

Traccia del concorso in Magistratura a 500 posti (13.7.2022) e svolgimento¹

Garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto: riparto dell'onere probatorio.

Svolgimento di Massimo **MARASCA** (Magistrato)

L'art. 1372 cc stabilisce, con formula enfatica, che il contratto ha forza di legge tra le parti, sancendo che lo stesso vincola le parti al rispetto degli impegni in esso stabiliti.

Accade di frequente, però, che le parti rimangano vincolate anche a obblighi che non hanno espressamente pattuito o che, come si suole dire in dottrina, non hanno esplicitamente "disvoluto".

E' questo il caso degli elementi/effetti naturali del contratto.

Sono gli elementi che l'ordinamento considera normalmente sussistenti senza che sia necessaria una espressa dichiarazione negoziale. Si tratta di clausole contrattuali che operano in virtù di previsione legislativa e in assenza di una volontà derogatoria delle parti. Sono clausole legali che sono, dunque, contemplate da norme derogabili. Secondo un'autorevole dottrina le norme che prevedono siffatte clausole sarebbero da qualificare più correttamente come "suppletive", atteso che esse si applicano solamente se le parti non hanno stabilito nulla in merito ad una certa fattispecie

Il fondamento normativo che giustifica l'integrazione del contratto in assenza di una pattuizione va rinvenuto nell'art. 1374 cc, obbligando il contratto a quanto previsto dalla legge in aggiunta a quanto concordato. In sostanza si tratta di previsioni normative che supportano una carente volontà delle parti contrattuali.

Nell'ambito degli elementi/effetti naturali del contratto rientra la garanzia per vizi, la cui disciplina è dettata sia in materia di vendita che in materia di appalto.

La disciplina della garanzia per i vizi affonda le proprie radici nel diritto romano. Nel diritto romano la compravendita rientrava nell'ambito delle obligationes consensu contracte del ius honorarium congiuntamente a da locatio-conductio, da societas e da mandatam. La Emptio venditio era un contratto consensuale attraverso il quale un contraente (vènditor) si obbligava a consegnare una res all'altro (émptor), in cambio di una somma di danaro. Il venditore doveva,

¹ La soluzione prospettata è solo una delle possibili.

inoltre, assicurare che avrebbe risarcito eventuali danni subiti dal compratore per vizi occulti della cosa. Il compratore poteva esercitare l'azione redibitoria (actio redhibitoria) contro il venditore entro due mesi dalla scoperta del vizio per ottenere la restituzione della cosa, ovvero l'azione estimatoria (actio aestimatoria) con cui chiedeva una riduzione della somma da pagare sulla base di una stima del valore della merce. Tale responsabilità fu regolata dagli edili curuli nell'ambito della loro attività di polizia e controllo sui mercati di schiavi e bestiame e disciplinata nel loro edictum. I rimedi furono infatti nominati azioni edilizie.

Odiernamente la garanzia per vizi è prevista per il contratto di vendita dall'art. 1490 cc nell'ambito delle disposizioni generali, mentre nel caso dell'appalto è regolata dagli artt. 1667 e 1668 cc e, oltre ai vizi, si sancisce anche una garanzia per difformità.

Entrambe le garanzie consistono in degli obblighi simmetrici a quelli principali che gravano sul venditore e sull'appaltatore: nel caso del venditore si tratta dell'obbligo di trasferire il bene che è oggetto del contratto, mentre nel caso del contratto di appalto l'obbligazione principale consiste nella realizzazione di un'opera o di un servizio.

Come si evince dal tenore letterale degli artt. 1490 cc e 1667 cc entrambe sono derogabili da una diversa volontà delle parti, ma in proposito il legislatore pone il paletto dei vizi occulti, non riconoscibili, non conosciuti o comunque taciuti in malafede, che non è altrimenti eludibile dei pascenti.

In relazione alla violazione della garanzia l'ordinamento appronta degli specifici rimedi azionabili dal compratore.

A tutela dell'acquirente di un bene viziato l'art. 1492 cc pone due rimedi specifici, ossia le c.d. «azioni edilizie» (perché introdotte, nel diritto romano, dagli edili curuli).

Trattasi dell'azione redibitoria e di quella estimatoria.

Vi è innanzitutto l'azione redibitoria (actio redhibitoria) con la quale il venditore deve restituire il prezzo ricevuto o non può pretendere quello pattuito e non ancora pagato. Vi è poi l'azione estimatoria (actio quanti minoris) con cui l'acquirente ottiene una riduzione del prezzo in ragione del minor valore che il bene ha per effetto del vizio.

Per il committente la legge stabilisce rimedi analoghi: il committente può chiedere l'eliminazione dei vizi e delle difformità, una diminuzione del prezzo e la risoluzione del contratto (art. 1668).

Parimenti anche nel contratto di vendita il compratore può chiedere l'eliminazione dei vizi: in proposito la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che laddove il venditore assuma l'impegno ad eliminare detti vizi attua l'originario obbligo assunto e non si verifica una novazione dell'originaria obbligazione.

La disciplina è piuttosto rigorosa nel caso in cui i vizi siano riconoscibili: sia nella vendita sia nell'appalto è previsto un breve termine di decadenza entro il quale denunciare i vizi, ma la denuncia non richiede particolari formule sacramentali purché giunga nella sfera giuridica del venditore, essendo atto ricettizio (v. 1335 cc).

Ciò chiarito sul piano istituzionale, è da dire che nell'anno 2019 la giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite ha indagato sulla natura giuridica della garanzia per vizi nella compravendita, affrontando anche le conseguenze ripartizione dell'onere probatorio in materia contrattuale, in riferimento alle

figure di più frequente verifica pratica, quali la compravendita, l'appalto e la locazione.

Il quesito posto alle SS.UU riguardava l'applicabilità dei principi dettati per il riparto della prova in punto di inadempimento dalla nota pronuncia a SS.UU. n. 13533-2001. Secondo questa pronuncia, in base ai principi di persistenza del credito e di vicinanza della prova, il creditore ha l'onere di allegare il titolo da cui discende il proprio diritto e l'inadempimento del debitore; di contro, sul debitore grava la prova inversa: quella dell'insussistenza dell'inadempimento, ben possibile quand'anche consistente nella prova di un fatto negativo, o quella della non imputabilità dello stesso inadempimento. Secondo le SS.UU del 2001 il principio valeva per tutte le obbligazioni, salvo che per quelle negative. L'orientamento delle SS.UU del 2001 poneva quindi un importante tassello verso il superamento della tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, che, oltre a essere una distinzione di carattere sostanziale, si traduceva in una differenza di natura processuale: nel caso delle obbligazioni di mezzi il debitore era tenuto a provare di aver adempiuto diligentemente all'impegno sullo stesso gravante, mentre nel caso delle obbligazioni di risultato l'onere probatorio era più oneroso poiché il debitore doveva dimostrare che il mancato raggiungimento dell'obiettivo non era allo stesso imputabile.

Si è posto quindi il problema se detti principi fossero applicabili anche alla garanzia per vizi.

Per rispondere a siffatto quesito la Corte si è interrogata innanzitutto sulla natura giuridica della garanzia. In particolare, la Suprema Corte ha escluso che si tratti di garanzia in senso tecnico, poiché non aggiunge un patrimonio personale o un bene sul quale il creditore possa rivalesi in caso di inadempimento, o di assicurazione, non essendo previsto il versamento di un premio o la corresponsione di un indennizzo. In modo innovativo la Corte ha anche escluso che si tratti di un obbligazione in senso tecnico gravante sul venditore, poiché questi è obbligato a consegnare la cosa quand'anche viziata. Inoltre, la garanzia di immunità dai vizi non prevede alcuna prestazione, non consistendo né in un dare né in un fare e nemmeno in un non fare. Secondo il giudice di legittimità si tratta piuttosto di una posizione di soggezione del venditore che è sottoposto all'esercizio di un diritto potestativo del venditore sostanziantesi in una delle azioni edili. Si è dunque in presenza di una responsabilità contrattuale speciale che si affianca a quella generale (1218 e ss), che amplia il ventaglio rimediabile a disposizione del compratore.

Una siffatta impostazione sostanziale implica che, sul piano processuale, non sono applicabili i principi delle SS.UU 13533-2001: sia il principio della persistenza del credito sia quello di vicinanza della prova a carico del creditore presuppongono che vi sia un obbligo da adempiere, mentre nel caso della garanzia per vizi vi è una mera soggezione.

L'onere della prova incombe dunque interamente sul compratore che agisce con una delle azioni edili e ciò in applicazione dell'art. 2697 cc. E' dunque onere del compratore dimostrare l'esistenza del vizio occulto.

Per le SS.UU la medesima conclusione vale anche per il contratto di appalto, che è connotato da un'obbligazione di risultato come quella della vendita: nel primo si prevede la realizzazione dell'opera o il compimento del servizio, mentre nella seconda il trasferimento della cosa. In proposito vi è però una specificità che è data dall'accettazione dell'opera. L'accettazione dell'opera

segna, infatti, 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 facta 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.

Avverso le SS:UU si sono levate numerose critiche proprio nei confronti della parificazione tra la vendita e l'appalto. In primo luogo si è criticata la premessa da cui muovono le SS.UU, ovvero riconduzione dell'appalto ad una mera obbligazione di risultato e ciò per più ragioni: l'assenza di fondamento normativo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultati, l'esistenza di obbligazioni complesse che prevedono sia obbligazioni di mezzi che di risultato, il progressivo abbandono giurisprudenziale della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. In secondo luogo si è osservato che il bene dovuto nella vendita e nell'appalto è differente: nel primo caso è la dazione di una cosa, mentre nel secondo caso è la realizzazione di un opus. In terzo luogo la decisione della Corte, sebbene formalmente amplia i mezzi a disposizione del compratore, potrebbe aggravare e pregiudicare proprio la posizione della parte adempiente, onerandolo di dimostrare sia il vizio che l'occultamento, l'ignoranza o la non riconoscibilità: per la verità questo argomento è debole rispetto all'impostazione delle SS.UU, atteso che è principio consolidato quello secondo il quale il compratore assume consapevolezza del vizio occulto in seguito al positivo esperimento di un accertamento tecnico preventivo. Aspetti fattuali questi ultimi che, in verità, appaiono più vicini all'appaltatore, il quale, poiché si assume che abbia nascosto il vizio, ha, al contrario, più semplicità nel dimostrare di aver reso edotto il compratore. Inoltre, la soluzione adottata dalla Corte si pone in distonia la disciplina dei contratti del consumatore, dove il legislatore, attuando i principi comunitari, tende a tutelare la parte più debole e meno informata: si fa riferimento alla garanzia di conformità di cui agli artt. 128 -135-septies del Codice del Consumo, secondo cui il consumatore ha diritto a ricevere un bene conforme al contratto, ovvero un bene che soddisfi determinati requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dal contratto: occorre avvisare che si tratta di un argomento spendibile anche in favore delle SS.UU, poiché si può sostenere che la disciplina consumeristica è speciale rispetto a quella codicistica; in senso contrario si può dedurre come la disciplina consumeristica è parimenti generale come quella del codice distinguendosi solo per i destinatari della stessa.

Per superare le SS.UU si potrebbe proporre un'altra lettura dell'art. 1476 n. 3, evidenziando come la garanzia per vizi sia in realtà un obbligo di protezione del compratore che grava sul venditore e che non si traduce in una prestazione. In dottrina è pacifica l'ammissibilità di obblighi di protezione senza prestazione e anche la giurisprudenza applica detta figura nell'ambito della responsabilità medica. Peraltro, è facile osservare come l'esercizio del diritto del compratore non sia solo processuale ma anche sostanziale, potendo ottenere l'attuazione dell'obbligo alla rimozione dei vizi come già sancito dalle SS.UU allorquando ha chiarito che l'assunzione di detto obbligo da parte del venditore non integrava una novazione L'adesione a una tale lettura porterebbe nuovamente al ripristino dei principi dettati da SS.UU 13533-01.