

## **TI\_GERICHTE 12.1998.105 vom 26. November 1998**

TI Tribunale d'appello, 1998-11-26, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.1998.105](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.1998.105)

FR: TI\_GERICHTE 12.1998.105 du 26 novembre 1998

IT: TI\_GERICHTE 12.1998.105 del 26 novembre 1998

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

A questo stadio della causa si può ritenere che l'attrice non affermi più che la dichiarazione 23 giugno 1994 della convenuta al \_\_\_\_\_ (doc, E), trascritta al considerando B, sarebbe una fideiussione ai sensi degli art. 492 e segg. CO. E' ben vero che a pag. 9 del gravame essa afferma di propendere "per la natura fideiussoria della garanzia" e che "non si può neppure sostenere che la garanzia fosse soltanto accessoria", ma nel complesso dell'appello -e del resto anche nel passaggio appena citato- il documento in questione viene costantemente definito quale "garanzia", e pertanto non risulta un'articolata critica a siffatta natura giuridica del documento, né vi è d'altro canto l'espressa ed inconfutabile affermazione della natura di fideiussione del documento quale necessaria conseguenza dell'eventuale confutazione della tesi della garanzia.

#### **E. 2**

L'art. 111 CO prevede che chi promette ad altri la prestazione di un terzo è tenuto al risarcimento del danno che ne deriva se tale prestazione non viene effettuata. In base a tale norma, comunemente denominata contratto di garanzia, esistono almeno due forme tipiche di garanzia (cfr. Rep . 1986, pag. 87): - Si parla di garanzia indipendente allorché il garante si rende responsabile per un certo risultato senza che vi sia relazione alcuna con il contenuto o il destino di un rapporto giuridico stipulato dal beneficiario con terze persone, o addirittura senza che nemmeno esista un tale rapporto giuridico del beneficiario con altre persone ( DTF 113 II 436; II CCA 30 maggio 1997 in re S./B., 21 dicembre 1993 in re I./B.). - Si parla invece di garanzia accessoria per quegli impegni che si riferiscono ad un rapporto giuridico in virtù del quale il beneficiario vanta un diritto nei confronti di un terzo. Mediante tali impegni si intende garantire la prestazione spettante al beneficiario, indipendentemente dal fatto che essa sia o meno dovuta. La garanzia rimane quindi valida anche nel caso in cui il debito a cui si riferisce non è sorto, è decaduto, oppure non è esigibile. Si tratta così di un impegno che per la sua natura presenta caratteristiche simili alla fideiussione e che per questo motivo viene definito come "bürgschaftsähnliche Garantie" ( Scyboz , Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, vol. VII/2, pag. 324), nel senso che in base all'art. 111 CO il promittente si impegna a risarcire il promissario nel caso in cui il terzo non si comporti come stabilito ( DTF 113 II 436, 111 II 279; II CCA citate).

#### **E. 3**

La disputa circa la natura della garanzia -indipendente oppure accessoria- è questione da risolvere mediante interpretazione del testo della garanzia, a meno che esso non sia perfettamente chiaro ( DTF 113 II 437, 111 II 279 e 287; II CCA 30 maggio 1997 citata).

### **E. 3.1**

Il testo in esame non è per nulla chiaro, al punto che in assenza del titolo sarebbe difficile inferire che si tratta di una garanzia bancaria. Nel primo capoverso si fa esplicito riferimento al contratto di appalto, ma solo per indicare, a due riprese, l'esistenza dell'obbligo del beneficiario al pagamento della mercede di fr. 410'000.--, senza che vengano invece menzionati gli obblighi contrattuali dell'appaltatrice . L'unico, indiretto riferimento ad un'obbligazione dell'attrice si trova nel secondo capoverso, dove si fa menzione del "caso di contestazione sulla qualità dell'esecuzione dei lavori", menzionando altresì le modalità di accertamento di tale situazione. Il terzo capoverso riguarda invece le modalità di escussione della garanzia, il quarto la durata, il quinto la condizione del preventivo pagamento della mercede contrattuale, ed il sesto il foro e il diritto applicabile. Non figura invece un'esplicita indicazione dell'importo garantito.

### **E. 3.2**

In una simile situazione di incertezza, l'interpretazione del testo della garanzia non è solo opportuna, ma necessaria. Dati gli abituali criteri di interpretazione, è senz'altro possibile escludere che si tratti di una garanzia indipendente: l'unico indizio in tal senso è costituito dal fatto che essa è stata emessa da una banca ( DTF 117 III 78, 113 II 438, consid. 2c), mentre mancano tutti gli altri elementi tipici della garanzia indipendente, quali l'indicazione della sua irrevocabilità ( DTF 117 III 78; Kleiner , Bankgarantie, 4. edizione, 1990, pag. 51 e 52), la menzione del fatto che il pagamento avverrà a prima richiesta ( DTF 117 III 79) -il che significa la rinuncia all'esame del fondamento della domanda di pagamento ( Rep. 1992, pag. 260)-, l'esplicita dichiarazione di indipendenza dal contratto di appalto come pure l'altrettanto esplicita rinuncia ad obiezioni ed eccezioni derivanti da quel contratto ( DTF 117 III 79; II CCA 30 maggio 1997 citata; Dohm , Les garanties bancaires dans le commerce international, pag. 60, n. 79; Kleiner , opera citata, pag. 48 e 49). All'assenza di tali elementi si contrappone il chiaro riferimento ad un ben determinato rapporto contrattuale, e ad una specifica ipotesi di obbligazione contrattuale dell'attrice, dal che non si può che concludere per la natura accessoria della garanzia.

### **E. 3.3**

La contraria decisione del Pretore, che si fonda comunque sull'ammissione di "un'eccezione particolare al principio dell'indipendenza", non è condivisibile in quanto eminentemente fondata su deduzioni che non trovano riscontro nel testo della garanzia (ipotetica volontà delle parti del contratto di appalto, considerazione delle possibili obbligazioni dell'appaltatrice) e addirittura sull'attribuzione di un significato positivo alle omissioni del documento, giungendo alla deduzione secondo cui per le eventualità non figuranti nel testo si dovrebbe inferire l'esistenza di una garanzia indipendente, deduzione che è insostenibile alla luce dell'estremo rigore formale vigente in materia ed inoltre concettualmente contraddittoria in quanto essenzialmente fondata sul contenuto di quel medesimo contratto da cui la garanzia, se realmente indipendente, vorrebbe fare totale astrazione.

### **E. 3.4**

Dovendosi concludere per la natura accessoria della garanzia, è evidente che l'avvenuto pagamento in favore del beneficiario non è stato conforme alle condizioni e alle modalità previste dalla garanzia medesima, essendo indiscusso il fatto che esso è avvenuto a semplice richiesta del \_\_\_\_\_ e non contro rimessa di una perizia tecnica eseguita da un tecnico nominato di comune accordo dalle parti del contratto di appalto, perizia che -lo si rileva a titolo abbondanziale- le parti a mente di questa Camera erano libere di fare allestire anche nella concreta eventualità di opere non eseguite, potendo siffatta ipotesi essere compresa, in senso ampio, nella "contestazione sulla qualità dell'esecuzione dei lavori" ai sensi del testo della garanzia, ed essendo comunque siffatta soluzione indubbiamente preferibile alla forzatura interpretativa secondo cui la mancata esplicita menzione di tale ipotesi nel testo della garanzia ne comportava -limitatamente ad essa- la natura indipendente.

#### **E. 4**

Dato il predetto vizio nell'esecuzione della propria prestazione da parte della convenuta, occorre stabilire in base al contenuto dei suoi accordi con l'attrice se per questo motivo essa possa essere obbligata al risarcimento del danno, atteso che la convenuta contesta qualsiasi obbligo risarcitorio, sostenendo la correttezza del proprio comportamento alla luce delle condizioni del "mandato per emissione di garanzia" di cui ai doc. 5, 6, e 7.

#### **E. 4.1**

I doc. 5, 6 e 7 sono stati allestiti sulla base dell'identico modulo prestampato redatto dalla convenuta. Il doc. 5 è stato firmato dall'attrice il 23 giugno 1994 e, oltre alle condizioni generali, contiene l'incarico per l'emissione di una "garanzia" di fr. 410'000.-- scadente il 31 marzo 1995 in favore di \_\_\_\_\_. Nel doc. 6, firmato il 31 marzo 1995, la data di scadenza è stata protratta al 30 aprile 1995, e la forma della garanzia è stata precisata in "Garanzia (Perf.)". Il doc. 7 del 28 aprile 1995 è invece identico al doc. 5, eccezion fatta per la data di scadenza che è quella del 31 maggio 1995. Tra le condizioni contrattuali prestampate risultano significative le seguenti due clausole, invocate dalla convenuta, con cui i richiedenti (in concreto l'attrice) autorizzano la banca: "2. a versare al beneficiario dietro sua semplice richiesta, l'importo totale o parziale della somma garantita, più interessi, spese ed accessori, indipendentemente dal nostro consenso e senza l'obbligo di far valere eccezioni a noi spettanti; 3. ad addebitarci, in caso di versamento, l'importo sborsato, rinunciando sin d'ora a qualsiasi eccezione al riguardo, con nostro impegno di darne immediata copertura effettiva, mentre vi compete pieno diritto di compenso con eventuali nostri averi presso di voi;"

#### **E. 4.2**

Le condizioni generali contrattuali prestampate proposte unilateralmente da una parte all'altra valgono nell'ambito del rapporto contrattuale, come del resto qualsiasi altra pattuizione, unicamente nella misura in cui sono coperte dal consenso di entrambe le parti (art. 1 CO; II CCA 15 giugno 1993 in re I. AG/E. SA, 5 aprile 1988 in re H./C.), consenso che può essere esplicito, oppure risultante da atti concludenti o da indizi di natura e portata tali da poter dedurre la disponibilità del partner a considerare le condizioni generali propostegli come parte integrante del contratto.

#### **E. 4.3**

I doc. 5, 6 e 7 sono stati regolarmente firmati dall'attrice e le condizioni in questione erano ben visibili sui documenti, così che sarebbe lecito presumere il consenso delle parti sulle

precitate clausole.

#### **E. 4.3.1**

Se non che, la clausola n. 2 ha senso solamente nel contesto della pattuizione di una garanzia indipendente, avendo essa lo scopo di autorizzare preventivamente la banca nel suo rapporto con il cliente, senza possibilità di eccezioni da parte di questi, ad onorare una garanzia che, per sua natura, costituisce una promessa irrevocabile della banca nei confronti del beneficiario (cfr. consid. 2), così che è naturale che con tale clausola contrattuale la banca pretenda analogo impegno dal proprio mandante. La clausola è invece illogica e chiaramente lesiva agli interessi ed intendimenti del mandante se applicata nel contesto di una garanzia accessoria, la cui escussione non potrà avvenire a prima richiesta, ma solo al verificarsi di precise condizioni, risultanti dal testo della garanzia. Non avrebbe infatti alcun senso dal punto di vista del mandante incaricare la banca di emettere una garanzia di quel genere, e nel contempo autorizzarla a pagare a prima richiesta del beneficiario. Si verifica perciò la situazione in cui la clausola contrattuale indica una certa volontà delle parti, mentre la prestazione effettuata dalla mandataria depone nel senso dell'esistenza di accordi divergenti. L'esistenza di simili accordi -ovviamente preminenti nei confronti del testo prestampato- risulta a ben vedere da altri elementi: da un lato l'indicazione "Garanzia (\_\_\_\_\_)." sul doc.6 precisa la volontà dei contraenti -irrilevante il fatto che la precisazione non figuri anche sui doc. 5 e 7, non essendo mai mutata la reale volontà delle parti- dovendosi intendere dall'abbreviazione "\_\_\_\_\_." l'intenzione di emettere un performance bond (petizione, punto 11, pag. 6), documento non automaticamente assimilabile ad una garanzia accessoria ( Kleiner , opera citata, pag. 145) ma comunque strettamente legato ad un rapporto contrattuale esterno, d'altro lato -e ciò è decisivo- lo stesso atteggiamento mostrato dalla convenuta nei confronti delle prime richieste di pagamento del beneficiario dimostra che la reale volontà delle parti non era quella di consentire alla convenuta di procedere indiscriminatamente al pagamento della garanzia. E' ben vero che i testi escussi hanno espresso il sostanziale convincimento per cui si sarebbe trattato di una garanzia indipendente, ma ciò non toglie che il testo abbia nondimeno sollevato dubbi (teste \_\_\_\_\_ la cui deposizione è peraltro irrilevante ai fini dell'accertamento del contenuto del rapporto contrattuale tra le parti in causa) o che lo stesso si prestava ad essere interpretato in senso tale da rifiutare il pagamento (teste \_\_\_\_\_), con il che alle deposizioni testimoniali non può essere attribuito valore decisivo. Se ne deve concludere nel senso che la clausola n. 2 non corrisponde alla reale volontà delle parti, stante l'insanabile contraddizione con il testo della garanzia, al quale a mente di questa Camera deve essere data la preferenza nell'indagine circa il contenuto degli accordi tra le parti.

#### **E. 4.3.2**

La clausola n. 3 riguarda l'impegno del mandante alla rifusione di quanto pagato dalla banca a seguito dell'escussione della garanzia "rinunciando sin d'ora a qualsiasi eccezione al riguardo". L'impegno è di per sé chiarissimo, mentre è lecito dubitare della validità della rinuncia anticipata ad ogni eccezione, potendo entrare in linea di conto una violazione dell'art. 100 CO. Ed in effetti, è del tutto pacifico che la clausola in questione è inefficace nella misura in cui la si volesse ritenere tesa ad escludere la responsabilità della convenuta per i casi di dolo o colpa grave (art. 100 cpv. 1 CO), mentre qualora la si volesse considerare volta all'esclusione della responsabilità per colpa lieve, essa potrebbe comunque essere considerata nulla secondo il prudente criterio del giudice (art. 100 cpv. 2

CO, applicabile nei confronti delle banche in quanto industrie sottoposte a concessione:  
DTF 112 II 456; II CCA

### E. 9

dicembre 1997 in re C./C.). E' tuttavia opinione di questa Camera che la negligenza commessa dalla convenuta non possa essere considerata lieve: essa ha totalmente frainteso la natura della garanzia bancaria da lei rilasciata e, in violazione degli accordi con il proprio mandante, ha conseguentemente provveduto al pagamento richiestole senza esigere la presentazione della documentazione prevista dal testo della garanzia. Ricorre perciò un caso di responsabilità che non poteva essere validamente escluso dalla clausola in questione, se ne deve pertanto concludere per l'obbligo della convenuta al risarcimento del danno. 5. Il pregiudizio ammonta all'importo in capitale di fr. 99'188.--, incontestato (risposta, punto 15, pag. 18), e agli interessi passivi, spese e commissioni addebitati all'attrice in conseguenza dell'addebito del capitale, anch'essi incontestati (ibidem), mentre non si giustifica l'attribuzione all'attrice di interessi al 5% su fr. 99'188.-- in presenza della richiesta della cancellazione di un debito, essendo manifesto che alla precedente non è stata sottratta la disponibilità di una somma di denaro, da doversi remunerare con l'attribuzione di interessi moratori (cfr. doc. W). Analogamente, deve essere disattesa anche la richiesta di rigetto definitivo dell'opposizione interposta dalla convenuta al precetto esecutivo n.

\_\_\_\_\_ non esistendo alcun obbligo della convenuta al pagamento di una somma di denaro, posto che l'attrice non ha mai affermato di avere provveduto ad estinguere il saldo passivo del conto corrente in questione. Ne segue il parziale accoglimento del gravame ai sensi dei considerandi. Tassa di giustizia, spese e ripetibili delle due sedi seguono la soccombenza delle parti (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello 28 aprile 1998 di \_\_\_\_\_, è parzialmente accolto. Di conseguenza la sentenza 23 marzo 1998 della Pretura del distretto di Lugano, sezione 1, è riformata nel modo seguente: 1. La petizione è parzialmente accolta.

\_\_\_\_\_, è condannata ad annullare l'operazione di addebito di fr. 99'188.-- del conto corrente n. \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ effettuata con valuta 21 dicembre 1995, e ad annullare di conseguenza tutti i successivi addebiti di interessi, spese e commissioni a carico di quel conto determinati da tale addebito in capitale. 2. La tassa di giustizia di fr. 1'500.-- e le spese di fr. 240.--, da anticipare dall'attrice, restano a suo carico per 1/10 e per 9/10 sono a carico della convenuta, che rifonderà all'attrice fr. 2'800.-- per parte di ripetibili. II. Le spese della procedura d'appello, consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 1'950.-- b) spese fr. 50.-- T o t a l e fr. 2'000.-- già anticipati dall'appellante, restano a suo carico per 1/10 e per 9/10 sono a carico della convenuta, che rifonderà all'attrice fr. 2'000.-- per ripetibili d'appello. III. Intimazione: - \_\_\_\_\_;

Comunicazione alla Pretura del distretto di Lugano, sezione 1. Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente \_\_\_\_\_ Il segretario \_\_\_\_\_

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.