

ORDINANZA  
ex art. 700 c.p.c.

Il Giudice Istruttore, Dr Gabriele POSITANO, ha emesso la seguente ordinanza nel giudizio n. \*\*\*/12 vertente tra:

**R. A.**, difesa dall'Avv. Annamaria Tornesello

**S.p.A. Acquedotto Pugliese**, difesa dall'avv. Marilena Chimenti, domiciliata presso l'avv. Egilda De Donno

L'oggetto del presente procedimento cautelare, attinente il contatto di somministrazione idrica, impone una qualificazione delle pretese delle parti e del relativo regime probatorio, anche nella fase sommaria di cognizione.

Non appare condivisibile il principio affermato da talune decisioni di merito (Giudice di Pace) secondo cui nel contratto di somministrazione di energia elettrica o di acqua spetterebbe al fornitore, in caso di contestazione da parte dell'utente dei consumi eccessivi addebitati in fattura, dimostrare la corrispondenza tra il dato fornito dal contatore e il dato trascritto nella fattura, ribaltando, solo in materia di contatto di somministrazione, i principi generali affermati dalla giurisprudenza in tema di inadempimento. La questione richiede un approccio più complesso, quanto meno per ciò che riguarda il *fumus boni juris*, anche al fine di individuare dei parametri di carattere generale da applicare ad un ambito di contenzioso, che per la peculiarità degli interessi coinvolti (servizio essenziale, generalmente in monopolio e bene primario della salute), prevede spesso l'instaurazione di un procedimento cautelare ex art. 700 c.c.

In materia d'inadempimento contrattuale vige il principio per cui grava sul creditore, contraente somministratore, l'onere di provare l'esistenza del credito, mentre a carico del debitore, grava l'onere di provare i fatti estinti, modificativi o impeditivi della pretesa.

Sulla base dei principi ormai consolidati da un decennio (Cassazione civile, sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533):

- il creditore che agisce per l'adempimento deve provare solo la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre
- il convenuto sostanziale è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento; analoghe considerazioni riguardano il caso in cui sia dedotto, dal creditore – attore, non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello d'informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

Nel caso di specie, parte ricorrente sul presupposto dell'esistenza e della vigenza di un contratto di somministrazione, ha lamentato l'abnormità dei consumi idrici conteggiati dal soggetto erogante, in proporzione sia alle dimensioni dell'immobile, che all'uso limitato dello stesso, che ai pregressi costanti consumi. In sostanza si sostiene che il resistente sarebbe incorso in un errato conteggio dei consumi, richiedendo, conseguentemente, il pagamento di somme non dovute.

Appare necessario qualificare correttamente le domande e le eccezioni delle parti rispetto alle quali la pretesa di tutela cautelare innominata costituisce lo strumento anticipatorio.

La questione decisiva, sia per la fase cautelare, che per quella di merito, riguarda il regime probatorio applicabile ed in particolare, su quale dei due soggetti del sinallagma contrattuale grava l'onere della prova della causa ignota e cioè di quella circostanza che, secondo l'assunto di entrambi e con tesi contrapposte avrebbe provocato una anomalia (apparente o reale) nei consumi. Il regime probatorio applicabile alla fattispecie in esame consentirà di appurare su quale parte ricade l'alea del fatto eventualmente non dimostrabile tecnicamente.

La sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533 delle Sezioni Unite della Cassazione, ha escluso ogni ragione di ripartire differentemente i carichi istruttori tra creditore e debitore nelle fattispecie di adempimento mancato e nelle fattispecie di adempimento inesatto: il creditore, insomma, dopo aver dato prova del titolo dell'obbligazione, potrebbe limitarsi ad allegare l'inesattezza dell'adempimento, e a tale allegazione il debitore dovrebbe contrapporre la dimostrazione del fatto estintivo consistente nell'esatto adempimento. La sentenza n. 13533 del 2001 ha sovvertito l'interpretazione, apparentemente concorde in dottrina e in giurisprudenza, secondo cui sarebbe spettato al creditore provare l'inesatta esecuzione della prestazione, *id est* la difformità tra prestato e dovuto. In realtà, si considerava come il creditore, quando agisce per reclamare la parte di prestazione rimasta inadempita (nel caso di specie il prezzo dell'acqua che assume di avere erogato), o per contestare i vizi e le difformità della cosa venduta o appaltata, alleghi circostanze ulteriori rispetto al creditore che deduca una prestazione del tutto mancata: in tal caso, il creditore, in effetti, ammette che un'attività solutoria vi sia stata, ma lamenta che essa non soddisfi, sotto il profilo quantitativo o qualitativo, la propria aspettativa economica. La difformità della prestazione entrerebbe così a far parte della *causa petendi* della pretesa giudiziale creditoria, incidendo sul thema probandum dello stesso creditore agente. Pertanto, secondo l'impostazione tradizionale, successivamente alla ricezione o accettazione della prestazione, comunque eseguita, spettava sempre al creditore, che intendeva affermare l'inesattezza qualitativa o quantitativa dell'adempimento, il relativo onere della prova e questo anche in ambito di somministrazione continuativa di acqua o energia; al creditore che non sia certo della conformità dell'attività solutoria al programma dell'obbligazione, non restava, quindi, che rifiutare la prestazione.

Il mutato indirizzo dalle Sezioni Unite, che hanno esteso, come accennato, all'adempimento inesatto il principio in materia di oneri probatori utilizzato per il mancato adempimento, è sembrato, in realtà, ai commentatori una soluzione sbrigativa. Del resto non è sempre vero che il creditore chiamato a provare l'inesattezza dell'adempimento debba dimostrare fatti negativi, visto, anzi, che la prova delle difformità della prestazione si sostanzia più spesso nella prova di fatti positivi. Anche sotto un profilo della vicinanza della prova, l'avvenuta esecuzione della prestazione colloca la stessa nella sfera di disponibilità del creditore, cui sarebbe perciò più agevole dimostrare l'inesattezza dell'adempimento. Né ovviamente il creditore che deduca non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, può giovare della «presunzione di persistenza del diritto».

Le Sezioni Unite, in ogni caso, hanno applicato il principio anche «a ruoli invertiti», per cui anche chi formula l'eccezione d'inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. deve unicamente allegare l'altrui inadempimento; sarà la controparte a dover dimostrare il proprio adempimento.

La sentenza non distingue neppure, per stabilire il riparto dell'onere della prova, tra il convenuto che eccepisca l'integrale inadempimento delle obbligazioni da parte dell'attore (*exceptio inadimpleti contractus*), e il convenuto che si limiti a eccepire un inadempimento soltanto parziale (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Le superiori esigenze di omogeneità del regime dell'onere della prova, condivise dalla Corte, hanno sconsigliato evidentemente dal richiedere all'eccepiente di dimostrare lui l'inesattezza dell'altrui adempimento.

Orbene, nel caso di specie il giudizio è stato introdotto con richiesta d'urgenza dal soggetto chiamato ad adempiere rispetto all'obbligazione di pagamento dei consumi riguardanti la prestazione del soggetto erogante. L'AQP costituitasi in giudizio ha sostanzialmente contestato l'esistenza di errori nel conteggio dei consumi, affermando di avere effettivamente erogato il quantitativo di acqua richiesto con le bollette oggetto di contestazione.

Il contratto di somministrazione in esame è caratterizzato dall'automatismo dell'erogazione-prestazione da parte del fornitore d'acqua. Il contraente privato, nel momento in cui consente e mantiene il collegamento all'impianto centralizzato idrico, non può decidere di non accettare l'erogazione di acqua, anche quando sostenga (come nel caso in esame), che si tratta di erogazione inesistente o, comunque, ricevuta non consapevolmente (almeno per la parte del quantitativo che supera sensibilmente i consumi medi). Pertanto, la prestazione che grava su AQP è strutturata

automaticamente e proporzionalmente sulla base della capacità dell'impianto del resistente di consumare acqua.

Dal punto di vista giuridico, sulla base dei principi espressi in premessa e tenuto conto della peculiarità del contratto di somministrazione di acqua, appare corretto affermare che l'azione di merito rispetto alla quale il ricorso ex art. 700 c.p.c. ha funzione anticipatoria e strumentale è un'eccezione d'inadempimento. In particolare, parte ricorrente ha eccepito un inadempimento soltanto parziale (exceptio non rite adimpleti contractus) di AQP rispetto all'obbligazione di questo costituita dall'erogazione automatica e continua di acqua. L'inadempimento parziale sarebbe rappresentato dalla quota in eccesso o significativamente in eccesso rispetto ai consueti consumi del nucleo abitativo. Consumi, questi ultimi, che non si contestano nella loro reale esistenza.

La giurisprudenza, sul punto, ha affermato che in tema di contratto di somministrazione, a fronte di una pretesa al pagamento del prezzo per i beni ricevuti (nel caso di specie le bollette oggetto di contestazione), ove il contraente in via riconvenzionale richiede anche la pronuncia della risoluzione del contratto per l'altrui inadempimento (domanda che non è prospettata nel presente procedimento), non si verserebbe in tema di risoluzione del contratto ex art. 1564 c.c., ma di eccezione d'inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c. (Cassazione civile, sez. II, 27/10/2009, n. 22666).

Infatti, la contestazione sollevata da parte ricorrente sull'esattezza, legittimità e adeguatezza dei consumi prospettati dal soggetto somministrante (prestazione di cui AQP chiedeva il pagamento), è finalizzata a paralizzare l'avversa pretesa.

Alla luce di tutto quanto precede il regime probatorio in materia va sintetizzato nei termini che seguono:

AQP che agisce per l'adempimento (paramento delle bollette per i consumi idrici ivi annotati) deve provare solo la fonte negoziale del suo diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte.

Parte ricorrente, quale convenuto sostanziale, è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

Ove il ricorrente (utente del contratto di somministrazione) formuli l'eccezione d'inadempimento, anche parziale, di cui all'art. 1460 c.c. deve unicamente allegare l'altrui inadempimento e sarà la controparte (AQP) a dover dimostrare il proprio adempimento.

Parte ricorrente ha allegato l'inadempimento parziale di AQP per la parte dei consumi ritenuta esorbitante o significativamente superiore a quelli consueti, sostenendo che tale quantitativo di acqua non sarebbe stato effettivamente erogato, in quanto frutto di un errato conteggio o comunque relativo a somministrazioni cui non avrebbe beneficiato il contraente privato.

Tale regime probatorio non modifica però il criterio generale secondo cui la prestazione contrattuale di AQP si esaurisce nel momento in cui il bene trasferito entra nella sfera di disponibilità dall'utente e cioè transita attraverso il contatore e si immette nell'impianto idrico privato.

Pertanto, AQP deve dimostrare che il quantitativo di acqua è stata effettivamente immesso nell'impianto dell'utente, sul quale, nonostante il regime probatorio dell'eccezione di inadempimento, ricade comunque l'alea del fatto ignoto e cioè che il consumo dipenda da una perdita a valle, da un furto di acqua, da una lieve perdita di un rubinetto o, ancora di più, da un rubinetto dimenticato aperto, soprattutto nel caso di utilizzo dell'immobile soltanto stagionale o da altra causa.

Orbene, fatta questa doverosa premessa, nel caso di specie parte ricorrente, dopo avere premesso di avere ricevuto richieste di pagamento per consumi ritenuti esorbitanti (nella specie euro 6.954, per il periodo gennaio-luglio 2011, a fronte di consumi consueti nel periodo estivo di 110 euro), ha sostanzialmente formulato un'eccezione di inadempimento. A questo punto l'onere probatorio ricade su AQP che ha documentato con la "foto/lettura" i consumi relativi al contatore in oggetto. L'errore di registrazione del precedente contatore è irrilevante ai fini del decidere in quanto estremamente esiguo (pari allo 0,13%). Nel caso di specie l'efficienza del contatore è stata verificata nel contraddittorio delle parti (con lo scarto sopra indicato).

In fase di sommaria valutazione del fumus la documentazione dell'AQP deve ritenersi idonea a paralizzare l'eccezione di inadempimento, avendo fornito riscontro tecnico (fotografico) all'avvenuta erogazione idrica, misurata da un contatore che è stato ritenuto sostanzialmente funzionante. A fronte di ciò il dato in sé del consumo esorbitante, non costituisce elemento presuntivo della erroneità del conteggio operato da AQP, proprio perché il regime giuridico dell'onere probatorio fa ricadere sull'utente (nell'ipotesi in cui il somministrante abbia, per primo, allegato elementi probatori sufficienti), l'alea della causa ignota.  
Le spese seguono la soccombenza.

PTM

Rigetta il ricorso e condanna la parte soccombente al pagamento delle spese di lite che si liquidano, euro 250, per diritti ed euro 250, per onorario di avvocato oltre accessori di legge se dovuti.  
Tricase, 22 luglio 2012.

Il Giudice Designato  
dott. Gabriele Positano

IL CASO.it

Massima

Nei procedimenti ex art. 700 c.p.c. nei quali il ricorrente lamenti l'errato conteggio dei consumi idrici o elettrici da parte del contatore sostenendo la erroneità degli stessi, l'azione di merito prospettata, rispetto alla quale il ricorso ex art. 700 c.p.c. ha funzione anticipatoria e strumentale, deve ritenersi un'eccezione d'inadempimento.

L'inadempimento parziale (exceptio non rite adimpleti contractus) consisterebbe nella quota in eccesso rispetto ai consueti consumi del nucleo abitativo che il ricorrente ritiene non essere mai stati erogati.

Il tal caso il regime probatorio prevede l'utente ai sensi dell'art. 1460 c.c. deve unicamente allegare l'altrui inadempimento e sarà la controparte (AQP) a dover dimostrare il proprio adempimento.

Tale regime probatorio non modifica però il criterio generale secondo cui la prestazione contrattuale di AQP si esaurisce nel momento in cui il bene trasferito entra nella sfera di disponibilità dall'utente e cioè transita attraverso il contatore e si immette nell'impianto idrico privato, mentre ricade sull'utente l'alea del fatto ignoto del consumo che si lamenta esorbitante.

IL CASO.it