

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto

Studi di diritto privato

176

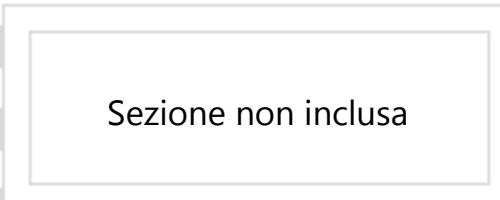
LUIGI REGAZZONI

LA GARANZIA NEL DIRITTO DEI CONTRATTI

*LOGICHE ECONOMICHE,
SCELTE LEGISLATIVE
E AUTONOMIA PRIVATA*



Acquista
qui



Sezione non inclusa

CAPITOLO I

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Il frequente ricorso a «garanzie» nella prassi contrattuale e nell’ordinamento positivo: problemi operativi e lacune del diritto di fonte legislativa. — 2. Alcune (incerte) risposte dal diritto vivente, nel segno dell’incerto rapporto tra garanzia ed obbligazione. — 3. Necessità di una più approfondita analisi sistematica in vista della configurazione autonoma del modello della garanzia: il programma della ricerca successiva. — 4. Le difficoltà nel ricostruire la figura (autonoma) della garanzia a partire dall’ordinamento positivo: ambiguità del termine «garanzia» e necessità di una definizione.

1. *Il frequente ricorso a «garanzie» nella prassi contrattuale e nell’ordinamento positivo: problemi operativi e lacune del diritto di fonte legislativa.*

Un fenomeno che non può certo passare inosservato, alla luce della prassi contrattuale degli ultimi anni, è quello per cui frequentemente l’autonomia privata — soprattutto nei rapporti tra imprese o comunque in contesti imprenditoriali — sceglie di ripartire tra i contraenti il rischio di taluni profili rilevanti ai fini del pieno successo dell’operazione economica, ricorrendo a tale scopo allo strumento delle pattuizioni di «garanzia».

La tendenza è particolarmente evidente nell’ambito della cessione di partecipazioni societarie «di controllo», dove sovente si disciplina — secondo modelli negoziali di provenienza estera ed in particolare anglosassone — il rischio che il patrimonio o l’andamento dei profitti della società ceduta non si rivelino in linea con le attese dell’acquirente, determinando così *a posteriori* uno squilibrio dello scambio sul piano economico (1).

(1) Sulle dinamiche negoziali che caratterizzano il settore del trasferimento di

Ma lo stesso avviene anche in altri settori particolarmente sensibili del traffico giuridico, come in quello delle compravendite di immobili, dove non è raro che le parti prevedano specifiche e dettagliate garanzie in relazione non soltanto alle caratteristiche intrinseche del bene (secondo il modello tipico delle garanzie per i difetti materiali della cosa venduta di cui agli artt. 1490 ss. c.c.), ma altresì all'attitudine del bene a generare un reddito per il proprietario (normalmente in virtù di contratti di locazione che interessino l'immobile medesimo) (2).

La pattuizione di garanzie è altresì diffusa, inoltre, nel settore dell'energia quando le parti si avvalgano di particolari strutture contrattuali volte a disciplinare la fornitura di servizi funzionali al miglioramento dell'efficienza di un impianto energetico. In questo contesto, l'appaltatore del servizio garantisce il raggiungimento di un certo livello di rendimento ed il conseguente risparmio di costi, impegnandosi ad indennizzare il committente nel caso in cui — anche per circostanze esterne alla sfera di controllo dell'appaltatore — il risultato non venga raggiunto (3).

partecipazioni societarie, con particolare riguardo alle « clausole di garanzia », si rinvia in particolare a G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011; M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006; A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007; C. CONFORTINI, *Il governo dei rischi nella vendita di partecipazioni*, Milano, 2020; AA.VV., *Le acquisizioni societarie*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2011; F. BONELLI-M. DE ANDRÉ (a cura di), *Acquisizioni di società e pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990; 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 Galgano, Torino, 1995, p. 247 ss.; C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano, 2003; G. BUSER, *Vendita di partecipazioni sociali di « controllo » e garanzie patrimoniali: rassegna critica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 6, II, p. 355. Cfr. altresì, con riguardo al sistema americano e quello britannico, 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; con riguardo all'ordinamento tedesco, v. invece G. PICOT (a cura di), *Unternehmenskauf und Restrukturierung*, München, 2013.

(2) V. ad esempio il caso deciso da Cass. 25 marzo 2009, n. 7225, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 111 ss., con nota di C. CARNICELLI, *Garanzia di redditività dell'immobile alienato e atipicità del contratto: incidenza sul sinallagma e implicazioni disciplinari*.

(3) Si tratta dei cosiddetti *Energy Performance Contracts* (EPC), o contratti di

INTRODUZIONE

In comune alle evocate fattispecie (fra loro eterogenee) vi è la circostanza per cui uno dei contraenti non intende assumere un determinato rischio con riguardo alla buona riuscita dell'operazione (ossia con riguardo alla piena attuazione del risultato da lui atteso), preferendo piuttosto pagare un prezzo supplementare per vedersi attribuita la «sicurezza» che, qualora per qualsiasi ragione l'esito voluto non si verifichi, potrà ricevere una forma di indennizzo sostitutiva dell'utilità mancata.

A modelli di regolazione analoghi ricorre però anche la legge. E ciò non soltanto, com'è noto, nella disciplina di istituti più «tradizionali» come la cessione del credito (artt. 1266-1267 c.c., con riguardo alle garanzie per l'esistenza del credito e per la solvenza del debitore ceduto) o del contratto (di cui il cedente garantisce invece la validità *ex art.* 1410 c.c.), o di tipi contrattuali come la compravendita (si pensi ovviamente, in particolare, alla garanzia per l'evizione *ex art.* 1483 ss. c.c. o per i vizi e le qualità del bene, di cui all'*art.* 1490 ss.), la locazione (art. 1578 ss., ancora in tema di vizi) o l'appalto (art. 1667 s., relativi alla garanzia per le difformità ed i vizi dell'opera) (4).

L'istituzione di nuove fattispecie legali di garanzia si osserva oggi soprattutto negli ambiti del diritto privato patrimoniale oggetto dei più significativi interventi normativi dell'attuale «stagione» del diritto contrattuale, vale a dire quelli della cosiddetta contrattazione asimmetrica (5). In tale contesto, la previsione di garanzie è coerente con le finalità «protettive» della disciplina

rendimento energetico, su cui v. C. BENANTI, *Energy Performance Contract: il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, in *Osserv. dir. civ. comm.*, 2017, 2, p. 403 ss., che ritiene che l'impegno assunto dall'appaltatore equivalga ad una «obbligazione di risultato»: ma è una questione su cui torneremo in seguito.

(4) Su queste notissime figure di garanzia torneremo ovviamente in seguito, sicché pare superfluo fornire ora indicazioni al riguardo.

(5) V. sin d'ora, al riguardo, A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 370 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 5, p. 515 ss.; ed altresì A. D'ADDA-V. BACHELET, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti. Contratti asimmetrici del consumatore e d'impresa*, Torino, 2020.

della parte debole, che si intende sollevare da determinati rischi da cui la medesima non saprebbe adeguatamente guardarsi.

Particolarmente significativa, ovviamente, è la «garanzia legale di conformità» prevista nell'ambito dei contratti di vendita (e degli altri tipi contrattuali ad essa equiparati) nei rapporti tra professionisti e consumatori (art. 128 ss. c. cons.), oggetto di recente riforma in occasione dell'attuazione della direttiva (UE) 2019/771, sostitutiva della precedente direttiva 1999/44/CE (6). Ma si pensi altresì, sempre nell'ambito dei rapporti di consumo, alle tutele disposte in favore del consumatore — sulla base della direttiva (UE) 2015/2302 — dall'art. 42 d.lgs. 23 maggio 2011 n. 79 («codice del turismo»), delle quali pure si offre talora una lettura nella prospettiva della garanzia (7).

Alla base di questo «ritorno» della garanzia nella tecnica legislativa, vi è senz'altro l'acquisizione di consapevolezza — anche grazie allo sviluppo delle teorie economiche — della circostanza per cui le contrattazioni si svolgono nella maggior parte dei casi in contesti di *incertezza* e soprattutto di *asimmetria informativa*, e di come ciò possa determinare esiti inefficienti sia sul piano individuale sia su quello collettivo, dando luogo a fallimenti del mercato. È su questi presupposti che si spiega, in prospettiva ordolibera, l'intervento del legislatore nazionale e (soprattutto) europeo (8): un intervento che individua proprio (anche) nella garanzia — in quanto come vedremo, forma giuridica, deputata a regolare

(6) Cfr. i ricchi contributi raccolti in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, Torino, 2022.

(7) V. ad esempio S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, p. 72 ss.; T. PELLEGRINI, *La responsabilità dell'organizzatore di pacchetti turistici e il problema dell'art. 42 del codice del turismo*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2019, p. 385 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*⁴, Torino, 2020, p. 628 ss.

(8) V. in particolare S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 2, p. 257 ss. (spec. p. 273 ss.); A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 3, p. 555 ss. (spec. p. 573 ss.); A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, p. 9 ss.

Termine estratto capitolo

CAPITOLO II

LE IPOTESI TIPICHE DI GARANZIA NEL CODICE CIVILE E NELLE LEGGI SPECIALI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le garanzie per i vizi «giuridici» e materiali nella compravendita. — 3. Le garanzie per vizi e molestie nella locazione. — 4. La garanzia per vizi e difformità dell'opera nell'appalto. — 5. La garanzia di conformità nella vendita di beni di consumo. — 6. L'assicurazione contro i danni. — 7. Sintesi conclusiva: le ragioni dell'autonomia del modello concettuale della garanzia.

1. *Premessa.*

Come abbiamo anticipato, la trattazione delle diverse fattispecie di «garanzia» che avrà luogo in questo capitolo è funzionale ad individuare — alla luce della genesi storica e dell'evoluzione nella lettura degli istituti — un nucleo omogeneo di significato del termine, in base al quale impostare l'indagine successiva, volta a delineare invece i caratteri distintivi che la garanzia assume nelle ipotesi tipiche che a questa figura concettuale possono essere ricondotte.

Pur mantenendo la necessaria sinteticità, cercheremo di valutare criticamente gli esiti del dibattito svoltosi in merito alla qualificazione delle diverse fattispecie in esame, mettendo a fuoco in particolare un problema di grande rilievo sul piano sistematico (non privo, come vedremo di ricadute operative): quello di capire se un particolare effetto contrattuale (o complesso unitario di effetti contrattuali) funzionale alla «gestione» di rischi che incidono sulla piena soddisfazione degli interessi delle parti del contratto possa essere utilmente reputato — come taluni orientamenti sug-

geriscono — uno dei possibili contenuti di un rapporto obbligatorio, o se invece — come altri ritengono — richieda una considerazione ed una concettualizzazione autonoma, come quella consentita proprio dalla categoria dogmatica della garanzia.

2. *Le garanzie per i vizi «giuridici» e materiali nella compravendita.*

Le tracce più antiche degli istituti che hanno poi assunto il nome di garanzia si rinvengono, com'è noto, nel regime della compravendita nel diritto romano, che attribuiva al compratore azioni fondate sul fatto oggettivo dell'evizione o della scoperta di vizi del bene (1).

Soprattutto all'origine, tali azioni si fondavano in realtà su presupposti concettuali ed operativi piuttosto differenziati, derivando talora più genericamente dall'*actio empti* (diretta a far valere una violazione della *bona fides*) e talaltra da specifiche pattuzioni convenzionali o da norme di carattere «speciale», ideate in relazione a particolari tipologie negoziali (2): è questo, in particolare, il caso delle tutele offerte dall'*actio aestimatoria* (o *quanti minoris*) e dall'*actio redhibitoria*, introdotte dagli edili curuli a van-

(1) Come già abbiamo rilevato, i termini «garanzia» e «garantire» risultano estranei al lessico romano (ove si impiegava a fini analoghi il verbo *praestare* o, in ambito processuale, il sostantivo *auctoritas*), e vengono per lo più ricondotti a radici germaniche (v. *supra*, cap. I, § 4, nota 34), mentre secondo altre tesi, come riferisce C. FÖRSTER, *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie*, Tübingen, 2010, p. 34 ss., origini latine e germaniche si sovrapporrebbero.

(2) Cfr. per uno sguardo d'insieme, con riferimento alle tutele contro l'evizione, M. TALAMANCA, voce *Vendita* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 385 ss.; L. VACCA, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in EAD., *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali*, Torino, 2015 (nuova ed. ampliata a cura di B. Cortese), p. 29 ss.; EAD., *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, ivi, p. 239 ss.; T. DALLA MASSARA, *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema romano vigente*, in *Iura*, vol. 57, 2009, p. 245 ss.; Id., *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padova, 2007, p. 279 ss.

taggio degli acquirenti di schiavi e animali nei mercati soggetti alla loro giurisdizione (3).

In seguito, si sarebbe verificato un progressivo avvicinamento tra le diverse azioni, culminato — nell'ambito della tutela contro i difetti del bene — con la generalizzazione delle azioni edilizie a tutte le forme di compravendita in età giustinianea (4); mentre, per quanto riguarda l'evizione, l'*actio empti* avrebbe col tempo esteso il proprio ambito applicativo (limitato, in origine, ai casi in cui vi era una *scientia* del venditore) sino a riguardare ogni ipotesi di fatto evizionale, operando quale presidio del puro rapporto di corrispettività tra le prestazioni previste dal contratto (5).

Pur non potendosi certo trascurare le indubbie differenze tra le varie costruzioni (delle quali si conservano tutt'oggi alcune tracce) (6), è certo utile ai nostri fini osservare come le diverse tu-

(3) Sui rapporti tra le azioni edilizie in diritto romano e l'attuale disciplina della vendita, v. per tutti L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 243 ss.; 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. Traduzione romanistica e problemi attuali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, 2011, p. 273 ss.; T. DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contr. e impr./Europa*, 2012, 2, p. 838 ss. E cfr., anche in prospettiva comparistica, G. AFFERNI, *La garanzia per i difetti materiali nella vendita. Una prospettiva di diritto privato europeo*, Torino, 2018.

(4) Secondo VACCA, *op. ult. cit.*, p. 280 s., questo avrebbe inquinato l'originaria chiarezza della costruzione romanistica, dando causa alle successive difficoltà di ricostruzione del sistema.

(5) Cfr. DALLA MASSARA, *op. ult. cit.*, p. 256 ss.

(6) Per ragioni storiche di continuità rispetto alla tradizione romanistica si può giustificare, ad esempio, l'attuale regola (di cui all'art. 1487 c.c.) per cui — a differenza di quanto previsto per la garanzia contro i vizi materiali del bene, da cui il venditore può essere interamente esonerato tranne che qualora abbia tacito in mala fede il vizio (art. 1490, comma 2, c.c.) — il patto con cui si esclude l'applicazione delle tutele contro l'evizione (*pactum de non praestanda evictione*) non ha efficacia qualora essa provenga dal venditore o dai suoi aventi causa; ed in ogni caso, anche dove l'esclusione sia operativa, è dovuta in ogni caso la restituzione del prezzo pagato, oltre al rimborso delle spese (art. 1488 c.c.); cfr. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 398 s. Vedremo peraltro *infra*, cap. VI, § 5, come una siffatta regola possa considerarsi ancor oggi sorretta, oltre che da motivazioni storiche, da giustificazioni sostanziali ben profonde.

tele in favore del compratore siano state sempre lette in una spettiva teorica unitaria, a lungo (e fin dall'epoca romana) orientata secondo il modello concettuale dell'obbligazione.

Già nel diritto romano, peraltro, sia le azioni edilizie (7) sia quelle derivanti dall'evizione (8) si distinguevano per una non marginale peculiarità. Esse erano fondate, infatti, su requisiti puramente *oggettivi*, legati al mero fatto della perdita del possesso del bene o dell'esistenza di un difetto non dichiarato, e non presupponevano una certa valutazione della condotta del venditore o la consapevolezza dei vizi da parte di quest'ultimo (9).

Ciò non costituiva tuttavia un ostacolo ad inquadrare tali figure nella categoria dell'*obligatio*, il cui contenuto — specialmente in origine — non si raccordava necessariamente ad una prestazione (in senso stretto) del debitore (10). In questa logica era allora possibile concepire il *praestare* — ossia il rispondere delle conseguenze di un determinato fatto, anche di carattere impersonale (11) — come uno dei contenuti possibili del rapporto di

(7) Cfr. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento e rispondenza ex fide bona*, Roma, 2020, p. 100, secondo cui «una fra le più rilevanti particolarità della tutela era la sua “impermeabilità” allo stato soggettivo del venditore, il quale soccombeva indipendentemente dalla sua condotta, anche provata, in buona fede. Si trattava di una tutela oggettiva, la cui operatività era legata al solo fatto del vizio non dichiarato (o della qualità non presente)».

(8) DALLA MASSARA, *op. ult. cit.*, p. 251 rileva come la figura dell'*auctoritas* (su cui si fondava almeno inizialmente la tutela contro l'evizione nell'ambito della *mancipatio*) desse luogo ad una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione, ma questa «si presentasse in sostanza come un'obbligazione di risultato (giacché si muoveva dal fatto in sé considerato che il *mancipio accipiens* non avesse a soccombere in giudizio)». E cfr. altresì la ricostruzione della garanzia offerta da Calamandrei, *cit. supra*, cap. I, § 4, nota 34.

(9) La *scientia* del venditore incideva soltanto sulla quantificazione dell'importo spettante al compratore: il solo importo del prezzo in caso di *bona fides* del venditore (o del locatore, come vedremo) e l'intero ammontare del danno in caso di *mala fides* (cfr. CORTESE, *op. cit.*, p. 106; L. VACCA, *Profili della “risoluzione” nella compravendita e nella locazione fra storia e comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 2, p. 493 ss.).

(10) V. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 15.

(11) TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 25.^a

Termine estratto capitolo

CAPITOLO III

STRUTTURA E FUNZIONE DELLA GARANZIA

SOMMARIO: 1. Una definizione di garanzia. — 2. Le ulteriori fattispecie tipiche di garanzia. — 3. Struttura e funzione della garanzia: una premessa. — 4. La struttura della garanzia: effetti primari ed effetti secondari (rimediali). — 5. La funzione della garanzia: l'attribuzione immediata di un'utilità, non essenzialmente dipendente da una condotta del garante. — 6. Il ruolo della lesione dell'interesse sostanziale tutelato dalla garanzia ai fini dell'attivazione degli effetti rimediali. — 7. *Segue*: ragioni e portata del principio indennitario nella disciplina della garanzia. — 8. L'incertezza dell'evento o del pregiudizio. — 9. *Segue*: duplicità della nozione di rischio: il rischio come presupposto della garanzia e come «rischio garantito». — 10. Alcune «sottocategorie» di garanzia. — 10.1. Garanzie relative ad un rischio «generico» ovvero ad un rischio «specifico». — 10.2. Garanzie «di indennizzo» e garanzie «di risultato».

1. *Una definizione di garanzia.*

Tornando alla questione da cui abbiamo iniziato questa indagine, è ora possibile — in base ai dati positivi relativi alle fattispecie in cui ci è sembrato trovare applicazione il modello della garanzia — individuare una definizione del termine che costituisce oggetto del nostro studio.

Preliminarmente, occorre compiere una scelta in merito al genere di definizione che meglio si adegu a all'obiettivo qui perseguito (1). Questa definizione dovrà rivelarsi infatti utile, prima an-

(1) Circa il significato ed il ruolo delle definizioni sia in termini logici che di teoria giuridica, v. in particolare BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, cit., p. 1 ss.; ID., *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, cit., p. 155 ss. Ci atterremo qui alla «definizione di definizione» proposta dall'autore, in base alla quale con tale termine si indica «una qualsiasi proposizione che stabilisce il significato di una determinata parola in un certo contesto» (ivi, p. 155).

cora che a fini di organizzazione concettuale del sistema, a servire fattispecie *ulteriori* di garanzia (tipiche ovvero atipiche), anche allo scopo di consentire di delineare il campo di applicazione dell'insieme di regole e principi propri di questo modello di disciplina.

Se dunque ci è ignoto, almeno in partenza, l'esatto perimetro dell'insieme di oggetti cui la definizione si riferisce, non potremo evidentemente adottare una definizione *estensionale*, la quale presupporrebbe proprio l'elencazione di tali oggetti o delle «sotto-classi» in cui questi si lasciano suddividere (2).

Non minori difficoltà si incontrano, tuttavia, nel tentativo di delineare una definizione *intensionale* di garanzia, che richiederebbe di specificare le caratteristiche che un certo elemento deve possedere per esservi ricompreso. In particolare, non sembra possibile procedere ad individuare una definizione *per genus et differentiam*, nella quale «la classe di oggetti cui si riferisce la parola da definire [...] viene determinata indicando la classe più ampia in cui è compresa [...], e poi le caratteristiche che permettono di distinguere quella determinata sottoclasse dalle altre sottoclassi comprese nella stessa classe» (3).

Ebbene, nel nostro caso sarebbe necessario, per costruire una siffatta definizione, ricondurre la garanzia ad una categoria dogmatica più ampia, per poi individuare i suoi tratti distintivi rispetto alle altre figure concettuali appartenenti alla stessa categoria. Sebbene dunque ci sia già stato possibile delineare talune specificità della garanzia, ad esempio nel confronto con l'obbliga-

(2) BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 162. Per dettare una definizione estensionale di garanzia occorrerebbe dunque enumerare tutte le fattispecie (quanto meno tipiche) nelle quali essa ricorre.

(3) Ivi, p. 163. Un esempio di definizione *per genus et differentiam* è quella in base alla quale «il termine ‘vertebrato’ indica un animale a simmetria bilaterale, provvisto di corda dorsale e di uno scheletro cartilagineo od osseo, ecc.» (ivi, p. 162); nel senso che «la classe di oggetti cui si riferisce la parola da definire (nell'esempio: ‘vertebrato’) viene determinata indicando la classe più ampia in cui è compresa (nell'esempio: ‘animale’), e poi le caratteristiche che permettono di distinguere quella determinata sottoclasse dalle altre sottoclassi comprese nella stessa classe (nel'esempio: la presenza di uno scheletro ecc.)».

zione, sembra più complessa l'individuazione di una categoria generale cui ricondurle entrambe (ad esempio, quella di «rapporto giuridico» o di «situazione giuridica soggettiva»); ma soprattutto — in ragione della scarsa omogeneità di vedute in proposito — questa operazione sembra poter avere una ridotta utilità operativa nell'esame delle fattispecie più discusse. Tanto più che ad una susseguizione della garanzia in categorie teoriche più generali si potrà pervenire, eventualmente, soltanto dopo averne identificato i caratteri strutturali e funzionali, e dunque all'esito di questa prima fase dell'indagine.

Per ottenere una definizione utile anche sul piano operativo, e per non dover affrontare immediatamente le difficoltà concettuali che una definizione (diretta) *per genus et differentiam* risulterebbe imporre, sembra allora opportuno adottare una definizione contestuale (di carattere indiretto), che detti cioè *le condizioni di impiego del termine in un enunciato* (4).

Nel fare ciò, è preferibile evitare il riferimento alla struttura o alla funzione della garanzia, identificabili soltanto mediante un processo di astrazione dalle fattispecie legali. Proprio perché, invece, la nostra definizione intende essere d'aiuto nell'interpretazione dei testi di legge, è bene che essa si fondi su dati offerti da questi ultimi in via per lo più immediata, senza richiedere (almeno in un primo momento) rielaborazioni concettuali ulteriori.

Sembra allora opportuno, per queste ragioni, elaborare la definizione di garanzia a partire dal tratto che ci è parso più direttamente caratterizzare questa figura nei testi legislativi (e che già più

(4) V. BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 167, secondo cui definizioni *dirette* sono quelle che «definiscono *direttamente* un termine (*definiendum*) mediante un'espressione (*definiens*) equivalente, che, pertanto, gli può essere sostituita in ogni enunciato in cui compaia, senza alterarne il significato» (come esempio di definizione diretta cfr. quella di «vertebrato» riportata alla nota precedente). Definizioni *indirette* sono invece quelle «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 *contextuali*».

volte ci ha consentito di distinguerla dall'obbligazione) (5), a dire la previsione di effetti giuridici rimediali senza alcuna causa esimente, ed indipendentemente da una valutazione negativa della condotta del soggetto onerato, così da realizzare la piena allocazione del rischio di un evento incerto.

Potremo allora così formulare la definizione di garanzia: «*vi è una garanzia qualora sia previsto che, per un certo periodo di tempo, nel caso in cui si verifichi un evento appartenente ad una determinata classe di eventi e idoneo a determinare un pregiudizio ad un soggetto X, da ciò conseguano inevitabilmente (senza la previsione di cause esimenti) uno o più effetti giuridici tali da neutralizzare o mitigare il pregiudizio subito da X, ponendone il costo a carico di un altro soggetto Y, purché l'evento o il pregiudizio derivante da questo fossero incerti per X»* (6).

Il soggetto X può essere indicato ovviamente come «*garantito*» ed il soggetto Y come «*garante*»; mentre gli eventi idonei ad «attivare» la garanzia possono essere denominati «*eventi garantiti*» (7).

La composizione della «classe di eventi» cui l'accadimento dannoso deve appartenere — la quale, come vedremo meglio in

(5) A patto, ovviamente, di accettare la scelta (le cui ragioni abbiamo illustrato alla fine del capitolo precedente) di distinguere nettamente la categoria di garanzia da quella di obbligazione.

(6) In alternativa, si potrebbe proporre una definizione del verbo «*garantire*». A questa stregua, «Y garantisce X rispetto ad una classe di eventi A» equivale ad affermare che «nel caso in cui si verifichi un evento incerto appartenente alla classe di eventi A, da ciò conseguono necessariamente (senza la previsione di cause esimenti) uno o più effetti giuridici tali da neutralizzare o mitigare le conseguenze sfavorevoli che l'evento ha determinato per X, ponendole a carico di Y».

(7) Tutte quelle appena proposte costituiscono, com'è ovvio, esempi di definizioni *stipulative* (cfr. BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 159, secondo cui una definizione stipulativa esprime «non solo la proposta, rivolta ad altri, di adottare quel certo significato per quella determinata parola, ma anche il proposito dell'autore della definizione di adottare egli stesso tale significato tutte le volte che, in un dato contesto, gli accada di usare quella parola»), o più propriamente di *ridefinizioni*, ossia «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» (ivi, p. 160).

Termine estratto capitolo

CAPITOLO IV

PROBLEMI DI INFORMAZIONE CONTRATTUALE E GARANZIE

SOMMARIO: 1. L'incompletezza informativa nel diritto dei contratti: una prospettiva economica di indagine. — 2. In particolare: le asimmetrie informative tra i contraenti. Fallimento del mercato e risposte dell'ordinamento giuridico. — 2.1. Asimmetria informativa e problemi di selezione avversa negli scambi di mercato. — 2.2. Modelli giuridici di disciplina dell'asimmetria informativa e incentivi per i contraenti. — 2.3. *Segue*: dall'autoresponsabilità alla sanzione per l'omessa informazione. — 2.4. L'asimmetria informativa e la garanzia. — 3. Oltre l'asimmetria: la garanzia in situazioni di incertezza «bilaterale». — 4. Le garanzie (e la loro esclusione) come «veicoli di informazione» per il mercato in condizioni di incertezza.

1. *L'incompletezza informativa nel diritto dei contratti: una prospettiva economica di indagine.*

Per comprendere più in profondità il ruolo della garanzia nell'ambito del diritto dei contratti, sembra opportuno esaminare la funzione che essa si rivela in grado di assumere in una prospettiva di carattere economico (1). Solo in questo modo, infatti, sembra

(1) Circa il ruolo e l'utilità delle prospettive di analisi economica del diritto e di *Law & Economics*, v. in particolare G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, Yale University Press, 2016; R.D. COOTER, *Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nella analisi economica del diritto*, in *Quadrimestre*, 1991, 2, p. 526 ss.; E.A. POSNER, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, in *The Yale Law Journal*, 2003, Vol. 112, p. 829 ss.; ed i contributi raccolti in G. BELLANTUONO-U. IZZO (a cura di), *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto: atti della Lectio Magistrali di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei*, Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 24 ottobre 2019, Trento, 2022; ed in G. BELLANTUONO-U. IZZO (a cura di), *Il contributo di Pie-*

possibile intendere talune delle ragioni sostanziali sottese alle regole fattispecie tipiche di garanzia; inoltre, solo una siffatta consapevolezza funzionale consentirà di valutare le potenzialità applicative delle disposizioni dettate al riguardo.

È peraltro da tener presente, sul piano del metodo, la cautela che induce a non assolutizzare gli esiti raggiunti in una siffatta prospettiva di indagine; i quali devono essere considerati in un quadro più articolato, che deve tenere conto dei molteplici piani di valutazione tenuti in considerazione dalla regola giuridica, in relazione ai diversi valori (non soltanto di tipo economico) accolti dall'ordinamento (2).

Ad ogni buon conto, è proprio nella prospettiva del mercato considerata dall'analisi economica del diritto dei contratti che si colgono taluni problemi implicati delle situazioni di *incertezza*, nelle

tro Trimarchi all'analisi economica del diritto: atti del convegno, Trento, 16-18 dicembre 2020, Trento, 2022.

(2) V. in particolare L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, in ID., *Scritti*, I, cit., p. 263 ss.; A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, spec. p. 101 ss. Ben noti sono, in ogni caso, i limiti intrinseci all'approccio di analisi economica degli istituti giuridici. Da un lato, i problemi legati alla razionalità limitata degli individui rendono il modello dell'*homo oeconomicus* (sotteso al metodo dell'analisi economica) non certo universalizzabile (cfr. in particolare i contributi raccolti in G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI, *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, ed ivi in particolare A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, p. 11 ss.; R. CATERINA, *Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale*, p. 47 ss.; G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, p. 59 ss.; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, p. 75 ss.; e v. altresì R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, 2008; C. SUSTEIN (a cura di), *Behavioral law and economics*, Cambridge-New York, 2000; E. BATELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, p. 106 ss.). Da un altro, è chiaro che questo metodo non indica di per sé fini, bensì soltanto mezzi per raggiungerli, lasciando per il resto alla volontà politica l'individuazione degli equilibri allocativi da perseguire (cfr. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, cit., p. 555 ss.). Infine, lo strumento del contratto è di per sé inidoneo a tenere conto degli obiettivi di giustizia distributiva consacrati anche a livello costituzionale, da perseguire mediante strumenti diversi (E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, p. 1262 ss.).

quali la garanzia opera. Ed è sempre nella prospettiva della regolazione del mercato che la garanzia può rivelare più ampiamente le proprie potenzialità come strumento di «gestione» del rischio (3).

Vediamo allora, nelle pagine che seguono, quale significato assume in prospettiva economica il problema dell'incertezza, o in altri termini, della *carenza* (o incompletezza) *informativa* che può colpire i contraenti nella fase che precede la formazione dell'accordo contrattuale.

Nel ricostruire i presupposti di teoria economica che sottostanno al paradigma «liberale» del contratto (cui si può fondamentalmente ricondurre la disciplina dettata dal nostro codice civile) (4), è frequente il richiamo alle riflessioni della scuola economica marginalista, in base alle quali uno scambio è «razionale» (e dunque merita il riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico) nella misura in cui consente a ciascuno dei contraenti di acquisire un bene cui egli stesso attribuisce un'utilità maggiore rispetto a quella ceduta in corrispettivo (5).

(3) Sulla considerazione delle regole di diritto privato in prospettiva regolatoria, v. in particolare ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., p. 9 ss. Peraltro, già ALPA, voce *Rischio (dir. vig.)*, cit., p. 1147, invitava a riflettere circa le articolate prospettive di valutazione (economiche, giuridiche, politiche e sociali) che possono concorrere nell'individuazione del soggetto nella cui sfera allocare un certo rischio contrattuale; ed in tale prospettiva, rilevando la tendenza prevalente nel nostro ordinamento, nel senso di «considerare il contratto come atto economico privato salvi i limiti esterni dettati da ragioni di interesse pubblico», concludeva che «anche il controllo del modo di operare del rischio e quindi della distribuzione di esso riguarda l'autonomia dei privati e quindi rileva socialmente solo in quanto le parti possano, con le loro pattuizioni, ledere l'interesse sociale». Cfr. anche P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, spec. p. 10 ss. e p. 385 ss.

(4) GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, cit., p. 86 ss.; A. ZOPPINI, voce *Contratto ed economica comportamentale*, in *Enc. dir., I tematici - Contratto*, Milano, 2021, p. 313; BATTELLI, *op. cit.*, p. 112; F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. RISPOLI FARINA-A. SCIARRONE ALIBRANDI-E. TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, 2, Torino, 2017, p. XV ss.

(5) Cfr. M. BARCELLONA, *Diritto, economia e analisi economica del diritto*, in BELLANTUONO-IZZO (a cura di), *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto*, cit. p. 10 ss. Notoriamente, nella visione inaugurata da Pareto e poi proseguita dalla scuola marginalista, uno scambio è efficiente quando dà luogo ad un mutamento della situazione iniziale degli individui tale per cui «la situazione di

Si ritiene infatti che uno scambio che accresce le utilità sposte dei contraenti sia altresì utile a livello collettivo, perché in grado di accrescere nel complesso il benessere della società (6).

In questa logica, una delle condizioni fondamentali che consentono ai contraenti di compiere scambi razionali si individua nella possibilità per i contraenti medesimi di valutare l'idoneità dei beni oggetto dello scambio a soddisfare le proprie esigenze individuali: ed è evidente come questo richieda la disponibilità delle *informazioni* necessarie a tale scopo (7).

Comeabbiamo già evidenziato ad altro proposito, tuttavia, è del tutto fisiologico che gli agenti del mercato agiscano sulla base di informazioni *incomplete*, il che sovente preclude loro la possibilità di massimizzare l'utilità ottenuta mediante lo scambio. È questo uno dei fattori della «razionalità limitata» dei contraenti e, di riflesso, del mercato nel suo insieme.

ognuno sia migliore di quella iniziale o, più esattamente, quando non sia possibile migliorare la situazione di uno senza pregiudicare quella dell'altro»; in questa prospettiva, dunque, negli scambi individuali «il raggiungimento dell'efficienza [...] avviene spontaneamente, sol che ciascun individuo sia opportunamente informato e libero di scegliere» (ivi, p. 11). Cfr. COOTER-MATTEI-MONATERI-PARDOLESI-ULEN, *op. cit.*, p. 21 ss.

(6) La concezione dell'efficienza sottesa alle teorie marginaliste (peraltro non certo indiscussa) si candida infatti a divenire un criterio di organizzazione dell'intero mercato (e della società), in base all'assunto per cui «le società non siano niente di più che la somma degli individui che le compongono, e che, perciò, il sistematico miglioramento della situazione di qualsiasi parte di tali individui che non implichi il peggioramento di quella degli altri di traduce, sempre e necessariamente, in un attivo sociale» (BARCELLONA, *op. cit.*, p. 11). È evidente la distanza tra l'impostazione appena evocata e qualsiasi idea di redistribuzione delle ricorse e quindi di ordinamento (economico e quindi giuridico) improntato anche fini sociali.

(7) V. in particolare GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno*, *cit.*, p. 275 ss.; Id., *Knowledge and information*, in S. GRUNDMANN-H.-W. MICKLITZ-M. RENNER, *New Private Law Theory. A pluralist Approach*, Cambridge, 2021, p. 230 ss.; GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, *cit.*, p. 555 ss. Ulteriori requisiti (che l'ordinamento giuridico traduce in termini di «capacità di intendere e di volere») sono che entrambi i contraenti agiscano in modo autointeressato (cioè al fine di massimizzare il proprio utile individuale), che essi siano dotati di un'adeguata capacità valutativa e che le loro preferenze, che lo scambio deve soddisfare, siano dotate della necessaria stabilità (cfr. COOTER-MATTEI-MONATERI-PARDOLESI-ULEN, *op. cit.*, p. 21 ss. p. 233 ss.).

Termine estratto capitolo

CAPITOLO V

LE GARANZIE DI FONTE LEGALE

SOMMARIO: 1. Assetto legale delle garanzie e scelte di politica del diritto. — 1.1. Il ruolo della garanzia nei contratti «con rischio esterno». — 1.2. Il ruolo della garanzia nei contratti «con rischio interno». — 2. L'alternativa tra responsabilità e rischio nella disciplina legale dell'informazione contrattuale nei contratti «con rischio interno». — 3. Le fattispecie legali di garanzia e le loro giustificazioni sostanziali: uno sguardo d'insieme. — 3.1. Le garanzie contro i vizi «giuridici» nella compravendita e nella locazione. — 3.2. Le garanzie contro i vizi «materiali» nella compravendita, nella locazione e nell'appalto. — 4. Garanzie contro i «vizi» del bene ed interessi sostanziali. — 5. La tutela della razionalità economica dello scambio tra garanzia e presupposizione.

1. *Assetto legale delle garanzie e scelte di politica del diritto.*

Vediamo ora, alla luce di questa ricostruzione dei problemi connessi all'incertezza ed alle possibili soluzioni a disposizione dell'ordinamento, come l'ordinamento legale abbia inteso regolare le ipotesi di carenza informativa in capo ai contraenti nella fase di formazione del contratto (e in alcuni casi, come nell'ipotesi dell'appalto, anche in fase di esecuzione), indagando in particolare, dato l'oggetto di questo studio, l'area che il legislatore intende coprire mediante la previsione di garanzie (1).

Prima di procedere in una disamina (pur sintetica) di tali scelte è tuttavia necessaria una premessa. Abbiamo infatti visto nel capitolo precedente come la forma giuridica della garanzia costi-

(1) Sui diversi profili di rilevanza dell'informazione nel diritto dei contratti, cfr. G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 705 ss., ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 343 ss.

tuisca uno strumento adeguato al fine di affrontare taluni dei problemi del mercato che derivano dall'insufficiente o squilibrata diffusione tra i contraenti delle informazioni necessarie per valutare l'utilità degli scambi.

Si è anche tuttavia avvertito come sia necessario contenere entro opportuni limiti l'impiego della garanzia nella disciplina dei contratti. Da un lato, infatti, come si rivela inefficiente attribuire ad uno dei contraenti l'intero rischio dell'operazione in una logica di autoresponsabilità, così pure non sarebbe ottimale riallocare il rischio completamente sull'altro contraente, potenziale garante. In tale ipotesi, invero, la parte garantita sarebbe privata di gran parte degli incentivi a valutare *ex ante* l'opportunità e la convenienza dell'affare, disponendo di una tutela contro qualsiasi profilo di insoddisfazione legato al medesimo, anche quando dovuto ad una sua errata valutazione (2).

D'altro lato, un «*eccesso*» di garanzia avrebbe effetti distorsivi sulla formazione dei prezzi nel mercato: poiché il rischio sopportato da una parte si traduce in un aumento del valore della contro-prestazione che questa parte è indotta a richiedere per concludere l'accordo, è evidente che l'attribuzione di rischi eccessivi ad uno solo dei contraenti — anche oltre la misura della tutela che sia appropriato concedere alla parte svantaggiata — conduce alla individuazione di un prezzo più elevato del necessario, in ragione dei costi che il garante potrebbe essere tenuto a sopportare (3).

(2) Può sorgere qui, dunque, un problema di «azzardo morale» (*moral hazard*) da parte del compratore: cfr. EMONS, *op. cit.*, p. 49; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 352, secondo cui «vi è un indiscutibile principio di sopportazione del rischio di gestione in conseguenza del quale il singolo contraente [...] non può addossare ad altri il rischio di errori di previsione implicito nei calcoli sulla economicità della gestione e sullo stato del mercato»; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 787. Circa il problema dell'errore sul valore (o sul prezzo) della prestazione, v. per tutti P. GALLO, *Errore sul valore e trasferimenti ingiustificati di ricchezza alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Quadri-mestre*, 1992, p. 656 ss.; e per ulteriori riferimenti anche MANTOVANI, «Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio», *cit.*, p. 215 s.

(3) V. ancora EMONS, *op. cit.*, p. 48 ss. per un'analisi economica del livello ottimale delle garanzie in ragione del diverso genere di incentivi che si intende realizzare.

Alla luce di queste premesse, è allora preferibile che la disciplina legale si limiti ad individuare *un nucleo essenziale* di informazioni maggiormente rilevanti, delle quali allocare il rischio in capo alla parte meglio in grado di acquisirle, mediante la previsione di garanzie; per il resto, saranno semmai i contraenti a prevedere in via pattizia ulteriori garanzie a favore di quello di essi che, pur interessato, non abbia la possibilità di reperirle autonomamente (4).

Ben si comprende, allora, come l'individuazione della proporzione con cui applicare le diverse tecniche di disciplina dell'asimmetria informativa coinvolga delicate opzioni di politica del diritto, legate alla scelta del modello di scambi che più si addice ad un determinato assetto storico-politico (5).

Poiché è opportuno, in un ordinamento di legge scritta, che scelte di questo genere spettino in primo luogo al legislatore, si rivela allora necessaria un'indagine circa i criteri con cui le diverse logiche (autoresponsabilità, cooperazione, rischio) trovano applicazione negli svariati modelli contrattuali previsti dal vigente diritto positivo.

Una simile indagine, lungi dall'esaurirsi in un esercizio classificatorio, si rivela utile innanzitutto sul piano ermeneutico, potendo contribuire alla soluzione di alcuni dei dubbi che ancora si pongono in relazione alla disciplina positiva delle diverse fattispecie di garanzia (6); ed inoltre, come vedremo nei prossimi capitoli, sembra in

(4) Evidentemente, la richiesta di garanzie aggiuntive implica un incremento della controprestazione pretesa dal garante: e d'altronde si rivela razionale che ciascuno dei contraenti sostenga un costo per la tutela degli interessi che non è disposto a mettere a rischio nell'esecuzione dell'operazione economica (cfr. BESSONE, *op. cit.*, spec. p. 268 ss.). Nella stessa logica, come vedremo, è opportuno altresì consentire ai contraenti di limitare o escludere le garanzie previste dalla legge: v. *infra*, § 4.

(5) Ed infatti «la spiegazione o il fondamento del nostro istituto, più che in quelle teorie [di volta in volta suggerite dalla dottrina], 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*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 877).

(6) Sull'importanza che le valutazioni di efficienza ottenute mediante il metodo dell'analisi economica delle norme possono assumere nel procedimento erme-

grado di fornire indici decisivi al fine di individuare l'ambito in cui le fonti di costruzione del regolamento contrattuale diverse dalla legge — in particolare, l'autonomia privata e le fonti «elastiche» d'integrazione del contratto, buona fede ed equità — possono a loro volta intervenire per delineare la ripartizione dei rischi connessi all'operazione economica programmata dai contraenti.

I risultati della disamina compiuta nel capitolo precedente con riguardo ai diversi problemi di carenza informativa, alla loro rilevanza per il diritto dei contratti ed agli strumenti giuridici che possono contribuire alla loro soluzione — ponendo incentivi atti a mitigare eventuali fallimenti del mercato — devono essere quindi messi a confronto con i modelli di disciplina adottati dall'ordinamento vigente, al fine di intendere secondo quali logiche sono regolati, nelle diverse fattispecie, le conseguenze della carenza di informazioni nel procedimento di formazione del programma contrattuale.

In ragione dell'oggetto di questo lavoro, una specifica attenzione sarà rivolta all'analisi delle fattispecie legali tipiche che siano qualificate mediante la forma giuridica della garanzia. In particolare, la ricostruzione delle scelte operate dal legislatore in ordine ai problemi di informazione contrattuale richiede di individuare le fattispecie in presenza delle quali *in concreto* le fonti legali optano per la forma giuridica della garanzia; nonché i criteri in base a cui tale tecnica è preferita ad altre, come quella giocata sull'imposizione di obblighi informativi.

A questo scopo, è utile tornare ai diversi tipi contrattuali in cui trovano applicazione garanzie di fonte legale, per notare come — nonostante la forte eterogeneità degli schemi contrattuali rilevanti — essi si lasciano ricondurre, ai nostri fini, a due tipologie fondamentali, nelle quali i problemi legati all'incertezza si pon-

neutico, cfr. in particolare L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 91 ss.; e ID., *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., p. 263 ss., ove pure si segnala che «l'analisi economica deve abbandonare la pretesa di universalità, la tendenza a isolare i giudizi di valore da cui muove sottraendoli alla discussione», per collocarsi nello *status* di principio dialettico, concorrente con altri punti di vista valutativi ai fini dell'elaborazione della decisione (p. 274).

CAPITOLO VI

AUTONOMIA PRIVATA E GARANZIE

SOMMARIO: 1. Premessa. — § 1 - *La conformazione negoziale delle garanzie legali.* — 2. I patti «limitativi» delle garanzie legali: spazi per l'autonomia privata tra norme imperative e norme dispositive. — 2.1. Nei rapporti di carattere «paritario». — 2.2. Nei contratti «asimmetrici»: i rapporti di consumo. — 2.3. *Segue:* i rapporti tra imprese con disparità di potere contrattuale. — 3. Le garanzie di fonte imperativa: tutela dell'affidamento ed esigenze di coerenza con la ripartizione di rischi caratterizzante il tipo contrattuale. — 4. Le garanzie di fonte «relativamente dispositiva». La disciplina dei patti di limitazione della garanzia e l'art. 1229 c.c. — 5. *Segue:* limitazioni delle garanzie legali ed eventi imputabili al garante. L'inderogabilità della garanzia «per il fatto proprio». — 6. I patti «estensivi» delle garanzie legali: alcune considerazioni di razionalità economica. — 7. *Segue:* il potere delle parti di estendere le garanzie legali nel sistema del diritto dei contratti. — § 2 - *Le garanzie convenzionali atipiche.* — 8. Autonomia delle parti e garanzie atipiche: alcuni indici sistematici. — 9. Alcune (persistenti) resistenze al riconoscimento dell'atipicità delle garanzie convenzionali. — 10. La garanzia come modello generale di «giuridicizzazione pattizia» degli interessi dei contraenti. — 11. Problemi di qualificazione della garanzia convenzionale. Il ruolo della «promessa». — 12. Il regime della garanzia tra regolamento convenzionale e regole suppletive. — 13. I rischi non deducibili in garanzia.

1. *Premessa.*

Sebbene (come abbiamo appena visto) la legge provveda a definire, per ciascuno schema contrattuale tipico, un assetto di garanzie coerente con la sostanza economica dell'operazione — e concepito, almeno nella legislazione più recente, anche per tener conto di obiettivi di corretto funzionamento del mercato — è bene aver presente il ruolo cruciale che pure l'autonomia privata può svolgere nell'allocazione dei rischi connessi al contratto.

L'intervento dell'autonomia privata si può svolgere, in linea astratta, su diversi livelli.

Il primo e fondamentale spazio di autonomia dei contraenti nella definizione dell'assetto dei rischi connessi all'operazione economica consiste, com'è ovvio, proprio nella scelta — anche soltanto implicita (1) — del tipo contrattuale mediante cui regolare il loro rapporto: ed infatti, come sappiamo, ciascuno schema negoziale tipico implica una certa ripartizione di rischi, derivante dal complesso degli effetti contrattuali ed in particolare dalla previsione di garanzie rispetto alle circostanze idonee ad influire sull'ottenimento dei risultati attesi dai contraenti (2).

Peraltro, qualora i contraenti abbiano scelto di regolare il loro rapporto secondo uno dei modelli di contratto previsti dalla legge, essi potrebbero avere interesse ad integrare e precisare la portata delle garanzie legali tipiche, riducendo le tutele offerte al garantito (mediante limitazioni ed esclusioni delle garanzie) oppure estendendole.

In altri casi, invece, il rapporto può risultare regolato mediante uno schema contrattuale atipico, difettando quindi da principio una ripartizione legale dei rischi. Spetta allora all'autonomia privata provvedere interamente all'allocazione dei rischi legati all'operazione economica programmata, mediante garanzie convenzionali anch'esse di carattere atipico (3).

(1) Oltre al *nomen iuris* eventualmente evocato dal testo contrattuale, si potrà fare riferimento all'aderenza dei connotati principali dell'operazione allo schema caratterizzante il tipo contrattuale, tale da suscitare un ragionevole affidamento circa l'adozione tendenzialmente completa della disciplina propria di quello stesso tipo. Sui canoni di qualificazione della fattispecie negoziale concreta alla luce di «tipi» invece che di «concetti», v. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., spec. p. 121 ss.

(2) Cfr. ALPA, voce *Rischio* (*dir. vig.*), cit., p. 1150, secondo cui «la giurisprudenza distribuisce il rischio prevalentemente mediante la scelta del “tipo contrattuale”. Con la scelta del tipo si pregiudica, già *ab origine*, il piano di distribuzione dei rischi tra le parti. [...] È noto che questa operazione può prescindere dal nome scelto dalle parti»; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 349 ss.; GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., spec. p. 8 ss. e p. 329 ss.; DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 33 s. Come stiamo per vedere, peraltro, la scelta in favore di uno dei modelli di rapporto legalmente tipizzati porta con sé altresì alcuni *limiti* in ordine al potere dei contraenti di realizzare un'allocazione dei rischi divergente rispetto a quella tipica, legati specialmente alla natura soltanto «relativamente dispositiva» ed in alcuni casi persino imperativa delle fattispecie legali di garanzia.

(3) Nel caso di contratti atipici, si rivela altresì determinante, di fianco al

Non possiamo trascurare, infine, l'eventualità che i contraenti optino per l'adozione di un modello tipico di rapporto, e tuttavia ritengano opportuno integrare la disciplina legislativa regolando rischi del tutto eterogenei rispetto a quelli già oggetto delle garanzie legali; o ancora, le parti potrebbero voler escludere *in toto* l'applicazione delle garanzie legali relative ad un certo genere di rischi, per sostituirle con una disciplina di fonte interamente convenzionale. Anche in queste ipotesi, dunque, si renderà necessaria la pattuizione di garanzie atipiche (4).

Tutte queste manifestazioni dell'autonomia privata, come stiamo per vedere, sembrano trovare riconoscimento (seppur con talune opportune limitazioni) da parte dell'ordinamento positivo. Ed invero, come risulterà chiaro, la possibilità per i privati di determinare in concreto la ripartizione dei rischi connessi all'operazione contrattuale si rivela un fattore cruciale per consentire il corretto funzionamento dei meccanismi di correzione dei fallimenti del mercato che abbiamo illustrato nei capitoli precedenti.

Iniziamo allora a considerare, per prima cosa, quanto ampi siano gli spazi di intervento sul regime delle garanzie previste dalla legge, per poi delineare invece i poteri di cui gode l'autonomia privata nel dar vita a garanzie interamente atipiche, al di fuori degli schemi legali.

ruolo dell'autonomia privata, altresì quello dell'integrazione del contratto mediante fonti come la buona fede e l'equità, che autorizzano una formazione giudiziale della regola integrativa, come avremo modo di approfondire nel capitolo successivo.

(4) Ad esempio, seguendo la tesi più rigorosa al riguardo, si deve escludere che, nel caso di vendita di partecipazioni societarie, le norme sui vizi materiali della cosa venduta possano trovare applicazione alle difformità osservate nel patrimonio della società (v. per tutti TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 205 ss.; SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., spec. p. 82 ss.). Le garanzie convenzionali previste a tal riguardo dai contraenti devono allora ritenersi operare al di fuori di qualsiasi disciplina legale, allo scopo di regolare un rischio del tutto atipico. È frequente, in ogni caso, che i modelli contrattuali in uso tra gli operatori si preoccupino di precisare che le parti intendono escludere l'operatività degli artt. 1490 ss. c.c. Circa gli spazi di derogabilità della disciplina del rischio contrattuale, v. in generale DELFINI, *op. cit.*, p. 43 ss.

§ 1 - LA CONFORMAZIONE NEGOZIALE DELLE GARANZIE LEGALI.

2. *I patti «limitativi» delle garanzie legali: spazi per l'autonomia privata tra norme imperative e norme dispositive.*

La ricostruzione sistematica del ruolo dell'autonomia privata quale fonte di garanzie richiede, in primo luogo, di considerare il rapporto che ricorre tra fonte legale e fonte convenzionale nell'ambito del nostro discorso. Dobbiamo allora tornare ad esaminare le scelte dell'ordinamento in merito alla disciplina delle garanzie legali, sotto il particolare profilo della derogabilità delle norme che la compongono, per individuare l'ampiezza delle facoltà riconosciute ai contraenti nel limitare o escludere l'applicazione delle tutele previste dalla legge.

Un'indagine di questo genere non sembra priva di interesse; ed infatti, da un lato, non sono d'immediata evidenza le ragioni per cui di talune delle fattispecie tipiche di garanzia la legge esclude espressamente ogni possibilità di deroga, mentre di altre viene consentita la limitazione o anche l'esclusione, seppur entro limiti ed in presenza di condizioni ben definite (anche se talora di discussa interpretazione); dall'altro lato, vi sono ipotesi di garanzia (anche rilevanti, come quella della garanzia per vizi e difformità dell'opera nell'appalto) rispetto alle quali la legge non fornisce indicazioni nel senso della cogenza ovvero della dispositività, e spetta dunque all'interprete sciogliere il dubbio a riguardo (con evidenti ricadute pratiche).

Cercheremo allora di ricostruire i criteri che stanno alla base delle scelte (come stiamo per vedere, dense di implicazioni di politica del diritto) in base a cui è stata prevista oppure esclusa la possibilità di escludere o limitare in via convenzionale le diverse fattispecie tipiche di garanzia legale. Dove in concreto tale opzione risulta con evidenza dalla lettura della disposizione, un'indagine di questo genere risulterà comunque preziosa sul piano teorico, poiché ci consentirà di completare il quadro circa la *ratio* della previsione di garanzie in via legale; dove la scelta circa la na-
Termine estratto capitolo

CAPITOLO VII

LE GARANZIE DERIVANTI DA FONTI DI INTEGRAZIONE «ELASTICHE»

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Buona fede ed equità tra modelli di integrazione co-gente e di integrazione suppletiva del contratto. — 3. L'integrazione suppletiva del contratto ed il problema della lacuna: dal completamento del contratto sul piano funzionale alla «gestione» dei rischi non regolati. — 4. *Segue*: presupposti ed esiti della regolazione dei rischi mediante le tecniche dell'integrazione suppletiva. — 5. Le enunciative contrattuali incomplete e l'equità come fonte di garanzie. — 6. L'integrazione secondo buona fede e la (re)distribuzione dei rischi dell'operazione contrattuale: i limiti connaturati alla buona fede ed il suo possibile (ma ridotto) spazio operativo. — 7. La buona fede integrativa ed i presupposti per la costituzione di garanzie rispetto ai rischi «impliciti» nell'accordo negoziale. — 8. Ancora su garanzie «implicite» e presupposizione.

1. *Premessa.*

Per completare il nostro quadro delle fonti delle garanzie nel diritto dei contratti, dobbiamo da ultimo esaminare la possibilità che una garanzia entri a far parte del regolamento contrattuale in esito ad un procedimento di integrazione operante non per il tramite di previsioni legali dal contenuto predeterminato, bensì in applicazione di fonti «elastiche» come la buona fede e l'equità, e dunque mediante una regola definita in concreto dal giudice sulla base delle specifiche circostanze del caso.

Al riguardo — benché, come vedremo, il punto non sia del tutto pacifico — per prospettare l'integrazione «giudiziale» del contratto mediante buona fede ed equità, sembra necessario poter individuare una lacuna nell'accordo negoziale: verifica che presenta invero talune criticità sia in chiave speculativa sia su un piano maggiormente operativo.

In linea teorica, occorre interrogarsi in primo luogo che possibilità di considerare alla stregua di una lacuna dell'accordo la mancata contemplazione delle conseguenze di una circostanza *incerta*, che le parti potrebbero aver deliberatamente inteso non regolare, collocandola così nell'area di autoresponsabilità di ciascun contraente (1).

Da una diversa prospettiva di indagine, ci si deve interrogare sui presupposti dell'integrazione del contratto mediante equità e buona fede, ed in particolare se sia opportuna una precisa opzione funzionale: quella di riservare all'integrazione — quando non si tratti di integrazione cogente *ex art.* 1339 c.c. — un ruolo strettamente *suppletivo*, di « aiuto » all'autonomia privata nei casi in cui l'accordo difetti di taluni elementi strutturalmente necessari oppure possa condurre ad esiti irrazionali sul piano pratico (2). Del resto, ad accreditare un più largo intervento correttivo « esterno » sul contratto, si presentano nel nostro ambito problemi significativi, poiché l'introduzione di una garanzia in via giudiziale potrebbe rendere instabile l'assetto contrattuale dei rischi, esponendo i contraenti ad un'eccessiva incertezza circa l'equilibrio di costi ed utilità legato all'operazione programmata (3).

Anche per tali ragioni di prudenza, sembra quindi opportuno, nel campo che stiamo esaminando, contenere il ruolo dell'integrazione mediante fonti « elastiche » ad un effettivo sviluppo di logiche già connaturate all'accordo delle parti, che si rivelino lacunoso nella gestione del rischio contrattuale. Non dovrà sorprendere, al-

(1) Come rileva BELLANTUONO, *op. cit.*, p. 69, normalmente i contraenti sostengono i costi transattivi necessari a pattuire un'apposita clausola soltanto se la probabilità dell'evento lo giustifica, altrimenti ci si affida alla regolazione successiva mediante intervento giudiziale. V. anche COOTER-MATTEI-MONATERI-PARDOLES-ULEN, *op. cit.*, p. 223 ss.

(2) Su questi profili v. la recente riflessione di D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, *cit.*, p. 615 s.

(3) Tale argomento è sovente adottato, in particolare, per sostenere l'inopportunità del riconoscimento di garanzie « implicite » nei contratti di cessione di partecipazioni societarie: v. per tutti TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, *cit.*, p. 288 s.

lora, che all'esito della nostra indagine i presupposti per la costituzione di garanzie in esito ad un'integrazione giudiziale del contratto risultino tutto sommato abbastanza restrittivi.

Ciononostante, tale strumento si rivelerà talora cruciale per realizzare — in coerenza con gli obiettivi economico-sostanziali che ispirano il sistema delle garanzie legali — una più efficace allocazione dei rischi dell'affare in situazioni nelle quali non è richiesto al giudice di « riscrivere » l'accordo delle parti ma soltanto — nel pieno rispetto del ruolo suppletivo dell'integrazione mediante norme dispositivo (4) — di *completare* un regolamento convenzionale carente sviluppando indicazioni tratte dall'accordo stesso oppure dal contesto (anche di mercato) da cui esso ha avuto origine.

2. *Buona fede ed equità tra modelli di integrazione cogente e di integrazione suppletiva del contratto.*

I presupposti dell'integrazione mediante buona fede ed equità si rivelerebbero certo meno restrittivi — e più ampi, di conseguenza, sarebbero gli spazi per le garanzie di fonte giudiziale — accedendo ad orientamenti dottrinali persuasi invece dell'attitudine non meramente suppletiva, bensì cogente delle regole discendenti dalla concretizzazione dei canoni della buona fede e dell'equità, che potrebbero quindi addirittura imporsi sulle pattuizioni dei contraenti: con il corollario di consentire all'interprete persino una *rideterminazione* dell'assetto di rischi definito dalle parti, in ogni caso in cui esso si riveli irrazionale perché in contrasto con gli obiettivi di corretta regolazione del mercato perseguiti dall'ordinamento (5).

(4) V. ancora D'ADDA, *op. ult. cit.*, spec. p. 615 ss.

(5) La possibilità che per mezzo della buona fede e dell'equità « filtrino » all'interno del regolamento contrattuale valori propri dell'ordinamento legale e costituzionale è prefigurata in particolare (ma invero con riguardo alla correttezza) da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, ristampa integrata, Milano, 2004, p.

Sviluppando questa linea di pensiero, si potrebbe sostene che il giudice sia autorizzato a manipolare il regime contrattuale delle garanzie, per distribuire (anche in contrasto con le scelte delle parti) il rischio delle circostanze rilevanti per la riuscita dell'affare ponendolo a carico del contraente che risultava in concreto in grado di darne una più compiuta valutazione a costi inferiori.

Un esito siffatto, pur se desiderabile *ex ante*, non pare invece adeguato qualora determinato da una decisione assunta *ex post* da un soggetto estraneo alle dinamiche del rapporto, ed al di fuori di criteri certi e prevedibili. La previsione di una garanzia « aggiuntiva » fuori da qualsiasi legame con l'equilibrio delineato (almeno implicitamente) dalle parti è infatti in grado di alterare la ripartizione di costi e benefici, consentendo ad una parte di beneficiare di tutele per propri interessi delle quali non ha sostenuto il costo (6), e comprometterebbe qualsiasi guadagno di efficienza che la garanzia possa recare.

In ogni caso, come si diceva, tali inconvenienti sono scongiurati per la ragione che il codice civile vigente non sembra assegnare un'autentica portata « correttiva » dell'integrazione mediante fonti elastiche.

Da scartare è innanzitutto l'ipotesi di perseguire tale esito sulla base di un inquadramento dell'operare di buona fede ed

163 ss. e con riferimento all'equità da F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 2019, ristampa, p. 284 ss.

(6) Sul profilo del necessario legame tra costi sostenuti da una parte per la salvaguardia di propri interessi e ricostruzione del regolamento contrattuale interessi tutelati insiste particolarmente BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 262 ss., secondo cui «ogni contraente assicura la coerenza del contratto al piano della sua intera economia individuale nella misura in cui acquista la certezza di vedere soddisfatti certi suoi interessi, sopportando il costo della loro realizzazione. E si assume il rischio di una eventuale difformità tra effetti del contratto e suo programma economico generale nella misura in cui lascia altri interessi sforniti di tutela, decidendo di non pagare il prezzo necessario per garantirne la realizzazione»; sicché «sarebbe iniquo attribuire rilevanza ad interessi di una parte dei quali questa non ha affrontato il costo e — correlativamente — accollare all'altra rischi e obblighi che essa non si era assunti, non avendone ricevuto il corrispettivo» (ivi, p. 275).

CAPITOLO VIII

GLI EFFETTI RIMEDIALI

SOMMARIO: 1. Premessa. — § 1 - *I rimedi restitutori*. — 2. Il carattere generale della tutela restitutoria nelle garanzie rispetto ad un rischio « interno ». — 3. La riduzione (o restituzione parziale) della controprestazione. — 4. Restituzione integrale delle prestazioni reciproche e risoluzione del contratto. — § 2 - *I rimedi risarcitorii*. — 5. Garanzia e risarcimento del danno. — 6. L'estensione dell'effetto risarcitorio della garanzia. — 7. Il problema del concorso con la responsabilità da inadempimento. — § 3 - *I rimedi sinallagmatici*. — 8. Premessa: eccezioni dilatorie in favore del garantito e problemi di ricostruzione del sinallagma. — 9. Garanzie « di indennizzo » e garanzie « di risultato » nel sinallagma contrattuale. — 10. Le eccezioni dilatorie ed il rischio garantito. — § 4 - *I rimedi satisfattivi*. — 11. La tradizionale diffidenza nei confronti del riconoscimento di un'« azione di adempimento » in favore del compratore. — 12. Garanzie di risultato e rimedi satisfattivi dell'interesse sostanziale tutelato. — 13. Modelli di operazione economica nella vendita e configurazione delle garanzie. — § 5 - *Rimedi ed oneri probatori nella garanzia*. — 14. L'onere della prova circa i presupposti degli effetti rimediali della garanzia: in particolare, l'esistenza dei vizi della cosa venduta. — 15. L'anteriorità dei vizi rispetto al contratto di vendita.

1. *Premessa*.

A conclusione di questo studio, ci concentreremo sul regime rimediale della garanzia, per cercare di ricostruire — a partire dalle disposizioni speciali dedicate a ciascuna fattispecie tipica — le *rationes* di fondo della disciplina positiva ed i principi generali che la guidano.

È bene premettere che una ricerca di questo genere non si preannuncia semplice per via del carattere sovente frammentario della disciplina, nella quale motivi tradizionali ed istanze di razionalità pratica risultano non sempre ben distinguibili; e di conseguenza risulta arduo ricondurre i vari istituti ad un quadro unita-

rio e coerente, così da ricavare principi applicabili con certezza alle altre fattispecie, anche atipiche.

Il tentativo appare ciononostante necessario, poiché — nonostante alla disciplina dei profili rimediali sia dedicata la maggior parte delle disposizioni legali riguardanti la garanzia — molteplici sono a tal riguardo le lacune già nelle fattispecie tipiche; ed ancor più se ne riscontrano talora tra quelle di fonte convenzionale (1), nonché a maggior ragione tra quelle istituite dal giudice in sede di integrazione del contratto, sulla base di fonti «elastiche», che non precisano quindi il contenuto della garanzia.

In questa analisi cercheremo allora di individuare le diverse tipologie di rimedi che possono far parte della garanzia quali effetti «secondari», funzionali a neutralizzare le conseguenze pregiudizievoli dell'evento incerto contemplato dall'effetto «primario» (2). A tal fine, occorrerà adottare soluzioni articolate in ragione della varietà tipologica della garanzia, e distinguendo in particolare tra la disciplina adeguata alle garanzie per un rischio «interno» al contratto ed a quelle per un rischio «esterno» (3); nonché tra garanzie «di indennizzo» e garanzie «di risultato» (4) (distinzioni la cui rilevanza si apprezza proprio con riguardo ai profili rimediali).

Infine, ci soffermeremo su taluni profili relativi agli oneri probatori che ricadono sulle parti nell'esercizio dei rimedi nascenti dalla garanzia.

(1) All'opposto, accade sovente che i testi contrattuali forniscano — anche sulla base di modelli originati in ordinamenti stranieri — una disciplina piuttosto analitica anche dei profili rimediali della garanzia, proceduralizzandone l'esercizio ed individuando persino i metodi di quantificazione degli indennizzi: come avviene soprattutto nel settore della cessione di partecipazioni societarie di controllo (cfr. gli autori citati *supra*, cap. I, § 1, nota 1). In questi casi, allora, il problema per l'interprete è se mai quello di vagliare la compatibilità del regolamento convenzionale con i principi inderogabili della disciplina positiva interna (ad esempio, curando che le disposizioni negoziali non sortiscano l'effetto di attribuire indennizzo o risarcimenti di importo superiore all'entità del pregiudizio subito dal garantito: v. *supra*, cap. III, §§ 6 e 7 circa l'applicazione alla garanzia del principio indennitario).

(2) V. *supra*, cap. III, § 4.

(3) V. *supra*, cap. V, § 1.

(4) V. *supra*, cap. III, § 10.2.

§ 1 - I RIMEDI RESTITUTORI.

2. *Il carattere generale della tutela restitutoria nelle garanzie rispetto ad un rischio «interno».*

Prendiamo in esame innanzitutto il genere di rimedi che, fin dal diritto romano, hanno caratterizzato la forma giuridica della garanzia, in particolare nel contratto di compravendita: vale a dire quelli di carattere *restitutorio*, funzionali a reagire ad uno spostamento patrimoniale che si è rivelato ingiustificato (per lo meno sul piano dei valori economici coinvolti nello scambio) (5) e così a ripristinare per il garantito la situazione antecedente al verificarsi dell'evento dedotto in garanzia, rimediando al pregiudizio da lui subito (6).

Dobbiamo ritenere che rimedi di questo genere rivestano, nel caso in cui la garanzia si riferisca ad un rischio «*interno*» al con-

(5) DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 319 ss., individua l'ambito più caratteristico della tutela restitutoria in quest'ultima categoria di fattispecie, nelle quali non corre reagire alla lesione di una posizione soggettivo, reintegrando il titolare nel godimento del bene o imponendo la cessazione delle molestie, bensì reagire «a spostamenti patrimoniali che sono privi di giustificazione alla stregua dell'ordinamento. Qui il diritto violato, in ipotesi, è il regime riguardante la circolazione dei beni e non i diritti di appartenenza» (ivi, p. 321). Su questo terreno, ovviamente il problema delle tutele restitutorie interseca nel nostro ordinamento quello della disciplina dell'arricchimento ingiustificato. V. infatti NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 558, nt. 60, che evidenzia «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» [corsivo aggiunto]. Sui legami tra disciplina dell'arricchimento ingiustificato e problema del danno meramente patrimoniale, cfr. in particolare A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 648.

(6) Come abbiamo già cercato di illustrare, infatti, sempre gli effetti secondari (rimediali) della garanzia reagiscono alla lesione di un interesse giuridicamente rilevante del garantito, dalla quale sia derivato un pregiudizio per quest'ultimo (v. *supra*, in particolare il cap. III, § 6). Peraltro, si rammenta che la fonte della rilevanza giuridica dell'interesse potrebbe consistere proprio nella garanzia, che conferisce tutela ad un interesse altrimenti di mero fatto o comunque sprovvisto di rilevanza autonoma (tra cui il c.d. interesse all'integrità del patrimonio, la cui lesione darebbe luogo ad una fattispecie di danno meramente patrimoniale).

tratto, un ruolo di primo piano, in armonia con la funzione di «*riequilibrio dei termini del sinallagma*» (ossia del rapporto di valore tra le prestazioni) che alla garanzia si attribuisce (7). Essi consentono infatti di *riadeguare l'entità del corrispettivo* ad una diminuzione dell'utilità correlata alla controprestazione (8); e dunque di tenere il garantito al riparo quanto meno da quella parte del «*pregiudizio commerciale*» (9), legato alla conclusione di un cattivo affare, consistente nel pagamento di un prezzo sproporzionato rispetto al valore del bene acquisito (10).

Peraltro, nell'ordinamento positivo, la tutela propriamente restitutoria — volta cioè a rimediare ad un trasferimento di ricchezza ingiustificato (o ad impedirlo, se la controprestazione non

(7) V. in particolare CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., spec. 409 ss., che ricostruisce «i due aspetti fondamentali della garanzia: quello restitutorio che mira a riequilibrare l'affare quando i vizi riducono il valore attribuito dalle parti alla cosa venduta e quello risarcitorio, volto a ristorare il danno subito dal compratore a cagione del vizio della cosa» (dei quali, secondo l'autore, solo il primo sarebbe realmente connesso alla garanzia, derivando il secondo dalla violazione di un obbligo precontrattuale); DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 3, che nel sostenere che la finalità (addirittura esclusiva) della garanzia sarebbe quella di «*riequilibrare, nei limiti del possibile, i termini dello scambio*», precisa come il riequilibrio avrebbe luogo «*sul terreno restitutorio* (riduzione del prezzo e/o rimborso con restituzione della cosa)», al fine di «*impedire che il venditore abbia a trarre un ingiustificato vantaggio dall'alterazione dei termini di scambio*».

(8) Rileva DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 304 s., che mediante la garanzia la legge prende atto della mancata o difettosa esecuzione del contratto e predispone «una nuova situazione di equilibrio *inter partes* che tiene conto del modo con il quale la vicenda esecutiva concretamente si è svolta. Per giustificare questa nuova situazione (di equilibrio) non è necessario ricorrere ad un nuovo contratto, [...] giacché è nel rapporto di garanzia che la nuova situazione di equilibrio è fondata».

(9) Con l'espressione *préjudice commercial* si intende, nella dottrina francese, quel pregiudizio che si identifica «con il minor valore della cosa viziata e con il danno subito dal compratore per la parziale o totale inidoneità della cosa all'uso al quale era destinata» (CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 459).

(10) Come vedremo affrontando la questione dei criteri di riduzione del prezzo in sede di esercizio dell'*actio quanti minoris*, questo non conduce a riallineare senz'altro il corrispettivo al valore «oggettivo» di mercato del bene, ma soltanto a rideterminare il prezzo in ragione dell'incidenza del difetto, così da preservare l'equilibrio sinallagmatico individuato dai contraenti.

Termine estratto capitolo