

AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI: Fonti del diritto in genere - Provvedimenti emessi da un'Autorità indipendente - Atto amministrativo - Necessità - Esclusione - Fonte normativa regolamentare - Ammissibilità - Principio iura novit curia - Applicabilità - Conseguenze.

**Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2022, n. 21407
- in Guida al Diritto, 41, 2022, pag. 87 e ss.**

“[...] di fronte ad un provvedimento emesso da un'Autorità indipendente, pertanto, il giudice di merito non può limitarsi a qualificarlo genericamente come Delib., e a ricondurlo per ciò solo alla categoria degli atti amministrativi, ma deve verificare se all'atto possa attribuirsi valore di fonte normativa regolamentare o se, come nella specie, ad esso sia stata data attuazione con atto regolamentare.

Se l'atto richiamato dalle parti ha natura regolamentare ed efficacia erga omnes, benchè non prodotto nei termini processuali dettati ai fini della produzione documentale, il giudice non può legittimamente omettere di prenderlo in considerazione perchè non prodotto tempestivamente, ma rientra in ogni caso nell'ambito del suo dovere di ricerca del diritto da applicare al caso di specie il compito di attivarsi per reperirlo ed in particolare, non può sottrarsi al dovere di valutarlo ove prodotto (in riferimento alla diversa natura degli atti regolamentari e alla loro riconduzione o meno, a seconda dei casi, nell'ambito di operatività del principio "iura novit curia" [...]).

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SESTINI Danilo - Presidente -

Dott. SCARANO Luigi Alessandro - Consigliere -

Dott. RUBINO Lina - rel. Consigliere -

Dott. DELL'UTRI Marco - Consigliere -

Dott. AMBROSI Irene - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 1455/2019 proposto da:

Paprika Cafè Di C.V., in persona del legale rappresentante C.v., elettivamente domiciliato in Roma Via Attilio Friggeri, 172, presso lo studio dell'avvocato Maurizio Colangelo, che lo rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

TIM s.p.a., già Telecom Italia Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Camillo Tatozzi, elettivamente domiciliata in Roma, via Nicola Ricciotti 11, presso lo studio dell'avv. Michele Sinibaldi;

- ontroricorrente -

avverso la sentenza n. 802/2018 del TRIBUNALE di TERAMO, depositata il 20/11/2018;
udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 04/04/2022 dal Cons. Dott. Lina RUBINO.

Svolgimento del processo

1. C.V., quale titolare della ditta individuale Paprika Cafè, propone ricorso per cassazione articolato in quattro motivi nei confronti della Telecom Italia s.p.a., avverso la sentenza n. 802/2018 emessa dal Tribunale di Teramo quale giudice dell'impugnazione, con la quale il tribunale rigettava l'appello proposto contro la sentenza del giudice di pace che accoglieva solo in minima parte la sua domanda di risarcimento del danno per interruzione ingiustificata del servizio telefonico condannandola al pagamento delle spese di giudizio.

2. Resiste TIM s.p.a., già Telecom Italia s.p.a., con controricorso.

3. La causa è stata avviata alla trattazione in adunanza camerale non partecipata.

4. Questi i fatti, per quanto ancora rilevanti:

- presso l'esercizio commerciale di bar gestito dalla C. che disponeva di una sola numerazione telefonica attiva con Telecom Italia venivano attivate senza il suo preventivo accordo altre numerazioni telefoniche;

- la C. sporgeva una denuncia penale contro ignoti, non pagava le bollette relative alle numerazioni attivate senza contratto, avvisava nel maggio 2013 la Telecom della abusiva attivazione di una utenza telefonica aggiuntiva e non richiesta;

- la società di telefonia in data 4.9.2013 senza preavviso sospendeva il servizio di telefonia in relazione all'unica numerazione effettivamente attiva in base al contratto e che l'esercizio utilizzava anche per effettuare le giocate e le ricariche telefoniche;

- la ricorrente adiva il CORECOM per tentare la conciliazione e per ottenere la riattivazione del servizio telefonico sospeso;

- il servizio telefonico veniva riattivato il 18 settembre, ma il tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CORECOM dava esito negativo, in quanto la ricorrente riteneva che l'indennizzo offerto fosse inferiore, oltre che al danno effettivamente subito, anche alle prescrizioni dettate

dall'AGCOM. 5. La C. proponeva quindi domanda dinanzi al giudice di pace che nel 2015 accoglieva solo in parte la domanda dell'attrice condannando la società convenuta al pagamento della somma di Euro 168,75, pari al 50% del canone mensile moltiplicato per il numero dei giorni di sospensione, secondo quanto stabilito dall'art. 274 delle condizioni generali di abbonamento e compensava le spese di lite tra le parti. Il giudice di pace rigettava invece la domanda di risarcimento dei danni ritenendo non denunciata la sospensione del servizio e non provata la flessione di entrate. Affermava inoltre che il maggior danno, rispetto all'indennizzo previsto dalle condizioni generali, non spettasse perchè non concordato ex art. 1382 c.c. (ritenendo riconducibile l'indennizzo pro die previsto al meccanismo della clausola penale), oltre che non provato.

6. La C. proponeva appello, ribadendo la sua domanda volta ad ottenere l'importo di Euro 3.000,00 complessivi a titolo di risarcimento del danno, e comunque quanto meno una indennità di 720,00 Euro, sulla base delle condizioni generali di abbonamento aggiornate dalla Delib. n. 124 del 2010 della AGCOM. Sosteneva che nella pronuncia di primo grado non si era tenuto conto della mancata risposta al suo reclamo e del mancato preavviso rispetto alla sospensione del servizio.

7. Il tribunale, in qualità di giudice d'appello, rigettava l'impugnazione affermando che la Delib. n. 124 del 2010, cui faceva riferimento l'appellante, non avesse valore immediatamente precettivo, presupponendo l'adozione di un provvedimento attuativo volto a regolamentare gli indennizzi applicabili ai rapporti tra utenti e operatori di comunicazioni telefoniche: provvedimento attuativo che il giudice adito assumeva di non conoscere, e di non essere tenuto a conoscere, non essendo il principio iura novit curia applicabile agli atti amministrativi. Aggiungeva poi che, non risultando tale provvedimento depositato nel fascicolo di parte, correttamente il giudice di pace aveva provveduto a liquidare l'indennizzo per l'interruzione del servizio, dovuto, sulla base dell'art. 27 delle condizioni generali di contratto.

In ordine all'indennizzo per la mancata o ritardata risposta ai reclami, introdotto con il provvedimento attuativo non depositato in atti, il tribunale rigettava la domanda sulla base della mancanza di prova dell'avvenuta presentazione di un reclamo formale, essendo stata fornita esclusivamente una prova testimoniale dell'invio di un fax. Inoltre, riteneva inidonea a fornire la prova della contrazione degli utili la produzione del registro corrispettivi.

Motivi della decisione

8. Con il primo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 113 c.p.c., comma 1, per avere la sentenza impugnata affermato che le delibere dell'Agcom sarebbero atti amministrativi e non atti normativi, affermazione che indica come contrastante rispetto ai principi già affermati da questa Corte con le sentenze Cass. SU n. 4813 del 2006 e n. 25611 del 2016.

Segnala inoltre che alla Delib. n. 124 del 2010 AGCOM è stata data attuazione con la successiva Delib. n. 73 del 2011, della medesima Autorità, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 60 del 14.3.2011, avente natura regolamentare.

9. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 115 c.p.c., e l'omesso esame circa un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti, consistente nella prova della segnalazione e contestazione delle richieste illegittime del gestore: la ricorrente afferma che la circostanza risultava pacifica in quanto incontestata mentre il giudice d'appello l'aveva ritenuta non provata.

10. Con il terzo motivo si denuncia nuovamente l'omesso esame circa un fatto decisivo per aver ritenuto non provata la circostanza che la C. non abbia potuto eseguire delle ricariche nel periodo di sospensione della linea telefonica con motivazione apparente e contraddittoria.

11. Con il quarto motivo si denuncia nuovamente l'omesso esame circa un fatto decisivo là dove il tribunale ha affermato che la ricorrente non aveva dimostrato attraverso la produzione del registro dei corrispettivi che l'entità del mancato guadagno fosse riconducibile proprio alla sospensione del servizio telefonico; si denuncia anche la violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c..

12. Il primo motivo va accolto.

Va premesso che il quadro dei poteri e delle competenze da attribuire alle Autorità indipendenti si sottrae ad una definizione unitaria, dal momento che alla moltiplicazione di tali organismi si unisce il fatto che il Legislatore non ha dettato una disciplina omogenea degli stessi, dando vita, di conseguenza, ad organizzazioni distinte le une dalle altre e caratterizzate da specifiche competenze. Le Authorities, pur nella individualità e specificità delle competenze attribuite a ciascuna di esse, sono accomunate dal fatto che svolgono molteplici funzioni, che vanno da quelle di impulso, anche indiretto, sull'attività degli organi di indirizzo politico, a quelle regolamentari e a quelle provvedimentali, le quali si distinguono, a loro volta, in una pluralità di fattispecie che, in alcuni casi, si palesano con una finalità di regolamentazione del settore di competenza, in altri provvedimentale in senso proprio, ed in altri, infine, con funzione precontenziosa.

La dottrina e la giurisprudenza amministrative riconoscono che rientri nelle competenze delle Autorità emanare norme sub-primarie, dirette a completare una disciplina lasciata, talvolta, ma non sempre, per consapevole scelta volta a valorizzare l'autonomia delle Autorità, incompleta dal Legislatore. Come chiarito più volte dal Consiglio di Stato, la legittimazione all'esercizio della potestà regolamentare da parte delle Autorità indipendenti parte dalle finalità di interesse pubblico che la legge assegna a ciascuna di esse. Talvolta quindi l'esercizio di potestà normativa secondaria da parte delle Autorità indipendenti si giustifica per implicito, talaltra, come nel caso dell'Agcom, esiste una espressa previsione normativa, benchè generica nel suo contenuto: l'Agcom ha il compito

di garantire mediante regolamenti "l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alla infrastrutture di comunicazione" (L. n. 249 del 1997, art. 1, comma 6, lett. c)).

Pertanto, se non tutte le delibere delle Autorità indipendenti hanno contenuto normativo, nondimeno le Autorità possono emettere delibere che hanno forza e valore di fonte normativa subprimaria.

Tali atti normativi, che intervengono nell'ambito di competenza riservata alle Autorità, si caratterizzano, come per tutte le Autorità indipendenti, per una procedura partecipata e trasparente ed una adeguata motivazione. Come illustrato dalla dottrina, in sostituzione della dialettica propria delle strutture rappresentative, per giustificare il ruolo ed i poteri di tali soggetti deve farsi ricorso infatti ad una tutela garantita in virtù del "procedimento partecipativo" quale strumento che garantisce la partecipazione al procedimento di regolamentazione dei soggetti interessati.

Tutto ciò premesso, di fronte ad un provvedimento emesso da un'Autorità indipendente, pertanto, il giudice di merito non può limitarsi a qualificarlo genericamente come Delib., e a ricondurlo per ciò solo alla categoria degli atti amministrativi, ma deve verificare se all'atto possa attribuirsi valore di fonte normativa regolamentare o se, come nella specie, ad esso sia stata data attuazione con atto regolamentare.

Se l'atto richiamato dalle parti ha natura regolamentare ed efficacia erga omnes, benchè non prodotto nei termini processuali dettati ai fini della produzione documentale, il giudice non può legittimamente omettere di prenderlo in considerazione perchè non prodotto tempestivamente, ma rientra in ogni caso nell'ambito del suo dovere di ricerca del diritto da applicare al caso di specie il compito di attivarsi per reperirlo ed in particolare, non può sottrarsi al dovere di valutarlo ove prodotto (in riferimento alla diversa natura degli atti regolamentari e alla loro riconduzione o meno, a seconda dei casi, nell'ambito di operatività del principio "iura novit curia" v. Cass. n. 7715 del 2022; Cass. n. 3997 del 2020; Cass. n. 34158 del 2019).

Nel caso di specie, se la delibera n. 124 del 2010 appare un atto di natura endoprocedimentale, volto ad avviare una consultazione pubblica in relazione alla futura adozione del regolamento volto a rideterminare gli indennizzi, necessitante quindi per spiegare efficacia di un successivo provvedimento attuativo, ad essa però, come segnalato dalla ricorrente, è stata data successiva ed espressa attuazione con la successiva Delib. n. 73 del 2011, denominata espressamente "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nelle controversie tra utenti e operatori" pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 60 del 14.3.2011. Questo secondo provvedimento può ritenersi di natura regolamentare, sia perchè tale si autodefinisce, sia perchè è destinato ad incidere su tutte le possibili controversie in materia di telecomunicazioni, fornendo gli strumenti per evitare che si giunga a giudizio e predeterminando con provvedimento di carattere generale, da applicarsi a tutti i

gestori e tutti i fruitori dei servizi di telefonia, la misura degli indennizzi dovuti dal soggetto erogatore dei servizi di telefonia in relazione alle varie ipotesi di possibili disservizi in materia di telecomunicazioni.

Avendo natura regolamentare, e non di semplice provvedimento amministrativo, il giudice di merito non poteva legittimamente omettere di prenderlo in considerazione in quanto non tempestivamente prodotto e portato a sua conoscenza, ma avrebbe dovuto ricercarlo ed utilizzarlo ai fini della determinazione dell'indennizzo come attualizzato dalla stessa AGCOM in un tempo precedente al verificarsi dell'episodio, che non ricadeva quindi nell'ambito di applicazione delle originarie condizioni generali, ma delle nuove previsioni contenute nel Regolamento del 2011.

13. Anche il secondo motivo di ricorso, con il quale si lamenta la violazione dell'art. 115 c.p.c., ed il vizio di motivazione in ordine al rigetto della domanda sul punto della mancata risposta ai reclami relativi alle denunce di abusiva attivazione delle utenze telefoniche senza accordo, è fondato e va accolto.

L'avvenuta proposizione del reclamo in ordine ai disservizi telefonici, in particolare all'attivazione di nuove utenze telefoniche da parte del gestore senza richiesta da parte dell'utilizzatore, rientra nell'onere probatorio in capo all'attore, che chieda di essere indennizzato per la mancata risposta a tali reclami.

Per fornire la prova del fatto costitutivo del proprio diritto, peraltro, l'attore può avvalersi di tutti gli ordinari mezzi previsti dalla legge (Cass. 11/03/2011, n. 5915; Cass. 03/03/2009, n. 5071), compresa la mancata contestazione, in tutto o in parte, ad opera del convenuto del fatto invocato dal creditore a sostegno della pretesa azionata. E', infatti, onere del convenuto quello di prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda: dal mancato assolvimento di tale onere discende che i fatti non contestati si ritengono non controversi e non richiedenti specifiche dimostrazioni (Cass. 16/12/2010, n. 25516), essendo tuttavia necessario, a tal fine, che il fatto sia esplicitamente ammesso ovvero che la difesa dell'opponente sia stata impostata su circostanze incompatibili con il disconoscimento (Cass. 17/11/2003, n. 17371).

La non contestazione del convenuto costituisce un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà, perciò, ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti (ex plurimis,, Cass. 23/03/2022, n. 9439; Cass. 17/06/2016, n. 12517; Cass., 09/03/2012, n. 3727; Cass. 05/03/2009, n. 5356).

14. Degli enunciati principi di diritto non ha fatto buon governo la sentenza impugnata, laddove ha ritenuto non provato che l'esercizio commerciale di cui era titolare la C. avesse sporto i reclami. Dal tenore della comparsa di risposta, i cui passi salienti sono riprodotti nel ricorso, e dalle stesse dichiarazioni della controricorrente, si evince che la Telecom non contestò di aver ricevuto quanto meno un reclamo da parte della ricorrente in ordine alla indebita attivazione di almeno una delle due utenze telefoniche supplementari non autorizzate, nè che la stessa sollecitò la medesima a svolgere formale denuncia alle autorità, nè tanto meno che ricevette copia di tale denuncia, prima di sospendere il servizio. Pertanto, l'aver sporto il reclamo, quanto meno per una delle due utenze, doveva ritenersi circostanza non contestata. Questo sollevava la ricorrente dall'onere di dover provare la circostanza, e precludeva al giudice di merito di poter ritenere la circostanza non provata, nell'ambito del suo libero apprezzamento, in virtù della limitata credibilità del teste, proprio perchè si trattava di circostanza sottratta all'onere probatorio, attesa la non contestazione di essa.

15. Il terzo e il quarto motivo di ricorso sono inammissibili, perchè tendenti ad una rinnovazione della alquanto sbrigativa valutazione delle circostanze oggetto di prova.

Il ricorso è quindi accolto in relazione al primo e al secondo motivo, la sentenza è cassata in relazione, la causa è rinviata al Tribunale di Teramo in diversa composizione, che provvederà a liquidare anche le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il primo e il secondo motivo di ricorso, dichiara inammissibili il terzo e il quarto. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia al Tribunale di Teramo in diversa composizione anche per le spese del presente giudizio.

Conclusione

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Corte di Cassazione, il 4 aprile 2022.

Depositato in Cancelleria il 6 luglio 2022