

Tribunale di Lecce – Sezione Distaccata di Tricase. Estensore Gabriele Positano.

### **Contratto autonomo di garanzia e fideiussione a prima richiesta – Sequestro Giudiziario - Esclusione.**

*La richiesta di sequestro giudiziario del documento contenente una fideiussione a prima richiesta stipulata tra il ricorrente ed un istituto di credito (terzo) non può trovare accoglienza poiché il contratto autonomo di garanzia è caratterizzato dall'assenza di una controversia accessoria necessaria per il vincolo di strumentalità tra la misura cautelare reale richiesta ed il giudizio di merito. (Nel caso di specie, l'obbligazione della banca garante è del tutto autonoma rispetto all'obbligo principale di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita e non necessariamente sovrapponibile ad essa. L'assenza di accessoria sarebbe svilita dall'ammissibilità di una misura cautelare tesa a paralizzare proprio quel risultato che costituisce la ratio dell'istituto) (negli stessi termini, Ord. Trib Lecce, Sezione Distaccata di Tricase, Antonazzo-Solera del 7 marzo 2012; Ord. Trib Prato 30 maggio 2011, RG 8/11, inedite).*

### **Clausole Vessatorie – Sottoscrizione separata – Elenco di tutte le clausole e dell'oggetto- Nullità.**

*Non è idonea ad integrare il requisito della specifica approvazione per iscritto, prevista dall'art. 1341 c.c., 2° comma, il richiamo contestuale di tutte le condizioni generali di contratto o di buona parte di esse, ivi comprese quelle che non hanno carattere vessatorio e la sottoscrizione di tutte le clausole, sebbene separatamente elencate secondo il numero d'ordine e con la indicazione dell'oggetto*

### **Art. 28 c.p.c. - Foro convenzionale nell'ambito di un giudizio cautelare - Compatibilità con l'art. 669 ter c.p.c.**

*Dopo l'introduzione del rito cautelare uniforme e della legge n. 80 del 2005 ed relativo principio della strumentalità attenuata, per la permanenza dell'efficacia del provvedimento*

*cautelare, l'art. 28 c.p.c. va interpretato nel senso che resta inderogabile il criterio di collegamento tra cautelare e il merito e gli ulteriori criteri speciali eventualmente fissati, con la conseguenza che le parti non possono derogare all'art. 669 ter c.p.c. prevedendo che la fase cautelare venga svolta in una sede diversa da quella competente per il merito.*

### **Azione di risoluzione - Competenza per territorio - Luogo di pagamento del prezzo - Esclusione - Azione azione di risoluzione di franchising - Luogo in cui l'affiliante deve eseguire le prestazioni in favore della ditta affiliata.**

*Nell'ipotesi di azione di risoluzione di un contratto, il luogo "in cui è sorta o deve eseguirsi" l'obbligazione, ai sensi dell'art. 20 c.p.c. è quella dedotta in giudizio e nel caso di azione di risoluzione ex art. 1453 c.c., è quella corrispondente alla prestazione che si assume essere mancata (o non esattamente compiuta). Nel caso di franchising, ove l'affiliato deduca l'inadempimento dell'affiliante, la competenza non si radica nel luogo di adempimento, inteso come luogo del pagamento del prezzo, ma occorre avere riguardo alla prestazione oggetto del contratto di franchising e cioè quell'insieme di attività che l'affiliante deve svolgere in favore dell'affiliato per consentirgli di espletare l'attività commerciale con le caratteristiche indicate nel contratto.*

Procedimento per sequestro giudiziario RG 362/12.

Omissis

Il giudice designato, sciogliendo la riserva che precede, osserva:  
l'eccezione preliminare di incompetenza per territorio ritualmente e compiutamente dedotta dalla difesa della società resistente è infondata.

Preliminarmente occorre rilevare che la clausola di deroga convenzionale ai fori generali previsti dal codice di rito costituisce certamente clausola vessatoria, assoggettata alla disciplina prevista dagli articoli 1341 e seguenti. La

modalità di inserimento di tale clausola all'interno del contratto di franchising è del tutto irrituale poiché l'approvazione specifica per iscritto della clausola vessatoria può considerarsi rispettata soltanto quando le singole clausole siano oggetto di un'approvazione separata, specifica e autonoma, distinta dalla sottoscrizione delle altre condizioni dell'accordo. La finalità è ovviamente quella di richiamare l'attenzione del contraente debole sul significato delle condizioni meno favorevoli. Secondo la Cassazione, non è idonea ad integrare il requisito della specifica approvazione per iscritto, prevista dall'art. 1341 c.c., 2° comma, l'approvazione della clausola di deroga convenzionale del foro contenuta nella sottoscrizione comprensiva di altre clausole, enumerate secondo l'ordine, contenenti condizioni generali di contratto, perché è necessario che invece essa sia specifica e separata, sì da richiamare l'attenzione del sottoscrittore su di essa, ancorché non sia necessaria la ripetizione del suo contenuto (Cassazione sentenza n. 5832 del 14-06-1999 e 2970/12). Al contrario il dato letterale presenta il richiamo contestuale di tutte le condizioni generali di contratto o di buona parte di esse, ivi comprese quelle che non hanno carattere vessatorio e la sottoscrizione di tutte le clausole, sebbene separatamente elencate secondo il numero d'ordine con la indicazione dell'oggetto, non consente di ritenere assolto l'obbligo previsto dal secondo comma dell'articolo 1341 del codice civile. Pertanto la deroga convenzionale alla competenza territoriale è inserita in una clausola nulla.

Neppure appare fondata la tesi, sostenuta dalla parte resistente, secondo cui troverebbe applicazione l'articolo 28 del codice di rito che consente una deroga alla competenza territoriale stabilita sull'accordo delle parti, tranne nei casi di procedimenti cautelari. Con l'introduzione del rito cautelare uniforme prima e della legge n. 80 del 2005 e relativo principio della strumentalità attenuata, per la permanenza dell'efficacia del provvedimento cautelare, l'esigenza del collegamento tra competenza territoriale del giudizio cautelare ante causam e giudizio di merito si è attenuata e conseguentemente l'applicabilità del foro convenzionale anche al procedimento cautelare ante causam, non costituisce elusione dell'art.28, visto che tale norma stabilisce l'inderogabilità dei criteri

di competenza fissati per il giudizio cautelare (Tribunale di Torre Annunziata, Dr. Pasquale Serrao d'Aquino, ordinanza del 9 dicembre 2009). L'art. 28 C.P.C. non è stato abrogato implicitamente dall'introduzione del procedimento cautelare uniforme, ma resta inderogabile il criterio di collegamento con il merito e gli ulteriori criteri speciali eventualmente fissati, con la conseguenza che le parti non possono derogare all'art. 669 ter c.p.c. prevedendo che la fase cautelare venga svolta in una sede diversa da quella competente per il merito.

Attesa la nullità della clausola di deroga e la non applicabilità dell'articolo 28 al caso di specie, il giudice competente per decidere nel merito ai sensi dell'articolo 669 ter c.p.c. è quello individuato all'articolo 20 del codice di rito e cioè, oltre a quello del luogo in cui è stato concluso il contratto (Firenze), anche quello del luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita. Il problema riguarda la nozione di "obbligazione da eseguire" nell'ipotesi in cui la parte, come nel caso di specie, abbia prospettato un'azione di risoluzione per inadempimento del contratto di franchising. Parte resistente ha sostenuto che l'obbligazione da eseguire è quella di pagamento, da effettuarsi presso il creditore ai sensi dell'articolo 1182 c.c. mentre parte ricorrente ha fatto riferimento all'obbligazione di consegna della merce presso il negozio della ricorrente nell'ambito del territorio del giudice adito. La citata decisione del 1999 della Cassazione evidenzia che l'obbligazione "dedotta in giudizio", che a norma dell'art. 20 c.p.c. radica la competenza del giudice del luogo "in cui è sorta o deve eseguirsi", è quella posta dall'attore a fondamento della sua domanda e quindi, nel caso di azione di risoluzione ex art. 1453 c.c., quella corrispondente alla prestazione che si assume essere mancata (o non esattamente compiuta: "In tema di competenza territoriale, per obbligazione dedotta in giudizio, ai sensi dell'art. 20 cod. proc. civ., deve intendersi, in caso di inadempimento, quella originaria rimasta inadempita": Cass. 14 ottobre 1993 n. 10169). Incongruamente, osserva la SC, pertanto, ai fini dell'individuazione del luogo di adempimento, la parte resistente ha fatto riferimento al pagamento del prezzo. Occorre invece avere riguardo alla prestazione oggetto del contratto di franchising e cioè quell'insieme di attività che la resistente deve svolgere in fa-

vore della ricorrente per consentirgli di espletare l'attività commerciale con le caratteristiche indicate nel contratto. Si tratta di comportamenti prestazioni che individuano come luogo di esecuzione la sede di Tricase. Esclusa pertanto Siena come foro convenzionale esclusivo e individuata Lecce come luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio, resta assorbita la questione circa l'ubicazione del "forum contractus".

Nel merito occorre evidenziare che, quantomeno questa fase di valutazione sommaria, non è possibile affermare che vi sarebbe stato un riconoscimento della posizione debitoria della ricorrente, contraddittorio rispetto alla posizione adottata dal medesimo ricorrente nella fase che ha proceduto l'instaurazione della ricorso cautelare. Infatti, dalla documentazione esibita emerge che lo studio Musarò che ha gestito il rientro della esposizione debitoria non è uno studio legale, ma è lo studio di un dottore commercialista che non è abilitato a costituire una ricognizione di debito.

Nel merito in aggiunta a quanto già espresso nel decreto inaudita altera parte occorre aggiungere che dalla documentazione esibita da parte ricorrente (articoli della stampa qualificata e non, scambio epistolare e documenti non contestati) emerge che la società resistente si trovava in grave difficoltà con una posizione debitoria esorbitante già nell'anno 2009 e non ha comunicato alla ricorrente l'esistenza di tali difficoltà che, verosimilmente, non le avrebbero consentito di adempiere alle proprie obbligazioni. Pertanto al momento della stipula del contratto di affiliazione, nel settembre 2010 il comportamento contrattuale della resistente era caratterizzato da grave inadempimento. Il ricorrente è stato posto in condizioni di conoscere la reale consistenza economica dell'affiliate solo dopo avere appreso della sentenza di fallimento. Oltre al profilo astratto relativo alla mancata comunicazione di circostanze rilevanti per la esecuzione del contratto, la condotta della resistente rileva in termini di inadempimento anche per l'invio con notevole ritardo della merce che è risultata anche differente rispetto a quella oggetto dell'ordine. Inoltre vi è riscontro documentale riguardo alla mancata comunicazione di uno dei dati menzionati espressamente nel contratto e cioè circostanza che l'affiliate non avrebbe alcuna causa legale o

arbitrato intentato nei suoi confronti o alcuna causa iniziato conclusosi negli ultimi tre anni riguardante la rete di distribuzione.

Nel merito, però, al richiesta non può trovare accoglimento in considerazione della doverosa qualificazione del contratto di fideiussione stipulato con la Banca Sella Sud Ardit Galati SpA. Si tratta di contratto di garanzia a prima richiesta come emerge dal contenuto della nota inviata all'istituto di credito, nella quale il ricorrente richiede alla banca di costituirsi fideiussore in favore della Sasch SpA, precisando che quest'ultima non è tenuta ad escutere il debitore o altro garante ai sensi dell'articolo 1957 c.c. e, soprattutto che la banca è tenuta a pagare immediatamente in favore della Sasch, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quanto dovuto per capitale, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio. Naturalmente nella premessa si specifica che tali oneri garantiti riguardano il puntuale pagamento delle forniture che tale società eseguirà per tutta la durata della rapporto in favore della ditta individuale Turco. Nel riepilogo delle condizioni si chiarisce che l'oggetto della fideiussione avrebbe potuto essere di due tipi: ho garanzia ad adempiere per obblighi accertati in modo irrevocabile, facendosi riferimento all'impegno fideiussoria determinato da decisione dell'autorità giudiziaria (decreto ingiuntivo esecutivo, definitivo, sentenza è altro) ovvero, come nel caso di specie, garanzia a prima richiesta, nella quale la banca, in sede di discussione, provvede a pagare senza eccezione alcuna ed entro breve termine, con rinuncia o porre qualsiasi tipo di opposizione. Le caratteristiche del negozio consentono di individuare in questa seconda categoria quella alla quale le parti hanno fatto riferimento. Sulla base di queste caratteristiche del negozio concluso con il terzo garante, deve affermarsi che la richiesta di sequestro giudiziario del documento contenente una fideiussione a prima richiesta stipulata tra il ricorrente ed un istituto di credito (terzo) non può trovare accoglimento poiché il contratto autonomo di garanzia è caratterizzato dall'assenza di una controversia accessoria necessaria per il vincolo di strumentalità tra la misura cautelare reale richiesta ed il giudizio di merito. Nel caso in esame, l'obbligazione della banca garante è del tutto autonoma rispetto all'obbligo principale di prestazione, essendo

qualitativamente diversa da quella garantita e non necessariamente sovrapponibile ad essa. L'assenza di accessorietà sarebbe svilita dall'ammissibilità di una misura cautelare tesa a paralizzare proprio quel risultato che costituisce la ratio dell'istituto (vedi, negli stessi termini, Ord. Trib Lecce, Sezione Distaccata di Tricase, Antonazzo-Solera del 7.3.12; Ord. Trib Prato 30.5.11 RG 8/11, inedite)

L'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., consente la conclusione di accordi aventi la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile, contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un "vicario" del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore.

Nel caso di specie, in adesione all'orientamento ormai dominante della giurisprudenza, l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cosiddetto "garantievertrag"), in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto

all'intero contenuto della convenzione negoziale.

Infatti, al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, non si applica la norma di cui all'art. 1957 c.c. sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, atteso che su detta norma si fonda l'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria, instaurando essa un collegamento tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale. Pertanto il difetto dell'accessorietà milita nel senso opposto rispetto alle pronunce citate (Tribunale Milano 13.7.1992 e 7.1.1993) che presuppongono proprio l'esistenza di una controversia accessoria che costituirebbe il presupposto per ritenere fondato il vincolo di strumentalità tra la misura cautelare reale richiesta ed il giudizio di merito. Nel caso in esame, invece, l'obbligazione del garante è del tutto autonoma rispetto all'obbligo principale di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita e non necessariamente sovrapponibile ad essa. L'assenza di accessorietà sarebbe svilita dall'ammissibilità di una misura cautelare tesa a paralizzare proprio quel risultato che costituisce la ratio dell'istituto. Inoltre le eccezioni di inadempimento sarebbero inopponibili all'istituto di credito che ha sottoscritto la polizza fideiussoria a prima richiesta con la resistente.

Spese compensate attesa la novità della questione (non vi sono precedenti editi in materia) e l'evidente sussistenza di un inadempimento da parte della resistente riguardo all'oggetto della propria prestazione.

PTM

Revoca il decreto emesso inaudita altera parte in data 21.8.12, rigetta il ricorso e compensa le spese.

Tricase, 25.10.2012

Il GD del Tribunale di Tricase  
dott. Gabriele Positano

\*