

---

Comitato scientifico:

*Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).*

---

## **Procedimento davanti al giudice di pace: le istanze istruttorie non proposte nella prima udienza o in quella successivamente fissata rimangono definitivamente precluse**

*A norma dell'art. 320 c.p.c., nel procedimento davanti al giudice di pace non è configurabile una distinzione tra prima udienza di comparizione e prima udienza di trattazione, pur essendo il rito caratterizzato dal regime di preclusioni tipico del procedimento davanti al tribunale; ne consegue che le istanze istruttorie, laddove non siano proposte nella prima udienza ovvero in quella successivamente fissata, rimangono definitivamente precluse, né il giudice di pace può restringere l'operatività di tale preclusione rinviando ad un'udienza successiva alla prima al fine di consentire la proposizione non avvenuta tempestivamente.*

*...omissis...*

L'appello è infondato.

Va logicamente affrontato preliminarmente il quarto motivo di appello con il quale gli attori si dolgono della nullità della gravata sentenza per erronea applicazione dell'art. 320 c.p.c. e violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost., essendo tale motivo di appello connesso con l'istanza di remissione della causa in istruttoria.

Afferma parte appellante che benchè il tentativo di conciliazione non sia considerato obbligatorio, la sua omissione è considerata causa di nullità della sentenza o del procedimento.

L'affermazione non ha alcun pregio giuridico stante la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte (peraltro citata impropriamente dagli stessi appellanti) per cui nel procedimento dinanzi al giudice di pace, il tentativo di conciliazione, contemplato dall'art. 320 cod. proc. civ., deve essere esperito all'udienza di comparizione, e, pertanto, non è dovuto quando sia stato precluso dalla ingiustificata assenza di una delle parti a tale udienza. Pertanto l'omissione dell'obbligatorio tentativo di conciliazione delle parti alla prima udienza (art. 320 cod. proc. civ.) non è espressamente sanzionata con la previsione di nullità e può produrre tale effetto soltanto qualora abbia comportato, in concreto, un pregiudizio del diritto di difesa (cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 11411 del 11/05/2010).

Nella fattispecie non solo parte appellante era presente alla prima udienza ex art. 320 c.p.c. (con la conseguenza che l'unica parte legittimata a dolersi della omissione dell'obbligatorio tentativo di conciliazione sarebbe al più la parte assente e dunque l'appellata) ma non ha dedotto o provato né nel processo di primo grado né nel presente processo alcun pregiudizio concreto derivante da tale omissione.

Rimanendo nell'ambito del motivo di impugnazione in esame, è da rilevare che gli appellanti lamentano una violazione del proprio diritto di difesa e pertanto un vizio della sentenza impugnata evidenziando che il Giudice di Pace, nel corso del giudizio di primo grado, non ha concesso alle parti il termine previsto dall'art. 320 comma 4 c.p.c., nonostante l'esplicita istanza in tal senso della difesa degli oppositori. Sostengono gli appellanti che, una volta ritenuto non necessario concedere un termine apposito per la definitiva formulazione dei mezzi istruttori il Giudice avrebbe dovuto quantomeno invitare le parti a precisarli definitivamente in udienza.

Il motivo di impugnazione è in primo luogo inammissibile perché difetta del requisito di specificità con riferimento alla decisione impugnata ed è comunque infondato nel merito.

La gravata sentenza contiene chiara e condivisibile motivazione sulla base della quale il Giudice di prima istanza ha ritenuto non accoglibili le istanze istruttorie articolate solo in sede di discussione del 4/5/2012 nella parte in cui, sulla premessa della celerità e concentrazione del rito innanzi al Giudice di Pace ha evidenziato che "le deduzioni istruttorie degli oppositori effettuate all'udienza di discussione e non in quella precedente di precisazione delle conclusioni fissata al 02.03.2012 a seguito di ordinanza riservata, sono irrituali e vanno respinte". Il ragionamento del Giudice di primo grado si sostanzia nel rilievo della decadenza istruttoria in cui gli appellanti sono incorsi per effetto della mancata

articolazione dei mezzi istruttori all'udienza successiva a quella di cui all'art. 320 c.p.c. (quella del 02.03.2012).

Avverso tale valutazione l'atto di appello contiene esplicita e specifica doglianza - di qui la sua inammissibilità - limitandosi a dedurre che all'udienza di precisazione delle conclusioni il Giudice avrebbe dovuto quantomeno invitare le parti a precisare i mezzi istruttori definitivamente in udienza, come espressamente previsto dall'art. 320 comma 3 c.p.c.

La deduzione oltre ad essere irrilevante rispetto al tenore della decisione assunta in primo grado, è del tutto prova di pregio.

A norma dell'art. 320 c.p.c., nel procedimento davanti al giudice di pace non è configurabile una distinzione tra prima udienza di comparizione e prima udienza di trattazione, pur essendo il rito caratterizzato dal regime di preclusioni tipico del procedimento davanti al tribunale; ne consegue che le istanze istruttorie, laddove non siano proposte nella prima udienza ovvero in quella successivamente fissata, rimangono definitivamente precluse, né il giudice di pace può restringere l'operatività di tale preclusione rinviando ad un'udienza successiva alla prima al fine di consentire la proposizione non avvenuta tempestivamente (cfr. Cassazione civile sez. III, 21 dicembre 2011, n. 27925; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 13250 del 31/05/2010).

Nel caso di specie, come correttamente ritenuto dal Giudice di Pace di Nereto, parte appellante avrebbe dovuto articolare i mezzi istruttori quantomeno nella udienza successiva a quella ex art 320 c.p.c. ed invece ha chiesto unicamente l'accoglimento dell'atto di opposizione. Con la conseguenza che l'articolazione dei mezzi istruttori, avvenuta solo alla terza udienza - e segnatamente all'udienza di discussione del 4/5/2012 - è stata correttamente giudicata tardiva.

Ne deriva che anche l'istanza di rimessione istruttoria va rigettata.

Venendo dunque al motivo di appello riguardante l'erronea applicazione delle norme in materia di competenza, è da rilevare che gli appellanti sostengono che, contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice di primo grado, l'applicazione dei criteri previsti dagli artt. 18, 19 (foro generale delle persone fisiche e delle persone giuridiche) e 20 c.p.c. (luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è sorta o doveva eseguirsi) conduce ad attribuire la competenza a conoscere del ricorso per decreto ingiuntivo da cui ha tratto origine il presente procedimento sempre ed esclusivamente all'Ufficio del Giudice di Pace di Rimini.

Va in contrario osservato che correttamente il Giudice di Pace di Nereto ha ritenuto la propria competenza territoriale individuando nell'art. 1182 comma 3 c.c. il criterio di radicamento della competenza territoriale alternativo di cui all'art. 20 c.p.c. quale luogo in cui la prestazione dedotta doveva essere eseguita.

A tale proposito gli appellanti censurano la valutazione del Giudice di prime cure evidenziando che l'obbligazione oggetto del giudizio, ovvero l'obbligazione di pagamento del corrispettivo per la merce venduta dalla P.W. s.r.l. alla Gioielleria Ba., doveva essere adempiuta a Rimini, come risulterebbe dalla fattura proveniente dalla società appellata ed allegata al fascicolo di primo grado da cui risulterebbe che il luogo dell'adempimento era stato convenzionalmente determinato dalle parti in quanto in calce alla fattura, emessa dalla società P.W. s.r.l., era riportata la dicitura: " assegno bancario m/agente".

La tesi di parte appellante contrasta tuttavia apertamente con i principi affermati dalla Suprema Corte.

Ed infatti nelle cause concernenti il pagamento del prezzo di una compravendita, poiché ai sensi dell'art. 1498 terzo comma cod. civ. il pagamento, ove non debba aver luogo al momento della consegna, deve essere effettuato al domicilio che il venditore ha al momento in cui il relativo credito diviene esigibile, a tale luogo occorre avere riguardo per la determinazione del forum destinatae solutionis anche se sia prevista per il debitore la possibilità di eseguire il pagamento nel suo stesso domicilio o nel luogo del suo domicilio nelle mani di un agente o rappresentante del venditore, ove tale modalità di pagamento non sia convenzionalmente prevista a carattere esclusivo e con la contestuale rinuncia del venditore al forum previsto dall'art. 1498, terzo comma (e 1182) cod. civ. (cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1978 del 24/02/1988; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3141 del 12/04/1990).

L'uso invalso tra le parti di un contratto di vendita di pagare la merce successivamente al domicilio del compratore, al passaggio dell'agente del venditore per ritiro di ordini o consegne, non è inquadrabile tra gli usi diversi, che a norma dell'art. 1498, secondo comma, cod. civ. consentono al compratore, per determinati affari, di non pagare il prezzo del bene nel luogo ove si esegue la consegna di esso, perché questi sono usi normativi, ossia costituiscono norme non scritte, sussidiarie e integrative, derivanti da una pratica costante e generale, attuata con la convinzione di obbedire ad una regola giuridica, e non interpretativi, perché non hanno la funzione di chiarire o integrare la volontà negoziale. Nè in tale prassi è sufficiente per configurare la pattuizione prevista dal primo comma dell'art. 1498 cod. civ. e quindi per modificare il "forum destinatae solutionis", che è il domicilio del venditore, se non è convenuto che essa costituisce modalità di pagamento esclusiva, e il venditore contestualmente non rinuncia al foro previsto dal terzo comma dell'art. 1498 cod. civ., ovvero dell'art. 1182 cod. civ.. (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 2966 del 29/03/1999). Ai fini della competenza territoriale ex art. 20 cod. proc. civ., la modalità di pagamento del prezzo mediante assegno bancario tratto su un istituto bancario non incide sul "forum destinatae solutionis", qualora tale modalità non sia prevista come esclusiva, ma come facoltà concessa al debitore, nel quale caso non comporta deroga alle disposizioni degli artt. 1182 comma 3 e 1498 comma 3 cod. civ. (cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2864 del 11/03/1995, Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 22941 del 30/10/2007).

Ebbene nella fattispecie non risulta alcuna che sia stato convenuto il pagamento a mezzo assegno da consegnarsi nelle mani dell'agente come modalità di pagamento esclusiva dell'obbligazione pecuniaria né che il venditore abbia rinunciato al foro previsto dal terzo comma dell'art. 1498 cod. civ., ovvero dell'art. 1182 cod. civ..

Certamente tale pattuizione non può rinvenirsi nella dicitura "assegno bancario m/agente" posto che la mera, unilaterale, inserzione della clausola di pagamento del prezzo a mezzo di assegno nelle mani dell'agente nella fattura del venditore non può costituire la prova idonea di quell'accordo delle parti circa tale modalità di pagamento e del suo carattere esclusivo, a cui va attribuita rilevanza decisiva nella determinazione del forum solutionis, e quindi devesi considerare l'emissione dell'assegno come una semplice forma di

agevolazione in uso nella pratica commerciale (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3411 del 15/11/1972).

Ne consegue che giustamente il Giudice di Pace di Nereto ha rigettato l'eccezione di incompetenza sollevata dagli oppositori.

Vanno ora esaminati i motivi di impugnazione compendiate ai nn. II e IV dell'atto di appello riguardanti la asserita erronea applicazione delle norme in materia di contratto di agenzia e mandato di rappresentanza e la nullità del decreto ingiuntivo opposto per difetto delle condizioni di ammissibilità del ricorso, che per la loro intima connessione. Possono essere esaminati congiuntamente.

Sostiene parte appellante che male avrebbe fatto il giudice di prime cure ad emettere il decreto ingiuntivo ed a confermarlo in difetto di prova del titolo sulla base del quale la società appellante ha agito in monitorio. Sostengono inoltre gli appellanti che il Giudice avrebbe errato nel ritenere non estinta l'obbligazione di pagamento del prezzo per effetto della riconsegna della merce venduta all'agente con rappresentanza all'uopo deducendo che il contratto in questione era un contratto estimatorio.

Con riferimento alle doglianze circa i presupposti per l'emissione del decreto ingiuntivo, va premesso che secondo la pacifica giurisprudenza, il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ha ad oggetto la cognizione piena in ordine all'esistenza ed alla validità del credito posto a base della domanda d'ingiunzione; pertanto, va esclusa l'ammissibilità di una autonoma pronuncia sulla legittimità dell'ingiunzione di pagamento, anche solo agli effetti dell'incidenza delle spese della sola fase monitoria, dato che tale fase e quella di opposizione fanno parte di un unico processo nel quale l'onere delle spese è regolato in base all'esito finale del giudizio ed alla complessiva valutazione del suo svolgimento (Cass. Civ., Sez. III, 23 settembre 2004, n. 19126, Cass. Civ., Sez. III, 9 agosto 2007, n. 17469).

Quanto alla prova del credito oggetto di domanda monitoria è da premettere che se è vero che la posizione processuale delle parti risulta invertita, nel senso che l'opponente (attore in senso formale) sia convenuto in senso sostanziale, mentre l'opposto (convenuto in senso formale) sia attore in senso sostanziale (così, ex multis, la sentenza n. 6421 del 22.4.2003: "Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, solo da un punto di vista formale l'opponente assume la posizione di attore e l'opposto quella di convenuto, perché è il creditore ad avere la veste sostanziale di attore ed a soggiacere ai conseguenti oneri probatori, mentre l'opponente è il convenuto cui compete di addurre e dimostrare eventuali fatti estintivi, impeditivi o modificativi del credito, di tal che le difese con le quali l'opponente miri ad evidenziare l'inesistenza, l'invalidità o comunque la non azionabilità del credito vantato ex adverso non si collocano sul versante della domanda - che resta quella prospettata dal creditore - ma configurano altrettante eccezioni") è anche vero che detto principio non può prescindere dal riparto degli oneri probatori in materia di adempimento di una obbligazione.

Al riguardo deve premettersi che, l'art. 2697 c.c. stabilisce che "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda"; che l'art. 1218 c.c., invece, sancisce che "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che

l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

La combinazione di tale due norme deve essere letta, così come esplicito dalla Suprema Corte, nel senso che "in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento" (Cass. Civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533).

Orbene, la valutazione olistica del materiale probatorio, secondo il principio della preponderanza della prova (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, in tema di prova del nesso causale, poi adottato da Cass. Civ., Sez. III, 5 maggio 2009, n. 10285 anche con riferimento ad ulteriori elementi fattuali), induce a ritenere adeguatamente provato che tra le parti sia intervenuto un contratto implicante il trasferimento della merce oggetto di fattura dietro pagamento del prezzo come indicato nella fattura azionata.

Ed infatti gli oppositori, nel contrastare la pretesa creditoria non hanno negato la conclusione di tale negozio traslativo e la relativa consegna della merce (peraltro all'uopo sostenendo di averlo concluso tramite l'agente di zona, ciò al fine di supportare l'eccezione di incompetenza) ma hanno semplicemente dedotto che in realtà l'elemento impeditivo (o estintivo) al sorgere dell'obbligazione era costituito dalla circostanza che la merce sarebbe stata consegnata in conto vendita con la possibilità in capo alla acquirente di restituirla alla venditrice, con la conseguenza che il contratto avrebbe la natura di contratto estimatorio.

Ebbene non vi può essere dubbio sul fatto che, trattandosi di fatto impeditivo/estintivo della obbligazione gli oppositori erano onerati alla relativa prova.

Ciò che non è avvenuto. Ed infatti gli appellanti vorrebbero trarre la prova della pattuizione estimatoria dalla dichiarazione dell'agente Ri. (di cui doc. n. 2 del fascicolo di parte appellante relativo al grado di appello) che oltre ad essere contenuta in un documento tardivamente depositato in violazione dell'art. 345, terzo comma, cod. proc. civ. (cfr. Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 17612 del 18/07/2013) è dichiarazione proveniente non dalla società appellata ma da un

terzo è come tale non avente valore negoziale né probatorio nei confronti della Paul Watch.

Analogo discorso può svolgersi per quanto riguarda il motivo di appello riguardante l'asserita estinzione dell'obbligazione di pagamento del prezzo per effetto della riconsegna della merce venduta all'agente con rappresentanza.

Va infatti evidenziato che, come correttamente evidenziato dal Giudice di prime cure, non vi alcuna prova del potere di rappresentanza conferito al xxx tale potere non può certamente desumersi dalla dichiarazione del xxxx tardivamente depositata né dai documenti utilizzabili quali la fattura di vendita (da cui si desume la facoltà di pagamento mediante assegno da consegnare xxx essendo provato che l'agente aveva la semplice funzione di procuratore di affari per xxxxx desumersi dalla missiva a firma dell'Avv. Ciampini prodotta al doc. 4 del fascicolo di parte appellante in primo grado. Ed infatti in detta missiva è esplicitamente evidenziato che il Ri. non era stato autorizzato a ricevere la merce venduta.

Ebbene, viene pertanto in rilievo il principio mai contestato e correttamente richiamato dal Giudice di Pace nella sentenza impugnata per cui "L'agente, il quale per l'art. 1744 cod.civ. non può - senza l'autorizzazione del preponente - riscuotere crediti per conto di lui, né concedere sconti o dilazioni, a maggior ragione non può riprendersi in restituzione la merce venduta senza una sua espressa autorizzazione. L'eventuale concessione di tale autorizzazione non può essere presunta, ma deve essere provata da chi ne deduca l'esistenza" (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 2802 del 24/07/1969).

Non essendo pertanto stato provato che l'agente fosse stato autorizzato a ricevere la restituzione della merce venduta (né come detto che le parti si fossero preventivamente accordate in tale senso) l'efficacia liberatoria della effettuata consegna all'agente è stata correttamente esclusa dal giudice di prime cure.

Né tale efficacia liberatoria può desumersi dai principi sulla rappresentanza apparente atteso che, per un verso, tale modalità eccezionale di estinzione della obbligazione di pagamento non è stata dedotta in primo grado ed è pertanto da ritenersi tardiva e che, per altro verso, non risultano neanche dedotti - e pertanto non provati - gli elementi costitutivi della apparenza incolpevole (che come noto ricorre allorché non solo vi sia la buona fede del terzo che ha stipulato/pagato al falso rappresentante, ma anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente: cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 3787 del 09/03/2012).

Inammissibile è infine l'ultimo motivo di impugnazione per carenza di specificità.

L'onere di specificazione dei motivi di appello, imposto dall'art. 342 cod. proc. civ., non è assolto con il semplice richiamo "per relationem" alle difese svolte in primo grado, perché per dettato di legge i motivi di gravame devono essere contenuti nell'atto d'impugnazione e, peraltro, la generica "relatio" a tutto quanto prospettato in prime cure finisce per eludere il menzionato precetto normativo, domandando inoltre al giudice "ad quem" un'opera d'individuazione delle censure che la legge processuale non gli affida (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 1248 del 18/01/2013).

