

Sentenza Cassazione Civile n. 8241 del 28/04/2020

Cassazione civile sez. un., 28/04/2020, (ud. 14/01/2020, dep. 28/04/2020), n.8241

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

PUBBLICITÀ

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAMMONE Giovanni – Primo Presidente –

Dott. TRAVAGLINO Giacomo – Presidente di Sez. –

Dott. GARRI Fabrizia – Consigliere –

Dott. GIUSTI Alberto – Consigliere –

Dott. COSENTINO Antonello – Consigliere –

Dott. RUBINO Lina – rel. Consigliere –

Dott. CIRILLO Francesco Maria – Consigliere –

Dott. LAMORGESE Antonio Pietro – Consigliere –

Dott. CRUCITTI Roberta – Consigliere –

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 402/2016 proposto da:

G.E., elettivamente domiciliato in ROMA, presso la

CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso

dall'avvocato VITTORIO MENDITTO;

– ricorrente –

contro

TELECOM ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro

tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE BRUNO BUOZZI 107,

presso lo studio dell'avvocato ENRICO DEL PRATO, che la rappresenta

e difende unitamente all'avvocato GIOVANNI GORI;

– controricorrente –

avverso la sentenza n. 1805/2015 del TRIBUNALE di SANTA MARIA CAPUA

VETERE, depositata il 18/05/2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del

14/01/2020 dal Consigliere Dott. LINA RUBINO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO Lucio, che ha concluso per l'affermarsi la natura di condizione di procedibilità della domanda giudiziale del tentativo di conciliazione nelle controversie in materia di telecomunicazioni, con restituzione del ricorso alla Sezione di provenienza;

uditi gli avvocati Vittorio Menditto e Roberta Crescentini per delega dell'avvocato Enrico del Prato.

Fatto

FATTI DI CAUSA

1. G.E. conveniva in giudizio Telecom Italia s.p.a. davanti al Giudice di pace di Arienzo, denunciando la nullità della clausola contrattuale che prevedeva una penale per il recesso anticipato dal contratto di somministrazione del servizio telefonico in quanto vessatoria, richiamando il D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, art. 1, comma 3 (c.d. decreto Bersani bis) a tutela della libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici ed il combinato disposto del D.Lgs. n. 206 del 2005, artt. 33 e 36 (Codice del Consumo) e, in sede di comparsa conclusionale, gli artt. 1341-1342 c.c..
2. Telecom nel costituirsi eccepiva preliminarmente l'improponibilità della domanda per non aver il G. provveduto ad espletare, prima dell'introduzione del giudizio, l'obbligatorio tentativo di conciliazione, oltre alla incompetenza territoriale dell'A.G. adita.
3. Il Giudice di Pace, rigettate entrambe le eccezioni, di improponibilità e di incompetenza territoriale, sollevate da Telecom, dichiarava la nullità per vessatorietà della clausola contrattuale relativa all'addebito di una penale per l'esercizio anticipato del diritto di recesso dal contratto di utenza telefonica e condannava la Telecom alla restituzione di Euro centottanta in favore del G..
4. Avverso la sentenza del giudice di primo grado proponeva appello Telecom, ribadendo l'eccezione di improponibilità della domanda e l'eccezione di incompetenza territoriale, e contestando nel merito la domanda.
5. Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con sentenza n. 1805/2015, accogliendo l'impugnazione proposta da Telecom Italia s.p.a. nei confronti di G.E., ha riformato la sentenza n. 498/08 del Giudice di Pace di Arienzo ed ha dichiarato improponibile la domanda formulata in primo grado dal G. nei confronti di Telecom,, osservando che al momento dell'instaurazione del giudizio era già stato istituito il Co.Re.Com Campania, competente a gestire i tentativi di conciliazione in materia di telecomunicazioni sul territorio, ma al quale non erano state ancora delegate le necessarie funzioni, e che il tentativo di conciliazione, in attesa dell'operatività della suddetta delega, avrebbe potuto, e dovuto, essere proposto davanti ad altri organismi.
6. Avverso la sentenza del Giudice di appello ha proposto ricorso per cassazione il G., che formula tre motivi.
7. Resiste con controricorso Telecom, che ha depositato memoria per l'adunanza camerale e successiva memoria per l'udienza dinanzi alla terza Sezione.

8. La causa, dapprima avviata alla trattazione in adunanza camerale non partecipata e poi rimessa alla pubblica udienza della terza Sezione civile del 20.3.2019, è stata rimessa al Primo Presidente affinché valutasse l'opportunità di sottoporla alle Sezioni unite, avendo la terza Sezione con l'ordinanza interlocutoria n. 20978 del 2019 segnalato la presenza di una questione di massima di particolare importanza, e quindi assegnata alle Sezioni Unite.

9. Il Procuratore generale ha depositato conclusioni scritte nelle quali chiede si affermi la natura di condizione di procedibilità della domanda giudiziale del tentativo di conciliazione nelle controversie in materia di telecomunicazioni, con restituzione del ricorso alla sezione di provenienza per l'esame degli altri motivi.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

Il ricorso.

1. – Con il primo motivo, il ricorrente G. denuncia, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione della L. n. 249 del 1997, art. 1, comma 11, Delib. n. 182/02/CONS, art. 1, comma 3, dell'Autorità per le garanzie nelle Telecomunicazioni, dell'art. 3, comma 1 e dell'art. 12 del regolamento di procedura in relazione alle controversie fra organismi di conciliazione ed utenti, adottato con la citata Delib. n. 182/02/CONS.

1.1. – Si duole che il Tribunale – non applicando correttamente la suddetta normativa, come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità nelle sentenze n. 2536 del 21/2/2012 e n. 14103 del 27/6/2011 – abbia erroneamente ritenuto che, prima della delega delle funzioni al Co.Re.Com Campania, fosse obbligatorio, per poter proporre una domanda giudiziale in materia di telecomunicazioni, promuovere preliminarmente il tentativo di conciliazione presso organismi alternativi di conciliazione.

2. – Con il secondo motivo, articolato in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, il ricorrente denuncia violazione dell'art. 3, comma 1 del regolamento di procedura in relazione alle controversie fra organismi di conciliazione ed utenti, adottato con Delib. n. 182/02/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni.

2.1. – Si duole che il Tribunale – non applicando e comunque erroneamente interpretando la suddetta disposizione – abbia ritenuto che la controversia rientrasse nell'ambito di quelle soggette al tentativo di conciliazione previste dalla norma denunciata, non avendo il ricorrente lamentato la violazione di un diritto o interesse protetti da un accordo privato o dalle norme in materia di telecomunicazioni, senza considerare che il G. avesse in effetti dedotto (non la violazione del citato art. 3 comma 1, ma) la violazione del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, sulle liberalizzazioni, del Codice di consumo, nonché degli artt. 1341- 1342 c.c..

3. – Con il terzo motivo, formulato in via subordinata, il ricorrente denuncia la violazione della L. n. 249 del 1997, art. 1, comma 11, Delib. n. 182/02/CONS, art. 3, comma 1 dell'Autorità per le garanzie nelle Telecomunicazioni, dell'art. 4, comma 2 del regolamento di procedura in relazione alle controversie fra organismi di conciliazione ed utenti, adottato con la citata Delib. n. 182/02/CONS. Il ricorrente si duole che il Giudice di appello abbia dichiarato improponibile la domanda formulata in primo grado, con vanificazione dell'attività svolta, anziché dichiararla improcedibile (secondo quanto affermato da questa Corte nella sentenza n. 14103/2011), con conseguente assegnazione alle parti di un termine per iniziare il tentativo di conciliazione, salvaguardando in tal modo la validità della domanda giudiziale proposta agli effetti sostanziali e processuali.

L'ordinanza interlocutoria.

4.- Con l'ordinanza interlocutoria, n. 20978 del 2019, la terza Sezione della Corte ha rilevato che il terzo motivo pone all'esame della Corte, sia pure in via subordinata rispetto ai primi due motivi, il problema dell'interpretazione della L. 31 luglio 1997, n. 249, art. 1 comma 11 (che ha istituito l'Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni ed ha regolamentato i sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo), e, in particolare, il quesito se il legislatore, con il della L. n. 249 del 1997, citato art. 1 comma 11, abbia introdotto, nella materia delle telecomunicazioni l'obbligatorietà del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione a pena di improcedibilità o di improponibilità.

4.2. – Ritiene il collegio dell'ordinanza rimettente che sia ormai indifferibile l'individuazione di univoci criteri di riferimento che consentano agli operatori del diritto (ed ai consociati) di conoscere preventivamente quale siano le conseguenze del mancato esperimento del tentativo di conciliazione nelle controversie in materia di telecomunicazioni, segnalando che la problematica indicata è già stata oggetto, diretto o indiretto, di diverse decisioni della Corte, ed è stata finora risolta con esiti contrastanti (richiama a questo scopo Cass. n. 26913 del 24/10/2018 e Cass. n. 14103 del 27/6/2011, alle quali attribuisce di essersi espresse nel senso della improcedibilità, e Cass. n. 17480 del 2/9/2015 e n. 24334 del 30/09/2008, che indica si sarebbero pronunciate nel senso della improponibilità).

4.3.- L'ordinanza rinvia alle argomentazioni ampiamente sviluppate dalla coeva ordinanza interlocutoria n. 16594 del 2019 (con la quale è stato rimesso alle Sezioni unite, per il tramite del Primo Presidente, l'esame del ricorso n. 26180/2015, chiamato anch'esso all'udienza odierna), che fa proprie, in favore di una qualificazione in termini di condizione di proponibilità, piuttosto che di procedibilità, del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni, con conseguente obbligo del giudice, in caso di mancato esperimento del tentativo stesso, di pronunciare sentenza definitiva di improponibilità della domanda, con salvezza dei suoi soli effetti sostanziali.

4.4. – Le due ordinanze argomentano principalmente:

– dal dato letterale, che fa più volte riferimento alla “proposizione” della domanda, consentendo di giungere a conclusioni univoche rispetto a quelle sviluppate da questa Corte in relazione al tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie agrarie: l'ordinanza suggerisce in definitiva di prendere a modello, nella ricostruzione del tentativo di conciliazione nelle controversie in materia di telecomunicazioni in termini di condizione di proponibilità, l'abrogata disciplina del tentativo di conciliazione nelle controversie agrarie;

– dalla giurisprudenza comunitaria, ed in particolare dalla sentenza della Corte di giustizia del 18/3/2010, C-317/08-320/08, Alassini c. Italia, che, nel rilevare che non contrasta con la normativa comunitaria una normativa nazionale che impone per l'introduzione delle controversie in esame il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, ha ritenuto irricevibile l'atto introduttivo di una lite giudiziaria che non sia stato preceduto da detta procedura. L'ordinanza ritiene che la nozione di irricevibilità comunitaria, parametrata al nostro sistema giuridico interno, appaia espressione del tutto omogenea alla improponibilità della domanda (piuttosto che alla mera improcedibilità della stessa);

-infine, il collegio rimettente segnala che la sanzione processuale della improcedibilità vanificherebbe la funzione deflattiva della conciliazione, in quanto imporrebbe al giudice di fissare un termine per l'esperimento del tentativo (restando salvi, al momento della prosecuzione del processo, gli effetti, sostanziali e processuali, dell'atto introduttivo del giudizio di merito): così opinando, la parte gravata dall'onere di attivare il tentativo di conciliazione potrebbe deliberatamente scegliere di non esperire il tentativo finché lo stesso non venga ordinato dal giudice, finanche in grado di appello, senza subire alcuna conseguenza processuale in ordine alla domanda proposta.

Il primo motivo di ricorso.

5. – Appare opportuno procedere all'esame del ricorso rispettando l'ordine delle questioni così come da esso prospettate, anche se la questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite come questione di particolare importanza è contenuta nel terzo motivo, formulato in via subordinata, per l'ipotesi di mancato accoglimento del primo e del secondo.

5.1. – Come accennato sub 1., con il primo motivo, il ricorrente G. denuncia, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione della L. n. 249 del 1997, art. 1, comma 11, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle Telecomunicazioni (AGCOM), della Delib. n. 182/02/CONS, art. 1, comma 3, istitutiva del primo regolamento AGCOM, nonché dell'art. 3, comma 1 e dell'art. 12 del medesimo regolamento di procedura in relazione alle controversie fra organismi di conciliazione ed utenti, adottato con la citata Delib. n. 182/02/CONS.

Si duole che il Tribunale – non applicando correttamente la suddetta normativa, come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità nelle sentenze nn. 2536 del 21/2/2012 e 14103 del 27/6/2011 – abbia erroneamente ritenuto che, anche prima della delega delle funzioni al Co.Re.Com Campania, fosse obbligatorio, preliminarmente alla proposizione di una domanda giudiziale in materia di telecomunicazioni, promuovere a pena di improcedibilità il tentativo di conciliazione, non presso il Co.Re.Com, in quanto non ancora operativo, ma presso organismi alternativi di conciliazione.

5.2. – Il motivo di ricorso è fondato, sulla scorta di quanto già affermato in analoghe fattispecie, con motivazione pienamente condivisibile, da Cass. n. 14103 del 2011 e da Cass. n. 2536 del 2012.

5.3. – Si applicano *ratione temporis* al caso in esame la Delib. n. 182/02/CONS dell'AGCOM, ed il regolamento adottato dalla citata Delibera e volto a regolare la procedura delle controversie tra organismi di telecomunicazione ed utenti, in quanto il successivo regolamento, adottato con la Delib. n. 173/07/CONS e sostitutivo del precedente è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 120 del 25.5.2007 ed è entrato in vigore il trentesimo giorno successivo alla sua pubblicazione, quindi il 24.6.2007, mentre l'atto di citazione introduttivo del presente giudizio è stato notificato il 19 giugno 2007.

5.4. – La predetta Delib. n. 182/02/CONS, art. 1, comma 3, adottata in funzione dell'attuazione della L. 31 luglio 1997, n. 249, art. 1, comma 11 – dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni il 19 giugno 2002 e recante, nell'Allegato A, il Regolamento di procedura relativo alle controversie fra organismo di telecomunicazione ed utenti, disponeva che “Le disposizioni di cui alla Sezione 2 del Regolamento di cui all'allegato A, fatte salve quelle di cui agli artt. 5 e 12 che trovano immediata applicazione, si applicano dalla data di effettivo esercizio delle funzioni delegate, secondo quanto previsto dalle convenzioni con i Comitati regionali per le comunicazioni previste dalla Delib. 28 aprile 1999, n. 53/99, art. 2, All. A”.

La Sezione II era quella diretta alla disciplina del “tentativo obbligatorio di conciliazione”.

Tale tentativo era quello previsto davanti al Co.Re.Com.

Il citato comma 3, nel prevedere che le disposizioni della sezione in discorso trovassero applicazione “dalla data di effettivo esercizio delle funzioni delegate”, comportava che, fino a quando i Co.Re.Com. non fossero divenuti funzionanti, il regolamento e, quindi, all'interno di esso, la previsione del tentativo di conciliazione obbligatorio, di cui all'art. 3 dell'Allegato, davanti al Co.Re.Com., non potesse operare e che, pertanto, l'utente potesse agire senza doverlo esperire.

L'espressione “fatte salve quelle di cui agli artt. 5 e 12 che trovano immediata applicazione” implicava (per quello che qui interessa) l'applicabilità immediata della seguente disposizione recata dall'art. 12 dell'Allegato: “Gli utenti hanno la facoltà di esperire, in alternativa al tentativo di conciliazione presso i Co.Re.Com di cui alla presente Sezione, un tentativo di conciliazione dinanzi agli organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie in materia di consumo che rispettino i principi sanciti dalla Raccomandazione della Commissione 2001/310/CE”. L'immediata applicabilità dell'art. 12 comportava che la norma in esso

contenuta dovesse trovare applicazione comunque, cioè nonostante l'eventuale mancanza delle condizioni di applicabilità delle altre e, quindi, di quella dell'art. 3 sul tentativo obbligatorio davanti al Co.Re.Com. Detta immediata applicabilità comportava che l'efficacia della norma di cui si dispone l'applicazione immediata debba essere intesa secondo il senso fatto comune dalle parole con cui è espressa. Ora, l'art. 12 dell'Allegato prevedeva la conciliazione presso altri organi come mera facoltà alternativa al tentativo di conciliazione presso il Co.Re.Com..

A regime, dunque, la norma prevedeva per l'utente una facoltà alternativa di adempimento di un obbligo, quello di esperire il tentativo di conciliazione di cui all'art. 3. Ne discende che, fintanto che l'obbligo di cui a tale norma non fosse divenuto effettivo, cioè fino a quando l'assunzione delle funzioni da parte del Co.Re.Com. nella singola realtà territoriale non si fosse verificata, la norma dettata dall'art. 12 non poteva funzionare come previsione di una modalità alternativa di adempimento di un obbligo principale non sorto, ma poteva funzionare soltanto come previsione di una mera facoltà dell'utente.

Per farle assumere nel periodo transitorio il valore non più di modalità di adempimento alternativa dell'obbligo di cui all'art. 3, bensì di obbligo essa stessa, l'Autorità avrebbe dovuto dettare una specifica norma diretta ad attribuirle questo diverso significato.

5.5. – Poichè nel caso di specie non è stato posto in discussione, in sede di appello, che, sebbene il Co. Re. Com. Campania fosse già stato istituito (con L.R. 1 luglio 2002, n. 9), esso non fosse ancora abilitato alla gestione dei tentativi di conciliazione in materia di telecomunicazioni, non essendogli ancora state delegate le relative funzioni quando la domanda è stata introdotta, l'obbligo di esperire preventivamente il tentativo obbligatorio di conciliazione non era ancora operativo.

5.6. – Va quindi qui ribadito, in accoglimento del primo motivo di ricorso, il principio di diritto già espresso da Cass. n. 14103 del 2011 e Cass. n. 2536 del 2012 (richiamate dalla successiva Cass. n. 26913 del 2018 che esamina il diverso profilo della piena alternatività degli organismi ai quali rivolgersi per espletare il tentativo di conciliazione, dopo l'attivazione dei Co.Re.Com): "Nel regime introdotto dalla Delib. 182/02/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, l'art. 1, comma 3, di essa – laddove prevede che la disposizione dell'art. 12 dell'annesso Allegato A (recante il Regolamento di procedura relativo alle controversie fra gli organismi di telecomunicazioni ed utenti), entrasse in vigore immediatamente, pur in presenza di una situazione in cui le funzioni delegate ai Co.Re.Com. non fossero state ancora da essi esercitabili e, quindi, non fosse stato esperibile il tentativo di conciliazione obbligatorio previsto dell'art. 3 dello stesso Allegato – deve essere interpretato nel senso che il tentativo di conciliazione davanti agli altri organismi indicati dallo stesso art. 12 (previsto a regime come facoltà alternativa all'obbligo di esperire la conciliazione ai sensi del citato art. 3 davanti al Co.Re.Com.) sia meramente facoltativo e non già obbligatorio".

La questione di massima: se il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni sia previsto come condizione di procedibilità o di proponibilità della domanda.

6. – L'accoglimento del primo motivo conduce alla cassazione della sentenza impugnata con rinvio al giudice di merito, all'assorbimento del secondo motivo, e condurrebbe anche all'assorbimento del terzo, formulato solo in via subordinata.

6.1. – Ritengono tuttavia le Sezioni Unite che sia opportuno pronunciarsi ugualmente sulla questione posta dal terzo motivo, segnalata dalla Terza Sezione come questione di massima di particolare importanza, al fine di individuare, come richiesto, univoci criteri di riferimento che consentano agli operatori del diritto (ed ai consociati) di conoscere preventivamente quale siano le conseguenze del mancato esperimento del tentativo di conciliazione nelle controversie in materia di telecomunicazione, e cioè se l'impedimento giuridico che si frappone all'esercizio della pretesa in sede giudiziaria in mancanza del (previo esperimento del) tentativo di conciliazione, sia da qualificare in termini di improponibilità ovvero di improcedibilità della

domanda, pronunciando a tal fine un principio di diritto nell'interesse della legge, ex art. 363 c.p.c., comma 3.

7. – Non appare condivisibile la ricostruzione delle conseguenze derivanti dall'omesso esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni proposta dall'ordinanza interlocutoria in termini di condizioni di proponibilità piuttosto che di condizione di procedibilità della domanda, per le ragioni che seguono.

7.1. – E' ben vero che, come segnalato nella ordinanza interlocutoria, nel testo della legge istitutiva dell'AGCOM e nel regolamento applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame compaiono più volte termini che fanno riferimento alla "proposizione" dell'atto introduttivo: "non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale" (L. n. 297 del 1999, art. 1); "... sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione" (art. 3, comma 1, del regolamento del 2002) mentre manca ogni qualificazione in termini di condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

7.2. – Viceversa, il successivo regolamento AGCOM, approvato con Delib. n. 173/07/Cons., sostitutivo del precedente, all'art. 3, comma 1, indica, espressamente, che "Per le controversie di cui all'art. 2, comma 1 (quelle tra utenti finali e operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti finali... rimesse alla competenza dell'AGCOM), il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non sia stato esperito il tentativo di conciliazione...".

7.3. – E tuttavia, l'indicazione testuale non è precisa nè univoca, l'argomento letterale è quindi equivoco e non risolutivo, pertanto inidoneo a risolvere la questione interpretativa, che va affrontata in modo sistematico.

8. – La stessa dottrina che si è occupata del tema ha avvertito che nei testi normativi non si rinviene una distinzione concettuale netta e rigorosa nell'utilizzo dei termini improcedibilità e improponibilità (termine, quest'ultimo, che non ricorre neppure nel codice di rito). Tale incertezza terminologica si riscontra anche sulla disciplina degli istituti della mediazione e conciliazione e consiglia un approccio ermeneutico che tenga conto dell'uso talvolta solo descrittivo delle categorie della improcedibilità e della improponibilità da parte del legislatore, a fronte del quale però, ben diverse e di diversa gravità sono le conseguenze associate all'una o all'altra qualificazione: un vizio insanabile, rilevabile in ogni stato e grado del processo, tale da costituire una soluzione drastica, in considerazione degli interessi sostanziali in gioco, nel caso dell'improponibilità; un arresto momentaneo del giudizio, rilevabile dalle parti e anche dal giudice ma non oltre la prima udienza, nel caso della improcedibilità, ed atto a non precludere lo svolgimento del giudizio, in quanto al giudice è dato fissare un termine per l'espletamento del tentativo e alle parti è data la possibilità di proseguire il giudizio se il tentativo stesso si riveli infruttuoso, nel caso della improcedibilità.

9. – Anche gli altri argomenti suggeriti dalla ordinanza interlocutoria per pervenire ad una interpretazione nel senso della improponibilità non convincono.

9.1. – Di certo non convince la proposta assimilazione del tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni al tentativo di conciliazione originariamente previsto dalla L. n. 203 del 1982, in riferimento ai rapporti agrari, ove la legge prevedeva espressamente che costituisse condizione di proponibilità (l'affermazione espressa è poi caduta nella successiva previsione relativa al tentativo di conciliazione nelle controversie agrarie contenuta nel D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 11, per il resto di struttura analoga).

9.2. – Si tratta di un settore che non presenta punti in comune con quello delle telecomunicazioni, nè sotto il profilo degli interessi coinvolti, nè sotto quello delle esigenze da tutelare prioritariamente (la stabilità dei rapporti, nel caso dei contratti agrari, lo svolgimento del servizio in favore dell'utente, nelle telecomunicazioni) ed in cui manca una generale contrapposizione tra parte forte e parte debole.

9.3. – Il tentativo di conciliazione in esame, per le esigenze di fondo che lo contraddistinguono, si presta ad essere maggiormente assimilato ad altre ipotesi, ben più vicine nell'esigenza di tutelare attraverso di esso la parte contrattualmente più debole, quali il tentativo obbligatorio che era previsto, a pena di improcedibilità, nelle controversie di lavoro ed assimilate dall'art. 412 bis c.p.c., la cui mancata proposizione era rilevabile dal giudice entro il primo grado e dava luogo alla sospensione del giudizio per poi proseguire, previa riassunzione, dopo l'esperimento (e sempre nel settore giuslavoristico, dalla L. n. 108 del 1990, art. 2, relativa ai licenziamenti individuali, il cui mancato previo esperimento è sanzionato sempre con l'improcedibilità rilevabile anche d'ufficio ma nella prima udienza di discussione), o quello previsto dal D.Lgs. n. 65 del 2001, art. 65, sempre a pena di improcedibilità, nelle controversie individuali di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, anche qui con un meccanismo che prevede la sospensione e poi la riassunzione, e quindi la possibilità di superare l'ostacolo dando luogo all'attività prevista dalla legge, e proseguendo in caso di esito negativo il giudizio già intrapreso.

9.4. – Altra ipotesi di tentativo di conciliazione obbligatorio a tutela di interessi assimilabili a quelli in gioco, ricorre nella disciplina della subfornitura, dove la legge (L. n. 192 del 1998, art. 10, abrogato dal D.Lgs. n. 219 del 2016) non disciplinava espressamente i riflessi del mancato esperimento del tentativo stesso, ma la dottrina ha ritenuto più coerente con gli scopi di esso nonchè con i precetti scolpiti negli artt. 3 e 24 Cost., la sanzione della improcedibilità della domanda, perchè rilevabile solo entro circoscritti limiti di tempo e suscettibile di determinare solo uno iato, una sospensione nel procedimento giudiziario ove già avviato.

9.5. – Più pertinente, infine, è senz'altro anche il richiamo alla disciplina del settore delle controversie in tema di distribuzione dell'energia e del gas (che presenta notevoli analogie con quello delle telecomunicazioni, perchè attinenti entrambi alla regolazione di servizi di pubblica utilità, di interesse economico generale): nel Testo Integrato sulla Conciliazione (c.d. TICO) adottato nel 2017 dall'Autorità per l'energia e per il gas, è prevista l'obbligatorietà del preventivo tentativo di conciliazione, strutturata per espressa previsione normativa (art. 3) in termini di condizione di procedibilità.

10. – Non si registra poi affatto, in realtà, il silente contrasto di giurisprudenza segnalato dalla ordinanza interlocutoria: laddove la questione è stata affrontata ex professo (da ultimo, Cass. n. 26913 del 2018, Cass. n. 24711 del 2015 e soprattutto Cass. n. 14103 del 2011, che pronuncia a tale riguardo con dovizia di argomenti un principio di diritto nell'interesse della legge), al previo esperimento del tentativo di conciliazione in materia di comunicazioni è stato univocamente attribuito il rilievo di condizione di procedibilità della domanda, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata della norma, successivamente recepita dall'art. 3 dell'Allegato A della Delib. n. 173/07/Cons della medesima Autorità, secondo cui "per le controversie di cui all'art. 2, comma 1, il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione davanti al Co.Re.Com competente per territorio munito di delega a svolgere funzione conciliativa, ovvero dinanzi agli organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie di cui all'art. 13".

10.1. – Negli altri due provvedimenti citati dalla ordinanza interlocutoria (Cass. n. 24334 del 2008; Cass. n. 17480 del 2015) il riferimento alla proponibilità emerge solo nella massima e non è presente nella sentenza e comunque non costituisce l'oggetto del giudizio.

10.2. – Quindi, la Corte in realtà si è espressa univocamente, quando ha preso posizione sul punto, qualificando il preventivo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di comunicazioni quale condizione di procedibilità della domanda, affermazione alla quale si intende in questa sede dar seguito.

11.- Anche l'argomento in favore della qualificazione in termini di condizione di proponibilità per assimilazione alla nozione di irricevibilità comunitaria, che emergerebbe dalla stessa sentenza della Corte di Giustizia del 2010 appare debole, in quanto sia nella sentenza del 2010 che nella più recente sentenza della Corte di del 14 giugno 2017, nella causa C-75/16, Menini e a., la Corte di Lussemburgo fa riferimento

al tentativo di conciliazione-mediazione disciplinato dal legislatore italiano in termini di condizione di procedibilità della domanda (pur utilizzando anche, nella sentenza del 2010, il termine “ricevibilità”).

11.1. – Nel diritto processuale Europeo si parla di ricevibilità dell’atto nell’ambito del procedimento di rinvio pregiudiziale ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea. Le pronunce di irricevibilità comunitaria, emesse dalla Corte di Giustizia a fronte di richieste di rinvio pregiudiziale non predisposte secondo i canoni strutturali da essa stessa indicati, o esulanti dall’ambito e dallo specifico oggetto del suo giudizio, non costituiscono un congruo termine di comparazione, non avendo il termine un preciso valore tecnico omogeneo rispetto alle categorie giuridiche utilizzate nell’ordinamento interno.

11.2. – Le valutazioni preliminari contenute nelle pronunce della Corte di Giustizia e le conseguenti affermazioni di irricevibilità di taluni ricorsi sono espressione della – del tutto diversa- finalità di non impegnare inutilmente la Corte di Lussemburgo con un ricorso che non sia adeguatamente strutturato o abbia un contenuto che si pone al di fuori dei confini del giudizio di pregiudizialità. Esse sarebbero quindi caso mai riconducibili, genericamente, alla categoria della inammissibilità perchè escludono che si possa giungere ad un esame del ricorso nei merito.

12. – Non ritenute convincenti, per le ragioni in precedenza espresse, le argomentazioni sulla base delle quali l’ordinanza interlocutoria indica la via di una qualificazione in termini di improponibilità della domanda in caso di mancato preventivo esperimento del tentativo di conciliazione, la diversa ricostruzione in termini di condizione di procedibilità si fonda, come ricordato già da Cass. n. 140103 del 2011, innanzitutto su una lettura costituzionalmente orientata della norma, in quanto la diversa lettura propugnata dalla ordinanza interlocutoria potrebbe aprire la strada a dubbi di costituzionalità in relazione agli artt. 3,24 e 111 Cost., per le ben più gravi conseguenze scaturenti dalla qualificazione in termini di improponibilità rispetto alla semplice improcedibilità.

12.1. – La Corte costituzionale ha più volte segnalato, infatti, che la previsione di procedure obbligatorie di conciliazione debba essere messa in relazione con l’interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali, che può passare attraverso la composizione preventiva della lite, a condizione di non precludere o rendere eccessivamente oneroso o difficoltoso l’accesso alla tutela giurisdizionale per la parte che non sia appagata della composizione preventiva, circondando di cautele le ipotesi di c.d. giurisdizione condizionata e privilegiando quindi, espressamente, una ricostruzione in termini di improcedibilità piuttosto che di improponibilità della domanda (Corte cost., sentenze n. 93 del 1979, n. 82 del 1992, n. 276 del 2000 e n. 403 del 2007).

12.2. – E’ affermazione condivisa dalla dottrina che, in una prospettiva costituzionalmente orientata, la configurazione del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità costituisca un’opzione privilegiata perchè consente di contemperare le finalità deflattive perseguite mediante le procedure di conciliazione con i principi costituzionali posti a presidio del diritto di difesa e della ragionevolezza stessa della previsione.

13. – Soprattutto una interpretazione siffatta non rischierebbe di collidere con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (fissato dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea), al cui rispetto il Giudice dell’Unione Europea ha più volte richiamato il giudice italiano proprio in questa materia, in considerazione degli interessi sostanziali in gioco.

13.1. – Deve ricordarsi che a livello Europeo l’incentivo ai meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie si associa al rispetto del carattere volontario della mediazione (con ciò intendendosi non la libertà delle parti di ricorrere o meno a tale procedimento, ma il fatto che “le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarsi come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento” (dal considerando 13 della direttiva 2008/52). Nella normativa Europea, tuttavia, assume rilevanza non tanto il carattere obbligatorio o facoltativo del sistema di mediazione scelto dal legislatore nazionale, bensì il fatto

che il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario sia preservato e che la previsione nazionale in tema di conciliazione non sia tale da pregiudicare la realizzazione dell'obiettivo della direttiva di riferimento.

13.2. – Come ha ricordato la Corte di Giustizia nella sentenza del 18.3.2010, emessa nella causa Alassini ed altri c. Italia, l'art. 34 della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali; -precisa che neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, purchè siano rispettate determinate condizioni: a) tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti; b) non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale; c) sospenda la prescrizione dei diritti in questione; d) non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti; e) la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione; f) sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone).

13.3. – E' evidente che, condizionando la procedibilità delle domande giudiziali all'esperimento di un tentativo di conciliazione obbligatorio, la normativa italiana abbia introdotto una tappa aggiuntiva da superare prima di poter accedere al giudice ordinario (v. in tal senso Cass. n. 26913 del 2018). Tale condizione potrebbe incidere sul principio della tutela giurisdizionale effettiva qualora all'obbligatorietà si associasse l'imposizione di ulteriori oneri alle parti in grado di comprimere il carattere volontario della mediazione (v., in tal senso, oltre alla già citata sentenza Alassini, anche Corte di Giustizia, sentenza del 14 giugno 2017 Menini e a., nella causa C-75/16, punto 52, che, oltre a ribadire i limiti entro i quali sia compatibile con il diritto Europeo una normativa nazionale che introduca passaggi intermedi all'accesso alla giurisdizione, presuppone che il tentativo obbligatorio di conciliazione, compatibile entro quei limiti, sia strutturato in termini di condizione di procedibilità).

13.4. – Il giudice nazionale deve quindi vegliare affinché l'interpretazione e l'applicazione delle norme interne non snaturino detta componente volontaria e libera della soluzione della lite tramite una procedura di mediazione. Conseguentemente, sarebbe a forte rischio di contrasto con la matrice volontaria della procedura alternativa di soluzione della lite, nel senso indicato, cui ogni ordinamento Europeo deve ispirarsi, una qualificazione (svincolata come si è detto dal dato testuale e non indotta da alcun altro criterio interpretativo) del tentativo di conciliazione in termini di condizione di proponibilità.

14. – Conclusivamente, deve ritenersi, in continuità con quanto già affermato da questa Corte sul punto, che il mancato previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto dalla L. n. 249 del 1997, art. 1, per poter introdurre una controversia in materia di telecomunicazioni, dia luogo alla improcedibilità e non alla improponibilità della domanda.

14.1. – A fronte di ciò, il giudizio non si chiude con una pronuncia in rito, ma il giudice deve sospendere il giudizio e fissare un termine per consentire alle parti di dar luogo al tentativo, per poi proseguire il giudizio dinanzi a sè.

14.2. – Che l'improcedibilità operi in questo caso con salvaguardia degli effetti sia sostanziali che processuali della domanda, e con effetto sospensivo del giudizio si ricava sia dalla disciplina delle principali ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione preesistenti alla introduzione di quello in materia di telecomunicazioni (dal tentativo disciplinato dall'art. 412 bis c.p.c., nel processo giuslavoristico, dall'art. 443 c.p.c., in materia di previdenza e assistenza obbligatorie, dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 65, comma 3, in materia di pubblico impiego, dalla L. n. 108 del 1990, art. 5, comma 1, in materia di licenziamenti

individuali), sia dalla disciplina successiva e generale dettata dal D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, introduttivo, in riferimento ad un'ampia serie di materie, del preventivo tentativo di mediazione obbligatorio.

In tutti questi casi, la mancata instaurazione di tale procedimento determina un rinvio dell'udienza (per cui restano validi gli atti compiuti e ferme le preclusioni già maturate) ad un momento successivo al termine concesso dal giudice per dar luogo o per concludere il tentativo.

14.3. – Già con riferimento al tentativo obbligatorio disciplinato dall'art. 412 bis c.p.c., nel processo del lavoro il meccanismo processuale secondo il quale il giudice, su eccezione di parte o d'ufficio, disponeva la sospensione del giudizio e la correlativa fissazione di un termine entro il quale intraprendere il tentativo obbligatorio di conciliazione veniva ritenuto espressione di un principio più generale, valevole per tutte le ipotesi di giurisdizione condizionata, idoneo a realizzare "una felice sintesi" fra l'esigenza di non vanificare la prescrizione dell'obbligo di preventiva conciliazione con quella di evitare diseconomie processuali e di non incidere in misura troppo grave sul diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost..

15. – In accoglimento del primo motivo di ricorso, assorbiti il secondo e il terzo, la sentenza impugnata è cassata e la causa è rinviata al Tribunale di S. Maria Capua Vetere, in diversa composizione, perchè decida anche sulle spese del presente giudizio attenendosi ai principi di diritto sopra enunciati.

P.Q.M.

Accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti il secondo e il terzo; cassa la sentenza impugnata con rinvio al Tribunale di S. Maria Capua Vetere in diversa composizione anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Corte di Cassazione, il 14 gennaio 2020.

Depositato in Cancelleria il 28 aprile 2020