

# TI\_GERICHTE 12.2011.214 vom 7. Oktober 2014

TI Tribunale d'appello, 2014-10-07, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2011.214](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2011.214)

FR: TI\_GERICHTE 12.2011.214 du 7 octobre 2014

IT: TI\_GERICHTE 12.2011.214 del 7 ottobre 2014

## Regeste

Mandato - restituzione - cose determinate solo nella loro specie - diritto di ritenzione - pena convenzionale

## Erwägungen

### E. 1

Nell'estate del 2009 AO 1, società attiva nel settore del commercio online di tabacchi lavorati e sigarette, ha sottoscritto con la società di servizi AP 1, tre diversi contratti: un "mandato di prestazione logistica" (doc. A), avente per oggetto la fruizione di servizi logistici a livello internazionale ed in particolare lo svolgimento dei processi di spedizione e logistica di tabacchi lavorati e sigarette (presa d'ordine, imballaggio, etichettatura, documenti necessari e spedizione); un contratto di locazione (doc. E inc. EF.2010.360 rich.), portante su un locale adibito a deposito di tabacchi lavorati e sigarette nel Punto Franco di \_\_\_\_\_; e un ulteriore "mandato" (doc. B) concernente prestazioni di servizi amministrativi atti ad agevolare e supportare l'attività di e-commerce (comprendenti in particolare la facoltà di poter far beneficiare il cliente di un servizio incassi con carte di credito). Al termine dei rapporti commerciali tra le parti sono sorte delle divergenze d'interpretazione sui contratti, che hanno indotto la mandataria a trattenere presso i suoi depositi a \_\_\_\_\_, sulla base di un diritto di ritenzione, lo stock di merce della mandante (composto da stecche di sigarette e di sigari di varie marche).

### E. 2

Con petizione 28 dicembre 2010 AO 1 - che nelle more della procedura d'appello è stata dichiarata fallita ed alla quale è poi subentrato in qualità di cessionario ex art. 260 LEF \_\_\_\_\_ (cfr. ordinanza 5 maggio 2014) - ha convenuto in giudizio innanzi alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio sud AP 1, chiedendo che a quest'ultima fosse fatto ordine di restituirle entro 5 giorni dall'esecutività della sentenza la merce ancora stoccata a \_\_\_\_\_, da lei individuata in quella di cui all'elenco doc. L, riservandosi espressamente il diritto di chiedere in separata sede il risarcimento dei danni derivanti dal deperimento della merce. Preso atto della risposta con cui la convenuta aveva postulato il parziale accoglimento della petizione nel senso che la controparte fosse autorizzata a ritirare, previo pagamento dei relativi costi di trasporto (e di deposito a far tempo dal mese di aprile 2010) oltre che delle ripetibili fissate nelle precedenti sedi giudiziarie in complessivi fr. 6'000.-, la sola merce di cui all'elenco doc. 6, quella cioè a suo dire ancora presente a \_\_\_\_\_ dopo le vendite da lei messe in atto esercitando il suo diritto di ritenzione, l'attrice, in replica, ha provveduto ad estendere le sue domande nel senso che si è pure riservata il diritto di chiedere in separata sede il risarcimento del valore della merce a suo parere così indebitamente alienata / incamerata dalla controparte.

### **E. 3**

Con la sentenza 27 ottobre 2011 qui oggetto di impugnativa il Pretore ha accolto la petizione nel senso che ha fatto ordine alla convenuta di restituire la merce di cui all'elenco doc. L entro 5 giorni dall'esecutività della sentenza. Il giudice di prime cure ha in sostanza rilevato che le condizioni per poter ritenere dato il diritto di ritenzione vantato dalla convenuta non erano riunite, per cui essa era di principio tenuta alla restituzione ex art. 400 cpv. 1 CO di quanto detenuto in forza dei rapporti di mandato a suo tempo vigenti con l'attrice. Quanto all'effettiva mercanzia da restituire, egli ha dapprima osservato che la convenuta non aveva contestato di aver ricevuto la merce riportata nella lista di cui al doc. L ma aveva tuttavia rilevato che frattanto parte della stessa sarebbe stata venduta per cui sarebbe rimasto soltanto quanto riprodotto nella lista di cui al doc. 6; ed ha poi aggiunto che il fatto che nel frattempo la convenuta avesse venduto, nonostante non ne avesse avuto il diritto, parte della merce conferitagli dall'attrice era del tutto irrilevante per l'esito della lite, la circostanza che la convenuta non fosse attualmente più in grado di dar seguito all'obbligo di restituzione di quanto ricevuto a suo tempo essendo una questione che esulava dalla presente causa, che, se del caso, avrebbe dato titolo all'attrice per agire a seguito di tale inadempienza contrattuale in separata sede.

### **E. 4**

Con l'appello 28 novembre 2011, che qui ci occupa, la convenuta chiede di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione solo parzialmente e meglio di dichiarare irricevibile la domanda volta a farle ordine di restituire la merce di cui all'elenco doc. L e di invece autorizzare l'attrice a ritirare la merce di cui all'elenco doc. 6 previo pagamento dei relativi costi di trasporto e di deposito a far tempo dal mese di aprile 2010 oltre che delle ripetibili fissate nelle precedenti sedi giudiziarie in complessivi fr. 6'000.-. Essa ritiene che la domanda dell'attrice volta alla restituzione della merce di cui al doc. L fosse inammissibile, sia per la malafede processuale dell'attrice stessa, la quale già prima dell'avvio della causa era a conoscenza della perdita dell'oggetto litigioso, sia per l'assenza di un interesse degno di protezione da parte di costei, atteso che l'oggetto della lite non era esistente sin dall'inizio rispettivamente più non lo era al momento dell'emanazione della sentenza, dal che pure l'inattuabilità e con ciò l'impraticabilità di quella richiesta; e conclude che in tali circostanze il giudice avrebbe invece dovuto avallare la domanda di giudizio da lei formulata con la risposta. In via abbondanziale osserva che un'eventuale pretesa risarcitoria dell'attrice, alla quale quest'ultima avrebbe giustamente dovuto essere rinviata se il Pretore non fosse incorso nella surriferita errata applicazione del diritto, non meriterebbe in ogni caso alcuna tutela nel merito, siccome il diritto di ritenzione da lei fatto valere era perfettamente valido.

### **E. 5**

Con risposta all'appello 31 gennaio 2012 l'attrice chiede in via principale di respingere il gravame e in via subordinata auspica che la controparte venga altresì condannata al pagamento di US\$ 305'160.- (e in via ancor più subordinata del suo controvalore pari a fr. 279'670.-) a titolo d'indennità per l'avvenuta vendita di parte della merce di cui al doc. L.

### **E. 6**

Degli allegati spontanei delle parti (replica 23 febbraio 2012 della convenuta e duplice 2 marzo 2012 dell'attrice; sull'ammissibilità dell'allestimento di allegati spontanei, cfr. DTF 133 I 98 consid. 2.1, 137 I 195 consid. 2.3.1; decreto TF 4 giugno 2009 4A\_123/2009; TF 4

aprile 2012 4A\_334/2011 consid. 3.3; II CCA 10 dicembre 2010 inc. n. 12.2010.79, 2 dicembre 2011 inc. n. 12.2010.121, 30 gennaio 2012 inc. n. 12.2011.86, 24 settembre 2012 inc. n. 12.2012.113, 16 ottobre 2012 inc. n. 12.2010.199, 15 marzo 2013 in. n. 12.2012.219, 28 giugno 2013 inc. n. 12.2012.209, 13 agosto 2013 inc. n. 12.2011.187) si dirà, se e per quanto necessario, nei prossimi considerandi.

#### **E. 7**

Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il nuovo codice di diritto processuale civile svizzero (CPC; RS 272). Ritenuto che la procedura innanzi al Pretore è stata avviata prima di quella data, la stessa, fino alla sua conclusione, resta disciplinata dal diritto cantonale previgente (art. 404 cpv. 1 CPC) e meglio dal codice di procedura civile ticinese (CPC/TI; RL 3.3.2.1). Non così invece la procedura ricorsuale in rassegna, che, avendo preso avvio a seguito di una decisione pretorile comunicata dopo quella data, è retta dalle nuove disposizioni federali (art. 405 cpv. 1 CPC).

#### **E. 8**

A questo stadio della lite è innanzitutto litigiosa la questione a sapere se parte della mercanzia contenuta nella lista di cui al doc. L sia stata effettivamente venduta o incamerata dalla convenuta, così che quest'ultima sia attualmente in possesso solo della merce riportata nell'elenco di cui al doc. 6. Mentre il Pretore non ha in definitiva ritenuto di dover chiarire la circostanza, che per l'attrice non sarebbe stata dimostrata, in questa sede la convenuta la considera senz'altro assodata, sia per il fatto che non sarebbe stata contestata dalla controparte, sia per il fatto che sarebbe stata provata (doc. 8 e 9). A ragione. Nonostante i documenti da lei menzionati non siano idonei a dimostrare quel fatto (nel primo caso trattandosi di una semplice diffida di pagamento con comminatoria dell'esercizio del diritto di ritenzione poi oltretutto superata da una successiva missiva in cui si confermava che la merce sarebbe rimasta in deposito fino a che la situazione non si sarebbe sbloccata [doc. R], e nel secondo caso trattandosi unicamente di uno scritto volto a farsi indicare le coordinate per la restituzione di parte della merce "in difetto di che la stessa verrà lasciata al suo destino"), la circostanza deve in effetti essere considerata assodata, in assenza della sua puntuale contestazione da parte della controparte negli allegati preliminari. Appreso dalla convenuta che parte della merce era stata da lei venduta (risposta p. 6), l'attrice non ha in effetti contestato in replica la circostanza ma si è limitata a prenderne atto aggiungendo che la vendita rispettivamente l'incameramento della merce da parte della convenuta non sarebbe stata legittima (p. 6). Ritenuto che la prova è di principio limitata ai fatti contestati (art. 184 cpv. 2 CPC/TI), nel caso concreto la convenuta non era pertanto tenuta a dover provare l'avvenuta vendita di parte della merce.

#### **E. 9**

Appurato con ciò che la convenuta è tutt'ora in possesso solo della merce di cui al doc. 6 (che come detto costituisce unicamente una parte di quella ben più consistente di cui al doc. L), non si capisce come essa possa pretendere in questa sede, oltretutto per la prima volta, che la domanda dall'attrice volta alla restituzione della merce di cui al doc. L fosse inammissibile per il fatto che l'oggetto litigioso sarebbe interamente venuto meno. È in effetti evidente che ad essere inammissibile per quel motivo - e ciò beninteso non tanto per la malafede processuale dell'attrice, che non può essere riconosciuta, siccome nulla (tanto meno i doc. 8 e 9 di cui si è detto) permette di ritenere che essa fosse a conoscenza della vendita o dell'incameramento di parte di quella merce già prima dell'avvio della causa,

quanto semmai per l'assenza di un interesse degno di protezione da parte sua, qualora la merce così alienata o incamerata non fosse più esistente al momento dell'emanazione della sentenza - potrebbe al più essere solo una parte di quella domanda, e meglio quella relativa alla merce contenuta nel doc. L non più risultante nel doc. 6, ritenuto che la domanda è in ogni caso perfettamente ammissibile per quanto riguarda la merce, ancora presente, di cui al doc. 6. Ma, contrariamente a quanto preteso dalla convenuta, la petizione è in realtà ricevibile anche per la rimanente merce di cui all'elenco doc. L non più presente nella lista di cui al doc. 6. Ritenuto che nel caso di specie la merce in stock era costituita da stecche di sigarette e di sigari di varie marche, ossia da cose determinate solo nella loro specie (art. 71 CO; Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 9<sup>a</sup> ed., Vol. I, n. 98), l'obbligo di restituzione ex art. 400 cpv. 1 CO si estende in effetti non alla stessa merce consegnata, concretamente non più esistente, ma a merce dello stesso genere (Fellmann, Berner Kommentar, n. 143 ad art. 400 CO; Weber, Basler Kommentar, 4<sup>a</sup> ed., n. 11 ad art. 400 CO), che è invece sempre disponibile e reperibile sul mercato. La stessa convenuta ha del resto ammesso che la merce ora non più esistente era comunque perfettamente vendibile e non era ancora giunta a deperimento, tanto da essere stata per l'appunto da lei venduta per salvaguardarne il valore (cfr. risposta p. 6).

#### **E. 10**

Ritenuto che per il resto la convenuta non censura in alcun modo il giudizio pretorile che la condannava alla restituzione della merce, lo stesso è da considerarsi assodato. Già per questa sola ragione è di per sé escluso che si possa dar seguito alla sua domanda volta invece ad autorizzare l'attrice a ritirare la merce previo pagamento dei relativi costi di trasporto e di deposito nonché delle ripetibili a suo favore risultanti da altri procedimenti per complessivi fr. 6'000.-. Oltretutto, a parte il fatto che la richiesta in questione non avrebbe comunque potuto essere ammessa siccome costitutiva di una domanda riconvenzionale inoltrata irritualmente senza essere stata formalizzata come tale (essendo incontestabile che la domanda di autorizzare l'attrice a fare qualcosa non costituisce un minus rispetto alla domanda di quest'ultima di condannare la convenuta a fare qualcos'altro), si osserva in ogni caso che neppure sarebbe stato possibile subordinare la consegna della merce al pagamento dei crediti qui indicati dalla convenuta, quest'ultima, in violazione del suo obbligo di motivazione (art. 311 cpv. 1 CPC), non avendo spiegato in questa sede per quali motivi di fatto e di diritto non si potesse condividere il diverso assunto del Pretore, secondo cui, stante l'assenza di alcun valido diritto di ritenzione, quei crediti, oltretutto in parte né quantificati né comprovati e conseguenti alla sua inadempienza (segnatamente quelli relativi ai costi di trasporto e di deposito), potessero giustificare il trattenimento della merce da riconsegnare.

#### **E. 11**

Nel prosieguo del suo esposto la convenuta espone infine le ragioni per cui un'eventuale pretesa risarcitoria dell'attrice, volta al risarcimento del valore della merce a suo dire indebitamente alienata / incamerata dalla controparte, non meriterebbe in ogni caso alcuna tutela nel merito, e meglio siccome le condizioni per poter ritenere dato il diritto di ritenzione erano senz'altro riunite. Il tema è in realtà irrilevante per l'esito della lite, in quanto l'attrice negli allegati preliminari non aveva chiesto alcun risarcimento a questo titolo, per altro non riconosciuto nemmeno dal Pretore, ed anzi si era riservata espressamente il diritto di chiedere in separata sede il risarcimento del danno che avrebbe in tal modo subito. Il fatto che con la risposta all'appello essa chieda ora in via subordinata che

la controparte venga altresì condannata al pagamento di US\$ 305'160.- (e in via ancor più subordinata del suo controvalore di fr. 279'670.-) a titolo d'indennità per l'avvenuta vendita di parte della merce non modifica la situazione, quella sua richiesta, irricevibile già per considerazioni di buona fede processuale e meglio per il fatto di essere in contraddizione con quanto da lei stessa richiesto nella sede pretorile, dovendo pure essere dichiarata irricevibile siccome costitutiva di una mutazione dell'azione (cfr. Frei/Willisegger, Basler Kommentar, n. 15 ad art. 227 CPC), concretamente inammissibile in appello, siccome non fondata su fatti e nuovi mezzi di prova (art. 317 cpv. 2 lett. b CPC), ma invece su fatti e prove già conosciuti nella sede pretorile.

## **E. 12**

Ad ogni buon conto, l'assunto pretorile secondo cui nella fattispecie le condizioni per l'esistenza di un valido diritto di ritenzione non erano riunite resiste alle censure d'appello.

### **E. 12.1**

In questa sede la convenuta ritiene che il diritto di ritenzione sarebbe stato valido siccome essa poteva innanzitutto vantare nei confronti dell'attrice due crediti di complessivi fr. 240'000.-, corrispondenti alle pene convenzionali di fr. 120'000.- cadauna concordate per il caso di disdetta anticipata dei due contratti di mandato (cfr. doc. B pt. 2). La tesi è infondata. Il Pretore, a prescindere da altre sue argomentazioni puntualmente censurate nel gravame e su cui non è necessario pronunciarsi, ha in effetti ritenuto che le pene convenzionali di cui si prevaleva la convenuta erano nulle in virtù dell'art. 404 CO, essendo state previste per qualsiasi disdetta - salvo il caso di disdetta per motivo grave giustificata - e non invece solo per il caso di una disdetta in tempo inopportuno, e che comunque, se non fosse stato così, la convenuta non aveva spiegato le ragioni per cui la disdetta sarebbe avvenuta in tempo inopportuno rispettivamente non aveva provato l'intempestività della stessa ed in particolare di aver subito un danno che andava oltre la mera perdita di guadagno; senonché tale assunto, per altro conforme alla giurisprudenza (DTF 110 II 380 consid. 3a, 109 II 462 consid. 4b e d; TF 13 febbraio 2014 4A\_284/2013 consid. 3.6.1), è stato censurato nel gravame solo in modo parziale, ritenuto che la convenuta si è limitata a sostenere, in modo confuso e generico, che la disdetta era avvenuta senza una sua colpa e con ciò in tempo inopportuno, che la sua inopportunità era già stata da lei debitamente motivata (senza però indicare dove e quando l'avrebbe fatto, non bastando l'eventuale rinvio a quanto addotto in altre, imprecisate, sedi), che la pena convenzionale sanciva "un'equa rifusione per l'abilitazione operativa elargita" alla controparte e ancora che il Pretore non aveva considerato che la stessa teneva pure conto dei costi d'investimento a suo carico (invero non meglio precisati e comunque qui adottati - irrivalentemente - per la prima volta). La mancata censura di parte della motivazione adottata dal Pretore e la mancata dimostrazione dell'erroneità della rimanente parte di motivazione che pure era stata censurata implica, su questo punto, l'irricevibilità del gravame (art. 311 cpv. 1 CPC).

### **E. 12.2**

Per la convenuta, il diritto di ritenzione sarebbe infine stato valido anche per il fatto che essa poteva far valere nei confronti dell'attrice alcuni crediti per fatture pendenti (cfr. doc. 23 inc. EF.2010.369 rich.) rispettivamente dei crediti derivanti dal contratto di locazione. La censura dev'essere disattesa. Nel querelato giudizio il Pretore ha in effetti ritenuto, con tutta una serie di argomentazioni d'ordine e di merito, che la convenuta non poteva prevalersi di eventuali crediti nei confronti della controparte in relazione alla mercede

asseritamente dovutale per il mese di aprile 2010, non avendo tra l'altro spiegato negli allegati preliminari a quali prestazioni gli onorari reclamati farebbero riferimento, come sarebbero stati calcolati e con quali fatture sarebbero stati richiesti, non avendo nemmeno versato agli atti le fatture di cui pretendeva il pagamento ed essendosi anzi limitata a fare riferimento ad importi scoperti per fr. 7'905.20 e US\$ 10'633.89 senza produrre alcun riscontro oggettivo, fermo restando poi che, a fronte dell'onere allegatorio e probatorio che le incombeva, non spettava certo al giudice cercare tra gli atti di causa se le fatture in esame potessero eventualmente essere comprese tra quelle versate nel doc. BB dell'inc. EF.2010.369 rich., tanto più che in ogni caso, nonostante le contestazioni della controparte, la convenuta non aveva dimostrato la debenza di tali importi. Limitandosi in questa sede (appello p. 14) ad affermare che "il giudice di prime cure ha pure misconosciuto che" l'attrice "é debitrice nei confronti dell'appellante anche in punto alle fatture pendenti di cui al doc. 23 inc. EF.2010.360" ( recte : doc. BB inc. EF.2010.360) "derivanti da sue incontestabili prestazioni contrattuali", la convenuta non si è confrontata con tutte le complesse e variegate motivazioni del giudizio pretorile, dal che l'irricevibilità della censura, sul tema, per carenza di motivazione (art. 311 cpv. 1 CPC). L'altra tesi secondo cui "il Pretore ha inoltre dimenticato che all'atto dell'interruzione dei mandati, risultava ancora in vigore il contratto di locazione, per cui" l'attrice "era certamente debitrice nei confronti dell'appellante" (appello p. 15) è invece irricevibile per il fatto di essere stata sollevata per la prima volta solo in questa sede (art. 317 cpv. 1 CPC) ed è comunque infondata anche nel merito, la convenuta non avendo da una parte censurato in duplice (p. 4) l'assunto di replica dell'attrice secondo cui il canone era stato regolarmente pagato (p. 3) ed anzi avendo pacificamente ammesso quella circostanza, oltre che nella risposta di causa (p. 3), anche nella procedura giudiziaria inc. EF.2010.360 (opposizione al sequestro p. 3, 6 e 10), le cui risultanze sono state qui richiamate, tanto più che il contratto, disdetto già dopo il primo anno (doc. D inc. EF.2010.336 rich.), prevedeva il pagamento del canone in rate anticipate, poi tempestivamente corrisposto (cfr. doc. E inc. EF.2010.360 rich. con allegati).

### **E. 13**

Ne discende che l'appello della convenuta deve essere respinto nella misura in cui è ricevibile. Le spese processuali e le ripetibili della procedura d'appello, calcolate sulla base di un valore litigioso superiore a fr. 200'000.- (ritenuto che l'attrice aveva a suo tempo preteso che la merce di cui al doc. L aveva un valore di oltre fr. 400'000.- [cfr. petizione p. 1 e 3; cfr. doc. L e plico doc. N2], di per sé neppure contestato dalla convenuta, la quale invece si è ora limitata ad obiettare che la merce di cui al doc. 6 avesse un valore di poche migliaia di franchi [cfr. appello p. 15]), seguono la soccombenza (art. 106 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 106 CPC e la LTG decide: I. L'appello 28 novembre 2011 di AP 1 è respinto nella misura in cui è ricevibile. II. Gli oneri processuali di fr. 4'000.- sono a carico dell'appellante, che rifonderà alla controparte fr. 4'000.- per ripetibili. § Ad avvenuta crescita in giudicato della presente decisione, la cauzione processuale di fr. 4'000.- prestata dall'appellante a seguito della decisione

### **E. 18**

gennaio 2012 di questa Camera sarà liberata a favore della controparte. III. Notificazione: -  
- Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio sud Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente Il vicecancelliere  
Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario con un valore litigioso superiore a fr. 30'000.- è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30

giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 74 cpv. 1 e 100 cpv. 1 LTF).

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