Cass., civ. sez. III, del 29 gennaio 2019, n. 2334

4. Con il quarto motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 418, 1° comma e 112 c.p.c., ex art. 360/1, n. 3 c.p.c.) la ricorrente censura l'impugnata sentenza nella parte in cui ha rigettato il primo motivo dell'appello incidentale della F, con il quale essa si era doluta dell'inammissibilità della domanda riconvenzionale spiegata dalla S ed avente ad oggetto la richiesta di ripetizione della somma di euro 67,00. Il motivo di appello incidentale era stato proposto facendo valere la circostanza che la domanda ricorivenzionale era stata introdotta senza la richiesta di fissazione di una nuova udienza ai sensi dell'art. 418 cod. proc. civ.

Il motivo sostiene che erroneamente la corte territoriale avrebbe dato rilievo al precedente di cui a Cass. n. 10404 del 2009, che ritenne irrilevante la violazione qualora non eccepita.

Si invoca invece l'orientamento affermato da Cass. n. 23815 del 2007 (secondo cui: «nelle controversie soggette al rito di cui agli artt. 409 e segg. cod. proc. civ. l'inosservanza dell'onere, posto dall'art. 418 cod. proc. civ. a carico del convenuto, di chiedere la fissazione di una nuova udienza comporta la decadenza dalla riconvenzionale e l'inammissibilità di questa, decadenza che non è sanata dall'emissione da parte del giudice, in difetto della specifica istanza, del decreto di fissazione della nuova udienza o dall'accettazione del contraddittorio ad opera della controparte o per aver quest'ultima sollevato l'eccezione esclusivamente nel corso del giudizio di appello e che, attenendo alla regolarità del contraddittorio, é rilevabile anche d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo; tale principio trova applicazione anche qualora la domanda riconvenzionale sia proposta dall'attore nei confronti del convenuto (cosiddetta "reconventio reconventionis"), atteso che una corretta lettura dello stesso art. 418 cod. proc. civ. impone di ritenere che in tal caso l'attore é soggetto agli stessi obblighi e alle medesime preclusioni previste per il convenuto che proponga una domanda riconvenzionale.») e che si dice ribadito (per la verità a torto, dato che la sentenza si è occupata di altra questione) da Cass. n. 11679 del 2014.

4.1. Il motivo non è fondato, anche se esige la correzione della motivazione della sentenza impugnata.

L'orientamento condiviso dalla sentenza impugnata era stato affermato e ampiamente motivato anche da Cass. n. 16955 del 2007, la quale aveva così statuito: «Nel rito del lavoro, l'inosservanza da parte del convenuto, che abbia ritualmente proposto, ai sensi dell'art. 416 cod. proc. civ., domanda riconvenzionale, del disposto di cui al primo comma dell'art. 418 cod. proc. civ. - il quale impone, a pena di decadenza dalla domanda riconvenzionale medesima, di chiedere al giudice, con apposita istanza contenuta nella memoria di costituzione in giudizio, di emettere ulteriore decreto per la fissazione della nuova udienza - non determina la decadenza stabilita "ex lege" qualora l'attore ricorrente compaia all'udienza originariamente stabilita ex art. 415 cod. proc. civ. ovvero alla nuova udienza di cui all'art. 418 cod. proc. civ. eventualmente fissata d'ufficio dal giudice, senza eccepire l'irritualità degli atti successivi alla riconvenzione ed accettando il contraddittorio anche nel merito delle pretese avanzate con la stessa domanda riconvenzionale.

Infatti, osta ad una declaratoria di decadenza sia la rilevanza da riconoscere, ai sensi dell'art. 156, terzo comma, cod. proc. civ., alla realizzazione della funzione dell'atto, sia il difetto di eccezione della sola parte che, in forza dell'art. 157, secondo comma, cod. proc. civ., sarebbe legittimata a far valere il vizio, essendo appunto quella nel cui interesse è stabilita la decadenza stessa, dovendosi inoltre escludere che l'istanza di fissazione dell'udienza rappresenti un elemento costitutivo della domanda

riconvenzionale (tale che in suo difetto non possa neppure reputarsi proposta la domanda stessa), giacché l'istanza di fissazione concerne la "vocatio in jus" ed è, perciò, "esterna" rispetto alla proposizione della riconvenzionale, la quale, ai sensi dell'art. 416, secondo comma, cod. proc. civ., si realizza con la "editio actionis".».

Si tratta dell'orientamento che appare condivisibile, in quanto l'altro ha come presupposto che la violazione delle preclusioni sia rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio. Ciò alla luce del recente principio di diritto secondo cui: «la regola di cui all'art. 157, terzo comma, cod. proc. civ., secondo cui la parte che ha determinato la nullità non può rilevarla, non opera allorquando si tratti di una nullità rilevabile anche d'ufficio, ma tale inoperatività, essendo correlata alla durata del potere officioso del giudice, dura fino a che esso persiste e, dunque, fino a quando il giudice davanti al quale la nullità si è verificata non decide omettendo di rilevarla.

Una volta sopravvenuta tale decisione omissiva, la regola dell'art. 157, terzo comma, invece si riespande e, pertanto, la parte che ha dato causa alla nullità con il suo comportamento ed anche quella che non l'ha rilevata così contribuendo al permanente della nullità non possono dedurla come motivo di nullità della sentenza, a meno che si tratti di una nullità per cui la legge prevede il rilievo officioso ad iniziativa del giudice anche nel grado di giudizio successivo che riceve l'impugnazione» (Cass. n. 21381 del 2018). Nel caso di specie, non avendo rilevato la qui ricorrente la nullità determinata dalla mancata richiesta di fissazione di nuova udienza e non avendola rilevata nemmeno il giudice di primo grado, che aveva il potere di farlo, la relativa questione era ormai indeducibile in sede di impugnazione e, pertanto, il primo motivo dell'appello incidentale avrebbe dovuto dichiararsi infondato per tale ragione.