

## **LA COMPETENZA SUI GENERIS DEL GIUDICE DI APPELLO.**

Articolo di MATTEO BARIZZA<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una competenza sui generis. – 3. L'inapplicabilità dell'art. 38 c.p.c. – 3.1 L'inapplicabilità dell'art. 39 c.p.c. – 4. Se l'appello viene proposto ad un giudice non competente a conoscere il gravame. – 5. Gli effetti conservativi dell'appello e la *translatio iudicii*. – 6. L'inammissibilità dell'appello e la conseguente decadenza dal potere impugnatorio. – 7. Una diversa soluzione.

### **1. – PREMESSA.**

L'articolo 341 c.p.c. stabilisce che, per l'appello, competente è il giudice di grado superiore a quello che ha pronunciato la sentenza di primo grado e nella cui circoscrizione ha sede quest'ultimo.

Conseguentemente, per le impugnazioni proposte contro le sentenze del giudice di pace competente sarà il tribunale in composizione monocratica; la Corte di appello, invece, sarà competente per le impugnazioni proposte contro le sentenze del tribunale.

Il fenomeno dell'individuazione dell'ufficio giudiziario legittimato ad essere investito dell'impugnazione viene indicato, comunemente ed in modo sommario ma altrettanto immediato, come una questione attinente alla *competenza*.

### **2 – UNA COMPETENZA SUI GENERIS.**

È opinione comune, però, che l'espressione *competenza*, in riferimento alla disciplina di cui all'articolo 341 c.p.c., sia utilizzata in modo improprio o quantomeno riduttivo, in quanto la *competenza* di cui all'art. 341 c.p.c. non può essere assimilata a quella

---

<sup>1</sup> Avvocato, Studio Legale Barizza – Padova.

intesa dal codice di rito nel libro I<sup>2</sup>.

La *competenza* del giudice dell'appello, infatti, viene considerata inderogabile, proprio perchè condizione imprescindibile del corretto funzionamento della giustizia in quanto determinata dalla funzione del giudice<sup>3</sup>.

Essa costituisce una forma di competenza (territoriale) *sui generis*, avente carattere funzionale<sup>4</sup>.

### **3 – L'INAPPLICABILITÀ DELL'ART. 38 C.P.C.**

Viene da chiedersi, allora, cosa succeda nell'ipotesi in cui l'appello venga proposto senza il rispetto delle regole che individuano il giudice *competente* a conoscere del gravame e, quindi, se nel giudizio impugnatorio trovi applicazione o meno la disciplina prevista in tema di incompetenza [dall'art. 38 c.p.c.](#)

Tale disposizione stabilisce che l'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio devono essere eccepite dal convenuto, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata e che le stesse (per l'incompetenza per territorio, limitatamente a quella inderogabile) sono rilevate d'ufficio non oltre l'udienza di cui [all'articolo 183 c.p.c.](#)

---

2 Sul punto, cfr. Cass. 7 dicembre 2011, n. 26375, in *GCM*, 2011, 12, 1754 “*Nel nostro ordinamento processuale civile non ha fondamento l'assunto secondo cui la regola d'individuazione dell'ufficio giudiziario legittimato a essere investito dell'impugnazione sia riconducibile alla nozione di competenza adoperata dal codice di procedura civile nel Capo I del Titolo I del Libro I, in quanto, se anche la normativa in parola assolve a uno scopo simile, sul piano funzionale, a quello che ha la disciplina dell'individuazione del giudice competente in primo grado, l'una e l'altra afferendo a regole che stabiliscono davanti a quale giudice debba svolgersi un determinato processo civile, tuttavia non è possibile ravvisare tra le due fattispecie una stessa ratio sufficiente, quindi, a giustificare l'estensione analogica anche parziale di aspetti applicativi della seconda alla prima*”; nello stesso senso, cfr. Cass. 10 febbraio 2005, n. 2709, in *GCM*, 2005, 4.

3 Sul punto, cfr. M. VELLANI, *Appello (dir. proc. Civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, p. 719 ss.; S. SATTÀ, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino.

4 Sul punto, cfr. quanto affermato da Cass., sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23594, in *GCM*, 2010, 1488: “*L'individuazione del giudice di appello, ai sensi dell'art. 341 c.p.c., attiene ad una competenza territoriale sui generis, che prescinde dai comuni criteri di collegamento tra una causa e un luogo, [...] dipendendo tale competenza indefettibilmente dal luogo in cui ha sede il giudice a quo. Ne consegue il carattere funzionale della competenza, che impedisce il definitivo suo radicamento presso un giudice diverso per il solo fatto che la relativa questione non sia stata posta in limine litis*”. Cfr. anche, nella parte motiva, Cass. 11 giugno 2012, n. 9487, in *DeJure*; Cass. 22 febbraio 2012, n. 2655, in *DeJure*; Trib. di Milano 10 maggio 2012, n. 5399, in *DeJure*; Trib. Milano 21 ottobre 2011, n. 12589, in *DeJure*.

Ebbene, l'opinione comune<sup>5</sup> è che il mancato rispetto dei criteri di individuazione del giudice competente a conoscere il gravame ai sensi [dell'art. 341 c.p.c.](#) sia eccepibile in qualunque stato e grado del giudizio, con la conseguenza che la norma di cui [all'art. 38 c.p.c.](#) non troverà applicazione nel giudizio di secondo grado.

Secondo la Suprema Corte, infatti, nel nostro ordinamento processuale civile la regola che individua il giudice legittimato ad essere investito dell'impugnazione non può essere ricondotta alla nozione di competenza di cui [all'art. 38 c.p.c.](#), in quanto “[...] se anche la normativa in parola assolve a uno scopo simile, sul piano funzionale, a quello che ha la disciplina dell'individuazione del giudice competente in primo grado, l'una e l'altra afferendo a regole che stabiliscono davanti a quale giudice debba svolgersi un determinato processo civile, tuttavia non è possibile ravvisare tra le due fattispecie una stessa ratio sufficiente, quindi, a giustificare l'estensione analogica anche parziale di aspetti applicativi della seconda alla prima [...]”<sup>6</sup>.

### **3.1 – (SEGUE) L'INAPPLICABILITÀ DELL'ARTICOLO 39 C.P.C.**

Alle medesime conclusioni si perviene anche in riferimento alla disciplina della continenza e litispendenza di cause, di cui [all'art. 39 c.p.c.](#)

In particolare, si è affermato che le norme dettate in tema di continenza non trovano applicazione con riguardo a procedimenti pendenti dinanzi ad uffici giudiziari diversi e che si trovino l'uno in fase di gravame, l'altro in primo grado, in ragione, oltre che del carattere funzionale della competenza del giudice di secondo grado, da individuarsi inderogabilmente in base al criterio fissato [dall'art. 341 c.p.c.](#), anche, “[...] delle peculiarità del processo d'impugnazione, circoscritto alle questioni specificamente

---

5 Cfr. Cass. 7 dicembre 2011, n. 26375, GCM, 2011, 12, 1754; nello stesso senso anche Cass. sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23594, in GCM, 2010, 1488. Anche quegli Autori che avevano affermato che la competenza inderogabile non esiste più, così che, ai sensi dell'art. 38 c.p.c., qualsiasi incompetenza dovrebbe essere eccepita o, comunque, rilevata non oltre la prima udienza di trattazione, dopo aver rilevato che, in tal modo, l'art. 38 c.p.c. porterebbe a delle conclusioni aberranti se fosse applicato sia nell'ipotesi di incompetenza territoriale, che in quella per gradi dell'appello, hanno concluso affermando che “è fuorviante l'aver dettato una disciplina generale sulla competenza con disposizioni che ben si adattano soltanto al processo ordinario di cognizione in primo grado”, G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2010, 223-224.

6 Cass. 7 dicembre 2011, n. 26375, GCM, 2011, 12, 1754.

*riproposte e non compatibile con l'inserimento "a posteriori" di problematiche ulteriori (ancorché incluse nel dibattito del precedente grado)"*<sup>7</sup>, mentre, per la litispendenza, si è affermato come non si versi in tale ipotesi nel caso in cui la medesima decisione venga impugnata, per esempio, sia con l'appello che con ricorso per cassazione, visto che l'istituto della litispendenza ha come finalità l'impedire il simultaneo esercizio della funzione giurisdizionale sulla stessa controversia da parte di più giudici che abbiano competenza a decidere, per evitare la possibilità di giudicati contrastanti, esigenza che, invece, non si pone nel caso in cui siano stati proposti avverso lo stesso provvedimento due diversi mezzi di impugnazione, uno solo previsto dalla legge<sup>8</sup>. Nel caso in cui siano proposti due diversi mezzi di impugnazione contro lo stesso provvedimento, pertanto, sarà il giudice dinanzi al quale è stato proposto il gravame ammissibile a dover decidere sull'impugnazione, mentre l'altro dovrà dichiarare inammissibile il mezzo del quale è stato investito<sup>9</sup>.

#### **4 - SE L'APPELLO VIENE PROPOSTO AD UN GIUDICE NON COMPETENTE A CONOSCERE IL GRAVAME.**

Chiarito che [l'articolo 38 c.p.c.](#) non trova applicazione nel giudizio di impugnazione, resta da vedere cosa succeda nell'ipotesi in cui l'appello venga proposto ad un giudice non competente a conoscere il gravame.

Le fattispecie di *incompetenza* di cui [all'articolo 341 c.p.c.](#) possono sostanzialmente ricondursi a due tipologie: il caso in cui venga rispettata la competenza per gradi, ma non quella per territorio (ipotesi che si verifica quando, per esempio, una sentenza del Tribunale di Milano venga appellata avanti alla Corte di Appello di Venezia); ed il caso in cui a non essere rispettata sia la competenza per gradi (ipotesi che si verifica

---

<sup>7</sup> Così si è espressa Cass. 24 novembre 2000, n. 15193, in *GMC* 2000, 2439; nello stesso senso anche Cass. 21 settembre 2007, n. 19525, in *GCM*, 2007, 9, la quale, se esclude l'applicabilità dell'art. 39 c.p.c., né fa però salva l'esigenza di coordinamento sottesa al comma 2, e ciò per il tramite della sospensione della causa ex art. 295 c.p.c.; cfr. anche Cass. 28 aprile 1998, n. 4326.

<sup>8</sup> In tal senso, cfr. Cass. 28 settembre 2012, n. 16526, in *Guida dir.*, 2012, 46, 82; Cass. 1 aprile 2010, n. 7991, in *GDir*, 2010, 21, 72; ma anche Cass. 6 dicembre 2007, n. 25452, in *GCM*, 2007, 12; Cass. 2 ottobre 2000, n. 13010, in *GCM*, 2000, 2074; Cass. 21 giugno 1999, n. 6236, in *GCM*, 1999, 1445.

<sup>9</sup> Cass. 1 aprile 2010, n. 7991, in *GDir*, 2010, 21, 72.

quando, per esempio, contro la sentenza del Tribunale di Milano venga proposto appello avanti al Giudice di Pace di Milano, o al Tribunale di Venezia, o allo stesso Tribunale di Milano).

Le soluzioni che la giurisprudenza ha prospettato per le ipotesi di *incompetenza* appena menzionate sono due, contrapposte l'una all'altra e con effetti antitetici: una prima soluzione è incline ad ammettere che l'impugnazione proposta ad un giudice incompetente debba essere sanzionata con l'inammissibilità del gravame e con la conseguente decadenza dall'impugnazione ai sensi [dell'articolo 358 c.p.c.](#)

La seconda, invece, è maggiormente improntata al *favor impugnationis* e riconosce che all'appello tempestivamente proposto ad un giudice non competente vadano comunque riconosciuti effetti conservativi, a condizione che l'impugnazione sia successivamente riassunta in termini avanti al giudice competente ex [art. 50 c.p.c.](#)

## **5 – GLI EFFETTI CONSERVATIVI DELL'APPELLO E LA *TRANSLATIO IUDICII*.**

La soluzione prevalente tanto in dottrina<sup>10</sup>, quanto in giurisprudenza<sup>11</sup>, è la seconda.

Il riconoscimento di tale effetto conservativo non è, comunque, assoluto, essendo assicurato solo nelle ipotesi in cui:

- a) il mezzo di impugnazione sia quello previsto dalla legge;
- b) il mezzo di impugnazione sia stato tempestivamente proposto;
- c) l'*incompetenza* che rilevi sia quella territoriale (e non quella per gradi);
- d) il giudice (erroneamente) adito sia comunque giudicante in secondo grado e possa, quindi, disporre la rimessione della causa al giudice competente<sup>12</sup>,

---

10 Cfr. M. VELLANI, *Appello (dir. proc. Civ.)*, cit., p. 728; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 458; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit.).

11 Cfr, ex pl., Cass. 30 agosto 2004, n. 17395, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 2 luglio 2004, n. 12155, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 11 aprile 1996, n. 3355, in *GI*, 1997, I, 1, 664.

12 Secondo Cass. 30 agosto 2004, n. 17395, in *GCM*, 2004, 7-8, "l'appello proposto davanti ad un giudice incompetente non configura un'ipotesi di inammissibilità dell'impugnazione ai sensi dell'art. 358 c.p.c., ma vale ad instaurare un valido rapporto processuale suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente (essendo possibile, attraverso il meccanismo della riassunzione, trasferire e proseguire il rapporto processuale originario dinanzi all'organo dichiarato competente) soltanto nel caso in cui l'incompetenza del giudice adito sia meramente territoriale [...]". Secondo Cass. 15 dicembre 1980, n. 6499, in *GCM*, 1980, fasc. 12, l'effetto conservativo è garantito anche nell'ipotesi in cui l'impugnazione sia proposta alla sezione lavoro, anziché a quella civile.

il tutto con l'ulteriore limite che il processo, così come riassunto ai sensi [dell'articolo 50 c.p.c.](#), resti circoscritto entro i limiti dell'originaria impugnazione<sup>13</sup>.

## **6 - L'INAMMISSIBILITÀ DELL'APPELLO E LA CONSEGUENTE DECADENZA DAL POTERE IMPUGNATORIO.**

A tutt'altra soluzione si perviene, invece, nelle ipotesi in cui l'atto di impugnazione sia stato proposto ad un giudice non di grado superiore, ovvero nell'ipotesi in cui si stato errato il tipo di impugnazione ammesso dalla legge.

Quindi, nelle ipotesi in cui:

- a) l'appello sia stato proposto davanti allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza di primo grado, ovvero addirittura ad un giudice di grado inferiore, o, ancora, davanti ad un altro giudice di primo grado;
- b) l'appello sia proposto avanti ad un giudice diverso a quello che la legge individua (ipotesi che si verifica, per esempio, quando, contro la sentenza del giudice di pace, venga proposto gravame avanti alla Corte di appello, anziché al competente tribunale);
- c) nelle ipotesi in cui sia stato esperito un rimedio diverso da quello previsto dalla legge, come nel caso in cui sia proposto il ricorso per cassazione, anziché l'appello.

In tutte queste ipotesi si ritiene che l'appello deve dichiararsi precluso, in quanto l'erronea individuazione del giudice legittimato a decidere sull'impugnazione riguarda la valutazione delle condizioni di proponibilità o ammissibilità del gravame<sup>14</sup>.

## **7 - UNA DIVERSA SOLUZIONE.**

Se quelle riassunte nei due paragrafi che precedono sono le due soluzioni

---

<sup>13</sup> Secondo Cass. 28 aprile 1978, n. 2012, in *RGL*, 1979, II, 303, infatti, la tempestiva riassunzione della causa ex art. 50 c.p.c. non permette di ampliare i limiti del giudizio di appello, così come fissati dai motivi del gravame, "atteso che l'eventuale successiva riassunzione davanti al giudice competente, a norma dell'art. 125 disp. att. c.p.c., deve consistere in un mero richiamo dell'atto introduttivo, restando così preclusa la prospettazione di motivi diversi da quelli originari, anche per il principio di consumazione dell'impugnazione".

<sup>14</sup> In questo senso, cfr. Cass. 7 dicembre 2011, n. 26375, in *GCM*, 2011, 12; Cass. 30 agosto 2004, n. 17395, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 2 luglio 2004, n. 12155, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 2 settembre 2003, n. 12788, in *GCM*, 2003, 9.

prevalentemente seguite dalla giurisprudenza di legittimità, non sono, comunque, mancate pronunce che, senza operare alcun distinguo, hanno concluso per l'inammissibilità dell'appello in tutte le ipotesi in cui il gravame sia stato proposto avanti all'ufficio giudiziario non legittimato ad essere investito dell'impugnazione, e ciò a prescindere dalla circostanza che l'*incompetenza* che rilevi sia quella territoriale (e non quella per gradi)<sup>15</sup>.

Secondo tale (drastico) orientamento, il gravame proposto ad un giudice non *competente* a conoscerlo dovrebbe essere dichiarato inammissibile, con conseguente consumazione del potere di impugnazione e passaggio in giudicato della sentenza di primo grado.

---

<sup>15</sup> In questo senso, Cass. 10 febbraio 2005, n. 2709, in *GCM*, 2005, 4. Nella parte motiva della pronuncia in questione, si legge che "la norma dell'art. 50, per la sua sede, appare chiaramente dettata con riferimento alla fattispecie dell'errore nell'individuazione del giudice competente sulla base delle regole di disciplina della competenza dettate per il giudizio di cognizione in primo grado ed, inoltre, si connota senza dubbio come norma eccezionale, in ragione del suo palese carattere derogatorio dei principi espressi nella disciplina delle nullità formale" con la conseguenza che "ipotizzare l'applicabilità della regola della *translatio iudicii* e quella ad essa sottesa della salvezza della domanda giudiziale di primo grado proposta a giudice incompetente, alla instaurazione del processo d'impugnazione introdotto avanti al giudice "incompetente" (cioè diverso da quello legittimato a riceverla secondo le regole dettate in proposito) comporta l'adozione di una scelta di favore per chi esercita il diritto di impugnazione sbagliando ad individuare il giudice, la quale sarebbe del tutto priva di coerenza con le scelte [...] con le quali il legislatore ha assoggettato l'esercizio del diritto di impugnazione ad una serie di regole in punto di inammissibilità ed improcedibilità. [...] non si capirebbe quale logica potrebbe presiedere ad un sistema che consentisse a chi ha proposto un appello ad una sentenza del giudice di pace (appellabile) avanti alla corte d'appello, anziché avanti al tribunale, di salvare l'impugnazione da questo errore di particolare rilievo e di difficile scusabilità (attesa la elementarietà della regola di legittimazione a ricevere l'impugnazione che doveva essere applicata) attraverso la *translatio* e di non poterla salvare per il mancato rispetto di un adempimento previsto a pena di improcedibilità, o per avere redatto un atto di impugnazione non specifico".