

**SINDACATO GIUDIZIALE SUL CONTRATTO, CAUSA  
IN CONCRETO E ALLOCAZIONE DEL RISCHIO  
TRIBUNALE DI RIMINI, SENTENZA N. 119/2014 DEL  
5.2.2014; GIUDICE BERNARDI (\*)**

Inadempimento del contratto – principi costituzionali – immediata applicazione – buona fede – causa del contratto (1175, 1218, 1343 e segg. cod.civ., art. 2, 3 e 41 c. cost.

Fabio Ronci

*“La questione è relativa alla ripartizione del rischio contrattuale inerente perdite di acqua dalle tubazioni posizionate a valle del contatore, ossia nella proprietà dei soggetti privati, utenti del servizio di distribuzione di acqua potabile.*

*Hera S.p.a. sostiene la responsabilità dell’utente per non avere controllato (mediante autolettura) periodicamente le risultanze del contatore, ciò che avrebbe consentito di accertare con maggiore anticipo l’esistenza di una perdita.*

*L’utente sostiene l’assenza di una propria responsabilità e al contrario la responsabilità di Hera Spa, la quale avrebbe potuto adoperarsi per applicare su larga scala sistemi di lettura automatizzata in base a quanto previsto dall’art. 13.12 della Carta del servizio pubblico relativa al servizio idrico integrato e per mancanza di*

*informazione circa le limitazioni del fondo perdite.*

*Non è solo la carta dei servizi (che prevede un “impegno” del gestore “a valutare con l’Agenzia d’Ambito l’applicazione su larga scala di sistemi di lettura automatizzata che consenta un contestuale confronto con i consumi passati, al fine di poter repentinamente individuare eventuali perdite e perseguire quindi una politica di risparmio idrico”), peraltro richiamata anche dalle stesse bollette, a deporre in questo senso, ma sono più in generale i principi generali in materia di buona fede e correttezza nell’esecuzione del contratto a suggerire (considerato lo stato attuale della tecnica) forme di misurazione elettroniche (telelettura, come peraltro già avviene per i contatori del consumo di energia elettrica) tali da impedire di verificarsi di eventi quali le perdite alle*

*tubazioni interne o, in caso di eccessivi costi (da confrontare peraltro con i costi complessivi per la collettività - venendo in rilievo la gestione di un bene pubblico- delle perdite derivanti da fughe) o irrealizzabilità assoluta di tali strumenti di misurazione, ad imporre al gestore di fornire avvertimenti necessari agli utenti e/o promuovere comportamenti virtuosi (p.e. invito con una determinata frequenza all'autolettura) in modo da evitare i rischi derivanti dalle fughe non ravvisate a causa di mancata periodica autolettura.*

*L'inerzia del gestore sul punto non si giustifica e rappresenta una condotta omissiva, contrattualmente rilevante anche ex art. 1227 c.c. e tale da concorrere a determinare il consumo di acqua conseguente alla perdita.*

*E' da escludersi che il mancato assolvimento del compito di autolettura importi responsabilità del cliente in ordine all'acqua fuoriuscita in occasione di una perdita non rilevabile esternamente all'impianto privato, proprio perché tale comportamento non avendo avuto un ruolo centrale nella fase precontrattuale e contrattuale, non può divenire l'unico parametro di riferimento del comportamento delle parti nel momento in cui il rapporto contrattuale entra in crisi, violandosi altrimenti sia precetti di livello primario (artt. 1175, 1325, 1337 e 1366 c.c.) che precetti costituzionali (art. 2 Cost)".*

## IL CASO

La sentenza che si annota opera un rigoroso -quanto moderno- sindacato giurisdizionale sulla portata delle obbligazioni relative al contratto fra un

ente erogatore di servizio primario, agente in regime di monopolio, ed un utente, rendendo il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.,c. alla luce del dato primario: la costituzione e le norme di cui agli artt. 1175, 1375 c.c....

La soluzione adottata dal giudice richiama i principi di correttezza e buona fede, da intendersi in senso oggettivo, basati sul dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 cost. che, operando come un criterio di reciprocità<sup>1</sup>, consentono di ri-affermare il cogente obbligo di protezione, fra debitore e creditore, della prestazione. L'interpretazione costituzionalmente

---

(\*)Il presente contributo è stato oggetto di positiva valutazione da parte del Comitato Scientifico.

<sup>1</sup> Cass. sez. III, 10 novembre 2010 n. 22819 "Il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicchè dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile". In Guida al diritto 2013, 10, 99.

In dottrina per ampi riferimenti. Venosta, *Prestazioni non dovute contatto sociale e doveri di protezione autonomi in Europa e diritto privato* 2014, 01, 0109. Per un caso in cui si considera l'asimmetria fra le parti e l'intervento correttore del giudice: Cass., sez. VI, 30 ottobre 2015, n. 22307 in *Guida al diritto*, 2015, 48,54. Si veda anche Corte Cost., 24 ottobre 2013 n. 248 e 22 aprile 2014 n. 77 ove si riafferma il potere della norma costituzionale di funzionalizzare il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato in Vettori *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015 p. 149 e ss.. Anche: Cass, Sez. un. 13 settembre 2005, n. 18128 laddove consente l'intervento del giudice sulla iniquità della penale indipendentemente dalla domanda della parte

orientata <sup>2</sup>sposta l'approccio della valutazione dalla funzione del negozio in astratto, e cioè secondo gli interessi che le parti codificano nelle anguste clausole contrattuali – il più delle volte fra posizioni asimmetriche come nel caso fra operatori in regime di monopolio ed utenza –, alla ricerca della causa in concreto<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Morandini, “*Molte ombre e pochi luci intorno al sindacato giudiziale sul contratto ex art. 1322, comma 2 c.c., I contratti, 2016, 300 e ss.*”. L'autore da conto con ampie citazioni che si riportano, del dibattito relativo al giudizio di meritevolezza partendo dal caso giurisprudenziale costituito da Cass, 8 maggio 2006 n. 10490. Nello stesso senso si veda Cass. Sez. Un. 11 Novembre 2008, 26972 con nota di Grisi *Il danno di tipo esistenziale e la nomofilachia creativa delle sezioni unite*, in *Eur Dir. Priv.*, 2009, 377 secondo cui “*l'interpretazione costituzionalmente orientata dall'art. 2059 c.c. consente di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali attraverso l'individuazione in relazione alla specifica ipotesi contrattuale degli interessi compresi nell'area del contratto con l'accertamento della causa in concreto del negozio da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, aldilà del modello, anche tipico, adottato*”. In termini analoghi anche Cass, sez.un. 18 febbraio, 2010 n. 3947. Sulla: “*scomposizione delle categorie concettuali monolitiche sedimentatesi nel corso del tempo “Balestra” a proposito delle categorie del diritto civile*” in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 01, 0025 che a suo volta ricorda Rodotà, *le fonti di integrazione del contratto*, ristampa integrata, Milano, 2004.

<sup>3</sup> Diffusamente sull'argomento: Morandini, *cit*; Vettori, “*contratto giusto e rimedi effettivi*” *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 2015, 03, 0787; ivi ampie citazioni. Sul ruolo del giudice chiamato a tener conto del bilanciamento di valori di pari rilevanza costituzionale che confluiscono nel regolamento negoziale, che entra, si precisa -citando la ormai risalente: Cass., 20 aprile 1994 n. 3775-, nella struttura del contratto, come limite interno di ogni situazione soggettiva e ri-transita attraverso la buona fede, nella valutazione dei comportamenti consentendo di dichiarare inesigibili certe pretese obbligatorie per tutti: Vettori, *contratto giusto* *cit.* Sul peso determinante dell'asimmetria: Grisi “*spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*” in *Persona e Mercato*, 2015, 4, pag. 140 e segg.ti. A proposito della necessaria tutela del c.d. contraente debole nei c.d. contratti asimmetrici di recente: Cass. Sez. Un., 12 dicembre 2014 n.ri 26242 e 26243 in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it) si è interrogata sulle

Tale approdo della evoluzione dottrina e giurisprudenziale è direttamente influenzato dai principi dell'ordinamento, dell'UE e da quelli desumibili dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Si va consolidando l'opinione che: <<i

---

“*nuove invalidità sancite per la violazione di norme poste a tutela di soggetti ritenuti dalla legge economicamente più deboli*”, che hanno evidenziato come “*lo squilibrio contrattuale tra le parti*” – cui è doveroso reagire per riaffermare “*valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)*” – sia in grado di alterare “*non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese*”. E all'asimmetria dà peso anche la Corte Costituzionale: si veda Corte Cost. 18 febbraio 2010, n. 52, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), anche in considerazione delle indicazioni utili che offre sul piano ricostruttivo più generale quando, guardando specificatamente alla “*disciplina dei derivati finanziari*”, sottolinea come essa si collochi “*nella confluenza di un insieme di materie, vale a dire quelle relative “ai mercati finanziari”, allo “ordinamento civile” e al “coordinamento della finanza pubblica” (Vettori)*”. Per la valorizzazione della pronuncia della Corte Costituzionale citata: Vettori “*Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contratto e Impresa*, 2012, 1190 e segg. Al riguardo osserva che: “*la clausola generale di buona fede, arricchita di una vis normativa di derivazione costituzionale, diviene quindi specificativa dei doveri inderogabili su visti in funzione di garanzia degli opposti interessi delle parti. La buona fede applicata ai contratti erigerà, l'interesse dell'altro, alla luce di una “solidarietà contrattuale” non più volta ad attribuire alle parti una volontà diversa da quella che hanno espresso, né diretta ad alterare l'equilibrio economico originario del negozio, bensì finalizzata ad assicurare la corretta formazione e esplicazione della scelta*” (Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, p. 14; ID., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. Dir. Proc.Civ.* 1958, p. 18; Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv.Dir. comm.*, 2967, I, p. 83; Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 1; Grisi, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 150. Sull'evoluzione del principio di solidarietà si vedano le riflessioni di Busnelli, *Il principio di solidarietà e “l'attesa della povera gente”*, oggi, in *Riv. Trim. Dir. Proc.Civ.* 2013, p. 413.

*controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi alla esplicazione della autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza.....>> degli interessi regolati convenzionalmente devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali.... <<In tal senso si deve ormai intendere la nozione di ordinamento giuridico cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale ai privati, attesa l'interazione, sulle tradizionali norme codicistiche interne con le norme di rango costituzionale e sovranazionali immediatamente applicabili quali principi informatori fondanti dell'ordinamento stesso.>><sup>4</sup>.*

<sup>4</sup> Morandini, op.cit. Per riferimenti in ordine al superamento delle tradizionali categorie civilistiche Lipari *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013 pag. 167 e segg.ti. Balestra, *A proposito delle categorie del diritto civile*, cit., rileva:

“La disciplina consumeristica ha significativamente contribuito ad attribuire rilievo alle qualità soggettive dei contraenti, così da un lato prospettando la necessità di un approccio metodologico non più esclusivamente imperniato sull'atto, ma attento allo status, e dall'altro dando luogo a una sorta di disintegrazione del postulato tradizionalmente posto alla base del diritto contrattuale, ma non solo: l'unità del soggetto. L'avvento di leggi cosiddette decodificanti, avvenuto a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, nel dar luogo a plurimi microsistemi normativi, ha segnato l'emersione di una nuova stagione degli status, sia pure in termini differenti da quanto accaduto in epoche precedenti, ed ha contribuito a frantumare l'idea del soggetto quale neutro destinatario di norme giuridiche, al contempo dando corpo ai fondamentali valori della persona così come emergenti a livello costituzionale. Occorre nondimeno essere avvertiti del fatto che il vento del mutamento e dell'innovazione soffia quotidianamente, non fosse altro perché le novità sul **piano** legislativo - soprattutto per effetto degli interventi comunitari - costituiscono un dato costante; sicché alla scomposizione, alla disarticolazione, si accompagnano sempre riflessioni ed elaborazioni che tendono alla ricomposizione. Si spiega così come mai si sostenga che la figura del **consumatore** appartenga ormai al passato, giacché nella legislazione più recente è dato scorgere un passaggio dal **consumatore** al **cliente**, protetto in quanto tale, indipendentemente dallo status rivestito. Di talché occorrerebbe parlare di contratti con

E questo approccio è destinato ad influenzare direttamente il concetto di interesse meritevole nella nuova concezione di causa intesa come sintesi di interessi reali che in essa si obiettivizzano<sup>5</sup>. La lettura precettiva dei principi di solidarietà sociale di cui agli art. 2, 3 e 41 cost. impone così una decisa revisione della concezione - fondata sul primato della fattispecie -

---

asimmetria di potere contrattuale, quale categoria idonea a porre in luce il profilo di debolezza (derivante da fattori fisiologici legati allo sviluppo delle relazioni all'interno dei mercati) in cui versa il cliente, quale minimo denominatore comune al secondo e al terzo contratto”.

<sup>5</sup> Da ultimo, con ampie citazioni. Villanacci *interesse lecito e interesse meritevole: i limiti sostanziali dell'autonomia negoziale. Persona e mercato*, 2016, 13 e segg.ti. Nel saggio si dà conto dell'approdo del dibattito dottrinale sulla teoria della funzione economico-sociale della causa nella sua formulazione più persuasiva. Betti *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino, ristampa 1994, fino al giorno d'oggi; in sintesi:

“Per mezzo della nuova concezione di causa che da funzione economico sociale del negozio giuridico prende a rappresentare la sintesi degli interessi reali che in esso si obiettivizzano, si attribuisce al concetto di “interesse meritevole” una propria autonomia sostanziale, disancorandolo dalla verifica di liceità imposta dall'art. 1343 c.c., che al contrario si preoccupa di assicurare la conformità della pattuizioni a norme imperative, ordine pubblico e buon costume; paradigmi normativi estranei alle ragioni sostanziali che innervano la negoziazione. I poteri di autonomia privata, al pari dei diritti soggettivi, vanno esercitati non più con l'unico obiettivo di assicurare la funzione sociale cui essi sono rivolti, ma principalmente per realizzare quegli interessi individuali che obiettivizzandosi nel contratto, determinano l'area di significanza della pattuizione... La causa così ricostruita assume il ruolo di ragione della perdita e dell'acquisto di diritti che da quel negozio sono destinati a scaturire come effetti pratici, giuridicamente rilevanti ed empiricamente percepibili; in questo senso la legge deve tutelare quelle manifestazioni dell'autonomia privata dotate di una valenza non solo collettiva ma anche particolare, salvaguardando interessi -che seppur non immediatamente identificativi dei valori espressi dalla Costituzione come utilità sociale, sicurezza, libertà, dignità umana - risultino degni di protezione alla luce del giudizio comparativo tra le sfere giuridiche di riferimento”. (Villanacci, cit., pag. 14)

che assegna al contratto una mera funzione economico sociale, dove, pur verificata la conformità del contratto alle norme di legge, viene assegnato al Giudice un più intenso controllo sulla meritevolezza dell'accordo in concreto, anche in quei casi in cui pare non rispecchiare l'iter immaginato dal legislatore<sup>6</sup>. Si è autorevolmente affermato che: <<...nell'esperienza giuridica postmoderna ...il decidere per fattispecie risulta sempre più soppiantato da un giudicare per (orientato ai) valori: i quali notoriamente si appoggiano soltanto su se stessi>><sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Si veda, ad es., per un approfondimento sul tema della causa in concreto anche in sede di concordato preventivo Cass. sez. un. 23 gennaio 2013 n. 1521 in *Foro. It.*, 20013, I. C. 1534. Infatti, il Giudice in sede di giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo, è tenuto a considerare che –accanto alla funzione economico giuridica astratta rintracciata nell'attitudine a regolare la manifesta crisi d'impresa – lo strumento concordatario accoglie una causa concreta diretta alla risoluzione della situazione emergenziale. In particolare, si è rilevato che: “il controllo di legittimità attiene all'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato e che questa, lungi dal presentarsi fissa e predeterminabile nel contenuto, dipende dal tipo di proposta formulata, considerata nell'ambito del più generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della crisi dell'imprenditore da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori dall'altro. Per questo vanno favoriti accordi dalla natura proteiforme, che, pur non rispecchiando l'iter immaginato dal legislatore, mirino alla ricomposizione di interessi antagonisti senza discostarsi dall'esigenza di offrire una qualche forma di soddisfacimento dei creditori in tempi ragionevolmente contenuti”. Così Villanacci, cit.

<sup>7</sup> Irti *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. Dir. Civ.* 2015, 11, s, dello stesso autore: *La crisi della fattispecie*, *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 36 s in Pagliantini *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis in Europa e diritto privato* 2015, 02, 0383 che parla di nuovo modulo decisorio dove alla nozione di causa in concreto sarebbe più opportuno parlare di “merito dell'accordo”, Irti, *Un diritto incalcolabile* cit, 17.

LA CAUSA IN CONCRETO E PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ.

Il principio della sacralità del dispositivo contrattuale, fondata sul contenuto dell'accordo “*liberamente*” negoziato in funzione di uno scopo economico patrimoniale riconosciuto dall'ordinamento (derivante dal dogma della volontà) e che assume una illusoria parità formale delle parti, è entrato in una crisi irreversibile là dove si è imposta la emanazione di tutele settoriali dal punto di vista normativo.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Nocera *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*” 2014, 04, 1449 il quale ritiene necessario: “il controllo giudiziale oltre l'area delle situazione di patologia tradizionalmente oggetto del sindacato del giudice”. Da conto l'autore dell'abbandono della prospettiva liberale che, assegnava alle categorie tradizionali un valore logico finalizzate a confermare la funzione ermeneutica del contratto. Da ciò derivava un angusto spazio interpretativo per il giudice e quindi un pressochè inesistente potere di intervento nel contenuto del contratto. (Già Vettori, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti in Europa e dir. Priv.* 2006, p. 53). L'autore nel suo articolo dà diffusamente conto del nuovo approccio di derivazione comunitaria che riconduce a sistema i molteplici interventi settoriali il cui “*comune denominatore*” è rappresentato dalla presenza di un contraente debole contrapposto ad un contraente forte. Fra gli interventi settoriali meritano menzione in ambito antitrust la tutela dall'abuso di posizione dominante che si concretizza nell'imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (art. 3 l. n. 287 del 1990). Tal indici assumono poi le vesti del significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi nei contratti dei consumatori (art. 33 comma 1° cod. consumo), per poi mutare, in caso di abuso dello stato di dipendenza economica di un'impresa su un'altra, in eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, che può consistere nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie (art. 9, commi 1° e 2° l. n. 192 del 1998, nonché art. 62, comma 2°, d.l. n. 1 del 2012 in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari). Nei rapporti tra parti non soggettivamente qualificate è ricordato il contratto usurario, laddove si considerano i vantaggi o compensi sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità in presenza di condizioni di difficoltà economica e finanziaria (l'usurarietà è fatta derivare da un semplice calcolo aritmetico); mentre nella normativa in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali vengono colpite da nullità le

## Il libero mercato, il principio volontaristico -a presidio della

clausole che risultano gravemente inique in danno del creditore (così l'art. 7, comma 1°, D.lgs. n. 231 del 2022, di attuazione della dir. N. 2000/35/Ce, come modificato in seguito al D.lgs. n. 192 del 2012 che recepisce la dir. 2011/7/UE). Sempre Nocera: *“l'interprete, posto di fronte a tali svariati indicatori, si ritrova inevitabilmente disorientato ed esposto ad un uso scomposto delle clausole generali. Infatti, alla classica buona fede codicistica si affiancano i suddetti indici, i quali mettono in dubbio il traluzio rapporto generalità-specialità, non essendo chiaro se le norme di settore siano o meno dotate di un grado di specificità tale da svincolarle dal sistema del codice civile per assurgere esse stesse al sistema”*.

Per un esempio per il quale una normativa di settore assurge a fattispecie di applicazione generale si veda: Cass, Sez. Un. 25 novembre 2011 n. 24906 laddove afferma che *“l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. della legge 192/98 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di una impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi...”*. In senso favorevole: Libertini, *la responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto Impr.*, 2013, 7, 18 ss.. Contrario: Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p.104 e s.

Con gli autori citati si rileva che la: *“solidarietà contrattuale”* di cui si è dato conto sopra dovrà essere considerata come finalizzata ad assicurare la corretta ed informata conclusione del contratto e la sua esecuzione. Ecco che il giudice potrà intervenire sul regolamento contrattuale rispettando gli interessi dei contraenti operando una valutazione integrativa intesa ad indagare la congruità sì dello scambio ma alla luce dei principi sopra indicati. In buona sostanza la buona fede deve considerarsi: *“...limite interno di qualunque posizione giuridica contrattuale, al fine di realizzare una giustizia sostanziale intrinseca al risultato negoziale”* (Cass. 20 aprile 1994 n. 3775 in Giust. Civ., 1994, I, p. 2168 e, da ultimo Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, in *Contratti*, 2009, p. 1009). In tal modo la buona fede definisce, pertanto, la possibile estensione del contenuto del contratto e al contempo impedisce che *“pur nell'ossequio formale al nucleo tipo ed essenziale del rapporto [ ...] possono egualmente essere violati gli interessi direttamente o indirettamente implicati..... Innervata nella prassi sociale e raccolta dall'ordinamento nella forma di clausola generale, la buona fede costituisce lo “standard” valutativo delle condotte ovvero il filtro di giudizio per discriminare nel caso concreto l'abuso. Già in Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968 pag. 128.”*

prevedibilità delle decisioni giudiziali e della certezza, velocità ed economicità dei rapporti giuridici sui quali si basa il sistema giudiziario sempre più condizionato dalle economie di bilancio-, devono cedere al vaglio del giudice il quale con gli strumenti a sua disposizione quali il giudizio di buona fede; l'immediata precettività del dettato costituzionale e della normativa europea, opera l'integrazione giudiziale del contratto così da legittimare la decisione attraverso l'applicazione degli strumenti indicati. A tal proposito fra i primi casi che hanno riconosciuto la opportunità/necessità di riconoscere il potere al Giudice di valutare la causa del contratto in concreto attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata, vi è quello deciso da Cass. 8 maggio 2006 N. 10490 secondo cui: *<<la causa di un contratto non è la sua funzione economico-sociale che si cristallizzerebbe in ogni contratto tipizzato dal legislatore -ovvero, in quelli atipici attraverso il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c.,- ma è la sintesi degli interessi reali che il singolo contratto posto in essere è diretto a realizzare>>*<sup>9</sup>. In buona sostanza, il sindacato del giudice sul dispositivo contrattuale tenderà alla ricerca della sua meritevolezza non in astratto ma in concreto, ovvero sia orientato alla realizzazione di interessi costituzionalmente rilevanti da valutarsi secondo i principi appena sopra indicati, con l'esplicazione del potere di

<sup>9</sup> Morandini *Molte ombre e poche luci in I contratti* cit. pag. 301. Ivi ampi riferimenti. Più in generale, Pagliantini *“Le stagioni della causa in concreto e la c.d. interpretazione abusiva del contratto: noterelle critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)”* in *I Contratti*, 2016, 6, p. 604, ivi ampie citazioni

adottare l'interpretazione sulla pluralità delle fonti, oltre il puro dispositivo contrattuale. Al Giudice ed agli interpreti il compito di andare oltre le categorie dogmatiche generalmente riconosciute<sup>10</sup>.

A tal proposito la stessa Corte costituzionale ha decisamente incrementato il ruolo dei principi costituzionali nel giudizio di meritevolezza dove <<si riconosce al Giudice>> a fronte di una clausola negoziale che rifletta un regolamento non equo e gravemente sbilanciato... <<la possibilità>> di intervenire d'ufficio dichiarando la nullità ex art. 1418 cod.civ. della clausola, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. che entra direttamente nel contratto<sup>11</sup>. Si ribadisce il potere della norma costituzionale di funzionalizzare <<il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato>>. Il testo richiama la sentenza della Cassazione -che ha ri-

---

<sup>10</sup> Breccia *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. Dir. Priv.* 2001 pag. 186; De Nova. *Dal principio di conservazione al favor contractus*, in Cabella Pisunanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni 90*, Padova, 1988, P. 303

<sup>11</sup> Vettori *controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele: una premessa in Persona e Mercato*, 2015, p. 101. Vettori *contratto giusto e rimedi effettivi* in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2015, 03, 0787 in *Iuris Data* ove si trova l'indicazione delle due ordinanze della corte costituzionale (Corte Cost., 24 ottobre 2013 n 248 in *Foro It.*, 2014, n. 77, in *Foro It.*, 2014, I, C 2034) Si ribadisce il potere della norma costituzionale di funzionalizzare "il rapporto obbligatorio alla tutela dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato". In nota 5 si richiamano alcuni precedenti: Cass. 24 settembre 1999 n. 1051 in *Foro It.*, 2000, I, c. 1929; Cass. Sez. Un. 13 settembre 2005 n. 18128 in *Foro It.*, 2005 I, c. 2985 e Cass. 18 settembre 2009 n. 20106 in *Foro It.*, 2010, I, c. 85.

confermato il processo giurisprudenziale- sulla riducibilità di ufficio della penale e sull'abuso del diritto ponendosi così come un monito per il giudice al diretto utilizzo dei principi costituzionali attraverso l'interpretazione adeguatrice. Così che: <<...non sarà più sufficiente utilizzare fra diverse interpretazioni delle norme ordinarie quella più vicina al testo costituzionale, ma è proprio questo che sarà attuato nel caso concreto quando le norme di settore (ndr. o lo stesso dispositivo contrattuale) non forniscano una tutela adeguata>><sup>12</sup>. Una recente sentenza della Cassazione ha utilizzato il principio di effettività, riconoscendolo quale elemento cardine dell'ordinamento costituzionale, deputato ad assicurare il diritto <<ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella.... Unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato>>. Significa utilizzare la <<facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato>>, in forza di <<un itinerario di pensiero>> indicato da precise norme<sup>13</sup>: l'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea sui diritti umani e l'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali. Disposizioni che indicano non solo un diritto di

---

<sup>12</sup> Scoditti, *l'interpretazione adeguatrice presa sul serio: due ordinanze della corte costituzionale sulla caparra confirmatoria* in *Giust. Civ.Comm.*; Id, *il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro It.*, 2014, I, c 2036.

<sup>13</sup> Cass. 27 giugno 2013, n. 21255 in Vettori, *Controllo giudiziale. Diversi contributi sulla sentenza* pubblicati in *Danno e responsabilità*, 2, 2014, p. 123 ss e in *Resp. Civ. prev.*, I, 2014 p. 8 e segg.

<<accesso al giudizio>>, ma <<un diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela>><sup>14</sup>. Nel caso che ci occupa il giudice non ha potuto esimersi dal considerare l'asimmetria di posizione contrattuale delle parti che non poteva non riflettere uno squilibrio nel dispositivo contrattuale a favore del contraente in regime di monopolio, rispetto alla generalità dell'utenza, che è prevalentemente rappresentata da privati consumatori, attraverso contratti standardizzati predisposti dal contraente forte e modellati su di una presunta parità di forza contrattuale fra le parti "contraenti".

La sentenza che si annota esalta il tema del comportamento esigibile e sposta il rischio della sopravvenienza sulla parte che è in grado di prevederla e/o economizzarla. Allora si avrà che il debitore della prestazione deve considerarsi l'ente gestore e la sua imputabilità per gli effetti dell'art. 1218 cod. civ. deriva dal non avere adottato sistemi tali da prevenire l'evento al fine di ridurre il costo della perdita. Obbligo che nel caso concreto deve considerarsi viepiù socialmente orientato trattandosi di bene primario quale è l'acqua.

Il Giudice ha considerato pregiudizievole, per il debitore-utente, l'atteggiamento del creditore-ente ed ha coerentemente ricondotto nell'alveo della responsabilità da inadempimento il comportamento dell'ente creditore attraverso il richiamo alla buona fede, non più e non solo come clausola di

integrazione del contratto ma, considerandola come vera e propria fonte di obblighi per i contraenti<sup>15</sup>. Così questa regola, pur attenendo ad un problema di prova, finisce per determinare una conseguenza di carattere sostanziale: quella di spostare sul contraente, in grado di prevenirlo, il rischio delle "disfunzioni" o delle "anomalie" nella esecuzione della prestazione. La sopravvenienza prevedibile viene così trasferita all'impresa. A quella parte che era in grado di prevenirla e assumerne i costi sulla base delle proprie economie di scala -che, fra l'altro ripartisce, con la tariffa, sull'utenza- (già Trimarchi *Istituzioni di diritto privato*, 2° ed., Milano, 1975, pp 329 – 333)<sup>16</sup>. Il

---

<sup>15</sup> Villanacci *Interesse lecito e interesse meritevole: i limiti sostanziali all'autonomia negoziale* cit. pag. 13 e segg. "La riconducibilità nell'alveo della responsabilità da inadempimento della condotta creditoria può essere ammessa soltanto accedendo ad una definizione ampia del concetto di buona fede, non più e non solo come clausola di integrazione del contratto, ma vera e propria fonte di obblighi per i contraenti". Sul concetto di buona fede come fonte di integrazione del contratto si v. per tutti A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 214; S.Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965, p. 162. In giurisprudenza per i primi riconoscimenti della diretta precettività delle norme costituzionali: Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. It.*, 1993, I, pp. 2129 ss.: "la violazione dell'obbligo di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni, che si fonda anche sul dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. e che deve essere assolto secondo il principio di buona fede, comporta responsabilità contrattuale qualora non vengano adottati comportamenti che, seppure non siano espressamente previsti da alcuna norma specifica, debbano ritenersi ugualmente doverosi in relazione alle peculiarità del caso concreto"

<sup>16</sup> Sulla non vincolabilità delle clausole predisposte dal contraente forte in conseguenza del carattere imperativo delle disposizioni disattese: Pagliantini *i derivati fra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis? Europa e diritto privato*, 2015, 04, 0781, Battelli, *Obblighi di consegna del bene e passaggio del rischio*, *Corr. Giur.*, 2014, 32 s, in tema di diritti del consumatore.

---

<sup>14</sup> Vettori *Controllo giudiziale* cit. pag. 102 da ultimo dello stesso autore sul principio di effettività delle tutele *Il contratto europeo fra regole principi* Torino, 2015, p. 19 e segg.ti



richiamo al bilanciamento dei “valori” di rilevanza costituzionale quali l’art. 41 in relazione all’artt. 2 e 3 cost. che per il principio di effettività <<entrano nella struttura del contratto, come limite interno di ogni statuizione soggettiva e transitano tramite la buona fede, nella valutazione dei comportamenti consentendo di dichiarare inesigibili certe pretese obbligatorie>>, costituisce la premessa per giustificare l’intervento del Giudice come espressione di un potere-dovere finalizzato non solo a proteggere il contraente, ma a realizzare <<un interesse oggettivo dell’ordinamento>>, che si specifica e consolida nell’esigenza <<di una giustizia del caso concreto>> che il processo deve assicurare<sup>17</sup>.

L’adesione ai principi indicati è massimamente rappresentata dalla Corte di Cassazione che in maniera sempre più frequente richiama il concetto di sentenza giusta quale <<canone ordinante>><sup>18</sup>. Infatti, è

<sup>17</sup> Vettori, *Contratto giusto e rimedi effettivi* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 03, 0787, cit.; Cass. 20 aprile 1994 n. 3775, cit.; Cass. 18 luglio 1989 n. 3362, in *Foro It.*, 1989, I, C. 2750; Cass. 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro It.*, 1991, I, c. 2077 (in tema di fidejussione omnibus); Cass., 8 luglio 1994, n. 6448, in *Foro It.*, 1995, I, c. 186 e Cass. 24 settembre, 1999, n. 10511, in *Foro It.*, 2000, I, c. 1929. Precisa Vettori che: “Tale orientamento non si è affermato con facilità. Molte pronunce successive avevano ribaditi la tesi tradizionale (ndr: sul primato della fattispecie) e da lì la pronuncia delle sezioni unite che conferma l’indirizzo innovativo, in modo netto ed analitico” si veda Cass. Sez. Un. 13 settembre 2005 n. 18128 in Vettori nota 5, *Contratto giusto*, cit. Per un’analisi dei “rimedi manutentivi” e del ruolo del Giudice, depositario del potere di ripristinare il reale assetto di interessi sui quali la volontà delle parti si è formata, si veda: Villanacci *“Interessi e sopravvenienze contrattuali* in *Persona e Mercato*, 2015, 4, p. 162

<sup>18</sup> V. Cass. Sez. Un., 4 dicembre 2012 n. 14828, in *Foro it.*, 2013, 4, I, c. 1238 commentata da Pagliantini, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone*

sempre più ricorrente, nelle pronunce di Cassazione, l’affermazione della esigenza acché il giudice di merito deve rilevare d’ufficio ogni forma di invalidità perché tale accertamento si fonda <<nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo>><sup>19</sup>. Il canone ordinante della sentenza giusta sempre più incidentalmente utilizzato dalla Cassazione, innova rispetto al passato, laddove assegna al giudice del merito il compito di rilevare d’ufficio ogni forma di invalidità laddove si ponga in contrasto con i valori ordinamentali<sup>20</sup>. Ne deriva una conseguenza importante che investe anche il processo: <<luogo elettivo per l’attuazione del diritto a prescindere dalla attività assertiva

*delle sezioni unite: eppur si muove?*, in *Contratti*, 2012, 11, p. 874; Caporusso, *Effettività e ragionevolezza della tutela giurisdizionale nel canone dell’art. 6, par 1, CEDU* in *Persona e Mercato*, 2014, 3, p. 118 e ss.

<sup>19</sup> Si veda per il riconoscimento del ruolo del giudice, Cass. sez. un. 12 dicembre 2014 n. 26242 In *Foro It.*, 2015, 3, c. 862 con note di Adorno; Palmieri, Pardolesi; Di Ciommo; Pagliantini; Menchini e Proto Pisani quest’ultimo in *Brevi Note in tema di regole e principi in Persona e mercato*, 2015 p. 73 il quale partendo da quello che considera un dato sul quale vi è serrata discussione e cioè la separazione tra regole e principi negli interventi di autorevoli giuristi, critica come un viatico pericoloso la separazione fra regole e principi rispetto alla certezza e prevedibilità della fattispecie..... assumendo che. “...i principi enunciati dal codice civile (correttezza, buona fede ecc.) o dalla Costituzione, o dalla convenzione europea dei diritti dell’uomo o dalla carta di Nizza o da regolamento a convenzioni della Ue, pur essendo tutti affermati da disposizioni vigenti nell’ordinamento, sarebbero (molto spesso) meri valori senza fattispecie”:

<sup>20</sup> Cass. Sez. Un., 7 dicembre 2012 n. 14828 cit. Eloquente sul punto è l’intervento che ripensa la distinzione fra eccezioni in senso stretto, rilevabili dalla parte a pena di inammissibilità, ed eccezioni in senso lato rilevabili d’ufficio (Cass. Sez. Un. 7 maggio, 2013 n. 10531 cit; Cass. Ord. 27 giugno 2014 n. 14688 in *Corr. Giur.* 2014, p. 1388. Per gli effetti, in senso più ampio, si veda da ultimo Cass 15 febbraio 2016 n. 2910 e Cass. 26 gennaio 2016 n. 1368.

delle parti (Russo)>>, laddove è attribuita al giudice la possibilità di incidere d'ufficio sull'atto di autonomia, stante l'esigenza di pronunciare "una sentenza giusta" al di là di un rigido formalismo che deriva dal regime delle domande delle parti<sup>21</sup>. Ciò perché la bussola della giusta decisione "fa da canone di valutazione" e concretizza, fra l'altro, "l'obbligo del giudice di indicare tutti i fatti processuali rilevanti, per il decidere, nel contraddittorio fra le parti"<sup>22</sup>. Ecco perché il richiamo alla giustizia del caso concreto non può certo considerarsi estraneo al diritto positivo, ma implica una sua corretta attuazione

attraverso una lettura attenta dei principi che la presiedono: la tutela dei valori fondamentali che devono guidare il Giudice nella soluzione del caso concreto. Come nel caso che ci ha occupato.

---

<sup>21</sup> Pagliantini, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative in Persona e mercato*, 2014, p. 213; Taruffo *idee per una decisione giusta*, in *Riv. trim.dir. proc.civ.*, 1997, n. 315 ss; ID, *legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, ivi, 2001, p. 11 e ss., in Vettori cit. Da ultimo: Cass., III 20 gennaio 2016 n. 896 con nota di Bivona, *Rilevabilità d'ufficio della nullità tra regole sul contratto e regole sul processo I Contratti*, fasc. 8-9 2016 pag. 771 e s. I recenti interventi della Suprema Corte hanno in definitiva delineato un vero e proprio "sistema" delle impugnative negoziali: Pagni, il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite, in *Giur. It.*, 2015, 71 ss.. Ancora sull'argomento e sull'anima pubblicistica del processo cfr Russo, *la rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. SS.UU., 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com), 2015, 6 s. Tra i numerosi contributi dottrinali sul punto, Pagliantini, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione....a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *I contratti*, 2015, 113 s.; Pagni, Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite, cit, 71 s; Carbone, *Porte aperte delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. Giur.* 2015, 88 ss; Fornasari, *Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento*, in *Danno e resp.*, 2015, 597; Nardi, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 182. Corsini, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, II, 689 S.

<sup>22</sup> Cass Sez. Un., 12 dicembre 2014 nn 26242 e 26243 cit.