



PROCURA GENERALE della Corte di cassazione

21 novembre 2023 – Sezioni Unite Civili

R.G. n. 12668/2023 – n. 02 del ruolo dell'udienza pubblica

Requisitoria ex art. 363-bis, quarto comma, c.p.c.

**Prima Presidente: dott.ssa Margherita Cassano
Consigliere Relatore: dott.ssa Loredana Nazzicone**

IL PUBBLICO MINISTERO

letti gli atti, visto l'ordine di servizio n. 28 del 2020 con il quale vengono stabilite le direttive secondo le quali debbano essere redatte le conclusioni scritte nella trattazione delle procedure ed in particolare che possa procedersi a conclusioni per schema in tutti i casi in cui non si presentino aspetti di significatività in fatto o in diritto, osserva:

1. La questione interpretativa sottoposta alla deliberazione di codesta Corte con il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c. di cui all'ordinanza del 13 giugno 2023 del Tribunale di Roma ruota intorno al quesito di diritto attinente alla sussistenza o meno dell'obbligo di procedere alla mediazione ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28 del 2010 nel caso della proposizione di una domanda riconvenzionale ove una mediazione sia stata già ritualmente effettuata, anteriormente alla prima udienza, in relazione alla sola domanda principale. È opinione del Tribunale *a quo* che il dato normativo non chiarisca se e a carico di quale parte il suddetto onere incomba e quali siano le conseguenze della relativa omessa ottemperanza, tanto da illustrare nell'anzidetta ordinanza ben cinque diversi scenari

interpretativi.

2. Il riferimento normativo oggetto di approfondimento esegetico è principalmente costituito dai primi due commi dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, che, nella versione attualmente vigente, così recitano: «1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una 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, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente capo. 2. Nelle controversie di cui al comma 1 l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità è eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Il giudice, quando rileva che la mediazione non è stata esperita o è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. A tale udienza, il giudice accerta se la condizione di procedibilità è stata soddisfatta e, in mancanza, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale».
3. Giova premettere che la Direttiva 2008/52 CE del Parlamento europeo e del Consiglio, oggetto di espresso richiamo nel preambolo del d.lgs. n. 28 del 2010, al fine di garantire un migliore accesso alla giustizia, ha invitato gli Stati membri a istituire procedure extragiudiziali e alternative di risoluzione delle controversie civili e commerciali, sul presupposto che «[l]a mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiore probabilità di essere rispettati volontariamente e

preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti» (sesto Considerando).

4. L'art. 5 di detta direttiva, al primo paragrafo, così stabilisce: «1. L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili». Il secondo paragrafo, in sintonia con il quattordicesimo Considerando, prevede che «[l]a presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario».
5. In effetti, come enunciato dal considerando 8 della detta direttiva 2008/52, nulla vieta agli Stati membri di applicare tale direttiva ai procedimenti di mediazione interni, facoltà di cui il legislatore italiano si è avvalso. E nello stesso senso, il considerando 19 della direttiva 2013/11 ricorda che la direttiva 2008/52 definisce un quadro di riferimento per i sistemi di mediazione a livello di Unione per quanto concerne le controversie transfrontaliere, senza impedire l'applicazione di tale direttiva ai sistemi di mediazione interna.
6. Sul punto, la Corte di Giustizia ha chiarito con la sentenza Menini e Rampanelli del 14 giugno 2017 (C-75/16), conformemente con le conclusioni dell'AG Saugmandsgaard Øe del 16 febbraio 2017, che la direttiva 2008/52 mira a facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle dispute incoraggiando il ricorso alla mediazione (art. 1, paragrafo 1) e che si applica alle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, ossia, conformemente al suo art. 2, alle controversie in cui almeno una delle parti sia domiciliata o risieda abitualmente in uno Stato

membro diverso da quello di qualsiasi altra parte (art. 1, paragrafo 2).

7. Pertanto, evidenza tale pronuncia, la scelta del legislatore italiano di estendere l'applicazione del decreto legislativo n. 28/2010 alle controversie nazionali non può avere l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione della direttiva 2008/52, come definito all'articolo 1, paragrafo 2, della stessa, di modo che la direttiva 2008/52 non è applicabile a una controversia non transfrontaliera, come quella in esame.
8. Nondimeno, non è inutile rappresentare che del diritto di accesso al sistema giudiziario, con peculiare riguardo alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie, si è occupata anche la Corte di giustizia dell'Unione europea, anche con la sentenza 18 marzo 2010, resa nelle cause C-317, 318, 319 e 320/08, riguardante la normativa italiana che condiziona la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali in materia di servizi di comunicazioni elettroniche all'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione. La Corte di giustizia ha affermato che il principio della tutela giurisdizionale effettiva è principio generale del diritto dell'Unione, che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU ed è stato ribadito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 47. Tuttavia, tale diritto, al pari degli altri diritti fondamentali, non si configura come una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, «a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti». Pertanto, la previsione interna persegue «legittimi obiettivi di interesse generale» in quanto l'introduzione di una procedura di risoluzione stragiudiziale meramente facoltativa non avrebbe costituito un mezzo efficace e, d'altro, canto, non sussiste una sproporzione

manifesta tra gli obiettivi d'interesse generale perseguiti dal legislatore italiano e gli eventuali inconvenienti arrecati dal meccanismo dell'obbligatorietà.

9. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale non è ostativa a una normativa che prevede il previo esperimento d'una procedura di conciliazione extragiudiziale, «a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone».
10. Nel versante costituzionale è da tempo risalente ampiamente acquisita l'ammissibilità della "giurisdizione condizionata", essendo state ritenute costituzionalmente illegittime solo quelle norme che, anziché rivolte ad «assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione [e] prevenire altresì eccessi riprovevoli nell'esercizio del diritto di azione, eccitando nel titolare un senso di responsabilità», tendevano «alla soddisfazione di interessi del tutto estranei alle finalità predette» e conducevano «al risultato di precludere o ostacolare gravemente l'esperimento della tutela giurisdizionale» (sentenza n. 80 del 1966). Pertanto, per la Corte, la tutela giurisdizionale "è garantita sempre dalla Costituzione, non certo nel senso che si imponga una sua relazione di immediatezza con il sorgere del diritto; e pertanto non ha senso l'obbiettare che condizionare l'azione all'espletamento di un procedimento amministrativo è procrastinarne l'esercizio... Né sono costituzionalmente illegittime "disposizioni che impongono oneri diretti ad evitare l'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale; e si percorre la stessa via logica quando si riconoscono non pregiudizievoli all'esercizio del diritto norme che vogliono evitarne,

se non l'abuso, l'eccesso, e vogliono indirizzarlo perciò verso un suo uso adeguato, ancorandolo ad una determinazione dell'opportunità di promuovere l'azione giudiziaria che maturi dopo un apprezzamento della fondatezza delle pretese, compiuto alla stregua delle risultanze emerse in un procedimento preliminare di natura amministrativa" (sentenze n. 47 del 1964 e n. 130 del 1970). Dunque, come da giurisprudenza della Corte costituzionale, sono compatibili con il precetto dell'art. 24 Cost. condizionamenti all'accesso alla giustizia giustificati da esigenze di ordine generale, (*ex plurimis*, sentenze n. 276 del 2000, n. 82 del 1992, n. 46 del 1974; ordinanze n. 355 del 2007, n. 436 del 2006, n. 67 del 2005, n. 251 del 2003). Infatti, per la sentenza n. 276 del 2000, riguardo al processo del lavoro, «il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo».

11. Proprio in armonia con tale prospettiva di valorizzazione, anche sotto il profilo costituzionale, delle soluzioni alternative alle controversie, la Corte, con la sentenza n. 10 del 2022, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 3, primo e secondo comma, e 24, terzo comma, Cost., gli artt. 74, comma 2, e 75, comma 1, t.u. spese di giustizia, nella parte in cui non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione obbligatoria, quando nel corso degli stessi è stato raggiunto un accordo, nonché l'art. 83, comma 2, del medesimo t.u., nella parte in cui non prevede che, in tali fattispecie, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria

che sarebbe stata competente a decidere la controversia. Per la Corte è, infatti, evidente il radicale *vulnus* arrecato al diritto di difendersi dei non abbienti: il nesso di strumentalità necessaria con il processo e la riconducibilità della mediazione alle forme di giurisdizione condizionata aventi finalità deflattive rendono distonica e priva di ragionevole giustificazione la detta esclusione («non implausibilmente i rimettenti rilevano che proprio per effetto dell'esclusione censurata i non abbienti e i loro difensori potrebbero essere indotti a non raggiungere l'accordo e ad adire quindi comunque il giudice, all'unico scopo di ottenere, una volta introdotto il processo, le relative spese difensive. Tale evenienza porterebbe nocimento non solo alla funzione della mediazione, vanificandone le finalità deflattive, ma anche a quella della giurisdizione che, a dispetto della sua natura sussidiaria rispetto alla mediazione stessa, finirebbe per essere strumentalizzata per obiettivi diversi dallo *ius dicere*, ciò che determinerebbe ulteriori irragionevoli ricadute di sistema per il sicuro aumento degli oneri a carico dello Stato, chiamato a sostenere anche i costi dello svolgimento del giudizio», così si legge in detto arresto).

12. In effetti, il divisato complessivo formante giurisprudenziale, di provenienza europea ma anche costituzionale, delinea un complessivo *humus* favorevole a forme di giurisdizione condizionata conseguente al rilievo per cui il principio di ragionevole durata va declinato avendo presente l'ovvia constatazione della ontologica finitezza delle risorse del servizio giustizia e che il possibile ritardo nella definizione di un singolo procedimento è intanto accettabile se e in quanto può tradursi in un risparmio di tempo di definizione della generalità dei procedimenti. Effetto che, come è facilmente intuibile, può costituire diretta conseguenza benefica di un efficace utilizzo delle modalità di risoluzione delle controversie alternative alla fase contenziosa.
13. Ed è alla luce di tale obiettivo *favor* che va delibata la questione interpretativa posta dal Tribunale di Roma, nella consapevolezza

che, pur rifuggendo da eccessivi formalismi, il riportato dato normativo, nel riferirsi, dal lato attivo, alla persona che intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia e, dal lato passivo, al convenuto non consente in alcun modo di escludere dal suo raggio applicativo l'ipotesi dell'esperimento di una domanda riconvenzionale. E ciò senza indulgere in un'interpretazione estensiva delle disposizioni che prescrivono la condizione di procedibilità in rassegna; opzione, in generale, non vista con favore dalla giurisprudenza: Cass. 21 settembre 2012, n. 16092.

14. Dunque, il riconoscimento di un'equivalenza fra tutte le domande giudiziali (da chiunque provenienti) rispetto all'obbligo di mediazione risponde alla oggettiva simmetria fra domande principali e riconvenzionali, in quanto entrambe estrinsecazioni del concetto di azione giudiziale, consistente nella richiesta di un provvedimento giudiziale a sé favorevole e sfavorevole alla controparte, rispetto al quale il giudice ha i medesimi obblighi decisorii in ogni caso teleologicamente diretti alla formazione del giudicato. Infatti, l'elemento distintivo della eccezione (anche riconvenzionale) rispetto alla domanda riconvenzionale risiede non già nella natura del diritto fatto valere dal convenuto, ma nel fine che questi si propone, e cioè nel contenuto della sua istanza processuale, dovendosi ravvisare la configurabilità di una domanda riconvenzionale nella sola ipotesi in cui questa tenda ad un risultato concreto ulteriore rispetto al semplice rigetto della domanda avversaria: Cass. 9 novembre 2012, n. 19519.
15. Né è calzante il rilievo per cui è al solo convenuto che la legge assegna esplicitamente il potere di eccepire l'improcedibilità per omesso svolgimento della procedura conciliativa, posto che, come anticipato, l'utilizzo del termine convenuto ben può attagliarsi anche all'attore convenuto in sede riconvenzionale.
16. Infine, ragionamenti di ordine statistico dell'inutilità di un novello esperimento del procedimento di mediazione, che, pure hanno trovato una qualche eco nella giurisprudenza di merito,

invero minoritaria, contraria alla declinazione della equivalenza fra tutte le domande giudiziali, non sembrano confortati da un effettivo rigore scientifico nella raccolta e nella lettura dei dati, apparendo, al contrario, appunto ispirati a pura empiria. Essi, peraltro, non danno conto del palesarsi di un'oggettiva e novella possibilità per le parti di una possibile soluzione stragiudiziale dell'intera vicenda sostanziale che li riguarda. Quanto poi al possibile utilizzo della domanda riconvenzionale quale mero stratagemma per allungare i tempi del giudizio v'è da rilevare che, in disparte di quanto appresso si puntualizzerà, i ragionamenti esegetici vanno svolti sulla base della fisiologia e non considerando la patologia dei rapporti giuridici, ipotesi, questa, che, comunque, trova rimedio e sanzione già con la semplice applicazione delle previsioni del codice di rito, a cominciare dall'art. 96, comma terzo e quarto, c.p.c.

17. Ciò posto, conforta tale opinione proprio quella giurisprudenza di legittimità, richiamata nel decreto della Prima Presidente del 5 luglio 2023, per cui l'esperimento del tentativo di conciliazione in materia di controversie agrarie è obbligatorio anche nel caso di ampliamento dell'ambito della controversia per effetto della riconvenzionale (Cass. 15 luglio 2008, n. 19436; Cass. 10 luglio 2014, n. 15757; Cass. 11 novembre 2022, n. 33379).
18. Tale giurisprudenza, tuttavia, offre anche un ulteriore spunto, pure adombrato nel cennato decreto, che merita ulteriore continuità anche nella presente sede.
19. Codesta Corte ha affermato che l'onere del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione di cui all'art. 46 della Legge n. 203 del 1982, sussiste, oltre che a carico dell'attore che agisce in via principale in giudizio, anche nei confronti del convenuto che proponga una domanda riconvenzionale, secondo uno dei criteri di collegamento previsti dall'art. 36 c.p.c., con la conseguenza che, in difetto dell'assolvimento di tale condizione, quest'ultima domanda deve essere dichiarata improponibile (Cass. 24 giugno 2003, n. 10017; Cass. 14 luglio 2003, n. 10993; Cass.

18 gennaio 2006, n. 830).

20. Tale orientamento costituisce la migliore risposta al dubbio circa l'ipotesi della proposizione della domanda riconvenzionale con finalità solo dilatorie e sostanzialmente abusive proprio perché interpella il giudice di prime cure allo svolgimento del doveroso compito di una verifica preliminare se la domanda riconvenzionale sia o meno ammissibile, ossia se sia conforme al disposto di cui all'art. 36 c.p.c., dipendendo dal titolo dedotto in giudizio o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione. Coglie infatti il segno l'osservazione per cui il tentativo di mediazione non va effettuato ogni qualvolta vi siano gli estremi per un'*absolutio ab instantia*, stante l'intrinseca inidoneità della relativa pronuncia a dar luogo alla cosa giudicata e, quindi, a dare un nuovo assetto alla vicenda sostanziale, per la quale effettivamente meriti esperire il tentativo di conciliazione. Del pari è a ritenersi nel caso in cui la domanda riconvenzionale sia volta a ottenere la mera condanna per lite temeraria ex art. 96 cod. proc. civ., perché essa attiene al solo regolamento delle spese processuali senza incidere sull'assetto sostanziale dedotto in controversia, così come, allo stesso modo, avviene con riferimento al valore della controversia ai fini della determinazione della relativa controversia (Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726).
21. Tirando le fila del sin qui detto può, allora, ritenersi che la domanda riconvenzionale concernente una controversia ricompresa in una delle materie elencate nell'art. 5 comma 1 del D.Lgs. n. 28 del 2010, anche qualora, con riguardo alla sola domanda principale, sia stata effettuata una valida mediazione in data antecedente alla prima udienza sull'oggetto della sola pretesa attorea, sia sottoposta comunque all'obbligo di mediazione.
22. L'obbligo di iniziativa ricade, ovviamente, sull'attore/ricorrente in riconvenzionale, potendosi estendere al caso di specie le direttive ermeneutiche poste dalle Sezioni Unite con la sentenza 18 settembre 2020, n. 19596: infatti, l'art. 5, comma 1, laddove

stabilisce che "chi intende esercitare in giudizio un'azione" deve promuovere la mediazione non può che alludere alla posizione di colui che è il titolare della posizione sostanziale azionata, che è poi l'unica effettivamente interessata agli effetti interruttivi- sospensivi della prescrizione e impeditivi della decadenza connessi alla proposizione del procedimento di mediazione.

23. Circa le conseguenze del mancato svolgimento della procedura di mediazione relativamente alla domanda riconvenzionale, sempre che la stessa abbia superato un giudizio di plausibile ammissibilità, non risultando *prima facie* inammissibile o comunque non in grado di incidere sulle rispettive posizioni sostanziali della vicenda oggetto di lite, il giudice di prime cure ritenuto non soddisfatto il requisito di procedibilità, è tenuto a fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6, ed a tale udienza, se accerta che la condizione di procedibilità non è stata soddisfatta, dichiara l'improcedibilità della sola domanda riconvenzionale, proseguendo la controversia esclusivamente per la sola definizione della domanda principale introdotta dall'attore/ricorrente.
24. Conclusivamente, alla luce del sin qui detto, quest'Ufficio sollecita codesta Corte, in applicazione del disposto di cui all'art. 363-*bis*, ultimo comma, c.p.c., a enunciare i seguenti principi di diritto:
- a) «la domanda riconvenzionale concernente una controversia ricompresa in una delle materie elencate nell'art. 5 comma 1 del D.Lgs. n. 28 del 2010, anche qualora, con riguardo alla sola domanda principale, sia stata effettuata una valida mediazione in data antecedente alla prima udienza sull'oggetto della sola pretesa attorea, è sottoposta comunque all'obbligo di mediazione, sempre che abbia superato un giudizio di plausibile ammissibilità, non risultando *prima facie* inammissibile o comunque non in grado di incidere sulle rispettive posizioni sostanziali della vicenda oggetto di lite»;
 - b) «in caso di mancato svolgimento della procedura di mediazione

relativamente alla domanda riconvenzionale, che grava a carico dell'attore/ricorrente in riconvenzionale, il giudice di prime cure, ritenuto non soddisfatto il requisito di procedibilità, è tenuto a fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 del D.Lgs. n. 28 del 2010, ed a tale udienza, se accerta che la condizione di procedibilità non è stata soddisfatta, dichiara l'improcedibilità della sola domanda riconvenzionale, proseguendo la controversia esclusivamente per la sola definizione della domanda principale introdotta dall'attore/ricorrente».

PER QUESTI MOTIVI

l'Ufficio conclude perché codesta On. Corte di cassazione voglia enunciare i seguenti principii di diritto:

- a) «la domanda riconvenzionale concernente una controversia ricompresa in una delle materie elencate nell'art. 5 comma 1 del D.Lgs. n. 28 del 2010, anche qualora, con riguardo alla sola domanda principale, sia stata effettuata una valida mediazione in data antecedente alla prima udienza sull'oggetto della sola pretesa attorea, è sottoposta comunque all'obbligo di mediazione, sempre che abbia superato un giudizio di plausibile ammissibilità, non risultando *prima facie* inammissibile o comunque non in grado di incidere sulle rispettive posizioni sostanziali della vicenda oggetto di lite»;
- b) «in caso di mancato svolgimento della procedura di mediazione relativamente alla domanda riconvenzionale, che grava a carico dell'attore/ricorrente in riconvenzionale, il giudice di prime cure, ritenuto non soddisfatto il requisito di procedibilità, è tenuto a fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 del D.Lgs. n. 28 del 2010, ed a tale udienza, se accerta che la condizione di procedibilità non è stata soddisfatta, dichiara l'improcedibilità della sola domanda riconvenzionale, proseguendo la controversia esclusivamente per la sola

definizione della domanda principale introdotta dall'attore/ricorrente».

Roma, 19 ottobre 2023

per il Procuratore generale

Fulvio Troncone, sostituto

