli non apparenti e non dichiarati: con la conseguenza che quelli apparenti, dei quali viene presunta la riconoscibilità, restano esclusi dalla garanzia (cfr. anche Cass. 4.1.2018, n. 57). La lettera della norma lascia il dubbio del valore della

si può più nemmeno, a stretto rigore, parlare di rischio.

Nel caso della garanzia per vizi materiali della cosa venduta (sia nella versione tradizionale sia in quella introdotta per la vendita di beni di consumo), il rischio garantito riguarda unicamente i pregiudizi verificatisi o venuti a conoscenza dell'acquirente successivamente al passaggio della proprietà (con cui coincide l'inizio del periodo garantito), ma aventi per presupposto causale un fatto precedente all'acquisto.

Quanto alla garanzia per evizione, è opportuno distinguere tra i casi in cui l'instabilità dell'acquisto del diritto deve aver radice in un fatto precedente al trasferimento della proprietà ⁽⁶⁷⁾ e quelli in cui, invece, la causa dell'evizione risiede nel «fatto proprio» del venditore, che si può collocare sia prima che dopo il perfezionamento della vicenda traslativa ⁽⁶⁸⁾. In ogni caso, la perdita della disponibilità del bene si verifica durante la vigenza della garanzia.

Vi sono, nella garanzia per evizione, alcune deviazioni rispetto alla sequenza che caratterizza la garanzia per i vizi materiali: la denuncia al garante, infatti, deve essere compiuta, a pena di perdita della garanzia, quando la pretesa del terzo viene resa nota, ossia prima che la lesione dell'interesse sia divenuta certa (art. 1485, comma 1, c.c.). Fanno eccezione soltanto due casi: quando non vi sono ragioni sufficienti ad impedire l'evizione, e dunque l'acquirente non è tenuto a chiamare in causa il venditore o, in alternativa, può spontaneamente riconoscere il diritto del terzo (art. 1485, comma 2, c.c.); e quando l'evizione viene evitata pagando una somma al terzo, nel qual caso il venditore può indennizzare il garantito rimborsandogli l'importo pagato oltre interessi e spese (art. 1486 c.c.).

La sequenza così delineata inizia quindi da un fatto – precedente o anche successivo alla vendita, qualora direttamente imputabile al cedente – che causa l'instabilità dell'acquisto. Tuttavia, poiché l'effettiva evizione necessita anche di

dichiarazione del venditore circa la libertà del bene, in presenza di oneri apparenti anche se non effettivamente conosciuti, ossia se essa esoneri l'acquirente dalle indagini altrimenti necessarie secondo l'ordinaria diligenza (come prevede l'art. 1491 c.c.), oppure sia inefficace. Nel primo senso si è espresso un orientamento più risalente ripreso anche da Cass. 19.1.2006, n. 976. La giurisprudenza più recente, invece, ritiene tale dichiarazione irrilevante. Cfr. Cass. 4.1.2018, n. 57, che cita quale precedente Cass. 8.4.2013, n. 8500 (su cui vedi anche la nota di M. COSTANZA, in *Giustizia Civile*, 2013, 11-12, p. 2440), la quale non sembra però occuparsi di questo problema, limitandosi a considerare la questione dell'effettiva conoscenza dei vizi.

⁽⁶⁷⁾ Successiva all'acquisto sarà invece l'effettiva privazione dell'acquirente del bene, in forza di vicende che la dottrina riconduce a fenomeni rivendicatori (per cui il venditore era *ab origine* privo di legittimazione disporre), espropriativi (quando la ragione è, ad esempio, il *factum principis*) o risolutivi (quando viene successivamente meno, con efficacia retroattiva, il titolo di acquisto del dante causa): cfr. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 419 ss.

⁽⁶⁸⁾ Non sembra cogliere pienamente la distinzione Cass. 14.4.2011, n. 8536, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1, p. 1278, con nota di Bertolini.

un'iniziativa del terzo, il pregiudizio per l'acquirente non è sicuro fino a che il terzo non abbia avanzato le proprie pretese e non sia stata accertata la perdita del diritto, mediante azione in giudizio o eventualmente anche a seguito di riconoscimento spontaneo. In questa ipotesi, dunque, l'eventuale conoscenza del fatto che può dar luogo all'evizione non fa venir meno il rischio e non è ostativa alla nascita della garanzia ⁽⁶⁹⁾. Al contrario, la scoperta successiva del fatto da parte dell'acquirente può solo dar luogo ad un innalzamento del rischio – in base ad un giudizio che già sappiamo essere inevitabilmente limitato e quindi soggettivo ⁽⁷⁰⁾ – e quindi giustifica una particolare forma di autotutela consistente nella facoltà di sospendere il pagamento del prezzo (art. 1481 c.c.).

Questo schema si presta ad essere applicato anche ad una figura apparentemente distante, ossia l'assicurazione della responsabilità civile. Nell'assicurazione contro i danni a beni specifici, è necessario che il sinistro si sia verificato durante la vigenza della garanzia. Nell'assicurazione della responsabilità civile, invece, devono tenersi distinti il fatto di cui il garantito deve rispondere (normalmente una sua condotta), il verificarsi del danno, la sua manifestazione al danneggiato ⁽⁷¹⁾, la richiesta risarcitoria nei confronti del danneggiante (c.d. *claim*) e l'effettivo pagamento. Mentre il debito sorge, nel patrimonio del garantito, già al momento in cui il danno si verifica ⁽⁷²⁾, è solo con la richiesta, l'eventuale accertamento e soprattutto con il pagamento che la perdita patrimoniale diviene attuale. Nei rapporti con il garante, però, l'assicurato è tenuto a denunciare già la richiesta di risarcimento. Si noti poi che, in caso di indennizzo diretto da parte della compagnia di assicurazioni, potrebbe non aversi nemmeno l'effettivo impoverimento del garantito.

Particolarmente vivo è il dibattito circa la possibile collocazione degli elementi della sequenza cronologica in questo tipo di garanzia. I sostenitori della tesi dell'illiceità delle clausole *claims made* nelle polizze di assicurazione della responsabilità civile professionale sostengono che, conformemente al testo dell'art. 1917 c.c., l'indennizzo debba coprire qualsiasi risarcimento dovuto «in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» e che quindi

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Cass. 19.3.2015, n. 5561.

⁽⁷⁰⁾ V. *supra*, cap. I, § 2.

⁽⁷¹⁾ Per poter esercitare la pretesa risarcitoria, il danneggiato deve conoscere il danno ed il nesso causale rispetto ad un fatto imputabile al danneggiante. È dal momento in cui questi elementi sono noti o conoscibili che inizia a decorrere anche il termine di prescrizione: cfr. Cass., Sez. Un., 11.1.2008, n. 576; e più di recente Cass. 30.5.2016, n. 8645.

⁽⁷²⁾ CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, cit., p. 907.

siano rilevanti tutte e solo le condotte verificatesi nel periodo corrispondente ⁽⁷³⁾. Al contrario, le clausole che ormai hanno preso piede nella prassi assicurativa individuano nella richiesta di pagamento l'evento che deve necessariamente collocarsi nello spazio di durata della polizza (*claims made pure*), eventualmente richiedendo in aggiunta che anche la condotta si sia verificata nello stesso periodo (*claims made impure* assolute) o in un certo periodo precedente (*claims made impure relative*, con retroattività).

Quel che conta, ai nostri fini, è rilevare come l'evento da dedurre in garanzia possa collocarsi sia prima che dopo l'inizio del periodo di durata, purché continui a sussistere la possibilità di considerare le sue conseguenze nella prospettiva del rischio. L'antecedenza rispetto all'efficacia della garanzia è però discriminante tra gli eventi che possono essere dedotti unicamente in una garanzia, in quanto ormai verificatisi ed entrati nel mondo dei fatti ⁽⁷⁴⁾, e quelli invece che potrebbero ancora essere contemplati come risultato da procurare mediante una prestazione, oggetto di un rapporto obbligatorio. Rispetto a questi ultimi, l'alternativa si pone realmente solo nell'ipotesi in cui rientri nelle concrete possibilità del soggetto influire sulla realizzazione del fatto desiderato.

Emerge così l'importanza della seconda tra le variabili che stiamo prendendo in considerazione. In ogni caso, le parti possono optare per la forma della garanzia pura quando intendono considerare l'ottenimento del risultato in una pura ottica di rischio e porre senz'altro in capo ad una di esse le conseguenze del suo non verificarsi ⁽⁷⁵⁾, scegliendo quindi di dedurre nel regolamento contrattuale unicamente l'evento atteso e considerare irrilevanti i mezzi da impiegare per raggiungerlo ⁽⁷⁶⁾: proprio da questa scelta deriva infatti il carattere immediato dell'attribuzione, che differenzia eminentemente la garanzia dall'obbligazione ⁽⁷⁷⁾. Come avremo modo di vedere, tuttavia, la possibilità per il garante di influire sulla produzione dell'evento atteso non è priva di effetti nemmeno nel rapporto di garanzia pura ⁽⁷⁸⁾.

Ci limitiamo per ora ad osservare che, nel caso in cui l'evento si collochi

⁽⁷³⁾ Così Cass. 19.1.2018, n. 1465 (ord.), su cui v. V. BACHELET, *Il "contributo di riflessione" dell'ordinanza che rimette la questione sulla validità delle claims made alle Sezioni Unite*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di, Milano, 2018, p. 469 ss.

⁽⁷⁴⁾ Lo sostiene la dottrina dominante, contraria alla configurazione delle garanzie edilizie in termini obbligatori (v. *supra*, cap. I, § 1).

⁽⁷⁵⁾ V. *supra*, cap. II, § 4.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. in particolare DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 360-361.

⁽⁷⁷⁾ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 285.

⁽⁷⁸⁾ V. *infra*, cap. IV § 4.

temporalmente prima del sorgere della garanzia, la possibilità di influenzarne la dinamica consente di collocare il rischio nella sfera di controllo del garante, con effetti soprattutto sull'interpretazione del regolamento contrattuale. Già sul piano intuitivo, è evidente come sia ben diverso garantire un risultato completamente estraneo alla propria sfera di influenza e uno sul quale si ha avuto in precedenza la possibilità di esercitare una forma di controllo. Nel secondo caso, la controparte sarà disposta a fare maggiore affidamento sul fatto che l'evento si verificherà, poiché il garante è in grado di formulare previsioni più accurate in proposito: è in grado, in altre parole, di meglio valutare il rischio. È ragionevole, dunque, equiparare a questa situazione quella in cui il garante sia dotato di idonee informazioni sulle circostanze del rischio, poiché anche in tal caso egli è in grado di esercitare una forma di controllo su di esso.

La terza variabile da considerare sono proprio le informazioni a disposizione delle parti rispetto all'evento, ai suoi presupposti eziologici (le circostanze del rischio) ed alle sue conseguenze pregiudizievoli. L'analisi condotta sulle diverse figure di garanzia pura ha messo in luce il nesso tra le informazioni possedute – o meglio tra la loro incompletezza, che sta alla base dell'incertezza – e la possibilità di formulare un giudizio sul rischio, oltre alla necessità che l'incertezza del pregiudizio (o anche solo di taluni sui aspetti essenziali) sussista quanto meno nella prospettiva del garantito. A seconda del fatto che essa coinvolga o meno anche il garante, si potrà parlare di incertezza bilaterale oppure unilaterale. Alla prima ipotesi corrispondono i problemi legati al tema delle sopravvenienze, mentre alla seconda quelli generati dalle asimmetrie informative ⁽⁷⁹⁾.

Mettendo in relazione la variabile delle informazioni con quella temporale, trova conferma la necessità che almeno la manifestazione al garantito del pregiudizio avvenga dopo l'inizio del periodo di efficacia della garanzia. Le conoscenze rispetto all'evento ed alle circostanze del rischio acquisite prima di tale momento, invece, rilevano dal punto di vista del controllo sul rischio. In particolare, sulla base di un giudizio comparativo circa le informazioni in possesso delle parti, si può stabilire se il rischio si trovasse, per così dire, nella sfera di conoscenza o di controllo del garante oppure del garantito.

Ad esempio, nel caso dell'assicurazione contro i danni (ma anche dei rami vita e salute) è evidente che prima della nascita della garanzia il rischio si trova

⁽⁷⁹⁾ V. anche A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 3, p. 559 ss. Su problema delle asimmetrie informative, vedi anche più in generale DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit.; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 641 ss.

nella sfera di controllo del garantito. Nella vendita e nella locazione, invece, si trova nella sfera di controllo del soggetto che aveva in precedenza la disponibilità del bene, ossia normalmente il venditore ed il locatore ⁽⁸⁰⁾.

A livello normativo, la principale conseguenza di questa distinzione è evidente se si osserva la disciplina degli obblighi informativi a carico delle parti (quali si possono ricavare dagli artt. 1483 ⁽⁸¹⁾, 1494, comma 2, 1578, comma 2, 1892 e 1893 c.c.), che gravano sempre sul soggetto nella cui sfera si trovava il rischio precedentemente al sorgere della garanzia ⁽⁸²⁾.

Si può notare che i flussi informativi disciplinati da queste disposizioni non sono univoci, perché si dirigono talvolta dal garante al garantito, e talaltra dal garantito al garante: questo dipende dal ruolo variabile che la garanzia può assumere nell'operazione realizzata tramite il contratto. Da un punto di vista empirico, la funzione della garanzia è quella di far gravare sul garante le conseguenze di un rischio che inciderebbe sugli interessi del garantito ⁽⁸³⁾. Il rischio in questione può derivare, dal punto di vista del garantito, da una situazione preesistente ed indipendente dal contratto, oppure proprio da quella che consegue alla produzione degli effetti contrattuali.

Nella prima ipotesi, che si riscontra tipicamente nell'assicurazione, mediante la garanzia le parti intendono effettivamente «trasferire il rischio» dal garantito al garante a fronte del pagamento di un corrispettivo. La *ratio* degli obblighi informativi è quella di consentire al garante una stima quanto più precisa del rischio, così da formulare una richiesta di corrispettivo adeguata. È ragionevole dunque che la loro violazione renda possibile il recesso oppure l'annullamento, per dare al garante la possibilità di liberarsi da un contratto che molto probabilmente presenta uno squilibrio tra le prestazioni.

La seconda ipotesi, invece, ricorre ad esempio nei contratti traslativi di diritti reali o personali di godimento. In questi, lo scopo della garanzia è fare in modo che determinati rischi continuino a gravare sulla stessa sfera soggettiva del dante causa,

⁽⁸⁰⁾ Un discorso diverso si può fare rispetto ai casi in cui il bene si trova già in precedenza nella disponibilità dell'acquirente o del conduttore. Questa circostanza dovrebbe essere fatta valere rispetto al requisito della riconoscibilità dei vizi (artt. 1491 e 1578, comma 1, c.c.), oppure per rafforzare degli altri elementi idonei a far presumere la loro conoscenza da parte del garantito, quindi in ogni caso per fare escludere l'efficacia della garanzia.

⁽⁸¹⁾ Nella parte in cui richiama l'art. 1479 c.c. per disciplinare la responsabilità da violazione dell'obbligo.

⁽⁸²⁾ L'art. 1898 c.c., invece, riguarda un obbligo di informazione relativo ad un mutamento delle circostanze del rischio (consistente in un incremento del grado di probabilità) in costanza del rapporto.

⁽⁸³⁾ Abbiamo già detto come tradurre questa comune affermazione in termini giuridicamente più precisi: v. *supra*, § 1.

poiché non è opportuno (o non si vuole) che essi si trasferiscano a quella dell'acquirente. Gli obblighi informativi, dunque, non tutelano l'interesse di quest'ultimo alla disponibilità di un bene con determinate caratteristiche (interesse al quale si rivolge già proprio la garanzia), bensì altri interessi che potrebbero essere lesi per via dei vizi⁽⁸⁴⁾. La sanzione corrispondente è quindi l'obbligo di risarcire «i danni derivati dai vizi della cosa» (art. 1494, comma 2, e art. 1578, comma 2, c.c.).

5. *Garanzie «di indennizzo» e garanzie «di evento».*

Allo scopo di individuare delle categorie di garanzia pura con precisa corrispondenza in un differente trattamento normativo, occorre procedere dalla ricognizione di alcuni profili che vengono disciplinati in modo radicalmente diverso in certi casi ed in altri. Il principale elemento di discontinuità nella disciplina delle ipotesi tipiche di garanzia pura consiste nelle norme che consentono o vietano di limitare la portata dell'indennizzo.

Come è ormai chiaro, gli effetti della garanzia pura sono diretti a neutralizzare le conseguenze pregiudizievoli di un evento e si pongono dunque in stretta relazione con queste⁽⁸⁵⁾. Mentre però, da un lato, l'indennizzo⁽⁸⁶⁾ non può essere superiore al pregiudizio causato dall'evento dedotto in garanzia, dall'altro è possibile, al contrario, che le parti si accordino per limitare l'entità dell'indennizzo, pattuendo che esso risulti (o possa risultare) in concreto inferiore al pregiudizio subito dal garantito.

Talora, la limitazione convenzionale dell'indennizzo è ammessa – almeno tendenzialmente⁽⁸⁷⁾ – senza alcun ostacolo, come nel caso dell'assicurazione contro i danni. La disciplina del tipo contrattuale assume anzi questa ipotesi quale normale, prevedendo che il «risarcimento» sia dovuto «nei modi e nei limiti stabiliti

⁽⁸⁴⁾ Da cui la natura di obblighi di protezione: cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 587-588; e prima ancora MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 404 ss.; ID., *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivati dai vizi della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 297, ora in ID., *Scritti*, cit., II, p. 415 ss., che precisa come la violazione dell'obbligo di comunicare i vizi dia luogo a responsabilità precontrattuale, limitata all'interesse negativo, non soggetta ai termini di cui all'art. 1495 c.c.

⁽⁸⁵⁾ Alcune importanti conseguenze di questa affermazione riguardano la concreta determinazione degli effetti rimediali della garanzia: v. *infra*, cap. IV, § 1.

⁽⁸⁶⁾ Da intendersi quale espressione sintetica che richiama il complesso di effetti rimediali che si producono quale reazione ad un evento pregiudizievole. V. *supra*, § 2, ed *infra*, cap. IV, § 1.

⁽⁸⁷⁾ V. la giurisprudenza citata *infra*, alla nt. 86.

dal contratto» (art. 1905) ⁽⁸⁸⁾, e consentendo anche che l'assicurazione copra «solo una parte del valore che la cosa aveva nel tempo del sinistro», con l'effetto di una riduzione proporzionale dell'indennizzo (art. 1907). L'assicurazione della responsabilità civile, d'altro canto, deve necessariamente prevedere un massimale ⁽⁸⁹⁾, oltre cui l'indennizzo non si può estendere, ammettendo perciò la possibilità che l'obbligo risarcitorio gravante sull'assicurato sia in concreto superiore a tale soglia e dunque la perdita non sia totalmente ristorata. Vi sono poi gli ulteriori limiti che la prassi assicurativa contempla, quali franchigie e scoperti. Oltre a questi, che incidono sul *quantum* dell'indennizzo, vi sono i limiti relativi al rischio assicurato, che selezionano – sulla base delle circostanze in cui si verificano – i fatti rilevanti come sinistri ⁽⁹⁰⁾.

Al contrario, la disciplina di altre figure contrattuali è molto più rigida nel concedere al garante la possibilità di limitare la portata del proprio impegno, sia escludendo alcune classi di eventi dall'ambito del «rischio garantito» sia prevedendo delle soglie alla copertura del pregiudizio. Nel caso della compravendita, ad esempio, tanto le garanzie per i vizi giuridici quanto quelle per i vizi materiali – pur previste dalla legge quale effetto naturale del contratto – possono essere ridotte o escluse con un apposito patto. Sono nulli, tuttavia, gli accordi che escludono la garanzia per evizione qualora essa derivi da «fatto suo proprio» del venditore (art. 1487, comma 2, c.c.). Inoltre, anche al di fuori di quest'ultima ipotesi, nel caso in cui si verifichi l'evizione sono comunque dovuti almeno la restituzione del prezzo ed il rimborso delle spese (art. 1488, comma 1, c.c.). Se anche questa tutela minima viene esclusa, si viene a configurare un tipo contrattuale estraneo a quello della vendita, ossia un contratto aleatorio di vendita «a rischio e pericolo» in cui l'aspetto essenziale della vendita, il trasferimento della proprietà, viene posto ad esclusivo rischio del compratore ⁽⁹¹⁾.

Il patto mediante il quale si limitano o si escludono le garanzie per i vizi materiali, invece, «non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa» (art. 1490, comma 2, c.c.) ⁽⁹²⁾. Similmente, non hanno

⁽⁸⁸⁾ V. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, cit., p. 185, che rileva come comunque la fissazione per via negoziale di un limite alla prestazione indennitaria non sia necessario, dato l'unico tale limite necessario (e invalicabile anche dal regolamento pattizio, che può solo stabilire una forma di risarcimento parziale) è costituito in ogni caso dal danno subito.

⁽⁸⁹⁾ Così ad esempio Cass. 17.5.2011, n. 10811. Di recente tuttavia, in senso contrario, Cass. 21.10.2019, ord., n. 26813.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 111 ss.

⁽⁹¹⁾ Cfr. GRECO – COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 213-214; G. AFFERNI, *Giudizio e regole comuni*, in SIRENA (a cura di), *Vendita e vendite*, I, cit., p. 276 ss.

⁽⁹²⁾ I patti di esclusione o limitazione della garanzia di conformità sono invece radicalmente nulli

effetto i patti limitativi della garanzia per i vizi della cosa locata «se il locatore li ha in mala fede taciuti al conduttore» ed anche «se i vizi sono tali da rendere impossibile il godimento della cosa» (art. 1579 c.c.) ⁽⁹³⁾. Nel caso di cessione onerosa di crediti, invece, il cedente può escludere la garanzia dell'esistenza del credito al momento della cessione, ma non «per il fatto proprio» (art. 1266, comma 1, c.c.)

Queste ultime norme, in linea di principio, non consentono l'esclusione (né la limitazione) degli effetti della garanzia nei casi in cui l'evento lesivo dell'interesse del garantito sia cagionato direttamente dal garante, oppure quando egli fosse a conoscenza dei vizi ⁽⁹⁴⁾.

L'individuazione di due gruppi di ipotesi, distinti in base alla facoltà più o meno ampia di introdurre limiti alla portata della garanzia, coincide a ben vedere con una diversa caratterizzazione della garanzia stessa, alla quale segue la distinzione tra due diverse categorie che chiameremo rispettivamente garanzia «di indennizzo» e garanzia «di evento». Nella garanzia «di indennizzo», di cui è emblematica la figura dell'assicurazione, il garante promette unicamente di ristorare il pregiudizio nella forma prevista dalle parti o dalla disciplina legale: è quindi pienamente nella disponibilità delle parti ogni scelta in merito all'estensione del rischio garantito ed all'ampiezza dell'indennizzo stesso. Nella garanzia «di evento», invece, ciò che egli promette è che si verificherà il risultato utile a cui si rivolge l'interesse primario del garantito ⁽⁹⁵⁾. Coerentemente, se oggetto della

(art. 134 c. cons.) a conferma del carattere imperativo assunto da queste norme.

⁽⁹³⁾ In modo non dissimile può essere inteso il significato dell'art. 1667, comma 1, c.c. in tema di garanzie dovute dall'appaltatore, secondo il quale la garanzia per i vizi riconoscibili viene meno con l'accettazione, a meno che questi «non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore». In questa ipotesi, l'effetto di esclusione della garanzia è previsto dalla legge quale effetto dell'accettazione, ma viene prevista la stessa eccezione già disposta nel caso in cui lo stesso effetto derivi dall'esercizio dell'autonomia contrattuale.

⁽⁹⁴⁾ La mala fede è da intendersi in senso soggettivo quale conoscenza dei vizi: cfr. F. BENATTI, voce *Clausole di esonero dalla responsabilità*, nel *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 399. Diversamente si esprime Cass. 11.5.2016, n. 9651, secondo cui la mala fede sarebbe da intendere oggettivamente quale violazione delle regole di comportamento imposte dalla buona fede e quindi consisterebbe nella «condotta del venditore che trae in inganno il compratore, tacendo consapevolmente i vizi che presentava la cosa venduta. La condotta del venditore, presupposta dalla norma, sembra perciò configurarsi come una sorta di raggirò posto in essere tramite il callido silenzio ai danni del compratore, il quale – per tale via – viene indotto ad accettare la clausola di esonero del venditore dalla garanzia per i vizi della cosa venduta, che altrimenti non avrebbe accettato». In realtà, a ben vedere, anche la giurisprudenza sembra prendere in considerazione l'effettiva consapevolezza circa l'esistenza dei vizi, più che la condotta reticente, dal momento che questa coincide con il semplice tacere una circostanza di cui il venditore è a conoscenza.

⁽⁹⁵⁾ È opportuno precisare che la distinzione non vuole affatto smentire quanto detto *supra* al § 1, ossia che sempre la garanzia attribuisce la sicurezza circa un risultato utile. Il risultato che viene attribuito sempre quale effetto tipico della garanzia è la neutralizzazione delle conseguenze pregiudizievoli mediante il dispiegarsi degli effetti rimediali. Il risultato di cui si discorre qui deve

promessa è direttamente questo risultato, il garante non potrà in questo caso svuotare di contenuto e significato l'attribuzione di sicurezza che la garanzia attua, limitando indiscriminatamente il rischio garantito e l'ampiezza degli effetti rimediali, pena l'eccessiva alterazione, ai limiti dello snaturamento, dell'assetto contrattuale concordato.

Esempio significativo di questa seconda categoria è la garanzia per evizione: le parti possono prevederne l'esclusione, ma questo comporta normalmente soltanto una riduzione dei rimedi a disposizione dell'acquirente per il caso di perdita della proprietà (art. 1488, comma 1, c.c.)⁽⁹⁶⁾, dal momento che l'eliminazione di qualsiasi tutela della certezza del trasferimento del diritto contrasta eccessivamente con il significato economico e giuridico tipico della compravendita. Questa ulteriore restrizione della garanzia non è preclusa, ma deve essere espressamente pattuita e porta l'operazione contrattuale al di fuori del tipo commutativo della compravendita, per assumere i connotati del contratto aleatorio di vendita «a rischio e pericolo»⁽⁹⁷⁾.

La differenza tocca non tanto la struttura della garanzia, che resta in ogni caso la medesima, quanto il suo significato all'interno del programma negoziale, dato che «altro è promettere un determinato evento e altro è promettere di pagare una determinata somma per il caso in cui lo stesso evento non si verifichi»⁽⁹⁸⁾. Se il contratto, visto nella sua componente programmatica, ha prima di tutto «la funzione di indicare il risultato da raggiungere»⁽⁹⁹⁾, sia la garanzia dell'assicuratore che quella dell'appaltatore conferiscono in primo luogo al garantito la certezza di poter

essere apprezzato al livello dell'intero programma negoziale ed è concepibile anche prescindendo dalla situazione di garanzia. Si tratta infatti del risultato a cui mira l'interesse primario, rispetto al quale l'interesse alla sicurezza che la garanzia soddisfa si pone come secondario (v. *supra*, § 2). La distinzione che stiamo introducendo serve ad evidenziare come, laddove sia garantito il risultato contemplato nel programma contrattuale (e non il mero indennizzo), la sicurezza offerta dalla garanzia non può essere arbitrariamente ristretta, pena la perdita di coerenza dell'accordo.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 426.

⁽⁹⁷⁾ V. RUBINO, *La compravendita*, cit., 738 ss., che mostra come l'esclusione della garanzia per evizione incida sulla stessa causa del contratto, degradando un elemento essenziale (e non un semplice *naturale negotii*) come l'acquisto della proprietà a effetto meramente eventuale. Cfr. però LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 428, secondo cui il contratto in questione avrebbe carattere aleatorio ma non sarebbe estraneo al tipo della vendita, poiché la diversa ripartizione del rischio non altererebbe il significato dell'operazione.

⁽⁹⁸⁾ CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 95. Cfr. anche A. CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, pp. 570-571. In questo senso può essere accolto il rilievo opposto da BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 708 (seguito anche da LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 377), che mette in luce «l'impegno del venditore in ordine all'esatto risultato traslativo». Rilievo che, si badi bene, non vale ad escludere che la struttura della garanzia pura ricorra nell'ambito della vendita, ma porta soltanto a ricercare un ulteriore significato della promessa del garante, il cui ricorrere o non ricorrere porta ad identificare la distinzione che stiamo esaminando.

⁽⁹⁹⁾ DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 359.

contare sugli effetti rimediali per neutralizzare le conseguenze del mancato prodursi dell'evento desiderato ⁽¹⁰⁰⁾. Tuttavia, mentre è evidente che l'assicuratore non promette altro rispetto alla corresponsione dell'indennizzo, l'appaltatore promette anche che si verificherà l'evento a cui mira l'interesse primario del committente: ossia la realizzazione di un'opera con le caratteristiche desiderate e priva di difetti ⁽¹⁰¹⁾. Ciò che muta nelle due situazioni è quindi il genere di risultato previsto nel programma contrattuale.

In entrambi i casi, la tutela rimediale consiste unicamente nell'apprestare l'indennizzo (in forma specifica o per equivalente); ma, in presenza di una promessa che ha ad oggetto l'evento l'affidamento del garantito, si rivolge direttamente alla soddisfazione dell'interesse primario. Questa differenza, che non riguarda, come abbiamo detto, immediatamente la struttura della garanzia pura bensì il programma contrattuale in cui essa si inserisce, ha però delle ricadute che riguardano anche la disciplina della garanzia come autonoma situazione giuridica soggettiva.

La prima si collega proprio al dato distintivo da cui abbiamo preso spunto per individuare le categorie di garanzie di indennizzo e di evento: se la promessa del garante ha ad oggetto il risultato primario, egli non può limitare indiscriminatamente il rischio garantito o l'ampiezza dei rimedi, a pena di contraddire l'essenza stessa della promessa. In secondo luogo, come vedremo, in alcuni casi a fianco della garanzia possono sorgere anche degli obblighi di condotta a carico del garante, come naturale complemento dell'impegno a procurare il risultato. Inoltre, sul piano rimediale, ad una promessa di evento sembra doversi accompagnare di necessità l'attribuzione al garantito di un'azione «di adempimento».

Distinguere quando la promessa del garante abbia ad oggetto direttamente il risultato (nel senso di evento) oppure soltanto l'indennizzo è spesso questione di

⁽¹⁰⁰⁾ Parliamo sempre, per semplicità, di interesse al verificarsi di un evento, tenendo conto che questo evento può anche consistere nel non verificarsi di un fatto contrario all'interesse del garantito. Esemplificando, nell'assicurazione contro i danni l'evento desiderato consiste nel mancato accadimento del sinistro. Nulla cambia, in realtà, anche prendendo in considerazione quello che potrebbe apparire più come un «non evento», ma che invece è considerato un'entità parimenti idonea a costituire elemento di una serie causale. Tali sono infatti anche i processi statici: cfr. F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in ID., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 379 ss., ove si riporta l'idea di Carnap per cui «se si considerano le entità che entrano nelle relazioni di causa ed effetto come processi o eventi, si deve riconoscere che questi termini comprendono anche processi statici; essi stanno per una qualunque sequenza di stati identici o diversi di un sistema fisico».

⁽¹⁰¹⁾ Nella struttura dell'appalto, la garanzia si aggiunge ad un rapporto obbligatorio, ma è evidente che il risultato dell'assenza di vizi e difformità e fuori dall'ambito dell'obbligazione e ricade invece in quello della garanzia (v. *supra*, cap. I, § 4).

interpretazione della disciplina legale e convenzionale del singolo contratto e può dipendere anche dalle circostanze concrete in cui il negozio è stipulato. Nessun dubbio vi può essere nel caso in cui vi sia una promessa esplicita del risultato da parte del garante; in mancanza, invece, si deve tener conto di una serie di indici che possono consentire di ricostruire in via presuntiva il contenuto del regolamento contrattuale.

Si può presumere che vi sia una promessa di evento in presenza di due condizioni. La prima è che il garante sia in condizione di esercitare un controllo sul rischio prima dell'inizio del periodo di efficacia della garanzia ⁽¹⁰²⁾. La seconda è che il rischio incida su un interesse sostanziale del garantito corrispondente ad un diritto acquistato mediante il contratto ⁽¹⁰³⁾. In questi casi, salvo che il garante espliciti che la sua promessa si limita all'indennizzo, è ragionevole ritenere che egli intenda promettere il risultato stesso. Per effetto delle modifiche introdotte dal contratto nella realtà giuridica, infatti, entra nella sfera del garantito un rischio su cui la controparte esercitava (o esercita tuttora) una forma di controllo ⁽¹⁰⁴⁾.

Ad esempio, chi acquista il diritto di proprietà su un bene si espone alla possibilità che questo sia viziato. Funzione della garanzia è far sì che questo rischio continui a gravare sul venditore – che ha prodotto il bene o comunque lo aveva nel proprio patrimonio, per cui è ragionevole che ne conoscesse o potesse conoscerne le caratteristiche – attribuendo all'acquirente la sicurezza circa la presenza nel bene delle caratteristiche in vista delle quali è stato compiuto l'acquisto e si è concordato il prezzo. La tutela non si limita però – almeno nel caso di beni di consumo – ad un mero indennizzo economico sostitutivo dell'utilità mancata, bensì consente la soddisfazione dell'interesse primario ad ottenere la disponibilità di un bene con le qualità volute. L'affidamento dell'acquirente, alla luce del quale ricostruire il contenuto della promessa, non si rivolge soltanto all'indennizzo, bensì proprio al

⁽¹⁰²⁾ Questo significa che il rischio deve trovarsi nella sfera di controllo del garante prima della stipulazione del contratto, come nel caso della compravendita, oppure anche successivamente ma comunque prima che la garanzia divenga efficace, come nell'appalto, dove il controllo si esplica durante l'attività di esecuzione e prima dell'accettazione dell'opera. Il controllo, secondo quanto visto nel paragrafo precedente può consistere nella possibilità di influire sull'avverarsi dell'evento, oppure di acquisire informazioni appropriate sulle circostanze del rischio.

⁽¹⁰³⁾ Si tratta della medesima situazione in cui sorgono degli obblighi informativi da parte del garante a vantaggio del garantito: v. *supra*, § 4.

⁽¹⁰⁴⁾ È dal rapporto di accessorietà rispetto all'effetto traslativo che derivano i vincoli alla possibilità di conformare a piacere la garanzia, dovendo questa mantenere una coerenza rispetto alla funzione assunta nel complessivo assetto di interessi, il quale assume il trasferimento del diritto e delle utilità ad esso connesse quale scopo dell'operazione, esterno e prevalente rispetto alla singola situazione di garanzia. Diversamente, l'assetto di interessi sotteso all'assicurazione contro i danni si rivolge direttamente alla predisposizione di un indennizzo, e quindi non vi è alcun limite alla possibilità di circoscriverlo nella maniera preferita dalle parti.

risultato contemplato nel contratto.

L'esempio della vendita di beni di consumo, oppure dell'appalto, dimostra che, quando la garanzia sia dotata di una propria disciplina positiva, sicuri indici di una promessa di evento possono venire dalle disposizioni legali, ed in particolare da quelle che prevedono rimedi in forma specifica che consentono di attuare il risultato medesimo.

Vi sono però alcune ipotesi tipiche di garanzia pura per le quali non è possibile stabilire in generale a quale categoria appartengano, ma ciò deve essere appurato caso per caso in base ad una valutazione che coinvolga anche le circostanze concrete al momento della stipulazione. Nel caso della promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo (art. 1381 c.c.), la dottrina ha proposto di distinguere due diverse situazioni a seconda dell'esistenza o meno della concreta possibilità per il promittente di procurare o influenzare il comportamento altrui, quale «elemento che caratterizza il *significato concreto* della fattispecie e di conseguenza può assumere rilevanza rispetto alla disciplina applicabile» ⁽¹⁰⁵⁾. Nell'uno e nell'altro caso possiamo individuare rispettivamente, secondo la nostra ricostruzione, una garanzia di evento oppure di indennizzo.

Come si è cercato di spiegare, le distinzioni sin qui tracciate non vogliono costituire un mero esercizio speculativo. Esse dovrebbero essere utili allo scopo di sistemare compiutamente l'intelaiatura di norme – spesso complessa ed articolata – che il nostro diritto positivo dedica alla garanzia pura, in modo da trovare poi soluzioni adatte per i casi non espressamente regolati. Cercheremo di darne qualche saggio nell'ultimo capitolo, soffermando la nostra attenzione su alcuni problemi che riguardano più da vicino le operazioni di cessione di partecipazioni societarie. Ma prima è necessario verificare se gli effetti giuridici derivanti dalle clausole di garanzia diffuse nella prassi negoziale corrispondono effettivamente al modello di garanzia pura che abbiamo potuto individuare.

⁽¹⁰⁵⁾ CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, cit., p. 674, nt. 29.

CAPITOLO TERZO

LE GARANZIE CONTRATTUALI NELLA CESSIONE DI PARTECIPAZIONI SOCIETARIE

SOMMARIO: 1. Una rilettura di Cass. 24.7.2014, n. 16963 tramite il concetto di garanzia pura. – 2. La cessione onerosa di partecipazioni societarie come compravendita di beni immateriali e le norme sulla garanzia per i vizi. – 3. La tutela dell'acquirente in assenza di garanzie contrattuali. – 4. La distinzione tra *representations* e *warranties*. – 5. La struttura delle clausole di garanzia e i rapporti con le clausole di *indemnity* e *price adjustment*. – 6. Il ruolo della previsione della durata nella struttura della garanzia.

1. Una rilettura di Cass. 24.7.2014, n. 16963 tramite il concetto di garanzia pura.

Allo scopo di dare un'adeguata veste dogmatica alla prassi delle clausole di garanzia, è giunto il momento di mettere a confronto il concetto di garanzia pura che si ricava dal diritto positivo con i principi espressi – in verità sinteticamente – dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 24.7.2014, n. 16963. Questa decisione costituisce infatti la più autorevole presa di posizione giurisprudenziale circa le caratteristiche strutturali e funzionali delle situazioni giuridiche soggettive a cui clausole di quel tipo danno origine, e come tale merita di essere assunta a termine di riferimento privilegiato per la nostra analisi.

Punto di partenza dell'argomentazione proposta dalla Corte è l'adesione alla prospettiva, ormai del tutto maggioritaria, secondo cui «nella ipotesi di cessione di azioni o di quote di società, oggetto della vendita sono le partecipazioni sociali e non i beni costituenti il patrimonio sociale», e perciò «la vendita attua il trasferimento *dell'insieme delle facoltà e dei diritti* che le quote conferiscono al suo titolare ovvero i diritti di partecipazione all'attività di gestione dell'impresa» ⁽¹⁾. Da questa premessa deriva logicamente che tutto ciò che attiene alla consistenza

⁽¹⁾ I corsivi, qui come in seguito, sono aggiunti.

del patrimonio sociale, ai risultati economici dell'impresa sociale e ad ogni altro aspetto che, pur contribuendo a dare valore alla società e quindi alle partecipazioni, non costituisce immediatamente una caratteristica di queste ultime non può rappresentare una qualità relativa all'oggetto del contratto ⁽²⁾.

La Corte prosegue quindi affermando che «le clausole in esame non concernono l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligazione di trasferimento delle quote sociali che forma oggetto del contratto di vendita. In effetti, con le clausole di garanzia, il venditore *si obbliga a indennizzare il compratore*, ove la consistenza patrimoniale si riveli diversa da quella considerata dalle parti con il contratto di cessione. Ma la consistenza patrimoniale della società garantita non integra qualità promessa dei beni venduti (le partecipazioni sociali), tenuto conto che, ai sensi dell'art. 1497 c.c., tali sono quelle che attengono alla struttura materiale, alla funzionalità o anche alla mancanza di attributi giuridici della cosa venduta». Quest'ultimo argomento, sul quale torneremo in seguito, è d'importanza capitale al fine di svincolare la qualificazione delle clausole di garanzia relative al patrimonio sociale dalle angustie in cui le relegava la precedente assimilazione alle promesse relative alle qualità della *cosa* venduta ⁽³⁾. Se infatti la promessa incondizionata di un'utilità, in cui la garanzia consiste, viene senz'altro ricondotta alla fattispecie dell'art. 1497 c.c., che sembra infatti riferirsi a qualsiasi promessa di qualità della cosa, può apparire inevitabile sottoporre la clausola alla disciplina che tale disposizione detta, e quindi anche ai termini di cui all'art. 1495 c.c.

Riguardata l'autonomia concettuale delle clausole di garanzia, deve tuttavia riconoscersi che gli eventi a cui esse si riferiscono rivestono, *mutatis mutandis*, la stessa importanza sostanziale delle qualità della cosa venduta: «gli eventi relativi alla consistenza e alla redditività della società potrebbero incidere sul valore di mercato delle azioni, quale può risultare dal bilancio, dallo stato patrimoniale, e da ogni altro elemento che influisca sul loro valore [...], ovvero sulla *adeguatezza del prezzo pattuito* e, quindi, in definitiva sulla convenienza economica dell'operazione di cessione». Come comunemente si insegna, infatti, la funzione delle garanzie nella disciplina della vendita – ma lo stesso potrebbe dirsi, ad esempio, anche nei casi della locazione e dell'appalto – è quella di preservare

⁽²⁾ In questo senso si era già espressa la dottrina: v. per tutti D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., p. 148 ss.

⁽³⁾ Secondo DALLA MASSARA, *Garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni: una proposta ricostruttiva*, cit., p. 1189, «gli artt. 1490 e 1497 c.c. rappresentano infatti una sorta di gabbia dogmatica che non lascia spazio ad alternative».

l'equilibrio tra le prestazioni anche a fronte di eventi successivi (o meglio, la cui manifestazione è successiva alla conclusione del contratto) che potrebbero alterarlo incidendo sul valore delle attribuzioni reciproche ⁽⁴⁾.

Presupposto per la corretta formazione del prezzo nell'ambito di una trattativa contrattuale è, secondo le teorie economiche diffuse a partire dall'età moderna e che stanno alla base del nostro diritto dei contratti, la completezza delle informazioni in possesso delle parti ⁽⁵⁾. Quando – come quasi sempre avviene – questa situazione ottimale non si verifica, specie dalla prospettiva dell'acquirente, è necessario stabilire chi deve sopportare il rischio derivante dal conseguente stato di incertezza. In un sistema ispirato puramente al principio del *caveat emptor* ⁽⁶⁾, questo rischio incombe esclusivamente sull'acquirente. Una regola così rigida è inevitabilmente fonte di iniquità e conduce ad un fallimento del mercato, dato che l'asimmetria informativa che avvantaggia il venditore rende probabile che l'esito della trattativa corrisponda un prezzo più alto di quello che le parti avrebbero pattuito in una situazione di completa informazione. Normalmente, dunque, gli ordinamenti adottano tecniche per porre a carico del venditore il rischio della scoperta di divergenze tra la situazione che ha costituito invece il punto di riferimento delle trattative (*Sollbeschaffenheit*) e quella poi realmente verificata dall'acquirente (*Istbeschaffenheit*) ⁽⁷⁾. In questo modo vengono fatte ricadere nella

⁽⁴⁾ V. *supra*, cap. II, § 3 ed i rilievi lì svolti circa l'imprecisione questa affermazione.

⁽⁵⁾ Cfr. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 641 ss. La dottrina dello *iustum pretium*, che aveva permeato la riflessione all'epoca romana e medievale, è stata abbandonata già a partire dall'età della Seconda Scolastica, dapprima a favore dell'idea del prezzo normale di concorrenza, ed in seguito per via del predominio dell'equilibrio soggettivo fissato dalle parti sulla base del proprio apprezzamento individuale. Questo pensiero, tramite l'opera dei maggiori autori della modernità giuridica europea (come Domat, Pothier e Jhering), è stato assimilato dalle codificazioni continentali: cfr. G. SMORTO, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 1, pp. 223-224. È evidente che l'apprezzamento individuale è tanto più preciso quante più informazioni sono a disposizione del soggetto.

⁽⁶⁾ Il principio era diffuso negli ordinamenti più antichi, come quello romano arcaico e quello germanico, nei quali prevaleva un modello di *Kauf vor Augen* con possibilità di esame diretto del bene, per cui l'acquirente era messo in grado di far valere nel corso delle trattative gli eventuali vizi: cfr. E. RABEL, *The Nature of Warranty of Quality*, in *Tulane Law Rev.*, 1950, 3, p. 274 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, p. 307 ss.; F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, Napoli, 2015, p. 2. Questi modelli trovarono poi un temperamento in regole dirette a tutelare l'affidamento nelle promesse del venditore e a reprimere le frodi (dolo) per poi arricchirsi, nel diritto romano classico, con le *actiones ediliciae* e l'*actio de dolo* fondata su un'interpretazione del contratto secondo buona fede. V. anche *supra*, cap. II, § 1.

⁽⁷⁾ Si passa cioè da una prospettiva di pura autoresponsabilità ad un contemperamento con regole di responsabilità: GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, cit., p. 556). Per la distinzione tra *Sollbeschaffenheit* e *Istbeschaffenheit*, ossia tra dover essere in base al contratto ed effettivo essere dell'oggetto della vendita e delle circostanze di fatto che incidono su di esso, cfr. RABEL, *The Nature of Warranty of Quality*, cit., p. 488; L. RAAPE, *Sachmängelhaftung und Irrtum*

sfera del venditore le conseguenze di ogni evento – passato o futuro, ma comunque conosciuto dall'acquirente solo dopo la pattuizione dell'equilibrio economico che caratterizza l'accordo – che incide negativamente sul valore economico del bene acquistato ⁽⁸⁾.

Alla funzione appena descritta corrisponde in genere la forma giuridica della garanzia pura, il cui ruolo in un determinato regolamento contrattuale è quello di individuare la parte sulla quale devono gravare le eventuali conseguenze negative della concretizzazione di un dato rischio, attribuendo specularmente alla controparte la certezza della soddisfazione dell'interesse su cui tale rischio può incidere ⁽⁹⁾. La garanzia pura, in altre parole, ripartendo il rischio degli eventi che possono alterare l'equilibrio previsto dalle parti, è in grado di tutelare l'interesse dell'acquirente anche fuori del campo di applicazione degli altri istituti previsti dal diritto dei contratti (rescissione per lesione, errore sulle qualità del bene, dolo) ⁽¹⁰⁾.

Nel caso di eventi che incidono sul patrimonio o sulla redditività della società *target*, – per riprendere a seguire il ragionamento della Corte – la disciplina tipica della vendita non è sufficiente, dato che «la corrispondenza o meno del valore del

beim Kauf, in *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 150, 6, 1949, p. 488. Come vedremo, la situazione di riferimento (*Sollbeschaffenheit*) può derivare, oltre che dalle caratteristiche effettivamente osservate nel corso dell'esame dell'oggetto della vendita (rappresentato, nel caso di vendita di partecipazioni, dall'esperienza della *due diligence*), anche dalle dichiarazioni (incluse le garanzie, che quali promesse possono essere viste come dichiarazioni dotate di particolare forza impegnativa: v. *infra*, § 4) compiute dal venditore circa determinate circostanze passate, presenti e future e da quelle proprietà di cui l'ordinamento ritiene di voler comunque porre il rischio a carico del venditore. ⁽⁸⁾ L'attribuzione al venditore del rischio relativo a tutte queste circostanze si giustifica, nel caso di dichiarazioni e garanzie liberamente rese, sulla base della sua scelta autonoma, e per il resto considerando che egli si trova comunque nella posizione più idonea per acquisire le conoscenze necessarie (con il minor costo), potendo poi valutare se metterne a parte l'acquirente (cosa che porterà naturalmente ad un abbassamento del prezzo), oppure se non condividere l'informazione e quindi sopportare il relativo rischio. La regola vigente nel *common law* è che, almeno nella generalità dei casi, non vi sia un obbligo di rivelare questo tipo di informazioni alla controparte, sempre che non si versi nel caso dei contratti *uberrimae fidei* (tra cui il contratto di assicurazione) e fermo il divieto di incorrere in una *misrepresentation* (cfr. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit. 216 ss.). Questa situazione coincide sostanzialmente con quella che abbiamo ricostruito nel capitolo precedente sulla base delle norme vigenti nel diritto italiano rispetto alle ipotesi tipiche di garanzia pura (v. *supra*, cap. II, § 4): degli obblighi informativi particolarmente pregnanti (la cui violazione può incidere sulla validità o l'efficacia del contratto che fa sorgere la garanzia) sono previsti quando, per effetto del contratto, un rischio che già in precedenza gravava sul garantito si trasferisce, per così dire, nella sfera del garante, proprio come nel caso dell'assicurazione. Ciò che differenzia la nostra tradizione giuridica è il fatto che anche nell'altro gruppo di ipotesi – quelle nelle quali il rischio si lega alla situazione giuridica ceduta e si trasferisce quindi dalla sfera del garante a quella del garantito – vi sono degli obblighi informativi (di protezione) derivanti dalla regola della buona fede, alla cui violazione corrisponde l'obbligo di risarcire i danni subiti dal garantito. V. anche *infra*, § 3.

⁽⁹⁾ V. *supra*, cap. II, § 3.

⁽¹⁰⁾ Sull'insufficienza di tali strumenti nel caso di cessione di partecipazioni, cfr. in particolare TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 209 ss.

bene venduto al prezzo pattuito non attiene alle qualità intrinseche (essenziali o promesse) previste dall'art. 1497 c.c.» e quindi «la misura del prezzo pattuito è normalmente irrilevante». Si rende dunque necessaria la previsione di apposite disposizioni contrattuali (atipiche) le quali – pur non corrispondendo a «promesse di qualità» ai sensi dell'art. 1497 c.c. – appaiono coincidere, in un'ottica funzionale, col modello della garanzia pura.

L'irriducibilità delle *warranty clauses* alla fattispecie dell'art. 1497 c.c. si giustifica anche mediante un argomento di carattere marcatamente pratico, che mette in luce le conseguenze dell'applicazione alla vicenda in esame della disciplina dell'art. 1495 c.c. ⁽¹¹⁾. La Corte fa emergere la *ratio* effettiva di tale norma per confermare la sua incongruenza rispetto alle peculiarità dell'operazione di cessione di partecipazioni societarie: «la previsione di ristretti termini di decadenza e di prescrizione (che decorre dalla consegna) risponde, invero, all'esigenza di assicurare la pronta contestazione di inesattezze nella prestazione del venditore, che la prolungata inerzia del compratore potrebbe far ritenere tollerate. Evidentemente la norma postula che si tratti di *inesattezze del bene che, per loro natura, si manifestano in un ragionevole lasso di tempo* e dei quali il compratore quindi si presume possa rendersi conto in tale arco temporale. Ne consegue che *sono insussistenti i presupposti della disciplina codicistica* quando si tratti di garanzia fornita per le sopravvenienze passive della società che, seppure relative a fatti avvenuti prima della conclusione del contratto, si potranno manifestare anche a distanza di anni, senza che l'acquirente ne avesse potuto avere conoscenza prima» ⁽¹²⁾.

Sgombrato ora il campo da ogni possibile riferimento alla disciplina delle garanzie edilizie per quanto riguarda i termini temporali di efficacia delle clausole di garanzia – e terminata dunque la *pars destruens* della motivazione – la Corte

⁽¹¹⁾ Sull'argomentazione orientata alle conseguenze, cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 91 ss.: «l'argomentazione orientata alle conseguenze, come in genere l'argomentazione topica (vestita con i panni dell'ermeneutica), è un procedimento euristico di ricerca di ipotesi di soluzione razionalmente fondate, non per sé sola un procedimento di verifica. La soluzione deve essere giustificata verificandone la congruenza sistematica, ossia l'universalizzabilità come regola o principio integrabile a un certo livello di astrazione concettuale del sistema». Nel nostro caso, la conferma sul piano dogmatico è data, da un lato, dalla tesi per cui il valore del bene non ne costituisce una qualità, e dall'altro lato dalla distinzione tra caratteristiche del patrimonio sociale e delle partecipazioni. Cfr. anche D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., p. 150 ss.

⁽¹²⁾ Anche secondo BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., pp. 892-893, i termini brevi previsti dall'art. 1495 c.c. «si spiegano fundamentalmente in relazione alle inesattezze materiali della prestazione. A quelle inesattezze, cioè, che sono suscettibili di essere accertate direttamente attraverso l'esame della cosa».

passa ad analizzare la vera natura delle posizioni giuridiche create da tali clausole per individuare la disciplina più confacente. È questo il passaggio che suscita per noi il maggiore interesse, anche se le conclusioni della sentenza circa la struttura e la natura degli effetti giuridici propri delle clausole in esame non sono del tutto perspicue e sembrano anzi bisognose di qualche precisazione, quanto meno sul piano dogmatico.

Secondo i giudici, «con le clausole in esame le parti, al fine di assicurare che il prezzo pattuito corrisponda al valore della società di cui siano trasferite le quote di partecipazione, prevedono *prestazioni accessorie* al trasferimento del diritto oggetto del contratto che sono volte a garantire l'esito economico dell'operazione». Correttamente viene affermato che l'effetto propriamente giuridico delle *warranty clauses* è quello di porre a capo del venditore delle prestazioni accessorie rispetto a quella principale di trasferire la titolarità delle partecipazioni ⁽¹³⁾. Questa affermazione, tutt'altro che scontata, sviluppa coerentemente la precedente conclusione per cui le vicende a cui le clausole si riferiscono non sono immediatamente riferibili all'esattezza della prestazione principale, ma si pongono in posizione di accessorietà rispetto a questa, per assicurare la piena soddisfazione del concreto interesse dell'acquirente. Rigettata la tesi dell'unicità della prestazione a carico del venditore, la Corte mostra di non aderire neppure a quella opposta per cui addirittura le clausole di garanzia darebbero vita a distinti contratti collegati a quello principale che realizza la vendita delle partecipazioni ⁽¹⁴⁾. La qualificazione

⁽¹³⁾ Viene quindi disattesa la teoria per cui le difformità nella situazione economico-patrimoniale della società darebbero luogo ad una «inesattezza della prestazione traslativa», sostenuta tra gli altri da BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 708 ss.; F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit., p. 29. Questa espressione è già stata da noi sottoposta a critica nel cap. II, § 3. In proposito v. anche SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 110 ss.; M. PINTO, *Le garanzie «patrimoniali» nella vendita di partecipazioni azionarie di controllo: qualificazione giuridica e termini di prescrizione*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 427-428.

⁽¹⁴⁾ Così si erano espressi in particolare P. MONTALENTI, *Le acquisizioni societarie: profili contrattuali*, in ID., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Scritti in tema di società per azioni*, Padova, 1999, p. 160, e S. AMBROSINI, *Trasferimento di partecipazioni azionarie, clausole di indemnity e contratto per persona da nominare*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 910. Cfr., per una critica, SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 105 ss., e TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 310 ss. La questione dell'unità o pluralità degli atti ha conseguenze non trascurabili dal punto di vista fiscale, poiché incide sull'ammontare dell'imposta di registro: cfr. DALLA MASSARA, *Garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni: una proposta ricostruttiva*, cit., p. 1184; ed in giurisprudenza Cass., Sez. Trib., 19.10.2012, n. 17948, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2013, 3, p. 699 ss., con nota di Canè, che sceglie di ricondurre la vicenda al comma 1 dell'art. 21, d.p.r. 26.4.1986, n. 131 (Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro) – per il quale «se un atto contiene più disposizioni che non derivano necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre, ciascuna di esse è soggetta ad imposta come se fosse un atto distinto» – in luogo che al comma 2, che prevede invece l'imposizione unitaria «se le disposizioni contenute nell'atto derivano

come prestazioni accessorie, già prospettata in dottrina ⁽¹⁵⁾, vale ad indicare che le garanzie vanno a comporre la complessiva posizione contrattuale del venditore, mentre specularmente all'acquirente viene attribuita, oltre alla titolarità delle partecipazioni, anche la specifica utilità della certezza circa le condizioni economico-patrimoniali della società.

La posizione è coerente con la premessa circa la funzione, svolta dalle garanzie atipiche, di contribuire a definire un determinato assetto di interessi assunto quale riferimento per la determinazione dell'equilibrio economico dell'affare, consentendo di attribuire piena rilevanza e tutela giuridica all'effettivo interesse del compratore all'acquisizione di una partecipazione in una società con precise caratteristiche patrimoniali e reddituali, in vista delle quali viene pattuito unitariamente il prezzo ⁽¹⁶⁾. Proprio facendo leva sulla considerazione del reale interesse dell'acquirente, la Corte prosegue osservando che «se la cessione di azioni o quote societarie non può essere considerata in modo formalistico del tutto avulsa dalla situazione patrimoniale della società, della quale sono vendute le partecipazioni, le circostanze che influiscono sulla consistenza e la redditività *potranno assumere rilevanza* – alla stregua del regolamento negoziale pattuito – sotto il profilo dell'*utilità pratica perseguita* ovvero della *causa in concreto del negozio*, potendo il verificarsi degli eventi oggetto delle clausole di garanzia apprezzarsi – in base a un'*interpretazione del contratto secondo buona fede* – con riferimento all'attuazione del sinallagma funzionale».

Il passaggio è uno dei più delicati ed al contempo ambigui dell'intera motivazione, poiché se da un lato illumina la *ratio* della previsione di apposite pattuizioni di garanzia all'interno del contratto, dall'altro lascerebbe intravedere un'apertura – seppur in via di semplice *obiter dictum* – nei confronti della possibilità di prendere in considerazione le caratteristiche del patrimonio sociale ai fini della tutela dell'acquirente anche in mancanza di tali previsioni contrattuali. È evidente che i riferimenti alla causa in concreto del negozio e all'interpretazione secondo buona fede non sarebbero necessari se si trattasse di definire le conseguenze giuridiche di eventi già espressamente contemplati dal contratto, mentre potrebbero condurre ad attribuire al compratore una forma di tutela *ex lege* o implicita anche in assenza di pattuizioni a riguardo. Nello stesso senso va anche

necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre».

⁽¹⁵⁾ SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 112.

⁽¹⁶⁾ V. in particolare, rispetto al ruolo svolto dalle garanzie nel contratto di compravendita, RAAPE, *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, cit., p. 481 ss., secondo il quale icasticamente il compratore promette il pagamento del prezzo «nicht bloß um die existentia, sondern auch um die essentia».

il richiamo alla teoria dell'*aliud pro alio*, più volte utilizzata dalla dottrina a questo scopo.

La conclusione a cui i giudici giungono, a proposito della vicenda oggetto di causa e della problema del termine prescrizione, è che «le pattuizioni – con cui i venditori *si impegnavano a corrispondere all'acquirente un indennizzo nel caso e al momento in cui si fossero prodotti il danno, la perdita o la sopravvenienza passiva* – avevano a oggetto *obbligazioni accessorie* assunte dal venditore in relazione al successivo eventuale manifestarsi di tali accadimenti con la previsione di modalità e termini per comunicare gli eventi o le circostanze suscettibili di generare un obbligo di indennizzo; non avendo a oggetto le qualità del bene oggetto della compravendita (le azioni), erano, inapplicabili i termini di prescrizione di cui al combinato disposto degli artt. 1497 e 1495 c.c.: il termine di prescrizione era quello ordinario (decennale)».

Completando la precedente analisi relativa alla funzione delle clausole di garanzia, la Corte si concentra ora sugli aspetti strutturali, per cercare di descrivere gli effetti giuridici che consentono di «assicurare» l'adeguatezza del prezzo rispetto alle caratteristiche patrimoniali della società. Questi effetti consistono, appunto, in un impegno del venditore a corrispondere all'acquirente un indennizzo se e quando si verifichi un evento lesivo dell'interesse tutelato (danno, perdita o sopravvenienza passiva relativi al patrimonio sociale), con previsione di termini e modalità per la denuncia delle circostanze rilevanti. In questi termini, ritroviamo una perfetta coincidenza con le caratteristiche del concetto di garanzia pura, che saremmo quindi senz'altro autorizzati ad impiegare nell'ambito che stiamo analizzando. Se non fosse che, indulgendo forse ad un'eccessiva preoccupazione dogmatica, i giudici precisano la precedente qualificazione come «prestazioni accessorie» in quella di «*obbligazioni accessorie*» a carico del venditore.

L'espressione si spiega con ogni probabilità per via della diffusa e già denunciata tendenza a ridurre all'area obbligatoria ogni situazione giuridica di natura non reale, la stessa tendenza che ha reso così ardua l'emersione di un modello autonomo di garanzia pura. Per di più, la Corte non sembra essersi nemmeno prefigurata l'alternativa tra qualificazione in termini di obbligazione o garanzia pura, la quale risulta questione tutto sommato neutra rispetto al problema che sta al cuore della sentenza. In entrambi i casi, infatti, al venditore spetterebbe un credito avente ad oggetto l'indennizzo previsto dal contratto, il quale, data l'inapplicabilità dell'art. 1495 c.c., sarebbe soggetto alla prescrizione ordinaria nel termine di dieci anni (art. 2946 c.c.).

Nessun dubbio vi può essere, tuttavia, sul fatto che il complesso effettuale che origina da una *warranty clause* deve essere ricondotto, nel suo insieme, al concetto di garanzia pura che abbiamo illustrato nel capitolo precedente ⁽¹⁷⁾. In particolare, il meccanismo di attribuzione immediata di un'utilità (costituita ad esempio dalla certezza circa una determinata composizione del patrimonio sociale) con automatica produzione degli effetti indennitari in caso di manifestazione di un evento lesivo dell'interesse tutelato – funzionale alla traslazione del rischio sul venditore – può essere descritto solo tramite il modello garanzia pura e non trova nessuna corrispondenza nella prospettiva del rapporto obbligatorio, neppure nella variante dell'obbligazione sottoposta a condizione.

Ciononostante, il *fulmen in cauda* del riferimento esplicito all'obbligazione ha consentito ad un autore di affermare che la Corte avrebbe attuato una «opzione radicale» per l'abbandono del modello della «garanzia in senso tecnico» – ossia quello di cui agli artt. 1490-1497 c.c. – approdando ad una liberatoria qualificazione dell'indennizzo come «obbligazione nascente da patto accessorio al contratto di compravendita», ed aderendo così al modello del rapporto obbligatorio «con il più distensivo regime della prescrizione a esso collegato». Questo, tuttavia, varrebbe solo per le cc.dd. *business warranties*, mentre le *legal warranties* resterebbero soggette al regime dettato dall'art. 1495 c.c. ⁽¹⁸⁾. Per semplificare ulteriormente il sistema risultante – secondo questa lettura – dalla decisione della Corte, e per superare le relative difficoltà applicative, lo stesso autore propone di sviluppare la presa di posizione dogmatica in favore del modello dell'«obbligazione autonoma». Viene così suggerita una lettura unitaria del fenomeno delle *warranty clauses* tramite lo schema dell'obbligazione pecuniaria (condizionata) avente «quale unico oggetto, puramente e semplicemente, il *quantum* corrispondente all'indennizzo previsto» e conesigibilità sottoposta alla condizione sospensiva del «verificarsi degli eventi (futuri e incerti) descritti in contratto» ⁽¹⁹⁾.

La proposta ricostruttiva appena illustrata si pone nel solco delle teorie che vedono la prestazione dell'assicuratore come un'obbligazione condizionata al sinistro, delle quali abbiamo tuttavia illustrato l'erroneità e che sono state infatti abbandonate dalla dottrina più accorta ⁽²⁰⁾. Peraltro, quella lettura appare

⁽¹⁷⁾ Di questa opinione, sulla base di una ricostruzione del concetto di garanzia pura in buona parte coincidente, è anche CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 304 ss.

⁽¹⁸⁾ DALLA MASSARA, *Garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni: una proposta ricostruttiva*, cit., p. 1206.

⁽¹⁹⁾ DALLA MASSARA, *Garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni: una proposta ricostruttiva*, cit., p. 1209 ss.

⁽²⁰⁾ V. *supra*, cap. I, § 2.

eccessivamente riduttiva del fenomeno giuridico delle garanzie contrattuali atipiche: il modello dell'obbligazione condizionata non sembra dar conto adeguatamente degli effetti (attuali e non meramente eventuali) che ricadono sul venditore e sull'acquirente in forza di un meccanismo che, attribuendo alla manifestazione di taluni specifici eventi il valore di fattispecie produttiva degli effetti indennitari, ne lega indissolubilmente l'estensione all'entità dei pregiudizi cagionati ⁽²¹⁾. La tesi criticata sembra procedere da una comprensione incompleta del fenomeno della garanzia pura, la cui indebita restrizione all'ambito delle garanzie edilizie porta il suo autore a concludere che ad una situazione qualificata come garanzia dovrebbe di necessità applicarsi integralmente la disciplina di cui agli artt. 1490-1497 c.c. Al contrario, occorre ribadire che il modello della garanzia pura è ben più ampio dell'applicazione settoriale che ne fanno le norme sulle azioni edilizie, e può essere adottato dalle parti anche tramite pattuizioni atipiche come le *warranty clauses*.

Per di più, l'appiglio che tale ricostruzione troverebbe nel testo della motivazione non è poi così saldo, considerando che, come abbiamo visto, la Corte si avventura in un approfondimento dogmatico non del tutto coerente con le premesse e, in definitiva, anche superfluo rispetto all'obiettivo. Ben più pregnanti e ponderate si dimostrano invece le precedenti affermazioni sulla funzione e la struttura degli effetti giuridici scaturenti dalle clausole, che corrispondono pienamente ai tratti del modello della garanzia pura. Quest'ultimo deve essere perciò considerato l'unico accolto dalla sentenza, seppur ancora senza piena consapevolezza ⁽²²⁾.

All'esito delle analisi sin qui condotte deve giungersi quindi a questo risultato ricostruttivo: le norme che tutelano l'acquirente contro i vizi e la mancanza di qualità della cosa venduta (artt. 1490-1497 c.c.) fanno sorgere dei rapporti

⁽²¹⁾ V. *supra*, cap. II, §§ 1 e 2.

⁽²²⁾ V. anche TINA, *Il termine di prescrizione degli impegni di garanzia e indennizzo nel trasferimento di partecipazioni societarie*, cit. Diversamente, secondo DALLA MASSARA, *Garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni: una proposta ricostruttiva*, cit., p. 1209, «non trova accoglimento nella sentenza del 2014 l'opinione in base alla quale l'obbligazione risponderebbe a una funzione sostanzialmente assicurativa, avuto riguardo al risultato della vendita». Proprio lo stesso autore riconosce però che «alcune righe sopra i Supremi Giudici sembravano invece aderire apertamente all'idea della funzione assicurativa della garanzia convenzionale» (p. 1213, nt. 56), soprattutto laddove si legge che le parti «al fine di *assicurare* che il prezzo pattuito corrisponda al valore della società di cui siano traferite le quote di partecipazione, prevedono *prestazioni accessorie* al trasferimento del diritto oggetto del contratto» (corsivi aggiunti). La Corte di Cassazione sembra quindi anzi consapevole del fatto che l'autonomia delle parti ha la possibilità di modellare la ripartizione contrattuale dei rischi anche mediante prestazioni che obbligazioni non sono, e che sono equiparabili sul piano concettuale alla prestazione caratteristica gravante sull'assicuratore, ossia la garanzia pura.

giuridici di garanzia pura, ma non ogni ipotesi di garanzia pura a cui le parti diano vita nell'esercizio della propria autonomia contrattuale deve essere ricondotta all'ambito applicativo di tali norme ed alla loro disciplina. Anzi, le garanzie pattuite dai contraenti devono essere sussunte nell'ambito dei casi tipici di garanzia pura solo qualora ve ne siano realmente i presupposti, mentre, nelle ipotesi residue, è necessario prendere atto della facoltà delle parti di prevedere anche in via atipica delle forme di garanzia, soggette unicamente alle regole proprie della figura generale che abbiamo individuato nel capitolo precedente ⁽²³⁾.

2. La cessione onerosa di partecipazioni societarie come compravendita di beni immateriali e le norme sulla garanzia per i vizi.

Ci si deve chiedere, a questo punto, quale spazio vi possa essere per l'applicazione alla cessione di partecipazioni sociali della disciplina delle garanzie per vizi giuridici (artt. 1478-1489 c.c.) e vizi materiali (artt. 1490-1497 c.c.) previste nel tipo contrattuale della compravendita. La questione resta sullo sfondo nella motivazione della sentenza della Cassazione del 2014, la quale richiama la tradizionale distinzione tra *legal warranties* e *business warranties*, per prendere in considerazione espressamente solo quest'ultima categoria ⁽²⁴⁾. La classificazione comunemente proposta dalla nostra dottrina oppone le pattuizioni relative alle caratteristiche immediatamente proprie delle partecipazioni cedute e quelle riferite invece alla situazione patrimoniale, finanziaria, reddituale della società. Gli accordi del primo tipo sarebbero ripetitivi di tutele già accordate dalla legge al compratore (da cui il nome di *legal warranties*) ⁽²⁵⁾, mentre quelli del secondo tipo

⁽²³⁾ Di questo non sembra avvedersi chi, come ad esempio G. SALATINO, "*Patto di garanzia*" nel contratto di acquisizione ("*Sale Purchase Agreement*"), in *Giur. comm.* 2015, 5, II, p. 891 ss., ritiene di dover comunque ricondurre i patti in questione ad una delle figure tipiche di garanzia (nel caso di specie, alla promessa del fatto del terzo *ex art.* 1381 c.c.). Coglie bene il punto, invece, Trib. Milano 26.8.2011, n. 10733, in *Società*, 2012, 2, 145. Anche secondo SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 102, «la volontà di ricondurre ad ogni costo le clausole di garanzia patrimoniali-reddituali ad un istituto codicistico appare dunque una forzatura, e determina altresì delle conseguenze pratiche opposte a quelle che le parti con tali clausole intendevano prevedere».

⁽²⁴⁾ Come ricorda la Corte, le garanzie rilasciate dal cedente delle partecipazioni «possono riguardare le caratteristiche delle quote – che costituiscono oggetto immediato della vendita (definite *legal warranties*, in quanto oggetto della tutela legale apprestata a favore dell'acquirente) – e quelle relative alla situazione patrimoniale-reddituale della società (*business warranties*), che tendono ad assicurare la consistenza e la capacità dell'impresa».

⁽²⁵⁾ La dottrina rileva come la previsione di *legal warranties* risulti comunque utile: cfr. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 76 ss.; TINA, *Il contratto*

realizzerebbero un'effettiva estensione di tali tutele ad aspetti che sarebbero altrimenti irrilevanti (garanzie convenzionali o *business warranties*)⁽²⁶⁾.

Questo orientamento tradizionale presuppone ovviamente la possibilità di applicare alla fattispecie in esame le norme relative al contratto di compravendita, la cui disciplina è stata pensata principalmente in relazione al trasferimento della proprietà su beni-cose materiali. Sarebbe quindi da verificare il procedimento logico-giuridico che ha consentito un loro impiego nell'ambito di un'operazione che realizza, in definitiva, la cessione di una posizione contrattuale quale è quella in cui consiste lo *status socii*⁽²⁷⁾, per poi appurare in quale misura ciò autorizzi una piana applicazione di questo regime ad una fattispecie rispetto alla quale esso appare – per taluni decisivi tratti – incongruo⁽²⁸⁾.

La tesi prevalente esclude che, in generale, possano estendersi le regole sulle garanzie della vendita alla cessione (onerosa) del contratto⁽²⁹⁾. Questo risultato

di acquisizione di partecipazioni societarie, cit., p. 334 ss.

⁽²⁶⁾ V. in generale E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., p. 291 ss.; D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., p. 71 ss.; SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 71 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 332 ss.

⁽²⁷⁾ V. in primo luogo T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1952, I, p. 385, ora in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 219. Sulla concezione contrattualistica della società, cfr. ad esempio F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*², nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1982, p.12 ss.; ed in giurisprudenza la nota Cass. 26.10.1995, n. 11151 (su cui v. i contributi raccolti nella «tavola rotonda» *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334 ss.). Sullo stato attuale dell'articolato dibattito sui rapporti tra contratto e società – che tocca oggi questioni ben più profonde di quelle da noi trattate – cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schesinger, Milano, 2012, p. 193 ss.; F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, in *Giur. comm.*, 2013, 3, I, p. 480 ss. Ad ogni buon conto, ai nostri fini sembra sufficiente assumere che il socio assume una peculiare posizione all'interno della società, costituita da diritti e poteri e riassunta nel concetto di partecipazione, e che è questa posizione ad essere trasferita mediante la cessione delle azioni o della quota.

⁽²⁸⁾ L'osservazione è pressoché unanime in dottrina, e numerosi sono i percorsi tentati per ovviare a questo inconveniente soprattutto per quanto riguarda l'eccessiva brevità dei termini di prescrizione. Anche secondo Cass. 24.7.2014, n. 16963, «è innegabile che le clausole introdotte al fine di tutelare proprio la posizione del compratore finirebbero per penalizzarlo quando per la natura stessa degli eventi garantiti – come nel caso di sopravvenienze passive derivanti dalla violazione di norme fiscali e contributive – è evidente che le eventuali difformità della situazione della società rispetto a quella dichiarata possano emergere a distanza di tempo dalla conclusione del contratto, quando ormai il diritto sarebbe ampiamente prescritto ove si dovesse applicare la garanzia legale e il termine di prescrizione di un anno dalla consegna: le parti sono solite prevedere termini e modalità di decadenza per fare valere le richieste di indennizzo dal momento della conoscenza degli eventi. Ed invero, il diritto all'indennizzo oggetto della garanzia dipende da eventi futuri e incerti, non verificabili in base allo stato patrimoniale della società, in quanto si produce dal momento degli – e dipenderà dagli – accertamenti delle violazioni e dalle valutazioni delle autorità che determineranno le sanzioni dovute in proposito».

⁽²⁹⁾ RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 229-230 esclude che la cessione del contratto possa

ermeneutico è stato dunque possibile solo grazie al processo di «reificazione» che ha riguardato la posizione del socio per via della sua originaria incorporazione in un titolo di credito, che è alla base della tecnica azionaria, e che ha permesso di guardare alla partecipazione come ad una cosa⁽³⁰⁾. Per questa via si è giunti non solo a sottoporre il complesso di situazioni giuridiche che danno corpo alla partecipazione (e la ricchezza che ad esse è correlata) alla medesima legge di circolazione dei beni mobili, ma anche a concepire la possibilità di applicare alla vicenda traslativa altre norme nate per disciplinare il trasferimento di beni mobili, quali appunto quelle sulle garanzie contro i vizi giuridici e materiali⁽³¹⁾. A ben vedere, la costruzione che porta a riferire ad una posizione contrattuale *in quanto tale* le garanzie per i vizi è ancora più ardita di quella che individua nella vicenda circolatoria della partecipazione un trasferimento dei beni che compongono il patrimonio sociale, e quindi considera applicabili le garanzie dovute per la vendita

integrare una fattispecie di vendita, sulla base del rilievo che la vendita ha per oggetto solo diritti e non obbligazioni, e per via della diversa funzione economica dei due negozi (ma v. anche p. 231, ove si afferma che la cessione di azioni già liberate, poiché trasferisce solo diritti e non obblighi, dovrebbe essere vista come compravendita e non cessione di contratto). La dottrina che ha ipotizzato invece l'applicabilità di dette norme alla fattispecie in questione riconosce di essere stata guidata per lo più da esigenze equitative (A. ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, pp. 306-307). Sempre secondo RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 772-773, la disciplina dettata dagli artt. 1490 ss. c.c. presuppone sia la materialità dei vizi che quella della cosa, poiché «le irregolarità e i difetti di beni immateriali, e quelli relativi a beni materiali ma non aventi a loro volta carattere di materialità, possono con ogni probabilità ricevere altre configurazioni, variabili a seconda della natura del difetto o della irregolarità stessa».

⁽³⁰⁾ Cfr. F. FEZZA, *Spunti per un'indagine sulla vendita dei pacchetti azionari*, in *Giur. comm.*, 2000, 4, p. 585 ss.: «si è da più parti sottolineato come la tecnica azionaria induca ad una ipostasi, che porta a considerare l'azione, intesa come unità di misura della partecipazione sociale, alla stregua di una cosa concreta, e la partecipazione stessa come un oggetto composito scindibile in tanti beni autonomi per quante volte l'unità entra nell'intero. Ne consegue una prospettiva di *entificazione* o *reificazione* della partecipazione, che si manifesta con particolare evidenza ogni qualvolta quest'ultima sia incorporata in un titolo azionario e che appare socialmente funzionale alla circolazione cui è naturalmente destinata la partecipazione azionaria»; e già C. ANGELICI, *La partecipazione azionaria come oggetto di circolazione*, nel *Tratt. delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2*, Torino, 1991, p. 101 ss., nonché più di recente ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 33 ss. Una vicenda di reificazione ha interessato, nel diritto francese, anche i diritti di credito: v. B. CASSANDRO SULPASSO, *La réification de la créance in diritto francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 533 ss.

⁽³¹⁾ Una deroga evidente alla disciplina ordinaria della cessione del contratto, coerente con la sottoposizione del trasferimento delle partecipazioni alle regole della vendita di beni, risiede nella (ordinaria) rimozione della necessità del consenso delle altre parti del contratto. Il principio della libera trasferibilità delle partecipazioni in società di capitali si giustifica per via della standardizzazione delle partecipazioni (quanto meno nella S.p.a.) e della tendenziale fungibilità delle persone dei soci, ed è omogeneo alla funzione di investimento che caratterizza l'operazione societaria nei tipi capitalistici, a differenza di quanto avviene nelle società di persone e soprattutto negli enti di cui al libro primo del codice civile, ove prevale l'aspetto dello svolgimento in comune di un'attività: per qualche accenno su questi temi v. L. REGAZZONI, *Il trasferimento della qualità di associato come cessione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 6, p. 780 ss.

degli stessi beni ⁽³²⁾. In quest'ultimo caso, infatti, è pur sempre possibile individuare dei beni materiali in relazione ai quali valutare l'esistenza di vizi, cosicché la sola peculiarità – seppur tutt'altro che irrilevante – concerne il nesso non immediato tra i medesimi beni e la posizione giuridica trasferita ⁽³³⁾.

Non a caso, il procedimento logico-giuridico che stiamo analizzando è stato oggetto di maggiore attenzione proprio da parte dell'ideatore della concezione delle azioni quali beni di secondo grado, più volte ripresa dalla giurisprudenza per fondare una tutela implicita dell'acquirente rispetto alle caratteristiche del patrimonio sociale. Si è dunque sostenuto che «nelle azioni si materializza la posizione del titolare nell'ambito di una collettività il cui interesse si risolve in quello patrimoniale dei suoi membri» e che quindi esse materializzano «diritti e poteri dell'azionista nella collettività sociale e perciò, in definitiva, in relazione ai beni della società» ⁽³⁴⁾. Il complesso percorso speculativo che ha portato a concepire dei diritti alla stregua di cose trae origine, come noto, dalla vicenda dei titoli di credito e dalla nascita dello strumento cambiario quale tecnica per agevolare la circolazione dei diritti di credito ⁽³⁵⁾. Tuttavia, i suoi esiti hanno continuato ad essere applicati sia ai titoli azionari, anche dopo la loro diffusa dematerializzazione, sia alle quote di S.r.l., che per previsione espressa non possono essere rappresentati da titoli di credito (art. 2468 c.c.) ⁽³⁶⁾.

La reificazione delle partecipazioni societarie ha consentito non solo di applicare ad esse le regole relative alla circolazione dei beni materiali, ma anche di qualificare come compravendita il contratto mediante il quale le partecipazioni vengono cedute in cambio di un corrispettivo. Ulteriormente – e nonostante l'opinione per cui le tutele in questione presupporrebbero la materialità del bene

⁽³²⁾ Così ad esempio F. GALGANO, *Cessione di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva fra socio e società*, in *Contr. impr.*, 2004, 2, p. 537 ss.

⁽³³⁾ Sulla «vendita di diritti», espressamente ricompresa dall'art. 1470 c.c. nell'ambito di applicazione della disciplina della compravendita, v. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 76 ss.; G. OBERTO, *Vendita «di cose» e vendita «di diritti» nell'art. 1470 c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 504 ss.

⁽³⁴⁾ ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, cit., pp. 238-239. Ma sulla corretta interpretazione delle tesi di questo autore, che non sarebbe arrivato alle posizioni estreme che si sono poi volute ricavare dai suoi scritti, cfr. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., p. 29 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 171, nt. 12.

⁽³⁵⁾ Cfr. F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010, p. 75 ss. Di «materializzazione» dei diritti di credito discorre (in senso critico) anche ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, cit., p. 305.

⁽³⁶⁾ V. sempre GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., pp. 85 ss., 111. Sulla concezione delle quote di S.r.l. come beni (immateriali), v. da ultimo O. CAGNASSO, *La "lunga marcia" di avvicinamento delle partecipazioni di s.r.l. alle azioni*, in *Giur. it.*, 2017, 11, p. 2425 ss.

compravenduto ⁽³⁷⁾ – si è potuta applicare alla fattispecie in questione la disciplina che tutela il compratore contro i cc.dd. vizi giuridici e materiali del bene. E mentre non sembrano vedersi ostacoli significativi per quanto riguarda le norme di cui agli artt. 1478-1489 c.c., che si riferiscono a patologie della vicenda traslativa del *diritto* ceduto, lo stesso non si può dire per gli artt. 1490-1497, che riguardano, appunto, caratteristiche *materiali* del *bene* che di tale diritto forma oggetto – la «cosa», nel linguaggio del codice – e non sono quindi direttamente riferibili al caso in cui il complesso di diritti trasferiti non abbia immediatamente quale oggetto uno o più beni materiali ⁽³⁸⁾.

Ciononostante, l'estensione delle garanzie contro i vizi materiali all'ipotesi di trasferimento di partecipazioni societarie è parsa quasi naturale, ed è stata sostenuta senza nemmeno esplicitare un ragionamento per analogia ⁽³⁹⁾, ma direttamente in base alla presa d'atto dell'esistenza di alcune «qualità» delle partecipazioni o della società che influiscono in maniera rilevante sul tipo di diritti e poteri che le azioni o quote attribuiscono ⁽⁴⁰⁾. L'impressione è, che un simile *iter* logico sia basato puramente sull'assunto della reificazione della posizione contrattuale e quindi, anche se in modo per lo più inconsapevole, sulla base di un'analogia ⁽⁴¹⁾. È dunque evidente che i risultati a cui queste teorie sono giunte dovrebbero essere accuratamente vagliati al fine di verificare innanzitutto che effettivamente le

⁽³⁷⁾ V. per tutti RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 772-773; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., pp. 885, 892. Più di recente, nello stesso senso anche P. SIRENA, *La nozione della vendita: causa e oggetto*, in ID. (a cura di), *Vendita e vendite*, cit., pp. 33 e 48; TRIMARCHI, *Le garanzie contrattuali nell'acquisto di partecipazioni sociali*, cit., pp. 7-8. Non mancano tuttavia voci contrarie: ad esempio GRECO – COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 249; G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, p. 369 ss.

⁽³⁸⁾ Questa critica è ormai condivisa da gran parte della dottrina in materia di cessione di partecipazioni, per cui si riconosce come «la presenza di vizi o difformità dei beni sociali non pregiudichi di per sé i diritti e le facoltà connesse con le azioni trasferite, ma eventualmente la sola realizzazione dello scopo sociale (inteso come scopo-fine)» (TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., pp. 205-206, ove anche estesi riferimenti dottrinali). Per la distinzione tra diritto trasferito e bene oggetto del medesimo diritto cfr. ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, cit., pp. 303-304; OBERTO, *Vendita «di cose» e vendita «di diritti» nell'art. 1470 c.c.*, cit., p. 507. La medesima distinzione è ben chiara nel sistema del BGB, ove il § 453 Abs. 3 sancisce che il trasferimento di un diritto che attribuisce il possesso di una cosa obbliga il venditore – facendo riferimento ad un'obbligazione il legislatore tedesco incappa nel medesimo equivoco linguistico e concettuale che troviamo nel nostro art. 1476 c.c. – a consegnarla priva di vizi giuridici e materiali («ist ein Recht verkauft, das zum Besitz einer Sache berechtigt, so ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben»).

⁽³⁹⁾ Così invece, rispetto alla cessione del contratto, ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, cit., p. 304 ss.; e v. anche ID., *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 372.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., per tutti, SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 72 ss.

⁽⁴¹⁾ GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., p. 21 ss. definisce come «metaforico» il procedimento logico qui descritto. V. anche p. 108 ss.

caratteristiche della fattispecie da disciplinare siano sufficientemente simili a quelle per cui le regole sono state concepite, così da individuare una *eadem ratio*, ma anche che i risultati applicativi siano in definitiva adeguati. Si può quindi affermare che la disciplina tradizionalmente nata con riferimento alla vendita di *res* (e così accolta dal legislatore) può essere impiegata anche rispetto alla cessione di beni immateriali e di posizioni contrattuali, ma solo in seguito ad una valutazione di compatibilità⁽⁴²⁾. È questa del resto la soluzione accolta dal codice tedesco in materia di «vendita di diritti» (*Rechtskauf*), per la quale è prevista un'applicazione nei limiti della compatibilità (*entsprechende Anwendung*) delle norme sulla vendita di cose⁽⁴³⁾.

Ben si comprende dunque la critica che la dottrina quasi unanime – seguita ora anche dalla sentenza della Cassazione del 2014 – muove alla tesi tradizionale dell'applicabilità diretta alla «vendita» di partecipazioni degli artt. 1490 ss., incluse le norme sui termini di decadenza e prescrizione. È evidente l'incompatibilità con la fattispecie da regolare delle conseguenze a cui porta l'applicazione indiscriminata delle disposizioni in questione, in particolare dell'art. 1495 c.c. che presuppone evidentemente la possibilità di acquisire conoscenza dei difetti in seguito all'immissione nel possesso della cosa; mentre è chiaro che alcune circostanze relative alla società divengono note molto spesso solo a distanza di anni⁽⁴⁴⁾.

L'estensione delle garanzie legali dovrebbe limitarsi quindi a caratteristiche strettamente relative alle partecipazioni o alla società alle quali si riferiscono, ma comunque in grado di incidere direttamente sulla natura, il peso e la misura dei diritti e delle facoltà che le partecipazioni stesse attribuiscono, e tali da poter essere ragionevolmente percepite in un breve periodo dal momento della «consegna». Nessuna difficoltà (né di tipo logico né pratico) si mostra dunque per l'applicazione delle garanzie sui vizi giuridici, relative alla titolarità del diritto sulla partecipazione che viene trasferito⁽⁴⁵⁾, dato che le esigenze sottese appaiono le medesime a quelle

⁽⁴²⁾ Sulla natura e la struttura del giudizio di compatibilità, v. C. FERRARI, *Il rapporto tra contenuto ed effetti del contratto nell'ottica della compatibilità*, Milano, 2015.

⁽⁴³⁾ Cfr. R.M. BECKMANN, Vor § 453, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2014, Rn. 10, secondo cui «eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften kommt jedoch nur insoweit in Betracht, als dies mit den Besonderheiten des Rechtskaufs vereinbar ist».

⁽⁴⁴⁾ Si veda ancora Cass. 24.7.2014, n. 16963, in particolare il passaggio citato nella nt. 28. In dottrina, da ultima, C. CONFORTINI, *Clausole di rappresentazione e garanzia*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, vol. II, Torino, 2019, pp. 1180-1181.

⁽⁴⁵⁾ A rigore si deve osservare che anche la possibilità di discorrere di proprietà, usufrutto, pegno o sequestro (art. 2452 c.c.) di una partecipazione è esito del procedimento «metaforico» individuato da Galgano (v. *supra*, nt. 41).

che si pongono quando il diritto ha direttamente per oggetto un bene materiale ⁽⁴⁶⁾.

Meno immediato, ma comunque giustificabile in base al giudizio di compatibilità, è poi l'impiego delle norme sui vizi materiali per tutelare il compratore rispetto alle caratteristiche delle partecipazioni stesse e della società. Potranno rilevare, dunque, «vizi» dell'azione in sé come titolo di credito, della posizione del socio all'interno della società (e quindi della natura e quantità dei suoi poteri e diritti) ⁽⁴⁷⁾, o ancora della società stessa quando ciò influisca sulle prerogative spettanti al socio, come nel caso di società in liquidazione o sottoposta a procedure concorsuali, o appartenente ad un tipo differente, oppure con un capitale sociale di ammontare diverso, tale che il pacchetto trasferito non consenta di acquisire il potere deliberativo desiderato ⁽⁴⁸⁾. Trattandosi di caratteristiche delle partecipazioni (o comunque della società) immediatamente percepibili ⁽⁴⁹⁾, non pare incongruo ipotizzare rispetto ad esse dei termini di decadenza e prescrizione brevi come quelli sanciti in tema di vendita di cose. Tuttavia, la dottrina ha sostenuto che la presenza di «difetti» di tale gravità dovrebbe costituire addirittura un'ipotesi di *aliud pro alio*, poiché verrebbe messa in dubbio persino l'identità della

⁽⁴⁶⁾ Cfr., più ampiamente, TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., pp. 211 ss. e 333 ss.

⁽⁴⁷⁾ Ad esempio, in dipendenza della categoria a cui le azioni appartengono (TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 218) oppure, nel caso di quote di S.r.l., qualora difettino dei diritti particolari *ex art.* 2468, comma 3, c.c. che fossero stati promessi.

⁽⁴⁸⁾ V. già T. ASCARELLI, *In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori, amministratore indiretto*, in *Foro it.*, 1953, I, 1639, ora in ID., *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 413 ss.; e in seguito E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., p. 292 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 219 ss.; SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., pp. 73-74. Secondo quest'ultimo autore, tuttavia, queste fattispecie dovrebbero essere ricondotte all'ambito della «mancanza di vantaggi giuridici promessi», regolata analogicamente dall'art. 1489 c.c. (p. 84); cfr. anche, a proposito dell'applicazione analogica dell'art. 1489 c.c. a tali ipotesi, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 704; LUMINOSO, *La vendita*, cit., pp. 453-454.

⁽⁴⁹⁾ Tanto che può ragionevolmente dubitarsi della possibilità che «vizi» di questo tipo ricorrano senza che si versi nell'ipotesi di facile riconoscibilità di cui all'art. 1491 c.c., con conseguente esclusione della garanzia. Secondo SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 77, l'inserimento nel contratto di espresse *legal warranties* avrebbe appunto il valore di dichiarazione da parte del venditore che la cosa era esente da vizi *ex art.* 1491 c.c., cosicché la garanzia sarebbe inefficace solo in caso di effettiva conoscenza del vizio da parte dell'acquirente. Ulteriormente, dal momento che le circostanze in esame difficilmente sfuggono ad una *due diligence* anche solo superficiale (sui cui effetti giuridici cfr. sin d'ora SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 332 ss.), è stata ipotizzata un'interpretazione di clausole di garanzia relative all'assenza di oneri e vincoli sulle azioni (riconducibili alla fattispecie dell'art. 1482 o 1489 c.c.) come impegno ad eliminare detti oneri e vincoli, così da rendere pienamente efficace la garanzia nonostante la conoscenza dell'acquirente (TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 339). Una simile interpretazione porta infatti a ritenere dedotto in garanzia un evento futuro – e come tale incerto per definizione – dipendente anche dalla condotta del garante ma di cui quest'ultimo intende assumersi il pieno rischio.

partecipazione trasferita ⁽⁵⁰⁾, con applicazione del termine di prescrizione decennale e esclusiva possibilità di ottenere la risoluzione del contratto.

Resta esclusa, in ogni caso, la possibilità per il compratore di far valere per questa via qualsiasi difformità relativa al patrimonio della società. La tesi contraria non supera l'obiezione per cui il patrimonio della società non è interessato in alcun modo dalla vicenda traslativa riguardante le partecipazioni, cosicché a venire in rilievo sono unicamente le caratteristiche proprie di queste ultime – ossia quelle appena individuate – tra le quali non rientra in alcun modo la consistenza del patrimonio, poiché questa non influisce sulla natura dei diritti che il socio può esercitare ⁽⁵¹⁾.

La consistenza del patrimonio non può rilevare nemmeno in quanto si riverberi sulle partecipazioni dal punto di vista del valore, dal momento che questo pacificamente non costituisce una qualità della cosa poiché non dipende da una sua proprietà intrinseca bensì dal gioco della domanda e dell'offerta all'interno di un

⁽⁵⁰⁾ Cfr. ASCARELLI, *In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori, amministratore indiretto*, cit., p. 413 ss.; SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 87 ss. (ove si afferma che in questo modo il compratore sarebbe sempre tutelato anche in caso di conoscenza o riconoscibilità dei difetti); ed ampiamente TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 220 ss., 245 ss.

⁽⁵¹⁾ G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, cit., pp. 287-288; SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 95; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., pp. 205-206. È utile ricordare anche che sulla base dello stesso argomento si è escluso che una clausola relativa alla consistenza del patrimonio sia da qualificare come promessa di qualità ai sensi dell'art. 1497 c.c., poiché «la promessa ex art. 1497 c.c. non aggiunge infatti "nuove qualità" all'oggetto del contratto, ma si limita ad attribuire giuridica rilevanza a caratteri che quell'oggetto già possiede per sua natura, e che secondo la considerazione generale non rivestono importanza essenziale» (così ancora SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 97, che riferisce anche come secondo la giurisprudenza la qualità promessa deva costituire un «modo di essere intrinseco della cosa venduta»; v. anche TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 300 ss.; e in precedenza D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., p. 153; G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, cit., p. 291). Un cenno in questo senso anche in LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 481, secondo cui la qualità «può concernere qualsiasi attributo strutturale (anche di natura quantitativa) o funzionale del bene». Sull'irrelevanza della consistenza del patrimonio sociale ai fini dell'identificazione delle azioni (nella prospettiva dell'*aliud pro alio*), v. ASCARELLI, *In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori, amministratore indiretto*, cit., p. 420, che non esclude tuttavia che «il venditore [...] possa essersi espressamente impegnato a dare azioni qualificate in relazione alla consistenza patrimoniale della società (ovvero che detta qualificazione [...] possa risultare dall'interpretazione del contratto, come potrà aver luogo specie nella vendita di grossi pacchetti azionari fuori borsa)»: viene confermata dunque la necessità di una promessa (esplicita o implicita) relativa a caratteristiche non immediatamente riferibili alle azioni cedute. In questo senso espressamente anche Cass. 21.6.1996, n. 5773, in *Contr.*, 1997, 3, p. 231 ss., con nota di Fondrieschi: secondo la Cassazione, «il difetto di qualità – previsto dall'art. 1427 come causa di annullamento e dall'art. 1497 come causa di risoluzione del contratto – in relazione alla compravendita di partecipazioni sociali, essendo queste attributive di un insieme di diritti ed obblighi in relazione ad una società, può attenersi unicamente alla "qualità" dei diritti ed obblighi che in concreto la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire».

mercato ⁽⁵²⁾.

Anche laddove questi argomenti dovessero apparire eccessivamente formalistici, si consideri che allo stesso esito conduce il giudizio di compatibilità che deve precedere l'applicazione delle garanzie edilizie alla cessione di partecipazioni societarie. Da un lato, infatti, la disciplina di cui agli artt. 1490 ss. non è pienamente soddisfacente rispetto alla particolare vicenda in esame ⁽⁵³⁾; dall'altro la definizione di quali caratteristiche costituiscano «vizi e qualità essenziali» delle partecipazioni risulta ancor più incerta – proprio perché frutto di un ragionamento analogico, e per di più nemmeno apertamente dichiarato – rispetto a quanto già avviene per la vendita di cose, contraddicendo l'esigenza di certezza che caratterizza questo particolare settore.

Ben si comprende dunque la conclusione ormai abbastanza diffusa sia in giurisprudenza che in dottrina per cui l'acquirente può trovare una tutela efficace contro le difformità del patrimonio sociale solo mediante l'espressa pattuizione di una serie di garanzie contrattuali ⁽⁵⁴⁾.

3. La tutela dell'acquirente in assenza di garanzie contrattuali.

Benché la questione esuli dall'oggetto principale di questa ricerca, non può omettersi qualche cenno al problema delle tutele comunque spettanti al compratore delle partecipazioni in assenza di apposite previsioni contrattuali ⁽⁵⁵⁾. Non è infrequente, specie nel caso di operazioni di minore rilevanza economica, che il contratto trascuri di considerare gli aspetti relativi alla consistenza del patrimonio sociale, e che dunque l'acquirente possa trovare tutela solo nella disciplina legale.

⁽⁵²⁾ Cfr. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 308; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 226 s. In giurisprudenza ancora Cass. 21.6.1996, n. 5773.

⁽⁵³⁾ Così infatti, soprattutto rispetto al problema dei termini di prescrizione e decadenza di cui all'art. 1495 c.c., la dottrina pressoché unanime ed anche Cass. 24.7.2014, n. 16963; quest'ultima, mentre accede all'accusa di formalismo appena evocata, riconosce tuttavia la necessità di una soluzione autonoma rispetto alla disciplina codicistica della vendita. La scarsa adeguatezza delle norme sulla vendita di cose per la regolamentazione della cessione di partecipazioni è evidenziata in Germania da PICOT, *Die Gestaltung des Unternehmenskaufvertrages*, in ID. (a cura di), *Unternehmenskauf und Restrukturierung*, cit., p. 220 ss.

⁽⁵⁴⁾ Anche nel Regno Unito, si ritiene che «the purchaser of the share capital or business and assets of a company receives very little protection under the law, if the bargains turns out to be not what was expected, unless there has been misrepresentation or fraud by the vendors» (*Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales*, a cura di R.B. Thompson, London, 2017, p. 1).

⁽⁵⁵⁾ Sul tema, da ultimo, SPERANZIN, *Compravendita «non convenzionalmente garantita» di partecipazioni sociali di “controllo”*, cit., p. 468 ss.

Dato che, per i motivi appena chiariti, le norme sulla compravendita non offrono una soluzione al problema, non resta che valutare la possibilità (e l'efficacia) dell'impiego degli istituti previsti dalle norme sul contratto in genere ⁽⁵⁶⁾.

È stato così ipotizzato che l'acquirente possa valersi dell'azione di annullamento del contratto per via dell'errore rispetto alla consistenza del patrimonio sociale. L'opinione prevalente (almeno in giurisprudenza) è orientata però in senso negativo per via del fatto che – ancora una volta – le circostanze attinenti al patrimonio della società, per quanto determinanti del consenso, non possono in alcun modo rilevare dal punto di vista dell'identità e delle qualità delle partecipazioni, che costituiscono l'oggetto esclusivo del contratto anche ai fini dell'art. 1429, n. 2, c.c. ⁽⁵⁷⁾.

Diversi sono invece i presupposti per la pronuncia di annullamento del contratto in forza del dolo determinante del venditore (art. 1439 c.c.), oppure per la condanna al risarcimento a causa del dolo incidente (1440 c.c.). In entrambi i casi, sarebbe sufficiente che, per effetto dei raggiri, l'acquirente sia caduto in errore rispetto ad un qualsiasi elemento rilevante per il consenso, tra cui lo stesso valore della partecipazione ⁽⁵⁸⁾. D'altro canto, però, il compratore sarebbe gravato dell'ulteriore (e non lieve) onere di provare i raggiri subiti, dato che un orientamento

⁽⁵⁶⁾ Il tema è stato diffusamente trattato in dottrina e più volte affrontato dalla giurisprudenza, cosicché pare qui sufficiente rinviare ai contributi già offerti dalla riflessione scientifica. V. per tutti E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., p. 257 ss.; A.P. SCARSO, *La vendita non garantita di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 2, p. 123 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 223 ss.

⁽⁵⁷⁾ Valga quanto già esposto nel paragrafo precedente rispetto alla nozione di qualità dell'oggetto della vendita. A proposito dell'annullabilità per errore del contratto di vendita di partecipazioni, v., per la tesi accolta nel testo, in particolare G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 176 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 223 ss., secondo cui è da escludere anche la rilevanza dell'errore sul valore. In quest'ultimo senso, in generale, cfr. R. SACCO (– G. DE NOVA), *Il Contratto*, nel *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, I, Torino, 2004, p. 516 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 19.7.2007, n. 16031, in *Giur. comm.*, 2008, 1, II, p. 103, con nota di A. TINA, *Trasferimento di partecipazioni societarie ed annullamento del contratto*; e ancor più di recente Cass. 27.11.2012, n. 21094, secondo la quale l'errore sul valore è irrilevante «a meno che la fallace rappresentazione non sia dipesa da un errore su una qualità essenziale della cosa»; Cass. 5.3.2018, n. 5134, relativa proprio ad un caso di cessione di partecipazioni; Cass. 12.11.2018, n. 29010, che esclude l'annullamento per errore sul valore del bene dato che esso «non incide sull'identità o qualità della cosa, ma attiene alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un certo accordo ed al rischio che il contraente si assume, nell'ambito dell'autonomia contrattuale, per effetto delle proprie personali valutazioni sull'utilità economica dell'affare», e già Cass. 21.6.1996, n. 5773. Conclusioni diverse circa la possibilità di annullamento per errore sul valore della partecipazione sono espresse, in commento a quest'ultima sentenza, da A. FONDRIESCHI, *In tema di errore sul valore economico di quote*, in *Contr.*, 1997, 3, p. 233 ss., ove anche riferimenti alla dottrina discorde rispetto alla tesi dominante in giurisprudenza.

⁽⁵⁸⁾ Così, in generale, Cass. 20.2.2014, n. 4065 e, rispetto alla vendita di partecipazioni, ancora Cass. 19.7.2007, n. 16031, cit.

che trova ancora adesioni nella giurisprudenza di legittimità esclude la sufficienza a tali fini della reticenza o della menzogna ⁽⁵⁹⁾. Ed anche volendo seguire la tesi opposta e più favorevole all'acquirente, questi dovrebbe anche dimostrare, da un lato, l'idoneità del comportamento a trarre in inganno la controparte nonostante questa abbia agito utilizzando gli standard ordinari di diligenza ⁽⁶⁰⁾, dall'altro lato l'effettiva preordinazione della condotta ⁽⁶¹⁾.

Non stupisce, dunque, che estremamente rari siano i casi accertati di dolo incidente o determinante da parte del venditore di pacchetti azionari ⁽⁶²⁾. Si deve considerare, tuttavia, che, anche laddove non ricorrano gli estremi del raggiro ma vi siano comunque state menzogna o reticenza, l'acquirente non è comunque sprovvisto di tutele. Come vedremo in seguito, le dichiarazioni del venditore che siano in grado di fondare un ragionevole affidamento della controparte non sono mai prive di conseguenze giuridiche anche laddove non siano oggetto di garanzia. Ed anche il silenzio viene sanzionato quando rappresenta violazione di un obbligo di comunicazione ⁽⁶³⁾.

Abbiamo potuto osservare nel capitolo precedente che in tutte le ipotesi nelle quali il rischio transita, per così dire, dalla sfera del garante a quella del garantito quale esito del contratto, il garante è soggetto all'obbligo di informare la controparte dell'esistenza e delle caratteristiche del rischio ⁽⁶⁴⁾. Nella disciplina della vendita e della locazione, la violazione di questi obblighi è presa in considerazione solo dal punto di vista del risarcimento dei danni verificatisi, a causa del vizio, ad interessi distinti da quello che ha ad oggetto direttamente le caratteristiche del bene, ossia

⁽⁵⁹⁾ Cfr. di recente Cass. 8.5.2018, n. 11009. Apre invece alla rilevanza di per sé del mendacio, laddove contrario a buona fede, R. SACCO (– G. DE NOVA), *Il Contratto*, cit., p. 554 ss.

⁽⁶⁰⁾ In questo senso ancora Cass. 19.7. 2007, n. 16031, cit., e Cass. 11.7. 2014, n. 16004.

⁽⁶¹⁾ Si veda sempre Cass. 11.7. 2014, n. 16004. Cfr. anche TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 237 ss.

⁽⁶²⁾ F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, cit., p. 298, nt. 17, ne riporta appena tre, di cui il primo conclusosi con l'annullamento del contratto e gli altri con la condanna al risarcimento: si tratta delle cause decise, rispettivamente, da Cass. 29.8.1991, n. 9227, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 379, e da Cass. 14.10.1991, n. 10779, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 190, e da Trib. Milano 4.6.1998, in *Giur. it.*, 1998, p. 2106.

⁽⁶³⁾ R. SACCO (– G. DE NOVA), *Il Contratto*, cit., p. 562. In senso critico, v. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, cit., p. 569 ss. Affronta la questione con riferimento agli obblighi informativi legati a situazioni di asimmetria informativa S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Scritti in memoria di Giovanni Gabrielli*, Napoli, 2018, pp. 771-772, secondo cui «l'asimmetria informativa, invero, segnala un'impossibilità o grave difficoltà di accesso alle informazioni rilevanti: situazione questa che gli obblighi in parola permettono di superare, permettendo alla parte svantaggiata il compimento di scelte razionali, con conseguente beneficio del mercato, messo in grado di funzionare correttamente». È questa, come stiamo per vedere, la prospettiva più congeniale alla nostra indagine.

⁽⁶⁴⁾ V. *supra*, cap. II, § 4.

propriamente l'interesse alla prestazione contrattuale ⁽⁶⁵⁾. Quest'ultimo, invece, non è tutelato da obblighi di protezione bensì, in maniera più intensa ed assorbente, dalle garanzie contro i vizi. Il legislatore ha voluto infatti proteggere al massimo grado l'affidamento del compratore circa la presenza nel bene di determinate caratteristiche, su cui si fonda tipicamente l'accordo relativo al prezzo.

Laddove, però, come nel caso della cessione di partecipazioni, l'interesse tipico dell'acquirente non trova tutela in un sistema di garanzie previste come *naturalia negotii*, sembra difficile escludere l'esistenza di analoghi obblighi informativi a carico del venditore, quantomeno rispetto ai rischi noti al venditore ed idonei ad incidere in modo non marginale sul valore o sulla capacità produttiva e reddituale della società. Questione ulteriore, e meritevole di ben altro approfondimento, è se gli obblighi in questione riguardino soltanto i «vizi» effettivamente noti al cedente, oppure anche quelli conoscibili con un certo livello di diligenza ⁽⁶⁶⁾.

In ogni caso, non sembra si possa ragionevolmente sostenere che questa lettura del sistema deponga nel senso dell'esistenza di garanzie implicite a favore dell'acquirente delle partecipazioni. Limitandoci per semplicità al caso dei rischi effettivamente noti al venditore, ossia in presenza di una situazione di asimmetria informativa, le uniche direttive che traiamo dalle norme positive riguardano l'esistenza di obblighi di informazione e, come vedremo in seguito, l'inefficacia delle deroghe al regime dispositivo delle garanzie, laddove esistenti ⁽⁶⁷⁾. Tutt'altro che automatico sarebbe inferire dalle stesse norme un complesso di garanzie *ex lege* a tutela di interessi analoghi. Così opinando, infatti, al fine dichiarato di dare certezza ai traffici si correrebbe invece il pericolo di rendere quanto mai incerti gli esiti della contrattazione ⁽⁶⁸⁾.

In presenza di una disciplina positiva come nel caso della vendita di beni

⁽⁶⁵⁾ I due distinti piani d'incidenza della lesione degli interessi del compratore o conduttore (corrispondenti, rispettivamente, al *préjudice commercial* ed al *préjudice causé par la chose* secondo la dottrina francese, ai *Mangelschaden* ed ai *Mangelfolgeschaden* secondo quella tedesca) sono delineati da CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 458 ss.

⁽⁶⁶⁾ Da questo punto di vista, dovrebbe indagarsi fino a che punto sia estesa la prassi della c.d. *vendor due diligence* e quali conseguenze abbia il suo mancato esperimento. Già autori come Du Moulin, Domat e Pothier, del resto, teorizzavano l'esistenza in capo al *vendeur professionnel* di un obbligo di conoscenza dei vizi della cosa venduta: v. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 395 ss.; CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., pp. 19-20.

⁽⁶⁷⁾ Questa conclusione si trae in particolare a partire dagli artt. 1490, comma 2, 1579 e 1667 c.c. (v. *infra*, cap. IV, § 4).

⁽⁶⁸⁾ Questa idea, del resto, è largamente diffusa tra gli operatori del settore, che vedono con sfavore la proposta di prevedere garanzie *ex lege* a favore dell'acquirente. Cfr. anche TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 288.

materiali, e pur nella storica incertezza tra gli interpreti circa la reale portata delle garanzie contro i vizi e la mancanza di qualità della cosa, vi è pur sempre una direttiva del legislatore a cui fare riferimento. Nel caso della cessione di partecipazioni, invece, non solo un'indicazione legislativa del tutto chiara è assente, ma l'applicazione analogica di norme dettate per fattispecie molto diverse (relative a beni materiali) pare assai foriera di dubbi, anche alla luce del novero molto più ampio ed imprevedibile dei rischi che possono riguardare il patrimonio e le vicende di una società, nient'affatto paragonabili alla possibilità di manifestazione di difetti materiali in una cosa.

Altra questione è se non dalla legge ma dal contratto, alla luce di un'interpretazione secondo buona fede, possa dedursi l'esistenza di garanzie implicite alla luce dell'affidamento suscitato dal venditore ⁽⁶⁹⁾. Questa strada sembra assai meno rischiosa dal punto di vista della certezza e prevedibilità per le parti, dato che consente di restare pur sempre aderenti all'assetto di interessi dalle stesse pianificato ed alle loro condotte negoziali e prenegoziali. Potrebbe così trovare una lettura soddisfacente anche il passaggio della sentenza della Cassazione del 2014 – che avevamo descritto come ambiguo proprio perché pareva poter aprire alla considerazione di garanzie implicite *ex lege* – in base al quale «le circostanze che influiscono sulla consistenza e la redditività potranno assumere rilevanza – *alla stregua del regolamento negoziale pattuito* – sotto il profilo dell'utilità pratica perseguita ovvero della causa in concreto del negozio, potendo il verificarsi degli eventi oggetto delle clausole di garanzia apprezzarsi – *in base a un'interpretazione del contratto secondo buona fede* – con riferimento all'attuazione del sinallagma funzionale» ⁽⁷⁰⁾.

In ogni caso, l'individuazione di precisi obblighi informativi è utile perché consente ricondurre alle fattispecie degli artt. 1439-1440 c.c. le situazioni di asimmetria informativa tra cedente e acquirente delle partecipazioni, e quindi di assicurare a quest'ultimo una tutela, seppur limitata al solo interesse negativo.

Un'altra strategia promettente, e complementare rispetto a quella che si fonda sul dolo del venditore, è suggerita dalle tesi che ipotizzano all'opera in questo campo l'istituto della presupposizione ⁽⁷¹⁾. Quest'ultima pare in effetti in grado di

⁽⁶⁹⁾ A questo proposito, ci si limita a rinviare all'ampia analisi di G. IORIO, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006, p. 167 ss.

⁽⁷⁰⁾ Anche questa tesi, tuttavia, è da considerare con attenzione (v. il paragrafo successivo). Cfr. la critica all'argomento giurisprudenziale citato ribadita di recente da SPERANZIN, *Compravendita «non convenzionalmente garantita» di partecipazioni sociali di “controllo”*, cit., p. 468 ss. (e specialmente p. 473 ss.).

⁽⁷¹⁾ V. gli autori richiamati da TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p.

fare emergere le basi su cui si è fondata la determinazione dell'equilibrio economico dell'affare, anche oltre le espresse pattuizioni delle parti, per dare rilievo al successivo disvelarsi di una situazione di fatto radicalmente differente da quella assunta quale fondamento dell'accordo. In altre parole, l'acquirente che voglia invocare il venir meno della presupposizione dovrebbe dimostrare che una specifica circostanza di fatto presente o futura – poi verificatasi falsa – è stata determinante per il suo consenso o per la fissazione del prezzo.

Questa soluzione, per quanto suggestiva, non è però rimasta priva di critiche. Le si è obiettato, in primo luogo, che la tendenziale completezza dei contratti di cessione di partecipazioni toglierebbe ogni spazio di operatività ad una tecnica che si fonda sulla possibilità di una interpretazione integrativa del contratto ⁽⁷²⁾. In realtà, questo significa soltanto che in concreto sono pochi i casi in cui sarebbe possibile fare ricorso alla presupposizione, non che sia scorretto farlo laddove ve ne sia l'occasione ⁽⁷³⁾.

Sul piano dei risvolti pratici di questa tesi, si deve comunque considerare che mediante il ricorso all'istituto in esame si può giungere ad affermare solo un potere della parte di risolvere il contratto. Ancora troppo incerte, sia nel fondamento che negli esiti, paiono invece le teorie che mirano a configurare un obbligo di rinegoziazione nel caso di manifestazione di sopravvenienze rientranti nel concetto di presupposizione ⁽⁷⁴⁾.

È da condividere l'opinione per cui lo strumento della presupposizione è in grado di prestare una soluzione adeguata solo in alcuni casi limite, nei quali risulta particolarmente evidente che il significato economico del contratto è strettamente dipendente dall'esistenza di uno specifico presupposto ⁽⁷⁵⁾. E infatti, anche le rare

262. E più di recente D. SCARPA, *Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale*, in *Giust. civ.*, 2010, II, p. 395 ss.

⁽⁷²⁾ Cfr. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 147. Nella dottrina tedesca – dove vige ora il § 313 BGB che codifica la soluzione del venir meno della base contrattuale (*Störung der Geschäftsgrundlage*) – v. ad esempio FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁸, § 313, München, 2019, Rn. 41 ff., che riconduce il problema delle basi contrattuali a quello dell'interpretazione integrativa del regolamento contrattuale, da compiere secondo il § 157 BGB e dunque sulla base del parametro della volontà ipottica delle parti.

⁽⁷³⁾ Lo stesso SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 21, nt. 30, riconosce che nei contratti «vi è sempre qualcosa che sfugge», ed in particolare «non sempre le parti si affidano, a causa degli ingenti costi, a dei professionisti per la redazione dei contratti: soprattutto per la cessione delle partecipazioni in società di piccole dimensioni, sono spesso soggetti sprovvisti della necessaria competenza tecnica a predisporre gli accordi».

⁽⁷⁴⁾ V. in proposito le perplessità espresse da E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, 29 ss.

⁽⁷⁵⁾ E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., p. 271; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 270.

applicazioni giurisprudenziali di queste teorie si riferiscono a vicende relative all'acquisizione di società dotate di un unico bene di rilevanza preponderante ⁽⁷⁶⁾. Sul piano probatorio, la rilevanza di una circostanza può essere ricavata dalla sua inserzione tra le premesse del contratto o dal fatto che facciano ad essa riferimento i criteri per la determinazione del prezzo ⁽⁷⁷⁾.

Dato poi che generalmente non sarebbe possibile o comunque conveniente per le parti dar luogo alla restituzione delle partecipazioni, la reale utilità dello strumento della presupposizione si manifesta soprattutto quando il trasferimento della titolarità non è ancora avvenuto – ossia nella fase precedente il *closing* – con l'effetto di sciogliere l'acquirente dal vincolo a concludere l'operazione e a pagare il prezzo. Il ruolo che la presupposizione è in grado di svolgere nel nostro campo viene quindi ad assomigliare a quello della pattuizione tipizzata dalla prassi col nome di *material adverse change clause* (MAC), che consente all'acquirente di recedere dal contratto preliminare in presenza di mutamenti particolarmente rilevanti della situazione patrimoniale o aziendale ⁽⁷⁸⁾.

4. La distinzione tra representations e warranties.

Torniamo ora a considerare l'eventualità che le parti abbiano espressamente preso in considerazione nel contratto talune caratteristiche del patrimonio sociale o circostanze che influiscono sul valore delle partecipazioni. In questo caso, si pone la necessità di indagare il valore di queste dichiarazioni anche alla luce della concreta fisionomia che esse normalmente assumono nella prassi contrattuale, mettendo poi in relazione questi dati con l'intelaiatura teorica ricavata in precedenza.

In altre parole, ci si deve chiedere se ogni dichiarazione resa dal venditore – in particolare se inserita nel testo del contratto – possa dare origine ad una garanzia,

⁽⁷⁶⁾ V. ad esempio Cass. 3.12.1991, n. 12921, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 784, con nota di De Marchis, relativa ad un caso di cessione della totalità delle azioni di una società allo scopo di acquisire la disponibilità di un panfilo di proprietà della stessa, fatto poi oggetto di sequestro giudiziario.

⁽⁷⁷⁾ In quest'ultimo senso TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 269, nt. 240.

⁽⁷⁸⁾ Sulla clausola MAC v. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 249. Anche D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., p. 111 nota come solitamente la possibilità per una delle parti di sciogliersi dal contratto è prevista solo fino al momento del *closing*, oltre il quale è sostituita da una mera tutela pecuniaria.

o altrimenti a quali condizioni ciò avvenga. Dato che le parti si trovano nella posizione di asimmetria informativa già più volte descritta, è evidente che il compratore sia portato a fare affidamento sulle informazioni fornite dalla controparte. Resta però ancora da capire quale specifico valore giuridico abbiano le dichiarazioni in esame, e dunque quale tipo di tutela possa ricevere l'affidamento dell'acquirente.

Per prima cosa va osservato che la prassi, riprendendo i modelli anglosassoni, indica le clausole relative alla consistenza del patrimonio o alla redditività della società con la denominazione di «Representations and Warranties». Vi è incertezza in dottrina circa l'opportunità di ricondurre, nel nostro ordinamento, le *representations* e le *warranties* a due categorie distinte per natura e quindi per disciplina oppure, in alternativa, considerare l'espressione quale *endiadi* e quindi assoggettare tutte le corrispondenti pattuizioni ad un unico regime.

Secondo il *common law*, dal quale la distinzione trae origine, le dichiarazioni delle parti possono rientrare nel contenuto vero e proprio del contratto (*terms*) oppure rimanere semplici *representations*. Mentre la falsità delle prime può dar luogo ad un'azione per *breach of contract*, nel caso invece in cui si scopra che una *representation* non risponde al vero la parte che vi ha fatto affidamento può pretendere lo scioglimento il contratto. Solo in presenza di una *fraudolent* o *negligent misrepresentation* sarà possibile chiedere anche il risarcimento dei danni⁽⁷⁹⁾. Tradizionalmente, la qualificazione di un'affermazione di fatto come *term* o come *representation* viene compiuta sulla base dell'intento delle parti, ossia verificando se il dichiarante abbia inteso rendersi responsabile per il caso di falsità dell'affermazione⁽⁸⁰⁾.

Ulteriormente, i *terms* possono essere *promises* oppure *conditional clauses*⁽⁸¹⁾. Le prime possono consistere sia nella rappresentazione di uno stato di fatto che nella promessa di un evento futuro (non necessariamente rientrante nel controllo della parte) e la loro violazione dà luogo ad una richiesta di risarcimento. Le seconde, invece, contemplano fatti dal cui venire ad esistenza dipende il sorgere (*condition precedent*) o il cessare degli effetti contrattuali (*condition subsequent*),

⁽⁷⁹⁾ Cfr. P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*³, Oxford, 1981, p. 153 ss.: e più ampiamente ID., *Misrepresentation, Warranty and Estoppel*, in *Alberta Law Review*, IX, 1971, p. 347 ss. Quanto detto vale solo rispetto al *common law* inglese, mentre nel diritto americano la distinzione tra *representations* e *warranties* non viene avvertita: v. M.P. GERGEN – J. JASTRZEBSKI, *Representation, Warranty and Indemnity*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, p. 1499.

⁽⁸⁰⁾ ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., p. 154.

⁽⁸¹⁾ ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., p. 145 ss.

cosicché l'avveramento o il mancato avveramento di una condizione non dà titolo per richiedere un risarcimento ma incide unicamente sull'efficacia del contratto. Si noti poi che anche una *promise* può essere *conditional* e quindi il suo inadempimento può dare alla parte fedele il diritto a sciogliersi dal contratto ⁽⁸²⁾.

Circa il contenuto dei *damages* che possono essere riconosciuti nell'ipotesi in cui un'affermazione di fatto venga riconosciuta falsa, si deve distinguere ancora una volta tra *warranties* e *representations*. Dato che la violazione di una *warranty* costituisce a tutti gli effetti *breach of contract*, l'ammontare del risarcimento deve coprire l'intero *loss of bargain*, ossia porre la parte nella posizione in cui si sarebbe venuta a trovare se la circostanza promessa fosse stata vera: tradotto nel linguaggio di *civil law*, il risarcimento deve ammontare in questo caso al pieno interesse positivo. Al contrario, nel caso di *misrepresentation*, l'attore non lamenta la perdita dell'affare, bensì di aver subito un danno per aver agito facendo affidamento su una falsa dichiarazione. La funzione del risarcimento diventa, in questo caso, quella di porlo nella situazione in cui si sarebbe trovato se non avesse agito in tal modo, ossia di risarcire l'interesse negativo, secondo la terminologia in uso nella nostra dottrina ⁽⁸³⁾.

A risultati non dissimili si deve giungere anche considerando l'ordinamento italiano. Innanzitutto, è da accogliere l'osservazione per cui la parte che fornisce delle informazioni durante una trattativa non sempre intende garantirne la veridicità. Anzi, normalmente sarà restia a concedere una simile garanzia. L'altra, al contrario, sarà propensa a fare affidamento sulle stesse informazioni e sulla loro base formerà il proprio consenso ⁽⁸⁴⁾: ma non sempre tale affidamento riceve una

⁽⁸²⁾ La qualificazione di una clausola come semplice *warranty* o come *promissary condition* è compiuta in base all'importanza del suo contenuto nell'economia dell'affare. Talvolta, la decisione se l'inadempimento può consentire la risoluzione del contratto è compiuta *ex post* non sulla base della natura della clausola, bensì dell'importanza in concreto della violazione (*intermediate terms*): ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., p. 149 ss.; G. TREITEL, *The Law of Contract*¹¹, Londra, 2003, p. 788 ss.

⁽⁸³⁾ Sulla differenza tra ammontare dei *damages* nelle due situazioni, cfr. ATIYAH, *Misrepresentation, Warranty and Estoppel*, cit., p. 380 ss.

⁽⁸⁴⁾ L'affidamento sarà tanto più forte quanto più è difficile verificare o altrimenti procurarsi le stesse informazioni. Negli ordinamenti di *common law*, come stiamo per vedere, queste situazioni danno vita alla categoria dei contratti *uberrimae fidei*: la soluzione che lì si incontra riposa sul rafforzamento degli obblighi fiduciari e quindi sulla creazione (in via eccezionale) di obblighi di informare circa i fatti rilevanti per la conclusione dell'affare. Nel nostro diritto, il principio di buona fede può senz'altro fondare risultati analoghi dal punto di vista degli obblighi informativi (obblighi di protezione). Ulteriormente, l'opportunità di una tutela particolarmente intensa nelle situazioni in cui maggiormente accentuata (ed in effetti irrimediabile) è l'asimmetria informativa tra le parti ha consentito, sul piano legislativo, di assegnare il valore di garanzie a tutte le dichiarazioni compiute in fase precontrattuale (anche se non contenute nel contratto), come nel caso della vendita di beni di consumo: v. *infra* in questo stesso paragrafo. La stessa soluzione è ottenuta, in Gran Bretagna, prevedendo degli *implied terms*: cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 417 ss.).

tutela della medesima intensità.

Un profilo che appare centrale nell'elaborazione di *common law*, e dal quale conviene partire anche dal nostro punto di vista, è che solo nel caso di *warranty* vi è una promessa da parte del venditore, sia essa frutto della sua effettiva volontà negoziale oppure di una qualificazione operata dalla legge, che ritiene equo in una determinata situazione tutelare l'affidamento della controparte a tal punto da far gravare integralmente il rischio su chi effettua la dichiarazione. Anche nella nostra ricostruzione del concetto di garanzia pura abbiamo concluso che essa ha il significato di una promessa, riferita alternativamente all'evento oppure all'indennizzo: una promessa per di più incondizionata, nel senso che da essa ha origine un vincolo assoluto che implica la completa assunzione di un rischio oltre ed indipendentemente dal controllo che in concreto il garante possa esercitare su di esso.

Merita dunque senz'altro adesione la tesi per cui la garanzia necessita di una promessa in forma espressa o quantomeno univocamente desumibile da un contesto contrattuale ⁽⁸⁵⁾, oppure ancora deve essere prevista da una disposizione di legge, anche in chiave dispositiva e quindi quale integrazione del regime pattizio alla luce di una ripartizione tipica dei rischi, efficace laddove non derogata. Solo così la garanzia può entrare a far parte a tutti gli effetti del regolamento contrattuale ⁽⁸⁶⁾.

Al contrario, una mera dichiarazione riferita ad una circostanza, benché rilevante nella prospettiva dell'altro contraente e persino se inserita nel testo contrattuale, non può essere senz'altro vista come promessa. Essa può rilevare, dunque, soltanto per via dell'affidamento che genera e sulla cui base la controparte orienta il proprio agire negoziale. La sede in cui apprezzare giuridicamente le conseguenze di una dichiarazione inveritiera sembra quindi essere propriamente quella della responsabilità precontrattuale e della violazione della buona fede nel corso delle trattative.

Anche se non ricorrono gli estremi del dolo, la falsa rappresentazione circa un elemento rilevante ai fini del consenso può comportare l'obbligo di risarcire i danni dipendenti dal fatto che il contratto sarebbe stato altrimenti «concluso a

Questa soluzione si ritrova già nel *Sale of Goods Act* del 1893. Cfr. in generale ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., p. 176 ss. sulla categoria degli *implied terms*.

⁽⁸⁵⁾ In questo senso SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 247, nt. 138; E. CIVERRA, *Cessione di azioni: una clausola di garanzia generica e incoerente*, *Soc.*, 2017, 4, p. 430; A.P. SCARSO, *La responsabilità del venditore di partecipazioni sociali nel diritto italiano e tedesco*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 481 ss., con attenzione anche per le soluzioni adottate in Germania.

⁽⁸⁶⁾ V. *supra*, cap. II, § 3.

condizioni diverse» (art. 1440 c.c.). A questa conclusione si giunge per due strade distinte ma convergenti.

In un primo senso, è senz'altro possibile prendere in considerazione gli obblighi informativi che, come già visto, caratterizzano le situazioni nelle quali un rischio «transita» tra le sfere giuridiche delle parti in connessione alla situazione giuridica soggettiva trasferita tramite il contratto. Anche in *common law*, dove si nega un generale *duty of disclosure* nel corso delle trattative, vi sono tuttavia dei tipi di contratti, in occasione dei quali vi è un *duty to disclose all material facts* per la ragione che la conoscenza di tali fatti si trova nell'esclusiva disponibilità di una delle parti ⁽⁸⁷⁾. Si tratta dei cc.dd. *uberrimae fidei contracts*, nei quali sono particolarmente rilevanti i *fiduciary duties*, e di cui fanno parte anche i contratti di cessione di partecipazioni ⁽⁸⁸⁾.

In presenza di uno specifico obbligo informativo, è possibile attribuire la stessa rilevanza in termini risarcitori al mendacio ed alla semplice reticenza. In ogni caso, rimane piuttosto difficile individuare in concreto tali obblighi, dato che al sempre difficile compito di determinare il corretto equilibrio tra le opposte esigenze delle parti rispetto alle informazioni rilevanti durante la trattativa ⁽⁸⁹⁾ si aggiungono le complicazioni legate alle istanze di riservatezza variamente connesse all'esercizio dell'impresa ⁽⁹⁰⁾.

Si può comunque ragionevolmente sostenere che vi sia una responsabilità del venditore per aver taciuto elementi di cui era effettivamente a conoscenza, relativi a circostanze rilevanti per il compratore, salva comunque la possibilità di provare che non gli è stato possibile adempiere all'obbligo informativo per causa a lui non imputabile ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁷⁾ ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., p. 216 ss.

⁽⁸⁸⁾ SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 51. Il caso più emblematico di contratto *uberrimae fidei* è considerato il contratto di assicurazione (ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., p. 221). Sembra trovare conferma quanto da noi osservato circa la direzione degli obblighi informativi, che gravano sempre sul soggetto nella cui sfera si trovava il rischio precedentemente al sorgere della garanzia (v. *supra* cap. II, § 4).

⁽⁸⁹⁾ Cfr. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 651 ss.

⁽⁹⁰⁾ V. ad esempio «non esiste una specifica disciplina di legge attributiva del diritto di esercitare una *due diligence* sulla società per azioni», cosicché «spetterà al competente organo gestorio assumere ed esporre, attraverso ragionevoli e ponderate argomentazioni, le ragioni poste a fondamento della decisione di sacrificare il diritto di informazione del socio al cospetto di prioritarie esigenze di riservatezza della società, negando dati e/o informazioni c.d. sensibili, ogni qual volta l'accesso ad esse da parte del socio o di terzi possa nuocere all'interesse sociale» (Trib. Bologna, Sez. Impr., 23.7.2018, in *Soc.*, 2018, 12, p. 1380 ss., con nota di A. MORELLO, *Lineamenti di una teoria e commenti su un caso di "negata due diligence"*).

⁽⁹¹⁾ SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., pp. 331-332. Causa di impossibilità non imputabile può essere, per l'appunto, anche un segreto industriale o l'esigenza di non comunicare informazioni particolarmente delicate ad un concorrente attuale o

In alternativa, ed anche qualora non si possa individuare uno specifico obbligo informativo che avesse ad oggetto la circostanza falsamente dichiarata, si deve osservare che la creazione di un affidamento circa una situazione di fatto non corrispondente a quella reale costituisce in ogni caso violazione della regola di correttezza nelle trattative⁽⁹²⁾. Da questo punto di vista, la parte che – sebbene non tenuta a farlo – fornisca comunque una certa rappresentazione di circostanze idonee ad influire sull’esito della negoziazione risponde della veridicità di queste informazioni nei limiti della diligenza, ossia se non prova di non aver avuto conoscenza del reale stato delle cose e di aver potuto acquisire e comunicare delle informazioni corrette per causa a lei non imputabile⁽⁹³⁾.

In ogni caso, dunque, la responsabilità incontra il limite di cui all’art. 1218 c.c.: su questo punto il nostro sistema presenta alcune somiglianze con quelli di *common law* nella parte in cui questi ritengono risarcibile la lesione dell’affidamento solo nel caso di *fraudolent* o *negligent misrepresentation*⁽⁹⁴⁾.

Netta rimane, da questo punto vista, la differenza tra mera dichiarazione e garanzia, dato che solo nel secondo caso l’assolutezza del vincolo (ossia della promessa) rende irrilevante la prova, da parte di colui che ha reso la dichiarazione, dell’impossibilità di conoscere o comunicare un’informazione veritiera. Ed è attraverso questa distinzione che si può tracciare un criterio per distinguere il valore da assegnare alle varie dichiarazioni contenute in un contratto di cessione di partecipazioni⁽⁹⁵⁾. Non vi possono essere dubbi circa la natura di garanzia del vincolo assunto in presenza di una promessa od assunzione di garanzia esplicita, o

potenziale (anche se in questo secondo caso può sembrare più proprio parlare di inesigibilità della prestazione secondo buona fede).

⁽⁹²⁾ Come rileva A. ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, cit., p. 1722, si afferma «la responsabilità della parte che scorrettamente non abbia comunicato circostanze rilevanti, che in base a un giudizio probabilistico avrebbero indotto l’altra a una diversa valutazione di convenienza dello scambio».

⁽⁹³⁾ Secondo AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 181, «il Compratore deve poter confidare sul fatto che la sua controparte abbia impiegato un livello normale di diligenza anche quando essa non abbia garantito la verità delle informazioni date».

⁽⁹⁴⁾ Le somiglianze non sono peraltro da enfatizzare, dato che il *common law*, ed in particolare quello britannico, «non conosce quella che noi chiamiamo responsabilità precontrattuale»: così C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1, p. 16, che osserva anche come la *negligence*, che consente di fondare una responsabilità *in tort*, consiste nella violazione di un *duty of care*, ma questo è ben diverso dal vincolo più stringente che nasce da un rapporto o da una «special relationship» e che fonda la responsabilità contrattuale. Sull’avvicinamento della *misrepresentation* all’ambito dei *contracts*, tuttavia, v. M.P. GERGEN, *Negligent Misrepresentation as Contract*, in *California Law Review*, Vol. 101, No. 4 (August 2013), p. 953 ss.

⁽⁹⁵⁾ Quanto segue vale senz’altro per le dichiarazioni relative a stati di fatto presenti o passate. Una valutazione più articolata deve riguardare invece le dichiarazioni su giudizi o opinioni: cfr. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di “controllo” e garanzie contrattuali*, cit., pp. 53, 56 ss.

desumibile univocamente da una connessa clausola di *indemnity*, che preveda le conseguenze giuridiche della manifestazione di un fatto contrario alla dichiarazione⁽⁹⁶⁾, o ancora dal fatto che le parti hanno espressamente fatto riferimento alle circostanze dichiarate tra i criteri per il calcolo del prezzo. Al contrario, qualora le parti abbiano pattuito di limitare la rilevanza delle dichiarazioni a quanto risulta in base all'effettiva conoscenza del venditore (c.d. *seller's best knowledge clause*), il venditore potrà esimersi da responsabilità dimostrando di aver verificato la situazione della società e che la realtà dei fatti non era conoscibile tramite l'applicazione della diligenza richiesta (nel senso di perizia)⁽⁹⁷⁾: escluso dunque il ricorrere di una garanzia, le circostanze in questione devono ritenersi oggetto di una semplice dichiarazione⁽⁹⁸⁾.

Maggiormente problematica è la qualificazione delle dichiarazioni per le quali non ricorre alcuno dei casi appena descritti. Merita in ogni caso di esser tenuta ferma la conclusione per cui, in mancanza di un'assunzione di garanzia esplicita o almeno desumibile univocamente dal contesto, la qualificazione come garanzia può essere operata soltanto dalla legge mediante una previsione espressa⁽⁹⁹⁾. Anche questa ipotesi ha tuttavia carattere eccezionale e si verifica solo in situazioni particolari, nelle quali l'accentuata asimmetria informativa e lo *status* professionale della parte in possesso delle informazioni rendono ragionevole l'imposizione di una garanzia estesa a tutte le dichiarazioni rese in fase precontrattuale: è questo il caso della vendita di beni di consumo, nell'ambito della quale la nozione di conformità, che serve da parametro per l'estensione della garanzia, è da valutare anche rispetto «alla descrizione fatta dal venditore» (art. 129, comma 2, lett. b), cod. cons.) indipendentemente da una promessa in tal senso. Ma che ciò valga soltanto in

⁽⁹⁶⁾ Sul ruolo e la struttura delle clausole di *indemnity*, v. il paragrafo successivo.

⁽⁹⁷⁾ SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 327; H. FLEISCHER, *Due diligence und Best Knowledge beim Unternehmenskauf*, in AA. VV., *Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung*, München, 2003, pp. 115-116; *Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales*, cit., p. 44.

⁽⁹⁸⁾ Così SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., pp. 327-328, che rileva come la formulazione della clausola possa modulare anche l'ampiezza dell'attività di verifica richiesta al venditore: si può limitare l'obbligo di comunicazione alle circostanze già note, con esclusione quindi di un obbligo di verifica, oppure si può imporre di svolgere una vera e propria indagine modulando anche la perizia richiesta. In quest'ultimo senso è da intendere il riferimento alla «migliore conoscenza del venditore», che traduce il termine inglese «best knowledge». Cfr. anche HUBER, *Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts*, cit., pp. 207-208, che nota come, nel caso della *best knowledge* («bestes Wissen»), l'obbligo si estenda anche alle circostanze che il venditore poteva semplicemente sospettare, come nel caso di responsabilità per *culpa in contrahendo*. Deve poi considerarsi l'influsso sull'analisi di questo tema della diffusione della c.d. *vendor due diligence*, su cui v. ancora SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 360.

⁽⁹⁹⁾ SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., pp. 66-67.

un'ipotesi così particolare è confermato dal confronto con l'art. 1497 c.c., che include nella garanzia soltanto le qualità *promesse* dal venditore.

Non sembra, d'altra parte, che l'operare della clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto *ex art.* 1375 c.c. possa condurre a risultati diversi. Se è vero che la buona fede è in grado di imporre ai contraenti comportamenti diretti a salvaguardare l'affidamento della controparte, tuttavia non può arrivare ad imporre addirittura una garanzia, dato che quest'ultima è per definizione ciò che va oltre l'obbligo di comportamento ⁽¹⁰⁰⁾. Dal canto suo, la buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 c.c. può servire per sciogliere formulazioni oscure o ambigue alla luce del ragionevole affidamento delle parti, ma non può di per sé ampliare il regolamento contrattuale oltre quanto espresso nel testo negoziale. Lo scopo principale per cui la regola della buona fede può essere invocata dall'acquirente di partecipazioni sociali è dunque quello di fondare degli obblighi di comunicazione in fase precontrattuale, così da consentire una formazione dell'accordo con l'aiuto di una base di conoscenza più completa possibile.

In ogni caso, tanto una semplice dichiarazione quanto una garanzia valgono quali dichiarazioni circa l'«assenza di vizi», tali da esimere l'acquirente da oneri di verifica in base al principio che si ricava dall'art. 1491 c.c. ⁽¹⁰¹⁾. È bene ribadire, tuttavia, che ciò vale soltanto ad escludere che il garante possa rifiutare l'indennizzo rispetto ai rischi conoscibili dal garantito, ferma l'inefficacia della garanzia per quelli effettivamente noti ⁽¹⁰²⁾: la regola si spiega proprio in considerazione dell'affidamento che deve sussistere perché l'acquirente sia tutelato sia nel caso di *representation* che di *warranty*, e che nessuna dichiarazione o promessa del venditore può sostituire.

La qualificazione della dichiarazione rivelatasi falsa ha importanti conseguenze anche rispetto alla quantificazione del risarcimento. L'ascrizione della responsabilità da false dichiarazioni nell'area della responsabilità precontrattuale porta a concludere che il risarcimento è dovuto nella misura dell'interesse negativo e copre quindi il danno «conseguente alla stipula di un contratto meno conveniente del dovuto in conseguenza dell'obbligo accessorio violato» ⁽¹⁰³⁾. Nel caso di

⁽¹⁰⁰⁾ Questione da tenere ben distinta è quella se, in presenza di una garanzia, il canone della buona fede nell'esecuzione del contratto possa imporre degli obblighi di comportamento a carico del garante: per questo problema v. *infra*, cap. IV, § 4.

⁽¹⁰¹⁾ IORIO, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., p. 310; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., p. 338.

⁽¹⁰²⁾ V. *supra*, cap. II, § 4, e anche *infra*, cap. IV, § 4.

⁽¹⁰³⁾ CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., p. 31.

garanzia, invece, il risarcimento deve tendenzialmente mirare a ristorare il pieno interesse positivo. Richiamando infatti l'analisi svolta nel capitolo precedente ⁽¹⁰⁴⁾, possiamo osservare come il contratto di cessione di partecipazioni societarie sia da includere nella categoria dei contratti funzionali all'accrescimento del patrimonio; coerentemente, dunque, i patti di garanzia che vi siano contenuti devono considerarsi posti a tutela dell'interesse positivo dell'acquirente ⁽¹⁰⁵⁾.

La differenza non deve essere comunque sopravvalutata. Delle due componenti del danno risarcibile, consistenti in entrambi i casi nel danno emergente e nel lucro cessante ⁽¹⁰⁶⁾, la prima – che coincide con la differenza tra il prezzo effettivamente pattuito e quello che le parti avrebbero concordato se il compratore non fosse stato tratto in errore, oppure se fosse stato noto il vizio – viene calcolata nello stesso modo in entrambe le ipotesi. Infatti, tanto nel caso della riduzione del prezzo *ex art. 1492 c.c.* che in quello del risarcimento del danno da dolo incidente, il danno emergente viene calcolato a partire dal prezzo concordato, in proporzione al rapporto esistente tra il valore reale del bene e quello che si poteva stimare senza tener conto del vizio o dell'informazione mancante ⁽¹⁰⁷⁾. Solo nel caso di violazione di una garanzia, invece, sarà possibile pretendere a titolo di lucro cessante un importo pari ai vantaggi che si sarebbero potuti ottenere se la circostanza dichiarata fosse stata vera ⁽¹⁰⁸⁾.

Venendo al rimedio risolutorio, che gli ordinamenti di *common law* contemplano tanto nel caso di falsa *representation* che di violazione di una *promissary condition*, nel silenzio del testo contrattuale si dovrebbe concludere che esso è disponibile se la dichiarazione può rilevare dal punto di vista della presupposizione. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, dopo il trasferimento delle partecipazioni la loro restituzione si rivela impossibile o antieconomica, tanto da essere spesso espressamente esclusa dal contratto. Ecco perché l'attenzione deve ricadere principalmente sulla tutela risarcitoria.

⁽¹⁰⁴⁾ V. *supra*, cap. II, § 2.

⁽¹⁰⁵⁾ Anche in questo caso, tuttavia, si dovrà applicare il limite di cui all'art. 1494, comma 1, c.c., a tutela della prevedibilità circa l'ammontare del pregiudizio da risarcire.

⁽¹⁰⁶⁾ CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., p. 32.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr., per quanto riguarda l'*actio quanti minoris*, OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, cit., p. 154 ss.; rispetto al risarcimento nella responsabilità precontrattuale, invece, AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 203 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Ad esempio, l'assenza nel patrimonio di un bene essenziale ai fini produttivi del quale si garantiva l'esistenza può generare un mancato guadagno legato all'impossibilità di mantenere i livelli di produzione attesi.

5. *La struttura delle garanzie contrattuali e le clausole di indemnity e price adjustment.*

La struttura fondamentale della garanzia pura richiede la definizione di uno o più eventi dai quali far dipendere il prodursi degli rimediali. Nel caso della cessione di partecipazioni societarie, gli eventi in questione consistono generalmente nella manifestazione di difformità tra la reale situazione patrimoniale e la situazione dichiarata, quali l'assenza di determinati beni o l'esistenza di passività o di rischi non rappresentati ⁽¹⁰⁹⁾. L'individuazione degli eventi garantiti è affidata normalmente, a livello contrattuale, alle clausole analizzate nel paragrafo precedente. I contenuti rimediali, invece, sono spesso regolati analiticamente in clausole distinte denominate nella prassi internazionale *indemnity clauses* ⁽¹¹⁰⁾.

È bene tuttavia osservare che sotto questa apparente semplicità si annida talvolta un equivoco terminologico, che impedisce di cogliere una distinzione di grande importanza anche per le sue ricadute pratiche. Nell'importare modelli contrattuali di origine anglosassone, non si deve trascurare il fatto che nella traduzione giuridica di *common law* il termine *indemnity* può assumere un significato non complementare a quello di *warranty*, bensì alternativo ad esso. In altre parole, non è detto che in un testo contrattuale le *warranty clauses* abbiano il ruolo di definire gli interessi e gli eventi garantiti e le *indemnity clauses* sanciscano invece il tipo di rimedi correlati. Talvolta, al contrario, una *indemnity clause* è creata per operare in modo del tutto distinto rispetto alle *warranties* previste dallo stesso contratto, per altri tipi di eventi e secondo un meccanismo e delle logiche significativamente diverse ⁽¹¹¹⁾.

La distinzione tra *warranty* ed *indemnity*, in realtà, non è avvertita negli Stati Uniti, dove effettivamente l'*indemnity* ripete e semmai esplicita il contenuto precettivo della *warranty*. Nel Regno Unito, invece, la differenza fondamentale tra

⁽¹⁰⁹⁾ Per una rassegna esaustiva del possibile contenuto delle clausole di garanzia, e quindi del genere di eventi che possono esservi dedotti, cfr. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 369 ss.; IORIO, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., p. 6 ss.

⁽¹¹⁰⁾ La redazione separata delle clausole citata – che può essere consigliabile per ragioni di chiarezza testuale – ha come conseguenza semplicemente il fatto che la garanzia in quel caso sarà regolata, a livello pattizio, da due distinte disposizioni chiamate ad integrarsi reciprocamente. Data la struttura ipotetica della garanzia, il cui effetto primario è quello di attribuire valore di fattispecie agli eventi contemplati (v. *supra*, cap. I, § 2), si avranno in quel caso una disposizione che individua la protasi e un'altra che fissa l'apodosi, ossia gli effetti rimediali: cfr. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., p. 75 ss. ed anche 207 ss.

⁽¹¹¹⁾ Sulla figura dell'*indemnity*, cfr. l'ampio lavoro di W. COURTNEY, *Contractual Indemnities*, Oxford and Portland, 2014.

i due tipi di clausole sta nel fatto che, mentre la conoscenza della falsità della dichiarazione priva il garantito dei rimedi che potrebbe far valere per un *breach of warranty*, se invece le parti hanno reso quella dichiarazione oggetto di una *indemnity* il garante è tenuto ad indennizzare la controparte indipendentemente dalla conoscenza o conoscibilità dell'inesattezza dell'informazione fornita ⁽¹¹²⁾. La mancata percezione della distinzione da parte dei giuristi americani si deve fatto che, in gran parte degli Stati Uniti, il venditore risponde sempre della veridicità delle proprie dichiarazioni anche se l'acquirente era consapevole della loro inesattezza ⁽¹¹³⁾.

Ora, per determinare se anche nel nostro ordinamento sia opportuno distinguere tra *warranty* ed *indemnity* si deve stabilire quale *default rule* esso applichi. In tutti gli istituti che abbiamo potuto considerare come figure tipiche di garanzia pura si ritrova la regola per cui la garanzia è inefficace rispetto agli eventi già noti al garantito (e, in genere, anche rispetto a quelli solo conoscibili) ⁽¹¹⁴⁾. Considerando queste previsioni come espressione di un principio generale, non vi possono essere dubbi sul fatto che la regola seguita dal nostro ordinamento coincida con quella diffusa in Gran Bretagna. Quindi, ad esempio, se il venditore di un pacchetto di partecipazioni garantisce l'inesistenza di fatti dai quali potrebbe originare un contenzioso passivo, la conoscenza da parte dell'acquirente di una vicenda dalla quale sia scaturita una pretesa risarcitoria da parte di terzi fa senz'altro venir meno la garanzia rispetto alle perdite a questa connesse.

La soluzione è logica, d'altra parte, se si considerano le ragioni della genesi dell'istituto della garanzia contro i vizi della cosa. L'asimmetria informativa che

⁽¹¹²⁾ Cfr. GERGEN – JASTRZEBSKI, *Representation, Warranty and Indemnity*, cit., p. 1492: «U.K. M&A lawyers understand an indemnity to be distinct from a representation [or a warranty] in this respect: making a representation the subject of an indemnity clause signifies that the seller understands that it is legally responsible for the accuracy of the representation even if the buyer knows or has reason to know the representation is inaccurate».

⁽¹¹³⁾ V. ancora GERGEN – JASTRZEBSKI, *Representation, Warranty and Indemnity*, cit., p. 1492 ss., che precisano come anche quella americana sia solo una *default rule*, potendo le parti applicare la regola opposta tramite la pattuizione di una c.d. *anti-sandbagging clause*. Ciononostante, in concreto è raro che le parti si discostino dalle *default rules* previste tanto in Gran Bretagna quanto negli Stati Uniti (p. 1495 ss.).

⁽¹¹⁴⁾ Si vedano, nelle diverse ipotesi di garanzie contro i vizi, gli artt. 1479, 1489, comma 1, 1491, 1578, comma 1, e 1667, comma 1, c.c., 129, comma 3, c. cons. Rispetto all'assicurazione contro i danni «ordinaria», il problema è risolto alla radice dall'art. 1895 c.c. che sancisce la nullità del contratto se il sinistro si è oggettivamente già verificato (ed anche quindi se il garantito non ne abbia né possa averne conoscenza). Ma anche nella disciplina dell'assicurazione marittima, dove invece è sufficiente un rischio putativo, la nullità consegue a situazioni nelle quali si ritiene tipicamente conoscibile l'avveramento del sinistro, poiché la notizia «è pervenuta, prima della conclusione del contratto, nel luogo della stipulazione o in quello dal quale l'assicurato diede l'ordine di assicurazione» (art. 514 c. nav.): cfr. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, cit., p. 140 ss.

caratterizza le parti nella fase precontrattuale – l’una in un rapporto qualificato con il bene oggetto del contratto, l’altra tendenzialmente estranea ad esso – impedisce che la trattativa si svolga su un piano di parità, come potrebbe essere soltanto se entrambi i contraenti conoscessero allo stesso modo le caratteristiche del bene (o avessero avuto una pari possibilità di conoscerle). La parte avvantaggiata potrebbe dunque sfruttare la propria posizione per ottenere un prezzo superiore al valore che si dovrebbe attribuire alla cosa sulla base di tutte le informazioni disponibili: dal punto di vista economico, dunque, ciò impedisce che lo scambio avvenga ad un prezzo efficiente. Per questo motivo il diritto fa gravare il rischio degli eventi ignoti – o noti soltanto ad una parte – sul soggetto che dispone delle informazioni o può procurarsele con minori costi. Ma se, al contrario, entrambe le parti sono in possesso di una determinata informazione, non vi è ragione di garantire l’acquirente rispetto ad una circostanza a lui conosciuta e rispetto alla quale egli è perfettamente in grado di valutare l’adeguatezza del prezzo. Per altro verso, la stessa regola aumenta l’efficienza del mercato, poiché prevede un incentivo per il venditore a mettere a disposizione della controparte le informazioni di cui dispone, così da limitare gli effetti della garanzia ⁽¹¹⁵⁾. La stessa conclusione deve valere non solo per le garanzie legali, ma anche per quelle convenzionali.

Anche nel diritto italiano si deve quindi tenere ferma la distinzione tra *warranty* ed *indemnity* propria del *common law* inglese. L’acquirente a conoscenza di un determinato fatto del quale non si possano ancora pienamente valutare le conseguenze – e che dà dunque ancora vita ad una situazione di incertezza, nella quale è possibile parlare di rischio – può richiedere che il relativo rischio sia fatto oggetto di una specifica pattuizione. Una clausola di questo tipo è nota alla prassi italiana con il nome di manleva ed produce anch’essa un effetto giuridico corrispondente al concetto di garanzia pura ⁽¹¹⁶⁾.

Nonostante l’omogeneità di forma giuridica, vi è una decisiva differenza tra i due tipi di garanzia rispetto al tipo di rischio che vi sta alla base. Tra le garanzie corrispondenti all’idea di *warranty* vi sono, ad esempio, le garanzie per i vizi della cosa venduta, in cui l’evento garantito coincide con qualsiasi vizio che può incidere sul valore o sull’utilità del bene: vi è quindi un rischio per così dire *generico*,

⁽¹¹⁵⁾ Anche per questa ragione GERGEN – JASTRZEBSKI, *Representation, Warranty and Indemnity*, cit., p. 1496, riconoscono la superiorità della *default rule* britannica, alla quale si attribuisce il merito di creare «virtuous incentives» alla condivisione delle informazioni da parte di entrambi i contraenti: il venditore per esimersi dalla garanzia e l’acquirente per poi richiedere una specifica *indemnity*, evitando che la conoscenza acquisita lo privi della tutela (v. *infra*).

⁽¹¹⁶⁾ Sulla manleva si veda, in generale, P. CORRIAS, *Manleva (patto di)*, nell’*Enc. giur.*, Roma, 2007 (aggiornamento), p. 1 ss.

individuato con riferimento agli effetti e non alle cause (che sono ancora per definizione ignote e quindi contemplate solo in astratto).

Diversa è la situazione che fa da presupposto ad una *indemnity clause*. Si può ipotizzare infatti che, essendo a conoscenza di un determinato fatto storico che possa costituire il presupposto causale (più o meno immediato) di un pregiudizio, le parti prevedano un'apposita garanzia per rendere oggetto di indennizzo le conseguenze dannose di quel fatto. In questo senso, in garanzia viene dedotto un rischio *specifico*, relativo ad un ben determinato e concreto fatto storico ed alla serie causale che da esso origina. È evidente, quindi, che non potrebbe escludersi l'indennizzo per i pregiudizi derivanti da quel fatto, anche se noto (come avverrebbe invece se si trattasse di una *warranty*), dato che questo priverebbe di qualsiasi efficacia il patto ⁽¹¹⁷⁾. Tuttavia, non potrebbero in ogni caso rientrare nell'ambito della garanzia i pregiudizi già in anticipo certi sia nell'*an* che nel *quantum*, poiché rispetto ad essi non esisterebbe neppure un rischio. In tale ipotesi, si deve ritenere che l'acquirente, essendone a conoscenza, abbia tenuto conto di essi nell'accettare un determinato prezzo; perciò egli non potrà poi pretendere di essere indennizzato rispetto agli stessi pregiudizi, anche se astrattamente rilevanti per una garanzia contrattuale.

Infine, occorre tener conto di un altro genere di clausole, dette di *price adjustment*, con cui si regolano le conseguenze del riscontro di difformità tra la situazione della società risultante dal bilancio o dalle dichiarazioni del venditore e quella effettiva, prevedendo una corrispondente variazione del prezzo della cessione ⁽¹¹⁸⁾. Alla categoria in esame deve attribuirsi valore puramente descrittivo, senza che vi corrisponda una qualificazione giuridica univoca: una clausola di *price adjustment*, infatti, potrebbe celare un semplice meccanismo di determinazione successiva del prezzo ad opera di un terzo; oppure potrebbe dar luogo ad una vera e propria situazione di garanzia pura laddove ne ricorrano i presupposti. Infatti, se la clausola è strutturata in modo tale che la variazione vada ad incidere su un prezzo già fissato, riducendolo in seguito alla manifestazione di una circostanza sfavorevole all'acquirente, va individuato in essa lo schema tipico della garanzia pura sulla base della definizione da noi costruita ⁽¹¹⁹⁾. Del resto, una riduzione del

⁽¹¹⁷⁾ TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 339.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr., in generale S. CIRINO POMICINO, *Clausola di aggiustamento prezzo*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, vol. I, Torino, 2017, p. 1340 ss.; A. LANCIANI, *Il prezzo (modalità, aggiustamenti, garanzie del pagamento dilazionato)*, in *Le acquisizioni societarie*, diretto da M. Irrera, cit., p. 323 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 505 ss.

⁽¹¹⁹⁾ V. *supra*, cap. II, § 1.

prezzo corrispondente all'ammontare dei vizi rappresenta proprio il contenuto più tipico della garanzia, storicamente risalente all'*actio quanti minoris*.

Mediante una qualificazione in concreto, in base all'interpretazione del testo contrattuale, è dunque possibile includere anche il *price adjustment* tra gli effetti della garanzia convenzionale a tutela dell'acquirente di una partecipazione societaria. Di conseguenza, anche questa clausola sarà sottoposta alla disciplina legale propria della garanzia pura, che sarà oggetto di indagine nell'ultimo capitolo ⁽¹²⁰⁾.

6. Il ruolo della previsione della durata nella struttura della garanzia.

La disciplina convenzionale delle garanzie si completa con le previsioni relative ai limiti temporali della loro efficacia ⁽¹²¹⁾. L'importanza della previsione di una durata è evidente alla luce delle nostre conclusioni circa la natura del rischio e della garanzia pura ⁽¹²²⁾. Dato che l'operatività degli effetti rimediali della garanzia presuppone la manifestazione di un evento corrispondente al tipo di quello garantito, è necessario che via sia uno spazio di tempo – logicamente successivo al sorgere della garanzia – nel quale possa avvenire tale manifestazione ⁽¹²³⁾.

Durante questo stesso arco di tempo, la garanzia sostituisce la certezza dell'indennizzo all'incertezza del pregiudizio: per la durata corrispondente, la garanzia pura assicura così un'utilità al garantito e specularmente addossa un vincolo (con i relativi costi) al garante ⁽¹²⁴⁾. La fissazione dei limiti temporali della garanzia contribuisce perciò in maniera decisiva a delimitare la portata del rischio garantito e quindi della prestazione (nel senso di attribuzione patrimoniale), nonché il valore di quest'ultima ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁰⁾ In particolare, le clausole di *price adjustment* sono state indagate nella prospettiva dell'applicazione della disciplina della penale: v. *infra*, cap. IV, § 5; ed in particolare l'analisi di F.P. PATTI, *Meccanismi di price adjustment e penalty rule nella vendita di partecipazioni societarie*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 1, p. 133 ss.

⁽¹²¹⁾ Sui limiti temporali delle garanzie e sulla loro determinazione nel contratto, cfr. ampiamente TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 496 ss.

⁽¹²²⁾ V. *supra*, cap. II, in particolare il § 4.

⁽¹²³⁾ In senso simile PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 612 ss.

⁽¹²⁴⁾ I costi non sono meramente eventuali, poiché indipendentemente dall'obbligo di corrispondere effettivamente l'indennizzo discendono già dall'ulteriore obbligo (strumentale) di mantenere la possibilità di adempimento del primo: v. *supra*, cap. II, § 3.

⁽¹²⁵⁾ V. *supra*, cap. II, § 1; ed anche SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 172.

Per questo, non può che destare perplessità l'indirizzo tradizionale che, assimilando le garanzie contrattuali alle «qualità promesse» di cui all'art. 1497 c.c., le costringe nei termini di cui all'art. 1495. E la perplessità maggiore non è legata allora all'eccessiva brevità di tali termini, bensì all'inderogabilità di quello annuale, sottoposto all'art. 2936 c.c. È evidente che se la durata della garanzia è un elemento che contribuisce a definire – per di più in maniera rilevante – la distribuzione dei rischi ⁽¹²⁶⁾ e l'equilibrio economico riassunto nel prezzo, appare ingiustificato ed invasivo un intervento del legislatore che la riduca o comunque la modifichi ⁽¹²⁷⁾. Tanto più se si considera che l'origine storica dell'istituto delle garanzie contro i vizi della cosa venduta si giustifica, in tutti gli ordinamenti che lo conoscono, con la necessità di tutelare l'acquirente ⁽¹²⁸⁾. Non si vede dunque perché consentire una deroga a tali norme in favore del venditore – come è chiaramente ammesso dall'art. 1490, comma 2, c.c. – e vietarla invece in favore del compratore ⁽¹²⁹⁾.

Il ruolo svolto dal termine previsto dall'art. 1495, comma 3, c.c., d'altra parte, non coincide del tutto con quello proprio dell'istituto della prescrizione, poiché rappresenta in primo luogo un limite cronologico entro il quale deve manifestarsi il vizio ⁽¹³⁰⁾. La verità è che quello fissato dall'art. 1495, comma 3, c.c. «è prima ancora che un termine di prescrizione dell'azione, un termine finale di durata dello stesso rapporto sostanziale di responsabilità» ⁽¹³¹⁾, come ben testimonia la previsione per cui «il compratore, che sia convenuto per l'esecuzione del contratto, può sempre far valere la garanzia, purché il vizio della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e *prima del decorso dell'anno dalla consegna*».

⁽¹²⁶⁾ Così, nitidamente, PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., pp. 613-614.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 169.

⁽¹²⁸⁾ V. *supra*, § 1.

⁽¹²⁹⁾ V. infatti Cass. 4.9.1991, n. 9352. Secondo la sentenza, «va [...] rilevato in via generale che con apposita clausola la disciplina legale della garanzia per vizi può essere modificata in modo da aumentare (ovvero diminuire) la garanzia medesima, fino ad introdurre, con diversa disciplina contrattuale, altra obbligazione a carico del venditore: la garanzia può estendersi anche a vizi non redibitori ovvero può prevedere l'azione di esatto adempimento a favore del compratore, alternativamente con le azioni derivanti dalla garanzia legale di cui all'art. 1492 c.c. (risoluzione del contratto o riduzione del prezzo). Ed in tal caso all'azione di esatto adempimento non sono applicabili i termini di decadenza e di prescrizione propri delle azioni derivanti dalla garanzia legale». La questione dei termini da applicare a tale ipotesi è comunque disputata: cfr. GUFFANTI PARENTI, *Riconoscimento oneroso del venditore e termine di prescrizione*, cit., p. 1185 ss.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. anche la sentenza del Tribunale di Milano del 26 febbraio 2001, cit. da SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 169 (ove anche riferimenti alla dottrina straniera).

⁽¹³¹⁾ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 842; v. anche PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 580; S. CHERTI, *Cessione di pacchetti azionari e garanzie convenzionali*, in *Contr.*, 2013, 11, p. 1046.

La formulazione scelta da legislatore sovrappone i due profili della durata sostanziale del rapporto di garanzia e del termine entro cui esercitare le azioni a cui la garanzia dà titolo, dato che entro l'anno dalla consegna devono sia manifestarsi il vizio che essere esercitata l'azione redibitoria o estimatoria. Che quello sancito sia realmente un termine di prescrizione è stato del resto messo in dubbio dalla dottrina; ed in effetti, se la prescrizione si correla ad un'inerzia del titolare del diritto, della stessa non vi sono i presupposti poiché al momento della consegna la fattispecie che attiva i rimedi a disposizione dell'acquirente (manifestazione di un vizio occulto) non si è ancora verificata. Si è quindi sostenuto che il decorso del termine annuale comporta in realtà la decadenza dal potere di agire per ottenere la risoluzione o la riduzione del prezzo della vendita ⁽¹³²⁾.

La questione è ricca di importanti ricadute sostanziali. Innanzitutto, se il termine fosse di decadenza le parti potrebbero liberamente modificarlo a patto di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (art. 2965 c.c.). In secondo luogo, troverebbe così conferma l'indirizzo che esclude la possibilità di interrompere il termine in via stragiudiziale, ritenendo necessaria la proposizione dell'azione mediante domanda giudiziale ⁽¹³³⁾.

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione a sezioni unite – la n. 18672 dell'11.7.2019 ⁽¹³⁴⁾ – è intervenuta proprio su quest'ultimo punto, per confermare tuttavia la tesi secondo cui «la prescrizione della garanzia per vizi è interrotta dalla comunicazione al venditore della volontà del compratore di esercitarla benché questi riservi ad un momento successivo la scelta del tipo di tutela». La motivazione non è particolarmente nitida, tanto che i presupposti dogmatici che la fondano non

⁽¹³²⁾ Così, di recente, STELLA, *Le business warranties nell'intreccio tra garanzia edilizie, prescrizione e decadenza*, cit., p. 326 ss. Quest'ultimo autore, commentando Cass. 24.7.2014 n. 16963, ritiene di risolvere il problema dell'inadeguatezza dell'applicazione dell'art. 1495 c.c. alla cessione di partecipazioni non rilevando – come noi – l'inapplicabilità di tale norma al di fuori della vendita di beni materiali, bensì sostenendo la qualificazione di entrambi i termini da essa previsti (rivolti all'azione e non al diritto soggettivo sottostante) come decadenziali, così da ammetterne la derogabilità nei limiti di cui all'art. 2965 c.c. Dall'identità funzionale tra *business warranties* e garanzie edilizie, l'autore fa derivare l'appartenenza delle pattuizioni in questione al sistema tipico di cui agli artt. 1490 ss. c.c. (v. in particolare p. 328, nt. 5 per una critica alle teorie, da noi invece condivise, che sostengono la natura atipica delle *business warranties*).

⁽¹³³⁾ V. ad esempio, in giurisprudenza, Cass. 4.9.2017, n. 20705. Anche STELLA, *Le business warranties nell'intreccio tra garanzia edilizie, prescrizione e decadenza*, cit., p. 339, riconduce le azioni edilizie al novero dei poteri formativi ad attuazione giudiziale.

⁽¹³⁴⁾ La sentenza è pubblicata in *Contr.* 2019, 5, p. 501 ss., con note di M. D'ONOFRIO, *Le Sezioni Unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della cosa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale*, e di T. DALLA MASSARA, *Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni Unite in tema di vendita. A commento dell'ordinanza di rimessione*, v. già M. D'ONOFRIO, *Interruzione della prescrizione in caso di vizi della cosa venduta: occorre la domanda giudiziale?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1021 ss.

sono sempre ben esplicitati ⁽¹³⁵⁾, ma pare far perno sulla distinzione tra rapporto sostanziale di garanzia e poteri mediante i quali si attivano in via giudiziale le azioni che ne scaturiscono ⁽¹³⁶⁾. Se questo è vero, può ravvisarsi una certa ambiguità in affermazioni come quella per cui «l'interruzione si limita a far perdere ogni efficacia al tempo già trascorso prima del compimento dell'atto, senza interferire con il modo di essere del diritto»: ci si può infatti chiedere se, nella ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite, l'atto interruttivo faccia decorrere nuovamente solo il termine di prescrizione oppure prolunghi anche la durata sostanziale del rapporto. In altri termini, un vizio che si manifestasse dopo un anno dalla consegna ma prima che si sia consumato il nuovo termine rientrerebbe nell'ambito di tutela della garanzia? Evidentemente no, poiché in tal modo si darebbe altrimenti all'acquirente la possibilità di estendere *ad libitum* la durata della garanzia e quindi la prestazione a carico del garante ⁽¹³⁷⁾.

Ma il tenore letterale della disposizione, forse la più criticabile del sistema delle garanzie della vendita nel codice civile ⁽¹³⁸⁾, alimenta equivoci di questo tipo. L'indirizzo che postulava la natura decadenziale del termine, o comunque l'impossibilità di un'interruzione in via stragiudiziale, non poneva in fondo problemi, perché faceva sì che il periodo utile per la manifestazione dei vizi si concludesse in ogni caso entro anno dalla consegna. Dopo la presa di posizione delle Sezioni Unite, che non provvedono a sciogliere il nodo, spetta quindi all'interprete chiarire che, data la natura duplice del termine annuale, quello che può essere interrotto è solo il termine prescrizione relativo all'azione o comunque alla pretesa sostanziale a cui dà titolo uno dei rimedi previsti dalla garanzia.

Considerando la garanzia per vizi della cosa dal punto di vista della variabile temporale ⁽¹³⁹⁾, possiamo dunque delineare questa sequenza cronologica: perché il compratore possa valersi dei rimedi di cui all'art. 1492 c.c., il vizio – con radice

⁽¹³⁵⁾ In più punti la sentenza afferma di tener presente il recentissimo precedente costituito da Cass. 2.5.2019, n. 11748, anche se a dire il vero sembra talora travisarne il significato.

⁽¹³⁶⁾ Si legge nella sentenza che la tesi poi accolta «postula la distinzione tra la garanzia, intesa quale situazione giuridica autonoma suscettibile di distinti atti interruttivi della prescrizione, e le azioni edilizie di cui all'art. 1492 c.c., che da essa derivano».

⁽¹³⁷⁾ Ancora STELLA, *Le business warranties nell'intreccio tra garanzia edilizie, prescrizione e decadenza*, cit., p. 328, nt. 5, notava che «se di autentica prescrizione del diritto *a parte creditoris* si trattasse, il termine ben potrebbe essere interrotto stragiudizialmente dall'acquirente e la soggezione del venditore alle azioni di garanzia prolungarsi *sine die*. Penalizzando l'interesse alla stabilizzazione delle situazioni giuridiche, che sta a cuore all'ordinamento non meno che alle esigenze affaristiche».

⁽¹³⁸⁾ Essa crea forse ancora più problemi interpretativi che l'art. 1497, definito da Mengoni «una delle disposizioni più infelici del nostro codice» (ID., *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 409).

⁽¹³⁹⁾ Cfr. *supra*, cap. II, § 4.

causale anteriore al momento del passaggio della proprietà – deve manifestarsi entro un anno a partire dalla consegna della cosa (*termine sostanziale* di durata della garanzia); entro otto giorni dal momento della manifestazione – o entro il diverso termine stabilito dalle parti ⁽¹⁴⁰⁾ – il compratore deve denunciare il vizio al venditore (*termine di decadenza* per la denuncia); infine, sempre entro un anno dalla consegna l'acquirente deve comunicare al venditore l'intenzione di valersi dei rimedi a sua disposizione (*termine di prescrizione* per l'esercizio dei rimedi). Quest'ultimo termine, tuttavia, può essere interrotto anche in via stragiudiziale «mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto» (art. 1219, comma 1, c.c.), con l'effetto che il termine di prescrizione di un anno per l'esercizio delle azioni (ma solo esso) riprende a decorrere per un ulteriore anno ⁽¹⁴¹⁾.

La soluzione pare equilibrata, dato che evita il protrarsi indefinito della durata della garanzia, pur senza imporre l'esercizio dell'azione in sede giudiziale ed assecondando così le esigenze di deflazione del contenzioso e di economia processuale che le Sezioni Unite mostrano di avere a cuore ⁽¹⁴²⁾. Così si evita, oltretutto, un'indebita commistione tra due termini con natura e ruolo ben diversi. D'altra parte, questa ricostruzione richiede una forzatura del dato letterale dell'art. 1495 c.c. – che nomina in realtà uno e non due distinti termini – e sconta l'incongruenza di sottoporre ad un termine di durata anomala e per vero piuttosto breve le azioni a tutela dell'acquirente ⁽¹⁴³⁾. Ma si tratta, tutto sommato, di inconvenienti comunque meno gravi di quello a cui conduce l'applicazione dell'art.

⁽¹⁴⁰⁾ Le Sezioni Unite precisano che il termine per la denuncia decorre «solo dal momento in cui il compratore abbia acquisito la piena cognizione sul piano oggettivo dell'esistenza del vizio, con la conseguenza che ove la scoperta avvenga in via graduale ed in tempi diversi e successivi, in modo da riverberarsi sull'entità del vizio stesso, occorre fare riferimento al momento in cui sia effettivamente e compiutamente emersa la relativa scoperta».

⁽¹⁴¹⁾ Lo stesso termine, peraltro, sarebbe anche passibile di sospensione ai sensi degli artt. 2941 e 2942 c.c., dato che «le Sezioni unite ritengono che – per quanto non espressamente previsto – trovi applicazione la disciplina generale in tema di prescrizione, con la conseguente operatività, tra l'altro, delle ordinarie cause di interruzione e di sospensione».

⁽¹⁴²⁾ La sentenza osserva che «in tal modo è, altresì, assicurato alle parti un congruo *spatium deliberandi* e si evita la conseguenza di una inutile proliferazione di giudizi, così rimanendo realizzato un ragionevole bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti». Sembra proprio questa considerazione ad aver orientato i giudici, forse più che le ragioni dogmatiche riportate (non sempre molto chiaramente) nella motivazione.

⁽¹⁴³⁾ Quest'ultimo profilo pare particolarmente critico se si considera, ancora una volta, che lo scopo del sistema delle garanzie dovrebbe essere quello di agevolare l'acquirente e non di porlo in una posizione peggiore rispetto a quella di un normale creditore (lo stesso sospetto si è posto in tema di onere della prova nell'esercizio delle azioni edilizie: v. *infra*, cap. IV, § 3). Ed infatti proprio questa è una delle maggiori perplessità che muovono l'orientamento favorevole ad un superamento della dicotomia garanzia-obbligazione a beneficio di una generalizzata applicazione delle norme sull'inadempimento: v. per tutti ZIMMERMANN, *The Development of Liability for Non-conformity in German Sales Law*, cit., pp. 120-121.

1495 c.c. nel senso sostenuto in passato dalla giurisprudenza ⁽¹⁴⁴⁾).

⁽¹⁴⁴⁾ Va osservato, in ultimo, che a questa stessa conclusione conduce anche l'analisi dell'art. 1512 c.c. Nel redigere questa disposizione il legislatore si è dimostrato infatti più accorto rispetto ai profili cronologici della garanzia, che si atteggia espressamente, in questo caso, come «una speciale garanzia della durata del funzionamento» (CHERTI, *Cessione di pacchetti azionari e garanzie convenzionali*, cit., p. 1040; v. anche *supra*, cap. I, § 1). Secondo l'autore citato, «che la “durata della garanzia” sia altro, e nulla abbia a che vedere con il fenomeno dei termini di prescrizione e decadenza, né tantomeno con le qualità promesse è testimoniato chiaramente dal fatto che già l'art. 1512 c.c. presenta al riguardo un sistema autonomo e molto diverso rispetto a quello previsto nell'art. 1495 c.c.» (p. 1041). Può del resto dubitarsi che la differenza tra garanzia contro i vizi e «garanzia della durata» sia davvero così netta: la durata, di per sé, non è una vera e propria qualità della cosa (come sostiene l'autore citato, a p. 1040), ma significa soltanto il *protrarsi nel tempo* di alcune qualità del bene necessarie per renderlo idoneo ad un certo scopo in determinate condizioni. Coincide, in altre parole, con l'assenza della manifestazione di vizi che facciano venir meno quelle qualità. Ecco dunque che la garanzia convenzionale di buon funzionamento riferita ad una certa durata non attribuisce in realtà un'utilità diversa rispetto alle garanzie legali (e su questo si può dunque concordare con l'autore: v. sempre p. 1040). Ciononostante, il regime della garanzia convenzionale presenta due significative differenze rispetto alle regole di cui all'art. 1490 ss. c.c.: in primo luogo, è espressamente concessa la possibilità di pattuire un termine di durata della garanzia (qui ben distinto rispetto al termine di prescrizione delle azioni) anche superiore alla durata annuale prevista dall'art. 1495 c.c.; in secondo luogo, l'acquirente dispone senza dubbio di rimedi in forma specifica (art. 1512, comma 2, c.c.).

CAPITOLO QUARTO

ELEMENTI DI DISCIPLINA DELLA GARANZIA PURA

SOMMARIO: 1. Effettività del danno e criteri di quantificazione. – 2. Gli effetti delle sopravvenienze attive. – 3. L'onere della prova. – 4. Le limitazioni convenzionali della garanzia. – 5. La predeterminazione dell'indennizzo in misura eccessiva e la sua riduzione.

1. Effettività del pregiudizio e criteri di quantificazione.

Nei primi capitoli di questo lavoro si sono individuati i lineamenti del concetto di garanzia pura e si è cercato di dimostrare come questa categoria dogmatica corrisponda ai caratteri assunti dalle garanzie contrattuali nella prassi dei trasferimenti di partecipazioni societarie. In quest'ultimo capitolo si prenderanno invece in considerazione alcuni dei problemi rispetto ai quali la disciplina della garanzia pura appare in grado di rivelare la propria utilità pratica. Si confida così di riuscire a dare quanto meno un saggio di come la configurazione data alle garanzie convenzionali possa contribuire a dettare soluzioni giuridiche coerenti ed in linea con le esigenze della prassi negoziale.

È opportuno trattare per prime – in quanto logicamente antecedenti – talune questioni che si pongono al momento dell'applicazione dei rimedi previsti dalle clausole di garanzia. In primo luogo, non sempre è chiaro – specie nel silenzio del testo contrattuale – se l'accertamento del diritto all'indennizzo presupponga o meno una verifica in concreto della perdita patrimoniale subita dall'acquirente ⁽¹⁾.

Si può immediatamente osservare come le nostre premesse teoriche portino ad affermare una duplice centralità dell'elemento del pregiudizio nella dinamica della garanzia pura. Esso costituisce infatti il punto di riferimento imprescindibile sia per l'attivazione dei rimedi che per la determinazione della loro portata. Da un primo punto di vista, dunque, non è sufficiente che si manifesti un evento

⁽¹⁾ La questione si riflette, ovviamente, anche sulla portata degli oneri probatori a carico delle parti, su cui v. *infra* il § 3.

corrispondente a quello contemplato dalla garanzia: perché i rimedi siano concretamente disponibili è anche necessario che questo evento abbia causato un pregiudizio effettivo al garantito.

L'affermazione è pacifica nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, essendo evidente che l'indennizzo spetta esclusivamente se e nella misura in cui al sinistro corrisponda anche un danno per l'assicurato. Ma pure nella disciplina della garanzia contro i vizi della cosa è chiara l'intenzione di vincolare l'operatività dei rimedi alla manifestazione di un vizio dal rilievo non meramente teorico, bensì incidente sul valore d'uso o di scambio del bene (art. 1490 c.c.) ⁽²⁾. Trova così conferma quanto da noi sostenuto in sede di ricostruzione del concetto di garanzia, ossia che gli effetti rimediali si producono solo al verificarsi di un evento *pregiudizievole* ⁽³⁾.

Il pregiudizio subito dal garantito rileva poi anche dal punto di vista della concreta determinazione dei rimedi. Vanno considerate due distinte ipotesi: quella in cui l'estensione ed il tipo dei rimedi non siano stati indicati, oppure siano stati individuati *per relationem* rispetto alle conseguenze effettive dell'evento garantito, e quella in cui invece gli effetti rimediali siano già stati del tutto predeterminati anche nella loro misura, ad esempio prevedendo l'obbligo di pagare un indennizzo pecuniario di ammontare non variabile. Nella prima eventualità, l'indennizzo è tendenzialmente dovuto in una misura pari al valore complessivo dei pregiudizi sofferti a causa degli eventi garantiti verificatisi ⁽⁴⁾. Nella seconda, invece, è fondamentale tener conto dell'operare del principio indennitario, che richiede, perché la garanzia resti coerente con la propria funzione, che l'ammontare totale degli indennizzi non superi quello dei pregiudizi effettivi.

Questo vale certamente anche per le garanzie contrattuali riferite alle

⁽²⁾ Nel caso di vizio che diminuisca esclusivamente il valore d'uso del bene e non il valore di scambio, potrebbe ritenersi assente un danno nel senso di diminuzione patrimoniale, come assunto dalle norme relative al risarcimento per equivalente. Il pregiudizio che si determina in questa ipotesi si avvicina piuttosto alla nozione «concreta» di danno presupposta dalla disciplina del risarcimento in forma specifica, o meglio ancora ad una nozione normativa, dato che non si potrebbe individuare una lesione materiale di un bene: v. *supra*, cap. II, § 2.

⁽³⁾ La conclusione potrà sembrare superflua, ma così non è in tutti i casi in cui l'attribuzione dei rimedi non presuppone la diretta cognizione delle effettive conseguenze pregiudizievoli dell'evento, come quando il rimedio consista nella corresponsione di una somma predeterminata in misura fissa (su cui però v. *infra* il § 5) oppure nel potere di risolvere il contratto (ad esempio, nel caso dell'*actio redhibitoria ex art. 1492 c.c.*). Anche in queste situazioni deve ritenersi necessaria la verifica che l'evento, astrattamente contrario agli interessi del garantito, abbia in concreto arrecato un pregiudizio.

⁽⁴⁾ Resta salva, ovviamente, la possibilità che siano previsti dei limiti quantitativi agli indennizzi: cfr. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 220 ss.; ed anche *infra*, § 4.

partecipazioni cedute ⁽⁵⁾. In questo caso tuttavia, data la natura complessa del bene scambiato, può risultare particolarmente complicato verificare l'entità del pregiudizio effettivo. Anche se normalmente i contratti di cessione di partecipazioni contengono articolate previsioni che regolano l'ammontare dell'indennizzo (le *indemnity clauses* già analizzate), non per questo diviene superflua l'identificazione e la precisa quantificazione del pregiudizio effettivo.

Gli eventi che sono abitualmente contemplati nelle clausole di garanzia possono essere ricondotti in linea di principio a due generi principali: la mancanza o il venir meno di beni o altre attività ⁽⁶⁾, oppure fatti di vario tipo da cui dipenda l'incremento delle passività in capo alla società. In entrambi i casi, le conseguenze pregiudizievoli dell'evento devono essere considerate sia sotto un profilo patrimoniale che sotto un profilo reddituale: in altri termini, si deve valutare in che modo l'evento comporti, da un lato, una diminuzione del valore patrimoniale della società e quindi delle partecipazioni, e come esso incida, dall'altro lato, sul flusso di ricavi nel corso del tempo ⁽⁷⁾.

Il pregiudizio deve essere colto, infatti, salva una diversa pattuizione, nella prospettiva dell'interesse positivo. Richiamando la distinzione da noi tracciata tra contratti funzionali al mantenimento oppure all'incremento del patrimonio, il contratto di cessione di partecipazioni deve essere senz'altro collocato tra questi ultimi: di conseguenza, le caratteristiche della società e del complesso di beni che vi fanno capo devono essere valutate anche rispetto ai loro possibili impieghi produttivi ⁽⁸⁾. Perciò alle garanzie previste nel contratto non deve trovare applicazione il principio di tendenziale esclusione dell'indennizzo del lucro cessante, ricavabile dall'art. 1905, comma 2, c.c., bensì quello opposto sancito dall'art. 1494, comma 1, c.c., seppur con il limite legato all'esigenza di prevedibilità che deve caratterizzare anche l'indennizzo.

L'acquirente deve essere quindi posto nella stessa situazione in cui si sarebbe

⁽⁵⁾ V. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 156, secondo cui, in applicazione del principio indennitario, «l'entità della somma che il garante promette di corrispondere in caso di accadimento dell'evento non può [...] superare l'ammontare del pregiudizio effettivamente subito dal garantito».

⁽⁶⁾ Tra le «attività» si intendano, ad esempio, anche crediti e rapporti contrattuali. Per un elenco esaustivo dei diversi tipi di clausole di garanzia, v. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 369 ss.; IORIO, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., p. 6 ss.

⁽⁷⁾ La capacità reddituale di un bene (sotto forma di *Ertragswert*, valore reddituale) può costituire parametro di valutazione anche per stimarne il valore, come appunto nel caso delle aziende e di beni destinati alla locazione, ossia come si usa dire alla «messa a reddito»: cfr. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, cit., p. 159.

⁽⁸⁾ V. *supra*, cap. II, § 2.

trovato se non si fossero verificati gli eventi dedotti in garanzia ⁽⁹⁾. Resta ovviamente la necessità di quantificare i riflessi di tali eventi in primo luogo nella prospettiva della società e quindi in quella – che solamente rileva a questi fini – dell’acquirente.

Sul piano strettamente giuridico – e tralasciando i problemi di tipo quantitativo posti dalla stima del valore di un’azienda, che certo non competono a questa indagine – possono trarsi in particolare alcune considerazioni circa i criteri per la quantificazione dei pregiudizi legati alla concretizzazione del rischio garantito. È possibile, seguendo la tradizionale distinzione accolta in tema di risarcimento del danno, classificare tali pregiudizi mediante le due categorie del danno emergente e del lucro cessante ⁽¹⁰⁾. Il danno emergente corrisponde alla differenza tra il prezzo pagato e il valore reale assunto delle partecipazioni per via delle conseguenze patrimoniali del «vizio» ⁽¹¹⁾. Il lucro cessante consiste invece negli utili mancati sempre a causa dell’evento garantito.

Sul piano delle conseguenze patrimoniali, e dunque della riparazione del danno emergente, si pone il tradizionale rimedio dell’*actio quanti minoris*, oggi codificato nell’art. 1492 c.c. rispetto alla vendita di beni mobili. Data l’affinità

⁽⁹⁾ Diamo per presupposto che la garanzia sia stabilita in favore dell’acquirente e non della società stessa, poiché in quest’ultimo caso il pregiudizio andrebbe verificato nella prospettiva della società. La questione non va confusa con quella relativa al soggetto destinatario dell’indennizzo (il beneficiario, in termini assicurativi), che potrebbe essere la società anche qualora il garantito sia l’acquirente: su questi profili cfr. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di “controllo” e garanzie contrattuali*, cit., p. 307 ss.; Trib. Milano 30.6.2017, n. 7429, in *Contr.*, 2018, 3, p. 299 ss. e la nota di T. DALLA MASSARA – M. D’ONOFRIO, *Clausole di garanzia nella cessione di partecipazioni: struttura, legittimazione ad agire e prescrizione*, *ibidem*, p. 301 ss.

⁽¹⁰⁾ Contrari al risarcimento del lucro cessante, sulla base dell’osservazione per cui l’indennizzo dovrebbe soltanto restituire il minor valore ottenuto dall’operazione rispetto al pregiudizio affrontato (come sostiene rispetto all’art. 1381 c.c. CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, cit., p. 691), SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di “controllo” e garanzie contrattuali*, cit., p. 156 ss.; e TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 479.

⁽¹¹⁾ La quantificazione del danno emergente (o meglio, di una sua voce) così ottenuta presenta un’ulteriore particolarità: quella di essere compatibile sia con la prospettiva del risarcimento dell’interesse negativo che dell’interesse positivo. Nel primo senso (che corrisponde probabilmente al significato originario delle azioni edilizie, e che trovava corrispondenza ancora in tempi tutto sommato recenti in alcune teorie come quella di RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 812, secondo cui la riduzione del prezzo dà luogo ad «una forma limitata e speciale di risarcimento del danno: limitata, perché con essa viene risarcito solo l’interesse negativo, e anzi solo una delle possibili componenti dell’interesse negativo, sebbene quella di gran lunga più importante, cioè l’interesse che il compratore avrebbe avuto a stipulare un prezzo minore se avesse conosciuto i vizi *ab origine*»), il danno corrisponde alla perdita pari al prezzo versato in eccesso, in proporzione all’incidenza del vizio sul valore del bene. Nel secondo senso (che è oggi fatto proprio dall’art. 1494, comma 1, c.c.), la perdita è valutata – sempre proporzionalmente – rispetto al valore che l’acquirente attendeva di acquistare attraverso il contratto, e che nel contesto del programma contrattuale, al quale pure la garanzia appartiene, può essere stimato in un solo modo: ossia in misura pari al prezzo, quale valore «soggettivo» concordato dalle parti. I due importi vengono dunque singolarmente a coincidere.

funzionale tra questa ipotesi tipica e le garanzie atipiche relative alla vendita di partecipazioni ⁽¹²⁾, si può fare riferimento alle soluzioni elaborate rispetto all'art. 1492 c.c. per ricavare una disciplina comune ai rimedi che prevedono una riduzione o restituzione parziale del prezzo quale effetto di una garanzia convenzionale.

L'opinione prevalente è che la riduzione del prezzo nell'ambito dell'*actio quanti minoris* sia da calcolare in proporzione al valore che le parti avevano attribuito al bene, e che trova espressione nel corrispettivo contrattuale ⁽¹³⁾. Coerentemente con la posizione tradizionale per cui le garanzie edilizie avrebbero la funzione di riequilibrare il sinallagma alterato a causa del vizio, il metodo proporzionale di quantificazione della riduzione viene reputato l'unico in grado di preservare il rapporto soggettivo di equivalenza tra il valore delle prestazioni reciproche ⁽¹⁴⁾. Nella prospettiva da noi sostenuta – secondo la quale il ruolo delle garanzie nei contratti sinallagmatici non è quello di ripristinare bensì di definire ed attuare lo scambio programmato, inclusa la distribuzione dei rischi tra le parti – la scelta dello stesso metodo si giustifica osservando invece che il valore assunto dal bene nell'ambito del regolamento contrattuale deve coincidere sempre con quello attribuito dalle parti ed espresso tramite il prezzo. Per questo motivo, il prezzo deve costituire anche il punto di riferimento per tradurre in termini economici le conseguenze del vizio.

La valutazione è ovviamente più ardua rispetto a «beni» complessi come delle partecipazioni oppure un'azienda. D'altra parte, un ausilio significativo può trarsi dai criteri per la determinazione del prezzo, che spesso vengono esplicitati nel contratto e che possono recare indicazione del valore assegnato al capitale ed ai singoli beni ⁽¹⁵⁾. Gli stessi criteri mediante i quali è stato assegnato un valore alle

⁽¹²⁾ V. *supra*, cap. III, § 1.

⁽¹³⁾ Cfr. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 812 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., pp. 954-955; OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, cit., p. 154 ss., che illustra come la stessa tesi prevalga anche nell'ambito della garanzia di conformità di cui *ex art.* 130 c. cons. Ovviamente, ai nostri fini è necessario ricostruire compiutamente lo scambio realizzato dalle parti, anche nell'ambito (se del caso) di un'operazione economica complessa che potrebbe comprendere una pluralità e varietà di prestazioni in uno o più negozi collegati. Il criterio proporzionale trova applicazione anche in ambito assicurativo, con riferimento all'assicurazione parziale di cui all'art. 1907 c.c.: è lì esplicitamente previsto che le parti possano convenire un valore assicurato anche inferiore al valore effettivo del bene, facendo sì che l'indennizzo sia dovuto in proporzione al valore indicato.

⁽¹⁴⁾ V. in particolare OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, cit., p. 105 ss., ove anche riferimenti alla dottrina tedesca precedente e successiva alla *Schuldrechtsmodernisierung* del 2003.

⁽¹⁵⁾ G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 757 ss., osserva come nelle trattative che precedono la cessione, data l'inevitabile ampiezza delle differenze di apprezzamento soggettivo del valore delle partecipazioni, «è normale cercare di ridurre i margini di discrezionalità avendo riguardo ad elementi di fatto che possono costituire punti persuasivi di

partecipazioni per la fissazione dell'equilibrio sinallagmatico dovranno essere utilizzati per stimare il valore della perdita conseguente alla concretizzazione del rischio garantito.

Sarebbe difficile, del resto, fare riferimento al prezzo di mercato del bene – che si ritiene costituisca il normale punto di riferimento per stimare il deprezzamento del bene venduto a causa del vizio ⁽¹⁶⁾ – poiché nella maggioranza dei casi la cessione di partecipazioni di controllo riguarda società non quotate per le quali non esiste quindi un mercato di riferimento. Si tenga comunque presente che anche seguendo il metodo proporzionale, che impiega il prezzo di mercato come indicatore del valore «oggettivo» del bene con e senza vizio, si rapporta poi la proporzione tra questi valori al prezzo contrattualmente assegnato al bene e quindi al suo valore «soggettivo» ⁽¹⁷⁾. La quotazione di mercato è dunque un mero strumento per misurare l'incidenza del vizio sul valore complessivo del bene, il ricorso al quale è reso necessario dal fatto che, normalmente, i contraenti non condividono né esplicitano il procedimento seguito per determinare tale valore. Diversamente, nel caso in cui i criteri di stima impiegati dalle parti siano stati effettivamente discussi e concordati, e gli stessi consentano di misurare il peso che un determinato *asset* abbia rivestito nella determinazione del prezzo complessivo, è massimamente corretto far riferimento ad essi per valutare la perdita di valore legata al venir meno del medesimo *asset*.

Quanto sostenuto non pare contraddire il significato del principio indennitario – per cui ai fini della garanzia sono rilevanti soltanto i pregiudizi effettivamente subiti – come potrebbe sostenersi considerando che così potrebbe consentirsi all'acquirente di ottenere un indennizzo superiore alla diminuzione del valore di scambio del bene. Del resto anche la disciplina dell'assicurazione contro i danni, dove il principio trova la massima applicazione, consente alle parti di optare per forme di risarcimento che superano l'effettiva perdita patrimoniale. Nella c.d. assicurazione del valore a nuovo, ad esempio, ciò che viene ripristinato è il valore d'uso del bene: «l'indennità va determinata prevedendo la somma necessaria per riacquistare il bene distrutto senza detrarre dal calcolo la differenza tra il valore del

riferimento», tra cui il patrimonio netto della società, l'avviamento ed i fattori che influenzano la redditività futura.

⁽¹⁶⁾ OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, cit., p. 154 ss.

⁽¹⁷⁾ Anche secondo SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 161, per calcolare l'indennizzo «occorrerà considerare quale sia stato il minor valore che l'acquirente ha ottenuto dal contratto rispetto al sacrificio affrontato». Questo autore sembra intendere l'indennizzo in un'ottica soltanto restitutiva e quindi limitata all'interesse negativo, affidando solo al risarcimento – nel senso di effetto nascente esclusivamente da responsabilità per inadempimento – il ruolo di compensare i danni consistenti nelle conseguenze ulteriori.

nuovo bene e quello del vecchio (andato distrutto). In questo modo, se è vero che l'assicurato incrementa il proprio patrimonio in ragione di siffatta differenza di valore del bene, è altrettanto indiscutibile che, tramite tale pattuizione, si immette lo stesso nella disponibilità di un bene suscettibile del medesimo utilizzo di quello distrutto, evitando così che egli subisca l'esborso della differenza tra quanto ottenuto dall'assicuratore e la spesa necessaria per il riacquisto o la ricostruzione del bene»⁽¹⁸⁾.

L'assicurazione del valore a nuovo mira al risultato della reintegrazione più completa possibile della sfera del garantito, che non si sarebbe ottenuto considerando il solo valore di scambio del bene danneggiato o distrutto. Le parti sono dunque lasciate libere di selezionare l'interesse a cui rapportare l'indennizzo, potendo esse optare per una piena tutela dell'*Integritätsinteresse* in luogo del solo *Wertinteresse* ⁽¹⁹⁾. Emerge in questo modo la compatibilità con il principio indennitario – e quindi la piena efficacia – degli accordi sulla determinazione dell'indennità, mediante i quali le parti scelgono i criteri per la stima di quest'ultima anche in difformità rispetto a quello del valore di mercato del bene al momento del sinistro, indicato invece (ma solo quale criterio di normale applicazione) dall'art. 1908, comma 1, c.c. ⁽²⁰⁾. Questa tesi trova poi una conferma nel testo dell'art. 1905, comma 1, c.c., che prevede l'obbligo dell'assicuratore di risarcire il danno «nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto».

Un'altra fattispecie che parrebbe naturale prendere in esame è quella della c.d. polizza stimata, contemplata dal comma 2 dell'art. 1908 c.c. Con la clausola di stima, le parti possono fissare il valore del bene assicurato ai fini dell'indennizzo ⁽²¹⁾. Ciò pone un problema di grande rilevanza circa i rapporti tra stima e divieto di assicurazione per una somma eccedente il valore reale del bene (art. 1909 c.c.): alla dichiarazione di stima deve essere attribuito un valore sostanziale, con conseguente intangibilità della stessa, oppure meramente processuale, essendo la parte interessata ammessa a provare la divergenza tra stima e valore reale? Una soluzione

⁽¹⁸⁾ CORRIAS, *Giulio Partesotti e il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 4. L'autore fa riferimento alla teoria di PARTESOTTI, *La polizza stimata*, cit., p. 48 ss.

⁽¹⁹⁾ D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 150 ss., osserva come anche la responsabilità civile possa alternativamente orientarsi alla riparazione dell'*Integritätsinteresse* oppure del *Wertinteresse*, nel primo caso osservando il limite dell'eccessiva onerosità. V. anche p. 213 ss. circa le perdite ulteriori rispetto al mero ammanco patrimoniale che solo il ripristino dell'integrità del bene è in grado di compensare.

⁽²⁰⁾ Così già PARTESOTTI, *La polizza stimata*, cit., p. 50 ss., richiamando a sua volta le posizioni di Ehrenzweig.

⁽²¹⁾ Su questo tema v. ancora una volta il fondamentale studio di PARTESOTTI, *La polizza stimata*, cit., p. 1 ss.

più soddisfacente è stata individuata nella possibilità per il giudice di ridurre la stima eccessiva in applicazione dell'art. 1909, comma 2, c.c., per ricondurre il contratto alla propria causa tipica riassunta nel principio indennitario ⁽²²⁾.

In realtà, tener conto, al fine della quantificazione dell'indennizzo, del prezzo sancito nel contratto e dei criteri con cui è stato determinato (se noti e condivisi dalle parti) non significherebbe assegnare al prezzo una funzione di stima del valore del bene, quasi che queste fossero due grandezze differenti (l'una, il prezzo, decisa dalle parti e l'altra, il valore, intrinseca al bene o comunque determinata in altro modo). Ciò che si è inteso sostenere, al contrario, è che il prezzo attribuito al bene dalle parti è una manifestazione del suo valore di scambio: l'unica disponibile, anzi, in assenza di un mercato di riferimento, ed una fra tante nel caso in cui invece un mercato del bene vi sia. Ma anche in quest'ultimo caso non può ritenersi meno significativo il prezzo risultante dalla contrattazione individuale tra le parti, dato che solo questo – e quindi il valore per così dire soggettivo – può tener conto anche del valore derivante dall'utilizzo specifico del bene preventivato dall'acquirente ⁽²³⁾. Lo scarto verificatosi rispetto a tale valore è proprio il pregiudizio *effettivamente subito* da quest'ultimo.

D'altra parte, non sussiste nemmeno il rischio di un arricchimento del garantito in violazione del principio indennitario: il valore da restituire (nella prospettiva dell'interesse negativo) o da ricostituire (in quella dell'interesse positivo) coincide con quello della controprestazione già corrisposta dall'acquirente. Poiché l'esito dell'indennizzo sarebbe quello di porre quest'ultimo nella medesima situazione antecedente al contratto, o che si sarebbe realizzata se non si fosse verificato l'evento garantito, il massimo arricchimento a cui l'indennizzo può eventualmente dar luogo (e solo se si accoglie la prospettiva per cui questo deve estendersi all'interesse positivo) è quello stesso che già il contratto attribuiva.

Come corollario, deve affermarsi che l'indennizzo relativo delle conseguenze

⁽²²⁾ V. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, cit., p. 91 ss.; CORRIAS, *Giulio Partesotti e il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 7 ss.

⁽²³⁾ Sulla necessità che l'indennizzo assicurativo miri a riflettere quello che si è chiamato valore soggettivo del bene, cfr. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, cit., p. 32, secondo cui «il danno totale realmente sofferto è [...] spesso *superiore* al mero prezzo della cosa perduta, in quanto il prezzo è una risultante di un apprezzamento di una collettività più o meno ampia (valore obbiettivo), mentre il danno non può misurarsi nella sua *interezza* che in riferimento alla specifica sfera del soggetto leso dal sinistro: possiamo servirci, per continuare il rapporto valore-danno, della dizione valore "soggettivo", che indica cioè la *specifica utilità* che la cosa ha per l'assicurato in funzione della relazione sussistente tra lui e la cosa». Solo il valore soggettivo, dunque, è in grado di «segnare con esattezza l'*ambito delle conseguenze dannose* nel patrimonio dell'assicurato».

patrimoniali dei rischi garantiti (ossia del danno emergente, seguendo la classificazione sopra proposta) non può normalmente superare il valore del prezzo corrisposto al venditore ⁽²⁴⁾. Ciò non esclude, ovviamente, che l'ammontare complessivo dell'indennizzo comprensivo del lucro cessante possa invece superare tale soglia ⁽²⁵⁾.

Occorre specificare, infine, che non sembrano da condividere le teorie per cui l'indennizzo, attribuito dalla garanzia pura, sarebbe radicalmente diverso dal risarcimento, come effetto tipico della responsabilità, e quindi non sarebbero applicabili al primo le regole di quantificazione previste per il secondo, a partire dall'art. 1223 c.c. ⁽²⁶⁾. In realtà, a differenza delle altre ipotesi di legge in cui si fa parola di indennizzo (o di indennità), discorrendo della garanzia non abbiamo inteso indicare tramite tale termine un singolo effetto giuridico, bensì *un complesso di effetti rimediali* che la garanzia fa divenire attuali al verificarsi di un pregiudizio. L'opportunità di far riferimento ad essi in maniera unitaria si giustifica proprio per l'esigenza di stabilire un rapporto tra l'ammontare totale delle utilità che tali effetti attribuiscono al garantito e l'entità complessiva delle effettive conseguenze pregiudizievoli dell'evento o degli eventi garantiti verificatisi. Ma è evidente, d'altra parte, che anche il risarcimento del danno può costituire uno di questi effetti, come testimoniano tra gli altri l'art. 1494, comma 1, c.c. – almeno nell'interpretazione da noi accolta ⁽²⁷⁾ – e l'art. 1905 c.c. Se questo è vero, non pare potersi mettere in dubbio l'applicazione degli artt. 1223 ss. c.c. ogni volta in cui alla garanzia si leghi un effetto specificamente risarcitorio ⁽²⁸⁾. Del resto, abbiamo già visto che le voci di pregiudizio considerate nelle ipotesi tipiche di garanzia non sono

⁽²⁴⁾ Cfr. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., pp. 487-488, che precisa opportunamente come ciò non dovrebbe valere, tuttavia, nei casi in cui l'acquirente possa ritrovarsi esposto ad una perdita effettiva superiore al prezzo: ad esempio nell'ipotesi di cessione di quote di una società di persone con assunzione di responsabilità illimitata anche per le obbligazioni anteriori (art. 2269 c.c.). Diversamente, SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 301, ritiene che il prezzo costituisca un limite massimo solo nel caso di *price adjustment*.

⁽²⁵⁾ V. sempre TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 488, nt. 40, il quale tuttavia ritiene che il risarcimento del lucro cessante possa derivare soltanto da responsabilità e non dalla garanzia. Si deve poi precisare che l'indennizzo potrebbe essere superiore al prezzo pagato anche nel caso di *indemnity clause* che preveda quale garantito la società (come del resto avveniva in origine secondo *Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales*, p. 3).

⁽²⁶⁾ Cfr. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 156 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 479; ed in generale S. CICCARELLO, voce *Indennità (dir. priv.)*, nell'*Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 99 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, nel *Noviss. dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 595 ss.

⁽²⁷⁾ V. *supra*, cap. I, § 1.

⁽²⁸⁾ Cfr. in particolare, rispetto al risarcimento come effetto dell'assicurazione contro i danni, l'opinione di PARTESOTTI, *La polizza stimata*, cit., p. 36, nt. 51, riportata *supra*, al cap. II, § 2, nt. 30.

estranee a quelle note alle teorie sul danno in materia di responsabilità ⁽²⁹⁾.

La vera differenza rispetto al risarcimento nascente da responsabilità sta nella naturale limitazione dell'indennizzo ai pregiudizi (comunque da individuare in base all'art. 1223 c.c.) connessi al rischio garantito. Quest'ultimo si definisce non solo con riferimento alle modalità dell'evento, ma anche rispetto ai limiti dei pregiudizi indennizzabili: di conseguenza, il risarcimento non deve mirare in questo caso alla completa reintegrazione della sfera del danneggiato, ma rimane contenuto in quei confini predeterminati ⁽³⁰⁾. Questo perché l'indennizzo nella garanzia pura deve risultare equiesteso al rischio garantito.

Si possono quindi individuare due punti di contatto tra la nozione generica di indennizzo e quella da noi assunta come propriamente riferita alla garanzia, che marcano entrambi dei tratti differenziali rispetto al risarcimento nascente da responsabilità: il non essere necessariamente conseguenza di un fatto imputabile tramite un criterio soggettivo oppure oggettivo, e la naturale seppur tendenziale limitazione rispetto al pregiudizio complessivo. Ma per il resto l'indennizzo nascente da garanzia non esclude affatto l'applicazione delle regole sul risarcimento del danno, in particolare quelle sulla quantificazione.

2. Il problema delle cc.dd. sopravvenienze attive.

Per dare subito un esempio di applicazione del principio appena illustrato – per cui sono indennizzabili solo i pregiudizi effettivamente verificatisi nella sfera del garantito – si può ora esaminare il problema degli effetti delle cc.dd. sopravvenienze attive relative alla società di cui sono state cedute le partecipazioni. Il sintagma si riferisce ad eventi relativi al patrimonio sociale ed ignoti o non dichiarati al momento della cessione, che si manifestano successivamente ed hanno un effetto positivo sul valore della partecipazione ⁽³¹⁾. Si tratta insomma di eventi incerti come quelli oggetto delle garanzie convenzionali ma con conseguenze economiche opposte.

Si ritiene che, se il contratto non dispone diversamente, le sopravvenienze vadano a vantaggio dell'acquirente, senza che il venditore possa pretendere un

⁽²⁹⁾ V. *supra*, cap. II, § 2.

⁽³⁰⁾ Il risarcimento di cui all'art. 1494, comma 1, c.c., invece, è limitato relativamente ai vizi (quelli noti o conoscibili) che possono causare un danno.

⁽³¹⁾ Sul significato del termine sopravvenienza nel contesto delle garanzie relative alle partecipazioni cedute (e senza riferimenti alla disciplina contabile o fiscale), cfr. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 257 ss.

incremento del prezzo ⁽³²⁾. In altre parole, l'alea economica legata alla possibilità che, al momento della cessione, sussistano circostanze ignote che potrebbero determinare un incremento del valore della società è posta integralmente a carico del cedente. La legge non prevedrebbe dunque alcuno strumento per redistribuire tale incremento di valore, trasferendolo in tutto o in parte al precedente titolare delle partecipazioni.

La tesi pare da condividere, alla luce dell'analisi degli interessi in gioco e della *ratio* del sistema delle garanzie edilizie ⁽³³⁾. Normalmente, infatti, prima di prestare il consenso alla cessione il cedente ha la possibilità di prendere adeguata conoscenza delle informazioni necessarie. Come quindi si pone a suo carico il rischio relativo all'esistenza di vizi (anche se a lui ignoti), così pure deve avvenire per le circostanze incidenti positivamente sul valore del bene ⁽³⁴⁾. Si è ipotizzato che una limitata tutela dell'interesse del venditore possa ottenersi mediante la disciplina dell'errore, qualora si ricada in una delle ipotesi di essenzialità e ricordando che l'orientamento dominante esclude la rilevanza a tal fine dell'errore sul valore, quale sarebbe l'errore relativo all'entità del patrimonio sociale ⁽³⁵⁾.

Se intende garantirsi la possibilità di avanzare ulteriori pretese nei confronti dell'acquirente, il venditore dovrà quindi far inserire nel contratto delle clausole apposite – la cui natura giuridica non sarà ovviamente quella della garanzia pura – che prevedano ulteriori obblighi di pagamento nel caso di sopravvenienze attive. È evidente che, ancora più che nel caso delle garanzie a favore dell'acquirente, potrebbe essere difficile in questo caso identificare degli eventi dai quali far dipendere l'obbligo di corrispondere la nuova prestazione e dei parametri in base a cui quantificarla. Tra gli esempi più comuni di pattuizioni utilizzabili a tale scopo

⁽³²⁾ SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 267.

⁽³³⁾ V. *supra*, cap. III, § 1.

⁽³⁴⁾ Qualche dubbio potrebbe porsi rispetto alle informazioni note all'acquirente e non rivelate: in questo caso si verserebbe in una situazione di asimmetria informativa speculare a quella in cui abbiamo concluso per l'esistenza di obblighi informativi a carico del cedente (v. *supra*, cap. III, § 3). Il possesso esclusivo di alcune informazioni rilevanti a vantaggio di una sola parte potrebbe infatti portare alla formazione di un prezzo non efficiente. Tuttavia, un autore si è espresso nel senso che «la mia correttezza, o meglio ancora il dovere di buona fede non si potrebbe estendere fino al punto da impormi di comunicare al venditore che sta facendo un pessimo affare, nel senso che in realtà si tratta di un bene che ha un valor incommensurabilmente maggiore» (GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 677, che fa salva comunque l'applicazione dei rimedi per i vizi della volontà ed anche il risarcimento del danno in presenza di una condotta reticente; v. anche DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., p. 383).

⁽³⁵⁾ V. *supra*, cap. III, § 3. In tema di compravendita di beni materiali, si può richiamare Cass. 2.2.1998, n. 985, in *Contr.*, 1998, 5, p. 437 ss., con nota di F. VOLPE, *In tema di errore sull'autenticità dell'opera d'arte*, ed in *Giust. civ.*, 1999, 9, p. 2487 ss., con nota di S. FIDOTTI, *Jacopo della Quercia e l'errore essenziale*, relativa al noto caso di attribuzione a Jacopo della Quercia di una statua lignea della Vergine col Bambino avvenuta dopo la sua vendita.

vi sono le cc.dd. clausole di *earn out* e quelle che riconoscono al venditore il diritto ad una percentuale sul corrispettivo di una futura rivendita. In questi casi, la nascita della pretesa del venditore viene ancorata ad eventi ben definiti quali il conseguimento di utili negli esercizi successivi, delle *performance* future, una misurazione dell'EBITDA, oppure ancora una successiva ulteriore cessione delle partecipazioni ⁽³⁶⁾.

Diversamente, di eventuali sopravvenienze attive deve sempre tenersi conto qualora si sia verificato anche un evento coperto da qualche garanzia, ed in particolare quando sia da quantificare l'indennizzo dovuto ai sensi di una garanzia sulle sopravvenienze passive. Con una clausola di questo tipo, il venditore garantisce contro il rischio che si verifichino sia sopravvenienze passive in senso stretto od insussistenze attive (ossia il sopravvenire di passività o il venir meno di attività dopo la redazione del bilancio), sia minusvalenze attive o plusvalenze passive (ossia quando si sia acquisita evidenza del minor valore da attribuire alle poste attive di bilancio o del maggior valore delle poste passive), a causa di eventi precedenti la data di chiusura del bilancio di riferimento ma manifestatisi solo in seguito ⁽³⁷⁾.

Ebbene, si è discusso se l'indennizzo sia comunque da quantificare in misura pari al totale lordo delle sopravvenienze passive oppure se da questo sia da sottrarre il valore delle sopravvenienze attive verificatesi. La tesi comunemente sostenuta – per cui l'indennizzo delle sopravvenienze passive sarebbe sempre da calcolare al netto di quelle attive ⁽³⁸⁾ – appare corretta, seppur spesso non sufficientemente argomentata. Consideriamo innanzitutto che, ai fini dell'indennizzo, di ciascun evento occorre considerare le conseguenze negative dal punto di vista del garantito, consistenti generalmente nella diminuzione del valore delle partecipazioni (per effetto del decremento del patrimonio sociale) e nella diminuzione degli utili (per effetto dei minori ricavi conseguiti dall'ente).

Può darsi il caso che da uno specifico evento garantito derivino sia una conseguenza negativa che una positiva: ad esempio, la perdita di un elemento attivo

⁽³⁶⁾ Sulla clausola di *earn out* cfr. S. CIRINO POMICINO, *Clausola di aggiustamento prezzo*, cit., p. 990 ss.; LANCIANI, *Il prezzo (modalità, aggiustamenti, garanzie del prezzo dilazionato)*, cit., p. 325.

⁽³⁷⁾ Cfr. in proposito E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., p. 311 ss.; SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 257 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 401 ss., anche per riferimenti giurisprudenziali sull'interpretazione delle clausole in esame.

⁽³⁸⁾ In questo senso si sono espressi E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., p. 312, nt. 133; PINTO, *Le garanzie «patrimoniali» nella vendita di partecipazioni azionarie di controllo*, cit., p. 458, nt. 100; SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 265 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 411.

può causare sia una diminuzione del patrimonio sociale, sia un suo contemporaneo incremento per via di un indennizzo assicurativo o di un risparmio fiscale ⁽³⁹⁾. In questa ipotesi sembra indubbio che l'indennizzo non possa essere superiore alla diminuzione patrimoniale netta cagionata dall'evento. La ragione è che la garanzia tutela l'acquirente nei confronti della perdita da questi *effettivamente subita* a causa dell'evento, di pari passo al decremento del patrimonio della società; ma, nel caso considerato, la perdita effettiva deve tener conto anche dei vantaggi che hanno contenuto la diminuzione patrimoniale. Allo stesso modo, dal valore della sopravvenienza devono essere scomputati anche gli importi di eventuali accantonamenti di bilancio deputati alla copertura della relativa perdita, i quali contribuiscono senz'altro ad «assorbire» gli effetti negativi dell'evento per il patrimonio sociale. La questione si gioca dunque tutta sul terreno del pregiudizio indennizzabile, senza necessità di richiamare la dibattuta teoria della *compensatio lucri cum damno* ⁽⁴⁰⁾.

Ma allora non dovrebbero esservi difficoltà ad ammettere la stessa conclusione anche nel caso, comunque più dubbio, in cui si sia verificata una sopravvenienza attiva per via di un fatto non collegato a quello che ha dato origine alla sopravvenienza passiva. Anche in questa ipotesi, la diminuzione del valore della società risulta in definitiva compensata da un incremento, alla luce del quale verificare l'*effettività* del pregiudizio al valore della partecipazione ⁽⁴¹⁾.

In tutte queste ipotesi, l'interesse tutelato è quello al mantenimento del valore complessivo della partecipazione, sia in senso patrimoniale che reddituale ⁽⁴²⁾. Il significato di una garanzia relativa al bilancio, o all'assenza di sopravvenienze, o ancora al rispetto delle norme fiscali o ambientali è quello di assicurare che non vi siano cause (preesistenti alla conclusione del contratto) idonee ad incidere negativamente sul valore della partecipazione assunto quale presupposto per la definizione dell'equilibrio economico dello scambio. È rispetto a tale valore

⁽³⁹⁾ Cfr. per questo esempio SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 265.

⁽⁴⁰⁾ Accogliendo una nozione di danno differenziale, gli effetti benefici dell'evento dannoso dovrebbero entrare automaticamente nel calcolo del pregiudizio complessivo. Questo esito era chiaro già all'interno della *Differenztheorie* di Mommsen e ribadito dalla dottrina anche prima dell'affermazione della figura della *compensatio lucri cum damno*: cfr. P. GALLO, *Compensatio lucri cum damno e benefici collaterali. Parte prima: la compensatio lucri cum damno e le sue trasformazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3 p. 853 ss.

⁽⁴¹⁾ In questo senso, espressamente, SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., pp. 266-267.

⁽⁴²⁾ Se anche le conseguenze patrimoniali della perdita di un certo bene fossero completamente neutralizzate da un apposito fondo rischi, tuttavia dovrebbe tenersi conto dei suoi riflessi reddituali, come illustrato nel paragrafo precedente.

globale, dunque, che devono misurarsi le perdite ed i mancati guadagni dovuti agli eventi che concretizzano i rischi garantiti.

Quanto sin qui detto vale senz'altro in presenza di pattuizioni riconducibili allo schema della garanzia contro un rischio *generico*, corrispondente alla figura della *warranty* anglosassone. Esiste tuttavia, come abbiamo visto, anche un modello di garanzia contro un rischio *specifico* (*indemnity*), per il quale potrebbe sostenersi una soluzione opposta al problema ora in esame ⁽⁴³⁾. In questo diverso caso, le conseguenze di rischio dovrebbero essere valutate in maniera autonoma, dato che la funzione dell'*indemnity* non è quella di assicurare che non si verifichino fatti ignoti idonei ad incidere negativamente sul valore del bene, bensì di neutralizzare tutte le conseguenze negative di un evento noto e ben identificato. In questo caso, dunque, potrebbero essere compensate solo le sopravvenienze attive eziologicamente legate allo stesso evento o ad eventi costituenti concretizzazione dello stesso rischio.

3. *L'onere della prova.*

Un'altra questione centrale, che permette di cogliere e verificare le ricadute della ricostruzione del concetto di garanzia pura, è quella della distribuzione degli oneri probatori nell'esercizio delle azioni che spettano al garantito. Dato che il problema non è stato fatto oggetto di specifica riflessione con riferimento alle garanzie contrattuali nella cessione di partecipazioni societarie, questo pare un terreno ottimale per mettere a frutto gli sforzi ricostruttivi sin qui compiuti ⁽⁴⁴⁾.

La risposta è da cercare, anche questa volta, nelle soluzioni positive dettate per le ipotesi tipiche di garanzia pura. Una particolare attenzione ha interessato, soprattutto nei tempi più recenti, la questione dell'onere della prova nell'esercizio delle azioni edilizie (art. 1492 c.c.), oggetto di dibattito fino all'intervento delle Sezioni Unite con la sentenza del 3.5.2019, n. 11748 ⁽⁴⁵⁾. È utile ripercorrere l'*iter*

⁽⁴³⁾ Questa non è l'unica differenza di disciplina tra le due categorie di garanzia: v. già *supra*, cap. III, § 5.

⁽⁴⁴⁾ Il fatto che un problema così rilevante dal punto di vista civilistico (basti pensare all'articolato dibattito che ha riguardato il tema degli oneri probatori nell'ambito del rapporto obbligatorio ed allo sforzo dogmatico che esso ha comportato: v. per tutti MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 141 ss.) e dall'importanza pratica fondamentale sia stato sin qui per lo più trascurato dagli interpreti rispetto all'ambito della cessione di partecipazioni pare anzi conferma dell'utilità della ricerca che stiamo conducendo.

⁽⁴⁵⁾ La decisione è pubblicata in *Contr.*, 2019, 4, p. 373 ss., con nota di T. DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello*

argomentativo della decisione, poiché essa testimonia anche l'accoglimento in giurisprudenza di un modello di garanzia per molti versi simile a quello da noi delineato. Se non che, come stiamo per vedere, la Cassazione non si avvede pienamente della portata sistematica del modello ed esclude dal suo ambito la figura dell'assicurazione contro i danni. È fondamentale dunque, dal nostro punto di vista, individuare il reale valore di questa presa di posizione, per verificare se essa possa davvero costituire un ostacolo all'accoglimento delle tesi da noi formulate.

La questione posta all'attenzione delle Sezioni Unite riguardava il problema della ripartizione dell'onere della prova dei vizi della cosa venduta nell'ipotesi di esercizio delle azioni di risoluzione e riduzione del prezzo. L'ordinanza di rimessione delineava un contrasto tra una tesi maggioritaria, che attribuiva l'onere all'acquirente, ed una minoritaria, piuttosto recente, che richiedeva invece al venditore di provare l'assenza dei vizi⁽⁴⁶⁾. Fino al 2013 era rimasta incontrastata l'idea per cui l'onere della prova dei vizi dovrebbe incombere sul compratore che esercita le azioni previste dall'art. 1492 c.c., restando peraltro al venditore la possibilità di dimostrare una delle circostanze che escludono la garanzia, ossia che la controparte conosceva i vizi o che questi erano facilmente riconoscibili ai sensi dell'art. 1491⁽⁴⁷⁾. La decisione che ha inaugurato l'orientamento contrario assumeva invece quale presupposto la qualificazione dell'*actio redhibitoria* e della *quanti minoris* come sanzioni per la violazione di un'obbligazione di risultato⁽⁴⁸⁾. Questo induceva la Corte ad applicare alle stesse azioni la ripartizione dell'onere

della garanzia; in *Corr. giur.*, 2019, 6, p. 744 ss., con nota di G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*; in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1527 ss., con nota di R. CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*; ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, con nota di L. REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*.

⁽⁴⁶⁾ V. l'ordinanza di rimessione, Cass. 26.9.2018, n. 23015, in *Foro it.*, 2019, 4, I, p. 1358 ss., con nota di Magliulo. L'ordinanza chiedeva di stabilire «se il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite con la sentenza n. 13533 del 2001 sia applicabile in tema di garanzia per vizi della cosa venduta (in particolare all'azione redibitoria esperita nel caso di specie) o se la configurazione dei rimedi, quale emerge dall'esame della giurisprudenza, giustifichi una soluzione diversa».

⁽⁴⁷⁾ In quest'ultimo caso, peraltro, il compratore può rimuovere l'eccezione avversaria provando che il venditore aveva dichiarato che la cosa era esente da vizi. Come esempi di questo orientamento v., in giurisprudenza, Cass. 10.9.1998, n. 8693; Cass. 12.6.2007, n. 13695; Cass. 26.7.2013, n. 18125; e di recente ancora Cass. 31.7.2017, n. 18947; in dottrina RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 779, 782 e 794; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 1042; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 490.

⁽⁴⁸⁾ Si tratta di Cass. 2.9.2013, n. 20110, seguita successivamente anche da Cass. 21.9.2017, n. 21927. Aderisce a questo orientamento, in dottrina, U. GRASSI, *Commento sub art. 1490*, nel *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, Torino, 2011, p. 299. Maggiormente critica B. GRAZZINI, *Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2013, 2, p. 466, che pur sostiene che alle garanzie edilizie dovrebbe estendersi il medesimo regime probatorio elaborato per l'inadempimento delle obbligazioni.

probatorio sancita dalle Sezioni Unite nel 2001 per il caso di inesatto adempimento⁽⁴⁹⁾, traendo spunto da un passaggio della motivazione della stessa sentenza – come noto oggetto di critiche severe⁽⁵⁰⁾ – che evoca quale esempio di inesattezza dell’inadempimento anche le «difformità quantitative o qualitative dei beni»⁽⁵¹⁾.

La tesi minoritaria evocata non supera due obiezioni fondamentali. La prima è che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, già ampiamente confutata dalla dottrina, risulta ormai abbandonata anche dalla giurisprudenza⁽⁵²⁾. La seconda, è che il sistema delle garanzie per i vizi della cosa venduta non si presta ad una lettura per mezzo del modello teorico dell’obbligazione⁽⁵³⁾.

A ben vedere, i due equivoci su cui si basava tale orientamento giurisprudenziale sono in realtà connessi. Da un lato, è una scorretta percezione del rapporto tra mezzo (la condotta del debitore) e risultato (la soddisfazione dell’interesse del creditore) nella struttura del rapporto obbligatorio⁽⁵⁴⁾ che ha condotto taluni a scindere l’unità concettuale (e di disciplina) dell’obbligazione in due categorie. Dall’altro, solo accettando l’idea per cui il debitore «di risultato» sarebbe in ogni caso vincolato al raggiungimento dell’esito promesso (astraendo il risultato rispetto ai mezzi necessari ad ottenerlo, e quindi in realtà eliminando la prestazione del debitore dalla struttura essenziale del rapporto obbligatorio) è possibile vedere nella garanzia per vizi una sanzione per l’inadempimento di un’obbligazione di risultato.

Al contrario, una corretta ricostruzione deve considerare il diverso atteggiarsi della prova liberatoria dell’impossibilità di ottenere il risultato dovuto con i mezzi dedotti nel rapporto⁽⁵⁵⁾, sempre possibile nell’ambito dell’obbligazione ed esclusa

⁽⁴⁹⁾ Sez. Un. 30.10.2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 12, p. 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

⁽⁵⁰⁾ V. ad esempio MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova*, cit., p. 1579 ss.; U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contr.*, 2002, 2, p. 120.

⁽⁵¹⁾ Sempre MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova*, cit., p. 1580, nota come nel passaggio citato (non adeguatamente argomentato) non sia ben chiaro se i giudici intendano fare riferimento anche all’ipotesi dei vizi redibitori oppure «ai soli casi di obbligazioni di facere aventi ad oggetto i beni e, quindi, alle obbligazioni di risultato». Anche Cass. 21.11.2012, n. 20557, considera la difettosità del bene e la mancanza di qualità promesse come un caso di inesatto adempimento, ma del contratto e non di un’obbligazione (v. *infra*).

⁽⁵²⁾ Cfr. Sez. Un. 28.7.2005, n. 15781, su cui v. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 797; e più di recente Cass. 28.2.2014, n. 4876, in *Contr.*, 2014, 10, p. 888, su cui v. la nota di PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, cit.

⁽⁵³⁾ V. in particolare *supra*, cap. I, § 1.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. MENGONI, *L’oggetto dell’obbligazione*, cit., p. 84.

⁽⁵⁵⁾ Si tratta della nota configurazione in termini oggettivi e relativi dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione quale limite della responsabilità contrattuale ai sensi dell’art. 1218 c.c., su cui v.

per definizione in un vincolo assoluto come la garanzia ⁽⁵⁶⁾, quale corollario del diverso ruolo assunto dalla condotta del debitore. Se una situazione giuridica contempla degli effetti «rimediali» che si producono indefettibilmente di fronte alla mera mancanza del risultato contemplato (l'assenza di vizi), si deve concludere che dal punto di vista che essa adotta la condotta del venditore è del tutto irrilevante, e questo spiega l'assenza di una prova liberatoria. Ma una situazione siffatta è la negazione dell'essenza del rapporto obbligatorio quale «forma giuridica dell'attribuzione di un'utilità prodotta o provocata dalla necessaria attività di cooperazione del debitore» ⁽⁵⁷⁾ ed assume quindi le fattezze, ben distinte, della garanzia pura.

Chiariti i due equivoci, risultano superate alcune incertezze palesate, in precedenza, anche dalle massime aderenti all'orientamento oggi confermato dalla Corte, che talora parevano ammettere una prova liberatoria da parte del venditore⁵⁸. La presa di posizione circa la natura della garanzia per vizi, ben lungi dal porsi quale superfluo *excursus* dogmatico, dovrebbe consentire per il futuro di evitare simili incoerenti deviazioni dal modello puro della garanzia.

La Cassazione, infatti, aderisce finalmente senza tentennamenti alla tesi dottrinale per cui, nella disciplina comune della vendita, l'assenza dei vizi della cosa venduta non si può porre quale oggetto di un'obbligazione.

La premessa accolta dai giudici è quella per cui, dato che la prestazione come contegno del debitore può riferirsi logicamente solo ad una situazione futura, mentre la disciplina codicistica della vendita di cosa determinata ha per riferimento lo stato della cosa contemporaneo alla conclusione del contratto (art. 1477 c.c.), il venditore non può obbligarsi a trasferire la cosa priva di vizi, o dotata delle qualità promesse o essenziali, nel caso in cui essa non lo sia realmente ⁽⁵⁹⁾. Ma poiché altrettanto indubitabilmente la legge tutela l'interesse del compratore all'acquisto

MENGGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 299 ss.

⁽⁵⁶⁾ CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, cit., p. 129 s.

⁽⁵⁷⁾ PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi"*, cit., p. 905.

⁽⁵⁸⁾ Alcune sentenze, anche piuttosto risalenti, ammettono infatti una prova liberatoria a favore del venditore (v. ad esempio Cass. 10.9.1998, n. 8963), mentre altre, al contrario, richiedevano la dimostrazione, da parte dell'acquirente, dell'imputabilità dei vizi alla controparte (così, in passato, Cass. 14.10.1974, n. 2841). È chiaro invece che, di fronte alla prova del vizio, al venditore non resta che fornire la relativa controprova, oppure dimostrare l'inefficacia della garanzia *ex art. 1491 c.c.* Solo nel caso di azione per il risarcimento *ex art. 1494, comma 1, c.c.*, egli può provare di aver ignorato il vizio senza colpa, ma ciò non ha nulla a che vedere con l'imputabilità (v. *supra*, cap. I, § 1).

⁽⁵⁹⁾ Cfr. MENGGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 394.

di un bene dotato di queste caratteristiche, l'impossibilità logica di concepire un'obbligazione avente ad oggetto il modo di essere (attuale) della cosa conduce a ricercare altrove la forma giuridica mediante cui tale interesse viene reso rilevante.

Coerentemente, la Sezioni Unite riconoscono che «all'obbligo di garantire il compratore dai vizi della cosa, previsto dall'articolo 1476 n. 3, c.c., non corrisponde – a differenza di quanto ordinariamente accade nello schema proprio delle obbligazioni – alcun dovere di comportamento del venditore in funzione del soddisfacimento dell'interesse del compratore». La precisazione, che segna definitivamente la distanza tra i due modelli, conferma i precedenti più recenti nei quali la Corte aveva riconosciuto che «non esistono obbligazioni nelle quali il risultato possa prescindere da un dovere di condotta, così come non esistono obbligazioni nelle quali la condotta non sia orientata positivamente alla produzione di un risultato utile al creditore» ⁽⁶⁰⁾. Espunto l'obbligo di comportamento dalla struttura del rapporto, non resta che la pura assunzione di un rischio da parte del garante.

La forma giuridica che si tratta ora di individuare è data proprio dalla garanzia pura, che costituisce «forma di attribuzione di utilità (in questo caso l'assenza di vizi e difformità) senza alcuna intermediazione ad opera della controparte» ⁽⁶¹⁾, ossia immediata. La sentenza del 2019 richiama a proposito la pronuncia delle medesime Sezioni Unite del 2012, in cui si riconosceva che la disciplina delle azioni edilizie «pone quindi il venditore in una situazione non tanto di “obbligazione”, quanto piuttosto di “soggezione”, esponendolo all'iniziativa del compratore» che si esplica nell'esercizio delle medesime azioni ⁽⁶²⁾. Echeggia in queste parole la voce degli autori che hanno descritto negli stessi termini la posizione del garante di fronte alla produzione automatica degli effetti della garanzia pura ⁽⁶³⁾.

Il concetto di soggezione, normalmente associato a quello di diritto potestativo o potere *tout court*, viene ampliato fino a farvi corrispondere la

⁽⁶⁰⁾ Cass. 28.2.2014, n. 4876.

⁽⁶¹⁾ PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”*, cit., p. 912: la definizione si riferisce alla garanzia per vizi nell'appalto, ma vale parimenti per quella prevista dalle norme sulla compravendita, che ne condivide la natura giuridica (v. *infra*).

⁽⁶²⁾ Sez. Un. 13.11.2012, n. 19702, su cui v. la nota di GUFFANTI PESENTI, *Riconoscimento oneroso del venditore e termine di prescrizione*, cit., p. 1179 ss.

⁽⁶³⁾ Si tratta in particolare di CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 254, ove vengono generalizzate le conclusioni (già fatte proprie dallo stesso autore: *ibidem*, 62 ss.) della tesi di GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 187, sviluppata a proposito della posizione dell'assicuratore come soggezione, ossia come «impossibilità giuridica di sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli collegate, attraverso un regolamento negoziale, al verificarsi di un evento indipendente dalla libera volontà del soggetto, che a quelle conseguenze è sottoposto». V. *supra*, cap. I, § 2.

posizione di qualsiasi soggetto esposto ad un mutamento giuridico al quale egli non può sottrarsi. Appare corretta allora l'osservazione per cui la cosiddetta soggezione «parrebbe riconducibile all'assenza di alcuna prova liberatoria che il venditore possa offrire al fine di evitare l'operatività della garanzia» e quindi al principale tratto distintivo della garanzia rispetto all'obbligazione ⁽⁶⁴⁾. Ma se questo è vero, è possibile accogliere la nostra proposta di abbandonare in questo contesto il concetto di soggezione – come pure di quello (anch'esso criticato) di aspettativa che in questa teoria caratterizzerebbe la situazione del garantito – ed affermare che le posizioni giuridiche delle due parti equivalgono al lato attivo ed al lato passivo della garanzia pura ⁽⁶⁵⁾.

L'operatività dei rimedi previsti dalla garanzia è vista dunque come effetto immediato del contratto e del verificarsi dell'evento contemplato, senza la mediazione di una responsabilità della controparte e quindi di un giudizio di imputabilità dell'evento. Per questo motivo, le Sezioni Unite osservano che l'estraneità al modello obbligatorio della tutela contro i vizi della cosa «non impone di collocare detta ipotesi fuori dal campo dell'inadempimento (più precisamente, dell'inesatto adempimento) del contratto», dato che «la consegna di una cosa viziata integra un inadempimento contrattuale, ossia una violazione della *lex contractus*», ma «non tutte le violazioni della *lex contractus* realizzano ipotesi di inadempimento di obbligazioni».

Accedendo a questa conclusione, su cui concorda ormai da tempo la dottrina più autorevole ⁽⁶⁶⁾, le Sezioni Unite sgombrano definitivamente il campo dall'equivoco che aveva portato ad ipotizzare un'estensione a questo ambito dei principi in tema di onere della prova dettati nel 2012 per l'ipotesi di inesatto adempimento dell'obbligazione. La soluzione al problema discusso nella sentenza deve essere quindi individuata sulla base della regola generale posta dall'art. 2697

⁽⁶⁴⁾ GUFFANTI PESENTI, *Riconoscimento oneroso del venditore e termine di prescrizione*, cit., p. 1184, nt. 5. La motivazione potrebbe anche essere letta nel senso la soggezione sia da rapportare, come nel significato tradizionale, all'esercizio dei diritti potestativi (le azioni di cui all'art. 1492 c.c.) spettanti al compratore (in questa direzione si poneva già Cass. 14.1.2011, n. 747). Ma l'esito non cambia, in questa prospettiva, se si considera che l'effetto a cui il venditore non può sottrarsi è, in primo luogo, proprio il sorgere dei medesimi diritti potestativi. Come si legge nella sentenza in commento, il venditore «è legalmente assoggettato all'applicazione dei rimedi in cui si sostanzia la garanzia stessa».

⁽⁶⁵⁾ V. *supra*, cap. I, § 2.

⁽⁶⁶⁾ In realtà, la Cassazione giustappone diverse concezioni dottrinali della garanzia per vizi, non perfettamente coincidenti tra loro: così la qualificazione in termini di «violazione della *lex contractus*» è una ripresa della tesi di Mengoni, mentre di «anomalie dell'attribuzione traslativa» e di «responsabilità contrattuale speciale» discorrono rispettivamente Bianca e Luminoso. Per un confronto tra queste teorie cfr. CARBONI – BALLORIANI, *Le garanzie e la vendita di cosa altrui*, cit., p. 1006 ss.

c.c., tenendo tuttavia conto delle conclusioni cui siamo giunti circa la particolare struttura della garanzia pura.

Si può osservare dunque che, nella ricostruzione elaborata dalla dottrina più accorta e ora accolta anche dalle Sezioni Unite, fatti costitutivi degli effetti giuridici che il compratore fa valere sono l'esistenza del titolo (il contratto) da cui la garanzia trae origine e la manifestazione, nel tempo successivo alla consegna ed entro il termine di un anno a partire da questa (art. 1495 c.c.), di un vizio rientrante nell'ambito della garanzia e preesistente rispetto alla conclusione del contratto. Gli stessi sono, di conseguenza, gli elementi che compongono la *causa petendi* della pretesa fatta valere dall'acquirente, e rispetto ai quali si estende l'onere di allegazione e prova a carico di quest'ultimo: «in materia di garanzia per i vizi della cosa venduta di cui all'art. 1490 c.c., il compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all'art. 1492 c.c. è gravato dell'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi».

Solo ad uno sguardo superficiale questo esito potrebbe apparire sfavorevole per il compratore, se confrontato con le regole probatorie vigenti per la responsabilità da inadempimento di un'obbligazione. Seguendo il filo di questa obiezione, che potrebbe aver guidato i giudici favorevoli all'orientamento poi sconfessato dalle Sezioni Unite, si potrebbe osservare che, mentre il creditore può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte, invece il garantito è tenuto non solo ad allegare il vizio, ma anche a provarlo. In altre parole, far subire al compratore il rischio della mancata prova del vizio potrebbe sembrare contraddittorio rispetto alla *ratio* di tutela che ha ispirato il sistema delle garanzie contro i vizi in tutta la sua storia millenaria.

È agevole replicare che una simile impostazione risulta viziata, ancora una volta, da una difettosa comprensione della differenza tra obbligazione e garanzia, nonché del diverso ruolo che in ciascuna di esse svolgono, sul piano analitico, la prestazione ed il suo adempimento.

Secondo i principi accolti dalle Sezioni Unite nel 2001, il creditore può limitarsi ad allegare l'inadempimento del debitore, ossia il suo venir meno all'obbligo di prestazione⁽⁶⁷⁾. Ma di questi elementi non vi è traccia alcuna nella struttura della garanzia, che è invece più semplice, potremmo dire binaria: o il risultato dedotto si è verificato e l'interesse del garantito è soddisfatto, oppure al

⁽⁶⁷⁾ A questo punto, al debitore è concesso di provare l'adempimento o, al contrario, l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile (art. 1218 c.c.). Ma anche per tutto ciò non vi è spazio nella vicenda della garanzia, quale corollario dell'irrelevanza della condotta del garante.

contrario il risultato è mancato e quindi l'interesse risulta lesa. Nel primo caso, la garanzia si estingue, mentre nel secondo divengono operativi gli effetti rimediali previsti dalla garanzia quale «surrogato dell'azione di adempimento»⁽⁶⁸⁾.

La ragione sta puramente nel fatto che l'obbligazione contempla l'adempimento quale mezzo per la soddisfazione dell'interesse dedotto, e perciò coerentemente la sua disciplina deve ammettere che, di fronte alla semplice affermazione dell'inadempimento da parte del creditore, il debitore provi che l'adempimento vi è stato, oppure che è mancato per impossibilità sopravvenuta dovuta a causa a lui non imputabile⁽⁶⁹⁾. È chiaro, al contrario, che di tutto ciò non si fa questione nel caso di azione fondata sulla garanzia, per il semplice motivo che essa prescinde completamente dal *medium* logico e giuridico dell'adempimento⁽⁷⁰⁾.

Dato quindi che la presenza dei vizi non sostanzia affatto un inadempimento (nemmeno nella forma dell'inesatto adempimento), non solo non è possibile estendere ad essa il corrispondente onere di mera allegazione, ma neppure potrebbe sostenersi che richiedere al garantito la prova (e non solo l'allegazione) dei vizi significhi porlo in una situazione più sfavorevole rispetto a quella in cui si troverebbe se agisse in qualità di creditore. La questione della prova dell'adempimento (o dell'inadempimento) attiene ad una fase dell'obbligazione che è sconosciuta alla garanzia, nella quale rileva immediatamente l'evento pregiudizievole, che a seconda dei casi può consistere nella perdita di un'utilità già esistente nel patrimonio del garantito, oppure nel mancato ottenimento del risultato spettante. È con questo elemento che le strade di obbligazione e garanzia, dopo la deviazione imboccata dalla prima con la fase intermedia dell'adempimento, recuperano il loro parallelismo.

Ciò che è ugualmente presupposto sia della responsabilità che della garanzia – concetti giuridici altrimenti antitetici – e che appartiene ai fatti costitutivi delle pretese che derivano sia dall'una che dall'altra, è infatti proprio la lesione dell'interesse tutelato dalle rispettive norme, rappresentata in un caso dal danno e nell'altro dal vizio. Come l'effetto responsabilità presuppone il verificarsi di un

⁽⁶⁸⁾ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 403.

⁽⁶⁹⁾ L'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta non si verifica, invece, quando la causa dell'impossibilità sia imputabile al debitore, poiché in questo caso si ha la *perpetuatio obligationis* con mutamento del contenuto del rapporto nell'obbligo di risarcire il danno: v. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 203.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 528.

danno da risarcire, la cui prova è a carico del creditore (o del danneggiato in ambito extracontrattuale), così i rimedi previsti dalla garanzia si attivano in presenza della manifestazione di un vizio, che evidenzia anch'esso un pregiudizio per l'acquirente, consistente in una diminuzione del valore d'uso oppure del valore di scambio della cosa (art. 1490, comma 1°, c.c.) ⁽⁷¹⁾. Non deve stupire, quindi, che la simmetria in materia di onere probatorio si ponga tra danno e vizio, invece che tra inadempimento e vizio.

Questa conclusione, conseguita mediante un ragionamento formale sulla struttura della garanzia per i vizi, trova del resto conferma, secondo la Corte, anche in base a due canoni di ragionevolezza pratica già richiamati dalla sentenza a Sezioni Unite del 2001 in tema di inadempimento delle obbligazioni. Si tratta, da un lato, del principio di vicinanza della fonte di prova ⁽⁷²⁾: da questo punto di vista, appare evidente che dopo la consegna è il compratore a trovarsi nella posizione più agevole per dare dimostrazione dell'esistenza del vizio; dall'altro, del principio per cui non può essere richiesta la prova di un fatto negativo quale l'assenza dei vizi.

I precedenti favorevoli alla tesi contraria piegavano invece in senso opposto l'esito dell'applicazione dei due principi, ipotizzando di addossare al venditore «l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di avere consegnato una cosa che sia conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene» ⁽⁷³⁾. La contraddizione è duplice, dato che la cosa poteva pur apparire del tutto conforme al momento della consegna, ma ciò che conta è la manifestazione successiva di un vizio che restava in quel momento, per definizione, occulto; ed inoltre perché tutto ciò che concerne le condotte necessarie a realizzare il risultato è indifferente nella prospettiva della garanzia, per la quale rileva il mero dato oggettivo della presenza del vizio.

Più interessante è l'argomento che viene tratto dal parallelismo rispetto alle ipotesi di garanzia previste dalla disciplina dell'appalto e della locazione. L'imposizione dell'onere della prova dei vizi al garantito non si spiega però, come sembra intendere la Corte, soltanto per via del principio di vicinanza della prova, bensì in virtù di ragioni assai più profonde che poggiano sulla struttura della

⁽⁷¹⁾ V. *supra*, cap. II, § 2.

⁽⁷²⁾ L'uso del principio si ritrova anche in decisioni relative all'appalto, come Cass. 9.8.2013, n. 19146, che appare tuttavia viziata da un'errata comprensione della distinzione tra garanzia e responsabilità all'interno della disciplina dell'appalto: v. *supra*, cap. I, § 4.

⁽⁷³⁾ Così Cass. 2.9.2013, n. 20110, cit., secondo la quale spetterebbe poi all'acquirente provare «l'esistenza di un vizio o di un difetto intrinseco della cosa, ascrivibile al venditore». Ciò evidenzia però che il vero tema di prova resta pur sempre l'effettiva esistenza del vizio.

garanzia pura, della quale ci è nota la natura unitaria e comune ai diversi tipi contrattuali. Ancor più significativa, quindi, è l'omogeneità di soluzioni che si viene così a creare rispetto ad una disciplina elettivamente transtipica (e per di più di fonte sovranazionale) come quella della c.d. garanzia di conformità, dettata per la vendita di beni di consumo e per gli altri contratti a questa assimilati in base all'art. 128, comma 1°, c. cons. ⁽⁷⁴⁾, a proposito della quale un analogo regime probatorio è stato sancito dalla Corte di Giustizia ⁽⁷⁵⁾.

Tuttavia, come abbiamo anticipato, le Sezioni Unite, non sembrano rendersi del tutto conto della portata sistematica del concetto di garanzia pura, come forgiato da parte della dottrina di cui esse stesse sono tributarie. Ciò è reso evidente dal passaggio in cui la sentenza analizza la tesi che attribuisce «alla nozione di garanzia richiamata [dall'art. 1476, n. 3), c.c.], mediante l'uso della parola “garantire”, un significato genericamente assicurativo, di accollo di un rischio in ordine al verificarsi di eventi che non si è obbligati ad evitare», e che concepisce la garanzia per vizi «come prestazione contrattuale indennitaria di tipo restitutorio, finalizzata – secondo uno schema di tipo, appunto, assicurativo – a realizzare in forma sostitutiva l'interesse deluso del compratore ad una *res* immune da vizi».

L'accostamento tra garanzia per vizi ed assicurazione viene rifiutato dai giudici per due motivi: in primo luogo perché «non appare sormontabile la difficoltà di ricondurre ad uno schema di tipo indennitario i rimedi (che pure prescindono dalla colpa del venditore) della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo previsti dall'articolo 1492 c.c.»; ed in secondo luogo perché «il risarcimento del danno di cui all'articolo 1494 c.c. presuppone la colpa del venditore, mentre l'assicurazione contrattuale (l'assunzione del rischio) postula che l'evento che rende attuale l'obbligazione indennitaria esuli da qualunque giudizio di imputabilità e di illiceità».

Le due obiezioni non sembrano peraltro irresistibili. Alla seconda si deve replicare che solo il primo comma dell'art. 1494 è da connettersi alla garanzia, ma esso non presuppone affatto la colpa del venditore bensì limita il pieno risarcimento

⁽⁷⁴⁾ Si è già rievocato il dibattito che ha riguardato la collocazione dogmatica della garanzia di conformità nell'ambito della garanzia propriamente detta o dell'obbligazione: v. *supra*, cap. I, § 5.

⁽⁷⁵⁾ V. la c.d. sentenza *Faber*, CORTE GIUST. UE, 4.6.2015, causa C-497/13: «il consumatore deve far valere e fornire la prova che il bene venduto non è conforme al corrispondente contratto in quanto, ad esempio, non presenta le qualità convenute in quest'ultimo o, ancora, è inidoneo all'uso che ci si attende abitualmente per questo genere di bene. Il consumatore è tenuto a dimostrare solamente l'esistenza del difetto. Egli non è tenuto a provare la causa di quest'ultimo né a dimostrare che la sua origine è imputabile al venditore». La disciplina di fonte europea avvantaggia invece il consumatore rispetto alla prova della preesistenza del vizio, che si presume se esso si è manifestato nei primi sei mesi dalla consegna (art. 5, par. 3, dir. n. 44/1999 CE e art. 132, comma 3, c. cons.).

dell'interesse positivo escludendone le conseguenze dei vizi che il venditore aveva ignorato senza propria colpa ⁽⁷⁶⁾. Ed anche qualora si preferisse accedere alle tesi che leggono il risarcimento del danno di cui al primo comma come fondato su una colpa (nel significato atecnico di inadempimento), allora si sarebbe semplicemente ricondotta tale ipotesi all'ambito della responsabilità ⁽⁷⁷⁾, senza che ciò possa autorizzare alcuna diversa conclusione rispetto alla natura della garanzia, che con questa norma non avrebbe più nulla a che vedere.

Più seria è l'obiezione che fa leva sulla diversa natura dei rimedi previsti dalla garanzia per vizi e dall'assicurazione. Essa è condivisa infatti anche dall'autore già citato che – eleggendo invece l'assicurazione contro i danni ad archetipo della garanzia pura nel nostro ordinamento – ha escluso di poter ricondurre allo stesso modello la garanzia per vizi basandosi, tra gli altri, anche su questo argomento ⁽⁷⁸⁾. È decisivo però osservare che la forma giuridica della garanzia si distingue non già per i contenuti – intendendosi con ciò gli effetti rimediali a cui essa può metter capo – bensì per la struttura, che consente di far dipendere i medesimi effetti rimediali dal mero verificarsi di un evento incerto lesivo per un interesse del garantito. Infatti «la garanzia, quale struttura neutra relativamente agli effetti, non implica necessariamente un effetto restitutorio» ⁽⁷⁹⁾, bensì può prevedere – senza che ne muti la natura giuridica – contenuti diversi ed anche più ampi rispetto alla semplice tutela restitutoria, come l'obbligo di risarcire l'interesse positivo oppure forme di soddisfazione in forma specifica ⁽⁸⁰⁾.

Si può richiamare, a questo proposito, la scansione tra effetto primario costante ed effetti secondari variabili della garanzia pura, che ne costituiscono il contenuto rimediale idoneo a mutare in base alla concreta funzione della garanzia

⁽⁷⁶⁾ V. *supra*, cap. I, § 1.

⁽⁷⁷⁾ Così infatti CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 450 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 975 ss.

⁽⁷⁸⁾ CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 333 ss., il quale obietta anche che, poiché il vizio deve preesistere rispetto al contratto, difetterebbe un rischio inteso come possibilità di un evento futuro. Si può replicare che l'incertezza che deve sussistere dal punto di vista dell'acquirente in merito ai vizi rende senz'altro esistente almeno un rischio putativo, la cui rilevanza è esclusa ai fini dell'assicurazione contro i danni ma è invece sufficiente in altre ipotesi di legge: cfr. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, cit., p. 87 ss. (ma v. in proposito anche CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 342, nt. 80). Anche secondo D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., p. 202, nelle garanzie convenzionali relative a partecipazioni societarie entra in gioco un rischio putativo.

⁽⁷⁹⁾ NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, cit., p. 92. V. anche *supra*, cap. I, § 5.

⁽⁸⁰⁾ Alcuni esempi, già ricordati, sono le forme rimediali previste dall'art. 1512 c.c. per la vendita di beni mobili, nel caso vi sia una garanzia di buon funzionamento, dall'art. 1668 c.c. per l'appalto, e dall'art. 130 c. cons. per la vendita di beni di consumo.

(⁸¹). Così come possono esserci obbligazioni a carattere restitutorio o risarcitorio, pur restando indubbia la loro generica appartenenza al modello obbligatorio, anche la garanzia pura può assumere ora connotazioni risarcitorie, ora restitutorie a seconda del contesto in cui è messa in opera.

Superati i dubbi che hanno impedito ai giudici una piena *reductio ad unum* delle varie fattispecie di garanzia pura, si deve osservare che lo snodo argomentativo criticato è del tutto marginale nell'articolarsi della motivazione. La sentenza delle Sezioni Unite si regge interamente anche senza quel passaggio, che è da considerarsi dunque come un semplice *obiter dictum* e non influisce per nulla sull'esito della decisione. Esso può essere semplicemente superato alla luce delle riflessioni più approfondite appena svolte e non deve ostacolare gli sforzi verso l'edificazione di un concetto generale di garanzia pura, attraverso il quale elaborare soluzioni comuni alle varie figure sulla base delle scelte di diritto positivo.

Oltretutto, la prospettiva unificante della garanzia pura consente di cogliere l'ulteriore parallelismo tra le regole probatorie relative alle due più importanti ipotesi tipiche di garanzia pura, consistenti appunto nella garanzia per i vizi della cosa venduta e nell'assicurazione contro i danni. Anche rispetto a quest'ultima, infatti, si ritiene che il garantito sia onerato della prova dell'evento garantito (il sinistro), del danno e del nesso causale (⁸²). La simmetria con quanto affermato per le garanzie edilizie è evidente, ed addirittura assoluta se si considera l'azione di risarcimento dei danni di cui all'art. 1494, comma 1, c.c., che secondo l'opinione da noi accolta costituisce anch'essa un effetto della garanzia contro i vizi (⁸³).

La soluzione valida per tutte le ipotesi di garanzia pura è quindi quella per cui il garantito che voglia far valere i rimedi attribuiti dalla garanzia deve allegare e

(⁸¹) V. *supra*, cap. II, § 1.

(⁸²) V. di recente Cass. 21.12.2017, n. 30656, secondo cui «poiché nell'assicurazione contro i danni il fatto costitutivo del diritto dell'assicurato all'indennizzo consiste in un danno verificatosi in dipendenza di un rischio assicurato e nell'ambito spaziale e temporale in cui la garanzia opera, ai sensi dell'art. 2697 c.c. spetta al danneggiato dimostrare che si è verificato un evento coperto dalla garanzia assicurativa e che esso ha causato il danno di cui reclama il ristoro o chiede la copertura ai fini della responsabilità civile». Cfr. anche F. ROSELLI, *Commento sub art. 1905*, in A. LA TORRE (a cura di), *Le assicurazioni*³, Milano, 2014, pp. 198-199.

(⁸³) Anche in questa fattispecie, al garantito è richiesto di provare l'esistenza del vizio (corrispondente al sinistro), il danno ed il nesso causale: cfr. Cass. 31.7.2017, n. 18947. Si noti comunque che anche nel caso in cui agisca per la riduzione del prezzo l'acquirente è tenuto a fornire al giudice elementi sulla base dei quali quantificare la riduzione, e quindi deve dar comunque prova della misura della diminuzione del valore d'uso o di scambio del bene (i due parametri considerati dall'art. 1490 c.c.) ossia del pregiudizio subito. E la prova del pregiudizio è da ritenersi necessaria persino nel caso di domanda di risoluzione, anche se in questo caso non si deve procedere ad un'attività di quantificazione, ma dovendosi comunque dimostrare che il vizio ha concretamente inciso sugli interessi del garantito. V. anche *supra*, § 1.

provare la manifestazione di un evento del tipo di quelli garantiti, il pregiudizio subito ed il nesso causale rispetto all'evento.

4. Le limitazioni convenzionali della garanzia.

Un'esigenza frequentemente avvertita nella pratica è quella di limitare quantitativamente l'ammontare massimo dell'indennizzo a carico del venditore (e specularmente, dunque, il rischio garantito). È necessario verificare, tuttavia, in che misura una simile limitazione sia ammessa dall'ordinamento. Abbiamo osservato, infatti, che le varie ipotesi tipiche di garanzia pura sono diversamente disciplinate quanto a questo profilo: ed è anzi proprio da tale rilievo che ha preso il via la distinzione da noi operata tra garanzie di evento e di indennizzo. Questa classificazione ci servirà ora per stabilire la regola da applicare nelle ipotesi atipiche o comunque sfornite di una norma esplicita su questo punto.

I vincoli che le diverse norme pongono alla possibilità per le parti di circoscrivere l'ambito della garanzia ⁽⁸⁴⁾ sono espressione di una comune esigenza di coerenza al tipo contrattuale prescelto, che vale a tutelare la parte garantita rispetto ad un affidamento circa la ripartizione di rischi tipica per quell'assetto di interessi ⁽⁸⁵⁾. Il quadro ovviamente muta quando l'unico interesse che caratterizza

⁽⁸⁴⁾ Non sempre si tratta di vincoli assoluti. Un vincolo inderogabile è posto, ad esempio, dall'art. 1579 c.c., in base al quale il patto di limitazione non ha effetto «se i vizi sono tali da rendere impossibile il godimento della cosa». Anche in questo caso, la *ratio* dell'inderogabilità risiede nella necessità di preservare la coerenza del programma contrattuale all'assetto di interessi tipico: è evidente che in presenza di vizi che rendono impossibile il godimento, l'interesse tipico del conduttore su cui si regge la causa dello scambio non potrebbe avere neppure parziale soddisfazione. Diversamente, la garanzia per evizione nella vendita può essere completamente esclusa, ma questa scelta porta l'operazione contrattuale sotto il diverso tipo della vendita «a rischio e pericolo» (art. 1488, comma 2, c.c.; v. anche *supra*, cap. II, § 5).

⁽⁸⁵⁾ Al contrario, una deroga non coerente con tale ripartizione tipica porterebbe a «volgere il contratto a scopi sostanziali diversi da quelli ai quali esso è, sul piano dell'oggettività formale e della consapevolezza di una delle parti, volto: si cade in quello che si può definire *abuso del tipo contrattuale*» (C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1978, p. 65). Secondo Castronovo, che riconduce la questione ad «uno dei temi nodali della teoria del diritto: quello dei rapporti tra forma giuridica e materia economica» (*op. cit.*, p. 66), «nel predisporre i vari tipi contrattuali il legislatore tiene presente una certa realtà alla quale ciascuno di essi viene destinato a dare forma. All'autonomia privata è consentito, per sua stessa natura, di adattare questi tipi alle particolarità del rapporto concreto, il quale però deve rimanere riconducibile nelle sue linee essenziali alla forma predisposta dal legislatore. Quando invece la materia o sostanza del rapporto risulti irriducibile alla forma utilizzata, la discrasia che viene a crearsi tra l'una e l'altra si concreta in un abuso del tipo, in una utilizzazione deviante di esso che l'ordinamento non può consentire». L'autore trova una conferma della tesi proposta nell'art. 1322, comma 1, c.c.: «una volta cioè che le parti abbiano inteso riversare il loro accordo in una delle forme previste dalla legge, [...] esse non possono stravolgere il tipo prescelto

la causa è proprio quello alla «copertura del rischio», il quale quindi – almeno in linea di principio ⁽⁸⁶⁾ – può essere configurato a piacere dalle parti ⁽⁸⁷⁾.

Il problema della limitazione convenzionale della garanzia si pone, logicamente, solo nei casi in cui vi sia una situazione di partenza su cui l'autonomia privata possa incidere in senso restrittivo. L'ipotesi più semplice è quella in cui tale situazione di partenza risulti dall'applicazione di norme dispositive di fonte legale (o regolamentare, a seconda dei casi), che fissino una certa distribuzione dei rischi tra le parti. Una pari necessità di tutelare l'affidamento del garantito ricorre però anche quando, pur in mancanza di una ripartizione legale dei rischi, le parti abbiano pattuito una garanzia «di evento». A scapito di un patto che attribuisce al garantito la certezza di un risultato, infatti, il regolamento della parte rimediale potrebbe porre una serie di limiti tali da ridurre di fatto la reale portata della garanzia, contraddicendo quindi l'affidamento prima suscitato. Di conseguenza, gli stessi vincoli che esistono rispetto alla possibilità di circoscrivere le garanzie di fonte legale dovrebbero valere anche per le garanzie che hanno origine in una pattuizione contrattuale, qualora il garante abbia promesso un evento nel senso illustrato in precedenza ⁽⁸⁸⁾.

Le norme che prevedono siffatti limiti sono sparse nella disciplina speciale di alcuni tipi o effetti contrattuali, e corrispondono agli artt. 1266, comma 1, 1487,

nel senso di una copertura formale di tutt'altra realtà da quella cui esso è destinato» (*op. cit.*, p. 66). Il problema può essere analizzato anche nell'ottica della predisposizione unilaterale del contratto: così G. GITTI, *La « tenuta » del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 508, che scrive «della evocazione (con il *nomen* o con altri contrassegni), da parte del predisponente, di un tipo contrattuale e del suo contemporaneo *snaturamento* per effetto di clausole di determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto, in senso sfavorevole all'aderente. Un problema, dunque, di creazione di affidamento e di consapevole delusione (abusiva perché contraria al precetto di buona fede) del medesimo». «Si tratta cioè di riconoscere che la disciplina della prestazione caratterizzante il tipo evocato concreta quei limiti imposti dalla legge per i contratti tipici, di cui all'art.1322, comma 1°, c.c. e, conseguentemente, che la violazione di tali limiti, e cioè la violazione del comma 1° dell'art.1322 (quale norma imperativa che li prevede), reca la nullità ex art. 1418, comma 1°, c.c.» (*op. cit.*, p. 511).

⁽⁸⁶⁾ Il problema è affrontato da Cass. 7.4.2010, n. 8235 (e v. anche la nota di M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto*, in *Giustizia civile*, 2011, I, p. 200 ss.), secondo cui «quando la delimitazione del rischio è di tale ampiezza da finire per escludere *in toto* il rischio assicurato, essa non può ritenersi valida, in quanto finisce per incidere negativamente sulla causa stessa del contratto di assicurazione». La delicatezza della questione si avverte in particolare rispetto alle clausole *claims made*: v. in particolare ancora GITTI, *La « tenuta » del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, cit., pp. 506-507, e l'ampia ricostruzione di V. BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra « primo », « secondo » e « terzo » contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 2, p. 525 ss.

⁽⁸⁷⁾ In questo caso infatti, l'individuazione del rischio garantito coincide con la determinazione dell'oggetto del contratto: cfr. A. D'ADDA, *Commento sub art. 1229*, nel *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2013, p. 367.

⁽⁸⁸⁾ V. *supra*, cap. II, § 5

comma 2, art. 1488, comma 1, art. 1490, comma 2, e 1579 c.c. A partire dalle *rationes* che li ispirano, si possono ricavare quattro generali ordini di limiti all'efficacia dei patti che restringono la portata di una garanzia.

In primo luogo, il garante non può limitare la garanzia rispetto alle conseguenze di eventi già verificatisi e dei quali egli sia a conoscenza. Osserviamo che l'art. 1490, comma 2, c.c. sancisce l'inefficacia del patto limitativo della garanzia «se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa». In questa ipotesi, il garante è a conoscenza dell'esistenza dei vizi, o conosce circostanze in base alle quali è altamente probabile che essi vi siano, e perciò la buona fede imporrebbe di metterne a parte l'acquirente, cosicché egli possa consapevolmente orientarsi nella trattativa rinunciando a concludere il contratto o acconsentendovi solo per un prezzo più basso che tenga conto del vizio⁽⁸⁹⁾. Il ruolo della garanzia è proprio quello di attribuire all'acquirente la certezza circa l'assenza di vizi (e quindi la possibilità di contare su una corrispondente riduzione del prezzo nel caso di loro successiva manifestazione), in modo tale che egli sia tutelato anche nel caso di mancata comunicazione da parte del venditore⁽⁹⁰⁾.

Il pericolo è che, approfittando della propria posizione di vantaggio informativo, il venditore riesca ad ottenere l'esclusione della garanzia, in cambio di una riduzione del prezzo comunque inferiore all'entità della diminuzione del valore del bene che il vizio in realtà comporta. La natura dispositiva delle norme sulle garanzie nella vendita lascia questa scelta nella piena disponibilità delle parti, ma solo a patto che entrambe si trovino nella medesima posizione di incertezza. Al contrario, il comportamento del venditore apparirebbe inaccettabilmente fraudolento ed indurrebbe la controparte ad accettare uno scambio squilibrato.

Poiché la garanzia pura è quella forma giuridica che attua una ripartizione tra le parti di un rischio, e quindi della possibilità di avveramento di un evento pregiudizievole incerto, l'ordinamento non può consentire che una delle parti si avvantaggi di un'asimmetria informativa, ossia del possesso esclusivo di informazioni sui presupposti causali dell'evento (le c.d. circostanze del rischio). Gli obblighi di correttezza e buona fede impongono alla parte che si trovi nella posizione migliore per conoscere le circostanze del rischio di mettere l'altra parte in condizione di averne anch'essa una conoscenza ottimale (comunicandogliele

⁽⁸⁹⁾ Una volta portati i vizi alla conoscenza della controparte, la garanzia cessa automaticamente di valere in virtù dell'art. 1491 c.c.

⁽⁹⁰⁾ A questi fini, non rileva che la mancata comunicazione sia o meno imputabile al venditore, ossia se egli fosse a conoscenza dei vizi o dovesse conoscerli secondo la diligenza richiesta. Ciò rileva unicamente per l'obbligo di risarcimento dei danni di cui all'art. 1494, comma 1, c.c.

esplicitamente o permettendo un esame della situazione di fatto connessa), o per lo meno di non abusarne.

Questa regola può essere generalizzata nel senso che, ogni volta in cui il garante è a conoscenza, prima della stipulazione del contratto, di circostanze del rischio ignote al garantito, sono nulle o comunque inefficaci le pattuizioni (fraudolente) con le quali egli ottiene delle deroghe al regime dispositivo della garanzia a lui favorevoli e sfavorevoli alla controparte, la quale non le avrebbe accettate se fosse stata a conoscenza della reale entità del rischio.

In secondo luogo, non può essere esclusa o limitata la garanzia per il «fatto proprio» del garante. Questo significa che egli continua in ogni caso a rispondere per gli eventi contrari all'interesse garantito a cui abbia dato causa, siano essi precedenti o successivi al trasferimento del diritto ed alla nascita della garanzia⁽⁹¹⁾. Il principio è espresso dall'art. 1487, comma 2, c.c. e dall'art. 1266, comma 1, c.c., secondo i quali, anche quando la garanzia sia stata esclusa, essa vige pur sempre almeno per il «fatto proprio» del garante⁽⁹²⁾. L'art. 1487 sancisce poi espressamente la nullità dei patti contrari.

In terzo luogo, la garanzia non può essere limitata tanto da escludere un nucleo minimo di tutela dell'interesse ad ottenere il risultato attribuito tipicamente dal contratto e che ne assicura la commutatività (artt. 1488, comma 1, e 1579 c.c.), poiché in caso contrario l'assetto di interessi trascolorerebbe in uno schema aleatorio (1488, comma 2, c.c.); alternativa che le parti devono volere e pattuire espressamente al fine di evitare abusi.

Infine, l'inefficacia dei patti limitativi della garanzia può derivare dalla violazione di norme di ordine pubblico, quali quelle che proteggono la salute del garantito o di persone a lui legate da particolari relazioni (art. 1580 c.c.) o quelle che stabiliscono il contenuto minimo della tutela accordata al consumatore (art. 134 cod. cons.).

Non stupiscono certo i tentativi di parte della dottrina di leggere tali previsioni quali applicazioni del principio posto dall'art. 1229 c.c., che come noto sancisce la nullità dei patti che escludono o limitano «la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave» (primo comma)⁽⁹³⁾ e «per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico»

⁽⁹¹⁾ Cfr. Cass. 14.4.2011, n. 8536, cit.

⁽⁹²⁾ L'art. 797 c.c., pur non prevedendone l'inderogabilità, stabilisce che il donante è tenuto a garantire il donatario contro l'evizione del bene «se l'evizione dipende dal dolo o dal fatto personale di lui».

⁽⁹³⁾ In questo senso v. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 919; G. AFFERNI, *Giudizio e regole comuni*, cit., p. 278.

(secondo comma). Questa disposizione detta, in materia di obbligazioni, regole che presentano significative somiglianze con quelle che abbiamo individuato per la garanzia pura. Così, le norme che sanciscono l'inefficacia dei patti limitativi della garanzia in violazione di norme di ordine pubblico si pongono certamente sullo stesso piano del secondo comma dell'art. 1229 c.c.

A ragione, tuttavia, è stato negato un rapporto così diretto tra gli artt. 1266, 1487 e 1490 da un lato ed il primo comma dell'art. 1229 c.c. dall'altro. Decisiva non è tanto la presa d'atto della diversità insuperabile tra obbligazione e garanzia⁽⁹⁴⁾, dal momento che le due figure potrebbero essere parificate dal legislatore ai fini che qui ci occupano⁽⁹⁵⁾. Da tener presente è piuttosto la difficoltà nel riferire alla garanzia pura le categorie del dolo e della colpa grave, sulle quali è costruito il primo comma dell'art. 1229 c.c. Dolo e colpa grave sono criteri di valutazione della condotta della controparte e sono adeguati a giudicare l'esattezza dell'adempimento o l'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta in forza di un rapporto obbligatorio⁽⁹⁶⁾. Più di un dubbio sorge, invece, sul ruolo che essi potrebbero assumere nel contesto del rapporto di garanzia pura, dove l'imputazione delle conseguenze dell'evento contemplato avviene automaticamente, proprio in virtù dell'effetto caratteristico della garanzia ed indipendentemente da qualsiasi valutazione del comportamento delle parti⁽⁹⁷⁾.

Al giudizio sulla validità dei patti di limitazione convenzionale delle tutele offerte dalla garanzia pura deve giungersi piuttosto secondo i differenti criteri che abbiamo individuato a partire dalle norme che specificamente la riguardano, omogenei alla prospettiva del rischio e non a quella dell'adempimento. I concetti di adempimento ed inadempimento si riferiscono ad una condotta da confrontare con l'impegno assunto dal debitore: quando la condotta tenuta non è conforme all'impegno il debitore risponde delle conseguenze che ne derivano⁽⁹⁸⁾. La

⁽⁹⁴⁾ Cfr. BENATTI, voce *Clausole di esonero dalla responsabilità*, cit., p. 398.

⁽⁹⁵⁾ È vero che l'art. 1229 c.c. si riferisce testualmente alle clausole che limitano o escludono la «responsabilità del debitore», ma la distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione (ossia responsabilità) non è sempre seguita con rigore dal legislatore. Si consideri poi che i Principi di Diritto Europeo dei Contratti (art. 8:109) ed il Draft Common Frame of Reference (Ch. III – 3:105) non distinguono a questo proposito: «in tempi in cui si assiste ad un ridimensionamento della tradizionale distinzione dogmatica tra obbligazione e garanzia, forte è la tentazione di una disciplina omogenea di ogni clausola che limiti le tutele del creditore» (D'ADDA, *Commento sub art. 1229*, cit., p. 363).

⁽⁹⁶⁾ BENATTI, voce *Clausole di esonero dalla responsabilità*, cit., p. 399.

⁽⁹⁷⁾ Anche nella struttura della garanzia si possono conservare degli spazi per la valutazione della condotta del garante, ma, come stiamo per vedere, solo in esito a riflessioni più approfondite sulla struttura del rapporto di garanzia e non tramite una meccanica trasposizione di principi dettati in un campo del tutto distinto.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 81 ss.

garanzia pura sottende invece un giudizio di imputazione delle conseguenze negative di un evento nel quale la loro mera manifestazione. Da questo punto di vista, potrebbe concludersi nel senso che la possibilità per il garante di impedire l'evento pregiudizievole (col quale divengono attuali gli effetti indennitari) dia vita ad un mero onere, nel senso che starebbe a lui scegliere se attivarsi per impedire che il rischio si concretizzi, oppure rimanere inerte e poi ristorare i pregiudizi subiti dal garantito. Si afferma quindi, ad esempio, che l'assicuratore «non ha – di regola – alcuna possibilità di incidere sull'evento e, comunque, anche se l'avesse, una eventuale attività in tal senso sarebbe da considerare giuridicamente irrilevante – ossia non entrerebbe a far parte del regolamento contrattuale»⁽⁹⁹⁾.

Ciò non vale però ad escludere che degli obblighi di comportamento possano comunque inserirsi nella struttura della garanzia o affiancarsi ad essa. Questo si verifica anzi in tre ordini di ipotesi, con intensità via via crescente. La prima ipotesi, già individuata, è quella degli obblighi di solvibilità, espressione della categoria degli obblighi integrativi o strumentali diretti a preservare la possibilità di prestare l'indennizzo, tipizzati rispetto alla garanzia assicurativa ma estensibili a qualsiasi forma di garanzia pura⁽¹⁰⁰⁾. La loro funzione è quella di tutelare l'interesse «secondario» del garantito alla certezza della neutralizzazione delle conseguenze avverse dell'evento mediante l'indennizzo. Quando però si ha a che fare con una garanzia di evento, a rilevare è anche l'interesse primario all'ottenimento del risultato promesso. In questo caso, quindi, il garante deve ritenersi obbligato anche a non cagionare col proprio comportamento la frustrazione dell'interesse della controparte⁽¹⁰¹⁾.

Per di più, quando l'evento dedotto dipende in maniera più o meno immediata dalla condotta del garante, che ha quindi la concreta possibilità di influire su di esso, l'impegno a garantire il risultato appare idoneo a dare origine anche ad un obbligo di comportamento diretto a procurare o quanto meno a favorire la soddisfazione dell'interesse primario. Dal momento che, in questi casi, il comportamento del garante potrebbe anche essere dedotto quale prestazione dovuta in un rapporto obbligatorio, la scelta di adottare la forma giuridica della garanzia (in luogo dell'obbligazione) deve essere intesa come diretta ad ampliare la tutela della controparte oltre il limite dell'impossibilità sopravvenuta della medesima

⁽⁹⁹⁾ CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 96 (e v. anche pp. 77-78).

⁽¹⁰⁰⁾ V. *supra*, cap. II, § 2.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 160, secondo cui se il garante agisce in modo contrario al verificarsi dell'evento vi è un vero e proprio inadempimento, esito che presuppone logicamente l'esistenza di un obbligo; e nello stesso senso TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 479.

prestazione o della sua inidoneità a procurare il risultato. La garanzia pura, in altre parole, realizza l'attribuzione immediata del risultato e rende l'effetto che le è proprio, quello indennitario, indipendente dalla valutazione dei mezzi da impiegare per la soddisfazione dell'interesse. ⁽¹⁰²⁾.

Parallelamente, quindi, non si può certo ritenere che, in una situazione come quella descritta, la previsione di una garanzia in luogo di un'obbligazione valga a limitare gli obblighi di comportamento a carico di chi la assume. Certo essi passano, per così dire, in secondo piano, dal momento che la loro considerazione rimane assorbita quando si tratta di attribuire un ristoro per la lesione dell'interesse tutelato ⁽¹⁰³⁾. Tuttavia, averne messo in luce la presenza non è operazione inutile, poiché essi recuperano un ruolo proprio rispetto alla questione di cui ci stiamo occupando.

Si immagini un regolamento contrattuale in forza del quale, a fronte di una controprestazione, una parte promette di procurare un risultato ma pretende che sia limitata la propria responsabilità. Nel caso in cui la forma scelta sia quella dell'obbligazione, la limitazione alla responsabilità del debitore non potrà valere in caso di dolo o colpa grave da parte sua. Qualora invece, con l'evidente intento di dare maggior tutela al creditore, il risultato venga dedotto in garanzia, sarebbe incongruo consentire una limitazione degli effetti rimediali di questa nel caso in cui, per ipotesi, il garante impedisca dolosamente la produzione del risultato (magari avendo apposta fissato un massimale di garanzia molto basso). La differenza strutturale tra garanzia ed obbligazione, che impedisce un'applicazione diretta a questa fattispecie dell'art. 1229 c.c., non può condurre all'esito iniquo di restringere la protezione dell'interesse rilevante sotto la maschera di una maggiore tutela. Ecco che in questa situazione emerge pienamente l'utilità della ricostruzione di obblighi di comportamento scaturenti dallo stesso patto (o previsione legale) che dà vita al rapporto di garanzia. Se anche le parti hanno pattuito una garanzia che comprime in realtà la tutela del creditore, le limitazioni poste alla responsabilità da violazione degli obblighi non valgono però per i casi di dolo o colpa grave, nei quali egli, in forza dell'art. 1229 c.c., potrà comunque far valere pienamente i rimedi conseguenti all'inadempimento. Così, se la garanzia prevedeva un massimale

⁽¹⁰²⁾ L'ampliamento della tutela si coglie considerando che, invece, la responsabilità ha connotato il limite dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (o del caso fortuito nelle ipotesi di responsabilità oggettiva); la tutela dell'interesse del creditore è quindi coestesa rispetto alla sufficienza e possibilità dei mezzi dedotti nel rapporto, da determinare secondo buona fede (cfr. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 329 ss.).

⁽¹⁰³⁾ Il giudizio che porta ad attribuire l'indennizzo non riguarda infatti la valutazione della condotta del garante, ma si arresta alla verifica di un fatto storico corrispondente al rischio dedotto in garanzia e delle sue conseguenze.

all'indennizzo oppure delle limitazioni al rischio garantito tali per cui l'evento verificatosi ne sarebbe escluso, nell'ipotesi in cui la lesione dell'interesse dipende da dolo o colpa grave del garante deve essere comunque ristorato l'intero pregiudizio ⁽¹⁰⁴⁾.

La delimitazione della portata della garanzia rispetto al risultato promesso non può elidere la portata dell'impegno assunto (che coinvolge, in base alla ricostruzione da noi accolta, anche degli obblighi di comportamento), almeno nella misura in cui una pari restrizione delle conseguenze giuridiche della lesione dell'interesse della controparte non sarebbe possibile in un rapporto obbligatorio.

5. La predeterminazione dell'indennizzo in misura eccessiva e la sua riduzione.

Un problema speculare a quello appena trattato si pone nel caso in cui venga pattuito un indennizzo in misura fissa o che comunque possa risultare superiore rispetto all'ammontare dei pregiudizi effettivi ⁽¹⁰⁵⁾. La soluzione comunemente evocata per consentire una riduzione dell'importo dovuto prevede un'applicazione – diretta o analogica – della disciplina della clausola penale e quindi l'attribuzione al giudice del potere di ridurre ad equità la somma pattuita laddove questa si riveli eccessiva.

La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 1384 c.c. è stata sostenuta sulla base della presunta assimilabilità delle clausole di *indemnity* e *price adjustment* alla clausola penale ⁽¹⁰⁶⁾. In realtà, non appare superabile la diffusa obiezione per cui la

⁽¹⁰⁴⁾ Si può utilmente richiamare, a questo proposito, il percorso logico che conduce ad applicare l'art. 1229 c.c. anche alla fattispecie della penale irrisoria, laddove anche la penale assolve la funzione di «limitare il risarcimento alla prestazione promessa» (art. 1382 c.c.): cfr. BENATTI, voce *Clausole di esonero dalla responsabilità*, cit., p. 399. Più articolata la ricostruzione di D'ADDA, *Commento sub art. 1229*, cit., p. 365, secondo cui il ricorrere della *ratio* dell'art. 1229 c.c. deve essere accertato «mediante un giudizio funzionale e concreto» calibrato sul ruolo della clausola nel contesto del regolamento contrattuale.

⁽¹⁰⁵⁾ Secondo PATTI, *Meccanismi di price adjustment e penalty rule nella vendita di partecipazioni societarie*, cit., p. 148 si tratterebbe solo di ipotesi marginali: «dal momento che l'indennizzo o la rideterminazione del prezzo viene in genere quantificata sulla base di una differenza patrimoniale o di una differenza di valore e non supera l'ammontare che sarebbe stato conseguibile mediante un'azione risarcitoria, difficilmente potrebbe affermarsi il carattere manifestamente eccessivo dell'ammontare». In realtà, questo dato pare limitare l'applicabilità della soluzione proposta dall'autore, ma non escludere in generale l'utilità di un controllo sul rapporto tra ammontare dell'indennizzo e pregiudizi effettivi subiti dal garantito.

⁽¹⁰⁶⁾ V. PATTI, *Meccanismi di price adjustment e penalty rule nella vendita di partecipazioni societarie*, cit., spec. p. 142 ss.; e già ID., *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 248, nt. 170, ove si afferma che «l'indennizzo, sebbene quantificabile secondo criteri differenti

penale richiede di necessità quale presupposto l'inadempimento ad un'obbligazione e non può dunque accedere, almeno in via generale, ad una garanzia⁽¹⁰⁷⁾. Anche la possibilità di applicare analogicamente la stessa norma non pare convincente⁽¹⁰⁸⁾. In primo luogo, infatti, è opinione non isolata quella che afferma la natura eccezionale della norma che consente la riduzione giudiziale della penale⁽¹⁰⁹⁾. Ma soprattutto, come stiamo per vedere, non sembra sussistere in questo caso alcuna lacuna che consenta il ricorso all'analogia.

Merita adesione, invece, la tesi secondo la quale lo stesso risultato di riduzione dell'indennizzo pattuito in misura eccessiva può essere ottenuto tramite l'applicazione delle norme in tema di garanzia pura, ed in particolare alla luce del principio indennitario. Ancora una volta, dunque, come già a proposito del problema delle limitazioni dell'indennizzo, la disciplina della garanzia si dimostra autonoma ed autosufficiente, e non vi è necessità di ricorrere ad una sua integrazione mediante un rinvio (spesso problematico) alle norme sull'obbligazione; ferma la possibilità di applicare la disciplina dell'obbligazione per i profili in cui entrino effettivamente in gioco degli obblighi di comportamento.

È corretta l'affermazione per cui il vigore del principio indennitario impone la

rispetto al risarcimento, costituisce pur sempre una forma di ristoro del danno che le parti possono avere interesse a quantificare in via forfetaria». Sulla possibilità di intendere, in determinate circostanze, i meccanismi di *price adjustment* come effetti rimediali riconducibili alla garanzia pura, v. *supra*, cap. III, § 5.

⁽¹⁰⁷⁾ V. per tutti E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., p. 338, nt. 180; e di recente E. LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni in tema di clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, p. 92, secondo cui «una clausola che prevedesse il pagamento di una somma di denaro da parte del debitore per il solo fatto della mancata esecuzione della prestazione, anche se derivante da caso fortuito, forza maggiore o comunque da una causa *non imputabile* al debitore, non potrebbe – pur essendo perfettamente valida – essere qualificata come clausola penale in senso stretto. Si tratterebbe, infatti, di una clausola affatto diversa, e cioè di una clausola di assunzione del rischio, assolutamente estranea al regolamento dettato dal Codice civile in tema di clausola penale».

⁽¹⁰⁸⁾ A favore sono invece E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., p. 338, nt. 180, e SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 313 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Così in dottrina G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, nel *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, II, Torino, 1988; in giurisprudenza Cass. 30.12.1997, n. 13120, secondo cui «la disposizione dell'art. 1384 cod. civ., contemplando l'attribuzione al giudice del potere di incidere in un caso del tutto peculiare sulle pattuizioni private e di modificare il relativo contenuto, è norma che fa eccezione alla regola generale, immanente al sistema e formalmente sanzionata nell'art. 1322 cod. civ., che impone il rispetto dell'autonomia contrattuale dei privati, e, consequenzialmente, non è passibile di applicazione analogica a situazioni diverse da quella in essa specificamente previste» (la sentenza nega quindi che il giudice possa ridurre ad equità l'indennizzo pattuito *ex art.* 1381 c.c.). Lo stesso argomento veniva invocato per escludere l'applicazione dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria: v. i precedenti citati da PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 422; ed ancor oggi, pur dopo i noti e controversi interventi della Corte Costituzionale, Cass. 30.6.2014, n. 14776. La natura eccezionale dell'art. 1384 c.c. rispetto all'art. 1322 c.c., tuttavia, è stata smentita da Sez. Un. 13.9.2005, n. 18128 nell'occasione in cui ha riconosciuto la possibilità di esercizio d'ufficio del potere di riduzione dell'ammontare della penale.

riduzione dell'indennizzo qualora quest'ultimo sia superiore ai pregiudizi effettivamente sofferti dal garantito ⁽¹¹⁰⁾. Manca ancora, tuttavia, l'individuazione della specifica norma che consente al giudice la riduzione, poiché il principio indennitario indica la necessità di diminuire l'indennizzo ma non il mezzo tecnico per farlo. All'esito voluto si deve invece giungere tramite l'art. 1909, comma 2, c.c., secondo cui, se non vi è stato dolo da parte del contraente, l'assicurazione per una somma che eccede il valore reale della cosa «ha effetto fino alla concorrenza del valore reale della cosa assicurata». La regola – che del principio indennitario costituisce una delle principali espressioni – sancisce il divieto di sovrassicurazione e prevede una specifica sanzione per la sua violazione, consentendo di ricondurre la garanzia pura al rispetto della sua funzione ⁽¹¹¹⁾.

Una garanzia pura, nella quale l'indennizzo sia determinato in misura superiore ai pregiudizi effettivamente verificatisi, è dunque inefficace per la parte eccedente l'ammontare complessivo di questi ultimi. L'applicazione della regola conduce ad una verifica della compatibilità tra i criteri di quantificazione dell'indennizzo (in misura fissa o variabile) eventualmente previsti nel contratto ed i principi alla luce dei quali si individuano i pregiudizi subiti dal garantito, da noi già individuati ⁽¹¹²⁾: ferma la libertà per le parti di modulare variamente gli interessi tutelati dalla garanzia e quindi il genere di pregiudizi indennizzabili, la natura imperativa del principio indennitario – legato a ragioni di ordine pubblico – richiede di rintracciare in ogni caso una lesione della sfera del garantito nella forma della perdita o del mancato guadagno.

Resta tuttavia da esplorare un'altra possibilità di applicazione delle norme sulla clausola penale all'ambito della garanzia pura, che non sembra sia stata sin qui ipotizzata dalla dottrina. Giustamente è stato detto che la disciplina della penale

⁽¹¹⁰⁾ Questa soluzione era stata suggerita, per la prima volta, da E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., p. 338, nt. 180, seppur preferendole quella dell'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c., ed ha ricevuto una convinta adesione da parte di D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., pp. 213-214. La tesi è riproposta oggi anche da SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 314, e da TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 487.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, cit., p. 92, che sempre tramite l'art. 1909, comma 2, c.c. ritiene possibile correggere la stima eccessiva del valore del bene (e v. anche p. 69 ss. sul significato della norma quale diretto corollario del principio indennitario). L'autore trova conferma della compatibilità della soluzione col sistema nell'art. 1384 c.c. (e nell'art. 1526), deducendone che «le forme di liquidazione à forfait del danno sono lecite, ma sempre col limite che esse rimangano fondamentalmente aderenti alla funzione di risarcimento» (p. 94 ss.). Questa ricostruzione, benché richiami l'art. 1384 c.c., non va per nulla confusa con quella favorevole ad un'applicazione analogica della stessa norma alla garanzia pura. Sulla tesi di Partesotti, v. oggi anche CORRIAS, *Giulio Partesotti e il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 7 ss.

⁽¹¹²⁾ Come si ricorderà, questi criteri costituiscono spesso un rinvio ai parametri per la valutazione del «bene» indicati nel contratto (v. *supra*, § 1). La verifica qui richiesta riguarderà allora la coerenza tra le distinte previsioni contrattuali relative alla determinazione del prezzo e dell'indennizzo.

potrebbe pur sempre trovare spazio in questo campo, nel caso in cui il garante abbia in concreto la possibilità di incidere sulla realizzazione dell'evento dedotto in garanzia ⁽¹¹³⁾. Ciò consentirebbe di applicare, almeno in queste ipotesi, l'istituto della riduzione ad equità di cui all'art. 1384. La tesi trova una conferma in quanto da noi osservato nel paragrafo precedente, circa l'esistenza – parallelamente alla garanzia – di un obbligo di comportamento del garante qualora egli abbia garantito l'evento (e non solo l'indennizzo) e questo dipenda in qualche modo dalla sua condotta. In questa ipotesi, essendovi un impegno di carattere obbligatorio, ha senso parlare di penale nel significato di cui agli artt. 1382 c.c.; e non si può escludere che le funzioni di questa siano assolte dall'indennizzo previsto dal regolamento contrattuale come effetto della garanzia pura.

L'esito a cui può condurre l'applicazione della regola di cui all'art. 1384 c.c. non è però la riduzione dell'ammontare dell'indennizzo all'effettivo pregiudizio – scopo al quale è già sufficiente il ruolo svolto dall'art. 1909, comma 2, c.c. – ma anzi, al contrario, la determinazione dell'indennizzo in misura *superiore* ai pregiudizi sofferti. La riduzione dovrebbe infatti tener presente anche la funzione afflittiva o coercitiva propria della penale. Se si ritiene che l'interesse del creditore a preconstituire una sanzione per indurre la controparte all'inadempimento rilevi ai sensi dell'art. 1384 c.c., e dunque sia da tenere in considerazione nel disporre la riduzione ad equità ⁽¹¹⁴⁾, allora allo stesso modo anche la correzione giudiziale dell'ammontare dell'indennizzo potrebbe arrestarsi ad un livello superiore rispetto alla misura dei pregiudizi verificatisi (ma comunque non eccessivo, proprio tenendo conto dell'«interesse che il creditore aveva all'adempimento»).

In questo modo, se il venditore abbia garantito un determinato evento sul quale egli stesso abbia la possibilità di influire – come nel caso delle pattuizioni relative alla c.d. gestione interinale fino al momento del *closing* ⁽¹¹⁵⁾ – sarà consentito fissare la misura dell'indennizzo anche tenendo conto dell'interesse a costituire un incentivo all'adempimento da parte del garante.

⁽¹¹³⁾ Così PATTI, *Meccanismi di price adjustment e penalty rule nella vendita di partecipazioni societarie*, cit., pp. 147-148, sulla scorta della dottrina tedesca.

⁽¹¹⁴⁾ In questo senso sembra orientato LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni in tema di clausola penale*, cit., p. 96.

⁽¹¹⁵⁾ Su questo genere di clausole cfr. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 193 ss.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Le acquisizioni societarie*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2011.
- L. ABELLO, *Trattato della locazione*, Napoli, 1915.
- G. AFFERNI, *Giudizio e regole comuni*, in SIRENA (a cura di), *Vendita e vendite*, nel *Tratt. dei contratti* diretto da V. Roppo, I, Milano, 2014.
- G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.
- A. ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Milano, 2019.
- G. AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 127.
- S. AMBROSINI, *Trasferimento di partecipazioni azionarie, clausole di indemnity e contratto per persona da nominare*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 910.
- C. ANGELICI, *La partecipazione azionaria come oggetto di circolazione*, nel *Tratt. delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2*, Torino, 1991.
- C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schesinger, Milano, 2012.
- V. ANGELONI, *Clausole di garanzia nelle compre-vendite commerciali*, Napoli, 1924.
- T. ASCARELLI, *In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori, amministratore indiretto*, in *Foro it.*, 1953, I, 1639, ora in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955.
- T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1952, I, p. 385, ora in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955.

- P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*³, Oxford, 1981.
- P.S. ATIYAH, *Judicial Techniques and the Law of Contract*, in ID., *Essays on Contract*, Oxford, 1986.
- P.S. ATIYAH, *Misrepresentation, Warranty and Estoppel*, in *Alberta Law Review*, IX, 1971, p. 347.
- V. BACHELET, *Il “contributo di riflessione” dell’ordinanza che rimette la questione sulla validità delle claims made alle Sezioni Unite*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di, Milano, 2018.
- V. BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra « primo », « secondo » e « terzo » contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 2, p. 525.
- R.M. BECKMANN, Vor § 453, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2014.
- F. BENATTI, voce *Clausole di esonero dalla responsabilità*, nel *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, II, Torino, 1988.
- A. BELVEDERE, *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, in A. BELVEDERE – M. JORI – L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979, p. 349 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 2016.
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953.
- C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, nel *Tratt. di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1993.
- F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 2, p. 294.
- F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, in F. BONELLI – M. DE ANDRÉ (a cura di), *Acquisizioni di società e pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, p. 7.
- G. BUSET, *Vendita di partecipazioni sociali di «controllo» e garanzie patrimoniali: rassegna critica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 6, II, p. 355.
- L. BUTTARO, voce *Assicurazione (contratto di)*, nell’*Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 467.

- L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983.
- O. CAGNASSO, *La “lunga marcia” di avvicinamento delle partecipazioni di s.r.l. alle azioni*, in *Giur. it.*, 2017, 11, p. 2425.
- R. CALVO, *Consegna di cosa diversa e garanzia di buon funzionamento*, in P. SIRENA (a cura di), *Vendita e vendite*, nel *Tratt. dei contratti* diretto da V. Roppo, I, Milano, 2014.
- R. CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1527.
- R. CALVO, in *La tutela per vizi e difetti qualitativi*, in P. SIRENA (a cura di), *Vendita e vendite*, nel *Tratt. dei contratti* diretto da V. Roppo, I, Milano, 2014.
- C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, nel *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1988, p. 410.
- F. CAPPAL, *La natura della garanzia per i vizi dell’opera nel dibattito teorico e nell’esperienza applicativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 7/8, p. 1467.
- B. CARBONI – M. BALLORIANI, *Le garanzie e la vendita di cosa altrui*, in D. VALENTINO (a cura di), *I contratti di vendita*, II, nel *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2007.
- U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contr.*, 2002, 2, p. 120.
- B. CASSANDRO SULPASSO, *La réification de la créance in diritto francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 533.
- C. CASTRONOVO, *Commento sub art. 1176 c.c.*, nel *Commentario al codice civile* diretto da P. Cendon, IV, Torino, 1994.
- C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, II, p. 397 ss.
- C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in R. ALESSI (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005.

- C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, p. 83.
- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006.
- C. CASTRONOVO, voce «*Obblighi di protezione*», nell' *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1991.
- C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.
- C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1978, p. 65.
- C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1, p. 16.
- A. CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 570.
- S. CHERTI, *Cessione di pacchetti azionari e garanzie convenzionali*, in *Contr.*, 2013, 11, p. 1046.
- S. CHERTI, *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Padova, 2004.
- S. CICCARELLO, voce *Indennità (dir. priv.)*, nell' *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971.
- S. CIRINO POMICINO, *Clausola di aggiustamento prezzo*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, vol. I, Torino, 2017.
- E. CIVERRA, *Cessione di azioni: una clausola di garanzia generica e incoerente*, *Soc.*, 2017, 4, p. 430.
- C. CONFORTINI, *Clausole di rappresentazione e garanzia*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, vol. II, Torino, 2019.
- G. CONTE, *Sulla disciplina delle garanzie convenzionali nella vendita di pacchetti azionari, con l'auspicio che si affermi un indirizzo riformatore*, in *giustiziacivile.com.*, 2014, 4.
- P. CORRIAS, *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 301

- P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006.
- P. CORRIAS, *Giulio Partesotti e il diritto delle assicurazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018,1, p. 4.
- P. CORRIAS, *Il problema della onerosità-gratuità nel contratto di assicurazione e nei contratti aleatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, p. 68.
- P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo e o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 41.
- P. CORRIAS, *Manleva (patto di)*, nell'*Enc. giur.*, Roma, 2007 (aggiornamento).
- P. CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 3, p. 901.
- G. COTTINO – M. IRRERA, *Il contratto di assicurazione in generale*, in O. CAGNASSO – G. COTTINO – M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, nel *Tratt. di dir. comm.* diretto da G. Cottino, X, Padova, 2001.
- W. COURTNEY, *Contractual Indemnities*, Oxford and Portland, 2014.
- A. D'ADDA, *Commento sub art. 1229*, nel *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2013.
- A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002.
- C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano, 2003.
- M. D'ONOFRIO, *Interruzione della prescrizione in caso di vizi della cosa venduta: occorre la domanda giudiziale?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1021.
- M. D'ONOFRIO, *Le Sezioni Unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della cosa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale*, in *Contr.* 2019, 5, p. 501.
- T. DALLA MASSARA, *Garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni: una proposta ricostruttiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 4, p. 1181.
- T. DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle*

Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia, in *Contr.*, 2019, 4, p. 373 ss.

- T. DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contr. e impr./Europa*, 2012, 2, p. 838.
- T. DALLA MASSARA, *Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni Unite in tema di vendita*, in *Contr.* 2019, 5, p. 501.
- T. DALLA MASSARA – M. D’ONOFRIO, *Clausole di garanzia nella cessione di partecipazioni: struttura, legittimazione ad agire e prescrizione*, in *Contr.*, 2018, 3, p. 299.
- G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, II, nel *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2005.
- G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, nel *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, II, Torino, 1988.
- G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 533 ss., ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 3.
- G. DE NOVA, *The Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011.
- G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.
- M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.
- S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Scritti in memoria di Giovanni Gabrielli*, Napoli, 2018.
- F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: “contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici”*, in *Giur. comm.*, 2013, 3, I, p. 480.
- A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 1, p. 2.
- A. DI MAJO GIAQUINTO, *L’esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

- A. DONATI, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1937, p. 407.
- A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*⁸, Milano, 2006.
- S. EREDE, *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, in F. BONELLI – M. DE ANDRÉ (a cura di), *Acquisizioni di società e pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, p. 197.
- G. FANELLI, *Le assicurazioni*, I, nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973.
- R. FUBINI, *Il contratto di locazione di cose*, Milano, 1917.
- P. GRECO, *Le società di comodo e la vendita delle loro azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, p. 123.
- G. FERRI, *Incidenza delle obbligazioni sociali nei rapporti fra cedente e cessionario di quota sociale*, in *Foro it.*, 1936, I, c. 712.
- P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001 (ristampa).
- F. FEZZA, *Spunti per un'indagine sulla vendita dei pacchetti azionari*, in *Giur. comm.*, 2000, 4, p. 585.
- FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁸, § 313, München, 2019.
- H. FLEISCHER, *Due diligence und Best Knowledge beim Unternehmenskauf*, in AA. VV., *Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung*, München, 2003.
- H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München, 2001.
- A. FONDRIESCHI, *In tema di errore sul valore economico di quote*, in *Contr.*, 1997, 3, p. 233.
- C. FÖRSTER, *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie*, Tübingen, 2010.
- M. FRAGALI, voce *Garanzia*, nell'*Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 448.
- Fletcher Cyclopedia of the law of corporations*, a cura di C.A. Jones, vol. 12°, Danvers, 2017.

- F. GALGANO, *Cessione di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva fra socio e società*, in *Contr. impr.*, 2004, 2, p. 537.
- F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010.
- F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone²*, nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1982.
- P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 641.
- P. GALLO, *Compensatio lucri cum damno e benefici collaterali. Parte prima: la compensatio lucri cum damno e le sue trasformazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3 p. 853.
- A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964.
- A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 3, p. 559.
- M.P. GERGEN, *Negligent Misrepresentation as Contract*, in *California Law Review*, Vol. 101, No. 4 (August 2013), p. 953.
- M.P. GERGEN – J. JASTRZEBSKI, *Representation, Warranty and Indemnity*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018.
- G. GITTI, *La « tenuta » del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 508.
- G. GORLA, voce *Azione redibitoria*, nell'*Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 879.
- G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, nel *Tratt. di dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. I, Torino, 1937.
- U. GRASSI, *Commento sub art. 1490*, nel *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, Torino, 2011.
- B. GRAZZINI, *Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2013, 2, p. 466.

- P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*², nel *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1981.
- P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo futuro prossimo?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31 (2002), I, p. 39 ss.
- L. GUFFANTI PESENTI, *Riconoscimento operoso del venditore e termine di prescrizione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 4, p. 1200.
- U. HUBER, *Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 202 (2002), p. 180.
- G. IORIO, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006.
- G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 757.
- A. LANCIANI, *Il prezzo (modalità, aggiustamenti, garanzie del pagamento dilazionato)*, in *Le acquisizioni societarie*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2011.
- S. LANDINI, *Commento sub artt. 1892-1894*, nel *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, Torino, 2011.
- E. LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni in tema di clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, p. 92.
- A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 4, p. 516.
- A. LUMINOSO, *La vendita*, nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2014.
- R. LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961 (ed. postuma a cura di G. Persico).
- M. MAGGIOLO, *La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI – F. CURSI (a cura di), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli, 2011.
- V. MANNINO, *Le tutele per le anomalie del bene venduto tra antico e postmoderno*, in R. ALESSI (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005.

- M. MANTOVANI, *“Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.
- V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 12, p. 1565.
- S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 4, p. 1092.
- S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017.
- L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.
- L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, 1975.
- L. MENGONI, *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivati dai vizi della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 297, ora in ID., *Scritti*, (a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi), II, Milano, 2011.
- L. MENGONI, *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.
- L. MENGONI, *L’oggetto dell’obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 56 ss., ora in ID., *Scritti*, (a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi), II, Milano, 2011.
- L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss., ora in ID., *Scritti*, (a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi), II, Milano, 2011.
- L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 3 ss., ora in ID., *Scritti* (a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi), II, Milano, 2011.
- G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, nel *Commentario del Codice Civile*, libro IV, tomo III, Torino, 1960.
- P. MONTALENTI, *Le acquisizioni societarie: profili contrattuali*, in ID., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Scritti in tema di società per azioni*, Padova, 1999.

- A. NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, in R. ALESSI (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005.
- A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 3, p. 528.
- A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 818.
- A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano 1998.
- F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, Napoli, 2015.
- G. OBERTO, *Vendita «di cose» e vendita «di diritti» nell'art. 1470 c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 504.
- G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943 I, p. 230.
- E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino, 1995.
- G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, p. 369.
- G. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, Padova, 1967.
- F.P. PATTI, *Meccanismi di price adjustment e penalty rule nella vendita di partecipazioni societarie*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 1, p. 133.
- F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015.
- G. PICOT (a cura di), *Unternehmenskauf und Restrukturierung*, München, 2013.
- M. PINTO, *Le garanzie «patrimoniali» nella vendita di partecipazioni azionarie di controllo: qualificazione giuridica e termini di prescrizione*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 427.
- F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.
- F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni «di risultato» e delle obbligazioni*

- “di mezzi”: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza, in *Contr.*, 2014, 10, p. 911.
- F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contr.*, 2017, 1, p. 55.
- F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 2, p. 599.
- L. PIAZZA, voce *Garanzia (dir. civ.)*, nell'*Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989.
- R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n. 203 (*Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, Paris, 1823, II, p. 93).
- R.J. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, Parigi-Orleans, 1764, tr. it., *Trattato del contratto di locazione del Signor Pothier*, a cura di F. Foramiti, Venezia, 1835.
- M. M. PRATELLI – M. ROLI, *Tre sentenze di merito in tema di vendita di partecipazioni sociali*, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 421.
- F. PRESSACCO, voce *Rischio*, nel *Dizionario di Economia e Finanza Treccani online*, 2012.
- L. RAAPE, *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 150, 6, 1949, p. 488.
- E. RABEL, *The Nature of Warranty of Quality*, in *Tulane Law Rev.*, 1950, 3, p. 274.
- L. REGAZZONI, *Il trasferimento della qualità di associato come cessione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 6, p. 780.
- L. REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5.
- F. ROSELLI, *Commento sub art. 1905*, in A. LA TORRE (a cura di), *Le assicurazioni*³, Milano, 2014.
- M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto*, in *Giustizia civile*, 2011, I, p. 200.

- D. RUBINO, *La compravendita*², nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962.
- D. RUBINO – G. IUDICA, *Appalto*⁴, nel *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2007.
- R. SACCO – G. DE NOVA, *Il Contratto*, nel *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, I, Torino, 2004.
- G. SCALFI, *Assicurazione (contratto di)*, nel *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, IV, vol. I, Torino 1987, p. 341.
- G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991.
- D. SCARPA, *Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 395.
- A.P. SCARSO, *La responsabilità del venditore di partecipazioni sociali nel diritto italiano e tedesco*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 481.
- A.P. SCARSO, *La vendita non garantita di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 2, p. 123.
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, nel *Noviss. dig. It.*, VIII, Torino, 1962.
- P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1276.
- Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales*, a cura di R.B. Thompson, London, 2017.
- P. SIRENA, *La nozione della vendita: causa e oggetto*, in ID. (a cura di), *Vendita e vendite*, nel *Tratt. dei contratti* diretto da V. Roppo, I, Milano, 2014.
- G. SMORTO, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 1, p. 223.
- M. SPERANZIN, *Compravendita «non convenzionalmente garantita» di partecipazioni sociali di “controllo”*, in *Giur. Comm.*, 2019, 3, I, p. 471.
- M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di “controllo” e garanzie*

contrattuali, Milano, 2006.

- M. SPERANZIN – A. TINA, *Una recente proposta legislativa in tema di trasferimento di aziende e di partecipazioni sociali*, in *Società*, 2014, 3, p. 261.
- F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in ID., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990.
- G. STELLA, *La fideiussione come garanzia personale del credito*, nel *Tratt. dei contratti* diretto da V. Roppo, IV, 2, Milano, 2014.
- M. STELLA, *Le business warranties nell'intreccio tra garanzia edilizie, prescrizione e decadenza*, in *Giur. it.*, 2014, 11, p. 2406.
- A. STILTON, *Sale of shares and businesses*, London, 2018.
- A. TINA, *Clausole di garanzia, patti parasociali ed esonero da responsabilità degli amministratori nel trasferimento di partecipazioni societarie*, in *Giur. comm.*, 2017, 5, II, p. 908.
- A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007.
- A. TINA, *Il termine di prescrizione degli impegni di garanzia e indennizzo nel trasferimento di partecipazioni societarie*, in *giustiziacivile.com.*, 2014, 10.
- A. TINA, *Trasferimento di partecipazioni societarie ed annullamento del contratto*, in *Giur. comm.*, 2008, 1, II, p. 103.
- G. TREITEL, *The Law of Contract*¹¹, Londra, 2003.
- P. TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, p. 359.
- P. TRIMARCHI, *Le garanzie contrattuali nell'acquisto di partecipazioni sociali*, in *Giur. comm.*, 2016, 1, I, p. 12.
- E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.
- G. TUCCI, voce *Garanzia*, nel *Dig. disc. priv.*, IV, p. 581.
- L. VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita. Tradizione romanistica e*

problemi dommatici attuali, in L. GAROFALO (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, 2011.

L. VACCA, *Profili della “risoluzione” nella compravendita e nella locazione tra storia e comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, p. 493

S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010.

G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2019, 6, p. 744.

A. ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 306.

A. ZACCARIA, *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 372.

R. ZIMMERMANN, *The Development of Liability for Non-conformity in German Sales Law*, in ID., *The New German Law of Obligations*, Oxford, 2005.

R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990.

A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 516.