

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DI MARZIO Mauro - Presidente
Dott. DAL MORO Alessandra - Relatore
Dott. FALABELLA Massimo - Consigliere
Dott. GARRI Guglielmo - Consigliere
Dott. CATALLOZZI Paolo - Consigliere

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. xxxx/2020 R.G.

FIDEIUSSORE Srl,

proposto da:

- ricorrente -

CESSIONARIA NPL Srl

CONTRO

- intervenuta contro ricorrente -

BANCA Spa

NONCHÉ CONTRO

- intimata -

avverso SENTENZA di CORTE D'APPELLO GENOVA n. xxxx/2019 depositata il 30/09/2019.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 11/10/2024 dal Consigliere ALESSANDRA DAL MORO.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Il ricorso riguarda la sentenza con cui la Corte d'Appello di Genova, ha riformato la sentenza resa dal Tribunale di Savona che ha dichiarato improcedibile l'opposizione - proposta unicamente dalla società **FIDEIUSSORE Srl** - al decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo che la **BANCA Spa** aveva ottenuto - per il pagamento del residuo debito relativo ad un finanziamento chirografario - sia nei confronti della debitrice principale (**DEBITRICE Spa**) che nei confronti delle due società che si erano costituite fideiussori (**FIDEIUSSORI Srl**).

1.1 - Il Tribunale di Savona, all'esito della prima udienza di comparizione, rilevato che non risultava esperita la procedura obbligatoria di mediazione, aveva assegnato alla parte più diligente un termine per l'instaurazione del procedimento di mediazione; tuttavia, spirato il termine, entrambe le parti avevano dato atto che la predetta procedura non era stata esperita, sicché l'opponente **FIDEIUSSORE** aveva chiesto pronunciarsi l'improcedibilità dell'intero giudizio e la revoca del decreto ingiuntivo, mentre la banca opposta aveva chiesto una pronuncia di improcedibilità del giudizio di opposizione e - quindi - la conferma del decreto opposto. Il Tribunale, ritenendo che il relativo onere andasse posto a carico del creditore precedente in qualità di attore sostanziale dell'intero procedimento iniziato con la richiesta di

decreto ingiuntivo, dichiarava l'improcedibilità della domanda proposta con il ricorso monitorio e revocava il decreto ingiuntivo.

1.2 - La Corte d'Appello su ricorso di **BANCA Spa** (incorporante nel frattempo la **BANCA**) - che aveva lamentato l'erronea imputazione della responsabilità del mancato espletamento della mediazione obbligatoria a carico del creditore procedente in monitoria invece che a carico della società opponente e, comunque, l'erronea revoca del decreto ingiuntivo anche nei confronti della debitrice principale e della fideiubente che non vi si erano opposte - ha riformato la sentenza affermando che era onere della società opponente, e non della banca opposta, attivare la predetta procedura, pena l'improcedibilità del giudizio di opposizione (cita Cass. n. 24629/2015).

Ciò ha affermato respingendo per infondatezza l'eccezione della appellata **FIDEIUSSORE**- avanzata per la prima volta con la comparsa conclusionale in secondo grado - per cui, vertendo la fattispecie in materia di fideiussione, non troverebbe applicazione la procedura della mediazione obbligatoria, in quanto con il giudizio di opposizione la società aveva contestato il rapporto principale e non quello di garanzia, con la conseguenza che il diritto di credito fatto valere nei confronti del debitore principale faceva parte della fattispecie costitutiva del diritto di credito azionato nei confronti del fideiussore in forza di un rapporto di pregiudizialità/dipendenza.

Ha, perciò, dichiarato l'improcedibilità del giudizio di opposizione promosso da **FIDEIUSSORE** con conseguente definitività del decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Savona.

3. - Avverso detta sentenza ha proposto ricorso **FIDEIUSSORE** affidandolo ad un solo motivo di cassazione.

Ha resistito, con controricorso la società **CESSIONARIA NPL Srl** intervenuta quale cessionaria del credito garantito in ragione di contratto di cessione dei crediti ex lege n. 130/1999 stipulato nelle more con **BANCA Spa**, eccependo l'inammissibilità sotto diversi profili del motivo di ricorso. La Controricorrente ha depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con l'**UNICO MOTIVO** di ricorso la società **FIDEIUSSORE** denuncia "in relazione all'art. 5 comma 1 bis e comma 2 del D.Lgs. n. 28/2010, la violazione e falsa applicazione degli articoli 99 e 112 c.p.c. con riferimento all'art. 360 n. 4 c.p.c. e falsa applicazione degli articoli 156 comma 2 e 161 c.p.c.".

La ricorrente afferma che la sentenza è errata laddove, interpretando la domanda ed individuando l'oggetto del giudizio, afferma che il credito della banca verso il fideiussore **FIDEIUSSORE** si fondava sul titolo fonte del credito vantato dalla banca stessa nei confronti di **OMISSIS Spa** (sorto in forza di più contratti bancari); e ciò perché la ricorrente era stata chiamata in giudizio quale fideiussore dell'obbligata principale e la fideiussione, quale contratto di garanzia, non è assoggettata obbligatoriamente alla mediazione conciliativa; sicché il Tribunale non avrebbe potuto dichiarare l'improcedibilità di alcuna domanda (non di quella proposta con il ricorso monitorio, ma neppure di quella proposta con l'opposizione) ed avrebbe dovuto istruire la causa con i mezzi dedotti", e la Corte d'Appello avrebbe parimenti errato nel pronunciare sul punto (in modo opposto) sostenendo che **FIDEIUSSORE**, con l'opposizione, avesse contestato il rapporto principale e non quello di garanzia.

Ha concluso chiedendo "la Cassazione senza rinvio della sentenza e la pronuncia nel merito della causa (...) ovvero rinviando ad altro giudice per la decisione anch'esse intesa ad accertare, previa celebrazione della CTU econometrica, il corretto saldo dei rapporti tra la banca e la debitrice principale e a condannare la banca a restituire quanto percepito in eccesso"

2. - Il motivo è ammissibile e fondato.

2.1 - Va preliminarmente respinta, invero, l'eccezione di inammissibilità della censura sollevata da parte resistente a motivo del fatto che la questione era stata sollevata per la prima volta nel giudizio di appello e solo in sede conclusionale, invero la Corte d'Appello sul punto non ha respinto per tardività l'eccezione ma si è pronunciata ritenendola infondata, onde il ricorso attinge la decisione assunta, di improcedibilità del giudizio di opposizione, con riguardo alle esplicite ragioni con cui nella stessa si afferma la sussistenza nella specie dei presupposti dell'applicazione dell'istituto processuale in parola: la Corte di merito ha, infatti, ritenuto che - contrariamente a quanto eccepito - il rapporto oggetto del giudizio fosse quello di natura bancaria, con conseguente necessità del previo esperimento della procedura di mediazione. Dunque la resistente deduce la tardività della censura mossa dalla ricorrente per cassazione invocando, in realtà, la asserita tardività dell'eccezione in proposito sollevata in secondo grado senza, tuttavia, che avverso la decisione sul punto della Corte di merito sia stata formulata specifica censura.

Parimenti va respinta la ragione di inammissibilità per cui, non avendo parte ricorrente **FIDEIUSSORE** impugnato il capo della sentenza della Corte Genovese relativo all'individuazione del soggetto che avrebbe dovuto introdurre la procedura di mediazione, sul punto la decisione sarebbe divenuta definitiva, poiché il motivo di ricorso attiene all'antecedente logico-giuridico della pronuncia di improcedibilità, ed è, quindi, diretto a travolgere anche detto capo della sentenza che è consequenziale.

2.2 - Venendo all'esame del motivo si osserva che la ricorrente si duole del fatto che - essendo l'oggetto del giudizio di merito non un contratto bancario ma **un rapporto fideiussorio** - non poteva applicarsi la disciplina processuale che prevede il previo esperimento della mediazione obbligatoria, ed invoca la nullità del procedimento ex art. 360 co. 1 n.4 c.p.c. "in relazione all' art. 5 comma 1 bis e comma 2 del D.Lgs. n. 28/2010" dunque l'erronea valutazione della Corte d'Appello (così come del Tribunale) circa la sussistenza nel caso di specie dei presupposti per la dichiarazione di improcedibilità per omissione del procedimento di mediazione, di cui - contrariamente a quanto ritenuto nelle due pronunce, di segno opposto in punto individuazione della parte onerata - non ci sarebbe stato, in effetti, bisogno.

Il motivo intercetta correttamente la *ratio decidendi* della sentenza gravata che si fonda sul presupposto logico-giuridico della necessità, nella specie, della previa instaurazione della procedura di mediazione e sul consequenziale vaglio della questione dell'individuazione della parte onerata ad attivarla, che la Corte d'Appello ritiene fosse la parte opponente, riformando sul punto la sentenza di primo grado; necessità processuale che la Corte genovese ha fatto oggetto di esplicita conferma rigettando per infondatezza la specifica eccezione formulata dalla società appellata (odierna ricorrente) nella comparsa conclusionale per cui l'oggetto del processo non richiedeva l'espletamento della procedura di mediazione in quanto atteneva al solo rapporto di garanzia e non al rapporto principale: la Corte Territoriale, ha, infatti, affermato che - contrariamente a quanto sostenuto nell'eccezione - il rapporto oggetto del giudizio di opposizione non fosse quello di garanzia bensì quello principale di natura bancaria, e ciò perché la società fideiubente (unica opponente) aveva contestato la fondatezza del credito fatto valere nei suoi confronti, osservando che "il diritto di credito nei confronti del debitore principale fa parte della fattispecie costitutiva del diritto di credito nei confronti del fideiussore in forza di un rapporto di pregiudizialità - dipendenza" (v. sent. pag. 8); ed ha richiamato a conforto il precedente di Cass. n.3525/2009.

2.3 - In realtà così come è erronea l'individuazione del rapporto processuale oggetto del giudizio di merito qui in esame, è erroneo anche il richiamo al precedente arresto di questa Corte, poiché nella citata sentenza è stato affermato l'opposto: con riguardo ad una fattispecie di fideiussione prestata a garanzia dell'adempimento di un contratto di locazione ove si discuteva del rito applicabile per il caso di opposizione al decreto ingiuntivo proposta dal fideiussore (ritenendo quest'ultimo che la disciplina dettata dal codice di rito per i procedimenti inerenti la materia locatizia si imponesse qualunque fosse il soggetto chiamato ad adempiere alle obbligazioni oggetto del contratto) la Corte di legittimità ha respinto le censure affermando che "l'oggetto di questo processo non (era) infatti un rapporto di locazione, bensì

un rapporto fideiussorio nel quale non sono quindi coinvolte le parti del contratto di locazione bensì il locatore ed il terzo fideiussore. A questi ultimi, come non può applicarsi la disciplina sostanziale della locazione, così non può applicarsi la relativa disciplina processuale".

Analogamente nella presente fattispecie il giudice di secondo grado (come quello di prime cure) ha, anzitutto, erroneamente ritenuto che oggetto del giudizio fosse un rapporto bancario, poiché il titolo per cui la società qui ricorrente era stata convenuta (in senso sostanziale) era il rapporto di garanzia, in ragione del quale, il garante, facendo valere in sede di opposizione - come era suo diritto quale fideiussore - le eccezioni che avrebbe potuto sollevare il debitore principale, non faceva altro che agire nell'ambito dei poteri del titolo per cui era convenuto e che permaneva quale unica *causa petendi* oggetto di causa.

Di conseguenza ha, altresì, erroneamente ritenuto che la procedura di mediazione si imponesse come condizione di procedibilità dell'azione.

Invero, 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 ...", prevede quindi, nelle materie indicate, una condizione di procedibilità del giudizio che spetta attivare in capo a colui che, in relazione a rapporti che attengono a dette materie, intenda far valere un diritto.

2.4 - Va, infatti, ricordato che sulla possibilità di estendere il concetto di "materia di contratti bancari" anche al contratto di fideiussione volto a garantire l'adempimento di un contratto bancario questa Corte - contrariamente a quanto sostiene la resistente - si è già pronunciata in senso negativo (v. Cass. sez. 1 ord. n. 31209/2022), affermando che in tema di mediazione obbligatoria, le controversie relative ai contratti di fideiussione stipulati in favore del cliente di una banca sono escluse dall'ambito applicativo dell'art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. n. 28 del 2010, poiché tale norma prevede l'esperimento della mediazione come condizione di procedibilità per le liti riguardanti i contratti bancari e finanziari, rinviando alla disciplina dei contratti bancari contenuta nel codice civile e nel T.U.B. (D.Lgs. n. 385/1993) e alla contrattualistica relativa agli strumenti finanziari disciplinata dal T.U.F. (D.Lgs. n. 58/1998), senza comprendere la fideiussione, che non costituisce un contratto bancario tipico.

Come si osserva nella convincente motivazione che il Collegio condivide, la Corte **ha adottato una lettura rigorosa e non estensiva della nozione di contratti bancari e finanziari escludendo**, per esempio, le controversie derivanti da contratti di leasing immobiliare, sulla base dell'affermazione 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 T.U.F. (D.Lgs. n. 58/1998), sicché non si può estendere l'obbligo di mediazione alla diversa ipotesi del leasing immobiliare anche se, nelle varie forme, a questo sono coesenziali finalità di finanziamento, poiché queste sono specificamente funzionali all'acquisto o all'utilizzo dello specifico bene coinvolto (Cass. n. 12883/2021; Cass. n. 30520/2019). Analogamente si è ispirata ad una lettura restrittiva la pronuncia di questa Corte (Cass. n. 9204/2020) secondo la quale la controversia avente oggetto il pagamento di un assegno bancario a persona diversa dall'effettivo beneficiario non è sottoposto alla mediazione obbligatoria, perché la convenzione di assegno non rientra nell'ambito di contratti bancari e conserva la propria autonomia anche ove inserita in un contratto bancario 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.

2.5 - Pertanto, in linea con tale giurisprudenza, deve valorizzarsi la natura autonoma del contratto di fideiussione, che ha la specifica funzione di "garanzia", benché accessorio al contratto il cui adempimento garantisce, e ribadire che **l'esclusione della fideiussione, contratto a causa tipica, dal novero dei contratti bancari regolati come tali dal codice civile o dal testo unico bancario, conduce ad escludere anche l'obbligatorietà della mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 bis del D.Lgs. 28 del 4 Marzo 2010.**

Ne consegue che la sentenza gravata risulta viziata da nullità per error in procedendo a proposito della ritenuta sussistenza di una condizione di procedibilità - ovvero una condizione di legittimo esercizio del diritto processuale azionato - sulla base di un'erronea interpretazione della domanda oggetto del giudizio (qui ritenuta attinente ad un rapporto di natura bancaria anziché al titolo fideiussorio) e di un'erronea individuazione della materia interessata dalla controversia, con conseguente erronea applicazione della legge che prevede detta condizione di procedibilità.

3. - Fermo quanto precede, che assorbe ogni ulteriore questione agli effetti della cassazione con rinvio della sentenza gravata, pare, comunque, opportuno chiarire che le Sezioni Unite di questa Corte - con sentenza successiva alla decisione qui impugnata - hanno affermato che nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'articolo 5, comma 1 bis del D.Lgs. citato i cui giudizi vengano introdotti con richiesta di decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo al 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, e non di quella opponente** - come ritenuto dalla Corte d'Appello nella specie sulla base di un orientamento di legittimità superato - con la conseguenza che, ove detta parte opposta non si attivi, l'improcedibilità di cui al citato comma 1bis comporta la revoca del decreto ingiuntivo opposto (Sez. Un. 19596 del 18 settembre 2020; confermato anche in Cass. sent. n. 31209/22).

4. - Pertanto il ricorso va accolto e la sentenza va cassata con rinvio alla Corte d'Appello di Genova in diversa composizione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata con rinvio al Corte d'Appello di Genova, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

CONCLUSIONE

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell'11 ottobre 2024.

Depositato in Cancelleria il 16 ottobre 2024.