

Nel ricorso ex art.696 bis c.p.c. la mediazione non è necessaria

Tribunale di Milano, ordinanza 24.4.2012

TRIBUNALE DI MILANO

SESTA SEZIONE civile

Oggi, 24 aprile 2012 innanzi al giudice unico dott.ssa Laura Cosentini, sono comparsi

CGS

- Parte attrice -

E

Banca Omissis S.p.A.

- Parte convenuta -

(omissis)

Il Presidente,

Visto il ricorso proposto da CGS nei confronti della Banca, svolto ai sensi sia dell'art.696 c.p.c. sia dell'art.696 *bis* c.p.c.;

Viste le eccezioni di inammissibilità svolte da parte resistente con riferimento a entrambe le fattispecie normative invocate;

Ritenuto che, quanto all'istanza di ATP ex art.696 c.p.c., ne difetti il carattere dell'urgenza, che deve ricorrere secondo la specifica eccezione della norma ("*... chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato di luoghi o la qualità o la condizione di cose può chiedere che sia disposto un accertamento tecnico...*") carattere che, comune ai procedimenti di istruzione preventiva in vista o nel corso di un processo, ricorre unicamente quando sussista la possibilità che il trascorrere del tempo modifichi lo stato di luoghi o cose, rendendo impossibili o inefficace un successivo accertamento nel rispetto dei tempi processuali;

Ritenuto che siffatta *urgenza*, intesa nei termini di cui sopra, non si ravvisi nella fattispecie in esame, atteso che, ancorché sia in corso l'ultimo dei contratti oggetto di contestazione, l'accertamento richiesto sembra concernere asserite inadempienze dell'intermediario nella fase delle negoziazioni, quali poste in essere dal 2003 al 2007, di cui alla documentazione prodotta, da valutarsi peraltro alla luce della situazione finanziaria della società istante all'epoca dei singoli contratti e delle conoscenze all'epoca consentite in punto di tassi, ecc. (ossia valutazioni *ex ante*);

Ritenuto che, quanto all'istanza di ATP svolta ex art. 696 bis c.p.c., se ne escluda in via preliminare l'improcedibilità per mancato pregresso esperimento di procedimento di mediazione, condizione che si reputa riferita ai soli procedimenti di natura contenziosa e non già ai procedimenti, quale il presente, con finalità di conciliazione della lite;

Ritenuto altresì che la coesistenza nell'ordinamento processuale dei due istituti dell'ATP conciliativo (art.696 bis c.p.c.) e del procedimento di mediazione (artt.3 e ss. D.L.vo 28/2010) non sia prevista in

termini di alternatività, tale per cui il ricorso all'uno esclude il ricorso all'altro, stimandosi che il ricorso al primo, rimesso alla disponibilità delle parti ove ne ricorrano i presupposti (con particolare riferimento all'utilità di una verifica tecnica che consenta alle parti di fare chiarezza sul tema controverso e su istanze restitutorie o risarcitorie poste), non escluda la necessità di ricorrere al secondo quando, non raggiunto l'obiettivo della conciliazione, si profili la via contenziosa e quindi, nelle materie previste, l'obbligatorietà di ricorrere al preventivo procedimento di mediazione (nel quale, prevalenti le tecniche relazionali di mediazione, ci si potrà comunque avvalere dell'accertamento tecnico già svolto);

Ritenuto che, ciò premesso, il richiesto ATP conciliativo si palesi tuttavia inammissibile quando le contestazioni svolte ineriscano ambiti negoziali sottratti alla competenza del giudice ordinario in quanto rimessi ad arbitri, come nel caso del contratto normativo intervenuto tra le parti il 27.8.2004 (...), richiamato nelle negoziazioni (...) e 19.5.05 e parimenti operante per le restanti operazioni (...), sino al subentrato contratto normativo del 19.3.07 (privo di clausola compromissoria);

Ritenuto invero che la presenza di clausola compromissoria (... specificamente sottoscritta ... ex art.1341 c.c.), espressa in termini di *"deferimento a un collegio di tre arbitri ... di ogni disputa, contestazione o controversia fra le parti derivante dal presente Contratto normativo"*, inibisca il ricorso allo strumento processuale di cui all'art.696 bis c.p.c., cui non si riconosce natura cautelare, né quanto al profilo dell'urgenza (presupposto al contrario contemplato per l'ATP di cui all'art.696 c.p.c.), né quanto al profilo di valutazione del *fumus boni iuris* (da reputarsi incompatibile con lo spirito conciliativo del procedimento, che deve vedere le parti in posizione non sbilanciata da valutazioni anticipatorie del giudice);

Ritenuto che in tal senso depongono anche i dati normativi testuali, là dove il disposto di cui all'art.669 *quinques* c.p.c., che consente il ricorso ad istanze cautelari anche qualora la controversia sia oggetto di clausola compromissoria, è disposizione compresa nella Sezione I del Capo III e non si applica, ex art.669 *quaterdecies* c.p.c., alla Sezione IV (che si riferisce al procedimento di istruzione preventiva e comprende l'art.696 bis cit.), cui si dice estesa soltanto la previsione di cui all'art.669 *septies* c.p.c.;

Ritenuto che ciò non sia smentito dalle argomentazioni svolte dalla Corte Costituzionale in sentenza 28.1.10 n.26, pronuncia che, nel sancire *"l'illegittimità costituzionale dell'art.669 quaterdecies c.p.c. nella parte in cui... impedisce, in caso di clausola compromissoria, la proposizione della domanda di accertamento tecnico preventivo al giudice che sarebbe competente a conoscere del merito"*, mostra di riferirsi espressamente al solo accertamento tecnico preventivo ex art.696 c.p.c., di cui sottolinea la *"ratio diretta ad evitare che la durata del processo ordinario si risolva in un pregiudizio per la parte che intende far valere le proprie ragioni, comune ai provvedimenti di cui agli artt.669 bis e ss"*, e non già pertanto al differente istituto di cui all'art.669bis c.p.c., consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, cui non è riconosciuta funzione di acquisizione e conservazione di una prova di cui si tema la dispersione con il trascorrere del tempo;

Rilevato che il richiesto ATP potrà a questo punto unicamente riguardare la prima negoziale Irs del 12.6.03 e l'ultima del 22.3.07, con ciò pervenendosi ad una limitazione dell'ambito di estensione dell'indagine, che tuttavia non per questo si reputa possa condurre ad una valutazione di sua inammissibilità, per la possibile minor valenza conciliativa di una indagine che non si estenda all'intera operatività contrattuale tra le parti e ai suoi effetti;

Ritenuto invero che, palesandosi inammissibile il procedimento richiesto ove lo si voglia estendere anche ai contratti rimessi a verifica arbitrale, non possa per ciò derivarne l'inammissibilità dell'indagine (pur ridotta) riferita ai restanti ambiti contrattuali, non ritenendosi prospettabile che l'invocato accertamento preventivo (e

aprioristicamente anche le sue potenzialità conciliative) venga negato in quegli ambiti cui soltanto potrebbe estendersi il giudizio di merito ordinario che nell'auspicio si vorrebbe evitare (salvo la ricorrente non intenda rinunciare a fronte della limitata estensione della verifica ammessa);

Viste le ulteriori argomentazioni della resistente circa la negata ammissibilità di ATP conciliativo per esservi prioritari ambiti di accertamento rimessi esclusivamente al giudice e non demandabili al CTU, e ritenuto che, al di là di valutazioni giuridiche o accertamenti preliminari sotto il profilo processuale o di merito con valenza assorbente rispetto agli accertamenti in fatto richiesti, situazione che qui non ricorre (si vedano ad esempio le esplicite finalità di copertura indicate in premessa nei menzionati contratti quadro Irs), non sia inammissibile l'accertamento richiesto al CTU quando, in ambiti tecnici estranei alla competenza del giudice, si palesi rilevante a fronte dei temi controversi e funzionale alla valutazione delle domande da porsi in eventuale successivo giudizio di merito (domande il cui *fumus* di fondatezza si reputa valutazione in antitesi con quello spirito conciliativo del procedimento che si ribadisce differenziarlo dai procedimenti cautelari), e ciò ancorché possa l'accertamento non essere comunque volto all'accertamento di essenziali dati conoscitivi (nel caso di specie circa gli specifici strumenti finanziari negoziali), che il giudice valuterà, in ipotesi di futuro giudizio, alla luce del dato normativo e di eventuali ulteriori emergenze di causa;

Ritenuto possa quindi darsi ingresso alla richiesta CTU, in misura parziale;

P.Q.M.

Nomina CTU il (omissis)

Cui sottopone il seguente quesito:

- 1) (omissis);
- 2) (omissis);
- 3) (omissis);
- 4) (omissis);

Fissa per l'assunzione dell'incarico da parte del CTU la data del 14.6.2012 ore 13,30.

Si comunichi al nominato CTU l'intero provvedimento.

Il presidente

Dott.ssa Laura Cosentini