

## **TI\_GERICHTE 12.2012.38 vom 18. Juni 2012**

TI Tribunale d'appello, 2012-06-18, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2012.38](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2012.38)

FR: TI\_GERICHTE 12.2012.38 du 18 juin 2012

IT: TI\_GERICHTE 12.2012.38 del 18 giugno 2012

### **Regeste**

Blocco cautelare di garanzia bancaria

### **Erwägungen**

#### **E. 18**

giugno 2012 /fb In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Epiney-Colombo, presidente, Bozzini e Fiscalini vicecancelliere: Bettelini sedente per statuire nella causa - inc. n. CA.2011.12 della Pretura del Distretto di Bellinzona - promossa con istanza cautelare

#### **E. 20**

settembre 2011 da AP 1 AP 2 tutti rappr. da RA 1 contro AO 1 AO 2 tutti rappr. da RA 2 con cui le istanti hanno chiesto di ordinare alla Banca \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, di disporre l'immediato blocco del pagamento della garanzia di restituzione d'acconto n. \_\_\_\_\_ emessa il 9 dicembre 2010 in loro nome e per loro conto per un importo massimo di fr. 432'500.- a favore del consorzio formato dalle convenute, fino a definitiva cognizione dell'azione di merito; domanda avversata dalle convenute che hanno postulato la reiezione dell'istanza, e che il Pretore con decisione 9 febbraio 2012 ha respinto; appellanti le istanti con atto di appello 20 febbraio 2012, con cui chiedono la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere l'istanza cautelare, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi; mentre le convenute con osservazioni 12 marzo 2012 postulano la reiezione del gravame pure con protesta di spese e ripetibili; letti ed esaminati gli atti ed i documenti prodotti ritenuto in fatto e in diritto: 1. Con contratto 10 novembre 2010 (doc. A) il consorzio formato dalla società \_\_\_\_\_ AO 1 e dalla società \_\_\_\_\_ AO 2, che si era aggiudicato la commessa pubblica per la costruzione del \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, ha subappaltato per un importo di fr. 8'650'000.- al consorzio formato dalle società \_\_\_\_\_ AP 1 e AP 2 la fornitura delle relative opere da metalcostruttore. Nelle condizioni speciali del contratto è stato tra l'altro previsto che il subcommittente avrebbe versato al subappaltatore un acconto pari al 5% della somma subappaltata (fr. 432'500.-), poi pagato, e che questi gli avrebbe fornito una garanzia bancaria a garanzia della restituzione dello stesso. 2. Il 9 dicembre 2010, su richiesta del consorzio formato da AP 1 e AP 2, la Banca \_\_\_\_\_, richiamato il contratto di subappalto e gli accordi in esso menzionati, ha emesso a favore del consorzio formato da AO 1 e AO 2 la garanzia di restituzione d'acconto n. \_\_\_\_\_ (doc. B), impegnandosi " in modo irrevocabile, a pagarvi immediatamente a vostra prima richiesta, indipendentemente dalla validità e dagli effetti giuridici del contratto in questione e rinunciando altresì a far valere eccezioni o obiezioni risultanti dal medesimo, qualsiasi importo fino a concorrenza della somma di fr. 432'500.- ... previa vostra richiesta scritta attestante che la ditta Consorzio AP 1 - AP 2 \_\_\_\_\_ (fornitore) non ha ottemperato ai suoi obblighi contrattuali di fornitura ". In

quello scritto è stato altresì precisato che “... per ragioni d’identificazione, la vostra richiesta scritta di pagamento deve pervenirci tramite primaria banca, la quale certifichi che le firme ivi apposte impegnano giuridicamente la vostra ditta. ... La nostra garanzia è valida fino al: 30.11.2012 e si estinguerà automaticamente e totalmente, se la vostra richiesta scritta di pagamento ... non sarà in nostro possesso al nostro indirizzo summenzionato entro tale data ... L’importo della presente garanzia verrà automaticamente ridotto proporzionalmente al valore di ogni consegna, a ricezione da parte nostra di copia della fattura commerciale e del relativo documento di trasporto, che siamo autorizzati ad accettare come prova conclusiva che tale consegna è stata effettuata ”. 3. Il 2 settembre 2011 (doc. E) il consorzio formato da AO 1 e AO 2 ha significato al consorzio formato da AP 1 e AP 2 la rescissione del contratto di subappalto con effetto immediato e senza indennità, rimproverandogli in sostanza di non aver portato a termine entro il termine impartito i lavori ripetutamente sollecitati, l’ultima volta con la diffida 17 agosto 2011 (doc. D). Con lettera 15 settembre 2011 (doc. C) esso, dopo aver rilevato che “ a seguito delle gravi inadempienze contrattuali del Consorzio AP 1 / AP 2, ci siamo visti costretti a rescindere il suddetto contratto con effetto immediato e senza indennità ... ” ha pertanto chiesto alla Banca \_\_\_\_\_ “ l’immediata restituzione dell’intero importo da noi versato al Consorzio AP 1 / AP 2 a titolo di acconto pari a fr. 432'500.- ”. Richiesto dalla banca il 9 settembre 2011 (doc. Q) di esprimersi sulla richiesta di escussione della garanzia, che altrimenti sarebbe stata ossequiata il 21 settembre 2011, il 16 settembre 2011 (doc. P) il consorzio formato da AP 1 e AP 2 le ha intimato di non dar seguito alla richiesta di pagamento, da lui ritenuta un abuso di diritto. 4. Con istanza 20 settembre 2011, avversata dalle rispettive controparti, AP 1 e AP 2 hanno convenuto innanzi alla Pretura del Distretto di Bellinzona AO 1 e AO 2 chiedendo in via supercautelare e cautelare che fosse ordinato alla Banca \_\_\_\_\_ di disporre l’immediato blocco del pagamento della garanzia di restituzione d’acconto n. \_\_\_\_\_, il tutto fino a definitiva cognizione dell’azione di merito. Evocati l’urgenza della domanda ed il pericolo di pregiudizio irreparabile che sarebbe potuto derivar loro dalla mancata adozione del provvedimento, esse, a sostegno del verosimile buon fondamento dell’azione di merito, hanno evidenziato come la garanzia in questione costituisse un impegno accessorio e come in ogni caso la sua escussione costituisse un manifesto abuso di diritto, non potendosi imputare loro una qualsiasi violazione contrattuale, tanto più che nemmeno erano state adempiute le condizioni formali per la sua escussione, le convenute non avendo addotto e dimostrato la violazione di loro “ obblighi contrattuali di fornitura ” rispettivamente chiesto il pagamento tramite una primaria banca e non esistendo nemmeno una ragione sociale AP 1 / AP 2. 5. Il Pretore, con la decisione 9 febbraio 2012 qui impugnata, ha respinto l’istanza cautelare, revocando così il blocco della garanzia decretato in via supercautelare il 20 settembre 2011. Il giudice di prime cure ha dapprima stabilito, sulla base di un’interpretazione oggettiva fondata sul principio dell’affidamento, che la garanzia di restituzione d’acconto litigiosa appariva una garanzia indipendente o a prima richiesta. Ciò posto, egli ha quindi ritenuto che le istanti non avevano reso sufficientemente verosimile che nelle particolari circostanze l’escussione della garanzia potesse essere costitutiva dell’abuso di diritto, ovvero che la responsabilità della loro inadempienza fosse imputabile alle convenute: dalle risultanze istruttorie appariva in effetti verosimile che le istanti non avevano presentato e eseguito tutto ciò che era stato loro imposto dal contratto, ma non risultava con sufficiente coerenza se ciò era stato causato da un eccessivo formalismo nell’organizzazione del cantiere o dalle diversificazioni apportate dalle istanti nei progetti da loro redatti o da altre ragioni. Quanto

infine al presunto mancato rispetto da parte delle convenute delle condizioni formali per l'escussione della garanzia, il giudice ha escluso che le istanti potessero prevalersene, solo la banca dovendo esaminare se quelle condizioni erano adempiute, ciò che essa aveva per altro ritenuto essere il caso, avendo inteso dar seguito alla richiesta di pagamento a suo tempo formulata al suo indirizzo (doc. Q). 6. Con l'appello 20 febbraio 2012 che qui ci occupa le istanti chiedono di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere l'istanza cautelare. Esse, in estrema sintesi, ripropongono la tesi secondo cui la garanzia di restituzione d'acconto in questione era di carattere accessorio. E, nel caso in cui la stessa dovesse tuttavia costituire una garanzia a prima richiesta, ribadiscono che le condizioni formali per la sua escussione non erano state adempiute e che l'escussione da parte delle convenute era comunque abusiva. 7. Delle osservazioni 12 marzo 2012 con cui le convenute postulano la reiezione del gravame si dirà, se e per quanto necessario, nei prossimi considerandi. 8. Giusta l'art. 261 cpv. 1 CPC il giudice ordina i necessari provvedimenti cautelari quando l'istante rende verosimile che un suo diritto è lesa o minacciato di esserlo (lett. a) e la lesione è tale da arrecargli un pregiudizio difficilmente riparabile (lett. b). La dottrina ne ha dedotto che l'adozione di un provvedimento cautelare è subordinata all'esistenza dei seguenti presupposti: la parvenza di buon fondamento della richiesta di tutela giurisdizionale di merito, l'esistenza di una lesione o di una minaccia di lesione del diritto dell'istante, il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile, l'urgenza e la proporzionalità ( Trezzini , Commentario CPC, p. 1161 segg.; II CCA 20 febbraio 2012 inc. n. 12.2011.221). 9. Nel caso di specie i presupposti dell'esistenza di una lesione o di una minaccia di lesione del diritto delle istanti, il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile, l'urgenza e la proporzionalità - neppure oggetto di esame nel giudizio impugnato - non pongono particolari problemi: è in effetti incontestabile che la richiesta delle convenute di escussione della garanzia di restituzione dell'acconto di fr. 432'500.-, se non bloccata con una proporzionata domanda cautelare, senz'altro urgente siccome quella richiesta di pagamento era nel frattempo già stata inviata alla banca (doc. C) che da parte sua aveva già preannunciato una sua positiva evasione per il 21 settembre 2011 (doc. Q), sarebbe senz'altro tale, già per l'importanza della somma in gioco, da creare un danno difficilmente riparabile alle istanti, il cui conto presso la banca verrebbe in tal modo addebitato, con una perdita temporanea di disposizione sulla somma in questione ( De Gottrau , Garantie bancaire II, in: FJS 1349 p. 23 seg.; Cocchi/Trezzini , CPC-TI, m. 74 ad art. 376; DTF 105 Ia 318 consid. 2a con rif.; TF 8 aprile 2002 4P.5/2002 consid. 1a, 21 giugno 2005 4P.44/2005 consid. 1.2; NRCP 2004 p. 544). Ciò posto, resta in definitiva da esaminare se sia dato anche il requisito della parvenza di buon fondamento della richiesta di tutela giurisdizionale di merito. 10. La tesi delle istanti secondo cui la garanzia di cui al doc. B non costituirebbe verosimilmente una garanzia bancaria a prima richiesta, ma un impegno accessorio, va innanzitutto disattesa. Pacifico che l'istruttoria non abbia permesso di stabilire quale fosse la reale e concorde volontà delle parti al momento della sottoscrizione dell'accordo di cui al doc. A o del doc. B (contrariamente all'assunto delle convenute, il tenore della clausola § IV 4 del contratto non riferendosi alla garanzia litigiosa), è a ragione che il Pretore ha ritenuto che l'interpretazione in base al principio dell'affidamento, che così s'imponesse, faceva decisamente propendere per l'esistenza di una garanzia indipendente: indizi in tal senso sono innanzitutto il fatto che la stessa sia stata emessa, oltretutto irrevocabilmente, da una banca (DTF 113 II 434 consid. 2c, 117 III 76 consid. 6b, 131 III 511 consid. 4.3; II CCA 30 maggio 1997 inc. n. 12.97.24; NRCP 2004 p. 252, 2006 p. 194; RtiD I-2004 N. 33c; Pestalozzi , Basler Kommentar, 4<sup>a</sup> ed., n. 26 ad art. 111 CO; Rapp ,

Garanties à première demande et autres garanties bancaires, in: Iynedjian , Sûretés et garanties bancaires, p. 267 e 272; Zobl , Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Wiegand , Personalsichereiten, p. 35), la menzione del fatto che il pagamento sarebbe avvenuto a prima richiesta (DTF 117 III 76 consid. 6b, 131 III 511 consid. 4.3; II CCA

## **E. 25**

agosto 1992 inc. n. 96/92, 30 maggio 1997 inc. n. 12.97.24; NRCP 2004 p. 252 e 255, 2006 p. 194; RtiD I-2004 N. 33c; Rep . citato; Kleiner , op. cit., n. 5.35-37; Pestalozzi , op. cit., n. 30 ad art. 111 CO; Rapp , op. cit., ibidem; Guggenheim , op. cit., p. 352; Dohm , op. cit., p. 60 n. 79; Zobl , op. cit., p. 34), il fatto che alla richiesta di escussione doveva essere allegata una dichiarazione di conferma di adempimento delle condizioni per il pagamento ( Kleiner , op. cit., n. 5.26-29; Dohm , op. cit., p. 61 n. 83; NRCP 2006 p. 194) e soprattutto il fatto che la garanzia era stata fornita nell'ambito di un contratto a carattere internazionale (DTF 113 II 434 consid. 2c, 117 III 76 consid. 6b, 131 III 511 consid. 4.3; Pestalozzi , op. cit., n. 26 ad art. 111 CO; Rapp , op. cit., p. 267 e 272; Dohm , op. cit., p. 63 n. 89; Zobl , op. cit., ibidem; NRCP 2006 p. 194). Il fatto che nell'accordo si facesse riferimento al contratto di subappalto (doc. A), specificandone le condizioni essenziali, non 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; Rapp , op. cit., p. 266; DTF 117 III 76 consid. 6b, 122 III 321 consid. 4a; NRCP 2006 p. 194; RtiD I-2004 N. 33c; 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 (II CCA 21 dicembre 1993 inc. n. 2507, 30 maggio 1997 inc. n. 12.97.24; NRCP 2004 p. 251 e 254, 2006 p. 194; RtiD I-2004 N. 33c). Se a questo si aggiunge la circostanza, di per sé comunque non decisiva, che nel contratto di subappalto rispettivamente nell'impegno rilasciato dalla banca la garanzia qui in esame era stata denominata "garanzia bancaria" e "garanzia di restituzione d'acconto", ben si può ritenere verosimile che essa costituisse proprio una garanzia indipendente, poco importando il fatto che la stessa non riporti un importo fisso ma solo un importo massimo ( Kleiner , op. cit., n. 5.18; per Zobl , op. cit., p. 38, in ambito internazionale la fissazione di un importo massimo della garanzia è per altro usuale; cfr. pure NRCP 2006 p. 194). 11. Le istanti obiettano in seguito che le condizioni formali per l'escussione della garanzia non sarebbero state verosimilmente adempiute, le convenute non avendo addotto e dimostrato la violazione di loro " obblighi contrattuali di fornitura " o ancora chiesto il pagamento tramite una primaria banca. 11.1 Nella garanzia a prima richiesta il solo requisito per la prestazione da parte del garante consiste nella domanda di pagamento del beneficiario, che deve essere presentata nel termine di validità della garanzia, al luogo pattuito dal contratto e nella forma richiesta ( Lombardini , Droit bancaire suisse, n. 66 p. 308; Spaini , Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, p. 111). Il garante deve in tal caso verificare che le condizioni formali stabilite dalla garanzia siano adempiute ( Lombardini , op. cit., n. 68 seg. p. 308 seg.; DTF 122 III 273 consid. 3a/aa; TF 21 giugno 2005 4P.44/2005 consid. 4.2.1, 26 giugno 2007 4C.12/2007 consid. 3.1, 15 agosto 2007 4A\_171/2007 consid. 4.1). In base al principio della formalità documentale (cosiddetta "Dokumentenstrenge") il garante verifica i documenti prodotti dal profilo della loro conformità formale ma non della loro conformità materiale ( Dohm , op. cit., n. 204 p. 103). Tale principio si applica con lo stesso rigore non solo nell'ambito del credito documentario ma anche in quello delle garanzie a prima richiesta (DTF 122 III 273 consid. 3 a/aa; RVJ 2003 p. 292; RtiD I-2007 N. 39c). 11.2 Nel caso di specie il fatto che nella domanda di escussione (doc. C) le

convenute abbiano fatto riferimento a “gravi inadempienze contrattuali” delle istanti quando invece secondo il tenore della garanzia (doc. B) la sua escussione era possibile solo in presenza di una dichiarazione attestante la violazione dei loro “ obblighi contrattuali di fornitura ” non significa che le condizioni formali per il pagamento siano state disattese, la dottrina avendo già avuto modo di stabilire che le dichiarazioni del beneficiario - fatto salvo il caso in cui sia richiesta proprio una ben determinata formulazione - devono corrispondere solo nel loro senso alle esigenze imposte dalla garanzia ( Kleiner , op. cit., n. 21.28; Lombardini , op. cit., n. 73 p. 310): in concreto, atteso che nella garanzia le istanti erano state indicate con il termine generale “ fornitore ”, appare più che verosimile che per violazione dei loro “ obblighi contrattuali di fornitura ” si doveva semplicemente intendere la violazione dei loro obblighi contrattuali. 11.3 Le istanti hanno invece ragione ad evidenziare come le convenute abbiano verosimilmente disatteso le condizioni formali d’escussione della garanzia nella misura in cui non avevano a suo tempo chiesto il pagamento tramite una primaria banca nonostante nella garanzia fosse stato previsto che “ per ragioni d’identificazione, la vostra richiesta scritta di pagamento deve pervenirci tramite primaria banca, la quale certifichi che le firme ivi apposte impegnano giuridicamente la vostra ditta” (doc. B) . La dottrina e la giurisprudenza hanno in effetti già avuto modo di stabilire che una clausola del genere concretizza per l’appunto un’esigenza di forma che dev’essere ossequiata ( Kleiner , op. cit., n. 21.55; Dohm , op. cit., p. 46 n. 44 e p. 98 n. 191; Lombardini , op. cit., n. 70 p. 309; Spaini , op. cit., p. 91 seg., 111, 113 e 135) e che il mancato ossequio della stessa è tale da giustificare il blocco cautelare della garanzia bancaria a prima richiesta, stante il verosimile buon fondamento della richiesta di tutela giurisdizionale di merito (così in: RtiD I-2007 N. 39c; cfr. pure in generale Kleiner , op. cit., n. 22.11 con rif. a n. 21.36 ). 12. Alla luce di quanto precede, non sarebbe pertanto nemmeno necessario esaminare se - come pure preteso nel gravame - l’escussione della garanzia da parte delle convenute fosse eventualmente costitutiva dell’abuso di diritto, ciò che per altro non sarebbe stato verosimilmente il caso. L’abuso di diritto è in effetti generalmente ammesso solo se vi è la prova che la prestazione garantita - in concreto la restituzione dell’acconto - era già stata adempiuta (totalmente o in una misura senza proporzione rispetto al limite della garanzia) o se il beneficiario l’aveva ammesso oppure ancora se quest’ultimo, con il suo comportamento, l’aveva comprovatamente impedita, ritenuto che nelle altre ipotesi non si può di regola ravvisare alcun abuso di diritto ( Kleiner , op. cit., n. 21.48-50; TF 21 giugno 2005 4P.44/2005 consid. 4.2.1; NRCP 2006 p. 194). Nel caso di specie ciò non è avvenuto, le istanti essendosi limitate ad affermare di non essere state inadempienti, e meglio di non essere responsabili dei ritardi accumulatisi, ciò che a loro dire avrebbe comportato la nullità della disdetta notificata nei loro confronti. Si tratta in realtà di obiezioni di natura contrattuale che sono profondamente radicate nel rapporto di base tra le istanti e le convenute, dal quale la garanzia litigiosa fa invece astrazione. La sede per dibatterle, vista anche la loro complessità, è pertanto quella di merito, essendo in ogni caso chiaro che la situazione evocata è lungi dal comprovare l’esistenza di un abuso di diritto manifesto da parte delle convenute. 13. Ne discende, in accoglimento dell’istanza e dell’appello, che dev’essere ordinato il blocco in via cautelare della garanzia bancaria (doc. B), fermo restando che alle istanti deve nel contempo essere assegnato un termine per promuovere l’azione di merito a convalida del provvedimento (art. 263 CPC). La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili di entrambe le sedi, calcolate sulla base di un valore litigioso di fr. 432'500.-, seguono la rispettiva soccombenza delle parti (art. 106 CPC). Per i quali motivi, richiamati l’art. 106 CPC e la LTG decide:

I. L'appello 20 febbraio 2012 di AP 1 e AP 2 è accolto . Di conseguenza la decisione 9 febbraio 2012 della Pretura del Distretto di Bellinzona è così riformata:

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