PROCESSO CIVILE

Obbligo di mediazione per i contratti di fideiussione e di leasing?

Valerio Sangiovanni
11 Ottobre 2023

I contratti di fideiussione e di locazione finanziaria rientrano nella nozione di contratti "bancari", per i quali è obbligatoria la mediazione? Istintivamente verrebbe da dire di sì, almeno nei casi in cui una delle parti del contratto è una banca. In realtà, due recenti provvedimenti della Corte di cassazione escludono l'obbligatorietà della mediazione per fideiussione e *leasing*. Approfondiamo questa tematica in questo breve articolo, perché – nel rispetto dell'autorevolezza della Suprema Corte –- residua qualche dubbio sulla correttezza delle soluzioni fatte proprie dalla Cassazione, in particolare per quanto concerne la locazione finanziaria.

Introduzione

La riforma c.d. "Cartabia" ha **introdotto nuove materie** nella quali è obbligatoria la mediazione: "associazione in partecipazione, consorzio, *franchising*, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura" (nuova versione dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010). Rimane invariato l'obbligo di mediazione in tema di "contratti assicurativi, bancari e finanziari".

Il punto è comprendere se un determinato contratto rientri nella categoria di **contratto "assicurativo", "bancario" o "finanziario"**. Il problema si è posto recentemente con riferimento ad alcuni contratti che appaiono *prima facie* di natura bancaria, ma che la Corte di cassazione ha affermato non avere natura bancaria e non essere dunque assoggettati all'obbligo di mediazione. Ci si sta riferendo al contratto di fideiussione e al contratto di locazione finanziaria.

La fideiussione è un contratto bancario?

La Corte di cassazione (Cass. civ. 21 ottobre 2022, n. 31209) ha affrontato la questione dell'obbligo di mediazione per i contratti di fideiussione. La vicenda può essere così illustrata. Una società contrae dei debiti con una banca, sotto forma di mutuo chirografario e di conto corrente ipotecario. La banca si fa rilasciare fideiussioni dai due soci della società nonché da altre tre persone. A un certo punto, la banca chiede il pagamento del debito residuo alla società, ai soci della società (si trattava di una s.n.c., con responsabilità illimitata dei soci) nonché a coloro che avevano prestato fideiussione. Uno dei fideiussori fa

ius.giuffrefl.it - 25/10/2023 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2023. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

opposizione al decreto ingiuntivo emesso a favore della banca e il Tribunale di Voghera, rilevato che non era stata esperita la mediazione, assegna termine per l'avvio della procedura di mediazione. Nessuna delle parti peraltro dà seguito all'invito del giudice, cosicché il Tribunale di Voghera dichiara improcedibile la domanda e revoca il decreto ingiuntivo. La Corte di appello di Milano conferma la correttezza della decisione del giudice vogherese. Il giudice di secondo grado rileva che **la controversia non rientra nella materia bancaria** e non vi era dunque obbligo di mediazione. Il Tribunale di Voghera aveva disposto un tentativo di mediazione facoltativo; poiché nessuna parte vi aveva dato seguito, l'azione era stata correttamente dichiarata comunque improcedibile.

La Corte di cassazione rileva che va adottata una **lettura non estensiva della nozione di "contratti bancari e finanziari"**. La norma che prevede l'esperimento della mediazione come condizione di procedibilità per i contratti bancari – continua la Suprema Corte – contiene un richiamo alla disciplina dei contratti bancari contenuta nel codice civile e nel testo unico bancario e alla contrattualistica relativa agli strumenti finanziari disciplinata nel testo unico finanziario. Non si può dunque estendere l'obbligo di mediazione a ipotesi diverse. La Corte di cassazione afferma che la fideiussione non è un contratto bancario tipico e, come tale, non è assoggettato all'obbligo di mediazione.

È corretto il ragionamento della Corte di cassazione? La fideiussione è un contratto bancario oppure, come afferma la Suprema Corte, non è un contratto tipico bancario? La prima osservazione da svolgersi è che la fideiussione è disciplinata nel codice civile e non nel testo unico bancario: nessuno dei 162 articoli che compone il testo unico bancario menziona la fideiussione. Si tratta però di un argomento estremamente debole per sostenere che non si tratti di un contratto bancario. Del resto il mutuo è disciplinato nel codice civile (art. 1813 c.c.) e nessuno dubita che si tratti di un contratto bancario, almeno nei casi in cui chi lo eroga è una banca, in virtù della sua evidente funzione di finanziamento. A ciò si aggiunga del resto che il testo unico bancario è del 1° settembre 1993, ed è molto difficile sostenere che non esistessero contratti bancari prima dell'entrata in vigore del testo unico bancario (1° gennaio 1994). Anzi, **la maggior parte dei contratti bancari è disciplinata nel codice civile** (ben più datato del testo unico bancario), e non nel testo unico bancario. Più precisamente: nel codice civile si ha la disciplina dei singoli tipi di contratti bancari (esempio: conto corrente, apertura di credito e mutuo), mentre nel testo unico bancario si ha la disciplina dei contratti bancari in generale (forma dei contratti bancari, commissioni bancarie, *ius variandi*, diritto del cliente all'informazione bancaria, anatocismo, e profili simili).

Ripetiamo la domanda: è la fideiussione un contratto bancario? Dipende da cosa si intenda per "bancario". La soluzione più plausibile è che per "bancaria" deve intendersi la **funzione di agevolazione finanziaria** insita nel rapporto contrattuale (senza che rilevino le modalità di agevolazione finanziaria, ad esempio sotto forma di apertura di credito oppure di mutuo). Bancari sono insomma i contratti di credito. Sotto questo profilo, si riesce ad apprezzare la distinzione tra contratto "bancario" e "finanziario", ambedue menzionati dall'art. 5 comma 1 d.lgs. n. 28/2010. Il contratto è bancario se implica un'agevolazione finanziaria, mentre è finanziario se implica un investimento. Volendo ragionare in questi termini, il contratto di fideiussione non è un contratto bancario, in quanto non genera un'agevolazione finanziaria. La fideiussione è invece un contratto di garanzia, e più precisamente una garanzia personale.

Ci siamo però dimenticati di darne la definizione: "è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui" (art. 1936, comma 1, c.c.). La legge definisce dunque soggettivamente il fideiussore e non oggettivamente la fideiussione. Ma poco importa. Ciò che rileva è che **la fideiussione non implica un'agevolazione finanziaria**; semmai è una condizione posta dalla banca per concedere a un soggetto diverso (debitore principale) l'agevolazione finanziaria. Si noti

ius.giuffrefl.it - 25/10/2023 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2023. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

anche che il codice civile non fa alcun riferimento a banche, quali soggetti parti del contratto di fideiussione. Né vengono menzionati rapporti di credito/debito (tanto meno bancari) nella definizione di fideiussore, riferendosi la legge a obbligazioni in senso lato.

La prassi mostra che i contratti di fideiussione sono usuali **anche in contesti in cui non interviene alcuna banca**. Il caso tipico è il seguente: la società Alfa fornisce beni alla società Beta. La società Alfa vuole essere sicura che Beta (o qualcun altro per Beta) paghi; ecco allora che chiede e ottiene da Beta una fideiussione rilasciata dalla società Gamma, socia di Beta. In questo esempio, non vi è alcuna traccia di un istituto bancario. Ciò nondimeno è innegabile la riconducibilità dello schema contrattuale alla fideiussione.

Si può dunque concludere che la fideiussione non è un contratto “tipico” bancario, potendo essere concluso anche da soggetti non bancari. Si impone allora una variante della nostra domanda: e se è proprio una banca a essere parte del contratto di fideiussione, si può allora sostenere che in questo caso (e solo in questo caso) si tratti di un contratto bancario? Si osservi che le banche sono generalmente i creditori beneficiari della fideiussione (rilasciata da un soggetto diverso, che si aggiunge sul lato debitore al debitore principale). Vi sono però dei **casi in cui gli istituti di credito agiscono da fideiussori**. Si pensi al contesto delle locazioni commerciali: è usuale che il locatore chieda al conduttore il rilascio di una fideiussione rilasciata da una banca come tutela per l'evenienza che il conduttore non paghi i canoni. L'idea suggestiva cui si allude è che la fideiussione potrebbe essere considerata un contratto bancario se ne è parte una banca, mentre non la si può considerare un contratto bancario se non ne è parte una banca (si pensi all'esempio della fornitura industriale fatto sopra). Questa tesi però non convince, in quanto deve essere la natura di credito del rapporto a qualificare il contratto come bancario (= il contenuto, l'oggetto del contratto), non l'elemento soggettivo (= non rileva chi è parte del contratto).

Del resto, seguire la tesi che è l'elemento soggettivo a qualificare il contratto porterebbe a risultati abnormi. Si pensi a un rapporto di lavoro dipendente: se ne dovrebbe concludere che nel caso del dipendente di un'industria automobilistica il contratto di lavoro non abbia natura bancaria, mentre nel caso del dipendente di un'impresa bancaria il contratto avrebbe natura bancaria. In realtà, in ambedue i casi, il rapporto rimane un comune contratto di lavoro subordinato. Non è la natura dei soggetti coinvolti decisiva, ma **la funzione di credito svolta dal contratto**.

Sulla base di queste sommarie osservazioni, complessivamente chi scrive ritiene di aderire alla soluzione fatta propria dalla Corte di cassazione. La motivazione della Suprema Corte è stringata (non è un rimprovero, è una constatazione), ma anche approfondendo un poco la tematica, come si è provato a fare in questo scritto, si conferma che non ci può essere obbligo di mediazione per i contratti di fideiussione. Si riassumono gli argomenti:

1. il contratto di fideiussione è disciplinato nel codice civile (e, per di più, non nel contesto dei contratti bancari);

2. il testo unico bancario non menziona affatto il contratto di fideiussione;

3. parti del contratto di fideiussione possono essere banche, ma anche soggetti diversi da banche;

4. il contratto di fideiussione non ha una funzione di credito, ma di garanzia.

La locazione finanziaria è un contratto bancario?

ius.giuffrefl.it - 25/10/2023 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2023. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

La Corte di cassazione ha pronunciato un provvedimento con il quale ha negato che il contratto di locazione finanziaria possa essere considerato come un contratto bancario (con la conseguenza che la mediazione non sarebbe obbligatoria). Qui le perplessità, rispetto al caso affrontato sopra della fideiussione, crescono. Ma andiamo con ordine, partendo dalla **definizione di locazione finanziaria** (comunemente detto *leasing*, usando il corrispondente termine inglese). Dal 2017 non è più un contratto atipico, avendo una collocazione legislativa e una definizione. Ai sensi del comma 136 della l. n. 124/2017, "per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene a un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo".

La Corte di cassazione (Cass. civ. 2 dicembre 2022, n. 35476) ha affermato che in materia di *leasing* immobiliari non sussiste l'obbligo di mediazione. Secondo la Suprema Corte le controversie in materia di contratto di *leasing* non rientrano nell'elenco delle controversie, previste dall'art. 5 d.lgs. n. 28/2010, per le quali è richiesto, a pena di improcedibilità, il preventivo esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria, dovendosi intendere **questa elencazione come tassativa** in ragione della gravità della conseguenza derivante dal mancato esperimento del tentativo. Il riferimento della norma ai contratti bancari e finanziari – continua la Cassazione – non è estensibile alla diversa ipotesi del *leasing* immobiliare, anche se, nelle varie forme, allo stesso sono coessenziali finalità di finanziamento, specificamente funzionali però all'acquisto ovvero alla utilizzazione dello specifico bene coinvolto.

Questa ordinanza della Corte di cassazione non è condivisibile per diversi motivi. In primo luogo, si consideri il dato testuale della legge, che denomina il contratto come locazione "finanziaria". In questo modo si distingue la locazione finanziaria dalla locazione "comune", nella quale viene concesso il godimento di un bene senza finalità di lucro, tranne il corrispettivo sotto forma di canone. Inoltre, e questa circostanza è ancora più importante, il comma 136 della l. n. 124/2017 stabilisce espressamente che la locazione finanziaria è un contratto che **può essere concluso solo da una banca**. Vi è dunque una significativa differenza rispetto al caso del contratto di fideiussione. A ciò si aggiunga che la funzione della locazione finanziaria è di credito. L'utilizzatore non ha i mezzi per acquistare il bene, ed è la ragione per cui si avvale di questa agevolazione finanziaria: incarica la banca di acquistare il bene e di intestarselo, concedendo all'utilizzatore l'immediato godimento. Dal canto suo, la banca lucra mediante l'applicazione di un interesse calcolato sul prezzo di acquisto del bene (che equivale al capitale nel distinto contratto di mutuo, quale base di calcolo degli interessi).

La natura finanziaria della locazione finanziaria emerge anche dalla normativa secondaria di Banca d'Italia, la quale prescrive – tra l'altro – l'obbligatoria indicazione del tasso *leasing*, ossia del costo dell'operazione finanziaria. A ciò si aggiunga che, a fini usura, vengono rilevati i tassi effettivi globali medi anche delle operazioni di locazione finanziaria. Più precisamente, i decreti ministeriali di rilevazione dei tassi-soglia usura prevedono le seguenti categorie di *leasing*:

1. *leasing* immobiliare a tasso fisso;

2. *leasing* immobiliare a tasso variabile;

3. *leasing* aeronavale e su autoveicoli;

ius.giuffrefl.it - 25/10/2023 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2023. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

4. *leasing* strumentale.

La motivazione della Corte di cassazione è debole, perché **pone l'accento sulla finalità di acquisto e di utilizzazione del bene, dandole prevalenza rispetto alla finalità di credito**. Ragionando così si dovrebbe concludere che anche il mutuo fondiario non è un contratto bancario, in quanto è finalizzato all'acquisto e utilizzazione di un bene immobile.

In conclusione

Mentre si condivide l'opinione della Corte di cassazione secondo cui il contratto di fideiussione non è tipico bancario, si reputa invece che **il contratto di locazione finanziaria sia un contratto bancario tipico**, con la conseguenza che sussiste – per quest'ultimo tipo di contratto – l'obbligo di mediazione. E ciò indipendentemente dal bene che è oggetto del contratto di *leasing* (immobile, autoveicolo o macchinario).

ius.giuffrefl.it - 25/10/2023 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2023. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156