



Il codice dei contratti pubblici ad un anno dalla riforma
Corso della Scuola Superiore della Magistratura e dell'Ufficio studi e formazione della
Giustizia amministrativa - cod. P24013 - date 4/6 marzo 2024

**Le difformità e vizi dell'opera, le azioni di garanzia, il loro
rapporto con l'azione ex art. 2043 c.c. e la responsabilità
dell'appaltatore**

di

Cesare Trapuzzano
Consigliere della Corte di cassazione

SOMMARIO: 1.- APPALTO PRIVATO E APPALTO DI OPERE PUBBLICHE. 2.- L'AMBITO APPLICATIVO DELLA GARANZIA PER LE DIFFORMITÀ E I VIZI. 3.- LA RESPONSABILITÀ DERIVANTE DALL'OPERATIVITÀ DELLA GARANZIA: NATURA E REQUISITI. 4.- LE DIFFORMITÀ E I VIZI. 5.- VIZI PALESI E VIZI OCCULTI. 6.- AMBITO APPLICATIVO DELLA RESPONSABILITÀ PER ROVINA O DIFETTI DI COSE IMMOBILI. 7.- LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ PER ROVINA O DIFETTI DI COSE IMMOBILI. 7.1.- CONSEGUENZE DELL'INQUADRAMENTO SISTEMATICO QUALE RESPONSABILITÀ AQUILIANA. 7.2.- IN SPECIE: LE INTERRELAZIONI CON LA CLAUSOLA GENERALE DI RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE. 8.- GLI IMMOBILI DESTINATI A LUNGA DURATA.

1.- Appalto privato e appalto di opere pubbliche.

L'appalto per l'esecuzione di opere pubbliche è omologo alla corrispondente figura del diritto privato. Nonostante le peculiarità soggettive e oggettive, l'appalto pubblico non è dissimile, nei suoi tratti fondamentali, dall'appalto regolato dall'art. 1655 e, una volta **esaurita la procedura di affidamento**, si atteggia comunque come **contratto di diritto comune**, dal quale sorgono diritti e obblighi a carico di entrambi i contraenti (Mangini-Rudan Bricola, 51; Giannattasio, 16; Rubino-Iudica, 9; C. Sanna, 113).

Al riguardo, il Codice dei contratti pubblici riconosce espressamente che la **disciplina sull'appalto di matrice codicistica** costituisce **fonte primaria** di portata generale, **suppletiva e integrativa** di tutto quanto non previsto dalla disciplina speciale dei contratti pubblici. Causa del contratto è la **stessa funzione economico-giuridica** cui adempie il contratto d'appalto privatistico; fonte del rapporto è il **contratto tra amministrazione e privato**, che esprimono la loro volontà in posizione paritaria, senza che la P.A. abbia il potere di imperio ai fini dell'imposizione diretta della prestazione tipica dell'appalto; l'oggetto è costituito da una *res* che per sua natura avrebbe potuto essere oggetto di un appalto concluso tra parti private; anche gli effetti negoziali sono analoghi. Per converso, nella fase precedente alla stipulazione del contratto — ovvero nel procedimento di scelta del privato appaltatore — l'amministrazione opera in veste autoritativa (Mangini-Iacuaniello Bruggi, 74; Cagnasso-Cottino, 601; C. Sanna, 112).

Ciò non toglie che **anche nella fase di esecuzione** la P.A. goda di alcune prerogative previste dalla legislazione speciale, che consistono in un maggior potere di ingerenza attribuito al committente, nella possibilità di sciogliere il contratto o di estromettere l'appaltatore nei casi previsti e nella previsione di una disciplina particolare per alcuni aspetti, quali la direzione dei lavori, il collaudo o il subappalto (Cianflone-Giovannini-Lopilato, 279). La P.A. potrà inoltre esigere delle varianti, ovvero disporre la sospensione dei lavori stessi per ragioni attinenti sia alle modalità di esecuzione, sia ad altre considerazioni di rilevanza generale. Si tratta di poteri che l'amministrazione appaltante può esercitare tramite l'organo a ciò preposto del direttore dei lavori, e che presuppongono proprio la pendenza del rapporto di appalto e, dunque, che non si sia giunti al collaudo e alla consegna delle opere (Cass. 27 gennaio 2012, n. 1263; Cass. 22 febbraio 2008, n. 4591).

Tra le norme speciali in materia si segnalano quelle contemplate, fino al 30 giugno 2023, dal d.lgs. n. 50 del 2016, recante «attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e

2014/25/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture» (codice dei contratti pubblici), entrato in vigore il 19 aprile 2016, che ha disposto l'abrogazione, a partire da questa stessa data, della disciplina previgente, contenuta nel d.lgs. n. 163 del 2006, e il relativo regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010. E dal 1° luglio 2023, quelle dettate dal d.lgs. n. 36 del 2023 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici).

Inoltre, il d.lgs. n. 104 del 2010 (codice del processo amministrativo) – cui rinvia l'art. 12, lett. a), del Codice dei contratti pubblici – detta una **disciplina speciale sulla sorte del contratto di appalto pubblico**, in termini di conservazione dell'efficacia ovvero di dichiarazione di inefficacia o invalidità in conseguenza dell'annullamento di atti della procedura di gara, a seconda dello specifico vizio accertato dal giudice amministrativo.

Per la **natura privatistica** del contratto di appalto di opere pubbliche si è espressa anche la giurisprudenza (Cass. S.U. 7 marzo 2001, n. 95, in *Urban. e app.*, 2001, 752).

Altro indirizzo in dottrina è orientato, invece, a ritenere che il contratto di appalto pubblico sia un **autonomo tipo negoziale** (Moscarini, 1984, 712; Cianflone-Giovannini-Lopilato, 149). E ciò perché la disciplina degli appalti di opere pubbliche è largamente attraversata dalla necessità di proteggere **pubblici interessi**, al punto tale da potersi constatare che il contratto di appalto pubblico – per fonti, caratteristiche, regole operative – sia oramai divenuto una **figura autonoma a sé stante**, che – tralasciati alcuni degli aspetti meramente strutturali, che condivide con l'appalto privato – fuoriesce per gran parte (soprattutto per quel che attiene alla gestione del rapporto contrattuale, largamente dominata dalla necessità di proteggere l'interesse pubblico) dal tipo così come configurato nel codice civile (Benedetti, 10). Valorizzando il profilo teleologico, l'opera commissionata dallo Stato o da altro ente pubblico non costituisce, pertanto, opera pubblica ove essa abbia per oggetto finalità proprie dell'economia privata (Rubino Sammartano, 33).

Nondimeno, anche ove si aderisca a tale ultima ricostruzione, la **normativa privatistica continua a costituire l'ossatura del rapporto**, mentre le disposizioni speciali ne regolano solo alcuni aspetti (con particolare riguardo alla fase esecutiva, in tema di requisiti

particolari per l'esecuzione, direzione dei lavori, controllo tecnico-contabile e amministrativo, collaudo e verifica di conformità, garanzie definitive, garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore, subappalto, modifiche in corso di esecuzione, sospensione dell'esecuzione, diritto potestativo di risoluzione e recesso, esecuzione o completamento in caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato, anticipazioni, modalità e termini di pagamento del corrispettivo, penali e premi di accelerazione), senza investire l'essenza del rapporto.

Segnatamente, per quel che qui interessa, il **rinvio esterno** operato dall'art. 12, lett. b, del Codice dei contratti pubblici espressamente stabilisce che, **per quanto non espressamente previsto nel codice**, alla stipula del contratto e **alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile**.

E più precisamente trova applicazione la **disciplina civilistica** con riguardo alla **garanzia per difformità e vizi dell'opera e alla responsabilità per rovina o difetti di cose immobili**. Secondo l'art. 116, terzo comma, del Codice dei contratti pubblici, **salvo quanto disposto dall'art. 1669 c.c.**, l'appaltatore risponde per le difformità e i vizi dell'opera, ancorché riconoscibili, purché **denunciati dalla stazione appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo**.

Ed ancora, la cognizione delle controversie scaturenti dal contratto di appalto di opere pubbliche (e, in specie, attinenti alla **fase esecutiva ove si riscontra un rapporto paritetico tra le parti**), ad eccezione delle ipotesi indicate dall'art. 133, d.lgs. n. 104 del 2010, nelle quali la giurisdizione è affidata, in via esclusiva, al giudice amministrativo, rientra nella **giurisdizione del giudice ordinario**, a nulla rilevando che l'amministrazione committente abbia, successivamente all'aggiudicazione, fatto erroneo riferimento, ai fini dell'esecuzione, alla necessità del provvedimento di controllo, data l'inidoneità di questo a incidere sulle posizioni soggettive nascenti dal rapporto contrattuale e aventi consistenza di diritti soggettivi, atteso che la giurisdizione si determina in ragione dell'intrinseca consistenza della situazione soggettiva dedotta in giudizio, rientrando, d'altra parte, nei poteri del giudice ordinario stabilire, verificando in via incidentale la legittimità e regolarità dell'atto di controllo, se l'amministrazione abbia violato i patti contrattuali e vulnerato il diritto soggettivo dell'appaltatore a proseguire nel rapporto (Cass. S.U. 30 luglio 2021, n. 21971;

Cass. S.U. 28 febbraio 2020, n. 5594; Cass. S.U. 31 gennaio 2017, n. 2482; Cass. S.U. 10 aprile 2003, n. 5619, in *Urban. e app.*, 2003, 916).

Anche la controversia inerente al **collaudo di opere pubbliche** esorbita dall'ambito cognitivo proprio della giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che detta attività rientra pienamente nell'ambito di un rapporto contrattuale che, a partire dall'aggiudicazione, è interamente disciplinato dal diritto privato e in relazione al quale si controverte solo in materia di diritti soggettivi (Cass. S.U. 6 settembre 2010, n. 19049).

Piuttosto, con il nuovo Codice dei contratti pubblici sono incentivati i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: l'accordo bonario, la transazione; l'arbitrato; il ricorso al collegio consultivo tecnico, esteso anche agli appalti di servizi e forniture.

Alla luce del prefigurato percorso descrittivo, le **differenze** tra appalto di opere pubbliche e appalto privato si riscontrano su più piani: a) l'**ampiezza del potere direttivo** dell'appaltante, che è più penetrante nell'appalto pubblico, in ragione dello scopo perseguito, e si manifesta attraverso la figura del direttore dei lavori; b) le **condizioni per l'esercizio dello ius variandi**, che è sempre ammesso, nell'interesse dell'amministrazione, ove le variazioni siano finalizzate al miglioramento dell'opera o della sua funzionalità, sempre che non implicino una modifica sostanziale dei lavori, e possono essere ricondotte alle sopravvenute disposizioni legislative o regolamentari, a cause impreviste o imprevedibili, all'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione, alla sopravvenienza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni oggetto dell'intervento o a rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale, alla sorpresa idrogeologica ex art. 1664, secondo comma, al manifestarsi di errori od omissioni del progetto esecutivo che pregiudichino, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera, nei limiti del quinto del suo valore complessivo; c) le **condizioni per la revisione del corrispettivo**, atteso che il criterio vigente del prezzo chiuso impedisce l'applicazione dell'art. 1664, primo comma; d) il **superamento del divieto di autotutela** (C. Sanna, 119; Pototschnig, 14).

Ma il ragionamento può essere invertito. Cosicché, anche con riferimento all'**appalto privato** può accadere che, in ragione della sua **particolare complessità**, le soluzioni siano rinvenute dalle parti nella **disciplina dell'appalto pubblico** (Nervi, 64; Balante-Maroni, 50). A questa medesima conclusione perviene la giurisprudenza con riguardo al contratto di appalto

privato che richiami il **capitolato generale per le opere pubbliche**, operazione qualificata come convenzione compromissoria (App. Roma 7 luglio 2009, in www.dejure.it).

2.- L'ambito applicativo della garanzia per le difformità e i vizi.

La garanzia per le difformità e i vizi dell'opera è suscettibile di operare allorché il risultato dell'esecuzione dell'appalto **non sia conforme alle clausole negoziali o alle regole dell'arte**. L'integrazione dei relativi presupposti permette al committente di avvalersi dei rimedi dell'eliminazione dei difetti a spese dell'appaltatore (rispettivamente mediante correzioni o riparazioni), o in alternativa della riduzione del prezzo, ovvero della risoluzione del contratto, oltre che del risarcimento dei danni. La disciplina della garanzia è contenuta negli artt. 1667-1668: la prima norma regola i **presupposti** affinché la garanzia possa essere esercitata; la seconda ne esplicita il **contenuto**, prevedendo i rimedi di cui l'appaltante può giovare (Cappai, 550).

La garanzia per i difetti dell'opera appaltata costituisce una **forma di responsabilità speciale** rispetto alla disciplina generale sulla responsabilità per inadempimento nel contratto (Stolfi, 655; Giannattasio, 194; Rubino-Moscato, 473; Cagnasso, 1987, 173; Mangini-Iacuaniello Bruggi, 262; Marinelli, 2000, 122; Polidori, 40; Rubino Sammartano, 418; Rubino-Iudica, 383; Cagnasso-Cottino, 574).

Precisamente, la facoltà di far valere la garanzia per le difformità e i vizi dell'opera presuppone l'avvenuta **integrale esecuzione dell'opera stessa**, in violazione delle prescrizioni pattuite per l'esecuzione dell'appalto o delle regole imposte dalla tecnica. Per contro, la responsabilità speciale per difformità o vizi, come disciplinata dal legislatore, non è invocabile — ed è invocabile piuttosto la generale responsabilità per inadempimento contrattuale ex art. 1453 — nel caso di **mancata ultimazione** dei lavori, anche se questa, per la parte eseguita, risulti difforme o viziata, o di **rifiuto della consegna** o di **ritardo** nella consegna rispetto al termine pattuito (Rubino-Moscato, 474; Moscarini, 1984, 738; Vignali, 1991, 106).

In base ad altra impostazione, il rapporto sussistente tra gli artt. 1453-1455, l'art. 1662, capoverso, e l'art. 1668 è qualificabile, non già come rapporto di specialità o eccezionalità delle rispettive discipline, bensì, mutuando un istituto proprio del diritto penale, quale **concorso apparente di norme**, poiché ciascuna delle disposizioni richiamate si fonda su presupposti fattuali e giuridici affatto diversi rispetto alle altre, cosicché non sembra

esservi spazio per un'applicazione del principio di specialità o eccezionalità in senso stretto (Maione-Serafini, *Il rapporto fra gli artt. 1453-1455 e gli artt. 1662 e 1668 c.c.*, in *Contratti*, 2007, 2, 187; Macario-Addante, 407).

Ai difetti di tipo qualitativo devono essere equiparati i **difetti di tipo quantitativo**, a fronte di un'opera comunque completata, cui si applica la disciplina speciale (Cappai, 556; Cervale, 2016, 137).

In ragione della collocazione sistematica dell'istituto, le inevitabili lacune della disciplina speciale della garanzia possono essere colmate attingendo al corpo normativo su cui si fonda la responsabilità nella disciplina generale del contratto (Rubino-Iudica, 384).

Nello stesso senso la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che, nel caso in cui l'appaltatore non abbia portato a termine l'esecuzione dell'opera commissionata, restando inadempiente all'obbligazione assunta con il contratto, la disciplina applicabile nei suoi confronti è quella generale in materia di inadempimento contrattuale, dettata dagli artt. 1453 e 1455, mentre la speciale garanzia prevista dagli artt. 1667 e 1668 trova applicazione nella diversa ipotesi in cui l'opera sia stata portata a termine, ma presenti dei difetti (*recte* difformità o vizi). Ne consegue che, in caso di omesso completamento dell'opera, anche se questa, per la parte eseguita, risulti difforme o irregolare, non è comunque consentito, al fine di accertare la responsabilità dell'appaltatore per inesatto adempimento, fare ricorso alla disciplina dell'anzidetta garanzia che, per l'appunto, richiede necessariamente il totale compimento dell'opera (Cass. 8 gennaio 2024, n. 421; Cass. 9 marzo 2023, n. 7041; Cass. 2 dicembre 2022, n. 35520; Cass. 14 febbraio 2019, n. 4511; Cass. 13 aprile 2018, n. 9198; Cass. 22 gennaio 2015, n. 1186; Cass. 24 giugno 2011, n. 13983, in *Contratti*, 2012, 3, 141, con nota di Genovese, e in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, 956; Cass. 6 aprile 2006, n. 8103, in *Foro it. Rep.*, 2006, voce *Appalto*, n. 64; Cass. 15 febbraio 2006, n. 3302; Cass. 19 giugno 2003, n. 9849; Cass. 27 luglio 2000, n. 9863; Cass. 17 dicembre 1999, n. 14239; Cass. 19 gennaio 1999, n. 446; Cass. 16 ottobre 1998, n. 10255, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2097; Cass. 27 marzo 1998, n. 3239, in *Foro it.*, 1998, 6, 1, 1843; Cass. 9 agosto 1996, n. 7364, in *Foro it. Rep.*, 1996, voce *Appalto*, n. 29; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10772, in *Contratti*, 1996, 126, e in *Foro it. Rep.*, 1996, voce *Appalto*, n. 31; Cass. 15 dicembre 1990, n. 11950, in *Arch. civ.*, 1991, 5, 555, e in *Giust. civ.*, 1992, 12, 1, 3047, con nota di Stranieri; Cass. 11 gennaio 1988, n. 49, in *Inform. prev.*, 1988, 8, 1197, e in *Foro it. Rep.*, 1988, voce *Appalto*, n. 54; Cass. 12 aprile 1983, n.

2573; e nella giurisprudenza di merito: App. Roma 7 ottobre 2102, n. 4025; Trib. Milano 6 aprile 1987, in *Foro pad.*, 1987, 1, 386).

In caso di mancata ultimazione dei lavori, il committente può chiedere il completamento dell'opera ex art. 1453, primo comma, oppure la risoluzione del contratto in base alla stessa norma, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di verificare lo stato dei lavori e di fissare all'appaltatore un termine per il completamento di essi, prevista dall'art. 1662 (Cass. 22 marzo 2007, n. 6931). Per converso, le due forme di responsabilità, generale e speciale, possono cumularsi laddove l'assuntore ultimi l'opera in ritardo e questa sia affetta da difformità o vizi: sebbene in ragione di *causae petendi* diverse, potranno essere invocati i rimedi ordinari, a fronte della tardività della prestazione resa, e i rimedi a garanzia dei difetti (Rubino Sammartano, 418).

Un ulteriore livello di specialità, rispetto alla disciplina a sua volta speciale rintracciabile nelle previsioni degli artt. 1667 e 1668, ricorre allorché l'appalto abbia ad oggetto beni mobili, purché non si tratti di mobili infungibili non prodotti in serie: e ciò perché la disciplina dedicata all'inadempimento dell'appaltatore, nel caso di **produzione in serie di beni mobili fungibili**, è contenuta nel codice del consumo, purché l'appaltante si identifichi in un consumatore, ossia in una persona fisica che agisca per scopi estranei a quelli imprenditoriali o professionali, fermo restando che, ove la disciplina codicistica dell'appalto sia più favorevole al committente-consumatore, questi potrà rivendicare l'applicazione di quest'ultima disciplina (Rubino-Iudica, 379). Le **garanzie sui beni di consumo per difetto di conformità** non si estendono, invece, agli appalti conclusi tra due professionisti o tra due consumatori, nonché agli appalti aventi ad oggetto beni immobili e agli appalti di servizi, salvo che la prestazione di *facere* sia collegata al trasferimento di un bene mobile (Fadda, 578).

La garanzia per le difformità e i vizi, nonostante faccia espresso riferimento ai soli appalti di opere, è applicabile anche agli **appalti di servizi**. Tanto perché, per un verso, tale disciplina, per la sottostante *ratio* che la connota, è compatibile con entrambe le varianti dell'appalto e, per altro verso, essa si presta a trovare impiego in tutte le ipotesi in cui l'obbligazione dell'assuntore si configuri come obbligazione di risultato (Giannattasio, 203; Rubino-Moscato, 482; Rubino-Iudica, 380). Alle medesime conclusioni giunge la S.C., che reputa applicabile la disciplina sulla garanzia anche agli appalti di servizi, con particolare riferimento ai servizi di carico e scarico di merci e a quelli prestati ad un condominio (Cass.

15 dicembre 1978, n. 6003; Cass. 23 gennaio 1967, n. 204, in *Riv. giur. edil.*, 1967, 1, I, 529; Cass. 30 ottobre 1965, n. 2319, in *Riv. giur. edil.*, 1966, 1, I, 27; Cass. 29 agosto 1963, n. 2398, in *Giust. civ.*, 1964, 1, 153; Cass. 20 luglio 1962, n. 1960, in *Giust. civ.*, 1963, 1, 1141; Cass. 16 febbraio 1956, n. 447, in *Foro pad.*, 1956, 1, 833, con nota di Volli, e in *Riv. dir. navig.*, 1956, 2, 178, con nota di Riccardelli).

L'art. 1667 disciplina una fattispecie diversa da quella di cui all'art. 1669, sulla **responsabilità per rovina e difetti di cose immobili**: la responsabilità ex art. 1667 ha natura **contrattuale**, mentre l'art. 1669, che pure presuppone un rapporto contrattuale, configura una responsabilità **extracontrattuale di ordine pubblico**, al fine di promuovere la **stabilità e la solidità degli edifici** e delle altre cose immobili, destinate, per loro natura, a lunga durata, così tutelando **l'incolumità e la sicurezza dei cittadini** (Fadda, 579). Sicché le disposizioni di cui all'art. 1669 tendono essenzialmente a disciplinare le **conseguenze dannose dei vizi costruttivi**, che incidono negativamente in maniera profonda sugli elementi essenziali di **struttura** e di **funzionalità** dell'opera, influenzando sulla sua **solidità, efficienza e durata**, mentre le previsioni dell'art. 1667 riguardano l'ipotesi in cui la costruzione **non corrisponda alle caratteristiche del progetto e del contratto di appalto**, ovvero sia stata eseguita senza il rispetto delle regole della tecnica (Cass. 20 novembre 2007, n. 24143, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2008, 6, 680, con nota di Marinucci, e in *Contratti*, 2008, 7, 673, con nota di Lamanuzzi; Cass. 16 luglio 2004, n. 13268; Cass. 1° marzo 2001, n. 3002, in *Giur. it.*, 2002, 4, 734; Cass. 21 aprile 1994, n. 3794; Cass. 18 agosto 1993, n. 8750, in *Foro it. Rep.*, 1993, voce *Appalto*, 140, n. 56; Cass. 5 febbraio 1985, n. 802, in *Foro pad.*, 1986, 1, I, 37, con nota di Rubino Sammartano; Cass. 29 luglio 1975, n. 2928).

La relativa indagine, anche ai fini della qualificazione della domanda rispetto ai pregiudizi dedotti, spetta al giudice di merito (Cass. 4 settembre 2019, n. 22093; Cass. 25 luglio 2019, n. 20184, in *Contratti*, 2020, 1, 65, con nota di Petti; Cass. 26 aprile 2005, n. 8577).

Tuttavia, nonostante la diversità dei presupposti, **non vi è incompatibilità ontologica** tra gli artt. 1667 e 1669, potendo il committente di un immobile che presenti "gravi difetti" invocare, oltre al rimedio risarcitorio del danno (unicamente contemplato dall'art. 1669), anche quelli previsti dall'art. 1668 (eliminazione dei vizi, riduzione del prezzo, risoluzione del contratto) con riguardo ai vizi di cui all'art. 1667 (Cass. 19 gennaio 2016, n. 815; Cass. 15 febbraio 2011, n. 3702).

La garanzia si riferisce alle **sole anomalie esistenti al momento in cui l'opera è accettata**, ossia ai difetti la cui causa maturi nella fase antecedente all'accettazione. Per converso, i deterioramenti successivi sono a carico dell'appaltante (Rubino-Iudica, 393; Cappai, 560).

E con precipuo riferimento agli contratti pubblici, i termini di decadenza e prescrizione per l'esperimento dell'azione di garanzia di cui all'art. 1667, nei confronti dell'appaltatore di opera pubblica, iniziano a decorrere dall'**approvazione del collaudo** riguardo ai vizi e ai difetti rivelatisi precedentemente o contemporaneamente al suo esperimento, poiché è solo con il collaudo che l'opera può dirsi formalmente accettata dalla P.A., sempre che esso sia avvenuto nel rispetto dei termini previsti dalla legge; in mancanza di collaudo, decorrono dalla scadenza del termine previsto per lo stesso, tranne che il committente dimostri che questo non sia avvenuto per fatto imputabile all'impresa (Cass. 15 aprile 2019, n. 10501; Cass. 20 dicembre 2016, n. 26338; Cass. 7 luglio 2011, n. 15013; Cass. 10 giugno 2004, n. 10992; Cass. 13 gennaio 2004, n. 271).

Diversamente, il **termine decennale** di cui all'art. 1669 c.c. - entro il quale l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa se l'opera, per vizio del suolo o per difetto di costruzione, rovina in tutto o in parte o presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti - decorre, **anche per gli appalti pubblici**, dalla data della **materiale ultimazione dell'opera** nel suo complesso e nei suoi elementi necessari, come da verbale di ultimazione dei lavori, indipendentemente dall'esecuzione del collaudo (Cass. 11 gennaio 1999, n. 178; Cass. 22 luglio 1995, n. 8050).

3.- La responsabilità derivante dall'operatività della garanzia: natura e requisiti.

Le norme che disciplinano la garanzia per le difformità e i vizi non precisano il **criterio di imputazione della responsabilità** a carico dell'artefice dell'opera: solo per il rimedio del risarcimento del danno si prevede, infatti, espressamente che debba ricorrere la **colpa dell'appaltatore**. Controverso è, invece, se il ricorso ai due rimedi sinallagmatici di cui all'art. 1668, primo comma, e al rimedio della risoluzione di cui all'art. 1668, secondo comma, esiga che i difetti da cui la pretesa trae origine siano ascrivibili a colpa dell'assuntore ovvero se le relative tutele siano esperibili, diversamente dal risarcimento del danno, anche all'esito dell'integrazione di imperfezioni dell'opera derivanti da caso fortuito (Cappai, 550).

Secondo la dottrina dominante, la garanzia per le difformità o i vizi prevista dall'art. 1667, con le connesse azioni all'uopo apprestate, rappresenta un'**ipotesi di responsabilità contrattuale per inadempimento**, *recte* per inesatto adempimento, **speciale** rispetto a quella prevista dall'art. 1453, quanto a presupposti di applicazione, contenuto e modalità di esercizio, e non postula necessariamente che le difformità e i vizi denunziati incidano in misura rilevante sull'efficienza e sulla durata dell'opera (Stolfi, 656; Giannattasio, 197; Rubino-Moscatti, 476; Moscarini, 1984, 738; Rubino-Iudica, 383; Cianflone-Giovannini-Lopilato, 1124).

Essa, dunque, esige un giudizio di **ascrivibilità a colpa** dell'artefice dell'opera. Trattandosi di una **fattispecie di responsabilità**, nonostante la rubrica dell'art. 1668, non è dato ravvisarvi una garanzia in senso proprio (o in senso tecnico): l'appaltatore, dunque, oltre ad essersi obbligato alla realizzazione dell'opera pattuita, non garantisce (separatamente da tale obbligo) anche che l'opera sia esente da difformità o vizi; piuttosto egli risponderà della violazione dell'obbligo effettivamente assunto, ossia della **regolare esecuzione dell'opera** (Rubino-Iudica, 383). Cosicché la responsabilità dell'assuntore, in ordine alle difformità e ai vizi dell'opera, si discosta, per alcuni tratti, dalla responsabilità generale per inadempimento esclusivamente in ragione dei presupposti di applicazione e delle modalità di esercizio delle relative azioni nei confronti dell'appaltatore (Catricalà, 151; Guerinoni, 2013, 296; Pototschnig, 168).

Analoghe conclusioni sono fatte proprie dalla giurisprudenza, a mente della quale la garanzia dell'appaltatore per le difformità ed i vizi dell'opera si configura, **non come una garanzia in senso tecnico**, ma come una esplicazione particolare della comune responsabilità per inadempimento (Cass. 3 agosto 2010, n. 18032; Cass. 5 ottobre 2009, n. 21269; Cass. 19 aprile 2006, n. 9033; Cass. 15 marzo 2004, n. 5250, in *Giust. civ.*, 2005, 5, 1, 1366; Cass. 10 gennaio 1996, n. 169, in *Giur. it.*, 1997, 7, 1, I, 976, con nota di Scardigno; Cass. 7 febbraio 1983, n. 1016, in *Giust. civ.*, 1984, 1, I, 273, con nota di Marinelli; Cass. 18 gennaio 1980, n. 432, in *Foro it. Rep.*, 1980, voce *Appalto*, 119, n. 52; Cass. 12 gennaio 1978, n. 129, in *Foro it. Rep.*, 1978, voce *Appalto*, 89, n. 5; Cass. 10 ottobre 1966, n. 2430, in *Giust. civ.*, 1967, 1, 757, e in *Giur. it.*, 1968, 1, I, 79; Cass. 13 agosto 1964, n. 2314, in *Foro it.*, 1965, 1, 276, e in *Giur. it. Mass.*, 1964, 783; Cass. 28 marzo 1962, n. 639, in *Giur. it. Mass.*, 1962, 221; App. Roma 7 ottobre 2013, n. 5266, in *Guida al dir.*, 2014, 10, 56; Trib. Roma 25 maggio 2009, n. 11486),

con la conseguenza che essa deve essere esclusa allorché i difetti dell'opera non possono ricollegarsi ad un **comportamento doloso o colposo dell'assuntore** (Cass. 22 novembre 1968, n. 3809, in *Giur. it.*, 1969, 1, I, 1098). La garanzia non rappresenta, per l'effetto, un'obbligazione aggiuntiva, ma si innesta nell'obbligazione principale dell'assuntore (Trib. Firenze 12 dicembre 1959, in *Foro it. Rep.*, 1960, voce *Appalto*, 116, n. 36).

In base ad una tesi minoritaria espressa in dottrina, la garanzia ex artt. 1667-1668 configurerebbe una **garanzia in senso tecnico**, ossia un'obbligazione primaria che ha genesi dalla promessa effettuata dall'appaltatore di corrispondere un'indennità ove si verifici, per qualsiasi motivo, un evento dannoso, sicché l'appaltatore sarebbe tenuto ad assicurare la soddisfazione dell'interesse del committente per equivalente anche per il caso in cui il difetto si manifesti al di fuori di ogni elemento di prevedibilità e di colpa (Barassi, 1088; Marinelli, 2000, 120; Nicolussi, 554). Aderendo a questa impostazione, che si fonda su un'interpretazione letterale dell'art. 1668, primo comma, a mente del quale l'obbligo per il risarcimento del danno sussiste solo in caso di colpa dell'appaltatore, la responsabilità in esame avrebbe **carattere oggettivo, l'inesistenza della colpa potendo essere addotta al solo scopo di escludere il risarcimento del danno, ma non la responsabilità**. La garanzia per vizi, in adesione a tale prospettiva, andrebbe inquadrata come **prestazione contrattuale indennitaria di tipo restitutorio**, finalizzata — secondo uno schema di tipo assicurativo — a realizzare, in forma sostitutiva, l'interesse deluso del committente 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'appaltante (Marinelli, 2000, 122).

Una ulteriore tesi qualifica, invece, la garanzia per le difformità e i vizi come **fattispecie di responsabilità oggettiva**, di cui l'assuntore risponderebbe per il solo fatto che le imperfezioni siano eziologicamente riconducibili alla condotta dell'artefice dell'opera (Cottino, 481; Cagnasso-Cottino, 573). Questa conclusione troverebbe sostegno, per un verso, nel riferimento dell'art. 1668 alla colpa per la sola pretesa ristoratoria e, per altro verso, nel fatto che il rischio del deterioramento fortuito della *res* ricade sull'appaltatore nell'ipotesi in cui avvenga prima dell'accettazione ex art. 1673. Anche alcuni arresti giurisprudenziali più risalenti hanno affermato la natura oggettiva della responsabilità per i vizi, assumendo la colpa una portata discriminante ai soli fini della facoltà di richiedere il

risarcimento dei danni: ed in effetti, se le difformità o i vizi non sono imputabili a colpa dell'appaltatore, questi è tenuto ad accollarsi soltanto le spese necessarie per la loro eliminazione oppure a subire una parziale riduzione del prezzo pattuito mentre, in caso di colpa, l'appaltatore è tenuto al risarcimento dei danni, sempre che i rimedi anzidetti non siano sufficienti a riparare tutto il pregiudizio subito dal committente (Cass. 18 aprile 1975, n. 1491; Cass. 10 aprile 1973, n. 1032, in *Foro it. Rep.*, 1973, voce *Appalto*, 131, n. 14; Cass. 10 giugno 1968, n. 1825, in *Monit. trib.*, 1968, 885; Cass. 27 aprile 1968, n. 1331, in *Giur. it. Mass.*, 1968, 470; Cass. 1° marzo 1967, n. 449, in *Giur. it. Mass.*, 1967, 175, e in *Foro it. Rep.*, 1968, voce *Appalto*, 108, n. 44; Cass. 12 settembre 1966, n. 2360, in *Foro it. Rep.*, 1966, voce *Appalto*, 95, n. 51; Cass. 9 novembre 1960, n. 2980, in *Foro it. Rep.*, 1960, voce *Appalto*, 115, n. 34, e in *Giur. it. Mass.*, 1960, 769; Cass. 14 aprile 1956, n. 1104, in *Foro it. Rep.*, 1956, voce *Appalto*, 143, n. 40). A questa impostazione ha aderito recentemente anche una pronuncia delle Sezioni Unite, sebbene sotto il precipuo profilo della ripartizione dell'onere probatorio (Cass. S.U. 3 maggio 2019, n. 11748, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1527).

In forza di una quarta opinione, la garanzia avrebbe **natura composita**, essendo, al contempo, espressione della **responsabilità dell'artefice dell'opera per inesatto adempimento imputabile**, laddove i difetti dell'opera siano addebitabili a sua colpa, e del **rischio dell'inesatta attuazione dello scambio programmato** con l'appalto, allorché l'imperfezione dell'opera non sia ascrivibile al comportamento dell'assuntore. Anche in quest'ultimo caso la responsabilità per i difetti deve reputarsi a carico dell'appaltatore in ragione del principio riassunto nel brocardo latino *casum sentit debitor*, secondo cui l'artefice non può esigere la controprestazione, collegata da un nesso sinallagmatico con la propria prestazione, se non allorquando fornisca un *opus perfectum* (Cappai, 555). Sicché nella garanzia per i vizi convergerebbero i fenomeni della **responsabilità e del rischio contrattuale**, assoggettati ad uno statuto comune, anche a fini di salvaguardare le condizioni di conservazione dei corrispondenti rimedi.

Le differenti ricostruzioni teoriche sull'inquadramento sistematico della responsabilità dell'assuntore, in ordine all'operatività della garanzia per le difformità e i vizi, si attenuano, sul piano pratico, con riferimento a determinati profili esplicativi: a) è opinione comune, infatti, che il **rimedio dell'eliminazione dei vizi**, a spese dell'appaltatore, sia azionabile **indipendentemente dall'imputabilità** subiettiva all'appaltatore, esigendo esclusivamente che

vi sia la possibilità di correggere i difetti rilevati (Polidori, 60; Rubino-Iudica, 425); b) in secondo luogo, è pacifico che i rimedi apprestati, con riguardo a detta garanzia, non siano comunque applicabili, allorché le anomalie dell'opera siano ascrivibili ad uno **specifico comportamento dell'appaltante**, come accade nei casi in cui questi imponga all'artefice dell'opera determinate soluzioni tecniche, azzerando la sua potenziale autonomia, ovvero impartisca istruzioni inficiate da errori non rilevabili alla stregua della perizia ordinaria (Rubino-Iudica, 423; Cappai, 551).

La diversa collocazione giuridica dell'istituto influisce, dunque, in via esclusiva, sul trattamento riservato all'ipotesi in cui i difetti dell'opera siano originati da **caso fortuito ovvero da eventi interni alla sfera di controllo dell'appaltatore**, nondimeno non imputabili a sua colpa, di cui si hanno, peraltro, pochi riscontri nell'esperienza applicativa, essendo, in genere, i difetti rilevati la conseguenza di un'opera eseguita male per inettitudine dell'impresa incaricata (Cappai, 551; Cervale, 2016, 83).

Peraltro, spesso l'evento fortuito ha un'efficacia interruttiva della prosecuzione dei lavori oppure ha un'incidenza specifica sulla prosecuzione, implicando maggiori oneri, di cui l'assuntore potrà chiedere, in presenza dei relativi presupposti, il confacente indennizzo (Coll. arb. 20 maggio 1992, n. 63, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1993, 426), sicché non interferirà con i sistemi rimediali apprestati per le difformità e i vizi dell'opera.

Costituisce un corollario della tesi che considera la garanzia in questione una particolare applicazione della generale responsabilità per inadempimento la circostanza che **la colpa dell'appaltatore si presume**, ai sensi dell'art. 1218, ma che **lo stesso può fornire la prova contraria**, escludendo così sia la responsabilità per danni sia quella per difformità o vizi (Stolfi, 656; Giannattasio, 198; Rubino-Moscato, 533; Vignali, 1991, 105; Rubino Sammartano, 440; Rubino-Iudica, 424).

In questi termini si è espressa anche la giurisprudenza, secondo cui il committente, il quale agisce nei confronti dell'appaltatore, ai sensi dell'art. 1668, non è tenuto a dimostrare la colpa dell'appaltatore medesimo, in quanto, vertendosi in tema di responsabilità contrattuale, tale colpa è presunta fino a prova contraria (Cass. 4 gennaio 2019, n. 98; Cass. 20 gennaio 2010, n. 936, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, 186, con nota di Spaccapelo; Cass. 5 ottobre 2009, n. 21269, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 10, 1414; Cass. 26 ottobre 2000, n. 14124, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2183; Cass. 9 luglio 1983, n. 4637, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 6, 651, con

nota di Vaccà, e in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Appalto*, n. 33; Cass. 14 luglio 1981, n. 4606, in *Giur. it.*, 1982, 8, 1, I, 1255, con nota di Danusso, e in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Appalto*, n. 90; Cass. 8 gennaio 1981, n. 163, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Appalto*, n. 93; Cass. 18 gennaio 1980, n. 432, in *Giur. it. Mass.*, 1980; Cass. 12 gennaio 1978, n. 129, in *Giur. it. Mass.*, 1978; Cass. 15 luglio 1976, n. 2798, in *Giur. it. Mass.*, 1976, 692; Cass. 10 ottobre 1966, n. 2430).

Le **circostanze esimenti** che l'appaltatore può addurre, allo scopo di provare la mancanza di colpa, possono essere ricondotte alle seguenti causali (Rubino-Moscatti, 533; Mangini-Iacuaniello Bruggi, 264; Rubino-Iudica, 425): a) il difetto dipende da un vizio contenuto nel **progetto** fornito dal committente, **non riconoscibile** secondo la perizia e l'ordinaria diligenza che si possono pretendere nel caso concreto e nei limiti delle cognizioni tecniche da lui esigibili (Cass. 23 aprile 1997, n. 3520, in *Studium juris*, 1997, 842; Cass. 6 maggio 1987, n. 4204, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce *Appalto*, n. 31); b) le imperfezioni dell'opera derivano dalla conformazione della stessa alle **espresse ed insistenti richieste provenienti dal committente** e la progettazione è stata ineccepibile dal punto di vista tecnico (Cass. 21 luglio 1983, n. 5035, in *Foro it. Rep.*, 1983, voce *Appalto*, n. 70); c) la difformità o il vizio sono dovuti a **caso fortuito**, ossia ad eventi che fuoriescono dalla sfera di controllo dell'appaltatore, di cui le parti potrebbero preventivamente indicare le categorie, in via convenzionale, al fine di evitare futuri contenziosi (Pototschnig, 170); d) l'appaltatore ha il ruolo di **nudus minister**, ovvero di mero esecutore di ordini, rientrando diversamente tra gli obblighi di diligenza dell'appaltatore, senza necessità di una specifica pattuizione, esercitare il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente (Cass. 23 febbraio 2010, n. 108; Cass. 16 luglio 2003, n. 11149, in *Danno e resp.*, 2004, 1, 42, con nota di Foffa, e in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7; Cass. 24 febbraio 1986, n. 1114, in *Foro it. Rep.*, 1986, voce *Appalto*, 132, n. 52; Cass. 14 ottobre 1985, n. 5009, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Appalto*, 141, n. 20); e) le difformità o i vizi sono dipesi dalla **scadente qualità dei materiali** utilizzati e forniti all'assuntore **da imprese terze**, anche se scelti da quest'ultimo, purché la scadente qualità dei materiali non possa essere riscontrata con l'ordinaria perizia (Cass. 27 ottobre 2004, n. 20796, in *Contratti*, 2005, 265); f) oppure i difetti sono riconducibili ai **materiali impiegati e forniti dall'appaltante**, che non presentano difformità o vizi riconoscibili da un tecnico dell'arte e sembrano adatti all'opera da eseguire (Cass. 23 giugno 2014, n. 14220, in *Guida al dir.*, 2014, 42, 69; Cass. 14 gennaio 2010, n. 470, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 4, 1, 1132,

con nota di De Tilla; Cass. 10 dicembre 1994, n. 10580, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 12; Cass. 13 febbraio 1987, n. 1569, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce *Appalto*, 147, n. 74; Cass. 4 marzo 1970, n. 521; App. Ancona 3 marzo 2005, in *www.dejure.it*; Trib. Bari 7 giugno 2004). A tale ultima ipotesi è equiparata quella in cui la scelta dei materiali sia avvenuta in comune tra le parti: infatti, anche nel caso in cui i materiali siano specificamente convenuti fra le parti per l'impiego nell'esecuzione dell'opera, l'appaltatore, nei limiti della perizia e della capacità tecnica concretamente esigibili, deve verificarne la qualità, in modo da assicurare che l'opera stessa sia immune da vizi (Cass. 26 novembre 1971, n. 3450, in *Foro it. Rep.*, 1971, voce *Appalto*, 1006, n. 32).

Per le medesime ragioni l'appaltatore risponde verso il committente nel caso in cui le difformità e i vizi dell'opera, oltre che nell'esecuzione dell'opera, trovino causa anche in **condizioni preesistenti, imputabili a terzi o allo stesso committente**: pertanto, l'assuntore, nel caso in cui sia chiamato a completare un'opera iniziata da altri o cominciata personalmente dallo stesso ordinante, deve segnalare al committente le eventuali imperfezioni e suggerire gli opportuni rimedi, in modo da fornire al cliente un risultato utile definitivo (Cass. 5 luglio 1990, n. 7062, in *Foro it. Rep.*, 1990, voce *Appalto*, 137, n. 21). Anche nelle due ultime ipotesi emarginate, la responsabilità dell'assuntore può essere esclusa solo in quanto sia integrata la circostanza esimente rappresentata dalla non rilevabilità, in base alla diligenza qualificata esigibile, dei difetti della materia scelta in comune o delle imperfezioni dell'opera pregressa, su cui si innesta l'intervento dell'appaltatore. In mancanza di queste particolari condizioni, l'artefice deve assicurare che l'opera o il servizio siano esenti da difetti, anche quando questi ultimi trovino la propria genesi in circostanze non direttamente legate alla sua attività, ma siano ad essa presupposte, altrimenti risponderà per colpa.

Infatti, secondo molteplici arresti di legittimità, l'appaltatore, dovendo assolvere al proprio dovere di osservare i criteri generali della tecnica relativi al particolare lavoro affidatogli, è obbligato a controllare, nei limiti delle sue cognizioni, la bontà del progetto o delle istruzioni impartite dal committente e, ove queste siano palesemente errate, può andare esente da responsabilità soltanto se dimostri di avere manifestato il proprio dissenso e di essere stato indotto ad eseguirle, quale *nudus minister*, per le insistenze del committente ed a rischio di quest'ultimo.

Pertanto, in mancanza di tale prova, l'appaltatore è tenuto, a titolo di responsabilità contrattuale, derivante dalla sua obbligazione di risultato, all'intera garanzia per le imperfezioni dell'opera, senza poter invocare il concorso di colpa del progettista o del committente, né l'efficacia esimente di eventuali errori nelle istruzioni impartite dal direttore dei lavori (Cass. 18 agosto 2020, n. 17213; Cass. 16 gennaio 2020, n. 777; Cass. 9 ottobre 2017, n. 23594; Cass. 21 maggio 2012, n. 8016; Cass. 5 maggio 2003, n. 6754; Cass. 12 maggio 2000, n. 6088; Cass. 6 maggio 1966, n. 1164, in *Giust. civ. Mass.*, 1966, 666; Cass. 5 maggio 1965, n. 820; Cass. 6 giugno 1961, n. 1309, in *Giust. civ.*, 1961, 1, 1126, e in *Riv. giur. edil.*, 1961, 1, I, 696).

Cosicché l'appaltatore risponde verso il committente degli eventi dannosi verificatisi nello svolgimento del rapporto anche quando l'erronea modalità esecutiva sia riconducibile a vizi del progetto o alle direttive impartite dal direttore dei lavori o dai tecnici dell'appaltante, in quanto, se la modalità proposta non è conforme alle regole dell'arte, l'appaltatore non deve osservarla e deve manifestare formalmente il suo dissenso, denunciando i difetti tempestivamente — ossia non appena si sia accorto della loro esistenza —, salvo patto contrario col committente che lo degradi a *nudus minister* (Cass. 19 febbraio 2007, n. 3752; Cass. 30 maggio 2003, n. 8813, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5; Cass. 5 maggio 2003, n. 6754, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5; Cass. 13 marzo 1992, n. 3050, in *Giur. comm.*, 1994, 5, 2, 656, con nota di De Sanctis, e in *Foro it. Rep.*, 1992, voce *Appalto*, n. 39).

A fronte di questa ricostruzione, peraltro, si obietta che non tutte le ipotesi che sono state elencate ai fini di escludere la responsabilità dell'assuntore sono, in realtà, riconducibili alla carenza di colpa, determinando piuttosto alcune di esse l'**interruzione dello stesso nesso causale** tra azione od omissione dell'artefice e vizi (Rubino Sammartano, 444).

In realtà, la presunzione di colpa dell'assuntore, e la conseguente *relevatio ab onere probandi* del committente, assumono una connotazione ben più specifica. E tanto perché l'onere probatorio che grava sull'appaltatore, affinché possa andare esente da responsabilità, non può limitarsi alla dimostrazione di aver tenuto una condotta diligente, ma deve estendersi alla **prova dell'impossibilità di ottenere la perfezione dell'opera** con i mezzi strumentali, ossia mediante il complesso aziendale di cui dispone, e conoscitivi, ossia osservando le *regulae artis*, di cui si poteva esigere l'impiego, dimostrazione che può essere assolta solo fornendo la prova della specifica causa del vizio (Rescigno, 9; Cappai, 552).

Al tema della presunzione di colpa è collegato il tema della **distribuzione dell'onere della prova in ordine alla ricorrenza dei difetti denunciati** (ovvero alla prova della loro inesistenza).

In dottrina costituisce affermazione granitica l'assunto secondo cui la prova dell'imperfezione dell'opera grava **sul committente**, anche qualora le difformità e i vizi siano dedotti con l'*exceptio non rite adimpleti contractus* (Stolfi, 656; Vignali, 1991, 105; Rubino-Iudica, 424; Cianflone-Giovannini-Lopilato, 1124). In questa prospettiva, la presunzione di colpa non influisce sulla distribuzione dell'onere probatorio in ordine alla ricorrenza delle imperfezioni, ma più limitatamente consente di ritenere che esse siano addebitabili all'appaltatore, una volta che l'appaltante le abbia dimostrate, ricadendo sul primo la prova contraria: ossia dell'aver agito con diligenza o, secondo altri, dell'interferenza di circostanze esimenti tipiche.

Diversamente, negli ultimi anni, la Corte regolatrice, in sintonia con i principi generali sanciti con riferimento alla prova dell'adempimento contrattuale (Cass. S.U. 30 ottobre 2001, n. 13533), ha sostenuto che, in tema di inadempimento del contratto di appalto, le disposizioni speciali dettate dal legislatore attengono essenzialmente alla particolare disciplina della garanzia per le difformità ed i vizi dell'opera, assoggettata ai ristretti termini decadenziali di cui all'art. 1667, ma non derogano al principio generale che governa l'adempimento del contratto con prestazioni corrispettive, il quale comporta che — allorché il committente eccepisca l'inadempimento dell'esecutore, contestando difformità e vizi dell'opera o del servizio — l'**appaltatore** abbia l'onere di **provare di aver esattamente adempiuto** la propria obbligazione e, quindi, di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e alle regole dell'arte (Cass. 4 gennaio 2019, n. 98; Cass. 20 gennaio 2010, n. 936, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, 186, con nota di Spaccapelo; Cass. 13 febbraio 2008, n. 3472).

In senso inverso, da ultimo, con specifico riguardo al contratto di compravendita — ma il principio è stato espressamente esteso dalla stessa pronuncia, per identità di *ratio*, anche all'appalto —, ha affermato che, in materia di garanzia per i vizi della cosa venduta di cui all'art. 1490, il compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all'art. 1492 è gravato dell'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi. E ciò perché la garanzia per i vizi pone il venditore in una condizione non di "obbligazione" (dovere di prestazione) ma di "soggezione" (così anche Cass. S.U. 13 novembre 2012, n. 19702,

in *Giur. it.*, 2013, 11, 2257, con nota di Calvo, e in *Giust. civ.*, 2013, 1, I, 101, con nota di Amoroso), cosicché lo schema concettuale a cui ricondurre l'ipotesi che la cosa venduta risulti viziata non può essere quello dell'inadempimento di una obbligazione.

In particolare, la consegna di una cosa viziata integra un inadempimento contrattuale, ossia una violazione della *lex contractus*; ma, come è stato osservato in dottrina, non tutte le violazioni della *lex contractus* realizzano ipotesi di inadempimento di obbligazioni. Pertanto, traslando i riferiti argomenti all'odierno modello negoziale, l'imperfetta attuazione nell'appalto del risultato auspicato — non già traslativo, ma costitutivo —, ossia del compimento dell'opera o della prestazione del servizio in conformità alle pattuizioni negoziali e alle regole dell'arte, in ragione della presenza delle difformità e dei vizi, integra una responsabilità che prescinde da ogni giudizio di colpevolezza dell'assuntore e si fonda soltanto sul **dato obiettivo dell'esistenza dei difetti**. Siffatta garanzia non può, quindi, essere ricondotta alla fattispecie dell'inesatto adempimento. Piuttosto, il diritto alla eliminazione o alla modificazione (quanto al prezzo) del contratto di appalto ovvero alla risoluzione, che vuol far valere l'appaltante che esperisca le azioni di cui all'art. 1668, per essere garantito dall'appaltatore in ordine ai difetti della cosa commissionata — vale a dire, per l'imperfetta attuazione del risultato al quale era funzionale l'obbligazione di *facere*, anche in assenza di colpa dell'assuntore —, si fonda sul fatto dell'esistenza dei difetti medesimi. La **prova** di tale esistenza grava, pertanto, **sul committente**. E ciò anche in applicazione del principio di **vicinanza della prova** e del tradizionale canone riassunto nel brocardo latino ***negativa non sunt probanda*** (Cass. S.U. 3 maggio 2019, n. 11748, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1527, con nota di Calvo, in *Foro it.*, 2019, 9, 1, 2737, con nota di Magliulo, e in *La nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, 1055, con nota di Ragazzoni).

Aderisce ad un'impostazione intermedia, che calibra gli approdi delle due tesi innanzi evocate, altro orientamento della S.C., che pone l'onere della prova dei vizi a carico della **parte che abbia la disponibilità della cosa**, in lineare applicazione del principio di vicinanza della prova, cosicché, 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 delle difformità e 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 difetti e delle conseguenze dannose lamentate, giacché l'art. 1667 indica nel medesimo committente la parte gravata dall'onere della prova di tempestiva denuncia delle difformità e dei vizi ed essendo questo risultato ermeneutico in sintonia col principio della vicinanza al fatto oggetto di prova (Cass. 13 marzo 2023, n. 7267; Cass. 9 agosto 2013, n. 19146; Cass. 27 dicembre 2012, n. 23923).

In forza dell'art. 1228, l'appaltatore è responsabile anche nel caso in cui difformità e vizi dell'opera siano riconducibili a **comportamenti posti in essere dai suoi dipendenti nella fase esecutiva**, indipendentemente dall'eventuale responsabilità aquiliana diretta degli ausiliari verso il committente o i terzi (Mangini-Iacuaniello Bruggi, 270; Rubino Sammartano, 419). Ad analoghe conclusioni giunge la giurisprudenza di legittimità, secondo cui la gestione a proprio rischio, posta dall'art. 1655 come uno degli elementi costitutivi del contratto di appalto, implica, necessariamente, che l'appaltatore è tenuto a rispondere verso il committente di tutti gli eventuali difetti — difformità o vizi — dell'opera, ancorché concretamente dovuti all'attività esecutiva di taluno degli ausiliari dello stesso appaltatore (Cass. 14 gennaio 1974, n. 105, in *Giur. it. Mass.*, 1974, 37; Cass. 22 marzo 1967, n. 672, in *Giur. it.*, 1968, 1, I, 178, e in *Giur. it. Mass.*, 1967, 244; Cass. 19 ottobre 1963, n. 2787, in *Foro it.*, 1964, 1, 567).

4.- Le difformità e i vizi.

L'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera, *sub specie* di ponderazione circa la bontà del risultato prodotto. Per **difformità** deve intendersi una discordanza dell'opera dalle prescrizioni contrattuali, mentre i **vizi** si sostanziano nella mancanza di qualità, modalità o particolari che, anche se non espressamente pattuiti, devono comunque considerarsi inerenti all'opera secondo le regole dell'arte e la normalità delle cose (Stolfi, 654; Giannattasio, 196; Rubino-Moscato, 491; Mangini-Iacuaniello Bruggi, 270; Rubino-Iudica, 384). Pertanto, l'area della garanzia copre uno spettro alquanto ampio di imperfezioni, che varia dalle anomalie incidenti sulla funzionalità dell'opera a quelle che ne alterano le qualità strutturali ed estetiche.

Anche ad avviso della Corte regolatrice si registrano delle difformità laddove l'opera non corrisponda alle caratteristiche del progetto e del contratto di appalto, mentre sono

integrati dei vizi allorché l'opera sia stata eseguita senza osservare le regole della tecnica (Cass. 21 aprile 1994, n. 3794, in *Contratti*, 1994, 536; Cass. 18 agosto 1993, n. 8750, in *Giur. it. Mass.*, 1993, 824; Cass. 5 febbraio 1985, n. 802, in *Foro pad.*, 1986, 1, I, 37, con nota di Rubino Sammartano, e in *Foro it. Rep.*, 1986, voce *Appalto*, n. 44; Cass. 22 aprile 1977, n. 1506, in *Giur. it. Mass.*, 1977, 359). In questo stesso senso altro arresto afferma che la difformità consiste in una discordanza dell'opera eseguita dalle prescrizioni contrattuali; i vizi, invece, attengono alle modalità di esecuzione delle singole parti dell'opera, che risultino costruite senza l'osservanza delle regole d'arte o che siano manchevoli di quei particolari di fattura che normalmente ineriscono ad una determinata opera (Cass. 27 aprile 1957, n. 1423, in *Giust. civ.*, 1957, 1, 1546).

L'integrazione delle difformità postula, quindi, una **comparazione con quanto commissionato**, anche relativamente alle speciali prescrizioni che siano state concretamente inserite nel contratto dalle parti, benché, di regola, non richieste per il compimento di una determinata opera. Perché sussista difformità dell'opera, rispetto a quanto dovuto, deve inoltre tenersi conto delle eventuali variazioni effettuate in corso d'opera: ciò nel senso che il discostamento può manifestarsi anche a fronte delle prescritte condizioni di esecuzione delle varianti (Rubino-Iudica, 385).

La prova delle modalità cui l'appaltatore si sarebbe dovuto attenere ricade sul committente (Mangini-Iacuaniello Bruggi, 272).

Il vizio dell'opera consiste, per converso, in un'**imperfezione del processo di produzione del bene ovvero della sua struttura**, nonché, più in generale, in una deficienza della sua struttura o del suo aspetto estrinseco, senza che il vizio possa distinguersi dalla mancanza di qualità promesse o essenziali per l'uso (Rubino Sammartano, 422).

Quanto al coordinamento tra le fonti da cui derivano i difetti, ossia, da un lato, le determinazioni convenzionali e, dall'altro, le regole tecniche e di esperienza, si osserva che, in linea di principio, le prime prevalgono sulle seconde, cosicché, laddove ricorra un contrasto tra le indicazioni impartite dalla committenza e le soluzioni suggerite dal proprio bagaglio di competenze, l'assuntore deve attenersi alle istruzioni ricevute (Cappai, 557).

Nondimeno, ove quest'ultime confliggano con le regole dell'arte, l'appaltatore non deve eseguirle pedissequamente e acriticamente, ma deve previamente informare l'appaltante

della circostanza che la loro osservanza potrebbe comportare un risultato tecnicamente insoddisfacente.

La garanzia copre i soli **vizi materiali**, ossia le anomalie riscontrate sull'opera che si estrinsecano sul piano fisico, non già i **vizi giuridici** o di diritto (Cappai, 560; Cervale, 2016, 89).

Tanto implica che non si applica la corrispondente disciplina, allorché l'appalto avente ad oggetto la costruzione di un edificio sia stato eseguito in assenza del prescritto **permesso di costruire** ovvero senza la consegna del **certificato di agibilità**. Piuttosto, nella prima ipotesi l'appalto sarà **nullo per illiceità dell'oggetto**. Nella seconda ipotesi, nella quale il mancato rilascio del certificato influisce sulla stessa esistenza dell'opera come bene catalogabile in un certo tipo, occorrerà distinguere due casi: quello in cui l'appaltatore non abbia richiesto il certificato di abitabilità, che per questo non è stato ancora rilasciato; e quello in cui il mancato rilascio dipenda dalla verifica del **difetto "insanabile"** dei requisiti igienico-sanitari e di regolarità urbanistica. Nel primo caso la fase esecutiva dell'appalto deve reputarsi ancora in corso. Nel secondo il diniego del rilascio importa l'integrazione di una fattispecie di *aliud pro alio*. In entrambi i casi saranno azionabili i generali rimedi contro l'inadempimento (Cappai, 561), non potendo comunque invocarsi la risoluzione rispetto ad un **vizio sanabile e dunque, non grave** ex art. 1455 c.c.

Anche in ambito giurisprudenziale è stato evidenziato, sebbene con riferimento alla vendita (ma le relative argomentazioni possono essere estese, per identità di *ratio*, all'appalto), che la mancata consegna o il mancato rilascio del certificato di abitabilità (oggi di agibilità) ovvero l'insussistenza delle condizioni perché tale certificato venga rilasciato, **non incidono sul piano della validità del contratto**, ma integrano un inadempimento dell'appaltatore per **consegna di aliud pro alio**, allorché la carenza si riveli **insanabile** (Cass. 2 agosto 2023, n. 23604), adducibile da parte del committente in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460, o come fonte di pretesa risarcitoria per la ridotta commerciabilità del bene, salvo che quest'ultimo non abbia espressamente rinunciato al requisito dell'abitabilità o comunque esonerato l'assuntore dall'obbligo di ottenere la relativa licenza (Cass. 5 giugno 2020, n. 10665; Cass. 18 settembre 2019, n. 23265; Cass. 26 gennaio 2006, n. 1514).

Sebbene il legislatore si sia limitato a prevedere che l'appaltatore deve garantire l'appaltante per le difformità e i vizi dell'opera, senza specificare l'entità che essi in concreto

debbano rivestire, l'applicazione della relativa disciplina postula comunque che le **diffformità e i vizi siano apprezzabili**, ossia abbiano una portata minima tale da giustificare l'interesse a rivendicare il corrispondente diritto per integrazione della fattispecie: le diffformità e i vizi devono rendere l'inadempimento significativo, anche se non necessariamente cospicuo. La necessità di una gravità minima della diffformità o del vizio trova la propria ragione nel fatto che è umano e conforme ai principi generali che l'ordinamento reagisca agli atti dannosi, in quanto il danno che ne discende abbia un'entità minima, al di sotto della quale non tornerebbe conto di mettere in moto il meccanismo della legge (Rubino-Iudica, 389).

Dubbia è la riconducibilità alla disciplina della garanzia per i vizi dell'ipotesi in cui **l'opera sia radicalmente diversa da quella commissionata**. Utilizzando le specificazioni espresse in sede nomofilattica con riferimento al contratto di vendita, è integrata la fattispecie della **realizzazione di aliud pro alio** non solo quando l'opera compiuta sia completamente difforme da quella commissionata, appartenendo ad un genere del tutto diverso, ma anche quando sia assolutamente priva delle caratteristiche funzionali necessarie a soddisfare i bisogni dell'appaltante, o abbia difetti che la rendano inservibile; in tale ultimo caso, è necessario che la particolare utilizzazione della cosa sia stata espressamente contemplata, da entrambe le parti, nella negoziazione (Cass. 24 aprile 2018, n. 10045).

La categoria è utilizzata nel contesto del contratto di compravendita per escludere che, a fronte dell'integrazione dei relativi presupposti, si applichi la disciplina sulla garanzia per i vizi prevista per detto contratto.

Tanto premesso, e trasponendo il discorso sull'appalto, dove una specifica elaborazione di detta categoria non è stata recepita in sede nomofilattica, la dottrina ritiene che le autentiche ipotesi di **aliud pro alio datum** debbano essere fatte valere mediante l'azione ex art. 1453, piuttosto che con i rimedi di cui agli artt. 1667-1668: ricade nella speciale responsabilità per i vizi l'ipotesi in cui l'esecuzione dell'opera avvenga in modo difforme da quanto preventivamente concordato fra le parti, in modo tale che l'opera stessa non sia idonea ad assolvere la funzione cui era destinata, verificandosi, in questa evenienza, l'estremo grado di diffformità prescritto dal legislatore; diverso è il caso in cui l'assuntore consegna al committente un'opera del tutto diversa da quella prevista in contratto, come accade nell'ipotesi già menzionata in cui le deficienze dell'opera siano tali da impedire - in modo irreversibile - il rilascio del certificato di agibilità, ricadendo, in questo caso,

l'inadempimento, non già sull'esecuzione dell'opera, ma sull'**obbligazione di consegna**, con la conseguenza che dovrà trovare applicazione la disciplina generale sull'inadempimento (Rubino-Moscato, 484; Gabrielli, 76; Rubino Sammartano, 422; Rubino-Iudica, 388; Guerinoni, 2013, 300; Cervale, 2016, 87).

Passando al quadro giurisprudenziale, un arresto di merito ha ritenuto applicabili gli artt. 1667 e 1668 nel caso in cui l'opera eseguita sia totalmente diversa da quella commissionata (Trib. Pavia 1° febbraio 1986, in *Giust. civ.*, 1986, 1, 2938, con nota di Lipari, e in *Foro pad.*, 1987, 1, 114). Per contro, un arresto di legittimità ha escluso che le azioni proponibili possano subire limitazioni connesse al decorso del tempo, diverse da quelle dell'ordinaria prescrizione, nel caso in cui le difformità o i vizi dell'opera siano tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, poiché in queste ipotesi è fatta valere, non tanto la garanzia della perfetta esecuzione, quanto il difetto funzionale della causa (Cass. 2 febbraio 2009, n. 2562, in *Foro pad.*, 2009, 1, I, 14).

5.- Vizi palesi e vizi occulti.

La distinzione tra vizi conosciuti o riconoscibili (apparenti o palesi) e vizi non riconoscibili (occulti) ha un'estrema rilevanza alla stregua delle conseguenze che ne discendono sul piano della responsabilità che può essere ascritta all'assuntore (Mangini-Iacuanello Bruggi, 278; Rubino-Iudica, 389; Catricalà, 156).

Infatti, l'**obbligo della denuncia** (dal momento della scoperta) si riferisce soltanto ai **vizi occulti**. Quanto ai **vizi apparenti**, il committente che non li faccia valere in sede di **verifica/accettazione** perde il diritto alla garanzia, giacché l'accettazione dell'opera senza riserve integra un fatto impeditivo al sorgere della responsabilità *ex art.* 1667 (Mangini-Iacuanello Bruggi, 276).

In specie, la liberazione del debitore dalla garanzia per difformità o vizi è sottoposta alla duplice condizione che, da parte del committente, vi sia stata accettazione in senso tecnico-giuridico e che i vizi siano stati riconosciuti o siano riconoscibili in sede di verifica: in mancanza di accettazione o nel caso di accettazione con riserva, l'appaltante potrà far valere tali vizi indipendentemente dalla denuncia (Giannattasio, 202; Rubino-Moscato, 493; Catricalà, 153; Guerinoni, 2013, 299).

Negli stessi termini è assestata unanimemente la giurisprudenza (Cass. 3 gennaio 2019, n. 11; Cass. 12 luglio 2004, n. 12829; Cass. 12 giugno 2000, n. 7969, in *Foro it. Rep.*, 2000,

voce *Appalto*, n. 48; Cass. 18 aprile 1966, n. 960, in *Riv. dir. lav.*, 1968, 2, 204, e in *Giur. it. Mass.*, 1966, 426; Cass. 24 aprile 1965, n. 732, in *Giur. it. Mass.*, 1965, 260; Cass. 13 ottobre 1962, n. 2991, in *Foro it.*, 1963, 1, 1233, e in *Giur. it. Mass.*, 1962, 1003; Cass. 10 giugno 1959, n. 1766, in *Riv. giur. edil.*, 1959, I, 545; Trib. Trieste 9 giugno 2011, n. 620).

Con riguardo ai vizi dell'opera conosciuti o riconoscibili, il committente che non abbia accettato l'opera medesima non è tenuto ad alcun adempimento, a pena di decadenza, per far valere la garanzia dell'appaltatore, poiché, ai sensi del primo comma dell'art. 1667, solo tale accettazione comporta liberazione da quella garanzia (Cass. 11 luglio 2016, n. 14136). In aggiunta, anche ad avviso della S.C., l'accettazione dell'opera da parte del committente, qualora sussistano i presupposti per ritenerla avvenuta, non comporta inesistenza del diritto del committente alla garanzia *ex art. 1667*, ma costituisce soltanto un **fatto impeditivo al sorgere della responsabilità dell'appaltatore**, come tale non rilevabile d'ufficio dal giudice in difetto di contestazione (Cass. 27 luglio 1987, n. 6489, in *Giust. civ.*, 1988, 10, 1, 2357; Trib. Modena 23 maggio 2012, n. 876). E ciò anche qualora il committente abbia effettuato la verifica a mezzo di un collaudatore espressamente incaricato di tale incombenza (Rubino-Iudica, 395).

Nel caso di vizi palesi — oppure occulti, ma da lui, di fatto, conosciuti —, il committente, se intenda mantenere le sue azioni nei confronti dell'appaltatore, deve quindi **accettare l'opera con riserva**. Se, invece, accetti l'opera puramente e semplicemente, libera da responsabilità l'appaltatore.

Ricade sull'assuntore l'onere di allegare l'avvenuta accettazione dell'opera da parte dell'appaltante e di fornirne prova mediante l'offerta di elementi atti a dimostrare che il committente è stato posto in grado di eseguire la verifica del lavoro svolto. Per contro, il collaudo (nell'ambito dell'appalto privato) non determina di per sé la decadenza dell'appaltante dalla garanzia, salvo che non sottenda un'accettazione tacita.

Allo stesso modo, la semplice presa in consegna dell'opera non equivale ad accettazione, richiedendo un *quid pluris* espressivo di gradimento. In particolare, la ricezione senza riserve non determina una tacita volontà di accettazione se l'appaltante non sia stato messo in condizione di eseguire la verifica. E così l'immissione in possesso dell'opera non implica accettazione, allorché sia accompagnata dalla riserva di procedere alla verifica e al collaudo in un momento successivo (Mangini-Iacuaniello Bruggi, 277).

Tuttavia, l'appaltatore diviene nuovamente obbligato se, dopo l'accettazione dell'opera senza riserve, il committente contesti dei vizi e l'appaltatore non eccepisca la sua avvenuta liberazione, ma riconosca, con delle dichiarazioni a cui si possa dare rilievo confessorio, i difetti dell'opera (Rubino-Iudica, 389; Cappai, 566; Leccese, 2017, 1420).

La **riconoscibilità** è significativa della semplice possibilità che i vizi siano scoperti, a prescindere dal fatto che in concreto lo siano stati o meno. Il primo comma equipara ai vizi riconoscibili quelli **effettivamente conosciuti** dal committente (anche se occulti).

Esiste divergenza di vedute in dottrina e in giurisprudenza con riferimento ai criteri di valutazione da utilizzare ai fini di esprimere un giudizio sulla riconoscibilità dei vizi. Secondo un'impostazione più risalente, la valutazione della riconoscibilità dei difetti dovrebbe essere rapportata a un concetto di **competenza media fra tecnici**, ossia con riferimento a soggetti dotati di conoscenza tecnica dell'arte: sarebbe, quindi, onere del committente profano farsi assistere nel collaudo da un esperto della materia (Stolfi, 655). In questo senso è orientata anche la giurisprudenza più datata, a mente della quale è esigibile che l'appaltante, in sede di verifica dell'opera, ove non abbia una competenza specifica, si faccia assistere da un soggetto qualificato, rientrando tale incombenza nell'ambito di un onere di normale diligenza da approfondire nell'esecuzione dell'appalto (Cass. 16 febbraio 1955, n. 452, in *Foro it.*, 1956, 1, 219, con nota di Albano; App. Bari 27 luglio 1968, in *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, 1968, 30; App. Firenze 28 gennaio 1966, in *Giur. tosc.*, 1966, 7, 741; Trib. Salerno 29 marzo 1955, in *Foro it. Rep.*, 1955, voce *Appalto*, 124, n. 68; App. Genova 31 marzo 1951, in *Temi genov.*, 1951, 239). Secondo una diversa tesi, seguita dalla dottrina più recente, la riconoscibilità va valutata secondo le **cognizioni medie della tipologia di soggetto che concretamente procede alla verifica**. Sicché il parametro di ponderazione dovrà essere calibrato sulle conoscenze ed esperienze medie di un tecnico dell'arte nella sola ipotesi in cui il committente abbia affidato il compito ad un soggetto titolare di dette conoscenze. Ove, invece, l'appaltante abbia provveduto autonomamente ad effettuare la verifica, e questi non sia un tecnico, il canone al quale ancorare il giudizio di riconoscibilità deve essere fondato su un livello di conoscenza che in quella materia può appartenere ad un profano dell'arte, dotato di media diligenza, tale essendo, di regola, il committente (Giannattasio, 200; Mangini-Iacuanello Bruggi, 279; Rubino Sammartano, 424; Rubino-Iudica, 389). Altrimenti sarebbe eccessivamente sproporzionato, nel bilanciamento delle posizioni in cui versano le parti

dell'appalto, pretendere che l'appaltante, a cui pure è rimessa la verifica dei vizi dell'opera commissionata, vi provveda, pena l'imputazione di responsabilità, ricorrendo all'opera di un soggetto appositamente nominato e munito di adeguate competenze tecniche (Rubino-Iudica, 389; Guerinoni, 2013, 302).

Anche un filone della giurisprudenza osserva che, nella valutazione della riconoscibilità dei vizi, non si deve fare astratto riferimento alla speciale competenza di un esperto dell'arte. Pertanto, l'accettazione dell'opera, se il committente sia un profano, e specie se non sia stata preceduta da verifica, non può importare la decadenza della garanzia per i vizi che un soggetto di media capacità non sia in grado di rilevare usando l'ordinaria diligenza. Di modo che si deve avere riguardo al grado di **cognizioni tecniche da questi possedute in concreto** relativamente ad una determinata arte nonché alla diligenza media che si suole esplicitare nell'affare (Cass. 18 marzo 1968, n. 875, in *Riv. giur. edil.*, 1968, 1, 1374, e in *Giur. it. Mass.*, 1968, 300; Cass. 27 aprile 1957, n. 1423, in *Giust. civ.*, 1957, 1, 1546; App. Milano 12 febbraio 1957, in *Foro pad.*, 1957, 2, 23; App. Firenze 28 maggio 1954, in *Foro it. Rep.*, 1954, voce *Appalto*, 116). Se, invece, quest'ultimo sia un esperto dell'arte o se egli si serva di un tecnico ai fini delle verifiche, la riconoscibilità dei vizi va valutata in base alla diligenza media dovuta da un esperto (Cass. 23 giugno 2014, n. 14220; Cass. 14 gennaio 2010, n. 470, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 4, 1, 1132, con nota di De Tilla; Cass. 10 dicembre 1994, n. 10580), in difetto della quale il solo fatto che la loro esistenza sia sfuggita all'esame di organi tecnici qualificati in sede di collaudo non è sufficiente ad escludere la riconoscibilità dei vizi dell'opera (Cass. 19 gennaio 1967, n. 174, in *Riv. giur. edil.*, 1967, 1, I, 530).

La riconoscibilità, o meno, dei vizi deve essere stabilita con riferimento **al momento in cui è avvenuta la verifica o al momento dell'accettazione**, ove vi sia stata accettazione senza verifica (Giannattasio, 202; Rubino-Moscatti, 491; Rubino Sammartano, 424; Rubino-Iudica, 392). E ciò perché è la verifica, e non l'accettazione, l'atto deputato ad appurare la corrispondenza dell'opera rispetto a quanto pattuito e dettato dalle regole dell'arte.

Ne consegue che l'assuntore è responsabile dei vizi riscontrati nell'opera allorché essi divengano riconoscibili solo in un momento successivo alla verifica, anche se anteriormente all'effettiva accettazione a cura dell'appaltante, non essendo il committente tenuto ad effettuare alcun controllo dopo la verifica e, peraltro, laddove siffatti controlli di fatto

avvengano, si tratta normalmente di controlli non particolarmente approfonditi (Rubino-Iudica, 392).

Nondimeno può accadere che il vizio occulto non sia rilevato in sede di verifica, ma il committente, prima di accettare, ne scopra l'esistenza; in tal caso la responsabilità dell'assuntore è esclusa, avendo l'appaltante accettato l'opera nonostante l'effettiva conoscenza del vizio (Rubino-Iudica, 393; Guerinoni, 2013, 303).

Ad ogni modo, il giudizio circa la riconoscibilità dei vizi dell'opera costituisce apprezzamento di merito non sindacabile in sede di legittimità (Cass. 6 novembre 1975, n. 3752, in *Giur. it. Mass.*, 1975; Cass. 9 marzo 1968, n. 791, in *Giur. it. Mass.*, 1968, 272; Cass. 25 ottobre 1966, n. 2579, in *Giust. civ. Mass.*, 1966, 1476).

I **vizi occulti**, in base ai criteri di cui sopra, non sono riconoscibili. Ad essi la legge equipara i **vizi occultati**, ossia quelli riconoscibili, ma che sono stati taciuti di proposito dall'appaltatore, il che implica la volontà di questi di non portarne a conoscenza il committente, ossia la mala fede (Rubino Sammartano, 433).

Al fatto che la garanzia persiste allorché i vizi siano stati dolosamente occultati o sottaciuti dall'appaltatore si riferisce anche la giurisprudenza (Cass. 19 agosto 2009, n. 18402; Cass. 17 maggio 2001, n. 6774, in *Riv. giur. edil.*, 2001, 5, 1, 2, 847; Cass. 14 novembre 1974, n. 3617; Cass. 18 aprile 1966, n. 960, in *Riv. dir. lav.*, 1968, 2, 204, e in *Giur. it. Mass.*, 1966, 426). In sede di merito si è fatto riferimento alla maliziosa preordinazione, volta a impedire che l'appaltante potesse venire a conoscenza del vizio (App. Firenze 17 aprile 1962, in *Giur. tosc.*, 1962, 309).

Al riguardo, per aversi mala fede dell'appaltatore è sufficiente il **semplice silenzio**, non dovendo necessariamente sussistere specifici artifici o raggiri finalizzati ad occultare i vizi (Stolfi, 655; Giannattasio, 200; Rubino-Moscatti, 488; Rubino-Iudica, 391). Ovviamente il silenzio, rilevante ai fini dell'integrazione della mala fede, postula che l'appaltatore conoscesse i vizi, mentre nessun rilievo tale contegno omissivo avrebbe allorché questi li ignorasse (Rubino Sammartano, 433).

Il che è significativo del maggior rigore serbato nella disciplina dell'appalto verso l'artefice dell'opera, rispetto a quanto previsto per il venditore nella disciplina della compravendita, laddove il mero silenzio sui vizi non costituisce condizione sufficiente ad estendere l'operatività della garanzia qualora i vizi siano riconoscibili, essendo, invece, essa

subordinata al fatto che l'alienante dichiari che la cosa è esente da vizi *ex art. 1491*: nell'un caso è sufficiente un contegno omissivo in mala fede, nell'altro una condotta attiva dolosa. Siffatta differenza di trattamento si giustifica in ragione di due rilievi: a) della più intensa ingerenza e responsabilità dell'assuntore nell'appalto, a fronte dell'opera che egli stesso realizza, rispetto alla posizione dell'alienante nella vendita; b) del rapporto fiduciario che si instaura tra committente e appaltatore, tale da legittimare la maggiore tutela accordata al primo (Rubino-Iudica, 391).

Anche la giurisprudenza di merito ha osservato che l'occultamento dei vizi può sostanziarsi nel semplice silenzio in mala fede dell'assuntore, senza che siano necessarie ulteriori manovre (App. Milano 16 maggio 1961, in *Foro it. Rep.*, 1961, voce *Appalto*, 119, n. 26 ter).

La prova che l'appaltatore fosse a conoscenza dei vizi è a carico del committente (Cass. 13 dicembre 2021, n. 39599); ove tale circostanza sia provata, spetta invece all'appaltatore dimostrare la sua buona fede, per avere, ad esempio, dimenticato o sottovalutato le anomalie taciute (Giannattasio, 201; Rubino-Iudica, 391).

Ove l'appaltatore abbia tenuto nascosti i difetti dell'opera non con il semplice silenzio ma con artifici o raggiri, o addirittura abbia minacciato il committente così da indurlo all'accettazione, nonostante la presenza di vizi palesi, quest'ultimo potrà esercitare **l'azione di annullamento** del collaudo o dell'accettazione **per dolo o violenza**, nel termine di cinque anni da quando il dolo è stato scoperto o la violenza è cessata (Giannattasio, 201; Rubino-Iudica, 392).

L'impugnazione dell'accettazione è, invece, esclusa allorché la condotta fraudolenta dell'appaltatore sia consumata durante la conduzione dei lavori, al fine di occultare la presenza di anomalie nell'opera. In questa evenienza l'unico effetto che ne consegue è l'impedimento della decadenza dell'appaltante dalla garanzia nonostante l'accettazione dell'opera (Rubino-Iudica, 392; Cianflone-Giovannini-Lopilato, 1123).

6.- Ambito applicativo della responsabilità per rovina o difetti di cose immobili.

La disposizione di cui all'art. 1669 detta una **forma di responsabilità più grave e diversa** rispetto alla comune responsabilità per difformità o vizi di cui agli artt. 1667-1668, con precipuo riferimento a una determinata categoria di beni interessati dall'affidamento in appalto: **gli edifici e le altre cose immobili** destinate, per loro natura, a lunga durata.

E ciò allo scopo di assicurare al committente un'opera solida e duratura, alla stregua della particolare natura dei beni immobili disciplinati dalla norma, i cui difetti possono manifestarsi anche a distanza di un notevole lasso di tempo dalla loro realizzazione (Sollai, 631).

In questa prospettiva, l'art. 1669 rappresenterebbe una deroga alla disciplina della responsabilità dell'appaltatore prevista dagli artt. 1667-1668 e, come tale, costituirebbe **norma di applicazione eccezionale**, insuscettibile di applicazione analogica (Rubino-Moscatti, 578; Rubino Sammartano, 496; Rubino-Iudica, 449).

Avverso la qualificazione della previsione come norma eccezionale si obietta che, sebbene essa regoli una fattispecie in parte diversa, in quanto più circoscritta, in confronto alle ipotesi contemplate dall'art. 1667, poiché attiene ai soli immobili destinati a lunga durata, nondimeno non ricollega a detta fattispecie un effetto diverso, come accade propriamente per le norme eccezionali, ma solo un effetto — per un verso — più ampio in chiave cronologica, concedendo la facoltà di avvalersi di siffatta forma di responsabilità per un arco temporale decennale anziché biennale, e — per altro verso — maggiormente qualificato, imputando all'appaltatore una specifica responsabilità, verso l'appaltante e gli aventi causa, a fronte della generica garanzia offerta dall'art. 1667.

La maggior ampiezza degli effetti dell'art. 1669 non è tale da rompere la logica del sistema, facendo piuttosto ritenere che tra le due norme vi sia un rapporto di genere a specie (Marinelli, 1983, 948). Sicché l'art. 1669 introdurrebbe un'**ipotesi speciale di responsabilità** rispetto alla responsabilità ordinaria per difformità e vizi prevista negli artt. 1667-1668 — disciplina quest'ultima, a sua volta, ordinaria per l'appalto, ma speciale rispetto alla disciplina generale del contratto — (Giannattasio, 225; De Renzis, 139; Musolino, 195).

Le differenze tra le due ricostruzioni, in ordine alla natura eccezionale ovvero speciale della norma, si ridimensionano in chiave pratica allorché si tratti di individuare le conseguenze che discendono da tale qualificazione.

È comunque acquisizione comune che l'art. 1669 **non sia suscettibile di applicazione analogica** ad ipotesi diverse da quelle puntualmente disciplinate. Di conseguenza, ove non ricorrano le specifiche condizioni dettate dalla norma che regola le conseguenze della rovina e dei difetti di cose immobili, troverà applicazione la disciplina dei summenzionati articoli. È il caso, ad esempio, degli immobili non destinati ad avere lunga durata, o di semplice difformità rispetto alle modalità convenute, o di vizi palesi o non gravi o che incidano

solamente sull'aspetto decorativo ed estetico del manufatto (Rubino-Iudica, 450; Leccese, 2017, 1434). Ed ancora per i profili non specificamente considerati dall'art. 1669, si applicheranno le regole comuni agli artt. 1667-1668, costituendo, l'una e l'altra, manifestazioni particolari e tipiche della generale e ordinaria responsabilità dell'appaltatore per la buona riuscita dell'opera (Cass. 7 ottobre 1970, n. 1834, in *Foro it. Rep.*, 1971, voce *Appalto*, n. 27).

In aggiunta, ove l'appaltante sia nei termini di cui all'art. 1667, in ordine ai difetti che legittimerebbero il ricorso all'art. 1669, potrà **avvalersi dei rimedi previsti dall'art. 1668** e, in particolare, della possibilità di invocare l'eliminazione dei difetti a spese dell'appaltatore e la risoluzione dell'appalto (Rubino-Iudica, 450).

Sul rapporto tra l'art. 1669 e gli artt. 1667-1668, la Corte regolatrice ha chiarito che, quanto a struttura — diversamente da ciò che riguarda la diversa natura giuridica della responsabilità rispettivamente disciplinata dalle anzidette norme (l'art. 1669, quella extracontrattuale; l'art. 1667, quella contrattuale) —, le relative fattispecie si configurano l'una (l'art. 1669) come **sottospecie dell'altra** (art. 1667), perché i "gravi difetti" dell'opera si traducono inevitabilmente in "vizi" della medesima.

La presenza di elementi costitutivi della prima implica necessariamente la presenza di quelli della seconda, con la conseguenza — non smentita da alcun dato testuale, logico e sistematico — che la norma generale continua ad applicarsi anche in presenza dei presupposti di operatività della norma speciale, così da determinare una **concorrenza delle due garanzie**, quale risultato conforme alla *ratio* di **rafforzamento della tutela del committente** sottesa allo stesso art. 1669.

Ne consegue, altresì, che non è dato ravvisare un contrasto dell'art. 1669 con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina posta dall'art. 1667 in tema di prescrizione, non patendo il committente alcun *deficit* di protezione per il fatto che i difetti dell'opera presentino il carattere di particolare gravità indicato dall'art. 1669 citato (Cass. 19 gennaio 2016, n. 815; Cass. 15 febbraio 2011, n. 3702). Pertanto, non sussiste incompatibilità tra le norme di cui agli artt. 1667 e 1669, nel senso che il committente di un immobile che presenti "gravi difetti" ben può invocare, oltre al rimedio risarcitorio del danno (contemplato quale unico rimedio esperibile dall'art. 1669), anche quelli previsti dall'art. 1668 (eliminazione dei difetti, riduzione del prezzo, risoluzione

del contratto) con riguardo ai vizi di cui all'art. 1667, purché non sia incorso nella decadenza stabilita dal secondo comma dello stesso art. 1667.

Ad ogni modo, l'accertamento consistente nella verifica sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 1667 o dell'art. 1669 è rimesso al giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivato (Cass. 4 settembre 2019, n. 22093; Cass. 1° febbraio 2008, n. 2460; Cass. 19 agosto 2002, n. 12231, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1539; Cass. 7 gennaio 2000, n. 81, in *Giur. it.*, 2000, 5, 977, e in *Giust. civ.*, 2001, 10, 1, 2511, con nota di Patruno; Cass. 13 dicembre 1999, n. 13969, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Appalto*, n. 48; Cass. 20 luglio 1962, n. 1974, in *Resp. civ. e prev.*, 1962, 449).

Tuttavia, pur potendo il committente scegliere se avvalersi della generale garanzia per i vizi nell'appalto o della responsabilità aggravata dell'appaltatore, **una volta effettuata la scelta**, sarà comunque vincolato alla relativa disciplina e, in particolare, alle disposizioni in ordine alla decadenza e prescrizione dell'azione; allo stesso modo, qualora abbia addotto in giudizio un vizio ricadente nella previsione dell'art. 1667, non potrà ricondurre, in corso di causa, il medesimo vizio alla fattispecie del grave difetto di cui all'art. 1669, incorrendo altrimenti nella violazione del divieto di *mutatio libelli* (Cass. 19 febbraio 1986, n. 1023; Cass. 19 settembre 1979, n. 4815; Coll. arb. 16 dicembre 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 634, con nota di Corrias).

Aspetto diverso è quello della **qualificazione giuridica della domanda**, in base ai fatti allegati dalla parte istante, qualificazione che spetta al giudice, senza che assuma un rilievo decisivo il richiamo normativo effettuato dall'agente, in base al brocardo latino *iura novit curia*.

Sul piano strutturale la norma è così costruita: A) presupposto applicativo indispensabile è che si tratti di edifici o altre cose immobili destinate, per loro natura, a lunga durata; B) lo spazio temporale di operatività è circoscritto al periodo di dieci anni decorrenti dal momento in cui l'opera è compiuta; C) la condotta rilevante è rappresentata dalla realizzazione di un'opera riguardante edifici o cose immobili, destinate per loro natura a lunga durata, all'esito della stipulazione di un appalto; D) fattori causali determinanti sono il vizio del suolo o il difetto della costruzione dell'opera; E) gli effetti che tali fattori devono avere generato sono la rovina, in tutto o in parte, dell'opera, l'evidente pericolo di rovina o i gravi difetti.

Da ciò scaturisce la responsabilità dell'appaltatore, a titolo esclusivamente risarcitorio, nei confronti del committente o dei suoi aventi causa.

Il termine di decadenza è di un anno dalla scoperta del vizio del suolo o del difetto della costruzione. Il termine di prescrizione è di un anno dal momento in cui è inoltrata la denuncia.

L'obbligazione consegue all'**integrazione di detti presupposti ex lege**, quand'anche non vi sia una previsione negoziale di segno conforme (Giannattasio, 227; Rubino-Moscato, 577).

Inoltre, affinché la norma possa trovare applicazione, è necessario che **l'opera sia stata ultimata**, decorrendo appunto la durata decennale del rapporto sostanziale dal suo compimento.

D'altronde, allorché i vizi si manifestino **in corso d'opera**, sono attivabili altri strumenti speciali di tutela ex art. 1662, secondo comma: in tal caso il presupposto per attivare il rimedio ivi previsto non è rappresentato da un inadempimento in senso tecnico, ma dalla rilevazione di **irregolarità emergenti durante la fase di progressione** dei lavori ancora *in itinere* (Rubino Sammartano, 504).

Con riferimento agli **inadempimenti in senso stretto**, l'indirizzo prevalente di legittimità afferma che la speciale disposizione di cui all'art. 1669 integra — senza escluderne l'applicazione — la disciplina generale in materia di **inadempimento delle obbligazioni**, con la conseguenza che, in caso di **opera non ultimata**, restando l'appaltatore inadempiente all'obbligazione contrattuale assunta, si applicano le norme generali in tema di risoluzione per inadempimento ex artt. 1453 e ss., mentre la speciale azione per la rovina o i difetti di cose immobili (nonché la garanzia regolata dagli artt. 1667 e 1668) trova applicazione nella diversa ipotesi in cui l'opera sia stata portata a termine (Cass. 14 febbraio 2019, n. 4511; Cass. 24 giugno 2011, n. 13983, in *Contratti*, 2012, 3, 141, con nota di Genovese; Cass. 17 maggio 2004, n. 9333, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2005, 6, 1, 856, con nota di Lanzi).

In base ad un recente e isolato arresto della Corte di legittimità, invece, lo strumento di tutela offerto dall'art. 1669 sarebbe invocabile anche qualora l'opera appaltata non sia stata ultimata e ciò in ragione della natura aquiliana della responsabilità contemplata dalla citata disposizione, la quale escluderebbe qualsiasi interferenza con le norme dettate a tutela del contratto (Cass. 27 novembre 2017, n. 28233).

Tale ultima conclusione non appare convincente, alla stregua di una lettura sistematica della disciplina dell'appalto e del coordinamento dei rimedi all'uopo apprestati. Condizione

indispensabile perché possa operare la responsabilità aggravata di cui all'art. 1669 è il completamento dell'appalto avente ad oggetto immobili di lunga durata, integrando, per contro, la mancata ultimazione un inadempimento, avente rilievo esclusivamente negoziale, avverso il quale è possibile reagire con gli appropriati strumenti offerti dall'ordinamento, in base alla circostanza che siffatto **inadempimento** si configuri come **definitivo** oppure **provvisorio**.

Segnatamente nelle ipotesi in cui, a fronte di un'opera immobiliare non ancora ultimata, i vizi del suolo o i difetti della costruzione abbiano determinato la rovina o un evidente pericolo di rovina, che non siano rimediabili con gli ulteriori interventi da eseguire, quali eventi di portata così radicale e invasiva da impedire il completamento dell'opera, saranno esperibili i rimedi contrattuali generali *ex art. 1453*, *rectius* la risoluzione dell'appalto e il risarcimento del danno (Cass. 14 febbraio 2019, n. 4511).

A *fortiori* laddove la rovina o il pericolo di rovina, ad opera non ancora ultimata, siano rimediabili, ovvero laddove siano integrati i gravi difetti, questi ultimi per definizione riparabili in corso d'opera, la tutela di cui all'art. 1669 non può essere fatta valere, potendo l'appaltatore essere compulsato con gli altri strumenti speciali, anch'essi di natura negoziale, regolati dall'art. 1662, secondo comma.

7.- La natura della responsabilità per rovina o difetti di cose immobili.

La dottrina maggioritaria colloca la figura regolata dall'art. 1669 nell'ambito della **responsabilità contrattuale** (Stolfi, 658; Mangini-Rudan Bricola, 214; Giannattasio, 226; Rubino-Moscato, 580; Costanza, 1983, 69; Mangini-Iacuaniello Bruggi, 335; De Renzis, 144; Rubino Sammartano, 498; Rubino-Iudica, 453).

E ciò sia per ragioni sistematiche sia per ragioni teleologiche: in ordine al primo profilo, si evidenzia che la norma è inserita nel capo del codice civile dedicato al **contratto di appalto** e non nell'ambito della disciplina sul fatto illecito; sotto il secondo aspetto, si rileva che l'applicazione della norma presuppone l'esistenza di un contratto di appalto, il che non sarebbe compatibile con la collocazione della figura nell'ambito della responsabilità aquiliana, la quale non postula un precedente specifico rapporto tra le parti, sorgendo esso invece come mera conseguenza dell'integrazione della responsabilità, ossia della violazione del dovere di *neminem laedere* (Cianflone-Giovannini-Lopilato, 974).

D'altronde, la tutela della sicurezza dei cittadini sarebbe solo una conseguenza riflessa e involontaria dell'applicazione della norma, mirando essa, in via diretta, esclusivamente ad una **più efficace tutela dell'appaltante** e, dunque, alla salvaguardia di interessi privatistici inerenti alla corretta esecuzione del negozio (Giannattasio, 226; Rubino-Iudica, 453).

E quanto alla legittimazione attiva dei terzi, essa è limitata ai **solì aventi causa del committente**, e non a qualsiasi terzo, costituendo, sotto questo aspetto, detta legittimazione una mera eccezione alla regola; gli altri soggetti dovranno, dunque, agire in giudizio evocando la norma generale sulla responsabilità extracontrattuale.

Pertanto, la disposizione riconoscerebbe la possibilità di proporre l'azione anche ai successori a titolo particolare nella proprietà della cosa, non già perché l'interesse protetto concernerebbe la comunità e perseguirebbe fini di ordine pubblico, ma perché altrimenti basterebbe l'alienazione dell'immobile per eludere, nella maggior parte dei casi, la responsabilità dell'artefice dell'opera, atteso il diverso modo di operare e la diversa durata dei termini rispettivamente nei rapporti tra compratore e venditore e tra alienante-appaltante e appaltatore.

In aggiunta, la tutela generale dell'incolumità dei cittadini dovrebbe essere garantita, non già attraverso lo strumento di cui all'art. 1669, bensì mediante gli ordinari controlli pubblici, stabiliti dalla **disciplina speciale edilizia in materia di costruzioni** e con gli atti amministrativi di concessione edilizia e di licenza di abitabilità (Alpa, 417).

Del resto, il fatto che l'unica sanzione prevista a carico dell'appaltatore sia il **risarcimento del danno** dovrebbe escludere che lo strumento in questione sia idoneo a soddisfare l'interesse pubblico, il quale viceversa potrebbe essere garantito solo attraverso la sanzione della riparazione o della demolizione dell'opera, rimedi, invece, espressamente contemplati solo per i vizi di cui all'art. 1667.

In questa prospettiva, qualora lo Stato avesse inteso tutelare l'interesse della comunità, non si sarebbe limitato a disciplinare il rischio che l'immobile possa provocare danni, ma si sarebbe anche occupato *funditus* della buona costruzione dell'immobile, cautela, per converso, non adottata in termini sistematici (Rubino Sammartano, 497).

Ed ancora, ove questa fosse stata la finalità del legislatore, la tutela all'uopo riconosciuta non sarebbe stata limitata ai **solì immobili di lunga durata** (Rubino-Moscati, 583).

Né la natura extracontrattuale della responsabilità aggravata *ex art. 1669* sarebbe ricavabile dalla circostanza che si tratta di una responsabilità *ex lege*: tale espressione sarebbe, infatti, significativa semplicemente del fatto che, avendo carattere di *naturale negotii*, non occorre una particolare previsione negoziale per darle origine, in quanto è la stessa legge ad affermare la responsabilità, in capo all'assuntore, quale mera conseguenza della stipulazione di un contratto di appalto (Cass. 28 febbraio 1951, n. 509, in *Resp. civ. e prev.*, 1951, 119).

Minoritario è il filone della dottrina che afferma la **natura aquiliana** della responsabilità di cui all'art. 1669, traendo essa fondamento, più che dal contratto di appalto, dall'**avvenuta costruzione dell'immobile**: gli interessi sottesi sono, pertanto, di **ordine pubblico** alla protezione dei pericoli derivanti dalle costruzioni. Per l'effetto, essa è posta a **tutela dei terzi in genere**, ivi compresi il conduttore dell'immobile costruito o l'amministratore del condominio. La relativa regolamentazione solo **occasionalmente** si trova, dunque, inserita nella disciplina dell'appalto. Sicché l'errata collocazione della norma, peraltro non infrequente nel nostro sistema normativo, non costituisce elemento decisivo per l'inquadramento della responsabilità ivi regolata nell'ambito della responsabilità contrattuale (Moscarini, 1984, 742; Gabrielli, 66; Cagnasso, 1991, 713; Chiappetta, 312, che discrimina la natura della responsabilità in guisa della tipologia dell'interesse protetto).

Un autore in dottrina tende, peraltro, ad **attenuare sul piano pratico la contrapposizione tra i due regimi** di responsabilità, contrattuale e aquiliana (Alpa, 412). Infatti, la qualificazione giuridica della fattispecie di cui all'art. 1669, in termini di responsabilità contrattuale piuttosto che extracontrattuale, pur incidendo sul profilo attinente alla legittimazione attiva e passiva in ordine all'esperibilità della relativa azione, non assumerebbe rilievo: quanto all'origine dell'obbligazione risarcitoria, che avrebbe comunque fonte legale; con riferimento alla prescrizione dell'azione, fissata nel termine di un anno dalla denuncia; relativamente ai criteri di imputazione, collegati ai rischi propri dell'attività costruttiva; con riguardo all'onere della prova, rispondendo l'appaltatore in base ad una presunzione *iuris tantum* di responsabilità.

A queste conclusioni sarebbe dato pervenire anche in ragione dell'analisi giurisprudenziale, che, pur muovendo dalla qualificazione giuridica della fattispecie *ex art. 1669* in termini di responsabilità aquiliana, accomunerebbe le tre ipotesi disciplinate dagli

artt. 1667-1668-1669 nella logica di un complesso di statuizioni regolanti peculiari ipotesi di inadempimento contrattuale (Cass. 27 luglio 2000, n. 9863; Cass. 9 agosto 1996, n. 7364; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10772, in *Contratti*, 1996, 126; Cass. 15 dicembre 1990, n. 11950, in *Arch. civ.*, 1991, 5, 555, e in *Giust. civ.*, 1992, 12, 1, 3047, con nota di Stranieri; Cass. 11 gennaio 1988, n. 49, in *Inform. prev.*, 1988, 8, 1197).

Ad avviso della giurisprudenza prevalente, invece, la fattispecie delineata dall'art. 1669, pur presupponendo un rapporto contrattuale, ne supera i confini e configura un'**ipotesi di responsabilità extracontrattuale**, che esige l'accertamento del contributo causale del soggetto passivo all'attività da cui è derivato il danno (Cass. 26 settembre 2023, n. 27385; Cass. 1° agosto 2023, n. 23470; Cass. 28 luglio 2017, n. 18891; Cass. 21 settembre 2016, n. 18522; Cass. 4 marzo 2016, n. 4319; Cass. S.U. 3 febbraio 2014, n. 2284; Cass. 23 luglio 2013, n. 17874): essa persegue **finalità di ordine pubblico**, atte alla conservazione e funzionalità degli edifici destinati per loro natura a lunga durata, a tutela dell'incolumità personale dei cittadini e, quindi, di interessi generali inderogabili, che trascendono i confini ed i limiti dei rapporti negoziali tra le parti (Cass. 3 agosto 2010, n. 18032; Cass. 6 febbraio 2009, n. 3040; Cass. 28 gennaio 2005, n. 1748, in *Foro it.*, 2005, 9, 1, 2385, con nota di Gambineri; Cass. 28 aprile 2004, n. 8140; Cass. 29 marzo 2002, n. 4622, in *Giur. it.*, 2002, 11, 2042, con nota di Carrino, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 5, 1, 2, 1065, in *Foro it.*, 2002, 6, 1, 1685, e in *Giust. civ.*, 2003, 6, 1, 1337; Cass. 12 maggio 2000, n. 6092; Cass. 7 gennaio 2000, n. 81, in *Giur. it.*, 2000, 5, 977, e in *Giust. civ.*, 2001, 10, 1, 2511, con nota di Patruno; Cass. 7 aprile 1999, n. 3338, in *Vita not.*, 1999, 2, 1, 755, e in *La nuova giur. civ. comm.*, 2000, 2, 1, 135, con nota di Barbanera; Cass. 28 novembre 1998, n. 12106, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Appalto*, n. 49; Cass. 5 ottobre 1998, n. 9853; Cass. 15 luglio 1996, n. 6393, in *Arch. civ.*, 1997, 2, 169, e in *Giur. it. Mass.*, 1996, 575; Cass. 27 agosto 1994, n. 7550, in *Giur. it.*, 1995, 3, 1, I, 375, con nota di Giordano, e in *Arch. civ.*, 1995, 4, 506; Cass. 7 giugno 1994, n. 5514, in *Riv. giur. edil.*, 1994, 6, 1, 2, 1000, e in *Foro it.*, 1995, 9, 1, 2526; Cass. 14 dicembre 1993, n. 12304, in *Arch. locaz. e cond.*, 1994, 2, 300, e in *Giust. civ.*, 1994, 10, 1, 2563, con nota di De Tilla; Cass. 9 gennaio 1990, n. 8, in *Foro it. Rep.*, 1990, voce *Appalto*, 140, n. 51; Cass. 23 dicembre 1987, n. 9635, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce *Appalto*, 148, n. 88; Cass. 18 agosto 1981, n. 4936, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Appalto*, n. 203).

Del tutto minoritaria, risalente e ormai superata è la tesi giurisprudenziale secondo

cui l'art. 1669 configurerebbe una responsabilità di tipo contrattuale (Cass. 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro it.*, 1982, 1, 698, e in *Rass. giur. Enel*, 1982, 3, 351; Cass. 24 marzo 1959, n. 908, in *Resp. civ. e prev.*, 1960, 40; Cass. 25 febbraio 1959, n. 538, in *Giust. civ.*, 1959, 1, 1777; App. Firenze 25 giugno 1965, in *Giur. tosc.*, 1965, 682).

7.1.- Conseguenze dell'inquadramento sistematico quale responsabilità aquiliana.

Dalla circostanza che l'applicazione della norma trascende il rapporto negoziale intercorrente tra le parti e gli interessi meramente privatistici sottesi alla sua instaurazione, per perseguire ragioni di interesse pubblico, discende la **nullità delle clausole di esclusione o limitazione** della responsabilità aggravata (Ghezzi, 321; Cervale, 2016, 185).

Ciò vale anche per le clausole pattizie che **estendano o aggravino tale responsabilità**, ponendo, ad esempio, a carico dell'appaltatore la responsabilità decennale anche per costruzioni che non siano, per loro natura, di lunga durata (Rubino-Moscati, 625; *contra* Rubino Sammartano, 502).

A fortiori siffatte clausole, specie ove siano di esonero o di limitazione della responsabilità *ex art.* 1669, non configurano una mera ipotesi di esenzione dalla responsabilità extracontrattuale, ma implicano una vera e propria deroga di prescrizioni di legge naturalmente imperative ed obbligatorie.

Allorché, per converso, si ritenga che la responsabilità di cui all'art. 1669 abbia natura contrattuale, e miri a soddisfare interessi di cui le parti possono disporre, seppure entro certi limiti, le **modifiche convenzionali** preventive saranno possibili; e ciò precipuamente con riguardo alle ipotesi di inadempimento dell'assuntore che ricadono nella colpa lieve e che non importano violazione di norme d'ordine pubblico *ex art.* 1229, quali: la riduzione del termine decennale di durata sostanziale del rapporto, la restrizione del termine di decadenza, la maggiore gravosità della responsabilità dell'assuntore (Rubino-Moscati, 624; Rubino Sammartano, 538).

Non è comunque valida la clausola apposta al contratto o contenuta in un atto successivo, con cui si stabilisca preventivamente l'esonero dell'appaltatore dalla responsabilità di cui all'art. 1669 anche nel caso di **dolo o colpa grave** ovvero la **riduzione del termine di prescrizione**, quand'anche si aderisca alla tesi della natura contrattuale della responsabilità (Rubino-Moscati, 624).

Nondimeno, il committente potrebbe rinunciare a far valere la responsabilità decennale per dolo o colpa grave **dopo l'ultimazione dell'appalto**, operando il divieto di esclusione o limitazione di detta responsabilità solo con riferimento alle clausole preventive di esonero ex art. 1229, fatta eccezione per le ipotesi di inadempienze che costituiscono violazioni di ordine pubblico a tutela di interessi generali, in quanto tali inderogabili dalle parti anche dopo la conclusione dei lavori.

Negli stessi termini un'abdicazione ad avvalersi di detta responsabilità potrebbe essere validamente esercitata **dopo la scoperta dei gravi difetti** e, in tale ultimo caso, l'abdicazione sarebbe valida anche se l'appaltatore abbia violato norme di ordine pubblico (Rubino-Moscatti, 625). Così come l'appaltatore può rinunciare a far valere la tardività della denuncia degli eventi lesivi (Rubino Sammartano, 539).

Ad ogni modo, la rinuncia, anche quando non sussistano violazioni di ordine pubblico, attiene al rapporto tra committente e appaltatore, sicché non è opponibile agli aventi causa del committente.

Ad avviso della giurisprudenza, trattandosi di responsabilità extracontrattuale, non può operare **tra le parti la clausola di esonero o di limitazione** di responsabilità eventualmente pattuita (Cass. 6 novembre 2008, n. 26609, in *Contratti*, 2009, 5, 456, con nota di Lamanuzzi; Cass. 6 dicembre 2000, n. 15488, in *Arch. civ.*, 2001, 2, 171, e in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Appalto*, n. 55; Cass. 7 gennaio 2000, n. 81, in *Giur. it.*, 2000, 1, 977). È stata invece ritenuta valida l'**estensione convenzionale** di detta responsabilità (Cass. 2 agosto 1961, n. 1851, in *Foro it. Rep.*, 1961, voce *Appalto*, 420, 33).

Sempre in base al titolo della responsabilità, essa include tutte le spese necessarie per eliminare, definitivamente e radicalmente, i difetti medesimi, anche mediante la **realizzazione di opere diverse e più onerose** di quelle originariamente progettate nel capitolato d'appalto, purché utili affinché l'opera possa fornire la normale utilità propria della sua destinazione (Cass. 21 settembre 2016, n. 18522; Cass. 4 marzo 2016, n. 4319).

Dalla qualificazione della fattispecie di cui all'art. 1669 come ipotesi di responsabilità aquiliana, atta a proteggere la collettività dal pericolo di crollo degli immobili, discende, quale ulteriore corollario, che la sua applicazione può essere invocata **contro il costruttore come tale**, piuttosto che contro l'appaltatore, ogni qualvolta vi sia un danno ad un soggetto, anche se terzo rispetto al contratto di appalto, quali un semplice detentore dell'immobile, un

proprietario contiguo, un passante, per effetto della rovina dell'immobile, avendo genesi, tale forma di responsabilità aggravata, non già nell'appalto, ma nel puro e semplice fatto di aver costruito l'immobile (Sollai, 633).

In base all'impostazione di un autore in dottrina, la natura aquiliana della responsabilità ex art. 1669 importa altresì che essa può essere fatta valere **indipendentemente dalla validità ed efficacia del sotteso contratto** di appalto (Pototschnig, 177). Questa tesi è suffragata da un arresto giurisprudenziale, secondo cui la presunzione *iuris tantum* di responsabilità dell'appaltatore, ove ricorrano i presupposti descritti dall'art. 1669, prescinde dalle questioni sorte *inter partes* circa la eventuale nullità del sottostante rapporto negoziale (Cass. 28 novembre 1998, n. 12106; ma vedi anche Cass. 15 febbraio 2017, n. 4035 e Cass. 3 febbraio 2012, n. 1674, in *Riv. arb.*, 2014, 3, 589, che, in ordine all'ampiezza di una clausola compromissoria riferita alle controversie nascenti dall'appalto, ha escluso che rientri nella competenza arbitrale anche la domanda risarcitoria ex art. 1669, trovando essa nel contratto di appalto unicamente un **presupposto storico**, il che ne esige la mera esistenza, ma non la validità).

7.2.- In specie: le interrelazioni con la clausola generale di responsabilità extracontrattuale.

Quanto alle interrelazioni con la norma generale in tema di responsabilità extracontrattuale, la giurisprudenza ritiene che sussista un **rapporto di specialità tra l'art. 2043 — genus — e l'art. 1669 — species —** (Cass. 23 luglio 2013, n. 17874; Cass. 4 ottobre 2011, n. 20307; Cass. 12 aprile 2006, n. 8520, in *Urban. e app.*, 2006, 6, 683, con nota di De Marzo, e in *Giur. it.*, 2007, 7, 1654, con nota di Gigliotti; Cass. 16 febbraio 2006, n. 3406; Cass. 7 aprile 1999, n. 3338, in *Vita not.*, 1999, 755; Cass. 9 gennaio 1990, n. 8, in *Foro it. Rep.*, 1990, voce Appalto, 140, n. 51; Cass. 23 marzo 1977, n. 1136, in *Giur. it.*, 1978, 1, I, 316; Trib. Torino 27 aprile 1999, in *Giur. mer.*, 2000, 1, 843).

Mentre la norma generale si riferisce a **qualunque fatto doloso o colposo** che cagioni ad altri un danno ingiusto, la norma speciale individua il fatto rilevante e i danni ingiusti ai fini di ottenere la tutela risarcitoria: da una parte, i **vizi del suolo o i difetti della costruzione**; dall'altra, la **rovina totale o parziale dell'immobile, l'evidente pericolo di rovina o i gravi difetti**.

Il che impedisce che, in presenza di tali presupposti, possa invocarsi, in ordine ai

medesimi eventi, una responsabilità concorrente ai sensi dell'art. 2043 e dell'art. 1669, ovvero che possa richiamarsi la responsabilità generale, in deroga a quella aggravata speciale, per esempio ai fini di avvalersi del **più ampio termine di prescrizione** previsto dall'art. 2947: è, invece, **la norma speciale a derogare a quella generale** (Cass. 20 giugno 1978, n. 3029, in *Foro it. Rep.*, 1978, voce *Appalto*, 91, n. 26; Cass. 9 luglio 1977, n. 3072, in *Foro it. Rep.*, voce *Appalto*, 109, n. 27).

Ancora, la S.C. ha osservato che la previsione dell'art. 1669 concreta un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, con carattere di specialità rispetto al disposto dell'art. 2043, fermo restando che — trattandosi di una **norma non di favore**, diretta a limitare la responsabilità del costruttore, bensì finalizzata ad assicurare una più efficace tutela del committente, dei suoi aventi causa e dei terzi in generale —, **ove non ricorrano in concreto le condizioni per la sua applicazione** (come nel caso di danno manifestatosi e prodottosi oltre il decennio dal compimento dell'opera), può farsi luogo all'applicazione dell'art. 2043, senza che, tuttavia, operi il regime speciale di presunzione della responsabilità del costruttore contemplato dall'art. 1669, atteso che spetta a chi agisce in giudizio l'onere di provare tutti gli elementi richiesti dall'art. 2043, compresa la colpa del costruttore (Cass. 26 settembre 2023, n. 27385; Cass. S.U. 3 febbraio 2014, n. 2284; Cass. 12 aprile 2006, n. 8520, in *Giur. it.*, 2007, 7, 1654, con nota di Gigliotti; Cass. 28 gennaio 2005, n. 1748, in *Foro it.*, 2005, 9, 1, 2385, con nota di Gambineri).

La medesima conclusione vale per l'ipotesi in cui difetti la legittimazione attiva per esperire l'azione di cui all'art. 1669: in tal caso non ricorrerebbe un concorso di norme, sicché non sono integrati dei validi motivi per precludere la facoltà del danneggiato di spiegare l'azione generale di cui all'art. 2043 (Cass. 7 aprile 1999, n. 3338, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 1051, con nota di Carnevali).

Anche la dottrina condivide l'assunto secondo cui il concorso tra gli artt. 2043 e 1669 deve essere inteso nel senso che la norma generale può essere applicata ogni qualvolta la norma speciale, seppure applicabile in astratto, non possa essere applicata in concreto, pur derivando da ciò un diverso regime probatorio, ossia la **non operatività della presunzione di responsabilità del costruttore** (Vignali, 1991, 158; Sollai, 634; Cervale, 2016, 155; Pototschnig, 180). Ciò accade ove i danni non attengano ai modi di costruzione di un immobile in base alle regole dell'arte, o non dipendano da vizi del suolo o difetti costruttivi, o si

profilino rispetto a terzi diversi da quelli che possono fare ricorso all'azione ex art. 1669 (Ghezzi, 321).

Da ultimo, la Corte di legittimità, muovendo dalla premessa secondo cui la responsabilità ex art. 1669 è speciale rispetto a quella prevista dalla norma generale di cui all'art. 2043, ha precisato che l'applicazione di quest'ultima può essere invocata soltanto ove **non ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi della prima e non già al fine di superare i limiti temporali** entro cui l'ordinamento positivo appresta la tutela specifica, ovvero **senza poter "aggirare" il peculiare regime di prescrizione e decadenza** che connota l'azione speciale (Cass. 10 novembre 2023, n. 31301; Cass. 17 luglio 2023, n. 20450).

Sussistendo, appunto, un rapporto di specialità tra l'art. 2043 e l'art. 1669, laddove ne sussistano i presupposti, l'azione da intraprendere è quella specificamente contemplata in materia di appalto, restando così precluso il ricorso all'azione generale, benché, "in concreto" (*recte* in via contingente), per fatto imputabile al danneggiato, sia maturata la decadenza o la prescrizione dell'azione speciale (*contra* l'interpretazione resa in sede di revocazione da Cass. S.U. 2 luglio 2015, n. 13569, secondo cui la "decadenza" dall'azione di cui all'art. 1669 - e la conseguente non applicabilità di questa disposizione - non precluderebbero l'esperimento dell'azione generale di responsabilità ex art. 2043).

È, infatti, in generale ammissibile la coesistenza di due azioni diversificate quanto a presupposti applicativi e regime probatorio, sicché deve riconoscersi alla parte la facoltà di agire in giudizio, non avvalendosi delle facilitazioni probatorie stabilite per una sola di esse.

Per l'effetto, benché il riferimento alla locuzione "in concreto" - adoperata dalla citata pronuncia a Sezioni Unite - possa ingenerare equivoci, l'esercizio dell'azione generale spetta solo allorché, al momento in cui l'avente diritto può far valere la propria pretesa, i presupposti oggettivi delineati dalla norma speciale non sussistano: a) o per la **natura dell'immobile** interessato (diverso dagli edifici o da altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata); b) o per la **natura delle deficienze riscontrate** (diverse dalla rovina, in tutto o in parte, dall'evidente pericolo di rovina o dai gravi difetti); c) o per la **natura delle cause acclerate** (diverse dal vizio del suolo o dalle carenze della costruzione); d) o per l'insorgenza della carenza costruttiva **dopo il decorso del termine di dieci anni** dal compimento dell'opera, termine, quest'ultimo, **di natura sostanziale**, che non ricade negli istituti della decadenza o della prescrizione, determinando piuttosto la **durata del rapporto** che deriva

dall'attuazione dell'intervento programmato e, dunque, rappresentando un elemento costitutivo della fattispecie (Cass. 27 novembre 2018, n. 30607; Cass. 26 ottobre 2017, n. 25435; Cass. 19 settembre 2014, n. 19823), ipotesi cui allude espressamente la richiamata pronuncia delle Sezioni Unite.

La medesima conclusione vale per l'ipotesi in cui difettino i **presupposti soggettivi**, ossia la **legittimazione attiva** per la qualità dei soggetti pretendenti (diversi dai committenti o suoi aventi causa), necessaria allo scopo di esperire l'azione di cui all'art. 1669: in tal caso, non ricorre un concorso di norme, sicché non sono integrati dei validi motivi per precludere la facoltà del danneggiato di spiegare l'azione generale di cui all'art. 2043 (Cass. 26 settembre 2023, n. 27385; Cass. 27 agosto 2019, n. 21719; Cass. 28 gennaio 2005, n. 1748; Cass. 7 aprile 1999, n. 3338). Sicché, in forza dell'art. 2043, la legittimazione ad agire contro l'appaltatore ed eventuali soggetti corresponsabili si estende, non solo al committente ed ai suoi aventi causa (ivi compreso l'acquirente dell'immobile), ma anche a qualunque terzo che lamenti di essere stato danneggiato in conseguenza dei gravi difetti della costruzione, della sua rovina o del pericolo di rovina.

Il quadro d'insieme così delineato importa che il ricorso all'art. 2043 postula la carenza dei presupposti strutturali (oggettivi o soggettivi) dell'azione speciale regolata dall'art. 1669 *ex ante* (o a monte), nel momento in cui il diritto si origina, e non già delle condizioni contingenti *ex post* (o a valle), nel momento in cui la pretesa si esercita.

Solo in questo senso è ammissibile il concorso tra azione speciale e azione generale, allo scopo di eliminare ogni "zona franca": la titolarità di un'azione risarcitoria a regime speciale, caratterizzata dall'operare di una presunzione di colpa, coesiste, in linea di principio, con la possibilità per il danneggiato di fondare la propria azione sull'art. 2043, **senza le facilitazioni di prova poste a suo favore dai regimi speciali**, con la conseguenza che, **"ove non risulti applicabile" la norma speciale, permane la possibilità di applicazione di quella generale**.

E ciò conformemente al generale principio a mente del quale, ove sia fissata una integrale e completa disciplina della responsabilità risarcitoria per determinati fatti e comportamenti, esaurendone tutte le ipotesi, resta preclusa ogni possibilità di invocare i principi generali della responsabilità per fatto illecito ai sensi dell'art. 2043, senza che in conseguenza sia configurabile un concorso, anche alternativo, tra i due tipi di responsabilità

(con riferimento alla speciale responsabilità aquiliana processuale aggravata ex art. 96, primo e secondo comma, c.p.c., Cass. 16 maggio 2017, n. 12029; Cass. 23 agosto 2011, n. 17523; Cass. 26 novembre 2008, n. 28226; Cass. 24 luglio 2007, n. 16308; Cass. 12 marzo 2002, n. 3573; Cass. 12 gennaio 1999, n. 253).

E così, più in generale, con riferimento alle previsioni normative speciali di responsabilità aquiliana ex artt. 2047 e ss., non è esclusa una concorrente operatività della clausola generale di responsabilità per colpa ex art. 2043, ma solo con riferimento ai profili non espressamente contemplati dalle fattispecie speciali ivi descritte (Cass. 13 febbraio 2023, n. 4303; Cass. 24 marzo 2021, n. 8206; Cass. 26 maggio 2020, n. 9661; Cass. 28 novembre 2019, n. 31066; Cass. 14 novembre 2006, n. 24211).

Viceversa, ove tali profili sussistano e siano stati enunciati in modo sufficientemente chiaro, essi integrano le fattispecie contemplate dalle norme speciali, con la conseguenza che le diverse regole di imputazione della responsabilità previste da detti articoli, essendo più favorevoli per l'attore danneggiato, poiché implicanti un'inversione dell'onere della prova, non legittimano l'operatività del regime probatorio più gravoso di cui all'art. 2043.

Il fatto che nelle emarginate evenienze - e solo entro i predetti limiti - sia esperibile l'azione generale di responsabilità aquiliana - per un verso - non determina una sostanziale elusione del principio riassunto nel brocardo latino *specialis derogat generali*, stante che nelle indicate ipotesi difettano le condizioni (*recte* i presupposti oggettivi e soggettivi) affinché la norma speciale possa essere invocata, e - per altro verso - non legittima alcun assorbimento (o assimilazione o indebita sovrapposizione) di azioni, posto che nell'azione speciale ex art. 1669 vige un **regime di presunzione di colpa iuris tantum**, che impone al danneggiante di fornire la prova liberatoria (Cass. 12 giugno 2018, n. 15321; Cass. 17 gennaio 2013, n. 1026; Cass. 3 ottobre 2012, n. 16815; Cass. 6 dicembre 2000, n. 15488; Cass. 28 novembre 1998, n. 12106; Cass. 7 novembre 1984, n. 5624; Cass. 28 ottobre 1969, n. 3550; Cass. 11 giugno 1968, n. 1853). Mentre nell'azione generale ex art. 2043 è il danneggiato a dover dimostrare, in ossequio ai principi generali dettati dall'art. 2697, oltre alla condotta del costruttore, all'evento lesivo e al nesso eziologico, la colpa del danneggiante.

In questa prospettiva, le due norme si correlano alla stregua di **circonferenze concentriche** (e non già di cerchi secanti o tangenti), in cui (sempre usando l'immagine delle circonferenze concentriche) la "area" di operatività della prescrizione generale è solo quella

residuale esterna al raggio d'azione della disposizione speciale.

Ne deriva che, in presenza dei presupposti dell'azione speciale, non può essere richiamata la responsabilità generale in chiave derogatoria; è, invece, la norma speciale a derogare a quella generale.

Peraltro, in sede nomofilattica, si è puntualizzato che la soluzione adottata non determina un vuoto di tutela che si pone in tensione con i parametri costituzionali, posto che - a fronte della pretesa al conseguimento del bene della vita in tesi lesa - l'ordinamento appresta una specifica azione, la cui perenzione discende da un'**inerzia ascrivibile alla parte danneggiata** (e che, peraltro, postula che la controparte sollevi la relativa eccezione).

Tanto più che il termine di **prescrizione di un anno** ex art. 1669, secondo comma, non decorre dall'integrazione del fatto illecito - ossia dalla verifica della rovina, del pericolo di rovina o dei gravi difetti - bensì **dalla denuncia**, quale atto condizionante la decorrenza del **termine prescrizione interdipendente** (Cass. 19 ottobre 2012, n. 18078; Cass. 30 luglio 2004, n. 14561; Cass. 14 febbraio 1989, n. 903), **denuncia** che - a sua volta - deve essere inoltrata, **a pena di decadenza, entro un anno dalla scoperta**, che ancora si intende verificata quando il committente consegua un apprezzabile grado di conoscenza obiettiva della gravità dei difetti e della loro derivazione causale dall'imperfetta esecuzione dell'opera (spesso attraverso una relazione di consulenza tecnica), non essendo sufficiente, di regola, per il decorso del termine suddetto, la constatazione di segni esteriori di danno o di pericolo (ovvero manifestazioni di scarsa rilevanza o semplici sospetti), salvo che si tratti di manifestazioni indubbie come cadute o rovine estese (Cass. 18 maggio 2023, n. 13707; Cass. 16 gennaio 2020, n. 777; Cass. 22 febbraio 2010, n. 4249; Cass. 1° febbraio 2008, n. 2460; Cass. 13 gennaio 2005, n. 567; Cass. 1° agosto 2003, n. 11740).

Ad analoghe conclusioni si perviene con riferimento al rapporto di sussidiarietà sostanziale ex art. 2042 tra azioni tipiche e azione generale di arricchimento senza giusta causa, secondo cui l'azione generale di arricchimento non è proponibile quando il **danneggiato avrebbe potuto esercitare un'azione tipica e questa si sia prescritta** (Cass. S.U. 5 dicembre 2023, n. 33954; e già in questo senso l'ordinanza interlocutoria 20 febbraio 2023, n. 5222; Cass. 27 novembre 2018, n. 30614; Cass. 29 dicembre 2011, n. 29916; Cass. 10 giugno 2005, n. 12265; Cass. 19 marzo 1980, n. 1849).

8.- Gli immobili destinati a lunga durata.

La norma si riferisce alle opere inerenti agli edifici o agli altri immobili destinati, per loro natura, a lunga durata. Per l'effetto, sono due i requisiti rilevanti: per un verso, la **natura immobiliare** della cosa; per altro verso, la sua **destinazione** a lunga durata.

In senso giuridico, urbanistico ed etimologico, gli **edifici** si identificano essenzialmente con le **costruzioni edilizie**, ossia con le opere in muratura o struttura prefabbricata di una certa dimensione, realizzate dall'uomo e destinate ad abitazione o a particolari attività umane. La nozione residuale di immobile, cui allude la disposizione, volta ad estendere la portata applicativa della norma anche a quei beni immobili che non rientrano nella subcategoria degli edifici in senso stretto, si ricava dall'art. 812, che annovera appunto tra gli immobili gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo, come le piste di aeroporti, i pontili, le autostrade, i ponti, le dighe, le piattaforme marine (Rubino Sammartano, 501), i bacini idrici (Cass. 3 settembre 2020, n. 18289).

Tuttavia, sono esclusi dalla previsione di cui all'art. 1669 gli immobili rappresentati da costruzioni unite al suolo a **scopo transitorio** (Ghezzi, 325; Cervale, 2016, 160; Pototschnig, 181).

Vi rientrano, per converso, i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti, quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo e sono destinati ad esserlo in **modo permanente** per la loro utilizzazione (Giannattasio, 227; Cervale, 2016, 161).

Non assume rilievo, ai fini della qualificazione giuridica delle cose immobili, cui si applica l'art. 1669, la **mole maggiore o minore del manufatto**, diversamente dalla previsione del codice civile del 1865, il quale si riferiva alle opere notabili. Pertanto, la norma può trovare applicazione anche ad una minuscola cappella funeraria, sempreché ricorrano i difetti costruttivi che legittimano il ricorso alla disposizione (App. Genova 27 ottobre 2000, in *Giust. civ.*, 2001, 1, 2787; App. Torino 11 marzo 1958, in *Arch. giur. circol. e sin. strad.*, 1958, 42), ovvero alla cabina per l'alloggio dell'ascensore di uno stabile, con il relativo macchinario (App. Milano 14 aprile 1974, in *Riv. giur. edil.*, 1976, 1, 698); non ai radiatori o termoconvettori di un impianto di riscaldamento, in quanto beni mobili pertinenziali ad un immobile (Trib. Firenze 9 dicembre 1953, in *Foro it. Rep.*, 1954, voce *Appalto*, 116, n. 26).

La norma non trova, altresì, applicazione per la costruzione di **beni mobili registrati**, quali navi, autoveicoli e aeromobili (Giannattasio, 227; Rubino-Moscatti, 585). Tanto è

suffragato dall'art. 240 c.n., il quale stabilisce un termine di prescrizione di due anni dalla consegna per esercitare l'azione di responsabilità, uniformandosi così alla disciplina dell'art. 1667, se non per una deroga quanto alla durata del termine di prescrizione, senza alcun cenno al rapporto sostanziale decennale di responsabilità contemplato dall'art. 1669 (Rubino-Iudica, 455). In senso contrario, un isolato, e risalente, arresto di legittimità ha ritenuto, contro il chiaro dettato letterale, che la norma potesse applicarsi anche alla costruzione di navi (Cass. 15 giugno 1956, n. 2092, in *Foro it.*, 1957, 1, 620).

Inoltre, detti immobili devono essere **destinati, per loro natura, a lunga durata**: deve trattarsi, quindi, di beni stabili con una destinazione non precaria.

La destinazione deve essere valutata sul **piano oggettivo**.

Il riferimento alla loro natura induce a ritenere che occorre avere riguardo al **tipo e al modo della costruzione**, senza che abbiano rilievo la natura e la destinazione che le parti vi abbiano voluto imprimere (Giannattasio, 228; Rubino-Moscato, 585; Mangini-Iacuaniello Bruggi, 339; Rubino-Iudica, 456).

Inoltre, la valutazione sulla natura duratura del bene deve essere compiuta rispetto al **momento in cui è concluso il contratto** di appalto (Rubino-Moscato, 585).

Non soggiacciono, quindi, all'applicazione della norma i padiglioni costruiti solo per un'esposizione o una fiera temporanea o le baracche di legno con struttura provvisoria, sebbene utilizzate a scopo abitativo, o i ponti provvisori (Musolino, 193; Ghezzi, 326).

Vi rientrano, invece, le vere e proprie costruzioni in legno, con destinazione oggettivamente stabile (Rubino Sammartano, 502).

Eventuali accordi tra committente e appaltatore, in ordine alla durata del bene, sono irrilevanti ai fini dell'applicazione della norma (Cass. 24 maggio 1972, n. 1622, in *Foro it.*, 1973, 1, 840; Cass. 6 febbraio 1970, n. 261, in *Riv. giur. edil.*, 1970, 1, I, 534, e in *Foro it.*, 1970, 1, 747; Cass. 17 aprile 1968, n. 1151; App. Roma 29 giugno 1958, in *Foro it. Rep.*, 1958, voce *Appalto*, 119, n. 11).

Il fatto che l'immobile sia oggettivamente destinato a lunga durata dovrà essere valutato **caso per caso** rispetto alla fattispecie concreta dedotta in giudizio, sulla scorta di un accertamento di merito insindacabile in sede di legittimità (Cass. 20 luglio 1962, n. 1974, in *Resp. civ. e prev.*, 1962, 449).

La parte che agisce in giudizio, facendo valere la responsabilità di cui all'art. 1669, avrà l'**onere di dimostrare** che l'immobile ha tale duratura destinazione; non è escluso che tale dimostrazione possa essere offerta in via presuntiva secondo l'*id quod plerumque accidit*, in tal caso riversandosi sulla controparte l'onere di provare che, nel caso concreto, la duratura destinazione oggettiva è carente (Sollai, 637).

La norma si applica anche: 1) alle **costruzioni ex novo** dell'intero immobile; 2) ovvero alle **costruzioni di nuove parti** di un immobile preesistente, che presentino sul piano ingegneristico una **propria autonomia**, come avviene nel caso in cui un edificio già in essere sia sopraelevato di un piano; 3) o, ancora, alle **modifiche e riparazioni** che riguardino una parte importante (in senso quantitativo) dell'opera o che, comunque, pur riguardando una parte marginale, si riflettano su una parte importante (in senso qualitativo) della stessa; in queste ipotesi la durata decennale del rapporto sostanziale decorrerà dal momento di ultimazione di detti interventi e non dal momento in cui è compiuta l'opera originaria su cui essi insistono (Mangini-Rudan Bricola, 217; Rubino-Moscati, 587; Senofonte, 2950; Rubino Sammartano, 503; Rubino-Iudica, 457).

Secondo questo filone della dottrina, le **riparazioni o modificazioni** rientreranno nella previsione sulla responsabilità aggravata dell'appaltatore ove, all'esito della loro effettuazione, l'intero immobile cada in rovina o incorra nel pericolo di rovina o sia inficiato da gravi difetti, anche se le parti modificate o riparate, in sé stesse considerate, siano per ipotesi di scarsa importanza, come accade nel caso di rifacimento, totale o parziale, di un'arcata di un ponte a plurime arcate che poi crolli, facendo rovinare l'intero ponte, o di un soffitto o di una parete o di un pavimento di un fabbricato di più ampie dimensioni (Rubino Sammartano, 503; Ghezzi, 326).

Allo stesso modo la disposizione sarà applicabile allorché l'evento lesivo rilevante riguardi la **sola parte riparata o modificata**, salvo che: a) la modifica o riparazione non sia in sé destinata a lunga durata, come accade nel caso di **riparazioni ordinarie**; b) la modifica o la riparazione sia di **minima importanza (quantitativa e qualitativa)** rispetto all'intera opera; c) la modifica o riparazione intervenga su porzioni dell'immobile **non destinate a lunga durata** (Sollai, 638).

In senso contrario altro autore esclude che l'art. 1669 possa trovare applicazione a parti autonome di immobili o a modifiche o riparazioni importanti, sulla base del carattere

eccezionale della norma, che si riferisce alla sola ipotesi di costruzione di immobili (Giannattasio, 231).

Alcuni arresti giurisprudenziali hanno ammesso l'applicazione della norma, non soltanto con riferimento alla costruzione oggetto del contratto, ma anche in relazione alla **stessa opera che sia stata ricostruita** dal medesimo costruttore nell'assolvimento dell'obbligo di garanzia (Cass. 4 novembre 2015, n. 22553; Cass. 4 gennaio 1993, n. 13, in *Giur. it.*, 1993, 8, 1, I, 1686, con nota di IacuanIELLO Bruggi, e in *Riv. giur. edil.*, 1993, 6, 1, 2, 1070).

In ordine all'estensione della disciplina sulla rovina e sui difetti di cose immobili anche agli **interventi di riparazione o modificazione** di edifici già costruiti, le Sezioni Unite della Cassazione hanno composto il contrasto insorto tra le Sezioni semplici: in chiave nomofilattica il tema affrontato concerne la possibilità di includere tali interventi fra quelli che possono dar luogo ad un "difetto della costruzione", il quale, unitamente al "vizio del suolo", rientra tra i fatti causativi degli effetti regolati dalla norma, *rectius* la rovina, in tutto o in parte, dell'edificio — o di altra cosa immobile destinata per sua natura a lunga durata —, l'evidente pericolo di rovina o gravi difetti.

In definitiva, il quesito risolto dalle Sezioni Unite attiene alla riferibilità dei difetti di costruzione, non solo a quelli relativi alla realizzazione *ab origine* della cosa immobile, ma anche a quelli successivi di **ristrutturazione** della cosa.

A fronte dell'orientamento secondo cui, ove non si fosse ricaduti nella costruzione di un edificio o di altre cose immobili, destinate per loro natura a lunga durata, bensì nell'ipotesi di un'opera di mera riparazione o modificazione di preesistenti edifici o di altre preesistenti cose immobili, destinate per loro natura a lunga durata, la norma non sarebbe stata applicabile, potendo, invece, trovare applicazione, se ne fossero esistite le condizioni, la disciplina sulla responsabilità dell'appaltatore, per difformità e vizi dell'opera, di cui all'art. 1667 (Cass. 22 maggio 2015, n. 10658; Cass. 20 novembre 2007, n. 24143, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, 680; Cass. 8 marzo 1934, n. 754, in *Nuova riv. pubbl. appalti*, 1934, 1, 385), si contrapponeva l'indirizzo a mente del quale la norma avrebbe potuto trovare applicazione anche per le **opere eseguite su preesistente edificio**, allorché queste avessero inciso sugli elementi essenziali dell'immobile o su elementi secondari rilevanti per la funzionalità globale (Cass. 15 febbraio 2017, n. 4035; Cass. 4 novembre 2015, n. 22553; Cass. 19 ottobre 2012, n. 18046; Cass. 29 settembre 2009, n. 20853; Cass. 4 gennaio 1993, n. 13,

in *Giur. it.*, 1993, 8, 1, I, 1686, con nota di Iacuaniello Bruggi, e in *Riv. giur. edil.*, 1993, 6, 1, 2, 1070).

In base al primo indirizzo, la responsabilità per rovina e difetti di cose immobili, regolata dall'art. 1669, dovrebbe essere astretta alle sole ipotesi in cui la rovina, in tutto o in parte, ovvero l'evidenza di un pericolo di rovina, ovvero la presenza di gravi difetti, siano riferibili immediatamente agli edifici o alle altre cose immobili, destinate per loro natura a lunga durata, e siano integrate nel corso di dieci anni dalla realizzazione (*recte* dal compimento) dell'edificio o delle altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata. Anche le cause della rovina, dell'evidente pericolo di rovina o dei gravi difetti dovrebbero essere riconducibili direttamente a difetti del suolo o a vizi della costruzione pertinenti all'edificio o alla diversa cosa immobile destinata per sua natura a lunga durata.

Tale interpretazione sarebbe fondata sull'esegesi letterale della norma, la quale, quando usa la locuzione "opera", alluderebbe agli edifici o alle altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata, che il legislatore richiama all'esordio della disposizione. Sicché la fattispecie delineata dalla norma sarebbe integrata solo quando, entro dieci anni dalla realizzazione dell'edificio, o della cosa immobile destinata per sua natura a lunga durata, si prospettino rovina, evidente pericolo di rovina o gravi difetti, dipendenti da vizi del suolo o difetti della costruzione, dell'edificio medesimo o della cosa immobile interessata.

Questa lettura ha due precisi riflessi applicativi, uno di natura oggettiva e l'altro di natura subiettiva. Sotto il primo profilo, la norma avrebbe un ambito applicativo limitato ai difetti costruttivi inerenti alla sola **fase genetica** di realizzazione dell'edificio ovvero di una parte di esso, non già ai difetti eventualmente riconducibili ad interventi susseguenti all'edificazione dell'immobile, che apportino modificazioni o riparazioni ad un edificio preesistente o ad altre preesistenti cose immobili, anche se destinate per loro natura a lunga durata. Sotto il profilo soggettivo, la legittimazione passiva sostanziale, a fronte della proposizione dell'azione di responsabilità *ex art.* 1669, spetterebbe, in via esclusiva, all'appaltatore o al costruttore-venditore dell'edificio o della cosa immobile ovvero di una frazione di esso, al tempo della **realizzazione originaria**, non già ai soggetti che abbiano effettuato, successivamente alla realizzazione, interventi modificativi o riparativi (di manutenzione o di ristrutturazione o di ricostruzione).

Alla stregua del secondo indirizzo, per converso, la soluzione ermeneutica dovrebbe

essere più aperta. Non a caso il legislatore discrimina tra **edificio o altra cosa immobile** destinata per sua natura a lunga durata, da un lato, e "opera", dall'altro.

L'opera cui allude la norma non si identificherebbe necessariamente con l'edificio o con la cosa immobile destinata a lunga durata, ma ben potrebbe estendersi a qualsiasi **intervento modificativo o riparativo eseguito successivamente** all'originaria costruzione dell'edificio, con la conseguenza che anche il termine "compimento", ai fini della delimitazione temporale decennale della responsabilità, avrebbe ad oggetto, non già l'edificio, bensì l'opera, eventualmente realizzata successivamente alla costruzione dell'edificio.

Pertanto, la responsabilità *ex art. 1669* ben potrebbe essere invocata con riguardo al compimento di opere (*recte* di interventi di modificazione o riparazione) afferenti ad un preesistente edificio o ad altra preesistente cosa immobile, destinata per sua natura a lunga durata, le quali, in ragione di vizi del suolo (su cui la nuova opera si radica) o di difetti della costruzione (dell'opera), rovinino, in tutto o in parte, o presentino evidente pericolo di rovina ovvero gravi difetti (anch'essi riferiti all'opera innovativa, non già all'edificio pregresso).

Ne discende che anche gli autori di tali interventi di modificazione o riparazione (*rectius* gli esecutori delle opere integrative) potrebbero rispondere ai sensi dell'*art. 1669*.

D'altronde, se così non fosse, a fronte della medesima tipologia di gravi difetti (distacco del rivestimento esterno, rottura delle colonne di scarico delle acque luride, insufficiente impermeabilizzazione, rottura del tubo di adduzione con conseguenti fenomeni di infiltrazione, gravi difetti della canna fumaria dell'impianto di riscaldamento, mancanza di idonee vasche di depurazione, scivolamento delle tegole del tetto, difetti nei rivestimenti interni ed esterni, scollatura delle piastrelle dei pavimenti, distacco della stilatura dei giunti di recinzione del giardino, caduta degli intonaci), la responsabilità *ex art. 1669* sarebbe integrata, o meno, in guisa del fatto, del tutto accidentale e contingente, che detti difetti siano riconducibili alla realizzazione originaria dell'edificio ovvero ad interventi eseguiti successivamente.

Il fatto che la giurisprudenza di legittimità estenda l'ambito applicativo dell'*art. 1669*, non solo ai vizi costruttivi che possono pregiudicare la sicurezza e la stabilità dell'edificio, ma anche ai difetti che diminuiscono il godimento dell'immobile o ne pregiudicano la funzionalità, ha un senso in quanto la tutela concerna anche l'ipotesi in cui detti difetti derivino da interventi successivi alla realizzazione dell'edificio.

La Corte regolatrice, a risoluzione del contrasto, ha aderito alla seconda impostazione interpretativa, affermando che l'art. 1669 è applicabile, allorché ne ricorrano tutte le altre condizioni, **anche alle opere di ristrutturazione edilizia** e, in genere, agli **interventi manutentivi o modificativi di lunga durata** su immobili preesistenti che (rovinino o) presentino (evidente pericolo di rovina o) gravi difetti incidenti sul godimento e sulla normale utilizzazione del bene, secondo la destinazione propria di quest'ultimo (Cass. S.U. 27 marzo 2017, n. 7756, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 4, 1217, con nota di Panetta, in *Giur. it.*, 2017, 11, 2339, con nota di Robles, in *Foro it.*, 2017, 5, 1, 1579, con nota di Liberati Buccianti, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2017, 9, 1193, con nota di Mattioni, in *Contratti*, 2017, 5, 517, con nota di Depetris, e in *Riv. giur. edil.*, 2017, 2, 1, 354, con nota di Verico; in adesione a questa conclusione: Cass. 28 luglio 2017, n. 18891, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1, 44, con nota di Musio; di seguito anche Cass. 27 agosto 2020, n. 17936).