

Civile Ord. Sez. 1 Num. 31209 Anno 2022

Presidente: VALITUTTI ANTONIO

Relatore: SCOTTI UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE

Data pubblicazione: 21/10/2022

sul ricorso 23981/2017 proposto da:

s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
elettivamente domiciliato in Roma presso lo  
studio dell'avvocato che lo rappresenta e difende  
unitamente all'avvocato

-ricorrente -

contro

Palmina Sergio,

imato -

nonché contro

CPD  
2138  
2022

elettivamente domiciliata in Roma  
presso lo studio dell'avvocato e rappresentata e  
difesa dall'avvocato -controricorrente -

avverso la sentenza n. 3041/2017 della CORTE D'APPELLO di  
MILANO, depositata il 29.6.2017;  
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del  
25.5.2022 dal Cons. UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE SCOTTI

### FATTI DI CAUSA

1. Con decreto ingiuntivo n.541 del 2013, accogliendo il  
conforme ricorso del : soc.coop., il Tribunale di  
Voghera ingiunse in solido alla s.n.c.,  
debitore principale, nonché ai soci illimitatamente responsabili  
e il pagamento della somma di €  
289.052,54 oltre interessi, quale residuo credito derivante in parte  
da un mutuo chirografario e in parte dallo scoperto di conto corrente  
ipotecario acceso dalla predetta società; con lo stesso decreto  
l'ingiunzione venne estesa, entro i limiti della garanzia prestata di €  
200.000,00, ai fideiussori

Propose opposizione al decreto la sola  
chiedendo l'annullamento ex art.1427 cod.civ. della fideiussione da  
essa sottoscritta per errore sul contenuto del documento  
contrattuale.

Si costituì in giudizio il chiedendo il rigetto  
dell'opposizione.

Il Tribunale di Voghera, negata la provvisoria esecutorietà e  
ammesse le prove testimoniali, con ordinanza del 19.5.2016 dispose  
tentativo di mediazione ai sensi dell'art.5, comma 2, del d.lgs.28 del  
2010, con onere della Banca di intraprendere la procedura.

Poiché nessuna delle parti aveva dato impulso alla mediazione,  
con sentenza del 16.12.2015 il Tribunale dichiarò improcedibile la



domanda della convenuta opposta e revocò il decreto ingiuntivo, a spese compensate.

**2.** Avverso la predetta sentenza di primo grado propose appello il \_\_\_\_\_ a cui resistette l'appellata

La Corte di appello di Milano con sentenza del 29.6.2017 ha respinto il gravame, con aggravio di spese, affermando: che la controversia non rientrava nella materia bancaria; che quindi il Tribunale ben aveva fatto a non ritenere obbligatorio l'esperimento del tentativo di mediazione ai sensi del comma 1 dell'art.5 del d.lgs.28/2010 e a disporre il tentativo di mediazione facoltativo ai sensi del comma 2 dello stesso articolo; che in siffatta ipotesi il giudice poteva porre l'onere di impulso a carico di una parte determinata, nel caso la Banca, e non della parte più diligente.

**3.** Avverso la predetta sentenza, notificata in data 11.7.2017, con atto notificato il 9.10.2017 ha proposto ricorso per cassazione il \_\_\_\_\_ s.p.a. (già \_\_\_\_\_) svolgendo due motivi.

Con atto notificato il 17.11.2017 ha proposto controricorso Palmina Sergio, chiedendo il rigetto dell'avversaria impugnazione.

Entrambe le parti hanno trattato nei rispettivi atti anche il merito della controversia.

La ricorrente ha depositato memoria.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

**4.** I due motivi di ricorso, strettamente collegati, possono essere esaminati congiuntamente.

**4.1.** Con il primo motivo di ricorso, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione all'artt.5, comma 1 *bis* del d.lgs. 28/2010.

La ricorrente sostiene che, diversamente da quanto affermato dalla Corte territoriale, la formula normativa del comma 1 *bis* citato, con il suo ricomprensivo riferimento a una controversia « *in materia*

*di contratti..... bancari o finanziari»*, includeva anche la controversia in oggetto.

La norma, secondo la ricorrente, si riferiva non solo alle controversie attinenti al rapporto contrattuale principale fra banca e cliente ma anche alle vertenze relative alle obbligazioni di garanzia.

Del tutto apoditticamente, poi, la Corte di appello avrebbe qualificato il rapporto di garanzia in forza del quale era stata evocata la sig.ra            come rapporto autonomo di garanzia e non come fideiussione.

Tanto premesso, secondo la ricorrente, il Tribunale non avrebbe potuto disporre la mediazione ai sensi del comma 2 dell'art.5, avvalendosi delle relative facoltà, ma avrebbe dovuto disporre la mediazione obbligatoria in forza del citato comma 1 *bis*, applicabile alla fattispecie.

**4.2.** Con il secondo motivo di ricorso, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione all'art.5, comma 2, del d.lgs. 28/2010.

Secondo la ricorrente, in mancanza di una norma che consentisse di porre l'onere di impulso a carico del convenuto opposto, il Giudice non avrebbe potuto disporre in tal senso, derogando al principio generale che in tema di procedimenti impugnatori pone le conseguenze dell'inerzia delle parti a carico dell'impugnante con il consolidamento del provvedimento opposto.

Principio questo che, secondo la ricorrente, doveva a maggior valere per l'istituto della mediazione, tenuto conto delle finalità deflattive del contenzioso perseguite dal legislatore con la sua introduzione.

**5.** L'art.5, comma 1 *bis*, del d.lgs. 28 del 4.3.2010 dispone che colui che intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con

altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal d.lgs. 8.10.2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al d.lgs. 1.9.1993, n. 385 , e successive modificazioni, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 187-*ter* del Codice delle assicurazioni private di cui al d.lgs. 7.9.2005, n. 209, per le materie ivi regolate.

Il secondo comma dello stesso articolo 5, fermo quanto previsto dal comma 1-*bis* e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, prevede che il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, possa disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

**6.** Come ha chiarito la recente ordinanza della Sez.2, n 22736 del 21.8.2021 la prima ipotesi, quella dell'articolo 5, comma 1 *bis*, d.lgs. 28/2010, si riferisce alla mediazione obbligatoria nelle materie ivi indicate, che deve essere introdotta prima dell'instaurazione del giudizio, quale condizione di procedibilità dello stesso e la cui mancanza ai fini della declaratoria di improcedibilità deve essere eccepita a pena di decadenza dalla parte o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza; la seconda, disciplinata dall'art.

5, comma 2, d.lgs 28/2010, attiene alla mediazione c.d. delegata, che può essere disposta dal giudice sulla base di una valutazione discrezionale che tiene conto della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento delle parti.

**7.** La censura proposta dalla ricorrente con il primo motivo non è conducente e non avrebbe la capacità di ribaltare l'esito della decisione.

Se pur il concetto di «materia di contratti bancari» potesse essere esteso anche al contratto di fideiussione volto a garantire l'adempimento di un contratto bancario e se pure, diversamente da quanto affermato dalla Corte di appello, la garanzia prestata dalla sig.ra            non fosse una garanzia autonoma a prima richiesta, l'esito non muterebbe.

**8.** V'è da dire peraltro che questa Corte ha adottato una lettura rigorosa e non estensiva della nozione di «contratti bancari e finanziari» per cui la legge prescrive l'obbligo della mediazione, escludendo, per esempio, che le controversie derivanti da contratti di *leasing* immobiliare siano assoggettate alla mediazione preventiva obbligatoria.

Al riguardo è stato infatti affermato che la norma che prevede l'esperimento della mediazione come condizione di procedibilità per i contratti «bancari e finanziari» contiene un chiaro richiamo, non altrimenti alterabile, alla disciplina dei contratti bancari contenuta nel codice civile e nel testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993), e alla contrattualistica relativa agli strumenti finanziari disciplinata dal testo unico finanziario (d.lgs. n. 58/1998) e che non si può dunque estendere l'obbligo di mediazione alla diversa ipotesi del *leasing* immobiliare, anche se, nelle varie forme, a questo sono coesenziali finalità di finanziamento, specificamente funzionali, però, all'acquisto o all'utilizzo dello specifico bene coinvolto (Sez. 3, 13.5.2021, n.12883; Sez.3, 22.11.2019, n. 30520).

Analogamente si è ispirata a una lettura restrittiva la pronuncia di questa Corte (Sez.6-1, 20.5.2020, n. 9204) secondo la

quale la controversia avente ad oggetto il pagamento di un assegno bancario a persona diversa dall'effettivo beneficiario, non è sottoposta alla mediazione obbligatoria, trattandosi di fattispecie che non rientra nell'ambito dei contratti bancari, perché la convenzione di assegno, se può trovarsi inserita anche nel corpo dei detti contratti, conserva sempre la propria autonomia, rientrando l'assegno nel novero dei servizi di pagamento ai sensi dell'art. 2, lett. g), del d.lgs. n. 11 del 2010, che prescindono dalla natura «bancaria» del soggetto incaricato di prestare il relativo servizio.

Tanto premesso, l'esclusione della tipicità della fideiussione come contratto bancario, regolato come tale dal codice civile o dal Testo unico bancario, porta ad escludere l'obbligatorietà della mediazione ai sensi dell'art.5, comma 1 *bis*, del d.lgs. 28 del 4.3.2010.

**9.** In ogni caso, appare decisivo il rilievo che secondo l'orientamento delle Sezioni Unite di questa Corte, a cui il Collegio intende assicurare continuità, nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con richiesta di decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-*bis* conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo (Sez. U, n. 19596 del 18.9.2020, Rv. 658634 - 01; Sez. 3, n. 21 del 8.1.2021, Rv. 660180 - 01).

Di conseguenza, quand'anche il provvedimento fosse stato pronunciato ai sensi del comma 1 *bis* a titolo di imposizione obbligatoria del tentativo di mediazione, come sostiene la ricorrente, e non già ai sensi del comma 2, a titolo di mediazione facoltativa, l'onere di impulso e l'interesse a coltivare la mediazione sarebbe

comunque gravato sulla Banca convenuta opposta, attore sostanziale.

**10.** Il rilievo appare decisivo.

In ogni caso anche la seconda censura è infondata.

Da un lato, la norma contenuta nel comma 2 dell'art.5 in parola non esclude che il giudice possa, nell'esercizio dei poteri di cui all'art.175 cod.proc.civ., porre a carico di una delle parti l'onere di dar impulso al tentativo di mediazione, nella fattispecie gravandone l'attore sostanziale.

Dall'altro – e soprattutto – dall'asserita violazione non è derivata causalmente alcuna conseguenza pregiudizievole, visto che secondo la tesi della ricorrente l'onere doveva essere posto a carico della parte più diligente e non solo a carico suo.

Poiché il Banco Popolare – al pari dell'avversaria – non si è comunque attivato, per ragioni rimaste inesplorate, sebbene fosse stato responsabilizzato in via esclusiva e non solo in via concorrente, il risultato finale non sarebbe comunque mutato.

**11.** Il ricorso deve essere complessivamente rigettato.

Le spese seguono la soccombenza, liquidate come in dispositivo.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, occorre dar atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso articolo 13, ove dovuto.

**P.Q.M.**

La Corte

rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese in favore della controricorrente, liquidate nella somma di €



5.000,00 per compensi, € 200,00 per esposti, 15% rimborso spese generali, oltre accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso articolo 13, ove dovuto.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della Prima Sezione civile il 25 maggio 2022

