SUL TERMINE DI QUINDICI GIORNI PER INTRODURRE LA MEDIAZIONE DISPOSTA DAL GIUDICE. LO STATO DELL'ARTE.

Di nuovo incertezza.

Di nuovo necessità dell’intervento della Cassazione, per ora quanto meno a Sezione Semplice, che dirima i dubbi e indichi una soluzione.

Si tratta del termine di quindici giorni da rispettare quando è direttamente il giudice a disporre la mediazione.

La norma che regola la materia è l’art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010.

Al comma 1 bis (mediazione obbligatoria) è scritto che: “…omissis… *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****.*”.

Al secondo comma (mediazione facoltativa) è invece previsto che “*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****.*”.

E’ subito sorta discussione in merito alla perentorietà o meno del termine di cui sopra.

La legge, in effetti, non lo definisce come perentorio, ma come al solito nella materia condominiale nulla deve darsi per scontato.

Come al solito, nuovamente, c’è qualcosa che deve essere “interpretato”.

Il **Tribunale di Firenze**, con **sentenza del 9/6/2015**, ha infatti ritenuto che: “*Nella fattispecie è pacifico che, nel termine concesso all’udienza 15.4.2014, nessuna delle parti ha attivato la mediazione. Irrilevante e tardivo, ad avviso del Tribunale, è poi il successivo esperimento della mediazione su iniziativa della parte convenuta in data 8.7.2014 (cfr sul punto quanto risultante dal verbale di mediazione depositato). Trattasi, infatti, di adempimento posto in essere quando il termine ex lege assegnato per l’esperimento (rectius: attivazione) del procedimento di mediazione era già ampiamente scaduto. Né d’altra parte giova obbiettare che, in difetto di legale espressa previsione, il termine in questione non avrebbe natura perentoria, ma solo ordinatoria (art. 152 c.p.c.). Invero, secondo la giurisprudenza di legittimità, che si condivide, il carattere della perentorietà del termine può desumersi, anche* ***in via interpretativa*** *tutte le volte che, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, lo stesso debba essere rigorosamente osservato (in questo senso Cass. n. 14624/00, 4530/04). Non si dubita ad esempio, che, il termine per proporre opposizione a decreto ingiuntivo di cui all’art. 641 c.p.c., pur non espressamente dichiarato perentorio da tale disposizione, abbia tale qualità, sia perché tale procedimento presenta taluni caratteri del procedimento impugnatorio, la cui proposizione è secondo i principi generali sempre scandita da rigorosi termini processuali, sia perché la mancata osservanza di tale termine comporta esecutorietà del decreto ex art. 647 c.p.c.. Ritiene il giudicante che a conclusione analoga si debba pervenire in caso di mancato rispetto del termine concesso dal giudice ex art. 5, II co., ultimo periodo D. Lgs. citato per il deposito della domanda di mediazione. La implicita natura perentoria di tale termine si evince dalla stessa gravità della sanzione prevista, l’improcedibilità della domanda giudiziale, che comporta la necessità di emettere sentenza di puro rito, così impedendo al processo di pervenire al suo esito fisiologico. Apparirebbe assai strano che il legislatore, da un lato, abbia previsto la sanzione dell’improcedibilità per mancato esperimento della mediazione, prevedendo altresì che la stessa debba essere attivata entro il termine di 15 gg, dall’altro, abbia voluto negare ogni rilevanza al mancato rispetto del suddetto termine. In proposito è solo il caso di rilevare che, anche a ritenere di natura ordinatoria e non perentoria il termine di 15 gg per l’avvio della mediazione, la mancata proposizione di tempestiva istanza di proroga comporta inevitabilmente secondo la prevalente giurisprudenza, che si condivide, la decadenza dalla relativa facoltà processuale (così, in materia di conseguenze del mancato rispetto di termini ordinatori processuali, non prorogati, cfr, di recente, Cass. N. 589/2015, n. 4448/13, e con pronunce più risalenti, Cass. n. 4877/05; 1064/05; 3340/97). Il principio è stato da ultimo applicato nelle indicate sentenze della corte di legittimità essenzialmente con riferimento al caso della violazione del termine concesso dal giudice per l'assunzione dei mezzi di prova fuori della circoscrizione del tribunale (art. 203, II co. c.p.c. secondo cui “Nell’ordinanza di delega il giudice delegante fissa il termine entro il quale la prova deve assumersi…”). La S.C., confermando un orientamento già più volte espresso, con la sentenza n. 589/2015, premesso che tale termine ha carattere ordinatorio, e che quindi lo stesso è prorogabile, ex art. 154 cod. proc. civ., in caso di istanza avanzata prima della scadenza del termine stesso, ha evidenziato che il suo inutile decorso “comporta la decadenza della parte dal diritto di far assumere la prova delegata, e non soltanto dal diritto di far assumere, per delega, la prova medesima”. Va pertanto senz’altro disatteso quel diverso e più risalente orientamento, secondo cui “lo scadere di un termine ordinatorio … non produce effetti preclusivi, conformemente al disposto di cui all'art. 152 c.p.c., sempre che non si sia verificata una situazione processuale incompatibile” (v. Cass. Sez. Lav. n. 420/1998). Né d’altra parte sul punto può valorizzarsi il diverso orientamento giurisprudenziale, anche recentemente ribadito, formatosi in materia di mancato rispetto del termine, ritenuto ordinatorio, per la attivazione del contraddittorio nei procedimenti attivati con ricorso (tra le tante vedi SSUU n. 5700/14; conforme Sez. I, n. 11418 del 22/05/2014). Invero in tali casi la mancata messa in notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell’udienza da parte del ricorrente è stata ritenuta sanabile in applicazione analogica del disposto di cui all’art. 291 c.p.c., con conseguente obbligo per il giudice, in caso di omessa notifica ovvero di notifica tardiva, di assegnare nuovo termine, questa volta di natura perentoria, per la rinnovazione della notifica fissando ulteriore prima udienza. In quella fattispecie infatti la deroga ai principi generali in materia di effetti della violazione dei termini ordinatori è conseguenza della applicazione analogica di specifica disposizione normativa (art. 291 c.p.c.), riguardante il meccanismo di sanatoria della nullità della notifica dell’atto introduttivo. Tale disposizione prevede che, “se il convenuto non si costituisce e il giudice rileva un vizio che comporta nullità della notificazione della citazione, fissa all’attore un termine perentorio per rinnovarla. La rinnovazione impedisce ogni decadenza”. Appare evidente che tale norma, per diversità di oggetto e materia, non può essere applicata alla fattispecie, nemmeno in via analogica. Si aggiunga che non risulta altra disposizione di ordine generale che consenta, sia pure mediante ricorso all’analogia, la sanatoria del mancato rispetto di termine ordinatorio non prorogato, in materia estranea a quella delle formalità per la instaurazione del contraddittorio. Né d’altra parte appare lecito fare riferimento in via analogica al meccanismo di sanatoria previsto dal D. Lgs. N. 28/2010 e s.m.i. in caso casi di mancato esperimento della mediazione nelle materie in cui la stessa è obbligatoria ante causam (art. 5 co 1 bis). Invero, considerata la natura speciale della disciplina della mediazione “iussu iudicis”, e la espressa sanzione di improcedibilità prevista in caso di inottemperanza, non appare ragionevole ammettere che, in caso di mancato esperimento e/o esperimento tardivo della mediazione disposta dal giudice, sia consentito alle medesime di sanare la propria inerzia mediante la concessione di nuovo apposito termine. D’altra parte nella mediazione obbligatoria ante causam il relativo procedimento deve essere esperito prima del giudizio, e quindi d’iniziativa dalle parti. Ciò spiega perché, ove tale incombente non venga assolto, e la questione sia eccepita dalla parte interessata o rilevata di ufficio, sia consentito sanare l’omissione mediante successivo esperimento della stessa. Si è voluto cioè, in coerenza con analoghe disposizioni processuali (si pensi al caso del tentativo obbligatorio di conciliazione) evitare l’applicazione della grave sanzione dell’improcedibilità per omissione che poteva essere frutto di mancata conoscenza dell’obbligo normativo. L’improcedibilità in tal caso consegue infatti solo al mancato esperimento della mediazione, ove non sia ottemperato l’ordine del giudice di esperire la mediazione art. 5, I co. bis, D. Lgs. n. 28/10 e ss.mm.ii.. Del tutto coerente con tale impostazione è l’aver previsto che il mancato esperimento della mediazione disposta dal giudice ai sensi del II comma della disposizione citata, comporti immediatamente, e quindi senza possibilità di sanatoria, l’improcedibilità della domanda. Deve pertanto concludersi nel senso che la mediazione tardivamente attivata rende improduttivo di effetti il relativo incombente, provocando gli stessi effetti del mancato esperimento di esso. Ne segue quindi la applicazione della sanzione della* ***improcedibilità della domanda giudiziale.***”. (negli stessi termini Trib. Busto Arsizio 15/6/2012). Un lunghissimo ragionamento, quello operato dal Tribunale di Firenze, per dare un senso a quel termine che, si ripete, il legislatore ha tralasciato, anzi probabilmente ha “dimenticato”, di definire perentorio. In linea sostanzialmente conforme il **Tribunale di Genova** che da ultimo, con **sentenza n. 2377 del 7/7/2016** ha del pari ritenuto che *“rilevato che - indipendentemente dalla natura del termine previsto dall’art.5 d.lgs. n.28/2010 e assegnato dal giudice, è pacifico che parte convenuta non ha presentato istanza di proroga di detto termine entro la scadenza dello stesso; - per altro verso parte convenuta non ha formulato, in relazione al decorso di detto termine, alcuna istanza di rimessione in termini; - detta situazione ha determinato la decadenza della parte dalla possibilità di incardinare in termini giuridicamente fondati il procedimento di mediazione, così che il procedimento concretamente radicato e sviluppatosi successivamente al decorso del termine in questione (è pacifico infatti che parte convenuta abbia instaurato detta procedura in data 21.3.2016) non vale a impedire l’applicazione della sanzione processuale di improcedibilità prevista dal legislatore, i cui presupposti ricorrono nel caso in esame; - devono pertanto* ***dichiararsi improcedibili*** *le domande svolte in via riconvenzionale dal condominio convenuto, e precisamente quelle sviluppate al secondo, terzo e quarto punto delle conclusioni della comparsa di risposta;*”. Va detto che il Tribunale di Genova, proprio per evitare equivoci e discussioni, quando dispone d’ufficio la mediazione adotta il seguente modello di verbale: “*Il tribunale, rilevato che la presente causa è stata incardinata successivamente all’entrata in vigore della legge 98/2013, la quale ha reintrodotto la mediazione obbligatoria in materia condominiale, a pena di improcedibilità della controversia; rilevato che le parti non hanno esperito la mediazione obbligatoria; ritenuto pertanto di dover assegnare alle parti il termine di 15 giorni per presentare la domanda di mediazione e di dover fissare l’udienza dopo il decorso del termine di tre mesi previsto per l’espletamento della procedura PQM* ***assegna alle parti termine di 15 giorni per presentare la domanda di mediazione facendo presente che, in difetto di presentazione di istanza di proroga entro la scadenza del termine stesso ex art. 154 c.p.c., la sua decorrenza produrrà la decadenza dalla possibilità di incardinare la mediazione e la conseguente improcedibilità della domanda****; fissa per i medesimi incombenti odierni l’udienza del…*”. Tutto chiaro? Per niente. Il **Tribunale di Roma con la sentenza n. 14185 del 14/7/2016** ha deciso che “*B) Specificamente sul punto della eccepita tardività dell'introduzione del procedimento di mediazione da parte dell'attrice, che è stata dedotta sia quale giustificata causa ostativa alla partecipazione dell'Assicurazione e sia quale causa di improcedibilità della domanda giudiziale, si osserva quanto segue. La problematica in esame involge esclusivamente la mediazione obbligatoria e quella demandata. Ed invero l'art. 5 commi 1 bis e secondo del decr. lgsl.28/2010 prevedono che il giudice con il provvedimento che dispone la mediazione concede il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda. La norma disciplina al comma 1 bis il caso in cui, nelle materie in cui la mediazione è obbligatoria, non sia stato introdotto il procedimento di mediazione. Laddove il giudice abbia disposto la mediazione ai sensi del secondo comma l’esperimento del procedimento di mediazione (così testualmente la legge, n.d.r) è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di giudizio di appello. Sporadiche pronunce di merito hanno ritenuto che alla semplice formale inosservanza del rispetto del termine di quindici giorni assegnato dal giudice ai sensi delle predette norme, consegua, attesa la perentorietà intrinseca del termine, l'inutilità della domanda di mediazione, da considerarsi tamquam non esset, con conseguente improcedibilità della domanda giudiziale. Tale opinione non è condivisibile per le ragioni di seguito esposte. B.1. Come è notorio l'art. 152 cpc distingue i termini in perentori ed ordinatori. I primi in particolare sono previsti dalla legge o assegnati dal giudice quando la legge lo autorizza a farlo. La perentorietà è di regola esplicitata espressamente dalla legge, ritenendosi tuttavia dalla giurisprudenza che possa altresì desumersi dalla funzione assegnata all'atto da compiersi. Prendendo in esame il termine di 15 gg che il giudice assegna per l'introduzione della mediazione demandata occorre in primo luogo chiedersi se il richiamo alla disposizione di cui all'art. 152 cpc , operato da chi ritiene il termine perentorio, sia appropriato. Che infatti l'atto sia perentorio ovvero che non lo sia è questione logicamente secondaria rispetto a quella preliminare che la lettura della norma codicistica evoca. Vale a dire se si possa predicare che la domanda di mediazione (che è l'atto al quale è funzionale il termine) sia un atto del processo. Posta in tal modo la questione, la risposta è agevole: la domanda di mediazione NON è, all'evidenza, un atto del processo, con la conseguenza che predicare la perentorietà del termine - che correlativamente non è un termine del processo - di 15 per la sua presentazione, è fuori luogo. Ne consegue la inconferenza del richiamo alla perentorietà (o meno) del suddetto termine. Per completezza, vale sottolineare che benché la dicotomia termine perentorio-termine ordinatorio sia di uso comune non sembra potersi affermare che sia universalmente ben chiaro il significato e la differenza di tali termini. Capita ad esempio di leggere, anche in documenti giudiziari, che in applicazione della disciplina di cui all'art. 153 cpc (prorogabilità del termine ordinatorio) la mancata tempestiva richiesta di proroga di un termine ordinatorio, scaduto, lo trasforma in perentorio. L'affermazione è fuorviante e prova troppo. In realtà, al fine di non perdere la rotta, è bene avere presente quale rassicurante stella polare il seguente principio: un termine va indubitabilmente considerato (che sia o meno dichiarato tale dalla legge) perentorio (solo) se la legge fa derivare dalla mancata tempestiva esecuzione dell'attività al termine stesso soggetta, conseguenze sanzionatorie a carico di chi il termine non ha rispettato. Anche sotto tale precisa e corretta prospettiva valutativa, lo scrutinio della natura del termine di 15 gg di cui trattasi non può in alcun caso essere considerato perentorio, non essendo prevista dalla legge per la sua inottemperanza alcuna sanzione. B.2. Invero, la legge predica la improcedibilità della domanda giudiziale con riferimento diretto ed espresso all'esperimento del procedimento di mediazione e NON alla presentazione (nel termine di 15 gg) della domanda di mediazione. Ciò sta a significare, almeno in prima approssimazione, che ciò che può produrre il drastico evento della improcedibilità della domanda giudiziale non è il ritardo nella presentazione della domanda di mediazione, bensì il mancato esperimento della procedura di mediazione. Da ciò deriva, evidentemente, che laddove il procedimento di mediazione sia stato esperito (sia pure con esito negativo), giammai potrà essere affermata l'improcedibilità della domanda giudiziale. Resta da esaminare l'ipotesi che il procedimento di mediazione, introdotto con domanda tardiva, NON sia stato esperito per la mancata comparizione della parte convenuta, tanto più, come nel caso che ci occupa, che proprio la tardività della introduzione della domanda sia stata addotta dalla parte convocata per la sua mancata comparizione. In altre parole, si tratta di verificare se ed in quali casi in presenza di domanda di mediazione tardivamente introdotta, e di mediazione non compiutamente esperita per l'assenza della parte convocata, l'irritualità della domanda (che tale potrebbe qualificarsi la domanda tardiva) e della mediazione così introdotta, possa equivalere ad assenza della domanda (e della mediazione). La legge prevede (art. 6 primo comma) che il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi Come visto l'art.5 del decr. lgsl.28/2010 prevede che il giudice con il provvedimento che dispone la mediazione concede il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda. A seguito della presentazione della domanda di mediazione l'organismo deve nominare un mediatore e fissare il primo incontro entro 30 gg dal deposito della domanda di mediazione. La durata della mediazione, anche nei casi di cui all'art. 5 commi 1 bis e 2, non può superare la durata di tre mesi. E ciò a prescindere dalla data effettiva di presentazione della domanda, e ciò in quanto mentre in linea generale la legge (art. 6 secondo comma prima parte) prevede che il termine di tre mesi decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, negli specifici casi di cui all'art. 5 comma 2 della legge il termine di tre mesi decorre dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa (art. 6 secondo comma seconda parte). L'art. 3 comma tre del decr.lgsl.28/10 prevede che gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità. Tale disposizione aiuta a comprendere anche a prescindere da quanto osservato al punto B.1., come in nessun caso i termini contenuti nel decr.lgs.28/10, possano essere considerati perentori. Lo stesso termine di tre mesi di cui all'art. 6 non lo è, essendo unanimemente ammesso che sull'accordo delle parti, in presenza di circostanze quali il protrarsi delle trattative e degli incontri di mediazione, tale termine possa essere prorogato (evento questo incompatibile con una ipotetica perentorietà del termine, cfr. art. 152 primo comma cpc). Tutto ciò che precede consente di comprendere esattamente, tirando le fila del discorso, come la questione del mancato rispetto del termine di 15 gg di cui all'art. 5 decr. lgsl.28/10 non possa essere correttamente impostata ragionando sulla natura perentoria (o meno) del termine stesso. Piuttosto e per contro, occorre considerare se e come la tardività del deposito della domanda possa incidere, in concreto, sulla valida instaurazione ed esperimento della procedura di mediazione. Quella sì, a differenza del termine di 15 gg, questione che afferisce alla procedibilità della domanda. B.3 Il mancato rispetto del termine assegnato dal giudice per l'introduzione della domanda di mediazione può impingere verso l'improcedibilità della domanda, sempre che possa ragionevolmente affermarsi che l'inadempimento (sotto il profilo del ritardo) sia sostanziale ed abbia inficiato e contagiato gravemente gli atti a seguire. Si tratta quindi di una valutazione che il giudice effettua caso per caso. Un esempio aiuta a comprendere. La domanda di mediazione disposta dal giudice viene introdotta con molto ritardo rispetto a quanto disposto, a soli dieci giorni dall'udienza di verifica fissata ai sensi del secondo comma dell'art. 5 del decr. lgs.28/10. L'organismo non fa in tempo a fissare un incontro di mediazione in tempo utile affinché questo possa svolgersi regolarmente (e prima dell'udienza). Il giudice, valutata ogni circostanza, oggettiva e soggettiva in merito alle ragioni del ritardo, non avendo alcun obbligo di concedere un ulteriore termine per lo svolgimento della mediazione 11, dichiarerà improcedibile la domanda giudiziale. Come l'esempio rende icasticamente evidente, l'improcedibilità consegue non alla perentorietà - che non esiste - del termine per l'introduzione della domanda, ma all'esito del procedimento di mediazione, il cui deficit (imputabile all'istante) equivale all'assenza della mediazione. L'esempio è estremo, ma il rispetto del termine assegnato dal giudice è raccomandabile perché il mancato svolgimento o la non conclusione del procedimento di mediazione (tardivamente introdotto) alla data dell'udienza di verifica può impingere verso l’improcedibilità della domanda giudiziale. Quale corollario di quanto precede, giammai potrà essere dichiarata l’improcedibilità della domanda giudiziale, pure in presenza di ritardo nel deposito della domanda di mediazione disposta ai sensi del secondo comma dell'art. 5 della legge, allorché alla data dell'udienza di verifica il procedimento di mediazione sia stato comunque esperito effettivamente; laddove per effettivamente si intende che il mancato accordo non sia dipeso dalla eccepita tardività della domanda di mediazione, nel quale caso il giudice effettuerà le verifiche del caso, escludendo qualsiasi rilevanza del ritardo laddove, come in questo caso (ritardo di un giorno), sia del tutto impensabile che la mancata partecipazione della parte convocata possa essere giustificata a causa di un ritardo così lieve che non aveva (e di fatto non ha avuto) nessuna possibilità di compromettere l'attuazione, da parte dell'organismo compulsato, delle regolari attività del procedimento di mediazione, da svolgersi in tempo utile prima dell'udienza di verifica.*”. Riassumendo, a Firenze e a Genova non si può andare oltre il termine di 15 giorni, salvo che si venga autorizzati dal giudice con domanda di proroga presentata prima della scadenza del termine stesso. A Roma si può invece sconfinare, seppur “di poco”. Non resta che vedere cosa deciderà la Cassazione.

.