



## **VIOLAZIONE DEI PRINCIPI REGOLATORI DELLA MATERIA DA PARTE DEL GIUDICE DI PACE E TUTELA IN APPELLO DEL SOCCOMBENTE**

TRIBUNALE TORRE ANNUNZIATA, 26 OTTOBRE 2010, n. 1189.

Il Giudice di Pace ha errato non solo non applicando le norme di legge pertinenti (e, quindi, non facendo un corretto uso dell'equità) da individuarsi negli artt. 1175 e 1375 c.c. ma, soprattutto, non disapplicando, proprio in ossequio alla normativa di rango superiore, la disciplina di cui al D.P.R. n. 45 del 16 gennaio 1981 che, al contrario, è stata dal primo giudice posta del tutto passivamente ed acriticamente a base della censurata decisione di rigetto della domanda attorea in primo grado.

### **Svolgimento del processo**

(omissis)

### CONCLUSIONI

Per l'appellante: riformare la sentenza impugnata e condannare X Ass.ni SpA a corrispondere la somma di € 750,00 con le modalità ivi indicate;

Per l'appellata: dichiarare inammissibile e/o nullo il gravame ovvero, nel merito, rigettarlo giacché infondato.

Entrambe con vittoria di spese, diritti ed onorari, con attribuzione.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è fondato e merita integrale accoglimento.

1. Pacifico il fatto storico posto a base della domanda (e del presente gravame): l'oggetto della lite innanzi al GdP era attinente in merito alle modalità del pagamento effettuato dalla X., avendo detta assicurazione risarcito il danno al T. rilasciandogli un assegno sbarrato e non trasferibile di € 750,00, che questi non aveva potuto incassare, non avendo un c/c bancario sul quale versarlo, né potendolo, ovviamente, girare a terzi. La assicurazione X., al riguardo, benché il T. avesse richiesto di ricevere il pagamento a mezzo bonifico, non solo non aveva aderito inizialmente, corrispondendo l'assegno de quo, ma si era anche successivamente rifiutata di annullarlo e di provvedere a pagare quanto dovuto nei termini richiesti.

2. La convenuta ha, pregiudizialmente, eccepito l'inappellabilità della sentenza del giudice di pace, siccome rientrante nell'ambito della c.d. equità necessaria (in quanto imposta per legge) prevista dall'art. 113, 2° comma c.p.c., quindi, sul presupposto che nessuna di tali fattispecie ricorresse nella decisione impugnata, ha formulato l'eccezione.

2.1 Non si ritiene di poter condividere l'assunto della X., giacché la sentenza impugnata viola macroscopicamente i principi basilari posti a sostegno dell'intero impianto delle obbligazioni, ossia del comportamento che le parti devono assumere nell'ambito dei loro rapporti (art. 1175 c.c.) e della relativa esecuzione (art. 1375 c.c.): norme che devono informare tutte quelle poste a presidio di connaturali settori dell'ordinamento, quale quello relativo alle obbligazioni pecuniarie, al tempo, al destinatario ed al luogo dell'adempimento dell'obbligazione. Opzione ermeneutica, d'altronde, già magistralmente adottata dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 26617 del 18 dicembre



2007, le cui dissertazioni non possono che essere fatte proprie da chi scrive, non essendovi alcun motivo, neppure astratto o potenziale, per essere disattese. Sussistendo un contrasto tra le diverse sezioni relativamente all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie mediante pagamento con assegno circolare, ed in particolare sul se tale modalità di pagamento integrasse una *datio in solutum*, come tale rifiutabile dal creditore, oppure se il debitore potesse liberarsi dall'obbligazione con la trasmissione dell'assegno al creditore, le SS.UU. della Cassazione, al termine di un percorso argomentativo richiamante(anche) gli artt. 1175 e 1375 c.c., dopo avere *allargato*, concettualmente, l'espressione *moneta avente corso legale nello stato al tempo del pagamento*, contenuta nell'art. 1277 c.c., facendo in essa rientrare altri sistemi di pagamento, a condizione che *garantiscono al creditore il medesimo effetto del pagamento per contanti* e, cioè, forniscano la disponibilità della somma di denaro dovuta ha, per l'appunto, statuito che qualora il debitore adempia alla sua obbligazione mediante consegna di assegno circolare, il creditore può rifiutare il pagamento *solo per giustificato motivo da valutare secondo le regole della correttezza e della buona fede oggettiva*. Detti principi sono assolutamente pertinenti al caso in questione, dove l'assegno presenta finanche una particolare clausola restrittiva nella circolazione, dovuta al fatto che risulta essere stato emesso come *sbarrato*, il che comporta, per dato normativo( art. 41 R.D. 21.12.1933 n.1736) che può essere pagato dal trattario solo ad un banchiere o ad un cliente del trattario stesso. Ciò detto, appare finanche offensivo dilungarsi ulteriormente in merito al comportamento della X. Ass.ni, la quale, come già detto, non solo non riteneva di adempiere nei modi a lei richiesti, ma addirittura si rifiutava di annullare il titolo e di provvedere diversamente, nonostante(ma viene da dire, a cagione del fatto che) il T. non potesse ottenere la disponibilità della somma(che, val bene la pena di ricordarlo, era di € 750,00). *Ad abundantiam*, va aggiunto che il GdP ha errato non solo non applicando le norme di legge pertinenti(e, quindi, non facendo uso corretto dell'equità) ma soprattutto non disapplicando, proprio in ossequio alla normativa di rango superiore, la disciplina regolamentare di cui al d.p.r. 16 gennaio 1981, n. 45, posta acriticamente e passivamente a base della motivazione.

3. Ne consegue che, in accoglimento della domanda, la X. Ass.ni SpA dovrà corrispondere al T. l'importo di € 750,00 in contanti, ovvero a mezzo assegno bancario trasferibile, ovvero ancora attraverso bonifico bancario su di un conto che il T., o chi per lui, indicherà; gli interessi legali decorreranno dal dì del sinistro, 23 gennaio 2008, al saldo effettivo. La domanda per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. non risulta riproposta in sede di appello, mentre la fattispecie di cui al terzo comma della norma citata non può essere presa in considerazione, potendo applicarsi solo ai giudizi instaurati dopo il 4 luglio 2009(art. 58, l. 18 giugno 2009, n. 69).

Le spese di entrambe i gradi di giudizio, seguendo la soccombenza, vanno poste a carico dell'appellata.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da T.F. nei confronti di X. Assni SpA in persona del lrpt, avverso la sentenza n. 248/2009 del Giudice di Pace di Torre Annunziata, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

a)accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, condanna la X. Assni SpA, in persona del lrpt, a corrispondere a T.F. l'importo di € 750,00 oltre interessi legali, così come da motivazione, punto *sub* 3;

b)condanna l'appellata al rimborso delle spese di lite di entrambe i gradi di giudizio, in favore di T.F., che liquida in € 1.500,00(€ 50,00 per spese, € 550,00 per diritti ed € 900,00 per onorari) oltre IVA e CPA se documentate con fattura, e rimborso forfettario di cui all'art. 14 del d.m. Giustizia 8 aprile 2004 n. 127.

Torre Annunziata 26.10.2010

Il Giudice  
Dr. Massimo Palescandolo



**L'APPELLO A SENTENZA DEL GIUDICE DI PACE RESA IN VIOLAZIONE DEI PRINCIPI REGOLATORI DELLA MATERIA. NOTE A MARGINE DI TRIBUNALE TORRE ANNUNZIATA, 26 OTTOBRE 2010 n. 1189.**

GIANLUCA CASCELLA

1. Breve inquadramento della problematica. 2. I caratteri dell'innovazione. 3. La condotta del soccombente quale appellante. 4. Differenze con l'appello *a critica libera*. 5. Eccezioni. 6. La giurisprudenza di merito e legittimità. 7. La decisione in esame. 8. Considerazioni conclusive.

\*\*\*\*\*

1. A seguito della riforma introdotta con il d.lgs n. 40 del 2 febbraio 2006,<sup>1</sup> tutte le sentenze del giudice di pace, ai sensi dell'art. 339, 3° comma c.p.c., possono essere impugnate esclusivamente con l'appello, sia se pronunziate secondo diritto, sia se pronunziate secondo equità, con pochissime eccezioni.

Il concetto di equità preso in considerazione dall'art. 113, 2° comma c.p.c., cui fa riferimento il 3° comma dell'art. 339 c.p.c., come modificato dal d.lgs. 40/06, attiene alla equità c.d. "*necessaria*" ovvero sostitutiva della stretta legalità : da intendersi nel senso che, con il ricorso ad essa, il Giudice di Pace, nel decidere la intera controversia non è tenuto all'osservanza delle regole di diritto positivo, potendo rifarsi integralmente all'equità.

Essa si differenzia dalla c.d. *equità integrativa*, che viene richiamata, invece, da una norma di diritto sostanziale per una parte circoscritta della controversia; quale esempio di tali ipotesi, si pensi : a) la previsione di cui all'art. 1226 c.c., che attribuisce al giudice del merito il potere di liquidare equitativamente il danno allorquando, accertato l'*an* di esso, risulti impossibile provarlo nel suo preciso ammontare; b) l'art. 2045 c.c. ed alla sua previsione di una indennità il cui ammontare viene equitativamente determinato dal giudice, nella ipotesi di danno causato a terzi da un soggetto che si è trovato ad agire in uno *stato di necessità*; c) inoltre, l'equa indennità prevista dal 2° comma dell'art. 2047 c.c. riconosciuta al soggetto che abbia subito un danno dall'incapace per violazione del dovere di sorvegliare sull'incapace, nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento dal soggetto tenuto alla sorveglianza; d) ancora, la indennità prevista dall'art. 843,2° c.c., riconosciuta in favore del proprietario di un fondo che abbia consentito – nei casi previsti dal 1° comma – l'accesso nel proprio fondo al proprietario di fondo vicino, nel caso in cui quest'ultimo nell'accedere(o passare) abbia causato danni; e) la valutazione secondo equo apprezzamento delle circostanze del caso, del danno da lucro cessante, prevista dall'art. 2056 c.c.(che invero costituisce una applicazione specifica del più generale principio fissato dall'art. 1226 c.c.); f) la previsione di cui all'art. 1709 c.c. del potere per il giudice – in tema di mandato – di determinare secondo equità la misura del compenso del mandatario ove essa non sia stata stabilita dalle parti, nel caso in cui tale entità non sia determinata e/o determinabile in base alle tariffe professionali ovvero agli usi(principio generale di cui la previsione di cui all'art. 1736 in tema di commissione, costituisce applicazione specifica); g) l'art. 1748, 5° comma c.c. che, in tema di rapporto di agenzia, prevede per il giudice il potere di determinare secondo equità la misura ridotta della provvigione cui ha comunque diritto l'agente per la ipotesi in cui il preponente ed il terzo si siano accordati per non dare esecuzione, in tutto ovvero in parte, al contratto.

E' stata, invece, esclusa dalla riforma la equità di cui all'art. 114 c.p.c.<sup>2</sup>, sussistente allorquando le parti, in controversie relative a diritti di cui le stesse possono disporre, espressamente richiedono al giudice

---

<sup>1</sup>Che, è opportuno tenerlo presente, ha avuto ad oggetto il giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione, e che tuttavia ha modificato in maniera sensibile anche l'appello dinanzi al Tribunale in composizione monocratica,



di pace una decisione secondo equità, poiché in tale ipotesi la decisione sarà inappellabile ed impugnabile esclusivamente con il ricorso per cassazione.

In conseguenza, secondo la Cassazione la natura indisponibile del diritto portato in giudizio dinanzi al giudice di pace, indipendentemente dalle ragioni per cui esso debba considerarsi tale, impedisce al prefato giudice onorario di decidere secondo equità.<sup>3</sup>

\*\*\*\*\*

2. La riforma dell'art. 339, 3° comma c.p.c. appare avere introdotto una ipotesi di appello caratterizzata da motivi c.d. specifici o limitati, configurazione che si riflette, quindi, sulla critica che l'appellante potrà formulare nei confronti di una decisione del primo giudice a lui sfavorevole, e che in sostanza si rivela, appunto, *vincolata* in relazione alle ipotesi specificamente individuate dalla norma.

I motivi in questione, in sostanza, sono circoscritti a tre sole potenziali censure, che di seguito brevemente si esaminano: a) la violazione dei *principi regolatori della materia*<sup>4</sup>, ovvero delle linee essenziali della disciplina giuridica del rapporto dedotto in causa, di cui realizzano la configurazione tipica che il giudice di pace, nel rendere la decisione secondo equità, è tenuto in ogni caso a rispettare, così come stabilito già in epoca anteriore alla riforma del 2006, dalla Corte Costituzionale<sup>5</sup> ed, ancora in precedenza, dalla Cassazione<sup>6</sup>; b) la violazione di *norme sul procedimento*, ovvero, di tutte le norme sul

---

<sup>2</sup>Anche questa è una equità *sostitutiva*, in quanto risulta alternativa, sostituendola, alle norme di diritto sostanziale quale regola di giudizio; con la differenza, tuttavia, che essa viene applicata esclusivamente per volontà delle parti e solo in determinate controversie; si differenzia da quelle previste dall'art. 113 c.p.c. in relazione alla fonte, che è convenzionale, nonché per il fatto che la stessa può trovare applicazione esclusivamente in controversie relative a diritti dei quali le parti possono liberamente disporre; secondo parte della dottrina, allorché viene investito, su concorde richiesta delle parti, della decisione secondo equità, il giudice agisce al tempo stesso quale legislatore e quale giudice per quella specifica controversia, che appunto risolve fornendo la giustizia del caso concreto.

<sup>3</sup>Cass., 7 maggio 2004, n. 8717, in CED Cassazione, 2004, che ha così statuito “*Nel giudizio innanzi al giudice di pace la indisponibilità del diritto in questione preclude la pronuncia secondo equità, dovendo la disposizione dell'art. 113, secondo comma, cod. proc. civ. essere letta in correlazione con quella dell'art. 114 del codice di rito, secondo la quale in tanto il merito della causa è deciso secondo equità in quanto esso riguardi diritti disponibili delle parti che ne facciano concorde richiesta. La circostanza che la prima norma concerna tutte le cause di competenza del giudice di pace il cui valore non eccede i due milioni di lire (nella formulazione originaria della norma), e la seconda solo quelle di valore superiore per le quali il giudizio equitativo sia stato domandato, non giustifica una conclusione restrittiva giacché, se la ratio della prevista richiesta delle parti per le cause di valore superiore sta nella finalità di evitare che le regole di diritto possano essere disapplicate in controversie con più rilevanti implicazioni economiche, ed è dunque esclusiva di tali cause, la ratio del limite costituito dalla non disponibilità del diritto non è in alcun modo collegata alle conseguenze economiche della decisione, ma alle ragioni della indisponibilità, quali che esse siano*”.

<sup>4</sup>In proposito, va detto che secondo la dottrina prevalente, con la riforma del 2006, il legislatore ha inteso sancire la piena corrispondenza ed equivalenza tra principi *informatori* della materia (di cui alla *infra* richiamata sentenza della Corte Costituzionale) e principi *regolatori* (cui in passato faceva riferimento, per i giudici conciliatori, la legge 30 luglio 1984 n. 399) unificando dal punto di vista sostanziale le due definizioni.

<sup>5</sup>Con la decisione di accoglimento c.d. additiva, la n. 206 del 6 luglio 2004, edita su *Foro It.*, 2007, 5, p. 1365, pt. I, annotata da P. C. Ruggieri, che ha così statuito “*E' costituzionalmente illegittimo l'art. 113 secondo comma, del codice di procedura civile, nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i principi informatori della materia. Infatti, la sola funzione che può riconoscersi alla giurisdizione di equità è quella di individuare la regola di giudizio non scritta, che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua dei principi cui si ispira la disciplina positiva; il giudizio di equità, in sostanza, non è e non può essere un giudizio extra-giuridico, poiché una equità priva dei limiti normativi insidia alla base la certezza delle relazioni giuridiche, con la conseguenza della ricorribilità per cassazione, ai sensi dell'art. 360, primo comma, numero 3, del codice di procedura civile, delle sentenze per violazione dei suddetti principi. Restano, pertanto, assorbite le censure relative alla ricorribilità per cassazione*”.

<sup>6</sup>Sezioni Unite, 15 giugno 1991, n. 6794, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto*, 2006, 38, p. 30.



processo, per la natura pubblicistica delle disposizioni in questione, come tali rivolte al perseguimento/tutela di un interesse superindividuale; in particolare, nell'alveo del predetto motivo, dottrina e giurisprudenza assolutamente maggioritarie fanno rientrare quelle sulla giurisdizione, sulla competenza, sulla nullità della sentenza e/o del procedimento, ed infine i vizi della motivazione.

A titolo di esempio si riportano le seguenti ipotesi in cui può farsi valere il prefato motivo specifico di impugnazione: 1) quando il giudice di pace introita la causa a sentenza senza far precisare le conclusioni alle parti, sia nella stessa udienza sia fissando apposita udienza (nonostante lo preveda l'art. 62 disp. att. c.p.c.) mentre l'art. 321 c.p.c. prevede espressamente che il predetto giudice, quando ritiene la causa matura per la decisione, deve invitare le parti a precisare le conclusioni ed a discutere la causa, come del resto ritenuto in dottrina; 2) nell'ipotesi in cui il giudice onorario conceda termine per il deposito di note istruttorie e/o difensive in assenza di accordo tra le parti, non essendo prevista dal codice di rito tale possibilità; 3) quando detto giudice erroneamente neghi ovvero riconosca la propria competenza a decidere la controversia; 4) quando il giudice erroneamente neghi ovvero riconosca la connessione tra due o più procedimenti sottoposti alla sua cognizione; 5) i vizi della motivazione, con riferimento al combinato disposto dell'art. 360, n. 5 c.p.c. sia da solo sia in relazione all'art. 132 c.p.c., in quanto nonostante la nuova formulazione dell'art. 339, 3° c.p.c. non vi faccia espressamente riferimento, per i vizi della motivazione, quali vizi della sentenza di equità del giudice onorario, gli stessi possono censurarsi con l'appello.

La predetta conclusione affermativa si giustifica ove si consideri che, appunto in forza dell'art. 132 c.p.c., tra gli elementi costitutivi della sentenza, l'assenza dei quali è fonte di nullità (che si converte, ex art. 161, 1° comma c.p.c., in motivo di gravame) rientra la concisa esposizione dei motivi in fatto e diritto della decisione; requisito, quello da ultimo indicato, che si rivela fonte di obbligo, anche per il giudice di pace che decida secondo equità, di supportare la pronuncia con adeguata motivazione: in difetto di essa, tale sentenza sarà nulla.

A tale ultimo proposito, va detto che, per essere oggetto di censura nei termini sopra riferite, la motivazione deve riguardare un fatto che presenti, al tempo stesso, due caratteri imprescindibili: deve essere *controverso*, ed inoltre deve risultare *decisivo*.

Con specifico riferimento al secondo dei caratteri citati, si tenga presente che esso differisce a seconda che il giudizio a rendersi sia secondo diritto, ovvero secondo equità: nel primo caso, il fatto decisivo si qualifica tale con riferimento alla norma di diritto che viene concretamente applicata; nel secondo, invece, i caratteri di esso diventano invero alquanto particolari dal momento che, esulando tale giudizio dalla individuazione della specifica norma di diritto concretamente applicabile, allora anche l'eventuale vizio di motivazione si configura in maniera singolare, dal momento che esso può ravvisarsi ove la motivazione in questione si riveli illogica dal punto di vista formale e sostanziale, allorché cioè il Tribunale, dopo aver provveduto a verificarne, appunto, la logicità interna ed anche formale, accerti che, in realtà, sia omessa, apparente ovvero intrinsecamente contraddittoria; III) norme costituzionali e comunitarie: è un esempio l'art. 111 Cost. sul *giusto processo*.

\*\*\*\*\*

3. Per quanto riguarda l'onere gravante a carico del soggetto che intenda appellare una simile decisione del giudice di pace, va evidenziato che l'appellante dovrà indicare tassativamente, ex art. 342, 1° comma c.p.c. a pena di inammissibilità dell'introducendo gravame, i predetti motivi.

Tale onere si esplica sotto un duplice profilo, innanzitutto sotto quello afferente alla individuazione del limite violato dal giudice di pace: tale individuazione, ove correttamente eseguita, spiega il proprio riflesso sotto il profilo *rescindente* della pronuncia che si chiede al Tribunale quale giudice dell'appello, siccome rivolta ad accertare la fondatezza dell'appello sotto il profilo dei due specifici motivi; inoltre, è indubbiamente produttiva di effetti sotto un profilo ulteriore, rappresentato dalla individuazione dei



principi regolatori della materia ovvero delle norme sul procedimento ovvero di quelle costituzionali e/o comunitarie.

Tale secondo aspetto attiene, indubitabilmente, al profilo *rescissorio* della decisione richiesta al Tribunale, dal momento che a tale ultimo giudice, in tal modo, viene richiesta una decisione di stretta legalità, sostitutiva della precedente emessa in via equitativa, concretizzantesi nell'applicazione dei principi che si assumono violati.

Tanto perché la struttura della decisione sull'appello come introdotto dal d. lgs 40/06 appare articolata in due fasi, una rescindente ed una rescissoria, di cui la seconda rappresenta una conseguenza del positivo – in termini di riscontro del vizio denunciato con lo specifico motivo di appello – espletamento della prima.

Esso è senza dubbio un giudizio di gravame, in quanto comporta la rinnovazione del giudizio nei limiti della domanda di appello; inoltre, possiede effetto devolutivo al momento che attribuisce al secondo giudice la cognizione del medesimo rapporto sostanziale conosciuto dal giudice di prime cure, ma limitatamente alle domande ed eccezioni espressamente riproposte in appello (principio c.d. *tantum devolutum quantum appellatum*).

Occorrono, tuttavia, alcune precisazioni: se pure è indubbio come, anche a seguito della riforma del 2006, il Tribunale possa limitarsi ad un controllo di carattere meramente estrinseco e/o formale, senza cioè poter censurare le valutazioni di merito poste a fondamento della decisione di equità, va tuttavia tenuto conto che un preliminare controllo sul fatto e sulla sua qualificazione giuridica in un senso ovvero in un altro, ove risulti dubbia, dovrà senza dubbio eseguirlo.

Infatti, a tanto il giudice del gravame non potrà sottrarsi, essendo il Tribunale, sotto tale aspetto, comunque vincolato alla norma di diritto anche quando decida secondo equità, poiché in caso contrario, ove il primo giudice abbia errato nel qualificare la materia oggetto della decisione, allora avrà violato i presupposti per il corretto esercizio del giudizio di equità, errore che non potrà che essersi riflesso sulla corretta (fuorviandola ovviamente) identificazione dei principi regolatori della materia da applicare alla vicenda specifica.

In conseguenza, ove il Tribunale quale giudice dell'appello ometta di compiere tale accertamento rivolto a verificare la corretta – o meno – riconduzione, da parte del giudice di pace, del rapporto controverso nell'ambito della materia cui, in termini di diritto, appartiene, commetterà il medesimo errore del primo giudice, difettandogli il necessario presupposto per verificare se, innanzitutto, i principi regolatori sono stati – o no – correttamente individuati: infatti, solo all'esito di tale positivo accertamento, potrà verificare se gli stessi, nel caso concreto, siano stati correttamente applicati ovvero violati.

Ovviamente e per concludere sul punto, anche la sentenza del Tribunale che decida in grado d'appello avverso le decisioni del giudice di pace rese secondo equità potrà essere impugnata in Cassazione per i medesimi motivi, ovvero che il Tribunale abbia errato nel ritenere sussistente, ovvero escludere, la violazione delle norme sul procedimento, dei principi costituzionali, comunitari e/o regolatori della materia, in precedenza denunciata con l'appello a motivi specifici.

\*\*\*\*\*

4. Volendo brevemente esaminare similitudini e differenze tra l'appello a *critica libera* e quello a *critica vincolata* introdotto dalla riforma del 2006, va evidenziato come il primo si caratterizza – e differenzia al tempo stesso rispetto a quello esperibile ai sensi dell'art. 339, 3° comma c.p.c. – in quanto, secondo autorevole dottrina<sup>7</sup>, è certamente quello che consente il più ampio spettro di censure avverso la decisione di primo grado.

Con esso, infatti, l'ordinamento giuridico mette a disposizione della parte (e/o delle parti) soccombente (anche parzialmente) in primo grado, lo strumento mediante il quale è possibile far valere

---

<sup>7</sup>ARIETA G.; DE SANTIS F.; MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale civile*, IV<sup>a</sup> ed., 2010, p. 483 e ss.



sia vizi procedurali sia di merito della decisione di primo grado (che non siano predeterminati dalla legge) e, in tal modo, provocare un giudizio di secondo grado, all'esito del quale è possibile ottenere, da parte del giudice superiore, la pronuncia di una nuova decisione, che si sostituisce a quella impugnata.

Invero, la *ratio* dell'appello va rivenuta nel principio c.d. del *riesame*, in quanto tale giudizio si appalesa idoneo a garantire alle parti una nuova decisione la quale si rivela, con elevata probabilità, potenzialmente più idonea a soddisfare la domanda di giustizia delle parti: ciò perché non solo le parti, ma anche il giudice, certamente si possono avvantaggiare dall'esperienza fatta in primo grado, ma non solo: a tanto va aggiunto un ulteriore elemento, costituito dal fatto che il giudice d'appello è, sicuramente, un giudice dotato di maggiore esperienza rispetto a quello di prime cure.

In forza di queste caratteristiche, allora, esso si distingue da tutti gli altri mezzi di impugnazione assumendo la natura di un vero e proprio mezzo di gravame pieno, a critica c.d. libera, proprio perché, appunto, gli eventuali vizi che possono tramite esso farsi valere non risultano essere predeterminati, a monte, dal legislatore.

Effetto prodotto da tale impugnazione consiste nella devoluzione dell'esame della intera controversia, e quindi sia dell'oggetto sia del materiale istruttorio esaminato dal giudice di prime cure, al giudice superiore investito con l'impugnazione.

Noto è, in proposito, l'antico brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*<sup>8</sup>, che tuttavia già di per sé è indicativo del fatto che la scelta operata dal legislatore con la riforma del 1990 è stata quella di configurare il giudizio di secondo grado come una *revisio prioris instantiae*<sup>9</sup>, superando la precedente impostazione, in forza della quale il giudizio di appello costituiva un vero e proprio nuovo e diverso giudizio sulla controversia, o anche solo su quella parte di essa che, come cristallizzata nella decisione di primo grado, veniva a costituire oggetto di impugnazione.

Tale scelta del legislatore della richiamata riforma è fatta ulteriormente palese anche dalla disposizione dell'art. 345 c.p.c. che introduce il divieto dei *nova* in appello, orientando il giudizio di secondo grado nella direzione di un riesame della decisione di primo grado alla luce dei vizi messi in evidenza e delle censure, conseguentemente, formulate dall'appellante.

Il predetto divieto, invero, nasce dalla preferenza che il legislatore italiano ha mostrato di avere nei confronti di una ricostruzione in termini strutturali dell'appello quale giudizio in cui le preclusioni maturate in primo luogo, lungi dal poter trovare rimedio, appaiono in realtà meritevoli di essere confermate<sup>10</sup>; salvo determinate deroghe allorché, con riferimento a domande e/o eccezioni nuove, le stesse trovino il loro fondamento su fatti sopravvenuti ovvero che abbiano assunto rilevanza giuridica solo quando le barriere preclusive esistenti in primo grado erano ormai spirate o, ancora, a tutela di esigenze di coerenza del sistema, allorché, ad esempio, la decisione ad impugnarsi abbia dato luogo ad una nuova situazione di fatto e/o diritto, come prevede l'art. 394 c.p.c.

In proposito va evidenziato che la giurisprudenza di legittimità<sup>11</sup> la qualifica come nuova, sanzionandola con la declaratoria, anche officiosa, di sua inammissibilità in appello, tutte le volte in

---

<sup>8</sup>Principio, questo, il quale preclude al giudice dell'appello di esaminare di sua iniziativa capi della prima decisione che non siano stati oggetto di espressa e specifica impugnazione – che, tuttavia, risulta esperibile senza l'obbligo di particolare rigore formale, in quanto la natura devolutiva dell'appello rende possibile che al secondo giudice vengano indicati anche solo sommariamente gli elementi di fatto e diritto posti a base del gravame – salvo il caso in cui gli stessi risultino implicitamente rientranti in quelli già formulati.

<sup>9</sup>Da intendersi quindi quale riesame dell'operato del primo giudice, nel richiedere il quale è fatto divieto alle parti di richiedere al giudice dell'appello di esaminare tutto ciò che (domande, eccezioni, istanze istruttorie) che in primo grado non siano già state espressamente proposte.

<sup>10</sup>In quanto detta preclusione si mostra rivolta al perseguimento di un interesse di natura pubblicistica, rappresentato da un andamento celere ed ordinato del processo, assistita dalla possibilità di rilievo officioso da parte del giudice, pur in assenza di specifica eccezione delle parti.

<sup>11</sup>Cass., 10 novembre 2008, n. 26915, in *Foro It.*, 2009, 1, p. 159, pt. I



cui, modificata la domanda proposta in primo grado, quella proposta in appello risulti essere una domanda diversa, per forma e sostanza, rispetto a quella proposta dinanzi al primo giudice.

Anche la dottrina<sup>12</sup>, invero, mostra di condividere tale impostazione e giunge alla stessa conclusione dopo avere individuato e descritto le domande ed il loro atteggiarsi, in primo piuttosto che in secondo grado, in relazione alla natura dei diritti, etero determinati (cioè relativi) ovvero autodeterminati (cioè reali) posti a fondamento delle stesse.

In conseguenza di tale impostazione, infatti, la citata dottrina mette in rilievo che il differente fondamento di ciascuno di essi produce effetti diversi in relazione al formarsi del giudicato: per quelli autodeterminati, l'eventuale domanda nuova in appello, fondata sulla deduzione in tale grado di un nuovo fatto costitutivo di esso, risulterà precluso dalla cosa giudicata mentre; mentre, per quelli eterodeterminati, pur risultando preclusa, in appello, la possibilità di un nuovo e diverso preteso fatto costitutivo di esso, al contrario la cosa giudicata non impedirà la proposizione di una nuova domanda che si fondi su di un fatto costitutivo differente, il quale, in realtà, darà luogo – proprio in ragione del fatto che i diritti relativi non si identificano senza i singoli fatti costitutivi che rendono ognuno di essi diverso dall'altro – alla allegazione di un diritto eterodeterminato differente da quello coperto dal precedente giudicato.

Con particolare riguardo ad eventuali domande nuove, il limite posto dall'art. 345 c.p.c. incontra una eccezione ove il *nova* in questione attenga, in particolare, a dei *petita* venuti ad esistenza solo dopo che la sentenza oggetto di impugnazione sia stata emanata, quali ad esempio frutti, interessi ed accessori maturati dopo di essa, ed ancora risarcimento di eventuali danni che l'appellante abbia avuto a subire sempre dopo tale evento, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità.<sup>13</sup>

Sotto il profilo delle eccezioni, va detto che la Cassazione appare indubbiamente incline ad escludere che in appello siano ammissibili nuove eccezioni soggette a rilievo officioso da parte del giudice ove le stesse non si fondino su fatti che siano già entrati a far parte, in primo grado, del relativo *thema probandum et decidendum*.<sup>14</sup>

Il rigore di un simile orientamento, tuttavia, a mio parere finisce per risultare ingiustificatamente pregiudizievole per esigenze di giustizia sostanziale del caso concreto, ove solo si pensi che i fatti in questione, che ben potrebbero porsi a fondamento, in appello, di dette eccezioni soggette a rilievo d'ufficio, potrebbero essere sorti dopo il maturarsi delle preclusioni assertive ed asseverative in primo grado, se non addirittura dopo la emanazione della sentenza impugnata.

Va detto però che, ove le eventuali domande e/o eccezioni nuove incorrano nella declaratoria di loro inammissibilità appunto ai sensi dell'art. 345 c.p.c., le stesse potranno, in ogni caso, venire riproposte in altro e distinto procedimento, ovviamente a condizione che la loro riproposizione non sia preclusa da qualche decadenza nel frattempo intervenuta, quale potrebbe essere la prescrizione del diritto che nel giudizio di appello si è inteso far valere quale domanda oppure eccezione, e che nell'ulteriore

---

<sup>12</sup>ARIETA G.; DE SANTIS F.; MONTESANO L., *op. ult. cit.*, p. 490.

<sup>13</sup>Così come sostenuto da Sez. Unite, 11 marzo 1996 n. 1955, in *N. giur.civ. commentata*, 1997, I, p. 180, in cui la Corte ha riconosciuto come tale possibilità sia da ritenere ammissibile non al fine di evitare proliferazione di giudizi – e quindi quale applicazione del principio di economia processuale - quanto invece perché va riconosciuta come meritevole di tutela la possibilità di apportare variazioni quantitative a quanto già richiesto in primo grado, a condizione tuttavia che i predetti *petita* siano già stati richiesti in primo grado, poiché solo in tal caso è consentito l'adeguamento quantitativo delle relative domande, siccome giustificato dal decorso del tempo.

<sup>14</sup>Cass., 7 luglio 2006, n. 15514, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto*, 2006, 36, p. 58, la quale ha statuito che "Il regime delle preclusioni introdotto nel rito civile ordinario riformato (dalla legge n. 353 del 1990) deve ritenersi inteso a tutela non solo dell'interesse di parte, ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo. La decadenza per il mancato rispetto, da parte del convenuto, del termine perentorio di cui all'articolo 180 comma 2, del Cpc, per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito, pertanto, deve essere rilevata d'ufficio dal giudice, indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo".



procedimento potrebbe risultare frustrato dall'eventuale avversa eccezione di decadenza e/o prescrizione.

Dal punto di vista, invece, dei nuovi mezzi di prova in appello, anche in tal caso il divieto dei *nova* incontra una deroga sia con riguardo al processo ordinario sia a quello del lavoro, dal momento che nel primo caso l'art. 345 c.p.c. al 3° comma e nel secondo l'art. 437, 2° comma c.p.c., riconoscono al giudice dell'appello la facoltà di riaprire l'istruttoria.

Infatti, entrambe le disposizioni, oltre a far salva la possibilità di deferire il giuramento (decisorio nel rito ordinario ed invece estimatorio in quello del lavoro) prevedono che il collegio possa ammettere nuovi mezzi di prova se ritenga gli stessi *indispensabili*<sup>15</sup> ai fini della decisione della controversia.

In proposito è da tenere presente che, secondo la S.C.<sup>16</sup>, il requisito in questione viene riconosciuto alle prove che hanno un contenuto di maggiore spessore, in quanto tali idonee a spiegare, sulla decisione della controversia, una incidenza dal punto di vista causale senza dubbio maggiore, rispetto a quelle prove che, invece, sono ritenute solo *rilevanti*, ovvero utili allo scopo ma delle quali potrebbe, in astratto, anche farsi a meno: tanto perché, secondo la richiamata giurisprudenza di legittimità, la loro indispensabilità si ricollega alla idoneità delle stesse di condurre ad accertare i fatti di causa nel senso prospettato dal richiedente, e quindi in forza di tale risultato, ribaltare la prima decisione.

Le disposizioni dettate dagli artt. 345, 3° comma e 437 2° comma del codice di procedura civile, tuttavia, si differenziano da un lato perché nel rito del lavoro è prevista la possibilità per il collegio di disporre anche d'ufficio i nuovi mezzi di prova<sup>17</sup> e, per altro verso, in quanto la disposizione dettata per il rito ordinario contiene una ipotesi ulteriore in cui l'ordinamento permette al soggetto che abbia interesse in tal senso, di ottenere la riapertura della istruttoria, con il prevedere che il richiedente fornisca la prova che, in primo grado, si è trovato nella impossibilità incolpevole di richiederli.

Tale ultima ipotesi, a ben vedere, costituisce una applicazione specifica, in grado di appello, del principio della rimessione in termini, prima espressamente disciplinato, *ante* riforma del 2009, dall'art. 184bis c.p.c.,<sup>18</sup> e successivamente scomparso, come previsione autonoma, nell'impianto del codice di procedura civile, anche se comunque ancora contemplata nella disposizione di cui all'art. 153 come modificato dalla legge 18 giugno 2009 n. 69: infatti, in essa sopravvive al secondo comma come eccezione al generale principio dettato dal primo comma del nuovo testo del predetto articolo 153 c.p.c.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup>Anche se tale carattere del mezzo di prova non può servire, da un lato, a porre rimedio ad eventuali decadenze in cui il richiedente del nuovo mezzo di prova abbia già dovuto subire in primo grado per causa a lui imputabile e, dall'altro, non può essere letto a senso unico dal momento che un eventuale provvedimento che dia ingresso ad un mezzo di prova ritenuto indispensabile dal collegio non può prescindere – pena violazione, a parere di chi scrive, degli art. 3 e 24 Cost. – dal dare, parimenti, ingresso alla eventuale prova contraria che la controparte abbia richiesto in relazione alle medesime circostanze di fatto su cui il richiedente abbia articolato il chiesto nuovo mezzo di prova.

<sup>16</sup>Sez. Unite, 20 aprile 2005, nn. 8202 e 8203, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1690 e ss.

<sup>17</sup>Mentre nel rito ordinario il silenzio della norma in proposito porta l'interprete a concludere per la indispensabilità della istanza di parte.

<sup>18</sup>Rubricato *rimessione in termini*, che originariamente prevedeva <la parte che dimostri di essere incorsa in decadenze per cause ad essa non imputabili, può chiedere al giudice istruttore di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'art. 294, secondo e terzo comma>.

<sup>19</sup>Infatti, il nuovo art. 153, la cui rubrica (*improrogabilità dei termini perentori*) non è mutata a seguito della riforma del 2009, tuttavia si compone di due commi, mentre la vecchia formulazione ne prevedeva uno soltanto: l'ulteriore comma è costituito dal testo del vecchio art. 184bis c.p.c., espunto a seguito della riforma, e che così aggiunto denota la *ratio legis* sottostante a tale modifica, e rappresentata dall'aver voluto, il legislatore del 2009, introdurre al primo comma la regola generale, ed al secondo comma l'unica eccezione ammessa; con l'effetto, in tal modo, di ridurre significativamente, se non azzerare del tutto, la rilevanza ed autonomia dell'istituto della rimessione in termini.



L'orientamento della Suprema Corte al riguardo si è radicato in tempi recenti nel senso di uniformare il trattamento riconosciuto ai tutti i nuovi mezzi di prova in appello, indipendentemente dalla loro natura di prova preconstituata (quindi documentale) oppure costituenda.

Con due notissime decisioni le Sezioni Unite,<sup>20</sup> invero, hanno risolto il contrasto giurisprudenziale insorto perché era controverso in giurisprudenza se il divieto di cui all'art. 345 c.p.c. riguardasse le sole prove costituende ovvero anche quelle preconstituite.

Il principio così fissato, poi, ha trovato piena conferma in successive decisioni delle sezioni semplici<sup>21</sup> che hanno riaffermato con estremo rigore l'operatività di tale divieto senza distinzioni tra prove costituite e costituende, ribadendo come la preclusione di cui all'art. 345 c.p.c. riguardi anche i documenti.

Ritornando per un attimo alla caratteristica peculiare dell'appello c.d. ordinario, e cioè il regime di *critica libera*, va detto che, tuttavia, essa incontra un limite rappresentato dal principio introdotto dall'art. 342 c.p.c., che onera l'appellante, a pena di inammissibilità del gravame, di indicare in maniera specifica i motivi di appello.

---

<sup>20</sup>Sez. Unite, 20 aprile 2005, nn. 8202 e 8203, *sub* nota 15, in cui si è affermato che "Nel rito del lavoro, in base al combinato disposto degli artt. 416, terzo comma, cod. proc. civ., che stabilisce che il convenuto deve indicare a pena di decadenza i mezzi di prova dei quali intende avvalersi, ed in particolar modo i documenti, che deve contestualmente depositare - onere probatorio gravante anche sull'attore per il principio di reciprocità fissato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 13 del 1977 - e 437, secondo comma, cod. proc. civ., che, a sua volta, pone il divieto di ammissione in grado di appello di nuovi mezzi di prova - fra i quali devono annoverarsi anche i documenti -, l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti, e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione (ad esempio, a seguito di riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa del terzo); e la irreversibilità della estinzione del diritto di produrre i documenti, dovuta al mancato rispetto di termini perentori e decadenziali, rende il diritto stesso insuscettibile di reviviscenza in grado di appello. Tale rigoroso sistema di preclusioni trova un contemperamento - ispirato alla esigenza della ricerca della "verità materiale", cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro, teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti che nel giudizio devono trovare riconoscimento - nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ai sensi del citato art. 437, secondo comma, cod. proc. civ., ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, poteri, peraltro, da esercitare pur sempre con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse.

<sup>21</sup>Cass., 7 luglio 2006, n. 15514, già citata *sub* nota 11, la quale ha affermato che nel rito ordinario, con riguardo alla produzione di nuovi documenti in grado di appello, l'articolo 345 comma 3° c.p.c. (nel testo introdotto dall'articolo 52 della legge n. 353 del 1990, applicabile alle controversie iniziate, in primo grado, dopo il 30 aprile 1995) deve essere interpretato quale disposizione introduttiva di un generale principio di inammissibilità, in appello, di tutti i mezzi di prova nuovi, da intendersi cioè tutti quelli dei quali non sia stata richiesta in primo grado la ammissione, per cui anche dei documenti. Tale norma, invero, secondo la Corte, non si limita ad introdurre il detto principio ma, al tempo stesso, ne delimita la cornice applicativa, dal momento che fissa, in via alternativa, le condizioni che, nel caso concreto i documenti (prove costituite) – come del resto le prove costituende – devono soddisfare perché ne sia disposta l'ammissione nel giudizio di appello, ed ovviamente *sub* condizione, a pena di decadenza, della loro produzione nel giudizio di secondo grado tramite loro inequivoca indicazione nell'atto introduttivo del giudizio di secondo grado; salvo che gli stessi siano venuti ad esistenza dopo la introduzione del giudizio di appello, e che risulti necessario produrli visto l'evolversi di tale giudizio. La Corte, poi, passa ad individuare in modo inequivoco le condizioni per l'ammissione dei nuovi mezzi di prova, rappresentate, in via alternativa, dalla prova della impossibilità incolpevole, per le parti, di produrli e/o richiederli in precedenza, oppure ovvero nella circostanza che il giudice ritenga gli stessi indispensabili ai fini del decidere. Infine, viene messa in risalto una significativa differenza tra rito ordinario e rito del lavoro, dipendente dai poteri istruttori officiosi riconosciuti dalla legge al giudice solo nel rito del lavoro, il che rende indispensabile la richiesta di parte nel rito ordinario finalizzata alla ammissione di nuovi mezzi di prova.



Atteso che, seguito della riforma, l'appello è stato ridisegnato in termini di nuovo esame da parte del secondo giudice del materiale istruttorio raccolto in primo grado nonché della decisione resa dal primo giudice, i motivi di appello che ciascuna delle parti che intenda impugnare (in via principale piuttosto che in via incidentale) la decisione di primo grado, costituiscono il fulcro di esso dato che i predetti indirizzano e circoscrivono l'ambito della *revisio* che il giudice superiore è chiamato a svolgere.

In conseguenza, essendo in tal modo delimitato l'ambito del giudizio di appello, tutto ciò che le parti non avranno devoluto al secondo giudice risulterà coperto dal c.d. giudicato interno, preclusivo di ogni successivo esame da parte di qualsivoglia giudice superiore.

I motivi di appello devono essere specifici nel senso che, attraverso l'atto di appello, la parte soccombente deve indicare in modo inequivocabile quali sue domande e/o eccezioni siano state rigettate in primo grado, e per l'effetto, di quali parti (se non, ovviamente, dell'intera decisione) egli chiede la riforma<sup>22</sup>: quale logico corollario, ove tale onere non sia adempiuto, la prima decisione risulterà coperta dal giudicato – anche parziale – in relazione al capo e/o ai capi di essa che non sono stati oggetto di specifica censura e specifica impugnazione.

Essendo il fine del giudizio di appello quello di censurare la sentenza impugnata e non, invece, un vero e proprio nuovo giudizio cui riconoscere un illimitato ed al tempo stesso generale effetto devolutivo, la giurisprudenza<sup>23</sup> ormai da tempo consolidatasi ha individuato, quale conseguenza di tale ricostruzione della struttura e funzione dell'appello, quella per cui, affinché l'atto introduttivo dell'appello possa considerarsi valido – e quindi in grado di rispettare la sua peculiare caratteristica<sup>24</sup>, – deve contenere: a) la precisa individuazione delle statuizioni concretamente impuginate nonché dei limiti dell'impugnazione; b) l'altrettanto precisa esposizione delle ragioni in fatto ed in diritto che l'appellante indica per mettere in discussione la correttezza delle argomentazioni poste a sostegno della sentenza impugnata.

Da tale impostazione ne deriva che l'appello deve necessariamente articolarsi in due parti, la prima c.d. *volitiva* e la seconda, c.d. *argomentativa* cui affidato il compito di confutare e contrastare gli elementi in fatto ed in diritto che il giudice di prime cure ha posto a base della propria decisione.

E allora, l'onere di indicazione specifica dei motivi – secondo tale orientamento – potrà dirsi assolto – solo ove (*id est*, è indispensabile che) l'appello si riveli idoneo a mettere concretamente in evidenza che i fondamenti della prima decisione siano errati, di modo che l'appellante circoscriva il campo dei motivi stessi sotto due profili specifici, che in rapporto di alternatività tra loro, e cioè: i) alla individuazione degli elementi che, a suo dire, determinino la erroneità della prima decisione, e questo quantomeno con riguardo ad una delle statuizioni del primo giudice in ordine ad almeno una delle questioni che il primo ha deciso in un certo modo, ponendole a fondamento della sentenza; ii) ovvero, evidenziando nuovi aspetti, che siano sempre in rapporto causale con la prima decisione – magari non esaminato dal

---

<sup>22</sup>Se dunque lo scopo della previsione è quello di fissare i limiti del nuovo esame che si richiede, l'appellante non potrà esimersi dall'individuare e descrivere gli errori che assume il primo giudice abbia commesso con la decisione impugnata, rivelandosi al contrario del tutto inidonei allo scopo eventuali contestazioni vaghe e generiche, la sola affermazione della erroneità della prima decisione.

<sup>23</sup>Sez. Unite, 29 gennaio 2000, n. 16, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 750; Cass. 20 agosto 2003, n. 12218, in *Foro it.*, 2003, I, 3330 e ss.; da ultimo, Cass., 24 marzo 2006, n. 6630, in CED, Cassazione, 2006, la quale ultima in particolare ha affermato che "In tema di processo di appello, in ossequio al principio del "tantum devolutum quantum appellatum" di cui all'articolo 342 cod. proc. civ., il quale importa non solo la delimitazione del campo del riesame della sentenza impugnata ma anche l'identificazione, attraverso il contenuto e la portata delle censure, dei punti investiti dall'impugnazione e delle ragioni per le quali si invoca la riforma delle decisioni, i motivi debbono essere tutti specificati nell'atto di appello (con cui si consuma il diritto di impugnazione), sicché restano precluse nel corso dell'ulteriore attività processuale sia la precisazione di censure espresse nell'atto di appello in modo generico, che la possibilità di ampliamenti successivi delle censure originariamente dedotte".

<sup>24</sup>Quella, cioè, di individuare e descrivere in modo necessariamente specifico le ragioni per le quali viene impugnata la decisione del primo giudice, così come richiede l'art. 342, 1° c.p.c.



primo giudice – i quali, se al contrario fossero stati presi in considerazione, avrebbero potuto indurre il giudice di primo grado ad una decisione diversa, anche opposta a quella impugnata.

Ove l'appellante non rispetti tali prescrizioni, violando quella scelta che emerge da una indubbia *voluntas legis* - quale si ricava dalla lettura in combinato degli artt. 346 e 342, 1° c.p.c. – e consistente nell'aver voluto, il legislatore, limitare l'esame della controversia da parte del giudice di appello alla sola iniziativa (in termini <volitivi> ed <argomentativi>) il relativo gravame sarà improduttivo dell'effetto che la Legge gli attribuisce, siccome improduttivo di ogni e qualsivoglia effetto devolutivo in relazione all'ambito di cognizione attribuito al giudice investito dell'appello, come sostenuto anche da vari autori.<sup>25</sup>

E del resto con la sentenza n. 16 del 2000, le Sezioni Unite hanno individuato nell'inammissibilità la conseguenza sanzionatoria dell'omessa o insufficiente esposizione dei motivi specifici a sostegno dell'appello, e la correlata impossibilità di ogni successiva sanatoria, essendo indispensabile che i motivi<sup>26</sup> siano circoscritti e specificati nell'appello, il cui esercizio provoca la c.d. *consumazione* del relativo diritto<sup>27</sup>, escludendo che, successivamente, durante il processo che si svolge in conseguenza del proposto appello, i motivi come formulati nell'appello possano sia essere precisati e specificati (se genericamente formulati) sia oggetto di loro estensione rispetto alla formulazione originaria degli stessi come proposta nell'appello.

La decisione cui sono pervenute nell'ormai lontano 2000 le Sezioni Unite appare chiaramente fare proprio quanto sostenuto da autorevole dottrina, per la quale “*in una concezione strutturale dell'appello come revisio prioris instantiae il ruolo dei motivi e la loro specificità assurge alla funzione di individuare davvero l'oggetto della nuova pronuncia, vale a dire di circoscrivere – al modo di una apposita domanda – il compito di sindacato rimesso al nuovo giudice nei confronti direttamente della sentenza appellata*”<sup>28</sup> così che, in sostanza, viene individuata tale conseguenza poiché l'atto di appello privo dei requisiti in questione si rivela inidoneo al raggiungimento dello scopo, e come tale meritevole di censura anche sotto il profilo di cui all'art. 156, 2° c.p.c.

In proposito va evidenziato che, se per un verso non può negarsi come la sanzione della inammissibilità non trova oggi una esplicita definizione in una espresa norma di diritto positivo,<sup>29</sup> sia in termini di sua individuazione sia in termini di individuazione delle conseguenze giuridiche di esso, per altro verso è altrettanto innegabile che esso è previsto dall'ordinamento positivo in relazione a fattispecie specifiche che – e non appare un caso – riguardano le impugnazioni.

In tali ipotesi, infatti, è significativo riscontrare che l'ordinamento ricollega tale sanzione quale conseguenza della mancanza, nell'atto introduttivo del giudizio impugnatorio, di specifici requisiti che, al contrario, avrebbero dovuto essere inderogabilmente rispettati.

Appare evidente, allora, che il legislatore ha inteso costruire, anche senza farla palese, quella della inammissibilità come una sanzione che spiega i suoi effetti giuridici avendo come parametro di riferimento per il suo operare proprio l'atto introduttivo del giudizio di impugnazione, per essere tale atto o in assoluto insuscettibile di sanatoria ovvero, se la sanatoria risulti possibile, nel caso specifico

<sup>25</sup>BALENA G., *Nuova pronuncia delle sezioni unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui*, in *Foro it.* 2000, I, c. 1606; CONSOLO C., *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo (una disciplina in crisi)*, in *Jus*, 1997, p. 93 e ss.

<sup>26</sup>La cui ragione di essere consiste nell'individuare quelle che sono le statuizioni della prima decisione che l'appello va a censurare nonché gli elementi di fatto e di diritto posti per converso, a sostegno della richiesta di riforma della decisione.

<sup>27</sup>Di guisa che, ai sensi dell'art. 356 c.p.c., l'appello dichiarato inammissibile (ovvero improcedibile) non può essere riproposto, anche se non è decorso il termine fissato dalla legge.

<sup>28</sup>CONSOLO, *op. ult. cit.*

<sup>29</sup>Atteso che il d.lgs n. 5/2003, che all'art. 20, 2° comma prevedeva espressamente, per il rito societario, la sanzione dell'inammissibilità dell'appello per violazione del principio della specificità dei motivi, è stato abrogato dalla l. 69/2009 a partire dal 4 luglio 2009.



non sia stata realizzata: in conseguenza tale sanzione si pone è in diretta relazione con gli eventuali vizi che interessino il giudizio di appello, allorchando gli stessi si rivelino ostativi, per il secondo giudice, dell'esame del merito del gravame.

Se questi sono gli elementi che assurgono a sostegno della inammissibilità, non può seriamente dubitarsi della possibilità di fare ricorso ad essa in via analogica ogni volta in cui ricorra, appunto, il fondamento del ricorso alla analogia, e cioè l'*eadem ratio*.

La quale ultima si appalesa, ovviamente, in relazione ad un atto di appello che difetti dei motivi specifici – sia in quanto del tutto carenti, sia perché, comunque, formulati in modo inidoneo ovvero insufficiente, sempre in relazione allo scopo da raggiungere): in tale prospettiva, allora, sia che l'appellante ometta del tutto di indicarle, sia che non riesca a specificare a sufficienza le proprie ragioni di dissenso che egli avanza nei confronti della decisione del primo giudice, in entrambe i casi non mette a disposizione del giudice superiore il c.d. *materiale di cognizione* su cui quest'ultimo è chiamato a svolgere la sua attività di cognizione e conseguente decisione; conseguenza di tanto si rinviene nel fatto che un atto di appello, quand'anche descriva il tema della decisione, tuttavia, manchi della specifica individuazione di quelli che sono i motivi di censura posti a fondamento del proposto gravame, impedisce al secondo giudice l'esame nel merito di quanto devoluto alla sua cognizione.

Se pertanto si conviene sul fatto che la violazione del principio della specificità dei motivi è fonte del passaggio in giudicato della sentenza impugnata - siccome discendente dal dedotto vizio - poiché da essa deriva per il giudice dell'appello la impossibilità di accedere alla valutazione nel merito dell'impugnazione, allora non è ammissibile né tantomeno anche solo ipotizzabile qualsivoglia sanatoria a posteriori, poiché la notifica di un atto di appello che presenti tale vizio ha causato la consumazione del diritto di impugnare, dal momento che per effetto del principio della consumazione dell'appello, il contenuto di esso deve obbligatoriamente essere concentrato in un unico atto.

Infine, non va trascurato che l'appellante, oltre all'onere previsto dall'art. 342 c.p.c., è gravato anche da quello di cui all'art. 346 c.p.c., in forza del quale egli è tenuto a riproporre espressamente in appello tutte quelle sue domande e/o eccezioni non accolte in primo grado,<sup>30</sup> poiché altrimenti si intenderanno rinunziate.

Infatti, la disposizione da ultimo richiamata introduce, in sostanza, una presunzione *iuris et de jure* di rinuncia ad esse, che tuttavia a mio parere incontra una eccezione rappresentata dalla eventuale contumacia dell'appellato, dal momento che il giudice d'appello dovrà comunque esaminare d'ufficio domande ed eccezioni proposte dal predetto nel primo giudizio, anche nel caso di mancata costituzione di quest'ultimo nel giudizio di appello.

Per costante orientamento della S.C.,<sup>31</sup> l'appellante che assolve all'onere posto a suo carico dall'art. 346 c.p.c., non è vincolato, nel farlo, da una forma specifica e predeterminata, a monte, da una norma di

---

<sup>30</sup>Mentre per domanda non accolta deve intendersi quella rigettata, ritenuta assorbita o comunque non esaminata in primo grado, eccezioni non accolte sono quelle che il primo giudice ha respinto, ovvero ritenute assorbite o, ancora, pretermesse: rispetto ad esse – al pari delle domande - sussiste un preciso onere di espressa loro riproposizione, indipendentemente dalla loro natura, di rito oppure di merito; anche se, va detto, la giurisprudenza sostiene che il giudice di appello debba sempre esaminare, anche *ex officio* ed in assenza di espressa riproposizione, le eccezioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito.

<sup>31</sup>Cass., 11 maggio 2009, n. 10796, in *Il Sole 24 Ore*, *Guida al Diritto*, 2009, 9, p. 95, in cui la Corte ha evidenziato che “*In mancanza di una norma specifica sulla forma nella quale l'appellante che voglia evitare la presunzione di rinuncia ex articolo 346 del cpc deve reiterare le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, queste devono essere riproposte in qualsiasi forma idonea a evidenziare la volontà di riaprire la discussione e sollecitare la decisione su di esse. Tuttavia, pur se libera da forme, la riproposizione deve essere fatta in modo specifico, non essendo al riguardo sufficiente un generico richiamo alle difese svolte e alle conclusioni prese davanti al primo giudice*”.



diritto positivo, che infatti non esiste; se tanto è vero, non può trascurarsi di evidenziare, di contro, come la Suprema Corte abbia espressamente chiarito che le difese non esaminate e/o non accolte in primo grado, al fine di poter essere esaminate dal giudice superiore, vanno specificamente riproposte, cioè ad una ad una, con loro altrettanto specifica descrizione: infatti, i giudici di legittimità hanno escluso che, per l'appellante, il mero – e nulla più – richiamo di tutte le difese svolte in primo grado, sia per lui sufficiente ad evitare il sorgere, in suo danno, della presunzione di tacita rinunzia prevista dall'art. 346 c.p.c.

Per concludere allora sul punto, tenuto presente che, per un verso, attraverso il mezzo di impugnazione rappresentato dall'appello, l'ordinamento offre alla parte soccombente la possibilità di chiedere (purché nei modi innanzi evidenziati) che vengano emendati errori che inficiano la prima decisione e che, tuttavia, necessitano per la loro valutazione ed eventuale correzione, di un nuovo giudizio e che, per altro verso, dato il c.d. *effetto sostitutivo*, la decisione del secondo giudice quand'anche risulti, nel suo contenuto, perfettamente identica e coincidente a quella di primo grado, prende il posto di quest'ultima, con l'appello si attua il modello del c.d. *doppio grado di giurisdizione*.<sup>32</sup>

Così descritti i peculiari caratteri dell'appello a critica libera, gli stessi denotano una rilevante differenza con il diverso regime della critica vincolata di cui all'art. 339, 3° c.p.c.: infatti, in tale ultima ipotesi è stato il legislatore a predeterminare, in astratto, le possibili censure esperibili contro la decisione del giudice di pace resa ai sensi dell'art. 113, 2° comma c.p.c.

In conseguenza, potrebbe allora dirsi che il legislatore è passato, in sostanza, dal principio della specificità dei motivi (ma liberi e non predeterminati *ex ante*) ai motivi specifici di appello previsti dall'art. 339, 3° comma c.p.c., nei quali a mio parere potrebbe ravvisarsi una estremizzazione del più generale principio di cui all'art. 342 c.p.c.

Simile ricostruzione dell'assetto dei rapporti tra le due tipologie di appello porterebbe a ritenere che la differenza tra le due ipotesi, pur indubbiamente esistente, non è così netta e profonda come potrebbe sembrare *prima facie*.

Quanto sopra a maggiore ragione ove si consideri che le possibilità di applicazione pratica del nuovo strumento di impugnazione introdotto dalla riforma, in realtà, vanno ben al di là di quanto lascerebbero ritenere i motivi specifici che concorrono a qualificarlo come rimedio impugnatorio a *critica vincolata*.

\*\*\*\*\*

5. Anche a seguito della riforma del 2006 e nonostante, come detto, la portata estremamente ampia del suo ambito applicativo, al di là di ciò che potrebbe ritenersi guardando alla sola *littera legis*, possono individuarsi non poche ipotesi di sentenze, del Giudice di Pace ma anche del Tribunale, che residuano inappellabili *ex lege*, ipotesi che qui brevemente si ricordano: a) decisioni rese dal giudice di pace secondo la equità prevista dall'art. 114 c.p.c. (concorde richiesta delle parti in cause relativi a diritti disponibili); b) decisioni rese, sempre dal predetto giudice, nelle cause di valore entro € 1.100,00 che non riguardino i contratti di massa, e per ragioni diverse dalla violazione delle norme sul procedimento, dei principi comunitari e/o costituzionali, ed infine dei principi regolatori della materia; c) decisioni rese dal giudice di pace all'esito dei giudizi di opposizione alle sanzioni amm.ve ex l. 689/1981, alle quali per espressa volontà legislativa è esclusa l'applicabilità del giudizio di equità, con

---

<sup>32</sup>Principio che, tuttavia, nel nostro ordinamento oltre a non rinvenire espressa previsione a livello costituzionale, nemmeno può dirsi preesistente rispetto alle norme processualcivili che disciplinano detto tipo di impugnazione e che, al contrario, viene fuori dall'esame dell'assetto della disciplina del codice di procedura, da cui emerge che, attualmente ed almeno a livello potenziale, sono due i giudici di merito che possono occuparsi della medesima controversia, esaminandola nel merito: questo sia perché, in alcune ipotesi, il giudice dell'appello ove quello di prime cure abbia erroneamente definito il giudizio accogliendo una eccezione sul rito, il secondo giudice dovrà decidere la controversia nel merito, non potendola rimettere al primo giudice; sia perché, in altri casi, ugualmente dovrà esaminare nel merito domande e/o eccezioni proposte in primo grado e che, tuttavia, non siano state esaminate dal giudice di prime cure.



conseguente loro impugnabilità solo in cassazione; d) sentenze del tribunale che abbiano deciso una controversia individuale in materia di lavoro e/o di previdenza oppure assistenza obbligatoria, se di valore non superiore ad € 258,23; e) sentenze del tribunale rese in fattispecie c.d. *omisso medio*,<sup>33</sup> in cui le parti si siano accordate per proporre direttamente il ricorso per cassazione, che in tal caso risulterà proponibile per violazione e/o falsa applicazione di norme di legge; f) sentenze in materia di opposizione agli atti esecutivi, che con la riforma delle esecuzioni del 2006, sono state accomunate a quelle in materia di opposizione alla esecuzione in termini di non appellabilità e quindi possibilità di loro impugnazione in cassazione *ex art. 111. comma 7 Cost.* (cioè per violazione e/o falsa applicazione di legge) mentre queste ultime, con la riforma *ex l. 69/09*, sono state nuovamente considerate *ex lege* appellabili; g) le sentenze che statuiscano in ordine alla nullità o meno del lodo arbitrale (dato che in tale ipotesi è la corte di appello che decide, per cui non potrebbe essere la corte di appello giudice d'appello contro un proprio provvedimento).

\*\*\*\*\*

6) Esaminando la giurisprudenza di merito e legittimità che nella materia si è formata, con riguardo alle decisioni della S.C., si riportano : I) Sezioni Unite, 16 giugno 2006, n. 13917,<sup>34</sup> la quale si segnala per avere fissato, nella specifica materia, un importante principio di diritto, consistente nell'affermazione per cui è la domanda il parametro di riferimento per la individuazione di quale impugnazione esperire nei confronti delle sentenze del giudice di pace : per la Suprema Corte, infatti, la domanda va esaminata sotto un duplice profilo, ovvero sia con riferimento al valore della stessa come determinato ai sensi degli artt. 10 e ss. c.p.c., sia sotto il profilo dell'aver la stessa ad oggetto, o meno, il rapporto contrattuale concretamente dedotto (se cioè si tratti di un contratto c.d. *di massa* oppure no). Con tale decisione, dunque, le Sezioni Unite hanno escluso che, al fine innanzi richiamato, dovesse aversi riguardo al concreto contenuto della decisione del giudice onorario nonché all'aspetto del criterio decisionale che il giudice di pace abbia inteso adottare (ovvero se abbia pronunciato secondo equità oppure secondo diritto) contestualmente relegando il ricorso al criterio (adottato in precedenza e superato dalla predetta decisione a sezioni unite) quello dell'apparenza, ad ipotesi sicuramente residuali, ed individuate nei casi in cui, rispettivamente, il giudice di pace abbia posto a base della decisione detto valore della domanda, oppure la stessa si fondi su un contratto rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 1342 c.c.; II) ordinanza n. 13019 del 4 giugno 2007<sup>35</sup> della terza sezione, con cui la S.C. è pervenuta alla conclusione per cui l'appello a motivi limitati di cui all'art. 339, 3° comma c.p.c. risulta essere l'unico mezzo di impugnazione ordinario (con esclusione della revocazione ordinaria) nei confronti delle decisioni rese dal giudice di pace secondo equità ai sensi dell'art. 113, 2° comma c.p.c., mettendo in evidenza che a tale risultato interpretativo è giustificato da : a) ragioni di coerenza sistematica, che portano ad escludere la ipotizzabilità di un concorso di mezzi di impugnazione non

<sup>33</sup>Rappresentate dalle ipotesi in cui le parti si siano accordate per rinunciare all'appello, e quindi al secondo grado di giudizio.

<sup>34</sup>In *Foro it.*, 2007, 5, pg. 1366, pt. I, annotata da P.C. Ruggieri : con tale pronuncia le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto giurisprudenziale che si era venuto a creare con riguardo ai criteri di individuazione del mezzo di impugnazione avverso le sentenze del giudice di pace secondo l'originaria formulazione degli artt. 339 e 113 cod. proc. civ., antecedente alle modifiche introdotte per effetto del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, statuendo la inammissibilità del ricorso per cassazione nei confronti di una decisione del giudice di pace avente ad oggetto un rapporto contrattuale di fornitura idrica sorto in forza di un contratto rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 1342 c.c., dal momento che, a base di tale pronuncia, il giudice onorario non aveva espressamente posto né il valore della controversia, e nemmeno la peculiare natura del contratto posto a base del rapporto poi sottoposto alla sua cognizione, per cui la decisione in questione doveva essere impugnata con l'appello; conforme a tale pronuncia è la successiva decisione n. 4061 del 21 febbraio 2007 della S.C.

<sup>35</sup>Su CED, Cassazione, 2007.



solo per gli stessi motivi, ma anche per motivi che, rispetto a quelli ammessi in riferimento ad un mezzo, rappresenterebbero una estensione di questi ultimi; b) dalla lettura dell'art. 360 c.p.c. nuovo testo, il cui primo comma delimita espressamente l'ambito applicativo dello strumento impugnatorio rappresentato dal ricorso per cassazione, circoscrivendolo alle sole sentenze in grado di appello ovvero in grado unico, caratteri che non possono riconoscersi alla sentenza pronunciata dal giudice di pace ai sensi dell'art. 113, 2° comma c.p.c., c) infine, la S.C. esclude l'esperibilità di un ricorso per cassazione, avverso tali decisioni, che sia fondato sul combinato disposto dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e art. 360, ultimo comma, c.p.c.<sup>36</sup>; rileva infatti la S.C. che l'appellabilità, anche se per i soli motivi di cui all'art. 339, 3° comma c.p.c., della sentenza resa dal giudice di pace ai sensi dell'art. 113, 2° comma c.p.c., colloca simile decisione al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 360, ultima comma c.p.c.; questo perchè tale ultima previsione si riferisce esclusivamente a quelle sentenze ovvero a tutti quei provvedimenti che tali sono dal punto di vista sostanziale nei cui confronti la legge non abbia predisposto alcun mezzo di impugnazione, strumento che invece è stato espressamente previsto dal legislatore ai sensi dell'art. 339, 3° comma c.p.c.; senza poi trascurare che la decisione resa all'esito di tale giudizio è, a sua volta, impugnabile con ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c. trattandosi di sentenza d'appello; III) sentenza del 21 settembre 2007, n. 19536 con la quale la S.C., affrontando la tematica relativa alla decisione, da parte del giudice di pace, di due distinte domande, una a decidersi secondo equità ed un'altra, invece, secondo diritto, ha affermato un importantissimo principio di diritto. Tale principio consiste nel riconoscimento che, allorquando vi sia un fatto comune a due domande proposte davanti al giudice di pace, principale e riconvenzionale, e di cui una va decisa secondo diritto e l'altra secondo equità, la connessione tra le stesse - derivante dal fatto comune di cui è richiesto l'accertamento e per cui l'accoglimento dell'una implichi il rigetto dell'altra e viceversa<sup>37</sup> - comporta che entrambe le domande vadano decise secondo diritto. Il prevedibile quanto inevitabile riflesso di tale ricostruzione si rinviene in termini di impugnazione della decisione, soggetta pertanto ad appello e non a ricorso per cassazione, infatti dichiarato inammissibile nel caso di specie; IV) da ultimo, va segnalata la ordinanza n. 19518 della terza sezione, del 14 settembre 2010,<sup>38</sup> con cui la S.C. ribadisce il proprio precedente orientamento, secondo cui la impugnazione delle sentenze rese dal giudice di pace nell'esercizio della giurisdizione equitativa ai sensi dell'art. 113, 2° c.c., va effettuata prendendo a riferimento la domanda (cioè il valore di essa) e non in base al contenuto della decisione, per cui cassa la decisione resa in appello dal Tribunale;<sup>39</sup> nell'annullare la sentenza di appello, la Corte mette in evidenza che l'accertamento della esistenza o meno della connessione costituiva il presupposto logico inscindibile per la decisione secondo equità da parte del giudice di pace, ed in particolare evidenzia come, essendo ancora pendente il termine per la proposizione dell'appello avverso la sentenza parziale, la regola di decisione sulla domanda principale rimessa sul ruolo dal giudice di pace non poteva che restare quella

<sup>36</sup>Tale disposizione, infatti, riconosce la possibilità di esperire ricorso per cassazione nei confronti di sentenze ed altri provvedimenti, da queste ultime diversi, per i quali - a norma del settimo comma dell'art. 111 Cost. - è consentito il ricorso in cassazione per violazione di legge per tutti i motivi di cui al primo comma e, quindi, nelle intenzioni del legislatore, anche per quello di cui al n. 5 citato.

<sup>37</sup>Cass., 26 febbraio 2003, n. 2889, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto*, 2003, 12, p. 34, in cui la S.C. ha affermato "Proposte al giudice di pace una domanda che rientra nella sua competenza per valore e da decidersi secondo equità e una domanda riconvenzionale che appartiene alla competenza del tribunale, la domanda principale subisce modificazione del proprio regime di competenza in quanto tra la domanda principale e quella riconvenzionale vi sia connessione. Tale connessione non sussiste quando la decisione sulle due domande non richieda l'accertamento di identici fatti costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi, sì che l'accoglimento o il rigetto dell'una non implichi rigetto e accoglimento dell'altra".

<sup>38</sup>In CED, Cassazione, 2010.

<sup>39</sup>Che aveva rigettato l'appello dichiarandolo inammissibile sul rilievo che l'unico mezzo esperibile nella fattispecie era il ricorso per cassazione.



secondo diritto. Il presupposto di tale statuizione viene individuato e valorizzato dalla Corte nella evidente contraddizione che risulterebbe ove si ritenesse ammissibile che una decisione definitiva possa venir resa equitativamente nonostante sia stata preceduta, nel medesimo giudizio, da altra decisione parziale invece resa secondo diritto, la quale ultima costituisce l'indispensabile presupposto della seconda. Inoltre, sempre secondo i giudici di legittimità, la evidenziata contraddizione nemmeno poteva ritenersi superata ipotizzando che, per il giudice di pace, l'obbligo di rendere la decisione definitiva secondo diritto sia potuto cadere allorché è divenuta non più impugnabile la decisione parziale: a tanto ostava, invero, il rilievo che l'essere divenuta non più modificabile la decisione parziale, resa secondo diritto e che rappresenta il presupposto di quella definitiva, rende impossibile ritenere che quest'ultima, invece, possa essere resa adottando una regola di giudizio del tutto diversa; alla luce di tale ricostruzione, pertanto, decisione parziale e decisione definitiva dovevano, per la Cassazione, essere appellate.

Tra le pronunzie di merito, vanno segnalate due interessanti decisioni di giudici campani; 1) la prima<sup>40</sup>, in cui il tribunale, in una controversia avente ad oggetto risarcimento danni derivanti da trasporto marittimo e decisa in primo grado con la condanna del vettore da parte del giudice di pace, accogliendo il gravame riconosce, invece, la intervenuta prescrizione del diritto per effetto delle previsioni specifiche del Codice della Navigazione. Rileva infatti il giudice campano che, stante la riconosciuta natura contrattuale del rapporto, il codice della navigazione<sup>41</sup> stabilisce un determinato termine di prescrizione, che riconosce ampiamente decorso nel caso in esame, per cui in riforma della sentenza di primo grado, che invece aveva accolto la domanda, rigetta la stessa e condanna dell'appellato alla restituzione delle somme incassate per sorta capitale e onorari.

Tale decisione merita a mio parere di essere condivisa e segnalata, sui seguenti rilievi: a) l'appellante ha censurato la decisione del giudice di prime cure criticando la qualificazione giuridica della domanda e gli effetti derivanti da ciò, deducendo inoltre che l'attore ha agito a titolo contrattuale (allegando che l'attore ha invocato la responsabilità vettoriale della Snav) e che non è ipotizzabile il concorso dell'azione contrattuale con quella extracontrattuale; b) nella prospettazione dell'appellante, i principi regolatori della materia criticati (prescrizione, concorso tra illecito aquiliano ed illecito contrattuale e limitazione della responsabilità) sono quelli relativi alla responsabilità contrattuale, che si assumono violati in quanto si ritiene, a monte, che il giudice di pace abbia erroneamente qualificato la domanda come proposta a titolo di responsabilità extracontrattuale.; c) il tribunale al riguardo puntualizza che, tuttavia, l'erronea qualificazione giuridica non determina violazione di un principio regolatore, bensì la inesatta individuazione della materia: ad essa consegue la violazione dei presupposti per il corretto esercizio del giudizio di equità nonché la difettosa identificazione dei principi regolatori della materia da applicare al caso concreto; d) in conseguenza, l'aver errato nell'individuare la materia oggetto del contendere è il primo errore, dal quale discende come inevitabile corollario la violazione, appunto, dei presupposti per un corretto svolgimento del giudizio equitativo e, pertanto, l'altrettanto erronea individuazione dei principi regolatori del caso concreto; infatti, l'aver il primo giudice qualificato l'azione come extracontrattuale (invece che come indiscutibilmente contrattuale) ha comportato l'erronea individuazione dei principi regolatori del caso concreto, dal momento che si è ritenuta applicabile la regola prevista in tema di prescrizione del danno da responsabilità aquiliana, ovvero l'art. 2947 c.c., e non quello che – sul presupposto della esatta individuazione della materia, consistente nella qualificazione dell'azione come a titolo contrattuale, in virtù dell'intercorso contratto di trasporto – era il corretto principio regolatore della materia nel caso specifico, e cioè l'art. 438 cod. nav., con il correlato termine semestrale di prescrizione.

<sup>40</sup>Tribunale Torre Annunziata, Sez. Dist. Sorrento, giudice dr. F. Coppola, del 21 maggio 2010, inedita.

<sup>41</sup>All'art. 438 relativamente al trasporto di cose, è previsto un termine di prescrizione di 6 mesi che decorre dal giorno in cui è avvenuta la riconsegna di esse.



Un ulteriore motivo di interesse suscitato dalla decisione consiste, a mio parere, nella ricostruzione operata dal giudice in ordine all'oggetto del giudizio che il tribunale, investito con l'appello ai sensi dell'art. 339,3° c.p.c., deve compiere in relazione alla sentenza del giudice di pace.

Infatti, come correttamente rilevato dal tribunale, il giudizio di equità può ritualmente esplicitarsi solo laddove il giudice abbia correttamente ricondotto il rapporto nell'ambito della materia a cui esso afferisce sul piano giuridico, il che non è avvenuto nel caso di specie, avendo il primo giudice errato nel qualificare la azione proposta dalla parte attrice.

In conseguenza, la richiamata operazione interpretativa si pone quale indispensabile *antecedente* logico rispetto alla individuazione della regola di giustizia del caso concreto da applicare alla fattispecie. Pertanto, come pure affermato in dottrina, anche il giudice di equità è vincolato nel momento della qualificazione giuridica e dell'accertamento del fatto alla norma di diritto, mentre la sua libertà si esplica nel momento successivo a quello della operazione precedentemente indicata, e rappresentato dalla determinazione degli effetti giuridici.

Secondo il tribunale, allora, il 2° comma dell'art. 113 c.p.c., nella qualificazione del fatto, vincola alla norma di diritto il giudice secondo equità, ed in conseguenza ne limita la sua libertà, che altrimenti potrebbe facilmente trasmodare in arbitrio.

Ne deriva che il controllo da svolgersi da parte del giudice dell'appello deve doverosamente estendersi anche alla verifica del se il primo giudice abbia o meno accertato correttamente la qualificazione giuridica del fatto.

Ove invece si intendesse negare tale potere/compito del giudice d'appello, il risultato sarebbe senza dubbio paradossale e contrario ad ogni logica, dal momento che si verrebbero a ritenere appellabili le sentenze in caso di violazione dei principi regolatori della materia ed, invece, inappellabili quelle pronunce in cui la violazione concerna l'individuazione della materia a cui applicare quei principi, accertamento che si pone a monte rispetto a quello della verifica circa la corretta applicazione o meno dei predetti principi.

Semplificando, il potere/dovere del giudice di appello di accertare l'avvenuta corretta applicazione ovvero la violazione – nel caso sottoposto al suo esame - dei principi regolatori della materia non può prescindere dalla verifica, a monte, del corretto – o errato - inquadramento della fattispecie da parte del primo giudice.

Tanto perché il predetto accertamento si configura come e costituisce indubbiamente, altresì, il necessario antecedente logico della applicazione dei principi regolatori della materia i quali, se la materia del contendere è stata erroneamente individuata dal primo giudice, si riveleranno anche loro, inevitabilmente, erroneamente individuati ed altrettanto erroneamente applicati.

Su tale premessa, allora, è opinione di chi scrive che, in sostanza, il legislatore abbia ritenuto implicitamente come contenuta, nella verifica da parte del Tribunale circa la corretta applicazione dei principi regolatori, anche quella, ad essa preliminare, sulla corretta individuazione della fonte degli stessi, ovvero la materia oggetto del contendere; II) la seconda pronunzia di merito è stata resa da un altro tribunale campano<sup>42</sup> in una controversia in tema di decreto ingiuntivo richiesto da un amministratore di condominio per una sola annualità di suoi compensi professionali, invece relativi a 3 pregresse annualità: il giudice di pace in primo grado rigetta l'opposizione a decreto ingiuntivo proposta dal condominio, con motivazione senza dubbio contraddittoria, dal momento che, pur riconoscendo l'avvenuto frazionamento di un credito unitario, tuttavia avendo la controversia valore di € 253,93, decide secondo equità *ex* art. 113,2° c.p.c. e rigetta l'opposizione.

In conseguenza, nel resistere al gravame proposto dal condominio, l'amministratore del condominio aveva eccepito per tali ragioni (valore della domanda e decisione secondo equità) l'inammissibilità dell'appello.

---

<sup>42</sup>Tribunale S. Maria Capua Vetere, 10 settembre 2010, n. 3171 su [www.altalex.com](http://www.altalex.com).



Viene invece statuita dal tribunale quale giudice del gravame l'applicabilità art. 339, 3° c.p.c, come modificato dal d.lgs 40/2006, per cui il frazionamento di un credito sin dall'origine unitario viene riconosciuto come, al tempo stesso, integrare la violazione di un principio regolatore del diritto delle obbligazioni – costituito dalla buona fede(oggettiva) nella esecuzione del rapporto obbligatorio, in contrasto con i principi di correttezza e buona fede che devono improntare il rapporto in ogni sua fase, dal sorgere a quella della esecuzione giudiziale<sup>43</sup> - sia del principio costituzionale del giusto processo, ex art. 111 Cost., rispetto al quale il frazionamento configura ipotesi di abuso del diritto<sup>44</sup>(del processo in questo caso) sotto vari profili: i)il concreto pericolo di peggiorare la posizione del debitore(sia per il prolungamento del vincolo coattivo cui dovrebbe sottostare per liberarsi integralmente dall'obbligazione, sia per l'aggravio di spese conseguente alla necessità di doversi difendere in plurimi processi); ii) il rischio sempre possibile di giudicati contrastanti; iii)ancora, poiché tale condotta è contraria anche al principio di ragionevole durata del processo, contrastato e messo in pericolo dalla indiscriminata ed ingiustificata moltiplicazione di essi.

Infine, va segnalato che il tribunale aderisce, in termini di pronunzia giudiziale sulla domanda che si accerti essere stata proposta in violazione del principio della in frazionabilità di un credito unitario, all'orientamento prevalente manifestato dalla S.C.<sup>45</sup> e seguito dalla maggior parte dei giudici di merito, revocando il d.i. opposto e dichiarando la improponibilità della pretesa creditoria per come azionata dall'opposto.

\*\*\*\*\*

7. Esaminando brevemente la decisione emarginata, edita su *Il caso.it*,<sup>46</sup> si rileva come il Tribunale oplontino ha riformato in appello la pronunzia del giudice di pace con cui il magistrato onorario aveva deciso una controversia, alquanto singolare in verità, in cui un soggetto si assumeva danneggiato dalla condotta di una Impresa assicuratrice che, nel corrispondergli il risarcimento di un danno da circolazione stradale, sarebbe stata inadempiente non rispettando la volontà manifestata dal creditore di non ricevere il pagamento a mezzo assegno non trasferibile volontà manifestata sin dalla lettera di costituzione in mora per il risarcimento dei danni assunti sofferti, ed in quanto non titolare di conto

---

<sup>43</sup> Da ultimo, Cass., 29 novembre 2009, n. 24539, *Il Sole 24 Ore*, *Guida al Diritto*, 2010, 4, p. 42, ha avuto modo di riaffermare con forza il principio, già fissato a fine 2007 dalle Sezioni Unite con la nota decisione n. 23726, per il quale è fatto divieto al creditore di una somma di denaro, che sia tale sulla scorta di un rapporto obbligatorio unico, di suddividere il credito originariamente pretendendone il pagamento con il ricorso a molteplici azioni, sia contestuali sia successive, in quanto tale condotta integra gli estremi dell'abuso del processo, e le domande proposte in violazione del riconosciuto divieto di frazionamento sono da dichiararsi improponibili.

<sup>44</sup> In tema di frazionamento di credito unitario e abuso del processo, sia consentito rimandare al mio precedente *Giusto processo e frazionamento di un credito unitario*, nota a Tribunale Mantova, 3 novembre 2009, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it)

<sup>45</sup> Cass., 29 novembre 2009, n. 24539, *sub nota* 34, in cui si è affermato “Non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione peggiorativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale. In conseguenza del suddetto principio, pertanto, tutte le domande giudiziali aventi ad oggetto una frazione di un unico credito sono da dichiararsi improponibili”.

<sup>46</sup> Repertorio di giurisprudenza, I, ottobre 2010.



corrente bancario e/o postale: ciò nonostante, l'Impresa di assicurazione ha messo a disposizione dello stesso la somma concordata e dallo stesso accettata, pari ad € 750,00 mediante assegno di traenza con clausola di non trasferibilità.

In particolare, l'attore ha contestato alla impresa assicuratrice l'inadempimento contrattuale ex art. 1197 c.c. per avere eseguito una prestazione diversa da quella dovuta, nonché la violazione delle regole di correttezza e buona fede ex art. 1175, 1176 e 1375 c.c. !

L'impresa assicuratrice si è difesa invocando la correttezza ed esattezza del proprio adempimento.

Il giudice di pace riconosce la correttezza dell'adempimento, rigettando la domanda attorea. La scarsa decisione di primo grado, data la peculiarità della controversia, offre l'occasione per l'esame di alcuni aspetti della vicenda che appaiono comunque di interesse per la frequenza in cui nella prassi dei rapporti commerciali si verificano e/o potrebbero verificarsi situazioni simili.

Innanzitutto, le caratteristiche dell'assegno bancario (o circolare) con clausola di non trasferibilità: nella fattispecie, si tratta di assegno bancario di traenza e quietanza, molto simile all'assegno circolare in quanto viene emesso a fronte di fondi precostituiti.

Tale tipologia di assegno è utilizzabile per il solo fine per il quale è stato emesso, ovvero per il trasferimento di denaro verso soggetti dei quali non si conoscono i riferimenti bancari.

Gli assegni di traenza sono tipicamente usati dagli enti pubblici di tesoreria e dalle aziende per i rimborsi o gli accrediti, come i vari gestori (Telecom, Enel, fornitori di gas, etc.) ovvero dalle imprese assicurative per eseguire il materiale pagamento del risarcimento dei danni conseguenti a sinistri provocati dalla responsabilità dei propri assicurati.; i titoli in questione vengono emessi con la clausola "non trasferibile" e hanno una validità prefissata e inderogabile, per cui devono essere incassati entro il termine in essi indicato, altrimenti perdono di validità, e per essi sono previste due firme del beneficiario, da apporre prima dell'incasso.

L'utilizzo di tale mezzo di pagamento, in un caso come quello in esame, senza dubbio appare una scelta obbligata per la Impresa assicuratrice, quale debitore, per adempiere alla propria obbligazione di pagamento.

Sotto tale profilo, la scelta del mezzo di pagamento adoperato dal debitore per adempiere alla propria obbligazione si appalesa rispettosa del criterio della diligenza professionale prevista dall'art. 1176 II° comma c.c.<sup>47</sup>

Del resto, atteso che la finalità della normativa è anche quella di evitare il riciclaggio del denaro di provenienza illecita, allora l'apposizione della clausola di non trasferibilità prevista dal L. 248/2006<sup>48</sup> appare pienamente giustificata nella fattispecie in esame, in quanto il fatto che il pagamento in questione derivi da incidente stradale non preclude certo l'applicazione della normativa antiriciclaggio, ben potendosi pensare a soggetti che, *uti singuli* ovvero in forma associata, sistematicamente quanto criminosamente si appropriano di assegni destinati a terzi incassandoli fraudolentemente e così trasformando il denaro da provenienza lecita a provenienza illecita, e poi ovviamente destinandolo ai più diversi utilizzi dopo averlo sottratto ai legittimi destinatari.

Il tutto a maggiore ragione in considerazione del fatto che proprio l'intervento di terze persone nel rapporto è il fatto che ha contribuito, con estrema frequenza, al verificarsi – con la indubbia complicità di compiacenti dipendenti e/o funzionari di banca - di fattispecie di illegittima negoziazione

---

<sup>47</sup>Il pagamento con assegno non trasferibile senza dubbio era da considerarsi imposto per ragioni di diligenza e correttezza, da parte del debitore, nell'adempimento della prefata obbligazione – diligenza che indubbiamente non può che essere quella qualificata ex art. 1176, II° comma C.C. - al fine di tutelare il destinatario del pagamento da possibili – quanto frequenti per le note vicende che coinvolgono di volte in volte le poste - appropriazione indebite del titolo ed incasso fraudolento ad opera di terzi ignoti, per cui appare evidente che l'apposizione della clausola di non trasferibilità era ed è doverosa in un'ottica di protezione del destinatario del pagamento, al fine di evitare negoziazioni abusive e fraudolente dell'assegno, con le ovvie immaginabili conseguenze per il destinatario del pagamento.

<sup>48</sup>Nota anche come *Decreto Bersani*.



e/o circolazione di simili titoli di credito che hanno poi portato la giurisprudenza di legittimità ad assumere posizioni drastiche come nella decisione n. 7633 del 16 maggio 2003.<sup>49</sup>

Non può poi trascurarsi di evidenziare come la indubbia idoneità del mezzo di pagamento scelto, nella fattispecie, dal debitore convenuto, abbia trovato conferma nella interpretazione evolutiva dell'art. 1277 c.c. che le Sezioni Unite hanno dato con la decisione n. 26617 del 18 dicembre 2007,<sup>50</sup> affermando i seguenti principi: a) l'art. 1277 c.c. non riguarda le modalità di pagamento ma, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata, indica la necessità che i mezzi monetari impiegati si riferiscano al sistema valutario nazionale, per cui il denaro va inteso come unità di misura dei valori monetari; b) in conseguenza, l'espressione <moneta avente corso legale nello stato al momento del pagamento> significa esclusivamente che i mezzi monetari impiegati devono riferirsi al sistema valutario nazionale, senza che da essa possa dedursene alcuna definizione della fattispecie del pagamento solutorio; logico corollario di tale affermazione si rinviene nell'aver la Suprema Corte, pertanto, escluso che il denaro contante possa ritenersi l'unico mezzo di pagamento solutorio previsto dalla legge; c) al contrario, devono ritenersi ammissibili anche altri < sistemi di pagamento >, che siano idonei a garantire al creditore il medesimo risultato del pagamento per contanti, e cioè la disponibilità della somma di denaro, atteso che l'interesse ritenuto rilevante, e che anche gli altri sistemi sono idonei a soddisfare, è quello del creditore alla giuridica disponibilità della somma, invece che al possesso dei pezzi monetari, ritenuto irrilevante !

Tali principi hanno trovato piena applicazione in successivi arresti delle sezioni semplici, in cui si è affermato che nelle obbligazioni pecuniarie l'assegno di traenza costituisce un idoneo mezzo di offerta della prestazione e di pagamento, ai sensi dell'art. 1277 c.c.<sup>51</sup>

Invero, il descritto comportamento del debitore appare conforme a correttezza e buona fede, perché il debitore che paga attenendosi alle prescrizioni di Legge agisce nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, principio che è stato ritenuto direttamente incidente nel rapporto contrattuale, dalla giurisprudenza comunitaria.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup>Con tale decisione, edita in *La Tribuna, Archivio Civile*, 2004, 3, p. 422, la Suprema Corte ha affermato che la clausola di intrasferibilità degli assegni, disciplinata dall'art. 43 legge assegno, trasforma il titolo di credito in titolo a legittimazione invariabile, con preclusione alla circolazione sia sul piano cartolare che con riguardo alla cessione ordinaria, con l'unica eccezione costituita dalla possibilità, da parte del prenditore, di effettuare la girata ad un banchiere per il solo incasso; al contrario, ha sanzionato siccome non legittimo l'inserimento nella circolazione dell'assegno del sottoscrittore di esso "per garanzia e conoscenza", in quanto in tal caso la clausola verrebbe utilizzata con funzione di girata piena in favore del sottoscrittore, in violazione del disposto dell'art. 43, per cui tanto determinerebbe una responsabilità a carico della banca.

<sup>50</sup>In Ipsoa, *Il Corriere Giuridico*, 2008, 4, p. 500 e ss., con nota di A. Di Majo

<sup>51</sup>Infatti con tale decisione, edita in *Foro it.*, 2009, 1, pg. 183, pt. I, la Corte ha riconosciuto come nelle obbligazioni pecuniarie di importo inferiore ad euro dodicimilacinquecento (limite all'epoca in vigore ed attualmente abbassato ad € 5.000,00 con decorrenza 31 maggio 2010 per effetto della L. 78/2010) il pagamento con assegno di traenza (nella specie, da parte dell'assicuratore della responsabilità civile in favore del danneggiato) costituisca un mezzo normale di pagamento e di offerta della prestazione, alternativo al denaro contante, che può essere rifiutato dal creditore solo per giustificato motivo, da valutarsi secondo le regole della correttezza o della buona fede oggettiva, nel presupposto che l'estinzione dell'obbligazione è subordinata al buon fine dell'assegno; aspetto, quest'ultimo, che evidenzia, a parere di chi scrive, la erroneità della decisione che si annota sotto un determinato profilo, di seguito meglio evidenziato.

<sup>52</sup>Tribunale I° grado CE, 30 aprile 1998 n. 16/96, in Racc., 1998, II, p. 757 e ss; nonché, Corte Giustizia CE, 11 gennaio 2000, C-285/98, Kreil, in Racc. 2000, p. 52 e ss.



Tale principio, inoltre, trova piena quanto immediata applicazione nel nostro ordinamento in virtù della norma di cui all'art. 10, I° comma Costituzione.<sup>53</sup>

Del resto, secondo la nostra Corte Costituzionale, la proporzionalità intesa nel senso sopra descritto – ovvero come adeguatezza dei comportamenti e delle condotte – costituisce il più importante precetto *ex art. 3, II° Cost.*<sup>54</sup>; proporzionalità che, secondo la Corte *”va esaminata in relazione agli effetti prodotti ovvero producibili nei concreti rapporti della vita”*<sup>55</sup>.

Su tale premessa, il debitore che adempie la sua obbligazione nel rispetto delle forme previste dalla Legge certo si comporta nel rispetto delle regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. tenendo senza dubbio, nella fase esecutiva del rapporto – e cioè nell'adempimento della obbligazione – il comportamento che era lecito attendersi da esso quale debitore, eseguendo esattamente la prestazione dovuta nel rispetto della previsione dell'art. 1218 c.c. – ovvero con quella diligente correttezza e senso di solidarietà sociale, elementi che integrano il contenuto della buona fede, ovviamente da intendersi in senso oggettivo – ed adottando, quindi, un comportamento indubbiamente improntato a lealtà e correttezza, salvaguardando gli interessi del creditore connessi alla prestazione, nonché in conformità all'innanzi richiamato principio di proporzionalità, come del resto ritiene la S.C.<sup>56</sup>

Questo perché la buona fede (oggettiva), secondo autorevole dottrina, avendo il medesimo contenuto della correttezza di cui all'art. 1175 c.c, costituisce il richiamo, nell'ambito delle obbligazioni, di una medesima regola che, in quanto espressione del principio costituzionale di solidarietà dettato dall'art. 2 della Costituzione, governa l'intero campo del diritto privato e, conseguentemente, ogni rapporto giuridico<sup>57</sup>; il tutto, non trascurando di evidenziare che altra dottrina ha sostenuto come la clausola di buona fede impedisce che il contratto possa interpretarsi nel senso di ritenere gli obblighi di una delle parti estesi a vantaggio dell'altra.<sup>58</sup>

Alla luce di tali elementi, allora, il debitore non può ritenersi in alcun modo vincolato dalla manifestazione di volontà formulata dal preteso creditore circa il non accettare in pagamento assegni non trasferibili, visto che per un verso il debitore non può essere obbligato ad una determinata modalità di adempimento della obbligazione, se non è la Legge a prevederlo, e che, per altro verso, la

---

<sup>53</sup>Che testualmente recita *“l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”*.

<sup>54</sup>Che pone il principio fondamentale della eguaglianza in senso sostanziale, a differenza dell'art. 3, I° comma Cost, che invece prevede il principio, indubbiamente sottoposto e servente al precedente, della uguaglianza formale

<sup>55</sup>Corte Costituzionale, 15 aprile 1993, n. 163, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1189.

<sup>56</sup>Sez. Unite, 13 settembre 2005, n. 18128, in *Obbligazioni e Contratti*, 2006, 5, p. 415, in cui si è affermato *“il principio di correttezza e buona fede, il quale richiama nella sfera del creditore la considerazione degli interessi del debitore, e nella sfera del debitore il giusto riguardo agli interessi del creditore, operando quindi come un criterio di reciprocità, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà imposti dall'art. 2 della Costituzione. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna parte del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali ovvero di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge”*.

<sup>57</sup>STANZIONE P., *Manuale di Diritto Privato*, Torino, I° ed., 2006, c. 49, p. 536, ove inoltre l'Autore manifesta adesione, in maniera convincente e condivisibile, a quell'orientamento dottrinale sostenitore della equivalenza di correttezza e buona fede, affermando che si ha violazione della correttezza non solo quando una parte agisce con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche allorché il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla schiettezza ed al senso di solidarietà sociale.

<sup>58</sup>ALPA G., *Fonti del diritto, clausola generale di buona fede e diritto giurisprudenziale*, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com).



modalità prescelta si dimostrava e si dimostra quella più idonea a garantire le prospettate esigenze di sicurezza e certezza dell'adempimento, e dimostra che il debitore ha agito nel rispetto della diligenza ex art. 1176, II° comma c.c., per cui non sussiste violazione dell'art. 1197 c.c.

Invero, l'inadempimento che l'attore imputa alla Impresa assicuratrice appare escluso alla luce di questi elementi : a) non è in contestazione, ed anzi le Sezioni Unite con la sentenza n. 26617 del 18 dicembre 2007 la hanno pienamente riconosciuta, la idoneità dell'assegno, bancario e/o circolare quale, mezzo estintivo dell'obbligazione, come del resto successivamente confermato dalle sezioni semplici proprio con riferimento all'assegno di traenza<sup>59</sup> con l'unico limite del rischio della inconvertibilità dell'assegno; b) in conseguenza, non si può parlare in alcun modo di inadempimento, perché altrimenti l'adempimento o meno della obbligazione pecuniaria in questione verrebbe ad essere condizionato ad una modalità di estinzione della obbligazione che, innanzitutto è stata unilateralmente – se non arbitrariamente - richiesta dal creditore; modalità che, inoltre è del tutto irrilevante atteso che la giurisprudenza richiamata ha fugato ogni dubbio sulla efficacia estintiva dell'obbligazioni ai mezzi di pagamento, come l'assegno, alternativi al denaro.

Per converso, a mio parere la decisione qui annotata si rivela frettolosa ed anche superficiale in ordine alla individuazione degli elementi di fatto e diritto che ritiene di porre a base della decisione di accoglimento dell'appello, dal momento che, almeno da ciò che è possibile desumere dalla lettura della decisione di secondo grado : 1) sussiste una evidente contraddizione nella condotta dell'attore, il quale prima si dichiara non titolare di conto corrente bancario(senza tuttavia che la detta affermazione possa, in assenza di espressa dichiarazione della parte, ritenersi estesa anche ad altre analoghe tipologie di rapporti, quali per esempio un c/c postale, ovvero una di quelle carte elettroniche che, ormai già da qualche anno, posseggono tutte le funzioni di un conto corrente tradizionale) e poi, successivamente, richiede il pagamento dell'importo concordato a mezzo bonifico, senza che emerga(almeno a leggere la sentenza) alcun elemento da cui desumere che tale ipotetico conto si appartenesse a terzi, per cui già tale stridente contraddizione rende ben poco credibile e verosimile la giustificazione addotta dall'attore in primo grado; 2)inoltre e soprattutto, il giudice d'appello ritiene di individuare il giustificato motivo(da valutare alla stregua dei criteri di correttezza e buona fede oggettiva, come statuito dalla decisione delle Sezioni Unite che pure il tribunale mostra di condividere e applicare in pieno alla fattispecie) nella mera dichiarazione di esso attore di non essere titolare di alcun conto corrente: in tal modo, tuttavia, il tribunale nella forma aderisce al *dictum* delle Sezioni Unite di cui alla sentenza n. 26617, ma in realtà lo disattende nella sostanza.

Infatti, come si evince dalla sentenza in questione, il tribunale ritiene raggiunta la prova del giustificato motivo(oggettivo) legittimante il rifiuto, da parte del creditore, del pagamento a mezzo assegno di traenza non trasferibile, sulla base della sola e mera dichiarazione in tal senso da parte dell'attore.

Tale argomentazione, tuttavia, si rivela errata e contraddittoria ed integra una violazione degli artt. 116 c.p.c. e 2697 c.c., dal momento che l'attore era indubbiamente onerato di provare il fatto dal medesimo allegato a sostegno della assunta legittimità del suo rifiuto a ricevere il pagamento, anche mediante la richiesta ad esso giudice di appositi accertamenti mediante guardia di finanza ed interrogazioni all'anagrafe tributaria, e cioè di non essere titolare di alcun conto corrente(bancario, postale e/o di rapporti analoghi); dalla sentenza annotata, al contrario, non risulta in alcun modo che tale prova sia stata dal medesimo fornita.<sup>60</sup>

<sup>59</sup>Cass., 10 marzo 2008 n. 6291, in *Foro it.*, 2009, 10, p. 2806, pt. I, in cui la Corte ha affermato che “*nelle obbligazioni pecuniarie, il pagamento effettuato con assegno di traenza, che è connotato dalla preconstituzione della provvista presso la banca e che, pertanto, assicura la disponibilità della somma dovuta, può essere rifiutato dal creditore solo per giustificato motivo; in caso di pagamento effettuato con il predetto mezzo, l'estinzione dell'obbligazione con l'effetto liberatorio per il debitore si verifica quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno*”.

<sup>60</sup>Per obiettività va rilevato che, parimenti, non risulta nemmeno che la prova del contrario, ovvero che l'attore fosse titolare di rapporti bancari e/o assimilabili, sia stata non solo fornita ma nemmeno richiesta da parte della



La fondatezza di quanto da me rilevato a proposito dell'errore in cui è incorso il tribunale si rinviene proprio nella sentenza delle Sezioni Unite richiamata a sostegno della sua decisione, dal momento che in proposito i giudici di legittimità hanno affermato *“Mentre se il debitore paga in moneta avente corso legale il debito pecuniario di importo inferiore ad euro 12.500 o per il quale non sia imposta una diversa modalità di pagamento, il creditore non può rifiutare il pagamento e l'effetto liberatorio si verifica al momento della consegna della somma di denaro, se il debitore paga con assegno circolare o con altro sistema che assicuri ugualmente la disponibilità della somma dovuta, il creditore può rifiutare il pagamento solo per giustificato motivo che deve allegare ed all'occorrenza anche provare; in questo caso l'effetto liberatorio si verifica quando il creditore acquista la concreta disponibilità della somma”*;<sup>61</sup> il suddetto principio, poi, è stato molto di recente confermato dalle Sezioni Unite, con pronuncia senza dubbio estremamente aderente ad un caso come quello esaminato in appello dal giudice campano, trattandosi di fattispecie in cui, ad essere stato rifiutato dal creditore, è stato il mezzo di pagamento costituito dall'assegno bancario<sup>62</sup>.

Infine, e per concludere, non può certo escludersi, a mio avviso, che l'apertura di un c/c da parte del creditore, lungi dal costituire chissà quale aggravio e/o sacrificio per il medesimo costituisca una condotta cui esso creditore doveva considerarsi tenuto, proprio in applicazione di quei principi di correttezza e buona fede ex art. 1175 e 1375 c.c. di cui il medesimo lamenta la violazione, per rendere effettivo ed acquisire al proprio patrimonio, ricevendolo e non invece ostacolando senza apprezzabile (secondo i canoni di correttezza e buona fede oggettiva) motivo.

\*\*\*\*\*

8. Dal punto di vista pratico, tenendo presente quanto evidenziato nelle pagine precedenti, si giunge ad una conclusione che si rivela del tutto opposta rispetto a quella che si prospettava come naturale in forza delle premesse che il legislatore sembra avere posto a base dell'intervento riformatore attuato con l'art. 1 del d.lgs 40/2006.

Invero, quello prospettato come mezzo di impugnazione di carattere straordinario ed a motivi vincolati, tale quindi da differenziarsi nettamente dai caratteri che la dottrina attribuisce al mezzo di impugnazione costituito dall'appello,<sup>63</sup> in realtà, considerando dal punto di vista pratico i possibili motivi di censura, viene a risultare concretamente esperibile ed utilizzabile praticamente in tutte – o quasi – le ipotesi in cui il giudice di pace possa decidere secondo equità.

La finalità della riforma è stata, palesemente, quella di deflazionare il carico di lavoro della Cassazione, introducendo una forma specifica di impugnazione per le decisioni del giudice di pace di ridotto valore economico, sul presupposto di una loro esiguità numerica, in concreto, rispetto al complessivo ammontare delle pronunzie emesse annualmente da tale giudice onorario.

Tuttavia, a parere di chi scrive, proprio in ragione dei peculiari motivi per i quali è consentito l'appello, le pronunzie che concretamente vengono ad essere toccate da tale modifica legislativa, lungi dal rivelarsi ipotesi residuali, costituiscono al contrario la quasi totalità delle decisioni del magistrato

---

impresa assicuratrice anche se, a mio parere, trattandosi nel caso in esame di una prova contraria ex art. 2697, 2° c.c., di essa l'assicurazione convenuta poteva dirsi onerata solo in caso di positivo assolvimento (di cui, come detto, non vi è traccia) dell'onere posto a carico dell'attore ex art. 2697, 1° c.c.

<sup>61</sup>Sez. Unite, 18 dicembre 2007, n. 26617, par. 6.9, *sub* nota 50.

<sup>62</sup>Sez. Unite, 4 giugno 2010, n. 13658, in *Giur.it.*, 2010, 11, p. 2337, in cui la Corte ha affermato *“il rifiuto del creditore dell'adempimento di una obbligazione pecuniaria con mezzo <altri> dalla moneta e specificatamente utilizzando l'assegno bancario quale strumento di pagamento, in tanto può considerarsi legittimo alla luce dei principi di correttezza e buona fede in quanto sia sorretto da giustificato motivo, che il creditore stesso è a sua volta tenuto ad allegare ed, occorrendo, a provare”*

<sup>63</sup>Ovvero, impugnazione a critica libera che trova la sua giustificazione razionale sul principio del riesame; tra tanti, LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *D.disc.priv., sez. civ.*, 1987, p. 360 e ss.; PROTO PISANI, *Appunti sull'appello civile (alla stregua della L. 353/1990)* in *Foro it.*, 1994, IV, c. 195 e ss.; CHIARLONI, voce *Appello. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1995; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2004.



onorario di primo grado emesse entro il limite di valore di € 1.100,00 che l'art. 113,2° c.p.c. riserva alla decisione del giudice di pace secondo equità; salva, ovviamente, l'ipotesi in cui le controversie in questione non riguardino i contratti conclusi con le modalità di cui all'art. 1342 c.c., poiché in tal caso il giudice di pace è tenuto sempre a decidere secondo diritto<sup>64</sup>.

Ed allora l'eccezione, ribaltando le premesse e certo non in conformità – a meno che l'intento occulto del legislatore non sia stato proprio nei diversi termini riferiti – diviene la regola e, in conseguenza, tale mezzo di impugnazione diviene, in sostanza, molto simile a quello definito *ordinario* cui viene a sovrapporsi.

In concreto, allora, l'effetto immediato della riforma si rivela quello di spostare dai ruoli della Suprema Corte il carico di lavoro rappresentato dai ricorsi avverso le decisioni del giudice di pace secondo equità nelle ipotesi di cui all'art. 113, 2° comma c.p.c., e ridistribuirlo sul giudice togato di primo grado, ritenuto evidentemente più idoneo – in particolare per struttura ed organizzazione – alla gestione di esso.

Invero, nel medio e lungo periodo sussiste, a mio parere, il rischio che il carico in questione, deflazionato nell'immediato, ritorni in seguito ugualmente a gravare sulla Suprema Corte per effetto di impugnazione delle decisioni emesse dal tribunale in composizione monocratica come giudice d'appello avverso le decisioni del giudice di pace rese secondo equità, per cui la riforma rischia seriamente di produrre un risultato diverso e di portata ben inferiore rispetto a quello concretamente avuto di mira.

Infatti, la sperata *deflazione* del predetto carico – che esce dalla porta e facilmente si troverà a rientrare dalla finestra – rischia concretamente di essere sostituita da una ben più modesta<sup>65</sup> *procrastinazione* del momento in cui i giudici di legittimità si troveranno a dovere, ugualmente, affrontare la problematica solo rimandata.

Gianluca Cascella

---

<sup>64</sup>Infatti, l'art. 1 del d.l. 8 febbraio 2003 n. 18, poi convertito nella legge 7 aprile 2003 n. 63 ha modificato la norma in questione sostituendo il 2° comma della stessa, stabilendo che il giudice di pace decide secondo equità le cause di valore non superiore ad € 1.100,00 e prevedendo espressamente per il predetto magistrato onorario l'obbligo per il giudice di pace di decidere secondo diritto le controversie che trovano la propria origine nei c.d. *contratti di massa*, ovvero quelli conclusi attraverso la sottoscrizione di moduli e/o formulari predisposti unilateralmente da una della parti al fine di conferire una disciplina assolutamente uniforme a tutti i rapporti contrattuali intrattenuti da essa con un numero indefinito di soggetti; tanto al fine evidente di evitare pericolose disparità di trattamento assicurando, al tempo stesso, uniformità delle decisioni, che saranno inoltre sempre impugnabili con l'appello.

<sup>65</sup>In termini di risultato concretamente conseguito dalla riforma.