

Corte di cassazione, Sez. I, 24 ottobre 2023, n. 29506

Pres. Carrato, Rel. Rolfi

Il divieto, di cui all'art. 345, comma 3, c.p.c., di produzione di documenti nuovi in appello, non è superabile argomentando dalla natura, in senso lato, di un'eccezione proposta, per la prima volta, in sede d'impugnazione, atteso che il giudice è, invece, chiamato, onde legittimare la nuova produzione documentale, alla verifica dell'impossibilità per la parte di provvedere tempestivamente, nel giudizio di primo grado, a tale produzione per causa ad essa non imputabile.

(Omissis). 1.1. Con il primo motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art. 633 c.p.c. La ricorrente censura la decisione della Corte d'appello nella parte in cui la stessa – confermando la valutazione espressa dal giudice di prime cure – ha ritenuto che il decreto ingiuntivo fosse stato emesso in carenza dei presupposti di legge, osservando che, in considerazione della documentazione prodotta e del fondarsi della pretesa monitoria sul mancato avveramento di una condizione, il credito non poteva ritenersi certo. Argomenta invece la ricorrente che, potendo il decreto ingiuntivo essere emesso anche quando il credito azionato dipende da una condizione ed essendo sufficienti in sede monitoria anche documenti privi di valenza probatoria assoluta, nella specie la documentazione prodotta era idonea a comprovare nella sede monitoria l'esistenza del credito della ricorrente.

1.2. Con il secondo motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 101, 345, 359 c.p.c. e 2976 c.c. Il ricorso censura la decisione della Corte nella parte in cui la stessa – rilevato che solo con il gravame era stata eccepita la mancata iscrizione della I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL nel ruolo dei mediatori – ha ritenuto ammissibile la produzione da parte di quest'ultima del certificato stesso, disattendendo, quindi il motivo di gravame. Argomenta, in particolare, il ricorso che se, da un lato, l'eccezione era da ritenersi pienamente ammissibile, in quanto riferita ad una nullità rilevabile d'ufficio e quindi sottratta a preclusioni, dall'altro lato erroneamente la Corte d'appello avrebbe ammesso la produzione del documento relativo all'iscrizione della I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL, integrando tale produzione una violazione dell'art. 345 c.p.c.

1.3. Con il terzo motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art. 46, L.R. Lombardia n. 12/2005. Argomenta, in particolare, il ricorso che una corretta analisi delle previsioni della citata Legge Regionale avrebbe consentito alla Corte territoriale di pervenire alla conclusione che, per ragioni tecniche, la condizione dedotta nel preliminare di compravendita non avrebbe mai potuto realizzarsi nel termine indicato nel preliminare medesimo.

1.4. Con il quarto motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 1358, 1359, 1363 e 1757 c.c. Argomenta, in particolare, il ricorso che la Corte territoriale sarebbe pervenuta al giudizio di imputabilità alla stessa odierna ricorrente del mancato avverarsi della condizione sulla base di una non corretta interpretazione delle clausole del preliminare concluso dalla CANTIERI ITALIANI SRL con la venditrice Romea srl.

1.5. Con il quinto motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 183, 189 c.p.c. e 1227 c.c.

La ricorrente impugna la statuizione di inammissibilità della domanda di riduzione della provvigione, argomentando che: – tale domanda si fondava su un documento che era stato acquisito solo allo spirare dei termini ex art. 183 c.p.c.; – non di vera e propria domanda si trattava, bensì di precisazione dell'originaria domanda volta ad ottenere l'integrale rigetto della domanda formulata in via riconvenzionale dalla I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL; – la decisione della Corte di appello avrebbe integrato la violazione dell'art. 1227 c.c., dal momento che il documento in questione attestava la corresponsione alla odierna controricorrente di una provvigione per la conclusione di un contratto avente il medesimo oggetto di quello del preliminare concluso dalla CANTIERI ITALIANI SRL, da ciò derivando che le conseguenze dannose subite dalla I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL erano state ridotte dalla successiva conclusione del nuovo affare.

1.6. Con il sesto motivo il ricorso deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 345 c.p.c. e 1284 c.c. La censura è riferita alla statuizione di accoglimento dell'appello incidentale, con conseguente riconoscimento alla I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL del computo degli interessi ex D. Lgs. n. 231/2002. La ricorrente deduce una violazione dell'art. 1284 c.c., dal momento che l'attuale formulazione della previsione – che contiene il diretto richiamo al tasso di interessi ex D. Lgs. n. 231/2002 – deriva dalla modifica avvenuta con D.L. 132/2014 (conv. con L. n. 162/2014), con conseguente sua inapplicabilità alla fattispecie in esame, risalendo l'instaurazione del giudizio di primo grado all'anno 2009. Ne consegue, secondo la ricorrente, che l'appello incidentale della I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile ex art. 345 c.p.c. per violazione dello *ius novorum*.

1.7. Con il settimo motivo il ricorso denuncia, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 116 e 645 c.p.c. Il ricorso deduce l'assenza di statuizione da parte della Corte d'appello in ordine alla domanda di restituzione della parte di provvigione già anticipata, domanda formulata con il ricorso per decreto ingiuntivo. Argomenta, infatti, la ricorrente che, anche ritenendo che la documentazione prodotta in sede monitoria non fosse idonea ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo, la Corte d'appello si sarebbe comunque dovuta pronunciare nel merito della domanda per effetto della proposizione

dell'opposizione al decreto medesimo, laddove nulla avrebbero statuito né il giudice di prime cure né quello di secondo grado sul punto.

2. Il primo motivo è infondato. Presupposto per affermare la sussistenza del vizio ex art. 360, n. 3, c.p.c. è la possibilità di ravvisare, all'esito di un confronto tra il contenuto precettivo tra le norme di legge di cui si lamenta la violazione e le affermazioni in diritto contenute nel provvedimento impugnato, un contrasto di dette affermazioni col precetto normativo (Cass. Sez. Un., Sentenza n. 23745 del 28/10/2020), laddove l'allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa, invece, risulta esterna all'esatta interpretazione della norma e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, la cui censura è possibile, in sede di legittimità, solo sotto l'aspetto del vizio di motivazione (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 24155 del 13/10/2017). Nel caso in esame si deve escludere che la Corte territoriale sia incorsa in una violazione o falsa applicazione delle norme individuate dalla ricorrente: la Corte d'appello, infatti, non ha negato in linea generale che il decreto ingiuntivo possa essere emesso sulla base di fatture o in presenza di una condizione, ma, con specifico riferimento all'ipotesi sottoposta al suo esame, ha espresso una valutazione di merito nel senso della inidoneità dei documenti e delle allegazioni alla base della domanda monitoria a costituire idoneo presupposto per l'emissione di un decreto ingiuntivo. Ci si trova, quindi, di fronte ad una mera valutazione di merito degli elementi allegati alla domanda monitoria, valutazione che, essendo stata congruamente motivata dalla Corte territoriale, non risulta censurabile nella presente sede di legittimità.

3. Fondato, invece, è il secondo motivo di ricorso. Giova premettere che, risalendo i fatti di causa ad epoca precedente all'anno 2010, risultava ancora vigente nel suo impianto originario la disciplina di cui alla L. 39/1989, la quale aveva istituito il ruolo degli agenti di affari in mediazione (art. 2), nel contempo subordinando il diritto alla provvigione all'iscrizione all'albo medesimo (art. 6), con la conseguenza che – come da questa Corte costantemente affermato – la mancata iscrizione del mediatore all'albo non solo comporta l'esclusione del diritto alla provvigione ma determina la nullità del contratto di mediazione medesimo per violazione di una norma imperativa (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 14971 del 11/05/2022; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 8581 del 9/04/2013; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 5953 del 18/03/2005). Successivamente, com'è noto, è intervenuto il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, il cui art. 73 ha soppresso il ruolo dei mediatori previsto, appunto, dall'art. 2, L. 39/1989 ma tale soppressione – come chiarito da questa Corte – non ha determinato l'abrogazione della stessa L. 39/1989, in quanto le attività da essa disciplinate sono comunque soggette a dichiarazione di inizio di attività corredata da certificazioni attestanti il possesso dei requisiti prescritti, da presentare alla camera di commercio, con la conseguenza che l'art. 6, L. 39/1989 deve interpretarsi nel senso che, anche per i rapporti di mediazione sottoposti alla disciplina scaturita dal d.lgs. n. 59 del 2010 – il quale invece non contiene norme applicabili anche ai rapporti già esauriti (Cass. Sez.

3, Sentenza n. 16147 del 08/07/2010) – hanno diritto alla provvigione i soli mediatori iscritti nei registri o nei repertori tenuti dalla camera di commercio (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 762 del 16/01/2014). Giova, parimenti, rammentare che, sul piano processuale, l’eccezione di nullità del contratto di mediazione per mancanza di iscrizione del mediatore nel ruolo previsto dalla L. 39/1989 costituisce un’eccezione in senso lato, afferendo a questione rilevabile d’ufficio dal giudice, e, pertanto, non è soggetta, in grado di appello, alle preclusioni di cui all’art. 345 c.p.c. ed al divieto dello *ius novorum* sancito dalla stessa norma (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 14971 del 11/05/2022; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 8581 del 9/04/2013; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 20749 del 26/10/2004; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 14076 del 1°/10/2002).

Da tale principio deriva, come prima conclusione, che le deduzioni svolte in grado di appello da parte dell’odierna ricorrente in ordine all’assenza di iscrizione della ISC IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL non potevano ritenersi in alcun modo precluse, costituendo, peraltro, profili rilevabili anche d’ufficio, come ricordato anche dalla decisione impugnata. Si deve, invece, escludere che detta eccezione risultasse in concreto preclusa dall’operatività del principio di non contestazione, come invece dedotto dall’odierna controricorrente, richiamandosi alla massima di Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 20556 del 19/07/2021. Questa Corte, infatti, nell’enunciare recentemente il principio per cui *“il requisito relativo all’obbligo di iscrizione del mediatore nei ruoli tenuti presso le camere di commercio è sottratto al principio di non contestazione, in quanto discendente da norma imperativa e al divieto di “ius novorum” in appello, essendo il contratto che ne sia sprovvisto affetto da nullità rilevabile d’ufficio”* (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4019 del 09/02/2023), ha proceduto ad una organica ricostruzione dei propri precedenti in materia, rilevando, in particolare, che la decisione Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 20556 del 19/07/2021 invocata dalla controricorrente si è venuta a basare sulla ben diversa – e qui condivisa – ratio per cui l’onere della prova dell’iscrizione può ben essere assolto anche per presunzioni ed in particolare – come era accaduto in quel caso – mediante l’allegazione del fatto secondario del numero d’iscrizione nel ruolo degli agenti di affari in mediazione tenuto dalle camere di commercio, tenuto anche conto del fatto che l’eccezione concernente la mancata iscrizione era stata sollevata solo nel grado di appello e senza prendere posizione sul dato indiziario già acquisito in giudizio. In linea con la propria più recente pronuncia, quindi, questa Corte intende ribadire che il requisito relativo all’obbligo di iscrizione del mediatore all’albo di cui all’art. 2, L. 39/1989, nella versione anteriore alla modifica apportata dall’art. 73, d.lgs. 59/2010, è sottratto al principio di non contestazione, in quanto discendente da norma imperativa ma che tale onere può essere assolto anche per presunzioni ed in particolare mediante l’indicazione del numero d’iscrizione nel ruolo degli agenti di affari in mediazione tenuto presso la locale Camera di Commercio, a cominciare dall’ipotesi in cui tale numero di iscrizione compaia sul modulo di proposta di acquisto predisposto dal mediatore (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11539 del 14/05/2013). Accanto al ricorso alle

presunzioni, poi, restano fermi, in capo al giudice di merito, sia l'apprezzamento sulla idoneità della prova offerta a dimostrare l'iscrizione sia l'ulteriore possibilità, nel caso di documentazione parziale, incerta o ambigua, di valorizzare la mancanza di specifici rilievi sul punto. Vanno, quindi, ribaditi i seguenti due principi. Il primo è che il soggetto che agisca ex art. 1755 c.c. per la corresponsione della provvigione in relazione ad una attività di mediazione esauritasi in epoca anteriore alle modifiche apportate dell'art. 73, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 all'art. 2, L. 3 febbraio 1989, n. 39 ha l'onere di dimostrare di essere iscritto nello speciale ruolo degli agenti di affari in mediazione con l'ulteriore precisazione che, poiché tale requisito discende da una norma imperativa, consegue che non solo rientra tra i doveri del giudice, prima di accogliere una domanda, verificare anche ex officio e in assenza di qualsiasi contestazione della controparte, la ricorrenza della ricordata condizione, ma anche che l'eccezione concernente la mancanza di iscrizione del mediatore nel ruolo previsto dalla L. 39/1989 costituisce un'eccezione in senso lato, afferendo a questione rilevabile d'ufficio dal giudice, e, pertanto, non è soggetta, in grado di appello, alle preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c. ed al divieto dello *ius novorum* sancito dalla stessa norma. Il secondo è che se, da un lato, il requisito relativo all'obbligo di iscrizione del mediatore è sottratto al principio di non contestazione, in quanto discendente da norma imperativa, tuttavia, dall'altro lato, l'onere della prova dell'iscrizione medesima può ben essere assolto per presunzioni, in particolare anche mediante l'indicazione del numero d'iscrizione nel ruolo degli agenti di affari in mediazione tenuto presso la locale Camera di Commercio, e fermi restando, in capo al giudice di merito, sia l'apprezzamento sulla idoneità della prova offerta a dimostrare l'iscrizione sia la possibilità di valorizzare, nel caso di documentazione parziale, incerta o ambigua, la mancanza di specifici rilievi sul punto. Così ricostruito il quadro complessivo, e passando all'esame dello specifico motivo di gravame, si osserva che il giudizio di appello concerne una decisione di prime cure depositata in data 5 ottobre 2012 e che, pertanto, trova applicazione l'attuale versione dell'art. 345 c.p.c., come modificata dall'art. 54, D.L. 22 giugno 2012, n. 83 – convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 – avendo questa Corte già stabilito che la modifica, in senso restrittivo rispetto alla produzione documentale in appello, di cui all'art. 345, terzo comma, c.p.c., operata dal citato D.L., trova applicazione – mancando una disciplina transitoria e dovendosi ricorrere al principio *tempus regit actum* – solo se la sentenza conclusiva del giudizio di primo grado sia stata pubblicata dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della L. 134/2012, di conversione del D.L. 83/2012, e cioè dal giorno 11 settembre 2012 (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 6590 del 14/03/2017; Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 21606 del 28/07/2021). Questa Corte ha, altresì, chiarito che la formulazione dell'art. 345, terzo comma, c.p.c. applicabile al caso in esame – a mente della quale “non sono ammessi i nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per

causa ad essa non imputabile” – pone un divieto assoluto di ammissione di nuovi mezzi di prova in appello, senza che assuma rilevanza l’“indispensabilità” degli stessi, e ferma restando per la parte la possibilità di dimostrare di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 26522 del 09/11/2017). La decisione impugnata, per contro, risulta avere qualificato come “legittima” la produzione, da parte dell’odierna controricorrente, della documentazione comprovante l’iscrizione nel ruolo dei mediatori unicamente valorizzando il fatto che l’eccezione di mancata iscrizione nel ruolo era stata sollevata dall’odierna ricorrente solo in appello, come peraltro era pienamente possibile, trattandosi – come già visto – di eccezione in senso lato. In questo modo, tuttavia, la Corte territoriale, oltre a sovrapporre non correttamente il profilo della proponibilità dell’eccezione con quello dell’ammissibilità della produzione documentale, è venuta ad ammettere detta produzione in modo del tutto svincolato dalla verifica della impossibilità per la parte di operare tale produzione tempestivamente nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile ed anzi ha fatto in sostanza ricorso – latamente ed immotivatamente – ad un criterio di indispensabilità invece che non assume più rilievo nella vigente disciplina dell’ammissibilità di nuovi mezzi istruttori in appello. Si deve invece osservare che, nel concreto, la Corte territoriale era chiamata, non a dare applicazione all’art. 345 c.p.c. – e tampoco ad ammettere una produzione documentale sulla scorta della sola novità della questione cui la prova medesima era riferita – bensì ad operare una verifica in ordine all’esistenza o meno di una produzione tempestiva, nell’ambito del giudizio di primo grado, della prova dell’iscrizione della controricorrente all’albo dei mediatori. La decisione impugnata, quindi, risulta essere incorsa nel vizio dedotto dalla ricorrente, in particolare disattendendo l’eccezione da quest’ultima sollevata sulla scorta di un documento la cui produzione è stata ritenuta ammissibile in virtù di una non corretta applicazione del disposto di cui all’art. 345 c.p.c.

Ne consegue l’accoglimento del secondo motivo di ricorso, accoglimento che determina l’assorbimento degli ulteriori motivi.

4. La sentenza impugnata va, pertanto, cassata con rinvio alla Corte d’appello di Venezia, in diversa composizione, la quale, nel conformarsi ai principi qui enunciati, e nel valutare in particolare la presenza o meno di una tempestiva prova dell’iscrizione all’albo dei mediatori dell’odierna controricorrente – dovendosi osservare che quest’ultima ha dedotto nel controricorso di avere fornito la prova in questione sin dal giudizio di primo grado, e quindi tempestivamente – provvederà alla regolamentazione delle spese anche del presente giudizio di legittimità (*Omissis*).

DIVIETO DI NUOVE PRODUZIONI DOCUMENTALI IN APPELLO ED ECCEZIONI NON RILEVABILI D'UFFICIO

DAVIDE BERETTA

Assegnista di Ricerca

nell'Università Cattolica del Sacro Cuore

1. – Con la decisione in commento, la Suprema Corte torna ad occuparsi¹ del diritto del mediatore al pagamento della provvigione, affrontando alcune questioni di sicuro interesse, soprattutto sotto il profilo processuale: è su queste (e sui notevoli spunti di riflessione da esse offerti) che si intende concentrare l'attenzione.

Per poterlo fare, appare opportuno dare sommariamente conto della vicenda che ha dato luogo alla pronuncia.

Essa trae origine dall'opposizione, promossa dinanzi al Tribunale di Treviso da I.S.C. s.r.l., al decreto ingiuntivo ottenuto da C.I. s.r.l. per la restituzione di somme percepite dalla prima a titolo di acconto sulla provvigione dovuta per lo svolgimento di un incarico di mediazione.

Tale giudizio si è concluso con la revoca del decreto ingiuntivo e con l'accoglimento della domanda riconvenzionale, avanzata dall'opponente I.S.C. s.r.l., avendo il Tribunale ritenuto che il mancato avveramento della condizione sospensiva contenuta nel contratto di compravendita, alla quale le parti avevano inteso subordinare anche la corresponsione della provvigione, fosse imputabile a C.I. s.r.l.

Avverso la decisione del Tribunale, C.I. s.r.l. ha proposto l'impugnazione avanti la Corte d'Appello di Venezia, deducendo (tra l'altro e per quanto d'interesse) la mancata iscrizione della I.S.C. s.r.l. nel ruolo dei mediatori di cui alla l. 3 febbraio 1989, n. 39, eccezione questa ritenuta ammissibile per la prima volta anche in sede di gravame "in quanto riferita ad una nullità [quella del contratto di mediazione] rilevabile d'ufficio e quindi sottratta a preclusioni".

Poiché la mancata iscrizione della società nel relativo ruolo era stata (ammissibilmente) eccepita solo in appello, la Corte territoriale ha consentito la produzione, da parte di I.S.C. s.r.l., della documentazione comprovante

¹ *Ex aliis*, Cass. 9 febbraio 2023, n. 4019; 11 maggio 2022, n. 14971; 26 aprile 2021, n. 10911; 19 luglio 2021, n. 20556; 25 giugno 2020, n. 12653; 14 maggio 2013 n. 11539; 21 giugno 2013, n. 15658; 10 luglio 2014, n. 15842; 25 febbraio 2015, n. 3862; 14 dicembre 2007, n. 26202; 18 marzo 2005, n. 5953; 26 ottobre 2004, n. 20749; 1° ottobre 2002, n. 14076.

detta iscrizione, facendo proprie le conclusioni espresse dal giudice di prime cure.

C.I. s.r.l. ha quindi proposto ricorso per cassazione, deducendo, inter alia, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 101, 345, 359 c.p.c. e 2697 c.c., e argomentando che, pur vero che “solo con il gravame era stata eccepita la mancata iscrizione della I.S.C. s.r.l. nel ruolo dei mediatori”, la Corte territoriale avrebbe erroneamente ammesso la produzione del documento relativo all’iscrizione sulla mera scorta della novità della questione e così in violazione dell’art. 345 c.p.c., il quale limita l’ammissibilità di nuovi mezzi di prova e di nuovi documenti all’ipotesi in cui “la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”.

2. – La decisione *de qua* si pone in continuità con altro recente arresto² nel cui contesto la Suprema Corte, nel procedere ad una organica ricostruzione dei propri precedenti, ha dato particolare risalto alle sottese problematiche di natura processuale.

Un primo profilo concerne la questione relativa alla mancata iscrizione del mediatore nel ruolo previsto dalla l. 3 febbraio 1989, n. 39³ e, nello specifico, se essa possa essere eccepita o rilevata, per la prima volta, anche in grado di appello.

Diciamo subito che la risposta data dalla Suprema Corte al quesito è positiva, ciò in quanto – per la giurisprudenza maggioritaria⁴ – il difetto di tale requisito non solo esclude il diritto del mediatore alla provvigione⁵,

² Ci si riferisce a Cass. 9 febbraio 2023, n. 4019, Pres. D’Ascola, Rel. Caponi.

³ Recante “Modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958, n. 253, concernente la disciplina della professione di mediatore”.

⁴ Nel senso che la mancanza dell’iscrizione del mediatore nel ruolo istituito dalla l. 3 febbraio 1989, n. 39 è tale da determinare la nullità del contratto Cass. 15 dicembre 2000, n. 15849; 1° ottobre 2002, n. 14076; 18 luglio 2003, n. 11247; 9 aprile 2013, n. 8581. *Contra*, nel senso che invece il difetto di iscrizione farebbe soltanto venire meno il diritto del mediatore a percepire la provvigione, mentre – sotto il vigore della citata legge – la nullità del contratto si avrebbe solo *ex art. 8, comma 2, della medesima*, nei casi di recidiva e conseguente applicazione dell’art. 2231 c.c., Cass. 27 giugno 2002, n. 9380. Successivamente, Cass. 14 luglio 2011, n. 15473, secondo cui “Dalla mancata iscrizione non deriva, però, la nullità di tale contratto, perché la violazione di una norma imperativa, ancorché sanzionata penalmente, non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto, comportando quella violazione solo la non insorgenza del diritto alla provvigione e l’applicazione della sanzione amministrativa ovvero, in caso di recidiva, l’applicazione della pena prevista per l’esercizio abusivo della professione”.

⁵ Così espressamente l’art. 6, comma 1, l. 3 febbraio 1989, n. 39, secondo cui “Hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli”. Per

mancando la prova di un fatto costitutivo della pretesa⁶, ma determina pure la nullità del contratto di mediazione che, costituendo pacificamente eccezione in senso lato, non va soggetta al divieto dello *ius novorum* dell'art. 345 c.p.c.

Un primo aspetto su cui è necessario soffermarsi concerne per vero un diverso, seppur connesso profilo, rappresentato dalla prospettata operatività del principio di non contestazione relativamente al requisito dell'iscrizione di I.S.C. s.r.l. nell'apposito ruolo.

In particolare, secondo la prospettazione sostenuta dalla controricorrente, l'eccezione *de qua*, spiegata per la prima volta in appello, sarebbe stata preclusa da ciò, che la mancanza dell'iscrizione non era stata mai contestata in precedenza e che pertanto, in applicazione dell'art. 115, comma 1, c.p.c., la parte (costituita) su cui incombe l'onere di fornire la prova di quel fatto (nella specie costitutivo) ne verrebbe sollevata qualora l'altra non ne abbia specificamente contestato l'esistenza.

completezza, va detto che, con riguardo ai profili di nostro interesse, non vi sono mutamenti da segnalare, posto che, pur essendo stato soppresso il ruolo dei mediatori (con d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59), non è mai stata abrogata la l. 3 febbraio 1989, n. 39, talché i richiami al ruolo dei mediatori in essa (ancora) contenuti vanno riferiti alle iscrizioni nel registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (c.d. "R.E.A."). Così, da ultimo, Cass. 9 febbraio 2023, n. 4019 e le pronunce ivi riportate.

⁶ Al riguardo è forse opportuno rilevare che non sempre la giurisprudenza discorre di tale elemento in termini di fatto costitutivo del diritto del mediatore alla corresponsione del compenso, preferendo parlare dello stesso come di una "condizione dell'azione". Si segnala, ad esempio, Cass. 16 gennaio 2018, n. 869, secondo cui "In quanto condizione dell'azione ed elemento costitutivo della domanda, l'iscrizione al ruolo degli agenti mediatori del soggetto che agisca per il pagamento del compenso della mediazione è oggetto di verifica da parte del giudice a prescindere dall'allegazione [...]", talché "trattandosi, dunque, di valutazione dell'esistenza di un elemento costitutivo della domanda, che il giudice è tenuto ad accertare d'ufficio, neppure è configurabile la denunciata violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato". Si. v. anche Cass. 17 febbraio 2011, n. 3854. Nelle citate decisioni, la Suprema Corte si riferisce al fatto-iscrizione quale "condizione dell'azione", ciò evidentemente in maniera impropria come sinonimo di elemento (o fatto) costitutivo della pretesa al pagamento della provvigione. Per completezza, tuttavia, si segnala che, in altra occasione (Cass. 20 agosto 2020, n. 17482), la stessa Corte sembra aver ben più consapevolmente, menzionandosi anche un asserito difetto di *legitimatio ad causam* (anche se non condivisibilmente), impiegato detta terminologia (contrapponendo "condizione dell'azione" a "presupposto della domanda") al fine di giustificare la produzione "in sede di appello della documentazione attestante l'iscrizione [...] nel ruolo degli agenti di affari in mediazione siccome attinente a comprovare la sussistenza di una condizione dell'azione [...]".

A sostegno di tale tesi, la controricorrente ha invocato Cass. 19 luglio 2021, n. 20556⁷, ove si fa effettivamente richiamo al principio di non contestazione affermandosi, sulla scorta di Cass. 21 giugno 2013, n. 15658, che, nell'ipotesi in cui il convenuto non abbia contestato il fatto relativo alla mancanza di iscrizione del mediatore nei ruoli, "il giudice [...] deve astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e deve, perciò, ritenerlo sussistente"⁸.

Secondo la decisione in commento, che dà sotto tale profilo continuità al proprio precedente richiamato in nota 2, non solo il riferimento alla non contestazione contenuto nella pronuncia invocata da C.I. s.r.l. appariva in sé ultroneo, in quanto nel caso di specie esso non assumeva alcuna autonoma rilevanza⁹, ma, più in generale, il predetto principio non potrebbe proprio operare in tale materia, in quanto le norme che regolano la professione di mediatore (e, in particolare, l'obbligo di iscrizione nei relativi ruoli) rivestono carattere imperativo¹⁰: la mancata contestazione del difetto di iscrizione non sarebbe perciò idonea a comportare l'espunzione della

⁷ Su cui v. *infra* in nota 16.

⁸ Con la conseguenza che – prosegue Cass. 21 giugno 2013, n. 15658 – "l'eccezione concernente la mancata iscrizione del mediatore nel relativo albo professionale, qualora sia proposta dal convenuto – al fine di far valere la nullità del contratto e paralizzare la pretesa del mediatore al pagamento della provvigione, ex art. 6 della legge 2 febbraio 1989, n. 39 – soltanto nella comparsa conclusionale d'appello, esonera il giudice da qualsiasi verifica probatoria in ordine alla sua fondatezza".

⁹ In tale precedente, infatti, dapprima si afferma che l'indicazione del numero di iscrizione all'albo dei mediatori costituisce una prova sufficiente del requisito in parola; immediatamente dopo si legge che "Correttamente, pertanto, il giudice di primo grado non ha rilevato di ufficio la carenza di tale requisito peraltro non contestata in primo grado. Infatti, deve osservarsi che il ricorrente risulta aver contestato la mancata prova dell'iscrizione solo con il motivo di appello con il quale ha dedotto il mancato rilievo di ufficio della carenza di legittimazione del Sa. o della nullità del contratto": il principio di non contestazione, però, non è entrato minimamente in gioco nel caso *de quo*, posto che il giudice aveva fondato la propria decisione circa la sussistenza del fatto costitutivo-iscrizione del mediatore nei ruoli sulla base dell'allegazione del fatto secondario rappresentato dalla mera indicazione del numero di iscrizione.

¹⁰ Ciò, del resto, appare difficilmente contestabile, non solo in ragione del fatto che il contratto di mediazione, concluso in assenza dell'iscrizione del mediatore nei ruoli è viziato da nullità (cfr. precedente nota 4), ma anche dalla previsione di una sanzione amministrativa per chi eserciti l'attività di mediazione senza essere iscritto (art. 8, l. 3 febbraio 1989, n. 39).

circostanza dal *thema probandum* ovvero a sollevare la parte dal relativo onere probatorio¹¹.

Il punto non appare però pacifico, posto che un conto è la natura imperativa di una norma (nella specie quella che condiziona il diritto del mediatore al pagamento della provvigione alla sua iscrizione nei ruoli) e un altro è la natura, indisponibile o meno, del diritto da essa disciplinato e protetto¹².

A mio avviso, pur essendo vero che la natura imperativa (o inderogabile) di una norma è spesso indice di indisponibilità del diritto (sostanziale) sotteso, è a quest'ultimo che occorre in definitiva guardare, pena il rischio di incorrere nel pericoloso automatismo di assimilare "imperatività" (della norma) e "indisponibilità" (del diritto) e far discendere l'inoperatività del principio di non contestazione dalla prima, anziché dalla seconda¹³.

¹¹ Collocano la non contestazione sul piano della *relevatio ab onere probandi*, ad esempio, A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, Milano, 1995, 164 ss. e 294 ss.; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 401 ss., spec. 413 ss.; M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1161; I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 155 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, 237; G. MAERO, *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 455; A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76.

¹² Su questi concetti, si v., E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma suppletiva, norma dispositiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 573 ss., secondo il quale "Con le espressioni norma indisponibile — norma inderogabile si guarda la situazione, dipendente dalla legge, dal versante del modo di essere dell'interesse protetto dalla norma; e quindi, dal versante della descrizione dei poteri della autonomia privata rispetto ai precetti legislativi. Questo riferimento del significato delle espressioni è confermato da ciò che, più di frequente, anziché parlare di norme indisponibili o inderogabili, si parla di "diritti indisponibili o inderogabili"; e cioè di situazioni di interesse protetto che non possono essere oggetto di disposizione. Invece, con le espressioni norma imperativa — norma cogente, la situazione è vista sotto il profilo della descrizione (o della qualificazione) del precetto che viene posto dalla norma, indipendentemente dal riferimento al modo di essere dell'interesse protetto dalla norma".

Che la qualifica di una norma (*recte*: di un diritto) come "indisponibile" vada presa *cum grano salis*, si v. B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 412-413, in nota 41, ciò proprio per "per evitare di considerare tali diritti che non lo sono affatto", facendo in proposito l'esempio dei diritti del lavoratore che, pur discendendo da norme inderogabili, debbono essere considerati senz'altro disponibili una volta acquisiti. L'autorevole studioso esprime, infatti, perplessità rispetto alla "enfasi solitamente versata sull'indisponibilità", richiamando la più recente tendenza legislativa "restia a lasciare agli *status* personali e familiari la loro sacralità".

¹³ In effetti, che il principio di non contestazione non possa trovare applicazione in relazione a processi su diritti indisponibili è convincimento diffuso e

Nel nostro caso, fatto costitutivo della pretesa al pagamento della provvigione è anzitutto che il mediatore sia iscritto negli appositi ruoli¹⁴, come obbliga l'art. 6, l. 3 febbraio 1989, n. 39: è tuttavia dubbio – ed anzi propenderei per la soluzione negativa – che il diritto al pagamento della provvigione possa qualificarsi come “indisponibile”, ancorché regolato da disposizioni senz'altro “imperative”.

Ne discende che il principio ribadito dalla Suprema Corte¹⁵ non appare, per l'anzidetta ragione, del tutto condivisibile.

autorevolmente sostenuto, motivato sul presupposto che, diversamente opinando, potrebbero venire aggirati i divieti, operanti sul piano sostanziale, con riguardo a siffatte situazioni (si v., del resto, l'art. 2698 c.c., che sanziona con la nullità i patti con i quali venga invertito o modificato l'onere della prova in materia di diritti indisponibili). Limitandoci a contributi successivi alla riforma del 2009, cfr., ad esempio, C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, 225; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2023, 215; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2023, 58-59.; G. TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, 2009, 202; *contra*, però, F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*, 2010, § 6; M. TARUFFO, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Poteri del giudice. Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni*, Bologna, 2011, 495; M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficiale e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rass. forense*, 2011, 583-584; F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, 164 ss.; S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 88, secondo cui detto principio può comunque considerarsi operante in relazione a quelle situazioni a carattere disponibile (ancorché connesse o dipendenti da diritti effettivamente indisponibili), sulla scorta di S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, 280, per il quale sarebbe preferibile distinguere la situazione primaria, che potrebbe essere indisponibile, da quella secondaria che potrebbe invece consistere in un diritto in sé disponibile, come nel caso di una pretesa risarcitoria dipendente dalla violazione di un diritto non disponibile.

Nel senso che possa comunque attribuirsi una rilevanza al contegno processuale “negativo” anche in materia di diritti indisponibili, seppur quale mero argomento di prova *ex art.* 116, comma 2, c.p.c. (essendo però radicalmente escluso che il giudice possa fondare la decisione sulla non contestazione) G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (Un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 779; ID., in A. CHIZZINI, G. BALENA, R. CAPONI, S. MENCHINI, *La Riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della Legge sul Processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 35 ss.; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 412 in nota 41.

¹⁴ Ed oggi nei nel registro delle imprese o nel R.E.A.

¹⁵ Secondo cui “il soggetto che agisca *ex art.* 1755 c.c. per la corresponsione della provvigione, in relazione ad una attività di mediazione esauritasi in epoca anteriore alle modifiche apportate dell'art. 73, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 all'art. 2, L. 3 febbraio 1989, n. 39, ha l'onere di dimostrare di essere iscritto nello speciale ruolo degli agenti

Qualora, invece, si ritenesse che l'iscrizione nei ruoli vada necessariamente provata dal mediatore che agisca per la condanna – ed è quanto ritenuto dalla Corte¹⁶ –, nel caso in cui tale prova non sia offerta¹⁷, direi, entro il secondo termine di cui all'art. 183, 6° comma, n. 2, c.p.c.¹⁸, l'esito del giudizio non potrà che essere di rigetto della domanda, per mancanza (di prova) di un fatto costitutivo del diritto azionato.

Ora, però, occorre chiedersi come si coordini tale assunto, con l'affermazione secondo cui "l'eccezione concernente la mancanza di iscrizione del mediatore nel ruolo previsto dalla L. 39/1989 costituisce un'eccezione in senso lato, afferendo a questione rilevabile d'ufficio dal giudice, e, pertanto, non è soggetta, in grado di appello, alle preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c. ed al divieto dello *ius novorum* sancito dalla stessa norma".

Orbene, s'è detto poco sopra che la mancanza del requisito di cui all'art. 6, l. 3 febbraio 1989, n. 39 è, per la giurisprudenza prevalente, anche causa di nullità del contratto di mediazione, come tale rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo: che, dunque, tale difetto sia astrattamente

di affari in mediazione con l'ulteriore precisazione che, poiché tale requisito discende da una norma imperativa, [...] rientra tra i doveri del giudice, prima di accogliere una domanda, verificare anche *ex officio* e in assenza di qualsiasi contestazione della controparte, la ricorrenza della ricordata condizione".

¹⁶ Tale è l'orientamento prevalente. Si ricorda, tuttavia, la già citata Cass. 19 luglio 2021, n. 20556, ove i Supremi Giudici hanno affermato che "in materia di mediazione la non contestazione del convenuto costituisce un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che deve astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e deve, perciò, ritenerlo sussistente. Ne consegue che l'eccezione concernente la mancata iscrizione del mediatore nel relativo albo professionale, qualora sia proposta dal convenuto – al fine di far valere la nullità del contratto e paralizzare la pretesa del mediatore al pagamento della provvigione, L. 2 febbraio 1989, n. 39, *ex art.* 6, – soltanto nella comparsa conclusionale d'appello, esonera il giudice da qualsiasi verifica probatoria in ordine alla sua fondatezza".

¹⁷ L'affermazione deve peraltro tener conto dell'orientamento, richiamato pure nella pronuncia in esame, secondo cui "l'onere della prova dell'iscrizione può ben essere assolto anche per presunzioni ed in particolare [...] mediante l'allegazione del fatto secondario del numero d'iscrizione nel ruolo degli agenti di affari in mediazione tenuto dalle camere di commercio", ipotesi che si ritiene ricorrere anche nel caso in cui "tale numero di iscrizione compaia sul modulo di proposta di acquisto predisposto dal mediatore" (così Cass. 14 maggio 2013, n. 11539).

¹⁸ Ed oggi, per effetto della rimodulazione della fase introduttiva, mercé l'anticipazione delle preclusioni, entro la memoria integrativa di cui all'art. 171-ter, n. 2, c.p.c.

deducibile per la prima volta anche in sede di gravame appare *prima facie* difficilmente contestabile¹⁹.

Piuttosto, appare opportuno domandarsi se la Corte territoriale, in forza della convinzione per cui il fatto-iscrizione va provato a cura dell'attore e non può sfuggire, neppure ai sensi dell'art. 115, comma 1, c.p.c., a tale onere, non avrebbe potuto limitarsi ad accogliere l'appello, con conseguente esclusione di alcun diritto di I.S.C. s.r.l. alla provvigione. E ciò – si badi – indipendentemente, ed anzi a prescindere – dalla rilevazione della nullità del contratto, ma prima ancora per difetto (di prova) di un fatto costitutivo della pretesa. Darei al quesito risposta affermativa, avendo dovuto già in prime cure essere rigettata, per tale ragione, la domanda.

Occorre, infatti, tenere ben distinti i due profili: il diritto del mediatore alla provvigione e la validità del contratto. A nostro avviso, essi non si collocano sullo stesso piano, nel senso che il diritto al pagamento della provvigione, sempre a condizione che il mediatore sia iscritto nei ruoli (ed oggi nel registro delle imprese o nel R.E.A), sorge per effetto della conclusione dell'affare, da intendersi quale operazione economica e fonte di un rapporto obbligatorio tra le parti²⁰, irrilevanti essendo gli aspetti attinenti all'esistenza, alla validità e alla efficacia del contratto di mediazione. Sotto quest'ultimo profilo, va infatti rammentato come, per la giurisprudenza, ciò che rileva è il rapporto causale tra l'attività di intermediazione e la conclusione dell'affare, anche in assenza di un contratto che conferisca formalmente il mandato²¹ oppure anche laddove questo sia scaduto²², sicché il contratto potrà assumere rilievo, al più, ai fini della determinazione della

¹⁹ Ma, al riguardo, si veda quanto osservato nei successivi paragrafi.

²⁰ In tal senso cfr., ad esempio, Cass. 9 aprile 2009, n. 8676. Secondo Cass. 21 maggio 2010, n. 12527 "l'affare – da intendersi nel senso di qualsiasi operazione economica generatrice di un rapporto obbligatorio – deve ritenersi concluso, per effetto della "messa in relazione" da parte del mediatore, quando si costituisca un vincolo giuridico che abiliti ciascuna delle parti ad agire per l'esecuzione specifica del negozio o per il risarcimento del danno; ne consegue che, ai fini del riconoscimento al mediatore del diritto alla provvigione, è sufficiente che la sua attività costituisca l'antecedente necessario per pervenire, anche attraverso fasi e atti strumentali, alla conclusione dell'affare, rimanendo irrilevante che le parti originarie sostituiscano altri a sé nell'operazione conclusiva, ovvero una parte sia receduta dal preliminare". Successivamente, si v. Cass. 31 agosto 2022, n. 25648.

²¹ Secondo Cass. 14 maggio 2018, n. 11656 (conf. Cass. 9 dicembre 2014, n. 25851) "Ai fini della configurabilità del rapporto di mediazione, non è necessaria l'esistenza di un preventivo conferimento di incarico per la ricerca di un acquirente o di un venditore, ma è sufficiente che la parte abbia accettato l'attività del mediatore avvantaggiandosene". Più di recente, si segnala Cass. 12 marzo 2021, n. 7029.

²² Cass. 8 aprile 2022, n. 11443.

misura della provvigione, qualora tale aspetto sia stato oggetto di specifica regolamentazione pattizia^{23 24}.

3. – Le numerose questioni implicate alimentano ulteriori riflessioni su altri profili, alcuni dei quali vanno, per vero, oltre a quelli oggetto di decisione.

Tra i più delicati, v'è quello relativo al caso in cui il giudice sollevi d'ufficio la questione della nullità del contratto di mediazione a motivo del difetto di iscrizione del mediatore nei ruoli.

Posto in premessa che l'eccezione in discorso è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado, limitiamo dapprima l'attenzione all'ipotesi in cui sia il giudice di prime cure a rilevarla, essendo tenuto ad indicare “alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”²⁵.

In proposito, credo sia opportuno distinguere il momento in cui tale rilievo avvenga, a seconda che la questione sia sottoposta alle parti quando le preclusioni istruttorie non sono ancora maturate²⁶, essendo in tal caso ancora possibile il pieno confronto dialettico in ordine al rilievo officioso, ovvero successivamente, in uno stadio più avanzato del processo, con (talora) inevitabile sua “regressione” al fine di consentire l'esercizio del contraddittorio sulla questione sollevata.

²³ E, qualora non lo fosse, sarà applicabile l'art. 1755, comma 2, c.c. secondo il quale “La misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità”.

²⁴ Mi sembra che tale conclusione possa riuscire confermata se si riflette su ciò che, nel caso in cui la provvigione fosse stata già pagata al mediatore non iscritto, la parte che ha effettuato il pagamento potrebbe pretendere la restituzione semplicemente allegando la mancata iscrizione, senza che sia necessario invocare pure la nullità del contratto di mediazione (e, in ogni caso, senza che il giudice, in mancanza di apposita domanda di parte, debba necessariamente dichiararla d'ufficio).

²⁵ Così l'art. 183, comma 4, c.p.c. nella versione antecedente la riforma intervenuta con d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e quindi, oggi, il neo-introdotto art. 171-bis, comma 1, c.p.c. Sulla categoria delle questioni rilevabili d'ufficio, si v. già E. GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 725 ss.

²⁶ Ed essa rappresenta l'ipotesi fisiologica e più “virtuosa”: come detto nella nota immediatamente precedente tale momento è stato anticipato alle “nuove” verifiche preliminari da effettuarsi entro quindici giorni dopo la scadenza del termine di costituzione del convenuto.

Nella prima ipotesi, è ragionevole ritenere che le parti potranno trattare la questione nell'ambito delle memorie integrative dell'art. 171-ter c.p.c.²⁷, a condizione – è evidente – che la rilevazione avvenga già nel contesto delle verifiche preliminari²⁸; se tuttavia, com'è facile ipotizzare, non sarà infrequente che il rilievo si abbia dopo tale momento²⁹, attività difensive connesse all'esercizio di poteri officiosi del giudice dovranno ammettersi ancorché le relative preclusioni siano già maturate, mercé l'attivazione del “meccanismo riparatore” previsto dall'art. 101 c.p.c.³⁰.

La “misura” dei poteri delle parti a seguito del rilievo officioso a termini istruttori spirati è, come si sa, dibattuta e, in questa sede, non si può che prestare generica adesione all'opinione secondo la quale essi debbano comprendere ogni difesa, anche in termini di diritto alla prova, purché in “rapporto dinamico”³¹ con la questione stessa³².

²⁷ Nel modello procedimentale precedente la c.d. riforma Cartabia, nelle memorie che succedevano l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.

²⁸ Per quanto sia assai opportuna l'anticipazione a tale momento della segnalazione delle questioni rilevabili d'ufficio (in modo da consentire alle parti l'esercizio dei conseguenti poteri processuali, anche in termini di *ius novorum*, nel contesto delle successive memorie), non può affatto escludersi – anzi – che dette questioni vengano rilevate successivamente, quando le difese si siano più ampiamente dispiegate. In tema, tra i primi commenti, si v. F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, 68 ss.; E. MERLIN, in E. MERLIN, S. MENCHINI, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 592-593; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, 45.

²⁹ E perciò anche solo all'esito della prima udienza, magari a seguito dell'interrogatorio libero delle parti e alla eventuale richiesta dei “chiarimenti necessari” (cfr. art. 183, comma 3, c.p.c.).

³⁰ Al riguardo, per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 35 ss., 44-45.

³¹ Così, D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. Sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 411; F.P. LUISO, *Poteri di ufficio e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 65 ss., spec. 69, secondo il quale, nel caso in cui “le osservazioni delle parti involgono profili di fatto, sarà necessario rimettere la causa in istruttoria per dare sfogo alle prove che le parti potranno richiedere”; l'Autore esclude, però, la necessità “che le allegazioni in fatto, operate dalle parti con le memorie di cui all'art. 101, comma 2°, siano corredate dalle relative istanze istruttorie e produzioni documentali, che potranno essere effettuate solo allorché il giudice rimetterà la causa in istruttoria”. Nello stesso senso, A. CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo 2° comma dell'art. 101 c.p.c.*, in *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Milano, 2014, 281, secondo il quale, ove la questione comporti la rilevanza di fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli allegati, il giudice dovrà “rimette[re la causa] in istruttoria, per assumere le prove relative ai fatti resi rilevanti dalla questione sollevata d'ufficio in attuazione del principio che emerge dall'art. 153, 2° comma, c.p.c.”. Al riguardo si veda poi, in giurisprudenza,

Premesse tali considerazioni, si faccia il caso in cui il giudice rilevi la questione relativa al difetto di iscrizione del mediatore nei ruoli solo ad istruttoria completata, ritenendo di poter fondare – a torto o a ragione³³ – la propria decisione sulla nullità del contratto di mediazione.

A tale stregua, il giudice dovrà concedere i termini per le memorie *ex art. 101 c.p.c.*, consentendo alle parti di contraddire sulla nullità del contratto, con l'anzidetta ampiezza di poteri e quindi anche mediante l'allegazione di nuovi fatti e la formulazione di nuove richieste istruttorie.

Veniamo finalmente all'interrogativo sollecitato dall'ipotizzato scenario. A fronte della prospettata nullità del contratto, il mediatore potrebbe produrre il documento comprovante la propria iscrizione nei ruoli nell'ambito delle memorie concesse ai sensi dell'art. 101 c.p.c.?

per tutte, Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242 ove si afferma che “Il nuovo art. 101 comma 2 conferma tale conclusione e impone una interpretazione dei poteri delle parti estesa alla facoltà di proporre domanda di nullità (e spiegare la conseguente attività probatoria) all'esito della sua rilevazione officiosa nel corso di giudizio sino alla precisazione delle conclusioni”. E ancora “È questo l'unico possibile significato da attribuire al sintagma “memorie contenenti osservazioni sulla questione”, oltre a quello di consentire al giudice una migliore ponderazione della rilevanza assorbente della stessa nella decisione della causa. Ché, se il contenuto di tali memorie dovesse limitarsi a un'attività solo assertiva [...], si tornerebbe, in buona sostanza, alle sentenze “della terza via” ante-riforma, poiché quelle “osservazioni” non risulterebbero in alcun modo funzionali a coniugare il diritto di difesa delle parti con quelle esigenze di economia processuale che costituiscono, invece, la *ratio* dell'art. 101 comma 2”.

³² Si v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 227-228; M. BOVE, in M. BOVE, A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e nuove riforme in atto*, Matelina, 2009, 41; M. FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, V, 2009, 267; *contra* G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 22. In giurisprudenza, Cass. 30 settembre 2020, n. 20870, secondo la quale “L'art. 101, comma 2, c.p.c. impone un'interpretazione dei poteri delle parti estesa alla facoltà di proporre domande di nullità e spiegare la conseguente attività probatoria sino alla precisazione delle conclusioni, in deroga al sistema delle preclusioni istruttorie, alla condizione che vi sia stata una previa rilevazione officiosa di tale nullità”, fermo restando che “il rilievo d'ufficio della nullità è comunque subordinato alla rilevabilità *ex actis*, ciò che presuppone il rispetto delle preclusioni istruttorie” (in tal senso, da ultimo, Cass. 21 febbraio 2023, n. 5349).

³³ In realtà, se si conviene con quanto osservato nel paragrafo precedente e nel successivo, e cioè che il giudice dovrebbe rigettare la domanda di condanna al pagamento della provvigione per mancanza (di prova) di un fatto costitutivo, non avrebbe neppure senso sollevare la questione della nullità del contratto, se è vero che andrebbero sottoposte alle parti le sole questioni che risultino essere effettivamente decisive e rilevanti per la pronuncia. Tuttavia, ai fini del ragionamento che andiamo conducendo, ciò che importa è che il giudice rilevi la questione oltre i termini istruttori e la sottoponga alle parti ai sensi dell'art. 101 c.p.c. per loro “osservazioni”.

La risposta dovrebbe essere positiva se si aderisce all'orientamento più "garantista" in forza del quale, per effetto del rilievo officioso (ed entro tali limiti), le parti riacquistano pieni poteri (assertivi e istruttori).

Epperò, v'è da chiedersi se il documento comprovante l'iscrizione nei ruoli, ammissibilmente introdotto nel giudizio in ragione del predetto congegno recuperatorio, possa valere non solo per paralizzare l'eccezione di nullità del contratto, ma anche ad altro fine e, precisamente, a quello di sopperire al difetto di prova dell'iscrizione, vista però *sub specie* di fatto costitutivo del diritto del mediatore al pagamento della provvigione e non tanto quale fatto idoneo ad escludere la nullità del contratto.

La soluzione credo debba essere ragionevolmente negativa: nel momento in cui si ammette che un determinato fatto costitutivo del diritto azionato (il diritto alla provvigione), qualora difetti, cagioni anche la nullità del contratto³⁴, non appare possibile consentire che del documento (che sarebbe idoneo ad escludere la nullità) possa tenersi conto ai fini della prova del fatto costitutivo: prova che, infatti, avrebbe dovuto essere offerta ben prima, almeno entro il termine per il deposito della seconda memoria. Una produzione successiva, ancorché sollecitata ai sensi dell'art. 101 c.p.c., per quanto ammissibile – ma, inevitabilmente, al ben più limitato fine di contrastare il rilievo officioso – non potrà valere a recuperare un onere che avrebbe dovuto essere assolto nei rigorosi termini dell'art. 183 (ed oggi dell'art. 171-ter) c.p.c.

Ciò mi sembra non si ponga in contrasto col principio di acquisizione, il quale impone semmai che il giudice debba fondare il proprio convincimento in forza degli elementi di prova già acquisiti a prescindere da chi li abbia forniti, ma non consente di superare preclusioni che siano eventualmente già maturate: in altri termini, la prova dell'iscrizione (vista come fatto costitutivo della pretesa al pagamento della provvigione), che avrebbe dovuto essere tempestivamente offerta nei predetti termini perentori, non può essere recuperata *ex post* in occasione del (tardo) rilievo officioso di una questione, ancorché l'ingresso del documento sia in sé eccezionalmente ammissibile, sebbene a un più limitato scopo.

È infine lecito chiedersi se il giudice che si avveda della mancanza dell'iscrizione del mediatore, e quindi della mancanza di un fatto costitutivo (a prescindere che essa possa anche dar luogo alla nullità del contratto), debba sottoporre la "questione" al contraddittorio fra le parti,

³⁴ Che però, come detto, a nostro avviso rileva al più per la determinazione del *quantum*, ma non per l'*an*, dipendendo questo aspetto dal fatto che il mediatore (ovviamente iscritto) abbia messo in relazione le parti, realizzando così il presupposto indispensabile per l'avvenuta conclusione del contratto.

eventualmente anche ai sensi dell'art. 101 c.p.c.³⁵. Darei anche a questo quesito risposta negativa, specialmente se si esclude che l'operatività dell'art. 101, comma 2, c.p.c. vada riferita anche a quelle questioni che configurano un presupposto di accoglimento della domanda³⁶. Ciò in quanto "l'esistenza di tutti i fatti costitutivi del diritto è una questione già ricompresa nell'oggetto del giudizio come posto dalla domanda di parte"³⁷ e quindi, consentire all'attore un'ulteriore "attività integrativa di allegazione"³⁸ significherebbe permettergli di recuperare attività di allegazione ed eventualmente di prova, a rigore, irrimediabilmente precluse dallo stato di avanzamento del processo³⁹.

4. – Ma torniamo, dopo questa "divagazione", alla fattispecie in esame, ove la nullità del contratto di mediazione, per mancanza di iscrizione del mediatore nei relativi ruoli, non è stata rilevata in primo grado, ma solo in sede di gravame.

La Suprema Corte critica la decisione della Corte territoriale per aver "qualificato come "legittima" la produzione, da parte dell'odierna ricorrente, della documentazione comprovante l'iscrizione nel ruolo dei mediatori", ciò in quanto la stessa si sarebbe limitata a "valorizza[re] il fatto che l'eccezione di mancata iscrizione nel ruolo era stata sollevata

³⁵ Ovviamente stiamo ipotizzando che il difetto di iscrizione dell'agente non sia stata precedentemente eccepita: in tal caso non si può certo porre il problema, qualora il giudice intenda fondare la sentenza su siffatta questione, che la decisione segua una "terza via".

³⁶ In giurisprudenza si v. Cass. 5 maggio 2016, n. 9101; 9 maggio 2016, n. 9318 che ha ritenuto non sussistente la violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c. da parte dei giudici di merito i quali avevano rigettato la domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. per non aver l'attore provato la regolarità urbanistica del fabbricato, in quanto tale questione "faceva parte *ab initio* del *thema decidendum* posto dall'attore, costituendo la detta regolarità edilizia presupposto giuridico del chiesto trasferimento coattivo della proprietà".

³⁷ F. GODIO, *sub* art. 101, in *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da CONSOLO, Milano, 2018, 1133.

³⁸ F. GODIO, *sub* art. 101, *ibidem*.

³⁹ Forse si potrebbe, al più, ritenere che il giudice abbia il potere-dovere di segnalare alle parti la questione, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c., consentendo all'attore di interloquire in relazione al rilievo officioso, limitando tuttavia il contenuto delle memorie ex art. 101, comma 2, c.p.c. alle sole attività assertive (ad es., l'attore potrebbe eccepire di essere in realtà iscritto nell'apposito registro, avendo allegato il fatto secondario-numero di iscrizione), senza che possano attribuirsi ulteriori poteri istruttori (che consentirebbero, in ipotesi, la produzione del documento comprovante l'iscrizione), ciò che si risolverebbe in una inammissibile rimessione in termini.

dall'odierna ricorrente solo in appello, come peraltro era pienamente possibile, trattandosi – come già visto – di eccezione in senso lato”.

Ne è derivata – sempre secondo la Corte di Cassazione – l'ammissione della produzione documentale senza la doverosa verifica “della impossibilità per la parte di operare tale produzione tempestivamente nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”, facendo ricorso, nella sostanza, “ad un criterio di indispensabilità invece che non assume più rilievo nella vigente disciplina [...]”⁴⁰.

La Corte d'Appello, insomma, non avrebbe dovuto ammettere la produzione fondandosi sulla mera “novità” della questione, bensì sarebbe stata tenuta a verificare:

- i) che in primo grado vi fosse stata la produzione tempestiva del documento⁴¹ (a questo punto, diremmo, “ri-prodotto” in appello)⁴², oppure
- ii) qualora detta produzione non fosse stata effettuata nel precedente grado, che ciò fosse dipeso da causa non imputabile alla parte, costituendo quest'ultima l'unica ipotesi in cui una nuova prova può essere ammessa in fase di gravame.

In realtà, se è vero che “nel giudizio di appello [...], il Giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo”⁴³, credo che debba consentirsi alle parti di poter liberamente (e quindi con pieni poteri) contraddire sulla questione, senza che possa valere la limitazione prevista dall'art. 345, comma 3, c.p.c. Non si vede perché la parte pregiudicata dall'eccezione (ammissibile *ex art.* 345, comma 2, c.p.c.), per eventualmente “contrastarla”, debba provare di non aver potuto produrre un documento (o richiedere l'ammissione di una prova costituenda) nel precedente grado per causa a lei non imputabile, se e in quanto la questione – rilevata o (ammissibilmente) eccepita – sia a tutti gli effetti “nuova”.

Un'ulteriore possibilità – suggerita da un *obiter* contenuto nella già citata Cass. 9 febbraio 2023, n. 4019 – parrebbe infine esser questa: che il

⁴⁰ Sul requisito dell'indispensabilità della prova in appello (abrogato con d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134), si v. E. MERLIN, *Indispensabilità delle prove e giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 553 ss.; ID., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 324 ss.

⁴¹ Tenuto conto che, nel controricorso – si apprende dalla sentenza –, la parte ha dedotto di aver invero fornito la prova dell'iscrizione già nel giudizio di primo grado e perciò – parrebbe (ma è quanto dovrà accertare il giudice del rinvio) – tempestivamente.

⁴² O comunque – aggiungerei – che l'onere di provare l'iscrizione non fosse eventualmente stato assolto mediante presunzioni, e cioè in virtù dell'allegazione del numero d'iscrizione nel ruolo.

⁴³ L'inciso è tratto, ancora una volta, da Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242.

giudice del rinvio sia chiamato a valutare se in appello non vi fossero i presupposti per consentire la produzione (nuova) se e in quanto si accerti che il giudice di prime cure avrebbe dovuto “rilevare d’ufficio *ex art.* 183, co. 4 c.p.c. la questione relativa all’iscrizione del mediatore nei ruoli della camera di commercio e ciò avrebbe sollecitato l’attore a produrre la relativa documentazione tempestivamente rispetto al maturare delle preclusioni collegate alla chiusura della fase introduttiva del processo”.

Anzitutto non si comprende il motivo del richiamo al solo art. 183, comma 4, c.p.c. e quindi alla sola ipotesi in cui il rilievo officioso avvenga in un momento in cui non sono decorsi i termini istruttori: *quid* in caso lo fossero e il giudice abbia omesso di rilevare la questione e di sottoporla alle parti ai sensi dell’art. 101 c.p.c.? Non sembra infatti che vi siano ragioni per tenere distinte le due situazioni, né tantomeno che esse meritino di essere trattate diversamente.

In ogni caso, se si concorda con ciò, che la pretesa al pagamento della provvigione avrebbe dovuto essere rigettata già in prime cure se, in quella sede, non sia stata offerta (tempestivamente) la prova, gravante sull’attore, del fatto costitutivo-iscrizione nei ruoli, l’eventuale rilievo della questione relativa alla nullità del contratto, incidendo tale profilo su altri aspetti (tra cui la determinazione del *quantum*), sarebbe stato comunque ultroneo, in quanto relativo ad un elemento in sé non decisivo⁴⁴.

Sicché, a nostro avviso, alcuna violazione del contraddittorio potrebbe dirsi verificata nel caso in cui il giudice di primo grado abbia omesso di sottoporre alle parti la questione della nullità del contratto di mediazione (non rilevante ai fini della decisione, che avrebbe dovuto avere contenuto di rigetto). Ne discende l’insussistenza del presupposto per la rimessione in termini in appello nella produzione del documento comprovante l’iscrizione del mediatore: il giudice del rinvio non potrà perciò che valutare – come in definitiva correttamente indicato in sentenza – la sussistenza, in atti, di una produzione tempestiva del documento; qualora non vi fosse, la pretesa attorea non potrà che essere destinata al rigetto per difetto di prova di un fatto costitutivo.

Abstract

PROHIBITION OF NEW DOCUMENTARY PRODUCTION ON APPEAL AND EXCEPTIONS NOT DISCOVERABLE *EX OFFICIO*

⁴⁴ La questione relativa alla determinazione dell’ammontare della provvigione in tanto si pone in quanto il diritto al pagamento della stessa sia positivamente accertato.

L'A. esamina criticamente la decisione con cui la Corte di cassazione ha enunciato il principio secondo cui il divieto di nuove produzioni in appello non è superabile argomentando dalla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione proposta, per la prima volta, in sede d'impugnazione, dovendo il giudice verificare che la parte non abbia potuto provvedere tempestivamente, nel giudizio di primo grado, a tale produzione per causa ad essa non imputabile.

The A. critically examines the decision by which the Court of cassation enunciated the principle that the prohibition of new productions in appeal cannot be overcome by arguing from the ex officio detectability of the exception proposed, for the first time, in the appeal, since the judge must verify that the party was unable to provide such production in a timely manner, in the first instance, for reasons not attributable to it.
