

## **TI\_GERICHTE 12.2001.86 vom 15. März 2002**

TI Tribunale d'appello, 2002-03-15, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2001.86](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2001.86)

FR: TI\_GERICHTE 12.2001.86 du 15 mars 2002

IT: TI\_GERICHTE 12.2001.86 del 15 marzo 2002

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 15.03.2002 12.2001.86

Sentenza o decisione senza scheda

Incarto n. 12.2001.00086 Lugano 15 marzo 2002 /fb 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.1994.01174 (già 1412) della Pretura del distretto di Lugano, Sezione 3 - promossa con petizione 9 aprile 1992 da \_\_\_\_\_ ora \_\_\_\_\_ rappr. dall'avv. \_\_\_\_\_ contro \_\_\_\_\_ rappr. dall'avv. \_\_\_\_\_ con cui l'attrice ha chiesto la condanna del convenuto al pagamento di DM 2'626'167.49 oltre interessi, dedotto il controvalore di fr. 13'000.-; domanda avversata dal convenuto che ha postulato la rieiezione della petizione, e che il Pretore con sentenza 30 maggio 2001 ha accolto per fr. 1'869'786.15 più accessori; appellante il convenuto con atto di appello 20 giugno 2001, con cui chiede la riforma del querelato giudizio nel senso di respingere la petizione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi; mentre l'attrice con osservazioni 10 settembre 2001 postula la rieiezione del gravame con protesta di spese e ripetibili; letti ed esaminati gli atti ed i documenti prodotti ritenuto in fatto e in diritto: 1. La banca tedesca \_\_\_\_\_ procede in causa nei confronti del fideiussore \_\_\_\_\_ per ottenere il pagamento degli importi (valuta 30 marzo 1987) rimasti insoluti a seguito del fallimento della debitrice principale \_\_\_\_\_, previa deduzione di alcune indennità per ripetibili. Il convenuto resiste in causa contestando la validità della fideiussione e ritenendo non provato l'importo richiesto. 2. Con la sentenza qui oggetto di impugnativa il Pretore ha accolto la petizione per fr. 1'869'786.15 più interessi. Il giudice di prime cure ha innanzitutto ammesso la validità della fideiussione, rilevando come a suo tempo le parti avessero operato una scelta a favore del diritto tedesco e comunque l'accordo in questione fosse stato sottoscritto in Germania. Quanto all'importo di DM 4'132'067.38 (valuta 30 maggio 1986, doc. H1) vantato dall'attrice nei confronti della fallita al momento della disdetta del finanziamento e quello di DM 2'626'167.49 risultante il 31 marzo 1987 (doc. L1), egli ha ritenuto che gli stessi, ancorché non documentati, erano stati sufficientemente comprovati, siccome confermati in sede testimoniale da vari impiegati della banca, fermo restando inoltre che il convenuto non era più legittimato a contestarli, avendone già a suo tempo preso conoscenza, senza nulla eccepire, nella sua funzione di amministratore della fallita. Atteso che l'istruttoria aveva provato la parziale riduzione di quest'ultimo importo in conseguenza del versamento di un indennizzo da parte di una compagnia d'assicurazione (DM 1'671'463.10, già conteggiati, dedotti DM 14'400.-) e a seguito dei ricavi dal fallimento (DM 442'200.-, DM 138'310.- e

DM 30'099.35), il primo giudice ha ritenuto di poter senz'altro condannare il convenuto al pagamento dell'importo di DM 2'029'958.15 (valuta 31 marzo 1987) fatto valere dall'attrice in sede conclusionale, convertendolo al tasso di cambio in vigore al momento dell'inoltro della petizione, salvo la deduzione di fr. 13'000.- per ripetibili da lei dovute in altre procedure. 3. Con l'appello qui in esame il convenuto chiede di riformare la sentenza pretorile nel senso di respingere la petizione. Egli contesta in primo luogo la validità della fideiussione, rilevando come la scelta a favore del diritto tedesco contenuta nelle condizioni generali non fosse chiara e in ogni caso egli avesse sottoscritto l'accordo in Svizzera. Quanto al credito riconosciuto alla controparte, ribadisce che lo stesso non era sufficientemente provato e che dallo stesso andavano in ogni caso dedotte ulteriori 3 posizioni non considerate dal Pretore, e meglio un'ingiustificata differenza di DM 147'398.68 tra i conteggi dell'attrice e quelli del convenuto, l'assunzione di un debito di DM 800'000.- da parte dell'acquirente degli stabili della fallita e l'incasso di una fideiussione di DM 1'199'766.81 fornita dalla \_\_\_\_\_. Contestate erano inoltre la mancata effettuazione del giuramento d'edizione da parte dell'attrice rispettivamente la mancata comparsa all'udienza d'interrogatorio formale dei membri del suo Consiglio direttivo e infine anche il tasso di cambio adottato dal primo giudice. Delle osservazioni con cui l'attrice postula la reiezione del gravame si dirà, se necessario, nei prossimi considerandi. 4. È innanzitutto a torto che il convenuto pretende che la fideiussione da lui sottoscritta (doc. D) sarebbe nulla siccome non allestita nella forma notarile, come invece prescritto dal diritto svizzero all'art. 493 CO. Nel caso di specie - come del resto evidenziato dal primo giudice - le parti, sottoscrivendo le relative condizioni generali (ciò che è di principio ammissibile: cfr. Amstutz/ Vogt/ Wang , Basler Kommentar, N. 47 ad art. 116 LDIP; Vischer/ Huber/ Oser , Internationales Vertragsrecht, 2. ed., Berna 2000, n. 155 e segg., e 197 e segg.; Keller/ Kren Kostkiewicz , IPRG Kommentar, N. 74 ad art. 116 LDIP; DTF 71 II 290), hanno in effetti scelto giusta l'art. 116 LDIP di applicare alla fideiussione il diritto tedesco, che non prevede tale formalità: l'applicabilità del diritto tedesco risulta in primo luogo dal chiaro tenore della clausola n. 13, secondo cui " Die Geschäftsräume Ihrer kontoführenden Stelle sind für alle Verpflichtungen aus dieser Bürgschaft Erfüllungsort. Massgeblich ist das am Erfüllungsort geltendes Recht " ed è in ogni caso confermata dal fatto che l'importo garantito - per altro nella forma della " Bürgschaft als Selbstschuldner ", tipica del diritto tedesco (cfr. § 773 cpv. 1 cifra 1 BGB) - era stato espresso in valuta tedesca e dalla circostanza che nella clausola n. 6 si faceva esplicito riferimento a norme del BGB (cfr. DTF 123 III 35, riferita pure a una fideiussione tedesca). In tali circostanze non torna conto stabilire se il convenuto abbia apposto la propria firma in Svizzera o in Germania. 5. Pure infondata è la censura con cui il convenuto lamenta la mancata prova da parte dell'attrice dell'importo fatto valere con la petizione. A questo proposito vanno preliminarmente evase le due censure con cui il convenuto ha lamentato la mancata effettuazione del giuramento d'edizione da parte dell'attrice rispettivamente la mancata comparsa all'udienza d'interrogatorio formale dei membri del suo Consiglio direttivo: con riferimento alla prima censura si osserva che nel caso di specie, contrariamente a quanto assunto dal convenuto, l'attrice non ha rifiutato di prestare il giuramento d'edizione, tanto è vero che il teste \_\_\_\_\_, suo dipendente, si è effettivamente pronunciato in merito all'eventuale incompletezza dei documenti allegati, di modo che egli non può formalmente prevalersi della presunzione di cui all'art. 210 CPC; quanto alla seconda questione, si deve osservare che in questa sede il convenuto, dopo aver lamentato l'atteggiamento ostruzionistico tenuto dalla controparte, si è in definitiva limitato a rilevare che essa aveva

agito in modo da ostacolare un miglior chiarimento dei fatti (appello p. 8 e seg.), senza tuttavia specificare in che maniera tale circostanza potesse essere rilevante per il giudizio. Ciò posto, l'istruttoria di causa ha permesso di stabilire che il convenuto era il promotore, l'amministratore e uno degli azionisti della fallita (cfr. per tanti doc. 7) ed è dunque evidente che in tale veste egli non poteva non essere a conoscenza degli estratti conto mensili (ad es. doc. L2, AG, AH) - ivi compreso il conteggio finale (doc. H1) - che l'attrice ha fornito a quest'ultima fino alla data del suo fallimento (teste Ettrich), dichiarato il 10 novembre 1987 (doc. 44, procedura poi sospesa per mancanza d'attivi il 31 gennaio 1990, cfr. doc. I° p. 139, senza l'allestimento di atti di carenza beni): ora, nonostante le condizioni generali facessero obbligo al cliente di contestare nel termine di un mese gli estratti conto pena la loro accettazione (art. 15 doc. E), agli atti, nonostante la fitta corrispondenza prodotta, non vi è alcuna dichiarazione di contestazione da parte della fallita all'indirizzo dell'attrice (cfr. pure teste Krafft; il doc. 43, recante una generica contestazione, è stato invece allestito all'indirizzo dell'ufficio fallimenti), per cui ben si può ritenere, già per questo motivo, che gli stessi siano del tutto corretti: nella misura in cui le richieste dell'attrice (concretizzate nel doc. L1) si fondano su quei conteggi, il convenuto è pertanto malvenuto a contestarle in questa sede. È in ogni caso a ragione che il Pretore ha osservato come tali conteggi, in particolare quello riferito al debito della fallita al momento della disdetta dei finanziamenti (doc. H1) e quello concernente la situazione al 31 marzo 1987 (doc. L1), hanno trovato sostanziale conferma nelle testimonianze rese da alcuni dipendenti dell'attrice (teste \_\_\_\_\_ ad 4a, \_\_\_\_\_ ad 4a e \_\_\_\_\_ ad 4a per quanto riguarda la prima questione, teste \_\_\_\_\_ ad 4b e \_\_\_\_\_ ad 4b per quanto riguarda la seconda). Per quanto riferita ad eventuali importi posti in deduzione non riconosciuti dal Pretore, la censura verrà esaminata nei considerandi seguenti.

6. Il convenuto ritiene di poter trarre un beneficio dal fatto che il conteggio allestito dall'attrice per il 31 marzo 1987 (con un saldo di DM 2'626'167.49, doc. L1) eccedesse, a suo dire ingiustificatamente, di DM 147'398.68 quello che egli, a nome della fallita, aveva presentato all'ufficio fallimenti per il 31 luglio 1987 (con un saldo di DM 2'448'669.46, doc. 43). A prescindere dalla sua irricevibilità, siccome formulata per la prima volta in questa sede (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC), la censura si rivela del tutto infondata anche nel merito. La differenza riscontrata trova in effetti la sua spiegazione nei documenti versati agli atti: premesso che - come detto - gli estratti conto bancari non sono stati contestati tempestivamente e sono dunque ratificati, va innanzitutto rilevato che nel conteggio di cui al doc. 43 è stato riportato un saldo del conto \_\_\_\_\_ di soli DM 179'200.- quando in realtà lo stesso era di DM 358'400.- (cfr. doc. AG); sempre dal doc. AG risultava inoltre che tra l'aprile e il luglio 1987 il conto \_\_\_\_\_ della fallita era stato accreditato di DM 30'099.35 e che nel luglio 1987 i conti \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ erano stati addebitati di DM 14'302.75 rispettivamente di DM 49'270.-, posizioni queste che ovviamente non potevano essere contenute nel conteggio doc. L1; ritenuto inoltre che in quest'ultimo conteggio erano comprese anche due somme di DM 7'151.37 e DM 24'635.- per interessi già maturati, non ripresi invece dalla fallita nel conteggio doc. 43, che il saldo relativo al conto presso la filiale di \_\_\_\_\_ differiva leggermente nei due conteggi e che infine tra l'aprile ed il luglio 1987 il conto \_\_\_\_\_ aveva subito accrediti e addebiti per qualche centinaio di marchi (doc. AG), si ha che in definitiva non sussiste alcuna differenza.

7. Manifestamente infondata è pure la richiesta del convenuto di voler dedurre dal credito dell'attrice un importo di DM 800'000.-, a suo dire giustificata dal fatto che l'acquirente degli stabili della fallita, oltre ad aver pagato il prezzo di DM 450'000.-, si sarebbe pure assunto in tale misura il debito ipotecario. È vero che per

rilevare gli immobili della fallita è stata pagata una somma di DM 450'000.- (cfr. doc. I° p. 116, teste \_\_\_\_\_ e) ed è altrettanto vero che l'onere ipotecario iscritto a registro fondiario è stato ridotto da DM 3'800'000.- a DM 800'000.- (teste \_\_\_\_\_).

Contrariamente a quanto ritenuto dal convenuto, non è però assolutamente vero che nell'occasione l'acquirente si sia assunto quest'ultimo debito: in sede testimoniale l'acquirente stesso (teste \_\_\_\_\_) ha in effetti dichiarato che, mentre i DM 450'000.- erano stati finanziati dalla \_\_\_\_\_, per l'importo di DM 800'000.- l'attrice le aveva erogato un corrispondente prestito - da lui verosimilmente utilizzato per la ricostruzione dell'edificio - il che esclude chiaramente che egli a quel momento abbia operato un'assunzione di un debito. 8. Il convenuto pretende inoltre che l'importo su cui egli è tenuto a rispondere si sarebbe ulteriormente ridotto a seguito dell'incasso da parte dell'attrice di una fideiussione di DM 1'199'766.81 fornita dalla LfA. Non è così. È innanzitutto a torto che il convenuto rimprovera alla controparte di aver sottaciuto negli allegati preliminari l'incasso di tale somma, rispettivamente il fatto che essa procedeva all'incasso di quell'importo a seguito di una cessione fiduciaria da parte della stessa LfA (cfr. il punto IV della convenzione tra l'attrice e LfA), ciò che a suo dire comporterebbe l'impossibilità per l'attrice di porre questa circostanza a motivazione della sua pretesa, trattandosi in sostanza di un'inammissibile modifica dell'azione giusta l'art. 74 CPC: se in petizione e in replica l'attrice ha ritenuto di sottacere la circostanza, ciò è in effetti dovuto al fatto che essa - come vedremo, a ragione - non la riteneva determinante per l'esito della lite; ad ogni buon conto il convenuto è del tutto malvenuto ad affermare che il comportamento della controparte gli avrebbe impedito di prendere posizione in merito e di sollevare possibili eccezioni derivanti dai rapporti giuridici tra la fallita e la LfA, tra la LfA e l'attrice e tra lui stesso e la LfA, quando tali questioni hanno trovato ampio spazio nel suo allegato conclusionale (p. 11 e seg.) e ancora nell'appello (p. 11 e seg.). Quanto alle eccezioni sollevate dal convenuto, le stesse sono infondate: ritenuto che la LfA aveva sottoscritto una " Ausfallbürgschaft ", il fatto che essa nel frattempo avesse provveduto a pagare l'attrice creditrice non porta in effetti alla liberazione di un precedente fideiussore, nei confronti del quale essa ora vanta - come del resto risulta dal punto III della convenzione tra l'attrice e la LfA - una pretesa di regresso ( Jauernig/ Schlechtriem/ Stürner/ Teichmann/ Vollkommer , Bürgerliches Gesetzbuch, 5. ed., Monaco 1990, N. 4b ad § 774; Palandt , Bürgerliches Gesetzbuch, 32. ed., Monaco 1973, N. 2b ad § 774). Vista l'autorizzazione da parte della LfA a favore dell'attrice di far valere in proprio nome la pretesa nei confronti del convenuto (punto IV della convenzione), quest'ultimo non può ovviamente prevalersi del fatto che l'attrice abbia già incassato quella somma, oltretutto in maniera condizionata (cfr. pure il punto II della convenzione). 9. L'ultima censura del convenuto riguarda il tasso di conversione DM/fr. applicato dal Pretore: il convenuto contesta infatti che il credito dell'attrice debba essere convertito secondo il tasso di cambio in vigore al momento della petizione (1.- DM = 0.9275 fr.), per altro nemmeno provato, e ritiene invece decisivo il tasso di cambio alla data della sentenza di primo grado (1.- DM = 0.77936 fr.). A ragione. La dottrina e la giurisprudenza hanno in effetti avuto modo di precisare che nel caso, come quello qui in esame, in cui la parte attrice procede per ottenere il pagamento di un importo in valuta straniera (petizione p. 8) il giudice può alternativamente condannare il convenuto al pagamento in questa valuta oppure, se è a conoscenza del tasso di cambio alla data della sentenza, anche in valuta svizzera ( Weber , Berner Kommentar, N. 367 ad art. 84 CO; Leu , Basler Kommentar, N. 10 ad art. 84; Rep . 1980 p. 67 con rif.; IICCA 13 gennaio 1997 in re R. AG/Z. S.p.A.). Ne discende che il credito a favore dell'attrice di DM 2'029'958.15

corrisponde in realtà a fr. 1'582'068.15, per cui dedotti fr. 13'000.- per ripetibili di altre procedure, le spettano ancora fr. 1'569'068.15 oltre interessi. 10. Ne discende il parziale accoglimento dell'appello. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili di entrambe le sedi seguono la soccombenza (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati l'art. 148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello 20 giugno 2001 di \_\_\_\_\_ è parzialmente accolto. Di conseguenza la sentenza 30 maggio 2001 della Pretura del distretto di Lugano, Sezione 3, è così riformata: 1. La petizione è parzialmente accolta e di conseguenza il convenuto \_\_\_\_\_, è condannato a pagare all'attrice \_\_\_\_\_, la somma di fr. 1'569'068.15 oltre interessi al 5% dal 31 marzo 1987. 2. La tassa di giustizia in fr. 20'000.- e le spese, da anticipare dall'attrice, restano a suo carico nella misura di 1/3 e sono poste a carico del convenuto per i rimanenti 2/3, con l'obbligo per quest'ultimo di rifondere alla controparte fr. 20'000.- a titolo di ripetibili. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 14'950.- b) spese fr. 50.- T o t a l e fr. 15'000.- da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico per 5/6 e per 1/6 sono poste a carico dell'appellata, a cui l'appellante rifonderà fr. 10'000.- per ripetibili di appello. III. Intimazione a: - \_\_\_\_\_  
Comunicazione alla Pretura del distretto di Lugano, Sezione 3 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.