

## **TI\_GERICHTE 12.2014.14 vom 22. September 2014**

TI Tribunale d'appello, 2014-09-22, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2014.14](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2014.14)

FR: TI\_GERICHTE 12.2014.14 du 22 septembre 2014

IT: TI\_GERICHTE 12.2014.14 del 22 settembre 2014

### **Regeste**

Ricusa - eccezione di regiudicata

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 22.09.2014 12.2014.14

Ricusa - eccezione di regiudicata

Incarto n. 12.2014.14 Lugano 22 settembre 2014 /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. OR.2013.155 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 3, promossa con petizione 20 agosto 2013 da AO 1 rappr. dall' RA 2 contro AP 1 rappr. dall' RA 1 chiedente la condanna del convenuto al pagamento di USD 150'500.- oltre interessi al 5% dal 13 febbraio 2006; e ora sull'eccezione di cosa giudicata presentata dal convenuto negli allegati introduttivi e che il Pretore ha deciso in occasione dell'udienza del 4 dicembre 2013 di esaminare preliminarmente, prima di procedere all'istruttoria di merito; eccezione respinta dal Pretore con decisione 17 dicembre 2013; appellante il convenuto che con atto di appello 28 gennaio 2014 lamenta la violazione del diritto di essere sentito, censura la mancata ricasazione del primo giudice e chiede l'accoglimento dell'eccezione e di conseguenza di respingere la petizione, con protesta di spese e ripetibili; mentre l'attrice con risposta 14 marzo 2014 propone la reiezione gravame, protestando tasse, spese e ripetibili; letti ed esaminati gli atti, ritenuto in fatto e in diritto: 1. Dal 15 luglio 1998 AP 1 è entrato alle dipendenze di AO 1, società attiva nel commercio internazionale di materie prime con sede a \_\_\_\_\_ (doc. B, inc. richiamato OA.2006.246) . Dopo alcuni anni di attività quale assistente commerciale, da gennaio 2004 AP 1 ha assunto nuove mansioni, con corrispondente adeguamento salariale e stipulazione di un nuovo contratto con formale accordo di non concorrenza e relativa pena convenzionale, riservato il risarcimento del danno (doc. B, inc. richiamato OA.2006.246). Cessato il suddetto rapporto contrattuale il 31 luglio 2005 a seguito di scioglimento consensuale (doc. E, inc. richiamato OA.2006.246), dal mese di settembre successivo AP 1 è stato assunto da C \_\_\_\_\_ SA di \_\_\_\_\_, società attiva in ambiti analoghi alla precedente datrice di lavoro (doc. F, inc. richiamato OA.2006.246). 2. Con petizione 11 aprile 2006 AO 1 ha convenuto in giudizio AP 1 dinanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 3, chiedendone la condanna al pagamento di fr. 343'688.- oltre accessori (pretesa poi aumentata a fr. 802'160.- con domande conclusive) a titolo di pena convenzionale e risarcimento del danno asseritamente subito a seguito della violazione del divieto di concorrenza (inc. OA.2006.246). Con decisione 21 gennaio 2013 il Pretore ha parzialmente accolto la petizione, accertando la violazione in una sola occasione del divieto di concorrenza e condannando il convenuto al pagamento della pena convenzionale pattuita di

fr. 10'000.-. Il primo giudice ha per contro respinto la domanda di risarcimento a seguito di violazione contrattuale ritenuto come la domanda formulata cifrando la pretesa in valuta svizzera fosse contraria ai disposti dell'art. 84 CO, siccome nel caso concreto il credito, sorto in valuta estera (USD), poteva essere azionato solo in tale valuta. La decisione, non impugnata, è passata in giudicato (doc. 1). 3. Con petizione 20 agosto 2013, previo fallimento della procedura conciliativa (doc. A), AO 1 ha convenuto in giudizio AP 1 dinanzi alla medesima Pretura chiedendone la condanna al pagamento di USD 150'500.-, oltre interessi al 5% dal 13 febbraio 2006, a titolo di risarcimento del danno che pretende di aver subito a seguito della violazione del divieto di concorrenza (inc. OR.2013.155). Con risposta 5 settembre 2013 il convenuto si è opposto alla domanda sollevando preliminarmente l'eccezione di cosa giudicata siccome, a suo dire, la pretesa attorea sarebbe già stata decisa con il giudizio pretorile del 21 gennaio 2013. Di conseguenza la domanda andrebbe dichiarata inammissibile, subordinatamente respinta. L'allegato di risposta accennava altresì alla questione della ricusazione del Pretore, con modalità e argomenti di cui meglio si dirà ai considerandi successivi. 4. In occasione dell'udienza del 4 dicembre 2013 il Pretore ha deciso di esaminare l'eccezione a titolo preliminare, prima di procedere all'istruttoria di merito, e con giudizio 17 dicembre 2013 ha respinto la relativa istanza. Constatata l'identità delle parti e della fattispecie, il primo giudice ha rilevato la differenza tra le due pretese poste in giudizio, la prima in valuta svizzera e la seconda in valuta statunitense e, ricordato il disposto dell'art. 84 CO, ha di conseguenza concluso che non sussiste identità tra le due azioni, ritenendo quindi infondata la censura di violazione del principio di res iudicata. 5. Con atto di appello 28 gennaio 2014 il convenuto chiede la riforma del giudizio pretorile, con protesta di spese e ripetibili. Oltre a postulare l'accoglimento dell'eccezione e chiedere di respingere la petizione, l'appellante lamenta la violazione del diritto di essere sentito e rimprovera al Pretore di non essersi escluso dal procedimento. A detta dell'appellante sussisterebbe infatti motivo di ricusazione, circostanza a suo tempo eccepita, alla prima occasione utile, con la risposta di causa del 5 settembre 2013. Nella sua risposta all'appello del 14 marzo 2014 l'appellata chiede di respingere il gravame della controparte, con argomenti di cui si dirà, per quanto rilevante, nei seguenti considerandi. 6. È incontestato 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 appello. Secondo l'art. 50 cpv. 2 CPC la decisione sulla domanda di ricusazione 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. 7. Riepilogate le circostanze che hanno condotto al giudizio pretorile del 21 gennaio 2013 passato in giudicato (inc. OA.2006.246), l'appellante ne riassume l'esito e lamenta preliminarmente la violazione del diritto di essere sentito nella successiva procedura (inc. OR.2013.155) invocando i disposti degli art. 29 cpv. 2 Cost. e 53 cpv. 1 CPC. La censura è da respingere. A torto infatti l'appellante pretende che il Pretore abbia ommesso di analizzare e debitamente valutare il doc. 2 prodotto dal convenuto e da questi ritenuto " grandemente rilevante ai fini del giudizio in merito alla condizione di ricevibilità di cui all'art. 59 cpv. 2 let. e CPC (assenza di res iudicata appunto) " (appello pag. 6 e 7 n. 1.2). L'appellante, venendo meno all'obbligo di motivazione, neppure indica come potrebbe essere di rilievo, nella valutazione dell'effetto di cosa giudicata in relazione al giudizio pretorile del 21 gennaio 2013 (inc. OA.2006.246), uno scritto di parte, peraltro inviato al Pretore in maniera

irrita dopo le conclusioni finali, a sostegno delle tesi di uno dei contendenti. Rilevante per la questione della res iudicata, come si vedrà, è infatti il contenuto del giudizio emanato dal Pretore, che non necessitava certo dell'invocato esame del doc. 2 per essere adeguatamente valutato. La censura su questo punto, per quanto ricevibile, è pertanto respinta poiché infondata. 8. L'appellante rimprovera al giudice di non aver rilevato la violazione del principio di res iudicata, o altrimenti detto di aver erroneamente ammesso l'esistenza del presupposto processuale di cui all'art. 59 cpv. 2 lett. e CPC. Esposte una serie di considerazioni in merito a quanto il Pretore avrebbe deciso con la sentenza del 21 gennaio 2013 (inc. OA.2006.246), l'appellante invoca a sostegno dell'identità delle pretese la convinzione espressa dall'attrice in quella prima procedura, ovvero che la pretesa risarcitoria sia sorta in valuta svizzera. Partendo da tale assunto della parte attrice, il convenuto pretende con le tesi di appello di rimettere in discussione quella che ritiene essere l'erronea conclusione, "frutto di un abbaglio" (appello pag. 9 n. 2.5) alla quale sarebbe giunto il Pretore in quel primo giudizio. La tesi è infondata e peraltro manifestamente contraddittoria, poiché pretende di attribuire ad un giudizio definitivo un significato diametralmente opposto a quanto chiaramente deciso dal giudice, e ciò in virtù di una valutazione soggettiva diversa fatta a posteriori dall'appellante, peraltro contraria a quanto in precedenza dallo stesso preteso in causa. Viziata da questa impostazione concettualmente errata, le varie considerazioni sviluppate con le censure d'appello non meritano di essere dettagliatamente esaminate, dovendo essere respinte poiché manifestamente infondate. In ogni modo, il chiaro tenore dell'art. 84 CO esclude l'identità o l'equivalenza tra una pretesa in valuta svizzera e una pretesa in altra valuta, a prescindere dalla questione della sostanziale equivalenza degli importi (ricalcolati sulla base del tasso di cambio in vigore) o dall'identico substrato fattuale dal quale la pretesa creditoria trae origine. La giurisprudenza dell'Alta Corte (ampiamente esposta nel giudizio del 21 gennaio 2013, a pag. 11, a cui si rimanda) è chiara in merito alla portata della norma e le tesi ora proposte dall'appellante a tal riguardo appaiono addirittura temerarie e sono comunque contraddittorie. Risulta pertanto vano lo sforzo da questi profuso con l'intento di dimostrare l'identità dei due diversi petitum sulla base di ragionamenti privi di logica e coerenza. 9. L'appellante sostiene infine che " il Giudice di prime cure adito con la seconda petizione da AO 1 è già intervenuto nell'ambito della medesima causa in una precedente procedura, sfociata con decisione 21 gennaio 2013 " (appello pag. 11 n. 4.1). Ne conseguirebbe dunque che " il Pretore conosceva già, ante litteram, l'oggetto della causa, nonché la questione dibattuta della valuta. Ma non solo: egli l'ha già giudicata " (appello pag. 12, n. 4.2). A mente dell'appellante il Pretore sarebbe pertanto prevenuto nell'analisi dell'eccezione di res iudicata, non potendo far altro che confermare la convinzione già espressa nel precedente giudizio in merito alla questione della valuta in cui è stata formulata la pretesa. Vista la parzialità del Giudice, questi avrebbe a torto omesso di ricusarsi e il mancato riferimento alla questione della ricusa nel giudizio impugnato costituirebbe una violazione dei relativi disposti legali e nel contempo " un caso di ritardata giustizia " (appello pag. 12 n. 4.2). L'argomentazione non può essere condivisa. Con la risposta di causa in prima sede il tema della ricusazione è stato appena accennato, con un generico richiamo all'art. 47 CPC (risposta pag. 4). Così formulata, l'allegazione neppure appariva quale istanza di ricusa, difettando di qualsiasi motivazione. Nel prosieguo della causa il convenuto neppure ha ritenuto di riproporre e meglio sostanziare una sua formale richiesta in tal senso, né di sollecitare una formale decisione impugnabile, nulla avendo eccepito in merito alla continuazione dell'istruttoria da parte del medesimo giudice, in particolare in occasione

dell'udienza del 4 dicembre 2013 (atto V). Giustamente il Pretore, con il giudizio ora appellato, neppure ha ritenuto di doversi esprimere in merito, in assenza di una domanda tempestiva e adeguatamente motivata ai sensi dell'art. 49 CPC. La censura, proposta e per la prima volta motivata con l'appello (dunque al di fuori di una procedura di reclamo ai sensi dell' art. 50 cpv. 2 CPC) è comunque infondata. La norma invocata dall'appellante prevede infatti 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 il convenuto. Va peraltro ribadito come la pretesa identità dei due procedimenti è motivata dall'appellante con le stesse erronee tesi esposte in merito alla censura di violazione del principio di res iudicata e all'oggetto del precedente giudizio pretorile (cfr. considerando precedente n. 8). Il convenuto non adduce altri motivi per i quali il Pretore abbia potuto avere una prevenzione nella nuova causa. Il ricusante si limita ad affermare, come visto per la prima volta in appello, che il Pretore avrebbe già deciso sulla stessa causa con il precedente giudizio, pretendendo implicitamente che le due cause promosse dall'attrice sarebbero quindi identiche. La tesi non può essere seguita. Infatti, la causa avviata nel 2006 è stata respinta per il motivo che l'attrice aveva chiesto la condanna della convenuta al pagamento in franchi svizzeri invece che in USD, in ossequio alla giurisprudenza del Tribunale federale (DTF 137 III 158, 134 III 151). L'attrice ha riproposto le sue pretese di risarcimento nei confronti dell'ex dipendente con la nuova petizione del 2013, formulando le conclusioni in USD. Il confronto tra le due petizioni permette di constatare come esse poggiano sul medesimo complesso di fatti e sulla medesima causa petendi (responsabilità dell'ex dipendente per violazione contrattuale) 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 (petizione 11 aprile 2006) e una somma in USD (petizione 20 agosto 2013). Tale differenza del petitum (domanda di prestazione in CHF o in USD) esclude l'eccezione di cosa giudicata e la reiezione della petizione 11 aprile 2006, passata in giudicato, non impedisce quindi la presentazione della nuova domanda in una diversa valuta. La procedura avviata nel 2013 si trova allo stadio in cui, terminato lo scambio degli allegati scritti, si è svolta la prima udienza durante la quale le parti hanno notificato i mezzi di prova richiesti. Vi è pertanto ancora da eseguire l'istruttoria e il Pretore che se ne occuperà non è affatto vincolato da una decisione precedente. Non si può neppure escludere, allo stadio attuale della procedura, che il materiale probatorio risulti diverso da quello dell'incarto OA.2006.246. Parte dell'istruttoria proverrà da tale incarto (il cui richiamo è stato ammesso, atto. V), ma nulla ha impedito alle parti di proporre prove diverse e di presentare argomentazioni diverse da quelle esposte nella precedente procedura. Il Pretore dovrà quindi decidere, alla fine del nuovo procedimento, sulla base di un fascicolo processuale che sarà verosimilmente diverso, seppur simile, da quello giudicato con la sentenza del 21 gennaio 2013, frutto dell'apprezzamento approfondito dell'incarto e dei mezzi probatori acquisiti in quella procedura. Non vi sono pertanto elementi concreti, né l'appellante 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. In simili circostanze non vi sono motivi oggettivi che possano far sorgere dubbi sull'imparzialità del Pretore nella trattazione della nuova procedura. Pertanto, contrariamente a quanto preteso dal convenuto, il primo giudice non era tenuto a ricusarsi (sentenza della II CCA del 30 luglio

2012 inc. 12.2011.216). 10. L'appello, nella misura in cui è ricevibile, va pertanto respinto e la decisione 17 dicembre 2013 del Pretore confermata. Le spese processuali seguono la soccombenza (art. 106 CPC), con attribuzione di ripetibili all'attrice. Il valore litigioso della procedura d'appello, determinante anche ai fini di un eventuale ricorso al Tribunale Federale, ammonta a USD 150'050.- come indicato dal Pretore. Per i quali motivi, richiamati per le spese gli art. 106 segg. CPC, la LTG e il Regolamento sulle ripetibili, decide 1. Nella misura in cui è ricevibile l'appello 28 gennaio 2014 di AP 1 è respinto. 2. Le spese processuali della procedura di appello di complessivi fr. 2'000.-, già anticipate dall'appellante, restano a suo carico, con l'obbligo di rifondere a AO 1 fr. 2'000.- per ripetibili. 3. Notificazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 3 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.