

## **TI\_GERICHTE 12.2007.147 vom 15. April 2008**

TI Tribunale d'appello, 2008-04-15, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2007.147\\_d20080415](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2007.147_d20080415)

FR: TI\_GERICHTE 12.2007.147 du 15 avril 2008

IT: TI\_GERICHTE 12.2007.147 del 15 aprile 2008

### **Regeste**

Provvedimenti cautelari, blocco di garanzia bancaria, legittimazione passiva, negate condizioni esistenza abuso di diritto e danno difficilmente riparabile

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 15.04.2008 12.2007.147

Provvedimenti cautelari, blocco di garanzia bancaria, legittimazione passiva, negate condizioni esistenza abuso di diritto e danno difficilmente riparabile

Incarto n. 12.2007.147 Lugano 15 aprile 2008 In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Epiney-Colombo, presidente, Walser e Cocchi (giudice supplente) segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa inc. n. DI.2006.1165 (provvedimenti cautelari) della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 promossa con istanze 22 settembre 2006 e 12 ottobre 2006 da AP 1 rappr. dall' RA 1 contro AO 1 AO 2 AO 3 o con le quali è chiesto di far ordine a AO 1 di bloccare la garanzia bancaria n. \_\_\_\_\_ emessa a favore di AO 3 presso AO 2 o a favore di AO 2 medesima per AO 3 e contestualmente fatto immediato divieto di pagare la suddetta garanzia, che il Segretario Assessore, dopo aver accolto le domande nelle vie supercautelari, le ha respinte con decisione 8 giugno 2007, appellante, con atto d'appello 21 giugno 2007, la parte istante la quale chiede, in riforma del primo giudizio, l'accoglimento delle sue istanze e la conferma dei provvedimenti supercautelari mentre AO 2, con osservazioni 16 luglio 2007, ne postula l'integrale reiezione e gli altri convenuti sono rimasti silenti. avendo la Presidente della Camera accordato, con decreto 25 giugno 2007, effetto sospensivo all'appello e ordinata, il 16 luglio 2007, la sospensione della procedura per l'intervenuto fallimento della parte convenuta AO 3 e riattivata la causa, il 15 novembre 2007, poiché il fallimento di AO 3 è stato, nel frattempo, revocato; Considerato in fatto e in diritto: 1. Con istanza cautelare 22 settembre 2006 AP 1 ha convenuto in causa la ditta AO 3 e AO 1 chiedendo il blocco della garanzia bancaria n. \_\_\_\_\_ che pretendeva emessa da quest'ultimo istituto bancario a favore di AO 3 per garantire il pagamento dell'importo di fr. 350'000.-, pari al corrispettivo dovuto per la produzione e consegna di 5 orologi doppio tourbillon sincronizzato a carica automatica. Ritiene che l'appello alla garanzia da parte di AO 3 sia abusivo poiché la fornitura degli orologi non è avvenuta ed il relativo contratto è stato rescisso. Il Segretario Assessore ha ordinato, con decreto supercautelare del 25 settembre 2006, il blocco della garanzia, con il divieto a AO 1 di procedere al pagamento della stessa, ed ha citato le parti all'udienza di discussione. 2. Il 29 settembre 2006 AO 2 ha scritto alla Pretura di essere venuto a conoscenza del decreto supercautelare di blocco della garanzia bancaria e ha chiesto, argomentando di essere il beneficiario della garanzia in oggetto, la notifica formale del decreto supercautelare e di essere ammesso, nella procedura cautelare, quale parte

convenuta. Il Segretario Assessore, a fronte delle motivazioni di AO 2 e della possibilità che lo stesso, e non AO 3, fosse il beneficiario della garanzia ha ritenuto che dovesse essere coinvolto nella procedura e ha assegnato all'istante, con pronuncia 29 settembre 2006, un termine per completare l'istanza con l'indicazione di AO 2 quale convenuto. L'istante ha dato seguito all'invito del giudice presentando, il 12 ottobre 2006 un'istanza di modifica ed estensione di misura cautelare coinvolgendo, quale parte convenuta, anche AO 2 e il Segretario Assessore, con decreto supercautelare 13 ottobre 2006, ha riconfermato il blocco della garanzia anche qualora fosse stata emessa a favore di AO 2. 3. All'udienza di discussione del 17 ottobre 2006 sono comparsi l'istante e le due banche convenute mentre AO 3 non si è fatta rappresentare. Esperita l'istruttoria, il Segretario Assessore, con la decisione impugnata dell'8 giugno 2007, ha respinto l'istanza cautelare di blocco della garanzia e revocato gli ordini supercautelari. Ha ritenuto in sostanza che il contratto di base, per il quale è stata rilasciata la garanzia, non era quello di fornitura di orologi cui si era obbligata AO 3 nei confronti dell'istante ma la linea di credito concessa da AO 2 a con la conseguenza che non vi era nessun abuso, da parte dello stesso AO 2, nel far valere la garanzia. 4. Con l'appello, AP 1, oltre a contestare, nel merito, le argomentazioni e le conclusioni del primo giudice solleva alcune questioni d'ordine processuale riguardanti l'imposizione fattale dal Segretario Assessore di coinvolgere in causa anche AO 2, la carente rappresentanza in causa di quest'ultimo e l'insufficiente motivazione della sentenza.

4.1. A proposito della partecipazione alla causa di AO 2, va subito detto che l'atteggiamento del Segretario Assessore è stato senz'altro anomalo poiché l'imposizione di convenire in causa una parte che l'istante non vuole convenire o ha dimenticato di convenire è unicamente possibile nel caso di litisconsorzio necessario (art. 47 CPC) che, nella fattispecie, non è dato poiché si è in presenza, quando si conviene la banca garante ed il beneficiario della garanzia, di un semplice litisconsorzio facoltativo, rispettivamente se una parte non coinvolta in causa vuole partecipare al procedimento deve far capo all'istituto dell'intervento degli art. 49 e seg. CPC. Certo però che la parte istante si è adeguata a questa visione del giudice, che le offriva un mezzo per sanare una situazione che poteva presentarsi negativamente quo alla legittimazione passiva, se sol si pensi che la Seconda Camera civile (II CCA) ha affermato che le vere parti al processo, in materia di garanzia bancaria, sono quelle che partecipano al contratto base mentre la banca garante vi è estranea perché un ordine nei suoi confronti le può sempre essere indirizzato quale terzo non coinvolto nella procedura (Rep. 1990, 223 e Cocchi , Provvedimenti cautelari per impedire il pagamento di (contro)garanzie bancarie "a prima richiesta" in NRCP 2004, 15/16 punto 3.2.3). Infatti - anche dopo aver eccepito questo modo di procedere (cfr. lettera alla Pretura del 3 ottobre 2006) e aver ricevuto l'ordinanza 5 ottobre 2006 con la quale il Segretario Assessore affermava che era indubbio che il beneficiario della garanzia bancaria doveva essere parte convenuta e che due vie erano allora percorribili: o la reiezione dell'istanza nel caso in cui dovesse risultare che AO 3 non era la beneficiaria o l'estensione della procedura in corso anche a AO 2 - ha presentato, il 12 ottobre 2006, l'istanza di misura cautelare modificata nei confronti anche di AO 2, senza più nulla eccepire. 4.2. È vero che, in particolare in occasione dell'udienza di discussione cautelare, AO 2 era rappresentato dalla sola sua funzionaria avv. \_\_\_\_\_ la quale, siccome non organo dell'istituto e non iscritta all'albo degli avvocati, non poteva né impegnarlo né patrocinarlo ( Cocchi/Trezzini , CPC-TI, ad art. 64 m . 11). L'eventuale sanzione di una tale violazione è però rappresentata dalla nullità degli atti compiuti dal rappresentante non autorizzato ( Cocchi/Trezzini , CPC-TI, ad art. 64 m . 3) e non, come vorrebbe l'appellante, la riforma del primo giudizio.

In ogni caso anche volendo considerare nulla la partecipazione di AO 2 all'udienza di discussione bisognerebbe stralciare dagli atti la presa di posizione scritta e le prove offerte in quell'occasione. Ma l'istante ha fatto proprie le prove testimoniali proposte da AO 2 e i documenti prodotti in quell'occasione possono anche essere tralasciati poiché, per la decisione odierna, sono sufficienti quelli prodotti dall'istante e da AO 1 e le deposizioni testimoniali assunte. La nullità di quegli atti non toglie quindi la possibilità di giudicare la vertenza.

4.3. L'appellante lamenta anche la mancanza di motivazione della decisione impugnata. Ora una motivazione può essere ritenuta sufficiente quando vengono menzionati almeno brevemente i motivi che hanno indotto il giudice a decidere in un senso piuttosto che in un altro, argomentando attorno alle sole circostanze rilevanti per il giudizio, e pone l'interessato nella condizione di rendersi conto della portata del giudizio e delle eventuali possibilità di impugnazione (Cocchi/Trezzini, CPC-TI App. ad art. 285 m. 26), ritenuto che, nei giudizi cautelari, una motivazione dettagliata non è assolutamente pretesa (Cocchi/Trezzini, CPC-TI App. ad art. 285 m. 28). Ora, il primo giudice ha chiaramente indicato, riferendosi anche alle risultanze processuali, che il contratto sottostante alla garanzia bancaria non era quello di fornitura di orologi stipulato tra l'istante e AO 3 ma invece il contratto di finanziamento, con apertura di linea di credito a favore di AO 3 da parte di AO 2 e che nessun indizio, di abusività della richiesta di pagamento da parte di AO 2 poteva essere individuata anche perché l'istante non muoveva addebiti alla regolarità dell'operazione di finanziamento. Tanto basta per ritenere che il primo giudice ha motivato più che sufficientemente la sua decisione e che l'appellante, proprio perché ha potuto motivare a lungo il proprio ricorso, ne ha compreso le ragioni che hanno portato alla reiezione della sua istanza.

5. Una garanzia bancaria, per quanto indipendente, non è mai totalmente svincolata dal contratto di base. La sua natura astratta o autonoma trova i suoi limiti nella legge, e segnatamente allorché il suo beneficiario se ne avvale in urto con i principi che governano la buona fede (sentenza del Tribunale federale 4C.12/2007 del 26 giugno 2007 consid. 3.1; 4C.25/2003 del 19 maggio 2003 consid. 2.1; Cocchi, Provvedimenti cautelari per impedire il pagamento di (contro) garanzie bancarie "a prima richiesta in NRCP 2004 pag. 17). Il blocco del pagamento di una simile garanzia al beneficiario deve però rimanere un'eccezione (sentenze TF cit. qui sopra; Lombardini, Droit bancaire suisse, pag. 315 segg. n. 94 segg.). L'abuso è generalmente ammesso allorché il debitore ha adempiuto al proprio obbligo scaturente dal rapporto principale, soddisfacendo totalmente o in larga misura il beneficiario di una garanzia a prima richiesta che quest'ultimo escute sapendo che il debito è stato estinto, rispettivamente che è stato saldato in una misura senza proporzione rispetto al limite della garanzia (sentenza del Tribunale federale 4P.44/2005 del 21 giugno 2005, consid. 4.2; NRCP 2006 pag. 199 consid. 12.2; Kleiner, Bankgarantie, 4 a ed., pag. 207 n. 21.48).

5.1. Nel caso concreto va quindi, in primo luogo, esaminato quale è il contratto base che sta a monte della garanzia bancaria. L'istante, che fa riferimento alla garanzia bancaria n. \_\_\_\_\_ emessa da AO 1 e che produce quale doc. H ritiene che tale contratto base sia quello intercorso tra lei e AO 3 relativo alla produzione ed alla consegna di 5 orologi. La semplice lettura della garanzia bancaria litigiosa permette invece, in modo chiaro, pacifico ed incontrovertibile di individuare il contratto base nel credito concesso da AO 2 (che appare nella garanzia quale beneficiario della stessa: "Zu Gunsten") a AO 3 (che risulta essere la parte per conto della quale la garanzia è stata emessa: "Für Rechnung von") perché ci si riferisce espressamente "auf die Kreditfazilitäten die Sie (da intendere evidentemente il beneficiario AO 2) der Firma AO 3...zu gewähren bereit sind". Ora se in un procedimento cautelare basta la

verosimiglianza dei fatti e non la loro prova stretta, la lettura del testo della garanzia basta e avanza per convincersi, come correttamente non ha potuto far altro il primo giudice, confrontandosi in modo lineare con la successione dei fatti venuti in essere tra le parti ai quali si può qui rinviare (cfr. i dispositivi 5 e 6 della decisione impugnata), di quale era il rapporto base garantito. Il fatto che il tutto ruotasse attorno alla produzione dei 5 orologi non può modificare lo scopo voluto dalla garanzia che era quello di garantire a AO 2 il rimborso della linea di credito concessa a AO 3 e non il pagamento a quest'ultima, da parte dell'istante, del corrispettivo della fornitura degli orologi.

5.2. Stabilito che il contratto base era il finanziamento di AO 2 a AO 3 non si hanno indizi, e nemmeno l'istante ne solleva, di un comportamento abusivo della banca, ravvisabile per ipotesi nel fatto che, nel frattempo, AO 3 ha estinto il proprio debito in conto corrente. Ciò non appare e nemmeno la revoca del suo fallimento, per il quale l'istante presuppone il pagamento di tutti i debiti (cfr. lettera 29 novembre), permette di pensare a una simile eventualità perché è stata annullata a seguito di reclamo, dall'Obergericht di Zugo, la dichiarazione di apertura del fallimento per avere AO 3 pagato il debito che l'aveva provocata (cfr. sentenza 10 agosto 2007 inc. n. JZ 2007/77 in re AO 3 / \_\_\_\_\_ N.V. e lettera 18 agosto 2007 dell'UF di Zugo ), fallimento che quindi non è mai stato operante.

6. Ma, oltre all'esistenza di un atteggiamento abusivo, per ottenere il provvedimento cautelare, occorre verificare, cumulativamente, se sia adempiuto il requisito del danno difficilmente riparabile. La risposta è negativa perché non è accertato e nemmeno, giustamente, preteso che l'istante, che ha controgarantito l'impegno a prima richiesta di AO 1, una volta privato di questo importo si ritrovi in una posizione economica difficile (il che non è nemmeno immaginabile) e che, inoltre, la situazione finanziaria del convenuto AO 2 possa rendere dubbia la restituzione in futuro della somma oggetto della garanzia (probabilità altrettanto remota).

7. L'appello, completamente infondato, va così respinto con l'addebito delle tasse di giudizio (calcolate su un valore di causa di fr. 350'000.-) e delle spese alla parte appellante che rifonderà a AO 2, unico convenuto che ha presentato osservazioni all'appello e senza farsi patrocinare, un'indennità ripetibili pari al probabile dispendio di tempo utilizzato per allestire le osservazioni. Per i quali motivi, vista la LTG dichiara e pronuncia

1. L'appello 21 giugno 2007 di AP 1 è respinto.
2. Le spese della procedura d'appello consistenti in:
 

a) taxa di giustizia	fr.
900.-	
b) spese	fr. 50.-
Totale	fr. 950.-

 già anticipati dall'appellante rimangono a suo carico con l'obbligo di rifondere a controparte fr. 500.- per ripetibili d'appello.
3. Intimazione: - RA 1, Lugano - AO 2, Lugano - AO 1, Lugano - AO 3, Zugo

Comunicazione alla Pretura di Lugano, sez. 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente Il segretario Rimedi giuridici

Contro la presente decisione è possibile presentare ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14 (art. 72 LTF), entro 30 giorni dalla notificazione, con la limitazione dell'art. 98 LTF.

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