IL FORO NAPOLETANO

Anno IX n. 1 Gennaio-Aprile 2020

Nuova serie



Il Foro Napoletano

Dialoghi tra la dottrina e la giurisprudenza locale, nazionale ed europea, pubblicazione quadrimestrale edita con la collaborazione scientifica del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli» e della Scuola di Specializzazione in Diritto civile dell'Università di Camerino.

Il Foro napoletano

Rivista quadrimestrale

Coordinamento

Antonio Blandini, Salvatore Boccagna, Marco Esposito, Giuseppe Ferraro, Stefano Fiorentino, Giovanni Perlingieri, Angelo Scala, Elisa Scotti.

Comitato di Direzione

Salvatore Aceto di Capriglia, Ernesto Aghina, Antonello Ardituro, Francesco Astone, Roberto Bocchini, Consiglia Botta, Clelia Buccico, Edmondo Cacace, Ciro Caccavale, Gian Paolo Califano, Vincenzo Maria Cesàro, Paola Chirulli, Antonia Maria Ciocia, Oriana Clarizia, Alfredo Contieri, Giovanna D'Alfonso, Giovanni De Cristofaro, Francesco De Falco, Giuseppe della Pietra, Luca Della Ragione, Francesco Di Ciommo, Lucia Di Costanzo, Daniela Di Sabato, Alessia Fachechi, Andrea Federico, Pasquale Femia, Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez, Edoardo Ferrante, Fabio Ferraro, Maria Vittoria Foschini, Nunzio Fragliasso, Ida Frongillo, Lucilla Gatt, Massimo Gazzara, Antonio Gialanella, Rosaria Giampetraglia, Luigi Giordano, Stefania Giova, Matteo Gnes, Ugo Grassi, Raffaele Greco, Paolo Lazzara, Andrea Lepore, Fiorenzo Liguori, Maria Laura Maddalena, Raffaello Magi, Tommaso Maglione, Vincenzo Maiello, Stefano Manacorda, Barbara Marucci, Sergio Marullo di Condojanni, Antonio Maria Marzocco, Antonio Merone, Enrico Minervini, Salvatore Monticelli, Sergio Occhionero, Vincenzo Pappa Monteforte, Carolina Perlingieri, Giovanna Petrillo, Raffaele Picaro, Gian Maria Piccinelli, Luca Pisani, Paolo Pittori, Federico Putaturo, Rolando Quadri, Adelaide Quaranta, Andrea Rallo, Giuseppe Recinto, Francesco Rossi, Domenico Giovanni Ruggiero, Giovanni Russo, Francesco Sbordone, Anna Scotti, Michael Sciascia, Chiara Tenella Sillani, Francesco Todisco, Cristina Vano, Carlo Venditti, Camillo Verde, Roberto Virzo, Francesco Giacomo Viterbo, Domenico Zeuli, Sergio Zeuli.

Comitato Editoriale

Andrea Abbagnano, Erica Adamo, Roberta Alfano, Domenico Ardolino, Raffaele Aveta, Sonia Tullia Barbaro, Raffaele Basile, Antonella Batà, Giovanni Berti de Marinis, Alessandro Biamonte, Giorgia Biferali, Rita Bronzo, Ilaria Amelia Caggiano, Antonio Cilento, Luciana D'Acunto, Menita De Flora, Silvia de Marco, Valeria De Oto, Stefano Deplano, Antonio di Biase, Michele Di Fiore, Francesca Di Lella, Marco Di Lullo, Gaetano Di Martino, Giuseppe Doria, Marcello Fattore, Gianluca Gentile, Chiara Ghionni Crivelli Visconti, Virginia Giusti, Mario Griffo, Margherita Interlandi, Roberta Landi, Cristiana Lauri, Giuseppe Liccardo, Rita Lombardi, Margherita Magaldi, Francesco Maiello, Roberta Marino, Giuditta Merone, Alessia Mignozzi, Antonella Miletti, Antonio Nappi, Maria Pia Nastri, Giuseppe Maria Palmieri, Salvatore Parente, Immacolata Prisco, Marianna Rinaldo, Marina Romano, Talita Rossi, Paola Chiara Ruggieri, Domenico Russo, Barbara Salvatore, Gennaro Santorelli, Dario Scarpa, Irma Sasso, Raffaella Scotti, Francesco Scutiero, Riccardo Sgobbo, Enrico Soprano, Francesco Torchia, Tommaso Maria Ubertazzi, Valeria Verde, Mariacristina Zarro, Sara Zuccarino, Ezio Maria Zuppardi.

Osservatorio

Antonio Areniello, Francesco Caia, Eduardo Campese, Geremia Casaburi, Nello Caserta, Barbara Cavallo, Fabrizio Ciccone, Edoardo Cilenti, Massimo Cimmino, Stefano Cimmino, Marina Comenale Pinto, Mauro Criscuolo, Giuliano Cuomo, Corrado D'Ambrosio, Giampiero De Cesare, Stanislao De Matteis, Gaetano Di Giovine, Giuseppe Dongiacomo, Diomede Falconio, Francesco Graziano, Paolo Guida, Giancarlo Iaccarino, Marco Krogh, Pasquale, Piero Lupi, Macchiarelli, Arturo Umberto Meo, Giancarlo Montedoro, Carla Musella, Michele Nastri, Andrea Penta, Enrico Quaranta, Francesca Rinaldi, Carmine Romano, Raffaele Sabato, Stefano Santangelo, Raffaele Sdino.

Comitato esterno di valutazione

Ferruccio Auletta, Giuliano Balbi, Angelo Barba, Vincenzo Barba, Mirzia Bianca, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Felice Casucci, Antonio Cavaliere, Alessandro Ciatti, Alfredo Contieri, Astolfo Di Amato, Settimio Di Salvo, Guido Clemente Di San Luca, Antonio Estella de Noriega, Angelo Federico, Fiorenzo Festi, Giampaolo Frezza, Tommaso Edoardo Frosini, Stefan Grundmann, Manlio Ingrosso, Marcello Maggiolo, Maria Rosaria Maugeri, Sergio Moccia, Mario Nussi, Mauro Orlandi, Gianmaria Palmieri, Ferdinando Parente, Stefano Polidori, Antonino Procida Mirabelli Di Lauro, Paolo Piscitello, Giuseppe Riccio, Geremia Romano, Massimo Rubino De Ritis, Aldo Sandulli, Renato Santagata De Castro, Giancarlo Scalese, Antonio Sciaudone, Claudio Scognamiglio, Pietro Sirena, Giuseppe Tesauro.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 4586/94. Responsabile Maria Rosaria Scotti

I lavori pubblicati in questo numero sono di: S. Addabbo, dottore di ricerca; G. Alfano, dottore di ricerca; E. Anfuso, dottore in giurisprudenza; B. Borrillo, ric. Univ. Bari «Aldo Moro»; R. Catalano, ass. Univ. Campania «Luigi Vanvitelli»; G. Cinque, avvocato; C. Criscuolo, dottore di ricerca; M. Epifania, dottoranda; L. Fasano, dottore in giurisprudenza; A. Gambardella, dottore di ricerca; C. Ghionni, ric. Univ. Campania «Luigi Vanvitelli»; B. Grasso, Emerito Univ. Napoli «Federico II»; C. Lauri, dottore di ricerca; A. Lepre, magistrato ord.; A. Maddaloni, laureata; C. Maiorano, assegnista di ricerca; F. Meglio, dottore di ricerca; C. Musella, magistrato ord.; A. Pennacchio, dottore; G. Perlingieri, ord. Univ. Roma «La Sapienza»; P. Perlingieri, Emerito Univ. Sannio; M. Pignata, ass. Univ. Campania «Luigi Vanvitelli»; D. Scarpa, ass. Univ. Milano «Bicocca»; G. Serra, magistrato Tar; M. Tanzillo, dottorando di ricerca; G. Zoppi, dottore in giurisprudenza

Responsabili della redazione: Oriana Clarizia, Alessia Fachechi, Andrea Lepore

Hanno contribuito alla preparazione di questo fascicolo: E. Adamo, R. Basile, V. De Oto, S. Deplano, C. Ghionni, V. Giusti, R. Landi, G. Liccardo, A. Mignozzi, I. Prisco, T. Rossi, G. Santorelli, M. Zarro, S. Zuccarino.

Criteri di selezione dei lavori pubblicati

La Rivista Il Foro napoletano sottopone i contributi destinati alla pubblicazione a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. double blind peer-review). A tal fine i Direttori delle diverse Sezioni, con la supervisione del referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento, si avvalgono di almeno due componenti del comitato di valutazione e/o di referee esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. La procedura di valutazione è svolta in modo da garantire l'anonimato dell'Autore e dei valutatori. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). In caso di giudizio positivo con riserva, il referente di di- sciplina presente nel comitato di coordinamento e i Direttori della Sezione competente au- torizzano la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei referee sarà il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento, d'accordo con i Direttori della Sezione competente, a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. Il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento e i Direttori della Sezione competente possono assumersi la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i Quaderni de Il Foro napoletano.

INDICE

EDITORIALE	
Pietro Perlingieri, Novecento giuridico: i civilisti	3
DOTTRINA	
Gianfranco Alfano, Emergenza coronavirus: una nuova stagione per l'assemblea dei soci delle società di capitali Angela Gambardella e Carla Musella, La Corte di cassazione si pronuncia sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate Biagio Grasso, Brevi considerazioni sull'art. 816 sexies c.p.c. (a proposito di una sentenza recente) Antonio Lepre, I trattamenti sanitari dell'incapace nella legge 22 dicembre 2017, n. 219 Giovanni Perlingieri, «Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro Marianna Pignata e Antonio Pennacchio, L'indegnità tra 'retaggi' dottrinali e 'risposte' giurisprudenziali Dario Scarpa, Riflessione sui presupposti di validità del contratto con se stesso tra conflittualità di interessi e sopravvenienze contrattuali	11 39 59 73 101 119
MARCO TANZILLO, La tutela dei terzi nei «contratti in frode» e nei «contratti in danno». Giudizio di meritevolezza e abuso del diritto	165
GIURISPRUDENZA CIVILE E PROCESSUALE GIOVANNI CINQUE, Azioni edilizie e onere della prova (nota a Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748) Annachiara Maddaloni, La natura della responsabilità da ritardata restituzione del bene locato (nota a Trib. Napoli, 20 maggio 2019, n. 709) Gabriele Serra, La natura giuridica della responsabilità precontrattuale in una recente sentenza della Corte di Cassazione: brevissime considerazioni di metodo (nota a Cass., 3 ottobre 2019, n. 24738)	209 223 236
RASSEGNE	

DIRITTO CIVILE Le Sezioni unite disegnano il nuovo assetto dell'istituto dell'assegno di-

vorzile: qual è stato l'impatto dell'arrêt posto dai giudici di legittimità? (App. Napoli, 10 gennaio 2019, n. 52) [BARBARA BORRILLO] Resta impregiudicato l'accertamento riservato al giudice civile sulla liquidazione e l'entità del danno a séguito della condanna generica al risar-	255
cimento dei danni contenuta nella sentenza penale? (App. Napoli, 24 gennaio 2019, n. 326) [Carmine Maiorano] Il grado di diligenza richiesto all'amministratore di condominio è rilevabile dalla disciplina del mandato? (Trib. Napoli, IV sez., 20 maggio 2019) [Laura Fasano]	259 264
La volontà del testatore deve essere ricostruita privilegiando gli elementi intrinseci alla scheda testamentaria? (Trib. Santa Maria Capua Vetere,	
Sez. IV, 3 giugno 2019, n. 1619) [Francesco Meglio] Quale rito si applica alla domanda di quota di TFR formulata dall'ex coniuge? (Trib. Napoli, 10 giugno 2019) [ROBERTA CATALANO e GIO-	269
VANNA ZOPPI] Qualora sia richiesta la rettificazione di attribuzione di sesso, è necessario sottoporsi preventivamente ad intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari? (Trib. Napoli, Sez. XIII, 3 dicembre 2019) [Maria Epifania]	273
In caso di estinzione anticipata di un contratto di finanziamento rileva la distinzione fra costi «up front» e costi «recurring»? (Trib. Napoli, 10 marzo 2020, n. 2391) [STEFANO ADDABBO]	277 280
Emergenza Covid-19: è ammessa la modifica del piano del consumatore prima dell'omologa del Giudice? (Trib. Napoli, Sez. Vol. Giurisd., 3 aprile 2020 [CHIARA GHIONNI]	285
DIRITTO AMMINISTRATIVO Qual è la finalità dell'istituto dell'accesso civico? (TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 604)	290
L'Amministrazione può rigettare l'istanza di accesso presentata da un privato adducendo come motivazione la presunta irrilevanza dei documenti richiesti rispetto alle esigenze difensive dell'istante? (TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 586)	292
L'istanza di accesso deve contenere l'esatta individuazione degli atti di cui viene richiesta l'ostensione? (TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 27 gennaio 2020, n. 380)	294
Il proprietario di un immobile insistente nel medesimo ambito territoria- le di riferimento ha interesse ad accedere ai titoli edilizi rilasciati ai controinteressati? (TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 27 gennaio 2020, n. 380)	297
Il privato che, a seguito di accesso civico, ravvisi una qualche illegittimità nell'esercizio dell'attività posta in essere dall'Amministrazione ha diritto a ricorrere al giudice amministrativo anche in deroga alle ordina-	

ne regole processuali in materia di legittimazione? (TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 10 dicembre 2019, n. 5837)	299
Il giudice amministrativo ha il potere di rigettare l'istanza di accesso del privato sulla base di motivazioni differenti rispetto a quelle indicate dall'Amministrazione? (TAR Campania, Salerno, Sez. II, 13 gennaio	- //
2020, n. 54)	301
La disciplina dell'accesso civico opera anche nel settore dei contratti pub- blici? (TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 10 dicembre 2019, n. 5837)	
[Cristiana Lauri, Elina Anfuso]	302
ATTUALITÀ	
CLAUDIA CRISCUOLO, Prime considerazioni sull'app di tracciatura: sce- nari futuribili	309

Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748; Pres. Curzio; rel. Cosentino; P.I. s.r.l. (avv. A. Pepe e F. Senese) c. Fallimento A.V. s.r.l. (avv. D. Cremona)

Compravendita – Azioni edilizie – Azione di risoluzione *ex* art. 1492 c.c. – Onere della prova – art. 2697 c.c. – Prova dell'esistenza dei vizi

In materia di garanzia per i vizi della cosa venduta di cui all'art. 1490 c.c., il compratore che esercita l'azione di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all'art. 1492 c.c. è gravato dall'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi.

MOTIVAZIONE – 1. La sentenza impugnata si fonda su due autonome *rationes decidendi*: la prima è che il *fax* non costituirebbe mezzo idoneo a portare a conoscenza del venditore i vizi riscontrati nella cosa venduta; la seconda è che, nella specie, il compratore non avrebbe dato la prova, di cui sarebbe onerato, della sussistenza dei vizi denunciati.

- 2. La società ricorrente censura entrambe tali *rationes decidendi*, rispettivamente con il primo ed il secondo motivo di ricorso. È opportuno trattare con priorità il secondo mezzo di ricorso, con il quale viene posta la questione di diritto rimessa dalla seconda Sezione all'esame delle Sezioni unite.
- 3. L'ordinanza interlocutoria pone la questione «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» (pp. 16/17).
- 4. Per la compiuta intelligenza della questione, è necessario svolgere le seguenti considerazioni preliminari.
- 5. Come puntualmente evidenziato dalla Sezione remittente, fino al 2013 non vi erano incertezze giurisprudenziali sul principio che, nelle azioni di garanzia per i vizi della cosa venduta, l'onere della prova dei

difetti e delle eventuali conseguenze dannose, nonchè dell'esistenza del nesso causale fra i primi e le seconde, fa carico al compratore che faccia valere la garanzia (Cass. n. 1035 del 1968, Cass. n. 2841 del 1974, Cass. n. 7986 del 1991, Cass. n. 8533 del 1994, Cass. n. 8963 del 1998, Cass. n. 13695 del 2007, Cass. n. 18125 del 2013).

- 6. Detto indirizzo è stato sovvertito da una pronuncia della seconda Sezione, la sentenza 20 settembre 2010 n. 20110, che ha ritenuto il medesimo non più sostenibile dopo che le Sezioni unite, con la sentenza n. 13533 del 2001, avevano unificato la disciplina dell'onere della prova dell'inadempimento dell'obbligazione nelle azioni di adempimento contrattuale, di risoluzione contrattuale e di risarcimento dei danni da inadempimento.
- 7. La sentenza Sezioni unite n. 13533 del 2001, come è noto, ĥa stabilito che il creditore, sia che agisca per l'adempimento, sia che agisca per la risoluzione contrattuale, sia che agisca per il risarcimento del danno, deve provare soltanto la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; mentre grava sul debitore convenuto l'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Nella stessa sentenza, le Sezioni unite hanno altresí precisato che, anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando, ancóra una volta, sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto, adempimento.
- 8. Da tali princípi, Cass. n. 20110 del 2013 premesso «che in tema di compravendita, l'obbligazione (di dare) posta a carico del venditore è di risultato, in quanto l'interesse perseguito dall'acquirente è soddisfatto con la consegna di un bene in grado di realizzare le utilità alle quali, secondo quanto pattuito, la prestazione sia preordinata» (p. 7) ha tratto la conclusione che «all'acquirente (creditore) sarà sufficiente allegare l'inesatto adempimento ovvero denunciare la presenza di vizi o di difetti che rendano la cosa inidonea all'uso alla quale è destinata o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, essendo a carico del venditore (debitore), in virtú del principio della riferibilità o vicinanza della prova, 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;

ove sia stata fornita tale prova, sarà allora onere del compratore dimo-

strare l'esistenza di un vizio o di un difetto intrinseco della cosa, ascrivibile al venditore» (loc. cit.).

- 9. L'indirizzo espresso da Cass. n. 20110 del 2013 non è stato seguíto da Cass. n. 21949 del 2013, né da Cass. n. 3042 del 2015, né da Cass. n. 18497 del 2017, nelle quali si è continuato ad affermare che nelle azioni edilizie grava sul compratore l'onere di provare i vizi della cosa venduta; esso, tuttavia, è stato ripreso, nella seconda Sezione, dalla sentenza 2 dicembre 2016, n. 24731, e, nella terza Sezione, dall'ordinanza 21 settembre 2017, n. 21927; quest'ultima ha espressamente motivato la propria adesione alla sentenza n. 20110 del 2013 proprio sulla ritenuta necessità di muoversi «nel solco dell'insegnamento» di Sezioni unite n. 13533 del 2001 (p. 9).
- 10. Per la risoluzione del segnalato contrasto risulta allora necessario verificare la correttezza del presupposto su cui si fonda il ragionamento sviluppato nella sentenze n. 20110 del 2013 e ripreso nella ordinanza n. 21927 del 2017, ossia che la consegna di una cosa viziata costituisca inesatto adempimento ad una obbligazione del venditore. È infatti evidente che, se tale presupposto fosse smentito, non vi sarebbe ragione di assoggettare la disciplina dell'onere della prova nelle azioni edilizie ai princípi elaborati da Sezioni unite n. 13533 del 2001 con riferimento all'onere della prova dell'inadempimento delle obbligazioni.
- 11. Ai fini della suddetta verifica appare opportuno prendere le mosse dal testo dell'art. 1476 c.c., che elenca le obbligazioni principali del venditore in: 1) quella di consegnare la cosa al compratore; 2) quella di far acquistare al compratore la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto; 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa.
- 12. In disparte la disposizione di cui al suddetto n. 2) e il riferimento all'evizione contenuto nel suddetto n. 3), va qui sottolineato che l'obbligazione di consegna di cui al n. 1 ha ad oggetto un bene che, al momento dell'adempimento di tale obbligazione, è, di regola, già in proprietà del compratore (eccettuata l'ipotesi di vendita di cose determinate solo nel genere in cui l'individuazione debba avvenire mediante la consegna al compratore). Infatti l'effetto traslativo della proprietà della cosa compravenduta dal patrimonio del venditore a quello del compratore si produce, quando si tratti di cosa determinata, con la conclusione del contratto (art. 1376 c.c.) e, quando si tratti di cose determinate solo nel genere, con l'individuazione di cui all'art. 1378 c.c. (prima ancóra ed indipendentemente dalla consegna delle stesse, ove i relativi tempi non coincidano, cfr. Cass. n. 4611 del 1982). Ai sensi del suddetto art. 1378 c.c., infatti, l'individuazione avviene, «d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabiliti» e

può essere precedente o contestuale alla consegna al compratore, secondo le intese tra le parti (Cass. n. 3559 del 1995) e, quando si tratti di cose che devono essere trasportate da un luogo ad un altro, può identificarsi con la consegna al vettore (o allo spedizioniere). Quest'ultima, salvo patto contrario, libera il venditore (art. 1510, comma 2, c.c.); il compratore, infatti, diventa proprietario e possessore della merce quando la stessa viene consegnata al vettore ed ha facoltà di agire contro quest'ultimo in caso di perdita della merce stessa durante il viaggio (cfr. Cass. n. 4344 del 2001).

- 13. L'obbligazione menzionata nell'art. 1476, n. 1, c.c., risulta dunque normativamente descritta come obbligazione di consegna della cosa dedotta in contratto (vale dire, a mente dell'art. 1470 c.c., la cosa il trasferimento della cui proprietà costituisce l'oggetto del contratto). La disciplina dell'obbligazione di consegna prevede che la cosa venga consegnata «nello stato in cui si trovava al momento della vendita» (art. 1447, comma 1, c.c.), senza alcun riferimento alla immunità della cosa da vizi. Va sottolineato che l'art. 1477, comma 1, c.c. appare riferibile specificamente alla vendita di una cosa determinata, ma che esso va tuttavia interpretato estensivamente (attribuendo alla parola 'vendita' il più lato significato di «trasferimento della proprietà»), traendone la regola, idonea a disciplinare l'obbligazione di consegna nei contratti di vendita di cose determinate solo nel genere, che le stesse – quando il momento dell'individuazione sia precedente, e non contestuale, a quello della consegna – vanno consegnate nello stato in cui si trovavano al momento della individuazione, che, come già evidenziato, coincide con quello del trasferimento della proprietà, ai sensi dell'art. 1378 c.c. La giurisprudenza di questa Corte ha infatti chiarito che, nella vendita di cose determinate solo nel genere, l'individuazione, ove non avvenga con la consegna al compratore (o allo spedizioniere o al vettore), né avvenga, come di regola, in presenza delle parti, ma, per specifica intesa contrattuale, debba avvenire con modalità diverse, deve essere effettuata in modo idoneo ad assicurare la non sostituibilità, da parte del venditore, delle cose che siano state individuate mediante la separazione dal genus (cfr. sentt. nn. 5768 del 1981, 8861 del 1996, 9466 del 2011).
- 14. Procedendo, poi, all'esame dell'obbligazione menzionata nell'art. 1476, n. 3, c.c.), il Collegio osserva che la stessa risulta normativamente descritta, per quanto qui interessa, come l'obbligazione di «garantire il compratore... dai vizi della cosa». Questa formulazione ha indotto parte della dottrina ad attribuire alla nozione di garanzia richiamata dalla disposizione, 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. La garanzia per vizi, secondo

tale prospettiva, andrebbe inquadrata 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. La consegna di una cosa viziata, in definitiva, non darebbe luogo ad alcun inadempimento, ma determinerebbe l'operare della garanzia, con la correlativa pretesa indennitaria di tipo restitutorio a tutela dell'interesse deluso dell'acquirente.

- 15. L'inquadramento della garanzia di cui all'art. 1476, n. 3, in uno schema di tipo assicurativo, cui sopra si è fatto cenno, non è condiviso dal Collegio, perché, per un verso, 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'art. 1492 c.c.; per altro verso, il risarcimento del danno di cui all'art. 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.
- 16. La suddetta opinione dottrinale che, come è noto, costituisce solo una delle molteplici teorizzazioni che si registrano sul controverso tema della natura della garanzia per i vizi della cosa venduta è stata, tuttavia, richiamata per evidenziare quanto distante sia il meccanismo di operatività della garanzia per vizi della cosa venduta dallo schema dell'obbligo di prestazione, tipico del rapporto obbligatorio.
- 17. Va infatti evidenziato che l'immunità da vizi non può assurgere a contenuto del precetto negoziale, perché l'obbligazione può avere ad oggetto una prestazione futura, ma non il modo di essere attuale della cosa dedotta in contratto. Poiché la proprietà di quest'ultima si trasferisce, nella compravendita di cosa determinata, nel momento del perfezionamento dell'accordo tra i contraenti, e, nella compravendita di cose determinate solo nel genere, nel momento dell'individuazione effettuata ai termini dell'art. 1378 c.c. (necessaria perché all'effetto obbligatorio segua quello reale del trasferimento della proprietà dal venditore al compratore), l'obbligazione di consegna di cui all'art. 1476, n. 1, c.c. ha ad oggetto esattamente quella cosa o quelle cose ancorché, eventualmente, viziate che hanno formato oggetto dell'accordo traslativo o della individuazione effettuata dopo la conclusione di tale accordo, nello stato in cui esse si trovavano al momento del contratto o della loro successiva individuazione.
- 18. Del resto, può aggiungersi, le obbligazioni di individuazione e di consegna restano concettualmente distinte anche quando il loro adempimento avvenga *uno actu*, ossia quando la individuazione sia contestuale

alla consegna (al compratore o allo spedizioniere o al vettore). La vendita di cosa appartenente ad un genere, infatti, fa sorgere a carico del venditore una obbligazione duplice, ossia, in primo luogo, l'obbligazione di individuazione della cosa la cui proprietà viene trasferita (la quale, ai sensi dell'art. 1178 c.c., deve essere «di qualità non inferiore alla media») e, in secondo luogo, l'obbligazione di consegna della cosa (precedentemente o contestualmente) individuata (cfr. Cass. n. 14025 del 2014, dove, appunto, si sottolinea che la vendita di cose determinate solo nel genere «fa sorgere a carico del venditore il duplice obbligo di individuare la res e di consegnarla nel luogo pattuito», p. 4).

19. In definitiva, la disciplina della compravendita non pone a carico del venditore nessun obbligo di prestazione relativa alla immunità della cosa da vizi; in altri termini, all'obbligo di garantire il compratore dai vizi della cosa, previsto dall'art. 1476, n. 3, c.p., 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. Le obbligazioni del venditore, ai fini che qui interessano, si risolvono infatti, lo si sottolinea nuovamente, nell'obbligazione di consegnare la cosa oggetto del contratto e, nella vendita di cose determinate solo nel genere, nella duplice obbligazione di individuare, separandole dal genere, cose di qualità non inferiore alla media e di consegnare le cose individuate. In entrambi i casi, ai fini dell'esatto adempimento dell'obbligazione di consegna, il venditore non deve fare altro che consegnare la cosa o le cose determinate in contratto o individuate successivamente, indipendentemente dalla eventuale presenza di vizi nelle stesse. Per quanto poi riguarda l'obbligazione di individuazione, è appena il caso di sottolineare che l'eventuale presenza di un vizio nelle cose individuate non costituisce violazione dell'obbligo di individuare cose di qualità non inferiore alla media, giacchè, come reiteratamente affermato da questa Corte, il vizio riguarda le imperfezioni e i difetti inerenti il processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa, mentre la qualità inerisce alla natura della merce e concerne tutti gli elementi essenziali e sostanziali che influiscono, nell'àmbito di un medesimo genere, sull'appartenenza ad una specie piuttosto che a un'altra (cfr. sentt. nn. 28419 del 2013, 6596 del 2016). Anche nel caso, assai diffuso negli ordinari rapporti commerciali tra imprese, della vendita di cose future che devono essere prodotte dallo stesso venditore (la quale si distingue dall'appalto, secondo il costante orientamento di questa Corte, perché nella vendita il lavoro è recessivo rispetto alla materia, rappresentando soltanto il mezzo per la trasformazione della materia in conformità alla attività produttiva ordinaria del venditore, cfr.,

tra le tante, Cass. n. 3069 del 1971, Cass. n. 3944 del 1982, Cass. n. 12011 del 1997, Cass. n. 20391 del 2008, Cass. n. 5935 del 1018), la tutela del compratore è affidata alla garanzia per i vizi (cfr. Cass. n. 5075 del 1983, Cass. n. 5202 del 2007), risultando quindi irrilevanti le modalità con cui il venditore ha realizzato il processo di produzione delle cose. Non è dunque possibile concepire la garanzia per vizi come oggetto di un dovere di prestazione.

20. Alla stregua delle considerazioni che precedono, deve allora concludersi che il disposto dell'art. 1476 c.c., là dove qualifica la garanzia per vizi come oggetto di una obbligazione, va inteso non nel senso che il venditore assuma una obbligazione circa i modi di essere attuali della cosa, bensí nel senso che egli è legalmente assoggettato all'applicazione dei rimedi in cui si sostanzia la garanzia stessa. Il Collegio intende dunque ribadire quanto già nel 2012, con la sentenza n. 19702 del 2012, queste Sezioni unite ebbero modo di sottolineare, ossia che l'obbligo di garanzia per i vizi della cosa pone «il venditore in una situazione non tanto di "obbligazione", quanto piuttosto di "soggezione", esponendolo all'iniziativa del compratore, intesa alla modificazione del contratto di vendita, o alla sua caducazione, mediante l'esperimento rispettivamente dell'actio quanti minoris o dell'actio redibitoria» (p. 10, ultimo capoverso).

- 21. Se dunque la garanzia per i vizi pone il venditore in una condizione non di «obbligazione» (dovere di prestazione) ma di «soggezione», lo schema concettuale a cui ricondurre l'ipotesi che la cosa venduta risulti viziata non può essere quello dell'inadempimento di una obbligazione.
- 22. La conclusione che precede, tuttavia, non impone di collocare detta ipotesi fuori dal campo dell'inadempimento (più precisamente, dell'inesatto adempimento) del contratto, nel quale tradizionalmente essa è stata collocata, con il conforto della prevalente dottrina, dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. sentt. nn. 5686 del 1985, 7561 del 2006, 14431 del 2006, 20557 del 2012). La consegna di una cosa viziata integra un inadempimento contrattuale, ossia una violazione della *lex contractus*; ma, come è stato persuasivamente osservato in dottrina, non tutte le violazioni della *lex contractus* realizzano ipotesi di inadempimento di obbligazioni.
- 23. Con specifico riguardo ai contratti traslativi, la spiegazione delle peculiarità delle patologie dell'effetto traslativo e del funzionamento dei rimedi che la legge ad esse ricollega richiede un superamento del concetto classico di inadempimento inteso come inattuazione dell'obbligazione contrattuale e il riconoscimento della possibilità di configurare vere e proprie anomalie dell'attribuzione traslativa. La consegna della cosa viziata costituisce non inadempimento di una obbligazione (di consegna o di individuazione), ma la imperfetta attuazione del risultato traslativo promesso.

- 24. La garanzia per vizi non va, dunque, collocata nella prospettiva obbligatoria e la responsabilità che essa pone in capo al venditore va qualificata come una responsabilità contrattuale speciale, interamente disciplinata dalle norme dettate sulla vendita. Il presupposto di tale responsabilità è, come già accennato, l'imperfetta attuazione del risultato traslativo (e quindi la violazione della *lex contractus*) per la presenza, nella cosa venduta, di vizi che la rendono inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore. Si tratta di una responsabilità che prescinde da ogni giudizio di colpevolezza del venditore e si fonda soltanto sul dato obiettivo dell'esistenza dei vizi; essa si traduce nella soggezione del venditore all'esercizio dei due rimedi edilizi di cui può avvalersi il compratore, al quale è anche riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni, salvo che il venditore provi di aver senza colpa ignorato i vizi.
- 25. Chiarita, nei termini sopra illustrati, l'accentuata specialità delle azioni edilizie rispetto ai rimedi generali all'inadempimento costituiti dalla risoluzione e dal risarcimento del danno e, conseguentemente, sottratta la disciplina di tali azioni all'àmbito concettuale dell'inadempimento delle obbligazioni, risulta agevole concludere che il presupposto su cui si basa l'orientamento espresso nelle menzionate pronunce della seconda Sezione nn. 20110 del 2013 e 24731 del 2016 e della terza Sezione n. 21927 del 2017, secondo cui la consegna di una cosa viziata costituirebbe inesatto adempimento di una obbligazione del venditore, non può essere tenuto fermo.
- 26. Dalla suddetta conclusione discende che la disciplina del riparto dell'onere della prova tra venditore e compratore, nelle azioni edilizie, non può ritenersi compresa nell'àmbito applicativo dei princípi fissati dalla sentenza Sezioni unite n. 13533 del 2001 in materia di prova dell'inesatto adempimento delle obbligazioni nelle ordinarie azioni contrattuali di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno.
- 27. I princípi fissati nella sentenza n. 13533 del 2001 discendono dalla presunzione di persistenza del diritto, desumibile dall'art. 2697, in virtú della quale una volta che il creditore abbia dimostrato l'esistenza di un diritto, provandone il titolo (contrattuale o legale) e la scadenza del termine di esigibilità grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo costituito dall'adempimento; princípi che le Sezioni unite hanno ritenuto operanti sia nel caso in cui il creditore agisca per l'adempimento, sia nel caso in cui, sul comune presupposto dell'inadempimento della controparte, egli agisca per il risarcimento del danno o per la risoluzione per inadempimento o per inesatto adempimento. E' dunque evidente come tali princípi non possano essere riferiti alle azioni edilizie; la

presunzione di permanenza del diritto è specularmente declinabile come presunzione di permanenza dell'obbligazione, ma, come si è chiarito nel p. 19, la disciplina della compravendita non pone a carico del venditore nessun obbligo di prestazione relativo alla immunità della cosa da vizi.

- 28. Sulla scorta delle considerazioni fin qui svolte, la questione del riparto dell'onere della prova tra venditore e compratore, nelle azioni edilizie, si presenta di agevole soluzione, alla stregua del principio, fissato nell'art. 2967 c.c., che chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; il diritto alla risoluzione o alla modificazione (quanto al prezzo) del contratto di compravendita, che vuoi far valere il compratore che esperisca le azioni di cui all'art. 1492 c.c. per essere garantito dal venditore per i vizi della cosa venduta vale a dire, per l'imperfetta attuazione del risultato traslativo, anche in assenza di colpa del venditore si fonda sul fatto della esistenza dei vizi; la prova di tale esistenza grava, pertanto, sul compratore.
- 29. Può aggiungersi che la conclusione che precede risulta idonea a soddisfare anche le esigenze di carattere pratico espresse dal principio di vicinanza della prova e dal tradizionale canone negativa non sunt probanda che queste Sezioni unite hanno indicato, nella sentenza n. 13533 del 2001, a sostegno della opzione ermeneutica che pone sull'obbligato l'onere di provare di avere (esattamente) adempiuto non solo quando il creditore chieda l'adempimento, ma anche quando il creditore chieda la risoluzione del contratto o il risarcimento del danno.
- 30. Quanto al principio di vicinanza della prova, il Collegio osserva che esso ha trovato la sua prima compiuta enunciazione proprio nella sentenza Sezioni unite n. 13533 del 2001, dove viene declinato nel senso che l'onere della prova deve essere «ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione» (§ 1.2.1, p. 12). L'ancoraggio di tale principio all'art. 24 cost., implicito in Sezioni unite n. 13533 del 2001 (dove si afferma che esso «muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione», loc. cit.), è stato poi reso esplicito nelle pronunce successive (tra le varia, Cass., Sez. un., n. 141 del 2006, in materia di lavoro, e Cass. n. 19146 del 2013, in materia di appalto, proprio con riferimento all'onere della prova dei vizi della cosa realizzata dall'appaltatore).
- 31. In Sezioni unite n. 13533 dle 2001 il principio della vicinanza della prova viene ritenuto «coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi» (loc. cit.) e il criterio della vicinanza/distanza della prova viene in sostanza utilizzato per distingue-

re i fatti costitutivi della pretesa (identificati con quelli che sono nella disponibilità dell'attore, che il medesimo ha l'onere di provare) dai fatti estintivi o modificativi o impeditivi, identificati con quelli che l'attore non è in grado di provare e che, pertanto, devono essere provati dalla controparte. In pronunce successive, per contro, il criterio della vicinanza/distanza della prova risulta scollegato dal disposto dell'art. 2697 c.c. e viene utilizzato come un temperamento della partizione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, modificativi od impeditivi del diritto, idoneo a spostare l'onere della prova su una parte diversa da quella che ne sarebbe gravata in base a detta partizione (cfr. Cass. n. 20484 del 2008 «l'onere della prova deve essere ripartito, oltreché secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo»).

- 32. Ai fini della soluzione della questione qui all'esame delle Sezioni unite non vi è necessità di affrontare il tema del rapporto tra il principio della vicinanza della prova e la regola di giudizio dettata dall'art. 2697 c.c., giacché tanto l'applicazione di tale principio, quanto l'applicazione di detta regola di giudizio conducono alla stessa conclusione, ossia che il compratore che esercita le azioni edilizie è gravato dell'onere di provare il vizio della cosa venduta. L'esistenza del vizio, infatti, è il fatto costitutivo del diritto alla risoluzione o alla modificazione (quanto al prezzo) del contratto di compravendita, e, allo stesso tempo, è il fatto la cui prova è piú vicina al compratore; è proprio il compratore infatti, dopo che la cosa venduta gli è stata consegnata dal venditore, ad averne la disponibilità, necessaria per lo svolgimento degli esami funzionali all'accertamento del vizio lamentato.
- 33. Quanto al canone negativa non sunt probanda, la sentenza n. 13533 del 2001 sottolinea «la difficoltà per il creditore di fornire la prova di non aver ricevuto la prestazione, e cioè di fornire la prova di un fatto negativo» e rileva come la tecnica probatoria di dimostrare i fatti negativi mediante la prova dei fatti positivi contrari non sia agevolmente praticabile (§ 2.2.3, pp. 16 e 17). In proposito il Collegio reputa necessario distinguere, ai fini del ragionamento che si sta conducendo, il caso dell'inadempimento da quello dell'inesatto adempimento. La prova dell'inadempimento si risolve, di regola, nella prova di un fatto negativo (il mancato adempimento) ed essa è, per il creditore, certamente meno agevole rispetto alla prova dell'adempimento che grava sul debitore. La prova dell'inesatto adempimento, al contrario, consiste nella prova di un fatto positivo diverso da quello atteso dal creditore; si tratta di una situazione piú articolata e piú difficilmente inquadrabile in schemi rigi-

damente predeterminati, potendo risultare necessario procedere ad una verifica concreta, nelle diverse tipologie di controversie, su quale sia la fonte di prova che meglio può offrire la dimostrazione dell'inesattezza dell'adempimento e su quale sia la parte che piú agevolmente può accedere a tale fonte.

- 34. L'esame della questione oggi all'esame delle Sezioni unite concernente la garanzia per i vizi della cosa venduta, la quale, come sopra illustrato, esula dall'area dell'inadempimento delle obbligazioni non richiede, in ragione della sua specificità, di affrontare in termini generali la questione dell'onere della prova dell'inesatto adempimento di una obbligazione; per la risoluzione del denunciato contrasto di giurisprudenza è, infatti, sufficiente evidenziare che la prova dell'esistenza del vizio della cosa è una prova positiva (di un fatto costitutivo del diritto alla risoluzione o modificazione del contratto) e pertanto, proprio alla stregua del canone negativa non sunt probanda, va giudicata piú agevole di quella (negativa) della inesistenza del vizio medesimo.
- 35. L'opzione ermeneutica che pone a carico del compratore che esperisce le azioni edilizie l'onere di provare i vizi della cosa appare preferibile anche perchè risulta armonica rispetto alle analoghe soluzioni elaborate dalla giurisprudenza di legittimità in materia di prova dei vizi della cosa nel contratto di appalto e nel contratto di locazione.
- 36. Quanto all'appalto, la sentenza della seconda Sezione n. 19146 del 2013 ha stabilito, in lineare applicazione del principio di vicinanza della prova, che, in tema di garanzia per difformità e vizi, l'accettazione dell'opera segna il discrimine ai fini della distribuzione dell'onere della prova, nel senso che, fino a quando l'opera non sia stata espressamente o tacitamente accettata, al committente è sufficiente la mera allegazione dell'esistenza dei vizi, gravando sull'appaltatore l'onere di provare di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e alle regole dell'arte, mentre, una volta che l'opera sia stata positivamente verificata, anche per fatta concludentia, spetta al committente, che l'ha accettata e che ne ha la disponibilità fisica e giuridica, dimostrare l'esistenza dei vizi e delle conseguenze dannose lamentate.
- 37. Quanto alla locazione, la sentenza della terza Sezione n. 3548 del 2017 ha stabilito, pur essa in esplicita applicazione del principio di vicinanza della prova, che, in caso di domanda di risoluzione *ex* art. 1578 c.c., grava sul conduttore l'onere di individuare e dimostrare l'esistenza del vizio che diminuisce in modo apprezzabile l'idoneità del bene all'uso pattuito, spettando, invece, al locatore convenuto di provare, rispettivamente, che i vizi erano conosciuti o facilmente riconoscibili dal conduttore, laddove intenda paralizzare la domanda di risoluzione o di riduzione

del corrispettivo, ovvero di averli senza colpa ignorati al momento della consegna, se intenda andare esente dal risarcimento dei danni derivanti dai vizi della cosa.

- 38. Il quadro che complessivamente emerge da tali convergenti pronunce appare dunque nel senso che, ove venga in questione la esistenza di vizi di una cosa consegnata da una parte ad un'altra in base ad un titolo contrattuale, il principio di vicinanza della prova induce a porre l'onere della prova dei vizi stessi a carico della parte che, avendo accettato la consegna della cosa, ne abbia la materiale disponibilità.
- 39. Da ultimo, va ancóra evidenziato che la soluzione che addossa al compratore l'onere di provare i vizi della cosa, ai fini dell'esperimento delle azioni edilizie, risulta armonica rispetto all'analogo meccanismo di riparto dell'onere probatorio previsto, con riferimento alla difformità della cosa venduta, dalla disciplina dei contratti del consumatore dettata dall'Unione europea. Nonostante che la garanzia di conformità al contratto prevista dalla disciplina consumeristica di matrice Europea presenti importanti differenze, per i suoi contenuti e per rimedi che offre al consumatore, rispetto alla garanzia per i vizi della cosa venduta regolata dal codice civile, anche il diritto dell'Unione europea addossa all'acquirente l'onere di provare la difformità della cosa dalla relativa descrizione contrattuale.
- 40. La direttiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio prevede infatti – all'art. 2, paragrafo 2 – una presunzione iuris tantum di conformità al contratto dei beni venduti, qualora ricorrano le condizioni ivi elencate; essa inoltre - all'art. 3, paragrafo 1, pone in capo al venditore la responsabilità per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene. Tali disposizioni – che trovano corrispondenza nell'art. 129, comma 2, e rispettivamente, nell'art. 130, comma 1, del codice del consumo (d.lg. 6 settembre 2005, n. 206) sono state interpretate nella sentenza Corte giust, 4 giugno 2015, c. 497/13, nel senso che dal loro combinato disposto «si evince che, in linea di principio, è compito del consumatore produrre la prova che esiste un difetto di conformità e che quest'ultimo esisteva alla data di consegna del bene» (p. 52). La Corte di Giustizia ha, peraltro, precisato che il suddetto principio viene derogato, per il caso in cui il difetto di conformità si sia manifestato entro sei mesi dalla consegna del bene, dalla presunzione di esistenza del difetto di conformità al momento della consegna prevista dall'art. 5, paragrafo 3, della medesima direttiva 1999/44 (a cui corrisponde l'art. 132, comma 3, del codice del consumo) e non è privo di rilievo che detta deroga sia stata spiegata dalla Corte di Lussemburgo proprio con riferimento al principio di vicinanza della

prova (cfr. p. 54: «questo alleggerimento dell'onere della prova a favore del consumatore è fondato sulla constatazione che, qualora il difetto di conformità emerga solo successivamente alla data di consegna del bene, fornire la prova che tale difetto esisteva già a tale data può rivelarsi "un ostacolo insormontabile per il consumatore", mentre di solito è molto più facile per il professionista dimostrare che il difetto di conformità non era presente al momento della consegna e che esso risulta, per esempio, da un cattivo uso del bene fatto dal consumatore»).

41. Il contrasto segnalato nell'ordinanza di rimessione va quindi in definitiva risolto confermando l'orientamento tradizionale, con l'enunciazione del seguente principio di diritto:

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.

- 42. Alla stregua del suddetto principio di diritto il secondo motivo di ricorso va rigettato. Con tale motivo, infatti, la società ricorrente non ha specificamente censurato l'accertamento di fatto del Giudice di Pace di Empoli in ordine alla mancata dimostrazione dell'esistenza dei vizi della cosa venduta (accertamento che, del resto, non era stato censurato nemmeno con l'appello, come espressamente viene sottolineato nell'ordinanza di inammissibilità dell'appello emessa dal tribunale di Firenze ai sensi dell'art. 348 *bis* c.p.c.) ma si limita a sostenere che, nelle azioni edilizie, il compratore avrebbe solo l'onere di allegare i vizi, gravando sul venditore l'onere di dimostrare di aver consegnato una cosa immune da vizi.
- 43. Rigettato il secondo motivo di ricorso, la *ratio decidendi* concernente il mancato assolvimento, da parte della P.I. s.r.l., del suo onere di provare i vizi della merce acquistata resiste all'impugnazione. Poichè tale *ratio decidendi* è idonea sorreggere autonomamente la decisione, viene meno l'interesse della ricorrente all'esame del primo mezzo di ricorso (Cass. n. 2108 del 2012, Cass. n. 11493 del 2017), il quale, pertanto, va dichiarato assorbito.
 - 44. Il ricorso è quindi, in definitiva, rigettato.

Azioni edilizie e onere della prova

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. In generale, sulla garanzia per vizi della cosa venduta. – 3. Il ragionamento delle Sezioni unite in merito al riparto dell'onere probatorio nel caso di vendita di una cosa viziata. – 4. Alcune considerazioni critiche. - 4.1. Ancóra. Sull'inesatto adempimento. – 5. Conclusioni.

1. La sentenza in commento affronta il tema del riparto dell'onere della prova nell'eventualità in cui la cosa venduta presenti dei vizi tali da indurre il compratore a chiedere la risoluzione del contratto di compravendita ovvero la riduzione del prezzo.

In particolare la società Alfa proponeva opposizione contro il decreto ingiuntivo con cui il Giudice di Pace di Empoli l'aveva condannata a pagare al Fallimento della società Beta la somma di euro 2.507,65, a titolo di prezzo di oggettistica in vetro a lei venduta. L'opponente deduceva che i beni venduti presentavano vizi cosí gravi da renderli inidonei all'uso cui erano destinati (merce «rotta e difettosa» oppure «ovalizzata e difettosa») e affermava di aver tempestivamente denunciato detti vizi a mezzo fax; essa, pertanto, chiedeva la revoca dell'ingiunzione e, in via riconvenzionale, la risoluzione del contratto di compravendita *inter partes*.

Il Fallimento, costituitosi nel giudizio di opposizione, proponeva querela di falso in relazione ai fax di denuncia dei vizi prodotti dalla società Alfa e, conseguentemente, il giudizio veniva sospeso e le parti venivano rimesse davanti al Tribunale di Napoli. Il giudizio di falso veniva definito con pronuncia di rito, dichiarativa della nullità della querela. Riassunto il giudizio di opposizione, il Giudice di Pace rigettava l'opposizione e la domanda di risoluzione proposta in via riconvenzionale dalla società Alfa

A fondamento della decisione il Giudice empolese poneva due autonome ragioni. Per un verso argomentava che i fax con i quali i vizi erano stati denunciati avevano contenuto generico e, in ogni caso, che il mezzo usato per la denuncia non dava certezza circa la relativa ricezione da parte della venditrice.

Per altro verso affermava che era mancata la dimostrazione delle «asserzioni e circostanze riportate nei fax», posto che la prova per testimoni richiesta dall'opponente sul punto, non era stata espletata a causa della mancata citazione del teste da parte dell'opponente medesima.

L'appello proposto dalla società Alfa contro la sentenza veniva dichiarato inammissibile dal Tribunale di Firenze ai sensi dell'art. 348 c.p.c.

Il Tribunale, dopo aver richiamato i princípi della Suprema corte nei quali si afferma il principio di diritto che, in tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, grava sul compratore l'onere della relativa prova, rilevava che l'appellante non aveva contestato la valutazione del primo giudice in ordine alla mancanza di prova dei lamentati vizi della merce oggetto di causa ma si era limitato a contestare, infondatamente, il suddetto principio di diritto.

Contro la sentenza di appello la società Alfa proponeva ricorso in Cassazione, deducendo tra l'altro la violazione degli artt. 1460 e 2697

c.c., nella parte in cui il Giudice di Pace aveva rigettato l'opposizione per difetto di prova dei vizi della merce venduta. Richiamava in particolare i princípi espressi nella sentenza della Sezioni unite n. 11533 del 2001, che, ai fini delle azioni di garanzia per i vizi della cosa venduta di cui all'art. 1490 c.c., non sarebbe il compratore a dover provare l'esistenza dei vizi denunciati, ma il venditore a dover provare di avere consegnato la cosa immune dai vizi.

La causa veniva rimessa alle Sezioni unite per l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla questione se nelle azioni edilizie di cui agli artt. 1490 e 1492 c.c., gravi sul compratore l'onere di provare l'esistenza dei vizi o gravi sul venditore l'onere di provare di aver consegnato una cosa immune da vizi.

Con la sentenza che si annota le Sezioni unite hanno risolto il contrasto segnalato nell'ordinanza di rimessione, confermando l'orientamento tradizionale e ribadendo il principio di diritto che in materia di garanzia per i vizi della cosa venduta il compratore che esercita l'azione di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo ai sensi dell'art. 1492 c.c., è tenuto ad offrire la prova dell'esistenza dei vizi.

2. L'art. 1490 c.c. disciplinando la garanzia per vizi, si riferisce all'ipotesi in cui la cosa acquistata presenti un'alterazione patologica o un'anomalia strutturale che la renda inidonea all'uso cui è destinata o ne
diminuisca in modo apprezzabile il valore¹.

La garanzia per vizi dà luogo ad una speciale responsabilità contrattuale del venditore, il cui fondamento è costituito dall'imperfetta realizzazione del risultato traslativo, dipendente dalla inidoneità del materiale relativo alla cosa venduta, preesistente alla conclusione del contratto².

Tal responsabilità si traduce nella soggezione del venditore alla risoluzione del contratto – azione redibitoria – ovvero alla riduzione del prezzo – azione estimatoria o *quanti minoris* –, ai sensi degli artt. 1492 e 1493; nonché, nell'ipotesi di conoscenza o negligente ignoranza del vizio da parte del venditore, al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1494³.

I vizi di cui all'art. 1490 c.c., sono da intendersi come vizi materiali, restando invece al di fuori dal suo àmbito di applicazione i vizi connessi all'acquisto di crediti, beni immateriali e contratti⁴.

¹ P. Greco e G. Cottino, *Della vendita*, 2^a ed., in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 230.

² A. Luminoso, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 258.

³ A. Luminoso, o.l.u.c.

⁴ C.M. BIANCA, La vendita e la permuta, in Tratt. dir. civ. Vassalli, Torino, 1972, p. 802; F.

Dato indiscusso è la necessaria preesistenza del vizio alla vendita, per le cose individuate, e all'individuazione per le cose di genere. Infatti si ritiene che il vizio posteriore alla conclusione del contratto debba essere configurato come inesatto adempimento e che pertanto non possa rientrare nella garanzia, a meno che esso sia conseguenza di cause preesistenti⁵.

Vexata quaestio è la distinzione tra vizi (art. 1490 c.c.), mancanza delle qualità promesse (art. 1497 c.c.), mancanza delle qualità essenziali per l'uso cui la cosa è destinata (art. 1497 c.c.), cattivo funzionamento (art. 1512 c.c.) e l'ulteriore categoria dell'aliud pro alio datum⁶. La distinzione ha grande rilievo sul piano della disciplina da applicare; precipuamente, solo nel caso in cui si qualifichi un determinato difetto della cosa come vizio, potranno trovare applicazione, in alternativa, l'azione redibitoria o la quanti minoris.

Viceversa, la consegna della merce in quantità inferiore a quella pattuita non dà luogo a vizio redibitorio, ma ad un inadempimento inesatto, che può sfociare nelle azioni di risoluzione, di adempimento o di riduzione del prezzo non soggette ai termini di cui all'art. 1495 c.c. Piú precisamente anche nella vendita di cose di genere, quali gli animali, che siano indicati in contratto con riferimento al loro numero, il difetto di qualità può costituire un 'vizio' se si riferisca alle dimensioni, al peso, alla misura oppure alle caratteristiche dei singoli capi corpora certa. Quando invece gli animali, pur avendo le caratteristiche pattuite, vengano consegnati in numero inferiore a quello convenuto, il venditore incorre in un inadempimento parziale ed il compratore ha diritto, a seconda delle particolarità concrete, alla consegna del quantitativo mancante oppure alla risoluzione del contratto o alla riduzione del prezzo, ferma restando l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., senza che a dette azioni siano applicabili le condizioni ed i termini di cui all'art. 1495 c.c.⁷.

La mancanza di qualità inerisce, diversamente, agli elementi sostanziali, i quali, all'interno del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie piuttosto che in un'altra⁸.

MACARIO, Vendita. Profili generali, in Enc. giur. Treccani, XXXII, Roma, 1994, p. 24; contra, P. Greco e G. Cottino, Della vendita, cit., p. 248; A. Zaccaria, Cessione del contratto e garanzia della sua validità, in Riv dir. civ., 1985, p. 306.

⁵ C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 898, secondo il quale, se il vizio è successivo al trasferimento ma anteriore alla consegna, ciò costituisce inesatta esecuzione della prestazione di consegna.

⁶ A. Luminoso, *La compravendita*, cit. p. 256; Id., *Vendita*, Torino, 2015, p. 645.

⁷ V. Cass., 6 novembre 1991, n. 11834, in Mass. Giur. it., 1991, I, p. 92.

⁸ Cass., 13 gennaio 1997, n. 244, in *Mass. Giur. it.*, 1997, I, p. 124; Cass., 15 marzo 1995, n. 3046, *ivi*, 1995, I, p. 234.

La distinzione tra presenza di vizi ed assenza di qualità promesse od essenziali rileva ai fini della disciplina applicabile, in quanto nell'ipotesi di mancanza di qualità l'art. 1497 c.c., non contempla il rimedio relativo alla riduzione del prezzo (concedendo all'acquirente soltanto il diritto di ottenere la risoluzione del contratto); rimedio previsto, invece, dall'art. 1492 c.c., per il caso di vizi. Le soluzioni poste a tutela del compratore nei casi di mancanza di qualità sono, dunque, quelle di cui agli artt. 1453 ss. c.c. ed implicano, a differenza delle azioni edilizie, il contegno colpevole del venditore⁹.

Secondo il prevalente orientamento dottrinale, tuttavia, nonostante il tenore letterale dell'art. 1497 c.c., l'ipotesi relativa alla presenza di vizi e quella relativa alla mancanza di qualità non sono soggette ad una differente disciplina¹⁰; tanto l'azione di risoluzione, quanto l'azione di riduzione del prezzo, infatti, costituirebbero dei rimedi generali posti a tutela dell'acquirente, il quale dovrebbe poter domandare la riduzione del prezzo anche nell'ipotesi di cui all'art. 1497 c.c.¹¹.

Si ha invece consegna di *aliud pro alio*, quando la cosa venduta appartiene ad un genere del tutto diverso da quello della cosa consegnata, ovvero presenta difetti che le impediscono di assolvere alla funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti¹². Nel primo caso si pensi, ad esempio, alla cessione di un'opera d'arte falsamente attribuita ad un artista che in realtà non ne è stato l'autore. Tale ipotesi dà luogo ad una vendita *aliud pro alio* e legittima l'acquirente a richiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del venditore *ex* art. 1453 c.c.¹³; si pensi ancóra alla vendita di cose non abitabili o comunque prive dei requisiti di abitabilità¹⁴; alla vendita di macchine con numero di telaio contraffatto¹⁵.

In caso di *aliud pro alio datum* si ha dunque una vera e propria ipotesi di inadempimento. In tal caso il compratore non è soggetto ad alcun onere di denuncia, ma ha la possibilità sia di domandare l'adempimento, sia di esperire l'azione di risoluzione, secondo quanto stabilito dall'art. 1453

⁹ P. Greco e G. Cottino, Della vendita, cit., p. 228.

¹⁰ A. Luminoso, *La compravendita*, cit., p. 263.

¹¹ Cosí C.M. Bianca, La vendita e la permuta, cit., p. 795.

¹² Cass., 7 marzo 2007, n. 5202, in CED online, 2007; Cass., 16 gennaio 2006, n. 686, in Obbl. contr., 2006, 4, p. 294, con nota di Rubino; Cass., 3 luglio 2004, n. 14586, in Contratti, 2005, p. 291; Cass., 17 settembre 2004, n. 18757, in Giur. it., 2005, p. 1617; Cass., 25 settembre 2002, n. 13925, in Notariato, 2003, p. 9; Cass., 11 aprile 2002, n. 5153, ined.; Cass., 23 febbraio 2001, n. 2659, in Giur. it., 2002, p. 282, con nota di G. Enriquez, Il problema ancòra aperto dell'aliud pro alio.

¹³ Cass., 1 luglio 2008, n. 17995, in Contratti, 2008, p. 1146.

¹⁴ Cass., 3 luglio 2000, n. 8880, in Mass. Giur. it., 2000, I, p. 223.

¹⁵ Cass., 30 marzo 2006, n. 7561, in Contratti, 2006, p. 1117.

c.c., e il venditore sarà responsabile solo se colpevole, secondo i princípi generali che regolano l'inadempimento.

A proposito della distinzione tra il concetto di vizio e quello di *aliud* pro alio la Cassazione è recentemente intervenuta affermando che si ha vizio redibitorio oppure mancanza di qualità essenziali della cosa consegnata qualora questa presenti imperfezioni (concernenti il processo produttivo o di fabbricazione o la conservazione¹⁶) che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, ovvero quando appartenga ad un tipo diverso o ad una specie diversa da quella pattuita; si ha, invece, consegna di *aliud* pro alio, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione o di adempimento, ai sensi dell'art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione della disciplina edilizia, qualora il bene consegnato sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto, appartenendo ad un genere diverso, si rivela funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere alla destinazione economico sociale della *res* promessa e, quindi, a fornire l'utilità richiesta¹⁷.

In caso di risoluzione, inoltre, a séguito dell'accertamento della ricorrenza di *aliud pro alio*, precisa la giurisprudenza, il venditore è tenuto a restituire, oltre alle somme ricevute, anche gli interessi legali a decorrere dal giorno in cui le somme stesse gli furono consegnate dall'acquirente, senza che tale obbligo possa considerarsi neutralizzato dal godimento del bene ricevuto dal compratore¹⁸.

Giova notare che la distinzione tra vizi, mancanza di qualità, difettoso funzionamento, *aliud pro alio* e responsabilità ordinaria sono state superate dalla Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita di beni mobili, che prevede, agli artt. 35-41, strumenti di tutela del compratore omogenei per tutte le ipotesi di difformità della cosa consegnata rispetto a quella pattuita¹⁹. Nella stessa direzione si è mossa la direttiva 25 maggio 1999, n. 1999/44/CE, attuata con il d.lg. 2 febbraio 2002, n. 24 (che ha introdotto nel Codice civile gli artt. 1518 *bis*-1519 *novies*), e relativa alla vendita di beni di consumo. La nuova disciplina prevede,

¹⁶ Cass., 12 febbraio 2018, n. 3348, ined.

¹⁷ Cass., 10 luglio 2008, n. 18859, in *Mass. Giur. it.*, 2008, p. 212; Cass., 3 marzo 2006, n. 7561, in *Resp. civ.*, 2007, p. 146, con nota di F. Toschi Vespasiani, *La vendita di* aliud pro alio, *la garanzia per vizi e la rilavanza dello stato soggettivo del venditore*; Cass., 3 luglio 2004, n. 14586, in *Contratti*, 2005, p. 2001; Cass., 11 aprile 2002, n. 5153, ined.; Cass., 23 febbraio 2001, n. 2659, cit.; Cass., 3 agosto 2000, n. 10188, ined.; Cass., 23 marzo 1999, n. 2712, in *Notariato*, 1999, p. 307; Cass., 19 maggio 1988, n. 3482, in *Mass. Giur. it.*, 1988, I, p. 34.

¹⁸ Cass., 22 febbraio 2008, n. 4604, in Notariato, 2008, p. 223.

¹⁹ A. Luminoso, *La compravendita*, cit., p. 261.

a carico del venditore professionista, una garanzia unitaria per tutte le ipotesi di «difetto di conformità» del bene dal contratto, legittimante il consumatore a domandare, a sua scelta, la riparazione del bene o la risoluzione del contratto²⁰.

3. Il quesito rimesso alle Sezioni unite muove dall'assunto di parte ricorrente secondo cui ai fini delle azioni di garanzia per vizi della cosa venduta ai sensi dell'art. 1490 c.c., non sarebbe il compratore a dover provare l'esistenza dei vizi denunciati, ma il venditore a dover provare di avere consegnato la cosa immune da vizi. Questa prospettazione trae spunto dai princípi espressi dalle stesse Sezioni unite, nella sentenza 30 ottobre 2001, n. 11533²¹, a tenore dei quali il creditore, sia che agisca per l'inadempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte legale o negoziale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento. Le stesse conclusioni valgono anche nell'ipotesi dell'inesatto adempimento, atteso che sia nel caso di inadempimento totale che di inadempimento inesatto il creditore deduce che l'altro contraente non ha rispettato il contratto e la diversa consistenza degli inadempimenti non può giustificare un diverso regime probatorio. L'iter argomentativo della decisione in parola si fonda su due aspetti. Quanto al primo si ritiene che, stando ad un criterio di ragionevolezza secondo il quale le norme devono essere interpretate, sarebbe irrazionale che di fronte ad una identica situazione probatoria della ragione del credito, e cioè dell'esistenza dell'obbligazione contrattuale e del diritto ad ottenerne l'adempimento, vi sia una diversa disciplina dell'onere probatorio, solo perché il creditore sceglie di chiedere la risoluzione o il risarcimento in denaro del danno determinato dall'inadempimento in luogo dell'adempimento, se ancóra possibile, o del risarcimento in forma specifica.

D'altro canto la soluzione prescelta appare conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova, in virtú del quale il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione: l'onere della prova viene infatti ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno e per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Ed appare coerente alla regola enunciata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra

²⁰ A. Luminoso, *o.l.u.c.*

²¹ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 11533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769, con nota di P. Larghez-za, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Danno resp.*, 2002, p. 318; in *Studium juris*, 2002, p. 389; e in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1934.

fatti costitutivi ed estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione²².

Con la decisione che si annota le Sezioni unite superano l'assunto posto a base del mezzo d'impugnazione – secondo il quale, ai sensi dell'art. 1490 c.c., incombe sul compratore che intenda avvalersi dei rimedi edilizi esclusivamente l'onere di provare l'esistenza del titolo, legale o contrattuale, da cui scaturisce il suo diritto, oltre alla scadenza del termine eventualmente previsto –, facendo leva sull'affermazione, invero originale, che pur stando alla disciplina della vendita e in particolare alle previsioni dell'art. 1476 c.c., il venditore assume su di sé l'obbligo di trasferire la proprietà della cosa e di consegnarla, non anche quello di trasferire al compratore una cosa immune da vizi e pienamente idonea all'uso cui è destinata e per cui è stata acquistata. Da un simile angolo visuale, ai fini di un esatto adempimento, il venditore non deve fare altro che trasferire al compratore la proprietà del bene acquistato e di consegnarlo, indipendentemente dalla presenza di eventuali vizi o difformità del bene ceduto.

La presenza di vizi non comporterebbe a carico del venditore la riesumazione di un'obbligazione ormai estinta, bensí la sua 'soggezione' alla garanzia prevista dall'art. 1490 c.c. In altre parole, non sussistendo piú a questo punto un'obbligazione del venditore, neppure sarebbe possibile parlare di inadempimento dell'obbligazione medesima, con la conseguenza che i princípi enunciati dalla sentenza delle Sezioni unite del 2001, sarebbero fuori dal campo di operatività della fattispecie oggetto del piú recente scrutinio.

Ancor piú sottilmente, stando sempre alla pronuncia in esame, pur non potendosi parlare nel caso considerato di inadempimento di un'obbligazione, con i noti effetti sul piano del riparto dell'onere probatorio, la garanzia per vizi porrebbe in capo al venditore una responsabilità contrattuale «speciale», «interamente disciplinata dalle norme dettate sulla vendita», per effetto della quale il compratore che intenda esperire le azioni edilizie è tenuto a provare non soltanto l'esistenza del titolo, ma anche dei vizi della cosa acquistata quale fatto costitutivo del diritto alla risoluzione o alla riduzione del prezzo del contratto di compravendita.

Siffatta conclusione sarebbe del resto piú aderente al principio di vicinanza della prova, posto che dopo la consegna del bene, la prova del

²² Cass., 7 febbraio 1996, n. 973, in *Contratti*, 1996, p. 552, con nota di P.F. Giuggioli, *Risoluzione contrattuale e onere della prova – Il commento*; Cass., 1 luglio 1998, n. 3232, in *Corr. giur.*, 1998, 5, p. 511; Cass., 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 1021, con nota di A. Monnosi, *Prova dell'inadempimento e liquidazione del danno*.

vizio rientra nella sfera d'azione del compratore che intenda chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, fermo restando l'eventuale risarcimento del danno.

4. Della sentenza che si annota non persuade la premessa a monte del ragionamento decisorio e cioè che il venditore non sarebbe tra l'altro obbligato a trasferire al compratore il bene da questi scelto, immune da vizi e pienamente idoneo all'uso per cui è destinato, escludendo cosí dall'area delle obbligazioni incombenti al venditore quella di trasferire un bene senza vizi.

Pare in tal modo di contravvenire alla causa stessa del contratto di compravendita, racchiusa nello scambio tra il trasferimento della proprietà di una cosa utile e il corrispettivo di un prezzo.

Al di fuori dei casi in cui il compratore conosca i vizi della cosa o gli stessi siano facilmente riconoscibili oppure che il venditore li abbia espressamente negati, sembra ragionevole sostenere che il venditore non possa dirsi completamente liberato dagli obblighi contrattuali se non nel momento in cui abbia trasferito al compratore la proprietà di un bene immune da vizi e pienamente idoneo all'uso cui il bene stesso è destinato.

Ci si riferisce ovviamente ai vizi preesistenti alla vendita, laddove quelli successivi al perfezionamento dell'effetto traslativo, possono al piú tradursi in un difetto di consegna oppure manifestarsi successivamente, dando luogo in entrambi i casi a delle ipotesi di inesatto adempimento sottratte al regime speciale delle azioni edilizie e riconducibili alla disciplina generale dell'art. 1453 c.c.²³.

Ciò posto, una prima considerazione da fare, di ordine sistematico, muove dalla constatazione che la disciplina della garanzia edilizia risulta compresa nel paragrafo riservato alle obbligazioni del venditore.

Analogamente, l'art. 1476, n. 3, c.c., pone a carico del venditore l'obbligo di garantire il compratore dai vizi della cosa e, nel caso di vizi preesistenti alla vendita, tale obbligo non può che intendersi nel senso che il rispetto del parametro dell'esatto adempimento postula la consegna del bene scelto dal compratore, nello stato in cui si trovava al momento

²³ Dato indiscusso è la necessaria preesistenza del vizio alla vendita, per le cose individuate, e all'individuazione, per le cose di genere. Si ritiene infatti che il vizio posteriore alla conclusione del contratto debba essere configurato come inesatto adempimento e che non possa pertanto rientrare nella garanzia, a meno che esso sia conseguenza di cause preesistenti (P. Greco e G. Cottino, *Della vendita*, cit., p. 250; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., p. 898, secondo il quale se il vizio è successivo al trasferimento ma anteriore alla consegna, ciò costituisce inesatta esecuzione della prestazione di consegna).

della vendita e cioè, senza sforzi d'immaginazione, intonso e pienamente idoneo all'uso cui è rivolto.

Del resto anche l'art. 1490 c.c., nel disciplinare la garanzia per i vizi della cosa venduta, non può che riferirsi a vizi preesistenti al trasferimento, che il compratore potrebbe aver conosciuto e accettato, diversamente, se cosí non fosse, la volontà negoziale del compratore non potrebbe che tradursi nell'intento di acquistare una cosa immune da vizi e pienamente utilizzabile, con la conseguenza che non sembra sostenibile che il venditore, una volta concluso l'accordo, non sia anche obbligato a darvi puntuale soddisfazione.

In questa prospettiva lo schema concettuale è destinato a rimanere quello dell'inadempimento di un'obbligazione. L'immediato corollario, sul piano del riparto dell'onere probatorio, è che restano validi i princípi enunciati dalle Sezioni unite con la citata sentenza del 30 ottobre 2001, n. 13533, secondo cui il compratore che agisce in giudizio avverso l'inadempimento del venditore che gli ha trasferito la proprietà di una cosa viziata, ha soltanto l'onere di provare il fatto costituivo della sua pretesa e cioè l'esistenza e l'efficacia del titolo da cui deriva il suo diritto.

4.1. Muovendo dalla premessa che il venditore non è obbligato a trasferire una cosa immune da vizi, le Sezioni unite, con la pronuncia che si annota, affermano che nell'ipotesi in cui la cosa venduta risulti viziata, il venditore, che non è piú obbligato, si troverebbe esposto unicamente alla garanzia per vizi, che sorretta da un regime speciale, lo farebbe trovare in una situazione che non è tanto di «obbligazione», quanto di «soggezione», nel senso di metterlo di fronte all'iniziativa del compratore, che potrebbe esperire l'actio quanti minoris o l'actio redibbitoria. Da questo angolo visuale la disciplina delle azioni edilizie, sottratta all'àmbito concettuale dell'inadempimento delle obbligazioni, escluderebbe anche la possibilità di ricondurre all'inesatto adempimento la consegna di una cosa viziata, con l'ulteriore effetto che, diversamente da quanto enunciato in alcune sentenze delle sezioni semplici della Corte di Cassazione²⁴, il compratore non potrebbe esperire in tal caso l'azione di inesatto adempimento, dovendosi viceversa concludere che, di fronte ai vizi della cosa venduta, il compratore stesso potrebbe esclusivamente accedere ai rimedi della garanzia edilizia.

Nel rimarcare la situazione di «soggezione» in cui verrebbe a trovarsi il venditore, le Sezioni unite hanno inteso ribadire un principio

²⁴ Cass., 2 settembre 2013, n. 20110, in *Contratti*, 2013, p. 899; Cass., 2 dicembre 2016, n. 24731, in *CED online*, 2016; Cass., 21 settembre 2017, n. 21297, *ivi*, 2017.

già espresso in un precedente del 2012²⁵. In tale circostanza, tuttavia, le Sezioni unite, intervenendo sul distinto tema della prescrizione dei diritti di garanzia nel caso in cui il venditore abbia riconosciuto il vizio e proposto di ripararlo, non hanno affatto escluso la concorrenza, con le azioni edilizie, di quella di inesatto adempimento, ma pur sottolineando la posizione di «soggezione» del venditore di fronte alle iniziative del compratore, si sono limitate ad affermare che l'eventuale riconoscimento del vizio da parte del venditore e la sua volontà di ripararlo, accompagnata dal consenso del compratore, non inciderebbe sulla prescrizione annuale delle azioni edilizie. Viceversa la prescrizione decennale sarebbe destinata a scandire l'azione di inesatto adempimento, quale rimedio di carattere generale, affatto escluso della disciplina della garanzia per i vizi della cosa venduta, nell'eventualità in cui le parti abbiano trovato un'intesa sull'eliminazione dei vizi.

Del resto, il venditore inadempiente viene normalmente a trovarsi in una posizione di «soggezione» di fronte all'iniziativa del compratore insoddisfatto, libero di scegliere tra i rimedi alternativi previsti dall'art. 1453 c.c. (adempimento coattivo, risoluzione e risarcimento dei danni).

In definitiva, sembra farsi preferire la soluzione che, di fronte al vizio della cosa venduta, metta il compratore nella condizione di scegliere, da un lato, tra i rimedi edilizi assoggettati ai limiti decadenziali e prescrizionali del regime speciale che li caratterizza e, dall'altro, l'azione di inesatto adempimento volta all'eliminazione dei vizi, soggetta alla prescrizione ordinaria, sia nel caso in cui il venditore li abbia riconosciuti e si sia offerto di ripararli, che diversamente, ferma restando in ogni caso la tutela risarcitoria.

In tal senso, come già riconosciuto dalle sezioni semplici della Suprema corte, l'alienazione di una cosa viziata va ricondotta nell'alveo concettuale dell'inadempimento delle obbligazioni.

5. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, sembra inevitabile riconoscere che, a prescindere dal tipo di rimedio adottato, il compratore a cui sia stata consegnata una cosa viziata, sia tenuto a provare esclusivamente l'esistenza e l'efficacia del titolo, negoziale o legale, del suo credito. Tanto nella consapevolezza che, dovendo le norme essere interpretate secondo un criterio di ragionevolezza, apparirebbe irrazionale che di fronte ad un'identica situazione probatoria della ragione del

²⁵ Cass., Sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702, in *Notariato*, 2013, p. 12; in *Corr. merito*, 2013, 5, p. 509, con nota di G. Travaglino, *Vizi della cosa venduta e prescrizione*; e in *Vita not.*, 2013, p. 234.

credito, e cioè dell'esistenza dell'obbligazione contrattuale e del diritto ad ottenerne l'adempimento esatto, vi sia una disciplina diversa dell'onere probatorio, solo perché il creditore sceglie le tutele edilizie oppure chiede l'adempimento coattivo od anche il risarcimento in forma specifica.

In chiusura, vale la pena rimarcare un concetto particolarmente apprezzabile espresso dalle Sezioni unite nell'arresto del 2001, piú volte citato: «[l]'eccesso di distinzioni di tipo concettuale e formale è sicuramente fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto, le cui esigenze di certezza meritano di essere tenute nella dovuta considerazione».

GIOVANNI CINQUE

Abstract

Con la sentenza che si annota le Sezioni unite hanno affermato che il compratore che decida di avvalersi delle garanzie edilizie a causa dei vizi del bene acquistato e chieda la risoluzione del contratto oppure la riduzione del prezzo è tenuto a provare non soltanto l'esistenza e l'efficacia del titolo contrattuale da cui deriva il suo diritto, ma anche l'esistenza dei vizi di cui si duole.

With the sentence annoted, the United Sections have stated that the buyer who decides to make use of the building guarantees due to the defects of the goods purchased and requests the termination of the contract or the reduction of the price, is required to prove not only the existence and effectiveness of the contractual title from which it derives his right, but also the existence of the defects he complains about.