

TI_GERICHTE 12.2006.36 vom 17. März 2006

TI Tribunale d'appello, 2006-03-17, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2006.36_d20060317

FR: TI_GERICHTE 12.2006.36 du 17 mars 2006

IT: TI_GERICHTE 12.2006.36 del 17 marzo 2006

Regeste

cautelare ritirata - nuova identica cautelare - eccezione di res iudicata

Volltext

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 17.03.2006 12.2006.36

cautelare ritirata - nuova identica cautelare - eccezione di res iudicata

Incarto n. 12.2006.36 Lugano 17 marzo 2006/fb In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Cocchi, presidente, Epiney-Colombo e Walser segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa -inc. n. DI.2005.184 della Pretura della giurisdizione di Mendrisio nord- promossa con istanza 20 dicembre 2005 da AP 1 rappr. da RA 1 contro AO 1 rappr. da RA 2 chiedente, in via supercautelare e cautelare, che sia fatto divieto al convenuto, fino al 31 maggio 2006, di contattare, in qualunque forma, i clienti da lui seguiti presso di lei rispettivamente di indurre o tentare di indurre costoro, con qualunque modalità, a rompere la relazione bancaria con lei per instaurarla con istituti terzi, domanda accolta dal Pretore in via supercautelare il giorno stesso; ed ora sull'eccezione di res iudicata rispettivamente di inoltro abusivo dell'istanza sollevata dal convenuto con domanda processuale 21 dicembre 2005, che il Pretore con sentenza 23 gennaio 2006 ha accolto, dichiarando l'irricevibilità dell'istanza; appellante l'istante con atto di appello 31 gennaio 2006, cui è stato concesso l'effetto sospensivo, con cui chiede la riforma del querelato giudizio nel senso di respingere la domanda processuale e di confermare il decreto supercautelare, il tutto protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi; mentre il convenuto con osservazioni 13 marzo 2006, previa revoca dell'effetto sospensivo, postula 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 istanza 6 dicembre 2005 (doc. 1) AP 1 ha chiesto, in via supercautelare e cautelare, che fosse fatto divieto a AO 1, fino al 31 maggio 2006, di contattare, in qualunque forma, i clienti da lui seguiti presso di lei, di indurre o tentare di indurre costoro, con qualunque modalità, a rompere la relazione bancaria con lei per instaurarla con istituti terzi, nonché che gli fosse fatto ordine di comunicarle la lista dei clienti da lui contattati dopo la sua lettera di disdetta, indicando in dettaglio il contenuto dei singoli colloqui / incontri e di comunicarle tutti i numeri di telefono dei clienti da lui cancellati o modificati. L'istanza, accolta in via supercautelare l'indomani limitatamente alle prime due delle quattro richieste (doc. 2) e contestata dal convenuto nel corso dell'udienza di discussione del 15 dicembre 2005 (doc. 3), è stata ritirata dall'istante il 20 dicembre 2005 (doc. 4) e lo stesso giorno è stata stralciata dai ruoli (doc. 5). 2. Con nuova istanza 20 dicembre 2005 AP 1 ha chiesto, in via supercautelare e cautelare, che fosse fatto divieto a AO 1, fino al 31 maggio 2006, di contattare, in qualunque forma, i clienti da lui seguiti presso di lei, rispettivamente di indurre o tentare di indurre costoro, con qualunque modalità, a rompere la relazione

bancaria con lei per instaurarla con istituti terzi. Le domande sono state accolte in via supercautelare quello stesso giorno. 3. Il convenuto, con domanda processuale 21 dicembre 2005, ha chiesto di dichiarare inammissibile o in subordine di respingere la nuova istanza e con ciò di revocare il decreto supercautelare, rilevando che il ritiro della precedente istanza ostasse all'inoltro di una nuova identica procedura (eccezione di res iudicata) ed evidenziando come nel comportamento dell'istante, privo di qualsiasi apparente giustificazione, fosse in ogni caso ravvisabile un manifesto abuso di diritto, tanto più che quest'ultima, agendo in tal modo, aveva chiaramente dimostrato come le domande di causa non fossero nemmeno urgenti. 4. Il Pretore, dopo aver citato le parti all'udienza di discussione del 16 gennaio 2006, con la sentenza 23 gennaio 2006 qui oggetto di impugnativa, ha accolto la domanda processuale. Il giudice di prime cure ha in sostanza ritenuto che, nonostante fosse vero che ai decreti cautelari poteva in generale essere riconosciuta solo una parziale autorità di forza giudicata (cosiddetta materielle Rechtskraft), era però altrettanto vero che essi acquisivano piena autorità di forza giudicata per quei procedimenti nei quali il giudice disponeva del medesimo potere di cognizione (cosiddetti Verfahren derselben Erkenntnisstufe). Ora, ritenuto che in applicazione dell'art. 77 cpv. 2 CPC, applicabile anche alle procedure cautelari, il ritiro di un'azione dopo la sua notificazione alla controparte e senza il consenso di quest'ultima valeva come desistenza e che giusta l'art. 352 cpv. 1 CPC la desistenza poneva fine alla lite ed aveva forza di cosa giudicata, il giudice di prime cure ha concluso che a seguito del ritiro dell'istanza 6 dicembre 2005, dopo l'udienza di discussione, il decreto di stralcio 20 dicembre 2005 aveva senz'altro acquisito forza di cosa giudicata materiale, per cui, non avendo l'istante preteso la sussistenza di una mutazione di determinate circostanze rispetto alla prima istanza, la nuova azione non poteva essere vagliata nel merito, ostandovi l'eccezione di res iudicata. 5. Con l'appello 31 gennaio 2006 che qui ci occupa, al quale il presidente di questa Camera, con decreto 3 febbraio 2006, ha concesso l'effetto sospensivo richiesto, l'istante chiede di riformare il querelato giudizio nel senso di respingere la domanda processuale e di confermare il decreto supercautelare, contestando che il decreto di stralcio 20 dicembre 2005 sia cresciuto materialmente in giudicato. L'istante osserva innanzitutto che l'eccezione di cosa giudicata si riferiva alla forza di cosa giudicata materiale e dunque al merito della lite; ribadisce inoltre che le decisioni emanate in ambito di provvedimenti cautelari non crescevano in giudicato materiale; esclude infine che gli art. 77 e 352 CPC, in assenza di uno specifico rimando, potessero applicarsi ai procedimenti cautelari. 6. Delle osservazioni 13 marzo 2006 con cui il convenuto, previa revoca dell'effetto sospensivo, postula la reiezione del gravame, si dirà, se necessario, nei prossimi considerandi. 7. Il giudizio con cui il Pretore ha concluso per l'irricevibilità dell'istanza a seguito del buon fondamento dell'eccezione di res iudicata è -come vedremo- corretto e può essere confermato. 7.1 Con la prima censura d'appello l'istante sostiene, sulla base della dottrina e della giurisprudenza (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 7 ad art. 98 con rif. a Rep. 1996 n. 65), che l'eccezione di cosa giudicata di cui all'art. 98 CPC si riferisca alla forza di cosa giudicata materiale e dunque al merito della lite, concludendone implicitamente che quell'eccezione non si applicava nel caso in cui una precedente lite si fosse conclusa senza un giudizio di merito. Non è così. Pur dovendosi dar atto all'istante che la massima dottrinale è ambigua, almeno nella misura in cui indica che l'eccezione si riferisce al merito della lite, si osserva in effetti che il precedente giurisprudenziale da cui essa prendeva le mosse esprimeva in realtà un altro e diverso concetto, ovvero che il giudice non poteva successivamente rimettere in discussione, nella medesima causa, un precedente decreto

sulla sua competenza giurisdizionale ormai cresciuto formalmente in giudicato, precisando che ciò si giustificava non in virtù dell'eccezione di cosa giudicata (art. 98 CPC, res iudicata materiale), ma in virtù dell'ammissibilità di ogni singolo atto processuale (art. 97 n. 5 CPC, res iudicata formale).

7.2 L'istante ribadisce poi che le decisioni emanate in ambito di provvedimenti cautelari non possono crescere materialmente in giudicato, sicché nulla impedirebbe, in seguito, l'inoltro di una nuova procedura cautelare. In realtà il principio secondo cui un decreto cautelare non acquisisce -o comunque non acquisisce completamente- autorità di forza giudicata, di per sé corretto (Pelet, *Mesures provisionnelles: droit fédéral ou cantonal?*, p. 6 con rif.; Guldener, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. ed., p. 583; Berti, *Vorsorgliche Massnahmen im Zivilprozess*, in *RDS* 1997 II 229; per tante *CCA* 27 giugno 2005 inc. n. 11.2003.113, 9 dicembre 2004 inc. n. 11.2004.146), conosce un'eccezione proprio nel caso, come quello qui in esame, in cui la nuova istanza cautelare è identica a quella che in precedenza era già stata respinta (Berti, *op. cit.*, p. 230; *SJZ* 1968 p. 43 Nr. 15; cfr. pure Bühler/Edelmann/Killer, *Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung*, N. 2 ad § 307 ZPO e Staehelin/Sutter, *Zivilprozessrecht*, § 18 n. 9, i quali ritengono che il medesimo risultato si imponga se le condizioni non si sono modificate rispetto al primo giudizio: in tal senso, e contrario, l'art. 384 CPC e Cocchi/Trezzini, *op. cit.*, m. 1 ad art. 384). Nella fattispecie, essendo ormai pacifico, in assenza di censure a tal proposito nel gravame, che l'istante non abbia preteso la sussistenza di una mutazione di determinate circostanze rispetto alla prima istanza, tant'è che ha addirittura ammesso che la nuova domanda era di identico tenore di quella precedente (appello p. 4), resta da esaminare -ciò che verrà fatto, con chiara risposta affermativa, al prossimo considerando- se quest'altra istanza, stralciata dai ruoli per desistenza, sia stata evasa con un giudizio che possa essere assimilato ad una reiezione dell'istanza.

7.3 In questa sede l'istante non contesta il fatto, per altro ineccepibile (Vogel/Spühler, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 8. ed., § 39 n. 44 seg. e § 42 n. 70 seg.; *Rep.* 2000 p. 228; *ICCTF* 25 gennaio 2001 4C.207/2000), che in applicazione dell'art. 77 cpv. 2 CPC il ritiro di un'azione dopo la sua notificazione alla controparte e senza il consenso di quest'ultima valga come desistenza rispettivamente che giusta l'art. 352 cpv. 1 CPC la desistenza ponga fine alla lite ed abbia forza di cosa giudicata come un giudizio di reiezione nel merito. Essa si limita ad osservare che queste due disposizioni, in assenza di uno specifico rimando alle norme sulla procedura ordinaria negli art. 376 segg. CPC, non potrebbero applicarsi ai provvedimenti cautelari. A torto. L'art. 77 CPC è in effetti inserito nel titolo IV del libro I (sotto i titoli *norme generali per il procedimento* e *rispettivamente disposizioni generali*) ed è chiaramente applicabile a tutte le procedure. E lo stesso vale per l'art. 352 CPC, inserito nel titolo V del libro II (sotto i titoli *fine del processo senza sentenza* e *rispettivamente del processo di cognizione*) e non nel titolo I di quel medesimo libro (ove è disciplinata la *procedura ordinaria*), tanto più che se, per ipotesi, la norma non fosse direttamente applicabile, lo sarebbe comunque per analogia in virtù dell'art. 163 CPC. 8. Anche il diritto italiano prevede la medesima soluzione. La dottrina e la giurisprudenza hanno in effetti avuto modo di precisare che il cosiddetto *giudicato cautelare* non si forma se la riproposizione dell'istanza cautelare avente il medesimo *petitum* (dopo che una simile precedente domanda è stata respinta, e come tale valendo, per le argomentazioni di cui al consid. 7.3, anche il ritiro dell'istanza), avvenga sulla base di nuove deduzioni di fatto e di diritto (Carpi/Taruffo, *Commentario breve al Codice di procedura civile*, 4. ed., n. IV.2 ad art. 669 septies CPCIt.) e ancora che la regola del *ne bis in idem* opera pertanto solo per le istanze cautelari che vengono riproposte con *identico*

corredo probatorio e argomentativo (Carpi/Taruffo , op. cit., n. IV.6 ad art. 669 septies CPCIt.). Ed anche il diritto tedesco prevede un'analoga regolamentazione (Gottwald , Münchener Kommentar, N. 31 ad § 322 ZPO). 9. Ne discende, senza che occorra pronunciarsi sull'eccezione di abuso di diritto sollevata dal convenuto, la reiezione del gravame, ritenuto che l'emanazione del presente giudizio rende caduca la domanda di revoca dell'effetto sospensivo formulata dallo stesso nelle sue osservazioni all'appello. La
tassa di giustizia, le spese e le ripetibili della procedura di secondo grado seguono la
soccombenza (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 148 CPC e la TG
dichiara e pronuncia I. L'appello 31 gennaio 2006 di AP 1 è respinto. II. Le spese della
procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 450.- b)
spese fr. 50.- Totale
fr. 500.- da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico con l'obbligo di rifondere alla
parte appellata fr. 1000.- per ripetibili. III. Intimazione: - - Comunicazione alla Pretura
della giurisdizione di Mendrisio nord terzi implicati 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.