

---

SENTENZA
----------

Cassazione civile sez. un. - 03/05/2019, n. 11748

## Intestazione

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CURZIO	Pietro	-	Primo Presidente f.f.	-
Dott. MANNA	Felice	-	Presidente di Sez.	-
Dott. GENOVESE	Francesco Antonio	-	Consigliere	-
Dott. BERRINO	Umberto	-	Consigliere	-
Dott. FRASCA	Raffaele	-	Consigliere	-
Dott. DORONZO	Adriana	-	Consigliere	-
Dott. BRUSCHETTA	Ernestino Luigi	-	Consigliere	-
Dott. GIUSTI	Alberto	-	Consigliere	-
Dott. COSENTINO	Antonello	-	rel. Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 19028-2015 proposto da:

(OMISSIS) S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dagli avvocati ALFONSO PEPE e FRANCESCO SENESE;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO (OMISSIS) S.R.L. in liquidazione, in persona del Curatore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato DIEGO CREMONA;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 447/2013 del GIUDICE DI PACE di EMPOLI, depositata il 18/11/2013.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del

26/03/2019 dal Consigliere Dott. ANTONELLO COSENTINO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO Lucio, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato Diego Cremona.

## FATTI DI CAUSA

La società (OMISSIS) s.r.l. proponeva opposizione contro il decreto ingiuntivo con cui il giudice di pace di Empoli l'aveva condannata a pagare al Fallimento (OMISSIS) s.r.l. la somma di Euro 2.507,65, a titolo di prezzo di oggettistica in vetro a lei venduta dalla (OMISSIS) in bonis.

L'opponente deduceva che i beni venduti presentavano vizi tali da renderli inidonei all'uso a 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 pronuncia della 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 (OMISSIS) e, conseguentemente, il giudizio di opposizione 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 (OMISSIS).

A fondamento della decisione il giudice empoiese 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 (OMISSIS) contro la sentenza era dichiarato inammissibile dal tribunale di Firenze ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c..

Il tribunale, dopo avere richiamato i precedenti di questa 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 limitata a contestare, infondatamente, il suddetto principio di diritto.

Per la cassazione della sentenza del giudice di pace la (OMISSIS) ha proposto ricorso, ai sensi dell'art. 348 ter c.p.c., comma 3, formulando due motivi di gravame.

Con il primo motivo, riferito al vizio di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la società ricorrente ha denunciato la violazione dell'art. 113 c.p.c. e artt. 1492, 1495 e 2697 c.c., sostenendo che il fax, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di pace, deve considerarsi mezzo idoneo a comunicare la denuncia dei vizi da parte del compratore.

Con il secondo motivo, pur esso riferito al vizio di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la società ricorrente ha denunciato la violazione dell'art. 113 c.p.c. e artt. 1460 e 2697 c.c., censurando la statuizione con cui il giudice di pace ha rigettato l'opposizione al decreto ingiuntivo per difetto di prova dei vizi della merce venduta. Nel mezzo di impugnazione si sostiene, richiamando i principi espressi nella sentenza di queste 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 da vizi.

Il Fallimento (OMISSIS) s.r.l. ha resistito con controricorso.

La causa è stata rimessa in pubblica udienza dalla Sesta Sezione e, all'esito della pubblica udienza del 4.7.18, la Seconda Sezione, con ordinanza interlocutoria depositata il 26.9.18, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite.

Nell'ordinanza di remissione si segnala un contrasto giurisprudenziale sulla questione, proposta dal secondo motivo del ricorso, 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 avere consegnato una cosa immune da vizi.

La causa è stata discussa alla pubblica udienza del 26.3.19, per la quale il Fallimento contro ricorrente ha depositato una memoria illustrativa e nella quale il Procuratore Generale ha

depositato una requisitoria scritta, concludendo in udienza come in epigrafe.

## RAGIONI DELLA DECISIONE

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. E' 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" (pagg. 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. 1035/68, Cass. 2841/74, Cass. 7986/91, Cass. 8533/94, Cass. 8963/98, Cass. 13695/07, Cass. 18125/13).

6. Detto indirizzo è stato sovvertito da una pronuncia della Seconda Sezione, la sentenza 20.9.13 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 SSUU n. 13533/01, come è noto, ha 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 altresì 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, ancora una volta, sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto, adempimento.

8. Da tali principi, Cass. 20110/13 - 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" (pag. 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 inadatta all'uso alla quale è destinata o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, essendo a carico del venditore (debitore), in virtù 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 dimostrare l'esistenza di un vizio o di un difetto intrinseco della cosa, ascrivibile al venditore" (loc. cit.).

9. L'indirizzo espresso da Cass. 20110/13 non è stato seguito da Cass. 21949/13, nè da Cass. 3042/15, nè da Cass. 18497/17, 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 2.12.16 n. 24731/16 e, nella Terza Sezione, dall'ordinanza 21.9.17 n. 21927; quest'ultima ha espressamente motivato la propria adesione alla sentenza n. 20110/13 proprio sulla ritenuta necessità di muoversi "nel solco dell'insegnamento" di SSUU n. 13533/01 (pag. 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. 20110/13 e ripreso nella ordinanza n. 21927/17, ossia che la consegna di una cosa viziata costituisca inesatto adempimento ad una obbligazione del venditore. E' infatti evidente che, se tale presupposto fosse smentito, non vi sarebbe ragione di assoggettare la disciplina dell'onere della prova nelle azioni edilizie ai principi elaborati da SSUU n. 13533/01 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 cose determinate, 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 ancora ed indipendentemente dalla consegna delle stesse, ove i relativi tempi non coincidano, cfr. Cass. n. 4611/82). 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. 3559/95) 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 c.c., comma 2); 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. 4344/01).

13. L'obbligazione menzionata nell'art. 1476 c.c., n. 1), 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. 1477 c.c., comma 1), senza alcun riferimento alla immunità della cosa da vizi. Va sottolineato che l'art. 1477 c.c., comma 1 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), nè 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. 5768/81, 8861/96, 9466/11).

14. Procedendo, poi, all'esame dell'obbligazione menzionata nell'art. 1476 c.c., n. 3), 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, perchè, 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, perchè l'obbligazione può avere ad oggetto una prestazione futura, ma non il modo di essere attuale della cosa dedotta in contratto. Poichè 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 perchè all'effetto obbligatorio segua quello reale del trasferimento della proprietà dal venditore al compratore), l'obbligazione di consegna di cui all'art. 1476 c.c., n. 1 ha ad oggetto esattamente quella cosa o quelle cose - ancorchè, 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. 14025/14, 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", pag. 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 c.p., n. 3, 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, giacché, 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'ambito di un medesimo genere, sull'appartenenza ad una specie piuttosto che a un'altra (cfr. sentt. nn. 28419/13, 6596/16). 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, perchè 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. 3069/71, Cass. 3944/82, Cass. 12011/97, Cass. 20391/08, Cass. 5935/18), la tutela del compratore è affidata alla garanzia per i vizi (cfr. Cass. 5075/83, Cass. 5202/07), 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, bensì 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. 19702/12, 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" (pag. 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. 5686/85, 7561/06, 14431/06, 20557/12). 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'ambito 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. 20110/13 e 24731/16 e della Terza Sezione n. 21927/17, 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'ambito applicativo dei principi fissati dalla sentenza SSUU n. 13533/01 in materia di prova dell'inesatto adempimento delle obbligazioni nelle ordinarie azioni contrattuali di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno.

27. I principi fissati nella sentenza n. 13533/01 discendono dalla presunzione di persistenza del diritto, desumibile dall'art. 2697, in virtù 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; principi 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 principi 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. 13533/01, 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 SSUU n. 13533/01, 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" (p. 1.2.1, pag. 12). L'ancoraggio di tale principio all'art. 24

Cost., implicito in SSUU n. 13533/01 (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. SSUU 141/06, in materia di lavoro, e Cass. 19146/13, in materia di appalto, proprio con riferimento all'onere della prova dei vizi della cosa realizzata dall'appaltatore).

31. In SSUU n. 13533/01 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 distinguere 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. 20484/08 "l'onere della prova deve essere ripartito, oltrechè 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., giacchè 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 più 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. 13533/01 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 (p. 2.2.3, pagg. 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 più articolata e più difficilmente inquadrabile in schemi rigidamente 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 più 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 più 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. 19146/13 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. 3548/17 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 ancora 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.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) - sono state interpretate nella sentenza CGUE 4.6.15 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 (OMISSIS) 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. 2108/12, Cass. 11493/17), il quale, pertanto, va dichiarato assorbito.

44. Il ricorso è quindi, in definitiva, rigettato.

45. Va disattesa l'istanza di condanna della ricorrente ex art. 96 c.p.c., proposta nel controricorso del Fallimento (OMISSIS) s.r.l., dovendosi escludere la temerarietà dell'impugnazione in presenza di un contrasto giurisprudenziale.

46. Il menzionato contrasto giurisprudenziale giustifica, infine, l'integrale compensazione delle spese del giudizio di legittimità.

47. Deve altresì darsi atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della società ricorrente, del raddoppio del contributo unificato D.P.R. n. 115 del 2002, ex art. 13, comma 1 quater.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della società ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto a norma dell'art. 1 bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 26 marzo 2019.

Depositato in Cancelleria il 3 maggio 2019