

Eccezione di improcedibilità di parte e di ufficio nel giudizio di primo grado per mancato esperimento del tentativo di mediazione civile e facoltà del giudice di appello

Autore: Pizzigallo Francesco

In: Diritto civile e commerciale

nella sentenza n. 32797 del 13 /12 /19 della cassazione civile

Premessa - La recente sentenza della Terza Sezione della Cassazione Civile n.32797 del 13 dicembre 2019 - Il tema dell'eccezione di improcedibilità da parte del convenuto e da parte del giudice in primo grado per mancato esperimento del tentativo di mediazione civile ex art. 5 comma 1 bis e 5 del d. lgs 28/10 - La facoltà del giudice in appello di far esperire il tentativo di mediazione ex art. 5 comma 2 del d. lgs.28/10 - L'accoglimento del ricorso in Cassazione

Volume consigliato

Premessa

L'instaurazione di un giudizio senza passare dal preventivo esperimento della mediazione nelle materie obbligatorie[1] e facoltative è una eventualità con cui la giurisprudenza di merito e di legittimità si è misurata sin dall'entrata in vigore **del d. lgs. 28 /10**. Nello specifico della sentenza oggetto di commento la norma di riferimento è l'**art.5** nei **commi 1 bis[2], 2[3] e 5[4]**.

La recente sentenza della Terza Sezione della Cassazione Civile n.32797 del 13 dicembre 2019

Questa significativa sentenza affronta un tema particolarmente sensibile nel dibattito dottrinario e

giurisprudenziale nel periodo iniziale di entrata in vigore della normativa adr, quale è quello della rilevabilità di parte o d'ufficio del mancato esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria. La pronuncia di legittimità dal punto di vista economico attiene una iniziale richiesta di condanna al pagamento che non superava i 18.000 €.

L'oggetto del giudizio di merito dinanzi al Tribunale di Pesaro è una richiesta di condanna da parte di un locatore R. F. sfrattato per finita locazione di pagamento di trentasei mensilità di canone di locazione quale risarcimento ai sensi dell'**art.3 commi 3 e 5 della legge n.431 del 1998** per non avere la parte convenuta, la locatrice O. C., provveduto nei dodici mesi dal termine del contratto di locazione alla vendita dell'immobile de quo. Si tratta con tutta evidenza di un caso di locazione rientrante fra le materie per cui è richiesto prima della causa civile l'esperimento obbligatorio del tentativo di mediazione. Il giudizio di primo grado si conclude con il rigetto della domanda in quanto il termine dei dodici mesi va inteso con riferimento alla data di esaurimento della procedura di sfratto. Il ricorso davanti alla Corte di Appello di Ancona nell'agosto del 2017, oltre due anni prima della sentenza di legittimità, si conclude con l'improcedibilità della domanda per due motivi. **Il primo** è collegato al comportamento della parte che non aveva partecipato personalmente e senza un giustificato motivo alla procedura di mediazione, mentre **il secondo** è collegato al fatto che "non era precluso al giudice di appello rilevare la nullità della sentenza per il difetto di rituale mediazione non rilevato dal giudice di primo grado". Dinanzi all'esito negativo dell'appello R. F. ricorre in Cassazione sulla base di tre motivi.

Il primo, nuovamente, è fondato sulla violazione e falsa applicazione dell'**art. 5 comma 1 e 1 bis d.lgs. n.28 del 2010, ai sensi dell'art. 360 comma 1 n.3 c.p.c.,[5]** per cui solo nel giudizio di primo grado avrebbe potuto esserci un'eccezione di parte convenuta o di ufficio del giudice sul punto del procedimento mediativo. Il secondo motivo, con medesimo riferimento normativo, si basa sulla circostanza che la volontà della parte non presente, il conduttore dell'immobile, si fosse in realtà espressa per il tramite del legale. Il terzo e ultimo motivo trova il riferimento normativo nel **secondo comma dell'art.5** del d. lgs. citato, e si radica sulla facoltà di azione del giudice di appello di rinviare le parti in mediazione dopo avere indagato sulla possibilità di successo "tenendo conto della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento delle parti"

Il supremo Collegio valutando unitariamente primo e terzo motivo li ritiene fondati e ritiene assorbito il secondo. Il ragionamento in punto di diritto parte dalla riproduzione integrale dell'**art.5 comma 1 bis**, la cui lettura e interpretazione testuale è ritenuta sufficiente per comprendere l'avvenuta scadenza dei termini di eccezione in primo grado così come corroborato dalla giurisprudenza citata[6] dagli Ermellini. La suprema Corte preclude al giudice di appello la possibilità del rilievo di ufficio in conseguenza dell'inazione della parte convenuta e anche del giudice nella fase di primo grado. A conferma della sua linea viene fatto riferimento alla sentenza della Cassazione n. 27433 del 30 ottobre 2018 oltre che al testo normativo riportato ancora una volta integralmente.

Ritenuto assorbito il secondo motivo nell'accoglimento di primo e terzo il 30 ottobre 2019 la Terza Sezione "cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti; rinvia alla Corte di appello di Ancona in diversa

convocazione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del procedimento di legittimità”.

Il tema dell’eccezione di improcedibilità da parte del convenuto e della rilevazione da parte del giudice in primo grado per mancato esperimento del tentativo di mediazione civile ex art. 5 comma 1 bis e 5 del d. lgs. 28/10.

Il dettato normativo non lascia molto spazio all’interpretazione nella parte in cui dispone l’eccezione possibile su istanza del convenuto, a pena di decadenza e d’ufficio da parte del giudice “non oltre la prima udienza”. La scelta di questo limite temporale non è casuale e rimanda al rito ordinario di cognizione e all’**art. 183 c.p.c. [7]**, in quanto la verifica della regolarità del contraddittorio avviene nell’udienza di prima comparizione delle parti.

Il livello di incardinamento dell’istituto della mediazione nell’ambito degli strumenti che concorrano alla regolarità del contraddittorio si coglie dal porre un punto fermo nella prima udienza per l’eccezione di parte del convenuto e l’intervento autonomo del giudice.

Per quanto concerne il convenuto che vuole andare oltre un comportamento semplicemente dilatorio la sua eccezione rappresenta una possibilità, che non è ripetibile se non in un secondo grado di giudizio attraverso il filtro giudiziale, con l’obiettivo di trovare nella mediazione un luogo e uno spazio temporale in cui comporre il conflitto con l’attore. Una vera e propria finestra di opportunità per uscire dal giudizio, che nel periodo iniziale di introduzione per legge della mediazione la parte convenuta, nello specifico il suo legale, malvolentieri apriva per sfiducia e diffidenza verso l’istituto. Questo atteggiamento ormai superato ha trasferito al giudice il ruolo di “garante” dell’effettivo utilizzo dell’istituto della mediazione civile e commerciale.

I successivi due periodi dello stesso comma disciplinano il comportamento del giudice nel caso di una mediazione iniziata, ma non conclusa, oppure nemmeno esperita. Ricordiamo soltanto la fissazione della successiva udienza dopo la scadenza dei termini nella prima ipotesi e l’assegnazione del termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione nella seconda[8]. Il giudice informa la parte in sede giudiziale della possibilità di esperire il procedimento di mediazione o invita l’avvocato di parte a produrre nella successiva udienza il documento informativo sulla mediazione civile e commerciale. Il processo civile non inizia da capo, ma piuttosto recupera il passaggio iniziale che le parti non hanno voluto percorrere accorciando la strada che conduce il conflitto fra due o più soggetti al contenzioso giudiziale.

La facoltà del giudice in appello di far esperire il tentativo di mediazione ex art. 5 comma 2 del d. lgs.28/10

Acquisito che le parti possano o meno avere esperito il tentativo di mediazione obbligatoria il giudice anche in sede di appello ha un potere parzialmente diverso rispetto a quello di ufficio del giudizio di primo grado: “può disporre l’esperimento del procedimento di mediazione”. Si passa quindi dal deve essere del precedente comma al può disporre. Si tratta di un potere condizionato da una serie di valutazioni soggettive collegate alla “natura della causa”, alla storia processuale o “stato dell’istruzione” della causa e al “comportamento delle parti”. La scelta deve essere evidentemente ponderata anche perché l’imposto esperimento del procedimento di mediazione diventa “condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello”.

Anche in questo caso esiste un termine limite di proposizione alle parti che coincide con l’udienza di precisazione delle conclusioni o quella di discussione della causa. L’ultimo periodo del **comma 2** affronta il tema dell’udienza che il giudice deve fissare dopo la scadenza dei termini per lo svolgimento della mediazione. Di seguito nella seconda parte viene affrontata l’ipotesi che “la mediazione non è già stata avviata” per cui viene assegnato alle parti il termine di quindici giorni per presentare l’istanza di mediazione. Al riguardo si comprende l’utilità, ai fini della scelta discrezionale giudiziale, che il contenuto del verbale negativo di mediazione o dei verbali degli incontri svolti possano avere per il giudice, pur con i limiti previsti dall’ultimo periodo del **comma 1** dell’**art.8[9]** e dall’ **art.9[10]** del **d. lgs. 28/10** e dei contenuti che le parti possono non fare verbalizzare.

Abbiamo quindi di fronte due eventualità distinte per lo svolgimento di una mediazione demandata dal giudice. Una scelta discrezionale che deve essere ben ponderata perché nel primo caso presuppone l’avvenuto svolgimento della mediazione e quindi un nuovo tentativo e nel secondo, non essendo stata esperita la mediazione, invece un primo tentativo. La stessa facoltà, beninteso, può essere esercitata anche dal giudice di primo grado laddove valuti che i motivi che abbiano fatto fallire in precedenza la mediazione possano essere stati superati o siano superabili e sempre che alle parti sia fatta ben comprendere la ratio e l’utilità della mediazione anche in corso di giudizio e le stesse naturalmente siano in tal senso recettive. Questa possibilità offerta al giudice vale naturalmente sia per le materie obbligatorie che per tutte le altre ed è riconducibile in un aggettivo al terzo tipo di mediazione: la delegata.

L’errore del giudice di appello è nell’aver rigettato il ricorso per mancato esperimento del tentativo di mediazione quando avrebbe invece potuto procedere a una mediazione demandata, o se non fosse stato convinto della sua utilità, con l’emissione del dispositivo di conferma o meno della sentenza di primo grado.

In sede di appello, nello specifico, la mancata mediazione diventa per il ragionamento del giudice di

legittimità non più una questione di forma, ma una questione di sostanza: vale o meno la pena far andare le parti in mediazione? Questa è la valutazione da fare conferendo così al provvedimento emesso con ordinanza più di un semplice invito a esperire il tentativo di mediazione, piuttosto che un invito obbligatorio ad entrare in mediazione che si manifesta in una vera moral suasion[11] da parte del giudice.

L'accoglimento del ricorso in Cassazione con conseguente cassazione della sentenza con rinvio

In conclusione la sentenza della Terza Sezione Civile della Suprema Corte n.32797 del 13 dicembre 2019 afferma che la regolarità formale del contraddittorio dal punto di vista del mancato esperimento o del mancato completamento della procedura di mediazione può essere eccepita sia dalla parte convenuta che d'ufficio dal giudice solo in primo grado e non oltre la prima udienza di comparizione. Oltre questo step processuale il vizio formale è sanato. L'orientamento è assolutamente condivisibile in combinato disposto con **il secondo comma dell'art.5 cit.** che offre al giudice di appello, e non solo, una facoltà diversa rispetto al dovere di ufficio del primo grado di fronte all'inazione della parte convenuta oltre che dell'attore nella fase pregiudiziale. Il giudice, "anche in sede di appello", ha la discrezionalità di riaprire o aprire per la prima volta alle parti il percorso mediativo sulla base della natura della causa, della sua istruzione e del comportamento delle parti. Questa facoltà, al di là del fatto che le parti accolgano fino in fondo e quindi fino all'esito positivo auspicabile l'invito del giudice, concede alla mediazione delegata la possibilità di fare entrare le parti in mediazione al fine di trovare un accordo positivo per entrambe (Cfr. Trib. Roma, sent. 26.05.2016; Tribunale di Civitavecchia, ord 15.01.2016; Trib. Vasto, ord. 23.04.2016; Trib. Pavia, 20.01.2017; Trib. Monza, ord. 18.04.2018). Nel caso de quo spetterà a un nuovo collegio della Corte di appello di Ancona valutare questa possibilità.

C'è sempre quindi tempo fino in appello per usare l'alternative dispute resolution come strumento di composizione del conflitto fra le parti e di riduzione dei tempi e dei costi del contenzioso giudiziario.

Volume consigliato

Note

[1] Materie obbligatorie: controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di

pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari

[2] “L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.”

[3] “Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.”

[4] “Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto”

[5] “3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro”

[6] Cass. 13 novembre 2018 n. 29017; 13 aprile 2017n. 9557 e 2 febbraio 2017 n. 2703

[7] “All'udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, pronuncia i provvedimenti previsti dall'articolo 102, secondo comma, dall'articolo 164, secondo, terzo e quinto comma, dall'articolo 167, secondo e terzo comma, dall'articolo 182 e dall'articolo 291, primo comma. Quando pronuncia i provvedimenti di cui al primo comma, il giudice fissa una nuova udienza di trattazione.”

[8]

<https://www.diritto.it/la-mediazione-attivata-oltre-i-15-giorni-no-al-nuovo-termine-e-improcedibilita-della-d-omanda/>

[9] “Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento”

[10] “1. Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti.”

[11] <https://www.diritto.it/la-moral-suasion-del-giudice-nella-mediazione-demandata/>

<https://www.diritto.it/eccezione-di-improcedibilita-di-parte-e-di-ufficio-nel-giudizio-di-primo-grado-per-man-cato-esperimento-del-tentativo-di-mediazione-civile-e-facolta-del-giudice-di-appello/>