

## **TI\_GERICHTE 12.2001.136 vom 22. Mai 2002**

TI Tribunale d'appello, 2002-05-22, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2001.136](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2001.136)

FR: TI\_GERICHTE 12.2001.136 du 22 mai 2002

IT: TI\_GERICHTE 12.2001.136 del 22 maggio 2002

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 22.05.2002 12.2001.136

Sentenza o decisione senza scheda

Incarto n. 12.2001.00136 Lugano 22 maggio 2002 /rgc In nome della Repubblica e Cantone del Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Cocchi, presidente Chiesa e Rusca segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa - inc. no. OA.1999.00798 della Pretura del distretto di Lugano, Sezione 1 - promossa con petizione 12 novembre 1999 da \_\_\_\_\_ rappr. dall'avv. \_\_\_\_\_ contro \_\_\_\_\_ rappr. dallo studio legale \_\_\_\_\_ con cui l'attrice ha chiesto il disconoscimento del credito di fr. 162'148.20 oltre interessi vantato dalla convenuta nell'ambito dell'esecuzione n. \_\_\_\_\_ dell'UE di Lugano; domanda avversata dalla convenuta che ha postulato la reiezione della petizione, e che il Segretario assessore, con sentenza 4 luglio 2001, ha integralmente respinto; appellante l'attrice con atto di appello 6 settembre 2001, con cui chiede la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi; mentre la convenuta con osservazioni 10 ottobre 2001 postula la reiezione del gravame con protesta di spese e ripetibili; letti ed esaminati gli atti ed i documenti prodotti considerato in fatto e in diritto: 1. Con contratto 9 luglio 1995 la società luganese \_\_\_\_\_ ha appaltato alla società \_\_\_\_\_ l'esecuzione di tutta una serie di opere da eseguire nell'abitazione presidenziale, denominata " \_\_\_\_\_ ", a \_\_\_\_\_ ( \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_). Per far fronte ai propri impegni contrattuali, l'appaltatrice si è avvalsa di vari subappaltatori e subfornitori, tra cui la ditta \_\_\_\_\_, le cui fatture venivano talora onorate direttamente da \_\_\_\_\_. 2. Con fax 6 ottobre 1995, indirizzato a \_\_\_\_\_, il vicepresidente di \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, con riferimento alle fatture "proforma" (ovvero precedenti la fornitura) no. 21/9-95 di US\$ 181'215.85 e no. 24/9-95 di US\$ 48'159.-, si è espresso nei seguenti termini: " Con la presente confermiamo che la ditta \_\_\_\_\_ garante il pagamento delle fatture no. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ per la vs. merce. Il pagamento effettueremo entro la settimana prossima. Per tale motivo vi preghiamo di lasciar partire la vostra merce per \_\_\_\_\_ k " (doc. 5). 3. Sulla base di questa dichiarazione e preso atto che nel frattempo sulla fattura no. 21/9-95 era già stato versato un acconto di US\$ 120'000.-, \_\_\_\_\_. ha escusso \_\_\_\_\_ con il PE n. \_\_\_\_\_ dell'UE di Lugano, l'opposizione al quale è stata rigettata in via provvisoria per il corrispettivo di US\$ 109'374.85, ovvero per fr. 162'148.20 oltre interessi. 4. Con la petizione in rassegna l'escussa ha chiesto il disconoscimento del debito in questione, asserendo che l'impegno di cui al doc. 5, a suo dire già privo di rilevanza giuridica siccome sottoscritto da una persona

non abilitata a rappresentarla e oltretutto superato dall'accordo sottoscritto il 10 gennaio 1996 (doc. 12), fosse comunque condizionato alla consegna della merce fatturata a \_\_\_\_\_, in realtà mai avvenuta; in sede conclusionale essa, a prescindere da quanto precede, ha infine affermato che lo stesso costituiva in ogni caso una fideiussione nulla per vizio di forma. La convenuta si è opposta alla petizione, confermando sostanzialmente la validità dell'impegno di cui al doc. 5, non condizionato e non superato da altri accordi, qualificabile in diritto come assunzione cumulativa di debito. 5. Il Segretario assessore, con il giudizio qui oggetto di impugnativa, ha respinto la petizione. Egli, accertata la sua competenza territoriale e l'applicabilità alla fattispecie del diritto svizzero, ha innanzitutto ritenuto che nelle particolari circostanze l'obbligo assunto dall'attrice, validamente rappresentata nell'occasione dal suo vicepresidente, doveva senz'altro essere qualificato come un contratto di garanzia ai sensi dell'art. 111 CO. Non risultando che l'impegno in questione fosse condizionato alla fornitura della merce in \_\_\_\_\_, comunque regolarmente avvenuta, o fosse stato superato da eventuali accordi successivi, mai venuti in essere, il giudice di prime cure ha pertanto concluso per l'esistenza del credito per il quale era stata rigettata in via provvisoria l'opposizione al PE. 6. Con l'appello qui in esame, l'attrice chiede di riformare il giudizio di prima sede nel senso di accogliere la petizione. Essa, oltre a censurare una presunta contraddizione in cui sarebbe incorso il primo giudice, ribadisce che la convenuta non potrebbe vantare alcun diritto dall'impegno da lei assunto nel doc. 5: innanzitutto beneficiaria di quest'ultimo non era la convenuta bensì G. P. Pelagonija; esso costituiva inoltre un impegno accessorio e non astratto, dacché la sua nullità per vizio di forma; infine esso era stato pacificamente superato da accordi successivi. Delle osservazioni con cui la convenuta postula la reiezione del gravame si dirà, se necessario, nei prossimi considerandi. 7. Contrariamente a quanto preteso dall'attrice, non corrisponde innanzitutto al vero che il primo giudice si sarebbe espresso nella sentenza in maniera contraddittoria e dunque arbitraria: in effetti la circostanza, da lui accertata, che l'attrice avesse un interesse proprio all'esecuzione del contratto principale tra G. P. Pelagonija e la convenuta, segnatamente a che quest'ultima non interrompesse le sue forniture al cantiere in \_\_\_\_\_ a, non è forzatamente in contraddizione con il fatto che nel doc. 5 l'attrice abbia nondimeno offerto di effettuare il pagamento delle due fatture senza condizionarlo all'effettivo arrivo della merce a destinazione. 8. L'attrice ribadisce infine che l'impegno da lei assunto nel doc. 5 non poteva in alcun modo giovare alla convenuta, che per altro non ne era la diretta beneficiaria, in quanto lo stesso era superato da accordi successivi e in ogni caso costituiva una fideiussione nulla per vizio di forma. A torto. 8.1 Manifestamente infondata è innanzitutto la circostanza - oltretutto sollevata per la prima volta, e dunque irritualmente, in sede conclusionale (art. 78 CPC) - che beneficiaria dell'impegno sarebbe la ditta \_\_\_\_\_ e non invece la convenuta. Il fatto che, secondo l'estensore dello scritto in questione, lo stesso dovesse per l'appunto essere inteso in quel senso (teste \_\_\_\_\_, della cui attendibilità è oltretutto lecito dubitare se non altro già per il fatto che egli è cugino dell'amministratore unico dell'attrice), non significa in effetti ancora che il destinatario della dichiarazione l'abbia recepito rispettivamente potesse o dovesse riceverlo in quel modo, ciò che non è stato né preteso né tanto meno provato dall'attrice. In tali circostanze, non vi è motivo per distanziarsi dal chiarissimo tenore letterale del doc. 5, che, siccome formulato all'indirizzo della convenuta senza che sia fatto alcun accenno alla ditta \_\_\_\_\_, permette senz'altro di concludere che beneficiaria dei pagamenti sarebbe certo stata la convenuta stessa. Del tutto irrilevante è poi il fatto che l'acconto di US\$ 120'000.- sia stato in seguito versato direttamente alla \_\_\_\_\_ (doc.

4.11). 8.2 Nemmeno corrisponde al vero che l'impegno in questione sia stato superato dalla successiva stipulazione di nuovi accordi tra le parti, segnatamente di quello datato 10 gennaio 1996. Occorre innanzitutto premettere che di accordi con quella data ne esistono almeno tre: si tratta del doc. 12, che riporta la firma di entrambe le parti, del doc. 18 dell'inc. EF. 98.01699 richiamato, sottoscritto dalla sola convenuta, e del doc. 19 dell'inc. EF. 98.01699 richiamato, firmato dalla sola attrice. Ora, l'esame degli atti permette senz'altro di concludere che nessuno di questi accordi è venuto in essere, ciò che per altro la stessa attrice aveva già esplicitamente ammesso nella procedura di rigetto provvisorio dell'opposizione (cfr. memoriale di risposta p. 4) e, in maniera forse meno esplicita, nella presente causa di disconoscimento (cfr. replica p. 4, ove essa ha riconosciuto che "... la convenzione non venne perfezionata ..."): mentre gli ultimi due - nonostante il diverso parere del teste \_\_\_\_\_ - costituiscono evidentemente semplici proposte unilaterali di modifica del doc. 12, non condivise dalle rispettive controparti, nemmeno quest'ultimo a ben vedere si è a sua volta perfezionato, visto e considerato che il documento in questione, pur riportando le firme di entrambe le parti, in realtà altro non è che il fax 10 gennaio 1996 firmato dalla sola convenuta, che l'attrice aveva provveduto a modificare manualmente, il giorno successivo, prima di ritrasmetterlo alla controparte per fax con la sua firma, fermo restando che quest'ultima versione, già contestata dalla convenuta il 12 gennaio (come si evince implicitamente dal doc. L dell'inc. EF. 98.01699 richiamato), è stata formalmente respinta il giorno 15 (doc. P dell'inc. EF. 98.01699 richiamato), prima ancora dell'ulteriore scambio di proposte (doc. 18 e 19 dell'inc. EF. 98.01699 richiamato), che - come detto - non hanno pure trovato il consenso di controparte.

8.3 Resta ora da esaminare la qualifica giuridica da attribuire all'impegno assunto dall'attrice nel doc. 5: mentre quest'ultima ritiene che si tratti di una fideiussione, la convenuta propende per la tesi di una garanzia indipendente.

8.3.1 La dottrina e la giurisprudenza hanno da tempo riconosciuto la difficoltà nello stabilire se una determinata pattuizione costituisca una fideiussione ex art. 492 CO o una semplice garanzia ai sensi dell'art. 111 CO ( IICCA 3 dicembre 1996 in re R./I. Inc.), ritenuto che il criterio di distinzione essenziale risiede nel carattere accessorio della prima, ma non invece della seconda, per raffronto all'obbligazione del debitore principale: in sostanza, mentre il fideiussore assicura al creditore la solvenza del debitore principale o l'adempimento del contratto da parte di questi, il garante assicura una prestazione come tale, un risultato, indipendente dall'obbligo del terzo ( DTF 125 III 305 consid. 2b, 113 II 434 consid. 2b; ICCTF 7 giugno 1999 in re B./B. SA; IICCA 25 maggio 2001 in re B./D.; Kleiner , Bankgarantie, 4. ed., Zurigo 1990, n. 5.01 e 5.06-5.012).

8.3.2 In base ai criteri abituali d'interpretazione, il contenuto di un determinato accordo viene stabilito in primo luogo mediante l'interpretazione soggettiva, ovvero sulla base della vera e concorde volontà dei contraenti (art. 18 cpv. 1 CO; DTF 123 III 35 consid. 3b); solamente quando non esistono accertamenti di fatto sulla reale concordanza della loro volontà rispettivamente se il giudice constata che una parte non ha compreso la volontà dell'altra, la loro presunta volontà viene accertata con un'interpretazione oggettiva/normativa, interpretando le dichiarazioni secondo il principio dell'affidamento, ovvero secondo il senso che ogni contraente poteva e doveva ragionevolmente attribuire alle dichiarazioni di volontà dell'altro nella situazione concreta ( DTF 123 III 165 consid. 3a, 121 III consid. 4b/aa).

8.3.3 Nel caso di specie, l'esame delle circostanze consente tutto sommato di confermare il giudizio pretorile che ha concluso per l'assenza di una fideiussione, a favore di una garanzia. L'istruttoria di causa non ha invero permesso di stabilire quale fosse la reale e concorde volontà delle parti, in particolare della convenuta, al momento dell'assunzione da

parte dell'attrice dell'impegno di cui al doc. 5. Come rettamente rilevato dal Segretario assessore, l'interpretazione in base al principio dell'affidamento, che così s'impone, fa invece propendere decisamente per l'esistenza di una garanzia: indizi in tal senso, anche se in gran parte non decisivi, sono innanzitutto il fatto che l'impegno in questione sia stato assunto da una società notoriamente attiva internazionalmente nell'ambito di un rapporto internazionale ( Pestalozzi , Basler Kommentar, 2. ed., N. 26 ad art. 111 CO con rif.); il fatto che, come accertato al precedente considerando, la garanzia fosse chiaramente prestata a beneficio del creditore ("gläubigerbezogen"; Pestalozzi , op. cit., N. 29 ad art. 111 CO) e non invece del debitore, tanto più che alle parti era certamente noto - circostanza riconosciuta dal primo giudice e non contestata dall'attrice nel gravame - che \_\_\_\_\_ con ogni probabilità non avrebbe adempiuto gli obblighi contrattuali verso i subfornitori o subappaltatori; la circostanza che l'impegno assunto dal garante, oltretutto incondizionatamente, non era identico a quello del debitore ( Pestalozzi , op. cit., N. 28 ad art. 111 CO), ma si riferiva a due sole fatture, senza accenno a quelle successive, con modalità di pagamento indipendenti (" entro la settimana prossima "); il fatto che il pagamento da parte del garante sarebbe avvenuto nei giorni seguenti senza che addirittura fosse necessaria una richiesta del creditore, circostanza che presenta analogie con la pattuizione, pure astratta, di una garanzia a prima richiesta ( DTF 117 III 76 consid. 6b; Rep . 1992 p. 260; Kleiner , op. cit., n. 5.32; Guggenheim , Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4. ed., Ginevra 2000 p. 354); infine l'indiscusso interesse personale dell'attrice nell'intera operazione - già accertato dal primo giudice - ritenuto inoltre che, nonostante la contraria opinione del teste \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ risultava senz'altro far parte del gruppo \_\_\_\_\_ (cfr. alcuni timbri sui documenti CMR doc. 1 e 2, non più eccepiti di falso in questa procedura; DTF 111 II 276 consid. 2b e c, 125 III 305 consid. 2b; Pestalozzi , op. cit., N. 31 ad art. 111 CO; Guggenheim , op. cit., p. 353). Nemmeno il fatto che nell'impegno si facesse indirettamente riferimento al contratto tra la convenuta e \_\_\_\_\_ esclude l'esistenza di una garanzia ex art. 111 CO: anche qui un riferimento al rapporto di base è in effetti tutt'altro che inusuale (cfr. Guggenheim , op. cit., p. 348; DTF 117 III 76 consid. 6b, 122 III 321 consid. 4a; Rep . citato), specialmente nel caso in cui le parti abbiano fatto capo alla forma della "bürgschaftsähnliche Garantie", ove il garante promette la sua prestazione al beneficiario per il caso che il terzo si rivelasse inadempiente ( ICCTF 7 giugno 1999 in re B./B. SA; IICCA 21 dicembre 1993 in re I./B., 25 maggio 2001 in re B./D.). 9. Ne discende la reiezione del gravame. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili seguono la soccombenza (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello 6 settembre 2001 di \_\_\_\_\_ è respinto. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia \_\_\_\_\_ fr. 2'450.- b) spese \_\_\_\_\_ fr. 2'500.- da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico con l'obbligo di rifondere alla parte appellata fr. 2'500.- per ripetibili. III. Intimazione a: \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ Comunicazione alla Pretura del distretto di Lugano, Sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello II presidente \_\_\_\_\_ Il segretario \_\_\_\_\_