

## **TI\_GERICHTE 12.2011.216 vom 30. Juli 2012**

TI Tribunale d'appello, 2012-07-30, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2011.216](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2011.216)

FR: TI\_GERICHTE 12.2011.216 du 30 juillet 2012

IT: TI\_GERICHTE 12.2011.216 del 30 luglio 2012

### **Regeste**

Ricusa pretore - prevenzione

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 30.07.2012 12.2011.216

Ricusa pretore - prevenzione

Incarto n. 12.2011.216 Lugano 30 luglio 2012 /lw 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. OR.2011.97 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 promossa con petizione 7 settembre 2011 da CO 1 rappr. dall' RA 2 contro RE 1 rappr. dall' RA 1 chiedente la condanna della parte convenuta al pagamento di EUR 367'920.40 oltre interessi al 5% dal 14 gennaio 2004; e ora sulla domanda di ricusa presentata dalla convenuta il 15 settembre 2011 nei confronti del Pretore del Distretto di Lugano, sezione 1, avv. \_\_\_\_\_, avversata dall'attrice e nella quale il magistrato ricusato ha comunicato il 29 settembre 2011 di non ravvisare un motivo di ricusazione; domanda respinta dal Pretore viciniore con decisione 5 novembre 2011; reclamante la convenuta, che con atto 28 novembre 2011 chiede l'accoglimento della domanda di ricusa e l'assegnazione dell'incarto a un'altra Pretura del Distretto di Lugano, con protesta di spese e ripetibili; mentre l'attrice con osservazioni 10 gennaio 2012 propone la reiezione del reclamo, protestando tasse, spese e ripetibili; letti ed esaminati gli atti, ritenuto in fatto e in diritto: 1. Il 14 gennaio 2004 CO 1 ha convenuto in giudizio presso la Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, l'istituto bancario RE 1, chiedendone la condanna al versamento di almeno fr. 866'590.65 ed interessi al 5% dal 14 gennaio 2004, aumentati poi in sede di conclusioni a fr. 1'181'819.- oltre interessi al 5% dal 14 gennaio 2004, quale risarcimento del danno patito per l'inadempimento contrattuale della banca, in particolare per non aver sorvegliato e controllato l'operato del gestore esterno ing. R\_\_\_\_\_, con il quale l'attrice aveva stipulato un mandato di gestione, e per non averla informata direttamente o per mezzo del procuratore A\_\_\_\_\_, figlio dell'attrice, sulla situazione in deficit del conto aperto presso di essa. Dopo istruzione della causa (inc. OA.2004.30) con l'assunzione di tutte le prove richieste, in particolare di una perizia giudiziaria (doc. VIII), il Pretore del Distretto di Lugano, sezione 1, con sentenza 8 settembre 2008, ha parzialmente accolto la petizione condannando il convenuto a versare all'attrice fr. 495'476.- (pari a EUR 326'723,38) oltre interessi al 5% dal 14 gennaio 2004. Egli ha stabilito che la banca convenuta non poteva prevalersi dell'art. 33 cpv. 3 CO per liberarsi della sua responsabilità, visto che non poteva non accorgersi dell'operatività messa in atto dal gestore esterno con il patrimonio dell'attrice che era "assolutamente irrazionale e assurda" (cfr. sentenza pretorile, pag. 4) tanto da generare commissioni per EUR 482'000.-, e per la sua mancanza d'informazione

di tali anomale operazioni all'attrice, titolare della relazione bancaria, o al procuratore di lei.

2. Con atto d'appello 29 settembre 2008, la banca convenuta ha chiesto la riforma del giudizio pretorile nel senso di respingere integralmente la petizione. L'attrice invece, oltre la reiezione dell'appello, ha proposto con appello adesivo la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione per l'importo di fr. 557'951,30 oltre accessori. Questa Camera con sentenza 22 febbraio 2011 inc. n. 12.2008.201 ha accolto l'appello e ha respinto l'appello adesivo, poiché il petitum della petizione presentata dall'attrice violava l'art. 84 CO, la richiesta di pagamento essendo espressa in franchi svizzeri invece che nella valuta di riferimento del conto bancario che era l'EUR, come già più volte ribadito dalla giurisprudenza del Tribunale federale (DTF 137 III 158, 134 III 151). Infine ha ricordato all'attrice che, in tale caso, aveva comunque la possibilità di riproporre la sua petizione, formulando domande conformi alle esigenze di legge (DTF 137 III 158, consid. 5.2.2.2).

3. CO 1 ha presentato nei confronti della banca un'istanza di conciliazione il 2 maggio 2011 presso la Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, e fallito il tentativo di conciliazione, ha avviato con petizione 7 settembre 2011 la procedura giudiziaria, chiedendo la condanna della banca al pagamento di EUR 367'920,40 oltre interessi al 5% dal 14 gennaio 2004. Il 15 settembre 2011 la convenuta RE 1 ha introdotto domanda di ricusa nei confronti del Pretore del Distretto di Lugano, sezione 1, avv. \_\_\_\_\_. A suo dire, visto che la petizione dell'attrice "ricalca nell'esposizione dei fatti, del diritto e delle prove quella presentata nel 2004" (cfr. domanda di ricusa, pag. 3, punto 5), ed essendo stata nuovamente assegnata allo stesso Pretore, che ha statuito già una volta sulla medesima fattispecie, egli è ricusabile ex art. 47 cpv. 1 lett. b CPC. La parte convenuta conclude asserendo che: "Dato per acquisito che siamo di fronte a una nuova causa (e non a un rimando dovuto ad esempio a una cassazione), è palese che il Pretore ha già deciso sulla fattispecie e che, dato che i fatti sono identici, con quasi certezza condannerà nuovamente la convenuta sulla base di un ragionamento che non può essere condiviso, tanto che è stato appellato. Quindi, nello specifico, non si rimprovera al Pretore parzialità, ma semplicemente il fatto che egli si è già espresso sulla fattispecie" (cfr. domanda di ricusa, pag. 4, punto 6). Il Pretore, con scritto 29 settembre 2011, e l'attrice con osservazioni 23 settembre 2011 si sono opposti a tale domanda di ricusa.

4. Con decisione 5 novembre 2011 (inc. n. OR.2011.97, act. II) il Pretore del Distretto di Lugano, sezione 2, quale Pretore viciniore, ha respinto la domanda di ricusa, mettendo a carico della convenuta la tassa di giustizia di fr. 500.-, le spese di fr. 100.- e un'indennità per ripetibili di fr. 500.- in favore dell'attrice. Il Pretore viciniore ha dapprima stabilito che l'eccezione preliminare sollevata dalla parte attrice sulla tardività dell'istanza di ricusa non era fondata, poiché la parte convenuta poteva attendersi che la causa fosse assegnata al Pretore aggiunto, e solo con l'intimazione della petizione 7 settembre 2011 ha avuto la certezza che la causa sarebbe stata nuovamente trattata dal Pretore \_\_\_\_\_. In seguito ha applicato per analogia alla fattispecie l'art. 47 cpv. 2 CPC, che presenta un elenco non esaustivo di casi che non possono essere motivo di ricusazione. Concludendo ha rilevato che l'inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 47 cpv. 1 lett. b CPC invocato dalla convenuta è data già dal fatto che si tratterebbe di due cause diverse, come dimostrato dall'ammissibilità della nuova petizione nonostante la pregressa causa promossa nel 2004. Inoltre, in tale procedura, retta dal nuovo CPC, le parti hanno libertà di allegare altri o nuovi fatti e di proporre nuovi mezzi di prova e pertanto non vi è "medesima causa" come richiesto ex art. 47 cpv. 1 lett. b CPC per la sua applicazione.

5. Contro tale decisione la convenuta è insorta con reclamo 28 novembre 2011, chiedendo l'accoglimento dell'istanza di ricusa e l'assegnazione dell'incarto a un'altra Pretura, con

protesta di spese e ripetibili. In sintesi la convenuta ha riproposto l'argomentazione secondo la quale alla fattispecie si applica l'art. 47 cpv. 1 lett. b CPC, poiché ci si trova confrontati alla medesima "konkrete Streitsache" e non si vede come il Pretore potrebbe modificare la propria opinione, espressa nella precedente sentenza 8 settembre 2008, anche se teoricamente è possibile l'amministrazione di nuove prove. Il magistrato di cui si chiede la ricusa, prosegue la reclamante, ha seguito tutta la causa precedente e per "quattro anni ha letto gli allegati, sentito i testi, letto le conclusioni di causa e ha emesso una decisione". Il Pretore si è quindi già espresso nella medesima fattispecie e sulla medesima questione, di modo che il risultato del processo è "oggettivamente molto più favorevole per l'attrice che per la banca" (cfr. reclamo, pag. 7, punto 5). 6. Nella sua risposta del 10 gennaio 2012, l'attrice ha avversato il reclamo della controparte, non avendo quest'ultima provato la parzialità del Pretore e poiché non sarebbero date le condizioni dell'art. 47 cpv. 1 lett. b CPC nella fattispecie. 7. È pacifico che alla vertenza si applica il Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (CPC; RS 272), sia in prima sede sia in sede di reclamo. Secondo l'art. 50 cpv. 2 CPC la decisione sulla domanda di ricasazione di una "persona che opera in seno a un'autorità giudiziaria" ai sensi dell'art. 47 e segg. CPC è impugnabile mediante reclamo. Giusta l'art. 48 lett. b cifra 1 e 2 LOG l'autorità competente a occuparsi del reclamo contro la decisione sulla domanda di ricusa in materia di diritto delle obbligazioni è la seconda Camera civile del Tribunale d'appello. 8. Giusta l'art. 47 cpv. 1 lett. b CPC, chi opera in seno a un'autorità giudiziaria si ricusa se ha partecipato alla medesima causa in altra veste, segnatamente come membro di un'autorità, patrocinatore di una parte, perito, testimone o mediatore. L'art. 47 cpv. 2 CPC indica a titolo non esaustivo, alcuni casi tipici nei quali la partecipazione a una fase anteriore del medesimo procedimento non è in sé un motivo di ricasazione (cfr. Messaggio del Consiglio federale al CPC del 28 giugno 2006, pag. 6643, ad art. 45). Tale obbligo codificato è analogo al diritto di ogni persona espresso all'art. 30 cpv. 1 Cost. e all'art. 6 n. 1 CEDU a che la sua causa sia giudicata da un tribunale indipendente e imparziale. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la ricasazione del giudice deve essere ammessa quando la situazione o il suo comportamento suscitano dei dubbi sulla sua imparzialità (DTF 115 Ia 172, consid. 3, pag. 175; 138 I 1, consid. 2.2, pag. 3; sentenza del Tribunale federale 1P.371/2005 del 6 settembre 2005, consid. 4). Essa ha lo scopo di evitare che circostanze esterne alla causa possano influenzare la decisione a favore o a sfavore di una parte (DTF 136 I 210 consid. 3.1 con rinvii). Per sua natura la ricasazione rimane tuttavia un provvedimento eccezionale, prospettabile solo per motivi gravi e oggettivi. Essa non presuppone un'effettiva prevenzione del giudice, dato che una disposizione d'animo non può essere dimostrata; bastano circostanze idonee a suscitare apparenza di parzialità. Tuttavia, solo le circostanze oggettivamente constatate devono essere prese in conto, le impressioni puramente soggettive della parte che richiede la ricusa non sono in sé decisive (DTF 138 I 1, consid. 2.2, pag. 3-4 e referenze citate; 136 I 210 consid. 3.1 con rinvii; Weber in Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Helbing Lichtenhahn, Basilea 2010, pag. 271-272, n. 3). Secondo l'art. 47 cpv. 1 lett. f CPC, chi opera in seno a un'autorità giudiziaria si ricusa se, per altri motivi, segnatamente a causa di amicizia o inimicizia con una parte o il suo rappresentante, potrebbe avere una prevenzione nella causa. Secondo giurisprudenza e dottrina uno dei motivi della clausola generale dell'art. 47 cpv. 1 lett. f CPC risulta quando la trattazione della causa è già stata risolta precedentemente di modo che il suo esito non appare più come oggettivamente aperto per tutte le parti al processo ( Diggelmann in Brunner/

Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Dike, Zurigo/San Gallo, 2011 pag. 273, 280, punti 23 risp. 46 ad art. 47 cpv. 1 lett. f CPC; Weber in op. cit., pag. 278 e seg. ad art. 47 cpv. 1 lett. f CPC; Wullschleger in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich, 2010, pag. 329 e seg. ad art. 47 cpv. 1 lett. f CPC; Häner in Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, Bundesgesetz, 2a ed., Helbing Lichtenhahn, Basilea 2011, pag. 414 e seg. ad art. 34 cpv. 1 lett. e LTF).

8.1 Costituiscono delle circostanze oggettive sia il comportamento personale del giudice durante il procedimento, sia considerazioni di carattere funzionale o organico (DTF 115 Ia 172, consid. 3, pag. 175; Weber, op. cit., pag. 272, n. 3). In particolare un giudice ha un'apparenza di prevenzione e può di conseguenza essere ricusato se ha già statuito in una causa tra le medesime parti, assumendo su determinati temi posizioni suscettibili di metterne oggettivamente in dubbio l'equanimità (DTF 134 IV 294 consid. 6.2.1 con riferimenti). Bisogna quindi verificare che il risultato della causa non sia predeterminato, nonostante la partecipazione di un giudice ad una decisione precedente, e che al contrario resti indecisa in relazione alla constatazione dei fatti e alla soluzione dei quesiti giuridici da risolvere. In particolare bisogna esaminare le funzioni procedurali che il giudice è stato chiamato ad esercitare durante il suo intervento anteriore, prendere in considerazione i quesiti successivi da decidere durante ogni stadio della procedura e mettere in evidenza la loro eventuale analogia o la loro interdipendenza, nonché l'estensione del potere decisionale del giudice nei loro confronti (DTF 116 Ia 135, consid. 3b, pag. 139; DTF 114 Ia 50, consid. 3d, pag. 57 e 59; DTF 131 I 113, consid. 3.4, pag. 116-117; sentenza del Tribunale federale 1P.371/2005 del 6 settembre 2005, consid. 4 e 4.1; sentenza del Tribunale federale 1P.509/2005 del 30 settembre 2005; sentenza del Tribunale federale 2C\_755/2008 del 7 gennaio 2009, consid. 3.2).

8.2 In altre parole, bisogna garantire che la causa rimanga aperta per tutte le parti alla procedura (DTF 126 I 68, consid. 3 c, pag. 73; sentenza del Tribunale federale 2C\_755/2008 del 7 gennaio 2009, consid. 3.2; Wullschleger in op. cit. pag. 319, punto 3; Weber, op.cit., pag. 272, punto 3). Tale verifica deve essere fatta in ogni caso concreto (DTF 131 I 113, consid. 3.4, pag. 117). In generale, per il Tribunale federale, non vi è caso di ricusazione soltanto perché il giudice ha preso parte ad una decisione precedente (sentenza del Tribunale federale 2C\_755/2008 del 7 gennaio 2009, consid. 3.2), per esempio in caso di annullamento della decisione da parte della seconda istanza e rinvio all'autorità di prime cure (sentenza del Tribunale federale 1P.371/2005, consid. 4.2; Wullschleger in op. cit., pag. 338, punto 66; Diggelmann in op. cit., pag. 282, punto 55; Weber in op. cit., pag. 282, punto 55), in caso di revisione o miglioramento materiale della decisione (Wullschleger in op.cit., pag. 338, punto 67 e referenze; Diggelmann in op. cit., pag. 282, punto 56; Weber in op. cit., pag. 282, punto 55 e referenze citate) o a delle decisioni precedenti prese anche a sfavore di una parte quali il rigetto dell'opposizione (sentenza del Tribunale federale 1P.509/2005 del 30 settembre 2005), l'assistenza giudiziaria (sentenza del Tribunale federale 2C\_755/2008 del 7 gennaio 2009, consid. 3.2), o gli altri motivi citati all'art. 47 cpv. 2 CPC.

8.3 La parte non deve provare direttamente che un giudice è prevenuto, ma deve apportare indizi esteriori che provino l'apparenza di prevenzione del giudice e il pericolo che egli si pronunci in modo parziale (Weber in op. cit., pag. 272, punto 5). La ricusazione di un giudice deve in ogni caso rimanere l'eccezione, poiché con questo istituto si sottrae la causa al giudice territorialmente competente (DTF 112 Ia 290, consid. 3, pag. 293; Weber in op. cit., pag. 272, punto 6; Wullschleger in op. cit., pag. 319, punto 3).

9. La reclamante sostiene che la fattispecie e le conclusioni presentate con la petizione 7 settembre 2011 nell'inc. n.

OR.2011.97 sono identiche a quelle presentate con petizione 14 gennaio 2004 nell'inc. n. OA.2004.30 e sono inoltre ispirate alle conclusioni di diritto della sentenza emanata l'8 settembre 2008 dal magistrato di cui chiede la ricusa, sicché si sarebbe in presenza di un caso di applicazione dell'art. 47 cpv. 1 lett. b CPC. L'argomentazione non può essere condivisa. La norma invocata dalla reclamante, infatti, prevede che il giudice abbia partecipato alla stessa causa in altra veste (sentenza del Tribunale federale 2C\_755/2008 del 7 gennaio 2009, consid. 3.1.2; Cocchi in Cocchi/Trezzini/Bernasconi, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, Lugano 2011, pag. 77, nota 106), ciò che non è pacificamente il caso in concreto. Il Pretore, infatti, ha la medesima funzione giudiziaria in entrambe le procedure giudiziarie tra l'attrice e la convenuta. Si tratta quindi di stabilire se la reclamante ha addotto altri motivi per i quali il Pretore potrebbe avere una prevenzione nella nuova causa. 10. La ricusante afferma che le due cause promosse dall'attrice sono identiche, tanto che la seconda petizione 7 settembre 2011 riprende le conclusioni di diritto esposte dal Pretore di cui chiede la ricusa nella sentenza dell'8 settembre 2008. La causa avviata nel 2004 è stata respinta in sede di appello per il motivo che l'attrice aveva chiesto la condanna della convenuta al pagamento in franchi svizzeri invece che in EUR, in ossequio alla più recente giurisprudenza del Tribunale federale (DTF 137 III 158, 134 III 151). L'attrice ha riproposto le sue pretese di risarcimento nei confronti della banca con la nuova petizione del 7 settembre 2011, formulando conclusioni in EUR. Il confronto tra le due petizioni del 14 gennaio 2004 (inc. OA.2004.30) e 7 settembre 2011 (OR.2011.97) permette di constatare che esse poggiano sul medesimo complesso di fatti e sulla medesima causa petendi (responsabilità della banca) e che in entrambi i casi si tratta di una domanda condannatoria, dove è solo diverso l'oggetto delle conclusioni, vale a dire una somma in CHF (OA.2004.30) e una somma in EUR (OR.2011.97). La differenza del petitum (domanda di prestazione in CHF o in EUR) esclude l'eccezione di cosa giudicata e la reiezione della petizione 14 gennaio 2004, passata in giudicato, non impedisce la presentazione della nuova domanda in una diversa valuta. La procedura avviata nel 2011 si trova allo stadio del primo allegato scritto, non è ancora stata presentata la risposta e vi è ancora da eseguire l'istruttoria. Il Pretore che se ne occuperà non è vincolato da una decisione di rinvio dell'autorità di seconda istanza. Non si può neppure escludere, allo stadio attuale della procedura, che la convenuta presenti un'argomentazione diversa da quella esposta nella precedente causa o che il materiale probatorio sia diverso da quello dell'incarto OA.2004.30. È pur vero che parte dell'istruttoria proverrà da tale incarto (cfr. doc. GG, HH, CC, DD, richiesta di informazione alla Pretura indicata come prova, petizione 7 settembre 2011 pag. 7), ma nulla impedisce alle parti di proporre prove diverse e di presentare argomentazioni diverse da quelle esposte nella procedura avviata nel 2004. Il Pretore dovrà quindi decidere, alla fine della nuova procedura, sulla base di un fascicolo processuale che potrà essere uguale o anche essere diverso, seppur simile, da quello giudicato l'8 settembre 2008, sia per le allegazioni delle parti, sia per il materiale istruttorio acquisito agli atti. La sentenza che ha posto fine all'incarto OA.2004.30 è frutto dell'apprezzamento approfondito dell'incarto e dei mezzi probatori acquisiti in quella procedura e non vi sono elementi concreti, né la reclamante li indica, sulla base dei quali si possa ritenere che il Pretore di cui è chiesta la ricusazione sarà parziale nei confronti dell'una o dell'altra parte nella nuova procedura OR.2011.97. 11. In simili circostanze non vi sono motivi oggettivi che possano far sorgere dubbi sull'imparzialità del Pretore PI 1 nella trattazione della nuova procedura. L'istanza di ricusazione 28 novembre 2011 va pertanto respinta e la decisione 5 novembre 2011 del Pretore viciniore va confermata. Le

spese giudiziarie sono poste a carico della parte soccombente (art. 106 cpv. 1 CPC), con attribuzione di ripetibili all'attrice, ritenuto che il valore litigioso è di fr. 441'500.- circa. Per i quali motivi, richiamati per le spese gli art. 106 segg. CPC, la LTG e il Regolamento sulle ripetibili, decide 1. Il reclamo 28 novembre 2011 di RE 1 è respinto. 2. Le spese processuali della procedura di reclamo in complessivi fr. 1'000.-, già anticipate dalla reclamante, restano a suo carico, con l'obbligo di rifondere ad CO 1 fr. 1'600.- per ripetibili. 3.

Notificazione: - - - avv. dott. PI 1, Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1

Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2 e sezione 1 (con l'incarto).

Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La

presidente

Il vicecancelliere Rimedi giuridici Contro la

presente sentenza è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14,

entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione con i limiti dell'art. 93

LTF. Nelle cause a carattere pecuniario il ricorso è ammissibile se il valore litigioso

ammonta a fr. 15'000.- nelle vertenze in materia di diritto del lavoro e di locazione e a fr.

30'000.- negli altri casi. Per valori inferiori il ricorso è ammissibile se la controversia

concerne una questione di diritto di importanza fondamentale o se una legge federale

prescrive un'istanza cantonale unica (art. 74 cpv. 2 LTF). Qualora non sia dato il ricorso in

materia civile è possibile proporre negli stessi termini ricorso sussidiario in materia

costituzionale (art. 113, 117 LTF). La parte che intende impugnare una decisione sia con

un ricorso ordinario sia con un ricorso in materia costituzionale deve presentare entrambi i

ricorsi con una sola e medesima istanza (art. 119 LTF).

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