

Civile Ord. Sez. 3 Num. 16811 Anno 2018

Presidente: TRAVAGLINO GIACOMO

Relatore: GIANNITI PASQUALE

Data pubblicazione: 26/06/2018

**ORDINANZA**

Cron. 16811

sul ricorso 25841-2015 proposto da:

Rep. Q.1.

COSENZA GIUSEPPE, elettivamente domiciliato in ROMA, Ud. 23/03/2018

VIA DI TRASONE 68, presso lo studio dell'avvocato F. cc

SALVO, rappresentato e difeso dall'avvocato FRANCESCO

GENOVESE giusta procura speciale a margine del

ricorso;

- **ricorrente** -

**contro**

2018

TELECOM ITALIA SPA 00471850016;

966

- **intimata** -

avverso la sentenza n. 153/2015 della CORTE D'APPELLO  
di MESSINA, depositata il 09/03/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di

consiglio del 23/03/2018 dal Consigliere Dott.  
PASQUALE GIANNITI;

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'J' or similar character.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

## RILEVATO CHE

La Corte di Appello di Messina con sentenza n. 153 del 9/3/2015, salvo che in punto di spese processuali relative al giudizio di primo grado, ha confermato la sentenza n. 1627 del 5/9/2013 con la quale il Tribunale di Messina aveva rigettato la domanda proposta da Giuseppe Cosenza nei confronti di Telecom, diretta ad ottenere il risarcimento del danno conseguente al distacco dell'utenza per la durata di 11 giorni.

Il Giudice di primo grado aveva ritenuto che il Cosenza non aveva provato di aver saldato tempestivamente le fatture emesse da Telecom, mentre quest'ultima, operando il distacco, aveva dato attuazione all'art. 19 delle condizioni generali di contratto. Il Tribunale aveva ritenuto comunque assente anche la prova del danno.

La Corte territoriale: in punto di fatto, ha rilevato che il Cosenza aveva ammesso di aver pagato le bollette solo per la parte che riteneva dovuta e che lo stesso Cosenza non aveva dato prova della produzione nel giudizio di primo grado dei documenti richiamati nell'atto di citazione; mentre, in punto di diritto, ha affermato (richiamando l'art. 17 delle condizioni generali) che l'utente è comunque tenuto a pagare gli importi indicati in bolletta, anche se contestati, salvo diritto al rimborso (da effettuarsi eventualmente anche mediante compensazione) e che la mancanza del previo avviso di distacco da parte di Telecom (di cui il Tribunale, a dire del Cosenza, non aveva tenuto conto nel valutare l'illegittimità del comportamento dell'operatore) era circostanza non allegata dal Cosenza nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado e neppure nei termini per la specificazione della domanda.

Avverso la sentenza della Corte territoriale propone ricorso il Cosenza, articolando 2 motivi.

In vista dell'odierna adunanza il ricorrente deposita memoria a sostegno del ricorso.



## RITENUTO CHE

1. Il ricorso è fondato per quanto di ragione.

1.1. Con il primo motivo il ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 165 e 163 comma 3 n. 5, 115 e 345 c.p.c., e dell'art. 77 disp. att. c.p.c.; nonché, in relazione all'art. 360 n. 5, omesso esame di un fatto decisivo e controverso (e precisamente "il mancato esame di documenti ritualmente riprodotti in appello e mai dichiarati inammissibili").

Si duole che la Corte ha erroneamente ritenuto che lui non aveva dato prova della produzione nel giudizio di primo grado dei documenti richiamati nell'atto di citazione (non risultando detta produzione né dal verbale di udienza e neppure dall'elenco delle produzioni firmato dal Cancelliere); quanto precede nonostante la mancanza di contestazioni sul punto da parte di Telecom. Si duole altresì che la Corte ha affermato che non è onere del giudice richiedere documenti in ordine ai quali non vi sono attestazioni rituali di avvenuto deposito. Si duole infine che la Corte non ha comunque esaminato i medesimi documenti prodotti nel giudizio di appello (pur non dichiarando inammissibile la relativa produzione).

Con il secondo motivo denuncia, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., violazione dell'art. 6 della Carta dei servizi Telecom Italia, degli artt. 17 e 19 delle Condizioni Generali di Abbonamento, della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, dell'art. 60 d. lgs. n. 259/2003 e degli artt. 1375 e 1565 c.c.

Si duole che la Corte territoriale ha erroneamente affermato che: a) "solo il pagamento tempestivo rende illegittimo il distacco dell'utenza", male interpretando l'art. 19 delle condizioni generali di contratto (secondo il quale, a dire del ricorrente, soltanto il previo preavviso, nella specie mancante, può rendere eventualmente

giustificato e legittimo il distacco dell'utenza); b) in base all'art. 17 delle suddette condizioni, l'utente è comunque tenuto a pagare gli importi contestati, salvo diritto al rimborso, male interpretando il suddetto articolo (che, a dire del ricorrente, impone l'obbligo di pagamento dei soli importi non contestati); c) lui non aveva prodotto la Carta dei servizi, richiamata nell'atto di appello, mentre questa era stata richiamata nelle note conclusionali di primo grado. Si duole altresì che la Corte erroneamente ha ritenuto legittimo il distacco operato da Telecom nonostante che Telecom non avesse dato prova del necessario previo preavviso, previsto in via generale dalla normativa codicistica per tutti i contratti di somministrazione (art. 1565).

1.2. Il primo motivo è fondato nei termini di seguito indicati.

Va preliminarmente dato atto che la Corte territoriale ha respinto l'appello del Cosenza argomentando su tre distinte *rationes decidendi* - (e cioè sul fatto che il Cosenza): a) non aveva dato prova di aver prodotto in primo grado i documenti richiamati nell'atto di citazione; b) per sua stessa ammissione, aveva pagato soltanto parzialmente le bollette, «ossia per quella parte che riteneva dovuta» (e tale forma di pagamento parziale integrava «certamente morosità»); c) non aveva allegato in primo grado la circostanza costituita dalla mancanza del previo preavviso di distacco da parte di Telecom). E che il ricorrente ha censurato tutte e tre le suddette *rationes* (la prima, nel primo motivo di ricorso; la seconda e la terza, nel secondo motivo).

Orbene, la giurisprudenza di questa Corte ha già avuto modo di precisare che:

a) «L'irritualità, consistente nella mancata sottoscrizione da parte del cancelliere dell'indice dei documenti allegati al fascicolo e prodotti all'atto della costituzione in giudizio, incidendo sul diritto di difesa, preclude alla parte la possibilità di utilizzare i documenti stessi come fonte di prova ed al giudice di esaminarli, salvo che la controparte legittimata a far valere l'irritualità non ne abbia

accettato, anche implicitamente, il deposito con il discuterne il valore ed infirmarne il contenuto. (Sez. 3, Sentenza n. 9077 del 05/07/2001, Rv. 547908 - 01)»;

b) «La sottoscrizione dell'indice del fascicolo da parte del cancelliere ha la funzione di attestare la regolarità della esibizione degli atti e dei documenti che la parte vi inserisce, nonché la data dell'esibizione, con lo scopo precipuo di mettere i documenti esibiti a disposizione della controparte in modo che la stessa possa esercitare il diritto di difesa. In mancanza, peraltro, di contestazioni sulla esibizione o sui documenti, l'omissione della sottoscrizione dell'indice del fascicolo da parte del cancelliere costituisce mera irregolarità formale, che non preclude l'utilizzazione dei documenti medesimi ai fini del giudizio» (Sez. 1, Sentenza n. 11088 del 11/06/2004, Rv. 573558 - 01).

Di tali principi non è stata fatta corretta applicazione nel caso di specie, nel quale:

a) il Cosenza, nell'atto di citazione, ha fatto riferimento a documenti, numericamente indicati e richiamati;

b) nel corso del giudizio di primo grado, protrattosi per 9 anni, Telecom, pur contestando la domanda attorea, non ha mai contestato la mancata produzione dei documenti richiamati nell'atto di citazione;

c) detti documenti sono stati richiamati dal Cosenza anche nelle note conclusive depositate in primo grado prima dell'udienza del 20/1/2010, ma non sono stati rinvenuti nel fascicolo dal Giudice di primo grado al momento della decisione.

In presenza di siffatta anomala situazione, il giudice di primo grado avrebbe dovuto rimettere la causa sul ruolo ed invitare il Cosenza ad allegare nuovamente i documenti richiamati.

Invero, secondo la giurisprudenza di legittimità, da un lato, nella fase istruttoria, «Rientra nei poteri ordinari del giudice ... ed è consolidata consuetudine della "dialettica processuale", indirizzare ... le parti o sollecitarle in ordine all'attività di produzione

documentale» (Sez. 1, Sentenza n. 12388 del 19/09/2000, Rv. 540259 - 01); e, dall'altro, «il mancato rinvenimento al momento della decisione della causa, di documenti che la parte invoca, comporta per il giudice l'obbligo di disporre la ricerca di essi con i mezzi a sua disposizione ed eventualmente l'attività ricostruttiva del contenuto dei medesimi» (Sez. 3, Sentenza n. 10598 del 02/08/2001, Rv. 548728 - 01).

Dunque, la Corte territoriale è incorsa nei vizi denunciati laddove, nell'esaminare il secondo motivo di appello del Cosenza, non ha dato rilevanza al contegno processuale di Telecom (ed ha confermato la sentenza di primo grado, argomentando erroneamente anche sul fatto che non risultavano nel fascicolo i documenti sui quali la domanda attorea si fondava); nonché laddove, senza peraltro dichiararli inammissibili, non ha neppure esaminato i documenti, che erano stati (nuovamente) prodotti dal Cosenza in sede di costituzione nel giudizio di appello.

Ne consegue che, assorbito il secondo motivo di ricorso, la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte di appello di Messina, in diversa composizione, affinché la stessa proceda a nuovo esame della domanda attorea alla luce dei principi sopra richiamati.

#### **P.Q.M.**

La Corte cassa la sentenza impugnata - in accoglimento del primo motivo di ricorso presentato da Giuseppe Cosenza - con rinvio alla Corte di appello di Messina perché, in diversa composizione, proceda a nuovo esame della domanda attorea alla luce dei principi sopra richiamati.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile della Corte Suprema di Cassazione in data 23 marzo 2018.