

**STUDIO LEGALE INTERNAZIONALE**

**AVV. ALFONSO MARRA**

**GIURISTA LINGUISTA**

ABILITATO AL BILINGUISMO TEDESCO - ITALIANO DALLA PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO

IDONEO ALL' ESAME DI STATO DI COMPETENZA LINGUISTICA TEDESCA DELL'ISTITUTO GOETHE DI NAPOLI

IDONEO ALL' ESAME DI STATO DI COMPETENZA LINGUISTICA CINESE HSK DI PECHINO

IDONEO ALL' ESAME DI STATO DI COMPETENZA LINGUISTICA GRECA DI ATENE

IDONEO ALL'ESAME DI STATO DI COMPETENZA LINGUISTICA FRANCESE

DELL'ISTITUTO FRANCESE DI NAPOLI "LE GRENOBLE"

IDONEO ALL'ESAME DI COMPETENZA LINGUISTICA OLANDESE "CNAVt – PTIT"

IDONEO ALL'ESAME DI FRANCESE GIURIDICO PROFESSIONALE DELLA CAMERA DI COMMERCIO DI PARIGI

IDONEO ALL' ESAME DI STATO DI COMPETENZA LINGUISTICA SPAGNOLA DELL' ISTITUTO CERVANTES DI NAPOLI

MASTER IN CONTRATTUALISTICA INTERNAZIONALE

CORSISTA DI TEDESCO GIURIDICO PRESSO L' HOCHSCHULE DI BREMEN

CORSISTA DI FRANCESE GIURIDICO ALL' ISTITUTO FRANCESE DI NAPOLI "LE GRENOBLE"

PERFEZIONATO IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA APPLICATO PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

SPECIALISTA IN DIRITTO CIVILE PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CAMERINO

SPECIALIZZATO IN PROFESSIONI LEGALI PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

CORSISTA DI FRANCESE GIURIDICO ALL'ISTITUTO FRANCESE DI NAPOLI "LE GRENOBLE"

INTERPRETE E TRADUTTORE PRESSO LA CAMERA DI COMMERCIO DI NAPOLI

CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO E PERITO IN MATERIA PENALE IN QUALITA' DI

INTERPRETE E TRADUTTORE DI LINGUA **TEDESCA, CINESE, GRECA, INGLESE** PRESSO IL TRIBUNALE DI NAPOLI

INTERPRETE E TRADUTTORE DI LINGUA **TEDESCA, CINESE, GRECA, INGLESE, FRANCESE**

PRESSO LA PROCURA DELLA REPUBBLICA E LA PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA DI NAPOLI

**ASSISTENZA LEGALE ANCHE IN LINGUA TEDESCA, CINESE, GRECA, INGLESE, FRANCESE,**

**OLANDESE, SPAGNOLA**

VIA E. NICOLARDI 52

80131 NAPOLI

VIA DEGLI ARANCI 37/4

80067 SORRENTO

TEL: 081 807 39 75 – 081 743 32 51

FAX : 081 878 57 65

CELL: **335 69 48 594**

POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA (PEC): [alfonsomarra@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:alfonsomarra@avvocatinapoli.legalmail.it)

E - MAIL : [avvalfonsomarra@yahoo.it](mailto:avvalfonsomarra@yahoo.it)

SITO INTERNET: [www.studiolegaleinternazionaleavvocatoalfonsomarra.it](http://www.studiolegaleinternazionaleavvocatoalfonsomarra.it)

**Caso pratico in tema di opposizione a decreto ingiuntivo  
per il pagamento per canoni relativi all'erogazione di acqua,  
in base alla recentissima sentenza del Dicembre 2015  
di un Tribunale della Campania ed ai principi relativi  
all'exceptio doli generalis ed all'abuso del diritto**

Un Tribunale della Campania con la recentissima sentenza del Dicembre 2015 ha stabilito testualmente che:

<< Con atto di citazione, regolarmente notificato, Tizia formulava opposizione avverso il decreto ingiuntivo n° ... del Tribunale di ... e promosso dalla Alfa SpA, con il quale le veniva ingiunto il pagamento della somma di € ... per canoni relativi all'erogazione di acqua.

Ha sostenuto l'opponente di non aver mai sottoscritto alcun contratto per detta fornitura con l'opposta Alfa SpA e che il decreto ingiuntivo era ingiusto ed illegittimo.

Si costituiva la Alfa SpA impugnando l'opposizione e chiedendone il rigetto.

Istruita la causa e sentita l'opponente in sede di interrogatorio formale, la causa – sulle conclusioni delle parti e previa concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. - veniva introitata a sentenza.

Il provvedimento monitorio è stato concesso sulla base delle fatture emesse dalla Alfa SpA, che gestisce il servizio idrico nel comune di residenza dell'opponente, secondo le scadenze indicate nelle fatture stesse.

Il contratto che altro non è che un incontro di volontà tra le parti del negozio e teso al raggiungimento di un reciproco interesse, può essere concluso anche senza ricorrere a particolari formalità.

Non tutti i contratti, però, possono essere conclusi in tal modo ed in particolare il contratto di somministrazione, il cui somministrante riveste il carattere societario, richiede la forma scritta di ciò che verrà somministrato ed in particolare della quantità di acqua da erogare senza incorrere in aumenti di spesa ed altre maggiorazioni che solo in un atto scritto possono trovare sede.

Detto ciò, si rileva che agli atti del giudizio manca la prova che il contratto sia stato concluso dall'opponente ed il solo

frontespizio, ad uso esclusivo interno della società erogante, è insufficiente a formare piena prova della debenza nei confronti dell'opponente.

Dal certificato di residenza storico prodotto in giudizio risulta che Tizia non aveva più la residenza alla Via ... di ... fin dal ... mentre la fatture, poste a base del ricorso ex art. 633 c.p.c. riguardano un periodo successivo a quella data.

Infatti, le fatture iniziano a decorrere dall'anno 2000 allorquando l'opponente non risiedeva più in quella unità immobiliare di Via ... in ... .

D'altra parte, è arduo sostenere la tesi che un contratto di somministrazione possa essere concluso per facta concludentia, atteso che, il tipo di contratto in questione, necessita di tutta una serie di elementi che solo in un atto scritto possono trovare applicazione.

**Mancando la prova che l' erogazione idrica sia stata richiesta da Tizia e che quest'ultima abbia concluso il contratto, l'opposizione deve essere accolta e revocato il decreto ingiuntivo opposto.** Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo. >>.

La suddetta sentenza è condivisibile.

A tal proposito la S.C. di Cassazione ha affermato che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, l'opposto, in ragione della sua qualità sostanziale di attore, non può proporre domande diverse da quelle fatte valere con il ricorso per ingiunzione (**Cass. n° 813/1999 - n° 16957/2002 - n° 6528/2000 - n° 2820/1999**).

Inoltre, va precisato che, visto il cd frontespizio depositato da controparte, la sig.ra Tizia ha fatto delle indagini ed ha scoperto che la fornitura per cui è causa era stata richiesta dal sig. Caio ex marito di Tizia, nato a ... il ... e residente in ... dal ...al ...; e la prova di quanto abbiamo sostenuto è data proprio dal cd “frontespizio” di contratto nel quale, in alto a destra, era indicato il nome di Caio.

Va pure rilevato che Tizia non si è sottratta all’interrogatorio formale a lei deferito.

Tizia, in occasione della sua separazione, era ritornata in seno alla sua famiglia di origine ed il marito, tra i tanti “dispetti” che le aveva fatto, aveva anche provveduto all’instestazione in capo a lei, a sua insaputa, della fornitura di acqua con la Alfa S.p.A. nella casa in cui lui era andato a vivere con la sua amante.

Chiarito ciò, è evidente la estrema leggerezza della Alfa S.p.A. nel non identificare un contraente e nel non richiedere la firma in calce ad un contratto di fornitura.

Vi è colpa grave della Alfa S.p.A. e palese malafede della stessa nell’ esporre nel ricorso per decreto ingiuntivo fatti che, poi, sono stati completamente cambiati dalla stessa Alfa S.p.A. nella comparsa di costituzione e di risposta.

**La malafede della Alfa S.p.A. è lampante e, nel nostro ordinamento, la malafede non riceve mai tutela.**

Si ricorda quanto ha stabilito la S.C. di Cassazione con le sentenze n° 2124 del 03/03/1994 e n. 17371 del 17/11/2003:

*<< Nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento di forniture, spetta a chi fa valere tale*

*diritto fornire la prova del fatto costitutivo non potendo la fattura e l'estratto delle scritture contabili costituire fonte di prova in favore della parte che li ha emessi >>.*

Ancora, la S.C. di Cassazione con la sentenza n. 3090/1979 e n. 5573/1997 ha affermato che:

*<< È evidente, peraltro, che il valore probatorio della fattura commerciale sia limitato alla fase monitoria del procedimento, mentre nel giudizio di opposizione, come in tutti i giudizi a cognizione piena, le fatture, essendo documenti firmati dalla stessa parte che se ne avvale, non indicano, di per sè, la piena prova del credito in esse riportato e non comportano vieppiù l'inversione dell'onere della prova, in caso di contestazione sull'an o sul quantum del credito azionato in giudizio >>.*

Pertanto la sig.ra Tizia aveva sollevato, tra l'altro, **l'exceptio doli generalis** ed aveva invocato **l'abuso del diritto**.

Infatti, l'exceptio doli generalis è espressione di un principio generale (di buona fede, di correttezza, di divieto di abuso del diritto) e può essere invocata anche al di là delle fattispecie tassativamente indicate come strumento generale per respingere azioni giudiziarie intraprese con lo scopo esclusivo di arrecare pregiudizio ad altri o contro ogni legittima aspettativa altrui: l'exceptio doli generalis mira a paralizzare l'esercizio giudiziale del diritto, tende a paralizzare una domanda giudiziale perché esercitata in maniera scorretta e fraudolenta.

La S.C. di Cassazione con la sentenza n. 5273/2007 ha

affermato che la "exceptio doli generalis seu praesentis" indica il dolo attuale, commesso al momento in cui viene intentata l'azione nel processo, e costituisce un rimedio di carattere generale, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, il quale è diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, ogni qualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto aventi forza modificativa o estintiva del diritto, ovvero abbia avanzato richieste di pagamento "prima facie" abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di "venire contra factum proprium".

Per "exceptio doli" si intende la possibilità di opporsi ad un'altrui pretesa o eccezione che, per quanto in astratto fondata, appaia in concreto espressione dell'esercizio doloso o scorretto di un diritto, finalizzato alla realizzazione di interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

L'exceptio doli non trova fondamento, in via esplicita ed immediata, in alcuna norma di diritto positivo ed è ricavabile, soltanto implicitamente dal sistema italiano vigente, la sua funzione di principio o clausola generale.

Essa è idonea a riassumere la duplice direttiva del divieto di venire contra factum proprium - ossia di esercitare il diritto in contrasto con un proprio precedente comportamento materiale

affidante - e del divieto di trarre vantaggio da un proprio contegno malizioso o fraudolento.

L'exceptio si configura come un rimedio di natura prevalentemente difensiva con il quale si perviene alla disapplicazione delle norme positive cui si è fatto illecito richiamo e alla conseguente reiezione della domanda che sia stata proposta in modo scorretto o fraudolento sulla base delle medesime.

Dovere di coerenza e divieto di contraddizione non rappresentano che due diversi modi di espressione, l'uno in positivo l'altro in negativo, del medesimo principio, quello secondo il quale non si può contravvenire ad una condotta precedentemente tenuta e, quindi, ad una volontà anzitempo manifestata, ponendo in essere un comportamento successivo che ne costituisca la negazione.

Tutto ciò vale a più forte ragione nel caso in esame, in cui non vi è mai stato un contratto di somministrazione tra la Alfa S.p.A. e la sig.ra Tizia.

La sig.ra Tizia non è mai stata titolare del contratto suddetto e quindi non ha l'obbligo di pagare il corrispettivo di acqua erogata, atteso che il secondo comma dell'art. 1372 c.c. fissa il principio della relatività degli effetti contrattuali, alla stregua del quale il contratto è, di fronte ai terzi, del tutto inefficace, salvi i casi previsti dalla legge e, nel caso di specie, Tizia è terzo rispetto al contratto stipulato tra la Alfa S.p.A. e Caio.

Poiché il contratto è lo strumento col quale le parti regolamentano i loro interessi, disponendo della propria sfera personale e patrimoniale, è chiaro che il contratto stesso debba produrre i suoi effetti solo rispetto alle parti medesime e non già rispetto ai terzi.

Ancora va sottolineato che la Alfa S.p.A. non poteva, con la comparsa di costituzione in giudizio, “mutare” la strategia difensiva sostenendo, contrariamente a quanto scritto nel ricorso per decreto ingiuntivo, che nel caso de quo non è necessaria la forma scritta per il contratto di somministrazione.

La S.C. di Cassazione ha affermato che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, l’opposto, in ragione della sua qualità sostanziale di attore, non può proporre domande diverse da quelle fatte valere con il ricorso per ingiunzione (Cass. n. 813/1999 – n. 16957/2002 – n. 6528/2000 – n. 2820/1999).

Come giustamente ha affermato la migliore dottrina, in mancanza di una disposizione impositiva della forma scritta, in generale, le parti possono concludere l'accordo anche mediante un comportamento materiale, essendo sufficiente che "il consenso si sia esternato in un fatto socialmente valutabile come accordo" (Bianca).

Nel caso in esame l’Alfa S.p.A. non ha dato la prova dell’esistenza dell’accordo tra essa e Tizia.

Altra dottrina (Diener) osserva che essendo la forma il modo nel quale l'atto si rende riconoscibile agli altri, costituisce elemento di perfezione del contratto, proprio perché porta nel mondo esteriore la volontà del soggetto, rendendola idonea ad assumere rilevanza giuridica.

La forma, quindi, è espressione della volontà e come tale non può mancare in nessun negozio.

Il codice, affermando che la forma è requisito del contratto quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità (art. 1325, n° 4



c.c.) , si riferisce non alla forma in genere, che è sempre necessaria, ma a quella speciale forma richiesta dal Legislatore per determinati negozi, con la conseguenza che la mancanza in assoluto di ogni formula che testimoni della coagulazione dei consensi comporta l' inesistenza del contratto, mentre la mancanza di quella richiesta (forma orale, ad esempio, invece della forma scritta) ne determina la nullità.

La migliore dottrina (Franceschetti, Messineo) parla di erroneità della dizione legislativa utilizzata dall'art. 1325 n. 4 c.c. .

La forma (anche se orale o tacita) è, infatti, sempre essenziale per l' "esistenza" del negozio perché un negozio che ne sia privo è assolutamente inconcepibile.

Sarebbe stato quindi più corretto dire che la forma scritta, o pubblica, è elemento essenziale del contratto quando è richiesta dalla legge a pena di nullità e che, in tutti gli altri casi, le parti sono libere di scegliere le modalità di esternazione che preferiscono, pur permanendo, anche in questo caso, l'essenzialità del requisito della forma.

Autorevole dottrina (Santoro Passerelli) ha precisato che tale principio vale tanto per i negozi dichiarativi che per i negozi di attuazione (ove la volontà negoziale non è dichiarata, ma direttamente attuata).

Anche nei secondi, pur privi di dichiarazione, è irrinunciabile il requisito della forma esteriore, giacché il comportamento di attuazione ed esecuzione della prestazione non soltanto dà esecuzione alla volontà delle parti, ma costituisce al tempo stesso manifestazione esteriore di quel volere.

La richiesta istruttoria formulata dall'Alfa S.p.A. è del tutto inammissibile e Tizia, comunque, si è opposta ai sensi e per gli effetti dell'artt.2721 e 2722 c.c. Infatti la S.C. di Cassazione ha affermato che in tema di limitazioni alla prova testimoniale poste dall'art. 2721 c.c. il divieto del mezzo testimoniale concerne anche la individuazione di una delle parti del contratto (Cass. n. 11888 del 03/11/1992).

Poiché al contratto di somministrazione si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni, al contratto di somministrazione si applica quanto stabilito dalla S.C. di Cassazione a Sezioni Unite in tema di compravendita con la sentenza n° 7246/2007.

Infatti la suddetta sentenza afferma che l'art. 2722 c.c. esclude che tra le parti si possa dare per testimoni la prova di un fatto aggiunto o contrario al contenuto di un documento, ove si allegghi che la stipulazione del patto sia stata anteriore o contemporanea alla redazione del documento medesimo.

Al pari che in tutte le altre disposizioni sui limiti della prova testimoniale, traspare qui un certo grado di ragionevole diffidenza del Legislatore nei riguardi di un tale genere di prova, soprattutto quando essa sia volta a sormontare risultanze assai meno controvertibili quali quelle documentali: chiaro, cioè, l'intento di impedire che rapporti giuridici tra le parti, quando documentalmente provati, possano essere alterati da prova per testi, appunto perché queste non offrono la stessa garanzia di veridicità di quella documentale e perché non è logico presumere che, una volta scelta la via della documentazione degli accordi contrattuali tra

esse intercorsi, le parti ne abbiano affidato la modifica ad intese meramente verbali.

Ciò vale a più forte ragione nel caso in esame in cui la prova non avrebbe per oggetto uno degli elementi essenziali del contratto, bensì l'intero contratto in tutti i suoi elementi essenziali soggettivi ed oggettivi.

Infine e per mero scrupolo difensivo, Tizia ha eccepito espressamente la prescrizione del presunto credito vantato dall'Alfa S.p.A.

Infatti, nel caso specifico, si versa in ipotesi di prestazioni periodiche soggette a prescrizione quinquennale, decorrente dalle singole scadenze, in relazione alle quali sorge l'interesse per ciascun adempimento (Cass. n. 12/09/2005).

**[www.studiolegaleinternazionaleavvocatoalfonsomarra.it](http://www.studiolegaleinternazionaleavvocatoalfonsomarra.it)**