

Trib. Lamezia Terme, ordinanza 8 novembre 2012 (est. G. Ianni)

**Mediazione delle controversie civili e commerciali, d.lgs. 28/2010 – Mediazione Obbligatoria - Declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 – Attesa della motivazione della sentenza – Sopravvenienza della decisione dopo il rinvio della causa per la mediazione obbligatoria – Riquadrificazione del rinvio come invito alle parti per valutare la mediazione cd. delegata.**

*La causa afferente a rapporti bancari, rientra nel campo di applicazione dell'art. 5, comma 1, del d.lgs 4 marzo 2010, n. 28 e una volta consumato il potere delle parti di chiedere i provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c. essa risulta assoggettata a mediazione obbligatoria, sicché viene fissato termine per l'instaurazione della relativa procedura. La menzionata norma è ancora valida ed efficace al momento dell'emanazione della presente ordinanza, non essendo stata depositata né pubblicata la preannunciata (cfr. comunicato della Corte Costituzionale) sentenza che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega (cfr. art. 30 legge 87/1953); peraltro, dovendosi presumere che l'incostituzionalità abbia riguardato la sola previsione dell'obbligatorietà della mediazione, ove nelle more del decorso del termine assegnato dovesse essere pubblicata la citata sentenza caducatoria, la prescrizione di cui al dispositivo dovrà intendersi come mediazione su invito del giudice, ai sensi del comma 2 dell'art. 5, considerata la natura della controversia e la possibilità di valutare una trattativa alla luce delle indicazioni contenute nel presente provvedimento.*

letti gli atti,  
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 6 luglio 2012,  
atteso che la Banca ... s.p.a., attrice in senso sostanziale, ha agito nei confronti di S, fideiussore del debitore principale SS, sulla base di fide-

jussione omnibus prestata dall'odierna opponente;

atteso, in particolare, che il predetto contratto di garanzia – verosimilmente non assimilabile allo schema della fideiussione, bensì piuttosto a quello del contratto autonomo di garanzia – prevede (art. 7 contratto del 6 novembre 1993) l'obbligo per il garante di versare quanto dovuto dal debitore principale a semplice richiesta scritta del garantito e ciò, secondo la prospettazione dell'opposta, precluderebbe alla S la formulazione di eccezioni afferenti il rapporto oggetto di garanzia;

rilevato, tuttavia, che in forza di un condivisibile orientamento giurisprudenziale (Cass. 14 dicembre 2007, n. 26262, non contrastante con quanto affermato da Cass., Sez. Un., 3947/2010) l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia comporta la rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, ma con il duplice limite dell'esecuzione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può opporre l'"exceptio doli", e del caso in cui le predette eccezioni siano fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta;

rilevato che, nel caso di specie, la S afferma l'inesistenza di un contratto di sconto tra SS e Banca .. e a fronte di tale contestazione la creditrice, onerata della prova del titolo della propria pretesa (Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001 n. 13533), pur versando in atti alcuni estratti conto, non produce (né in fase monitoria né in fase di opposizione) copia del contratto sottoscritto da SS, quale negozio che, in forza della regola generale posta dall'art. 117 d.lgs. 385/1993, da considerarsi norma imperativa, postula la forma scritta ai fini della sua validità;

considerata, quindi, in attesa dei necessari approfondimenti istruttori, la sussistenza dei "gravi motivi" richiesti dall'art. 649 c.p.c. per la sospensione, nei confronti di S, della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto; rilevato, inoltre, che la causa in oggetto, in quanto afferente a rapporti bancari, rientra nel

campo di applicazione dell'art. 5, comma 1, del d.lgs 4 marzo 2010, n. 28 e una volta consumato il potere delle parti di chiedere i provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c. essa risulta assoggettata a mediazione obbligatoria, sicché viene fissato termine per l'instaurazione della relativa procedura;

osservato, in particolare, che la menzionata norma è ancora valida ed efficace al momento dell'emanazione della presente ordinanza, non essendo stata depositata né pubblicata la preannunciata (cfr. comunicato della Corte Costituzionale) sentenza che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega (cfr. art. 30 legge 87/1953);

rilevato, altresì, che, dovendosi presumere che l'incostituzionalità abbia riguardato la sola previsione dell'obbligatorietà della mediazione, ove nelle more del decorso del termine assegnato dovesse essere pubblicata la citata sentenza caducatoria, la prescrizione di cui al dispositivo dovrà intendersi come mediazione su invito del giudice, ai sensi del comma 2 dell'art. 5, considerata la natura della controversia e la possibilità di valutare una trattativa alla luce delle indicazioni contenute nel presente provvedimento;

PQM

letto l'art. 649 c.p.c.,

SOSPENDE, nei confronti di S, la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo n. 563/2011, emesso dal Tribunale di Lamezia Terme in data 5 dicembre 2011 all'esito del procedimento n. 2904/2011 RGAC;

letto l'art. 5, commi 1 e 2, d.lgs. 28/2010

ASSEGNA alle parti termine di giorni 15 dalla comunicazione della presente ordinanza per l'introduzione del procedimento di mediazione di cui all'art. 1 e seguenti del d.lgs 28/2010;

FISSA ex art. 183 c.p.c. udienza in data 23 aprile 2013, ore 9:30;

MANDA alla cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza alle parti costituite e per gli ulteriori adempimenti di competenza  
Lamezia Terme, 8 novembre 2012

\*