

Civile Ord. Sez. 3 Num. 22261 Anno 2018

Presidente: SPIRITO ANGELO

Relatore: CIGNA MARIO

Data pubblicazione: 13/09/2018

ORDINANZA

sul ricorso 7912-2015 proposto da:

BERARDI FRANCESCO LEONARDO, considerato domiciliato ex lege in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dagli avvocati GIUSEPPE LABONIA, NICOLA FILARDO giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

2018 WIND TELECOMUNICAZIONI SPA , in persona del
940 procuratore avv. VINCENZO FOLINO, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ALBERICO II, 4, presso lo studio dell'avvocato DANIELE CUTOLO, che la rappresenta e difende giusta procura in calce al

controricorso;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 511/2014 del TRIBUNALE di
CASTROVILLARI, depositata il 25/07/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera
di consiglio del 22/03/2018 dal Consigliere Dott.

MARIO CIGNA;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

FATTI DI CAUSA

Con sentenza 22.10.2013 il Giudice di Pace di Cariati, in parziale accoglimento della domanda proposta da Francesco Berardi nei confronti di Wind Telecomunicazioni s.p.a., condannò quest'ultima al pagamento della somma di euro 562,50 a titolo di indennizzo per non aver potuto fruire dei servizi di telefonia mobile della propria utenza per 75 giorni tra il giugno e l'agosto del 2012.

Con sentenza 25.7.2014 il Tribunale di Castrovillari, in accoglimento dell'appello del gestore e in totale riforma della prima decisione, ha rigettato la domanda attrice; in particolare il Tribunale, per quanto ancora rileva, ha, in primo luogo, ritenuto inammissibili (perché tardivamente presentate solo in comparsa conclusionale) le eccezioni di inammissibilità dell'appello per difetto di rappresentanza e per difetto di legittimazione ad agire del procuratore generale dell'appellante; ha, poi, accolto nel merito il gravame, e quindi rigettato la domanda attorea; al riguardo ha evidenziato che il Berardi era sì legittimato attivo in senso stretto (e quindi titolare di legittimatio ad causam attiva, in quanto vi era coincidenza tra chi aveva proposto la domanda e chi nella domanda stessa era affermato titolare del diritto), ma dagli atti non risultava essere il titolare della pretesa sostanziale dedotta, in quanto non era stata provata documentalmente l'esistenza di un contratto tra le parti; in ogni modo, ad avviso del Tribunale, non vi era alcuna responsabilità della società, atteso anche che le condizioni generali di contratto Wind consentivano al gestore di sospendere il servizio in caso di guasti alla rete dipendenti da caso fortuito e forza maggiore, così come avvenuto nel caso in esame.

Francesco Berardi ricorre per cassazione, sulla base di cinque motivi, cui resiste con controricorso Wind Telecomunicazioni s.p.a.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo si deduce, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli artt. 75 e 81 c.p.c; in particolare, il Tribunale avrebbe errato nel ritenere tardive le eccezioni di inammissibilità circa il difetto di rappresentanza e di legittimazione in capo al procuratore



dell'appellante Wind Telecomunicazioni s.p.a., trattandosi entrambe di questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado (motivo 1.1).

Si deduce, inoltre, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., l'omesso esame di fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti, evidenziandosi, al riguardo, che il Tribunale, essendo incorso nel già denunciato errore di cui al punto precedente, non avrebbe conseguentemente valutato il fatto che l'incarico per l'appello era stato conferito da soggetto sprovvisto di rappresentanza sostanziale e processuale (motivo 1.2).

Il motivo, articolato in due doglianze connesse e quindi da esaminarsi congiuntamente, pur essendo fondato, non può comportare la cassazione della sentenza impugnata, essendo sufficiente la mera correzione della motivazione, ex art. 384, ult. comma, c.p.c.

L'asserito difetto di rappresentanza sia del procuratore ad negotia dott. Vincenzo Folino sia dell'avv. Daniele Cutolo, procuratore ad litem che aveva proposto il gravame in forza di procura rilasciata dal primo, è stato sanato tempestivamente.

La società - a fronte dell'eccezione sollevata nel giudizio d'appello dal Berardi nella comparsa conclusionale - provvide a depositare con la successiva memoria di replica copia conforme all'originale della procura notarile del 15.5.2008, con cui venivano conferiti i necessari poteri al predetto dott. Folino. Al riguardo il giudice d'appello ha sì errato nel ritenere inammissibile, perché tardiva, l'eccezione sollevata al riguardo dal Berardi; essa, al contrario, era infatti pienamente ammissibile (Cass. sez. unite 4248/2016; v. anche Cass. n. 798/2013; 16724/2015), ma la società appellante l'aveva tempestivamente (ossia, nella prima difesa utile) vanificata, mediante la detta produzione, e di ciò il Tribunale avrebbe dovuto dar atto, disattendendo conseguentemente l'eccezione stessa.

Con il secondo motivo si deduce, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli artt. 81, 99, 100 c.p.c. e 2697, comma 2, c.c.; in particolare si sostiene che il Tribunale, dopo aver correttamente rilevato che l'eccezione di carenza di legittimazione attiva sollevata dalla Wind Telecomunicazioni atteneva in realtà al merito, non ne aveva poi tratto le



conseguenti conclusioni, giacché, trattandosi di eccezione, l'onere circa la prova della titolarità del contratto incombeva sulla stessa società, e non sull'attore (motivo 2.1).

Si deduce, inoltre, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., violazione o falsa applicazione del d.lgs. n. 206 del 2005 (Codice del consumo); ci si duole, in particolare, che il Tribunale non abbia considerato che, trattandosi nella specie di consumatore, il documento contrattuale, in base alla prevista inversione dell'onere della prova, avrebbe dovuto essere prodotto dalla Wind Telecomunicazioni, in quanto "professionista" (motivo 2.2).

Si deduce, infine, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli artt. 1140, 1153 e 2728 c.c, per non avere il Tribunale considerato che la prova della titolarità del rapporto in capo al Bernardi derivava dal possesso della "sim card"; in particolare, trattandosi di cosa mobile non registrata, ciò comportava l'applicabilità della regola "possesso vale titolo", e quindi la presunzione della corrispondenza tra il possessore del bene mobile (sim card) e il titolare della pretesa sostanziale dedotta in giudizio (motivo 2.3).

Il motivo è infondato.

In ordine alla doglianza di cui al punto 1, correttamente il Tribunale ha ricondotto l'eccezione di "difetto di legittimazione attiva", sollevata dalla Wind, nell'ambito della questione di merito, trattandosi di accertare la contestata titolarità del rapporto; di conseguenza, la prova del fatto costitutivo della domanda non può non gravare sull'attore, che si è affermato titolare di diritti di origine contrattuale, e che, pertanto, avrebbe dovuto produrre il relativo titolo; alcunché doveva essere provato, sul punto, dalla società, in quanto la contestazione della titolarità del rapporto contrattuale da parte del convenuto non costituisce una eccezione in senso stretto, ma una mera difesa (v. Cass., Sez. Un., n. 2951/2016 e Cass. 25741/2017), idonea a cristallizzare gli oneri probatori gravanti su ciascuna parte; ne deriva che la prova del titolo contrattuale deve essere fornita da colui che agisce in giudizio, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c.; il che, come correttamente accertato dal Tribunale, non è avvenuto nella specie.



La censura di cui al punto 2 è inammissibile, non essendo indicata alcuna specifica norma violata, mentre è assolutamente generico il riferimento all'intero codice del consumatore

Quanto al punto 3, ove (come su esposto) si è sostenuto che dal possesso della "sim card" dovrebbe derivare - per presunzione - la prova della fonte contrattuale del diritto fatto valere, in forza del principio "possesso vale titolo", la doglianza è assolutamente infondata.

In proposito, va anzitutto rilevato che il principio "possesso vale titolo", sancito dall'art. 1153 c.c. per i beni mobili non registrati, concerne l'acquisto della proprietà di detti beni, sicchè, in base al detto principio, dal possesso della "sim card" potrebbe derivare, nella sussistenza delle condizioni indicate dalla norma, solo la proprietà della "sim card", e non certo anche la titolarità anche del contratto di utenza telefonica.

Né la proprietà della "sim card" può ritenersi sicuro indice della titolarità della posizione contrattuale.

Ed invero, anche a prescindere dalla circostanza che, in genere, i contratti predisposti dai vari gestori di telefonia mobile riservano la proprietà della "sim card" al gestore stesso (il quale in ogni momento ne potrebbe chiedere al proprio cliente la restituzione) e che è discusso se la "sim Card" sia un bene mobile non registrato (e se quindi ad esso sia applicabile l'art. 1153 cc), costituisce dato di comune esperienza che la scheda stessa costituisce il necessario supporto per l'accesso al servizio di telefonia mobile, ossia la chiave fisica (in combinazione con il terminale) per fruire del servizio, e non rappresenta certo l'oggetto del contratto; tanto trova indiretta conferma nel disposto dell'art. 55, comma 7, del d.lgs. n. 259 del 2003 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche), secondo cui "ogni impresa è tenuta a rendere disponibili, anche per via telematica, al centro di elaborazione dati del Ministero dell'interno gli elenchi di tutti i propri abbonati e di tutti gli acquirenti del traffico prepagato della telefonia mobile, che sono identificati prima dell'attivazione del servizio, al momento della consegna o messa a disposizione della occorrente scheda elettronica (S.I.M.)"; disposizione ove, pertanto, è ben



distinto il piano negoziale da quello esecutivo, concernente la "consegna o messa a disposizione" della "sim card" da parte del gestore.

Ne deriva che, trattandosi nella specie di una vicenda che trova la propria fonte di regolamentazione in un contratto di somministrazione del servizio di telefonia mobile, i diritti che da tale negozio derivano non possono che essere esercitati dall'utente che ne sia parte, irrilevante di per sé essendo, ai fini della dimostrazione di tale requisito soggettivo, il possesso della "sim card", quand'anche idoneo a fondarne la proprietà.

Con il terzo motivo si deduce, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli artt. 1341 e 1342 c.c., artt. 33 e ss. d.lgs. n. 206 del 2005.; si contesta, al proposito, l'impugnata decisione nella parte in cui erroneamente non avrebbe ritenuto la vessatorietà ed inefficacia della clausola relativa alla modifica e alla sospensione dal servizio.

Con il quarto motivo si deduce, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., violazione o falsa applicazione degli artt. 1375, 1175, 1176 e 1218 c.c.; ci si duole che, in presenza di un contratto di somministrazione, il Tribunale abbia esonerato il gestore (tenuto, peraltro, a comportarsi secondo correttezza e buona fede) dai disservizi della rete.

Con il quinto motivo si deduce, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., l'omesso esame di fatto decisivo per il giudizio, che è stato oggetto di discussione tra le parti, contestandosi, al riguardo, l'erronea valutazione delle risultanze istruttorie.

Detti motivi sono diretti contro quella parte di sentenza che, nonostante il difetto di titolarità, ha comunque escluso nel merito la responsabilità di Wind, e sono quindi assorbiti dal rigetto dei motivi precedenti.

In definitiva, il ricorso è rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

In relazione alla data di proposizione del ricorso per cassazione (successiva al 30 gennaio 2013), può darsi atto dell'applicabilità dell'art.13, comma 1 quater,

del D.P.R. 30 maggio 2002, n.115 (nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228).

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna il ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in € 1.000,00 per compensi ed € 200,00 per esborsi, oltre rimborso spese generali in misura del 15% ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, D.P.R. 30 maggio 2002, n.115 (nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228), si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma il giorno 22.3.2018.

Il Funzionario Giudiziario
Innocenzo BATTISTA

Il Presidente
dott. Angelo Spirito

