
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 LUPA (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.).

Appello, le istanze istruttorie non accolte dal giudice di primo grado possono ritenersi implicitamente riproposte?

È pur vero che la presunzione di rinuncia prevista dall'art. 346 c.p.c. riguarda le domande e le eccezioni e non si estende anche alle istanze istruttorie, ma tuttavia, le istanze istruttorie non accolte dal giudice di primo grado non possono ritenersi implicitamente riproposte in appello con le domande e le eccezioni a sostegno delle quali erano state formulate, ma devono essere riproposte, laddove non sia necessario uno specifico mezzo di gravame, nelle forme e nei termini previste per il giudizio di primo grado, in virtù del richiamo operato dall'art. 359 c.p.c.

Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 6.2.2015, n. 2255

...omissis...

1.1.- Col primo motivo, la ricorrente si duole della violazione degli artt. 112, 345 e 346 c.p.c. e del vizio di omessa motivazione, in relazione alla decisione sulle prove.

La parte deduce che, con le prove dedotte in primo grado, intendeva provare la falsità di un elemento del titolo nel rapporto emittente - primo prenditore e che gli artt. 345 e 346 c.p.c., non impongono la riformulazione in grado d'appello delle prove non ammesse in primo grado, nè l'indicazione dei testi, sufficiente essendo il mero richiamo alla precedente fase del giudizio.

In chiusura del motivo, la parte articola due quesiti di diritto, con i quali sostanzialmente sostiene che la riproposizione in appello delle prove dedotte e non ammesse in primo grado è soddisfatta con la doglianza della parte della mancata ammissione e che sussiste l'obbligo del Giudice del gravame di pronunciarsi sui mezzi istruttori alla stregua del contenuto dell'atto d'appello.

1.2.- Col secondo mezzo, la parte si duole del vizio di violazione e falsa applicazione della L. Fall., art. 44, artt. 1277, 1340 e 2729 c.c., R.D. n. 1736 del 1933, artt. 31 e 36 e del vizio di omessa motivazione su di un punto decisivo per la controversia.

La ricorrente sostiene che non rileva l'effettivo incasso dell'assegno, ma la data di consegna al beneficiario in epoca anteriore al fallimento, in presenza del consenso espresso del creditore e della pratica commerciale costante tra le parti, nel senso di attribuire efficacia solutoria a tale modalità di pagamento ed il Giudice del merito, facendo ricorso alle presunzioni semplici e sulla base della prova testimoniale dedotta, sarebbe dovuto giungere alla conclusione che "l'assegno de quo risultava post-datato rispetto al momento dell'effettivo pagamento, in ossequio agli accordi tra le parti".

La ricorrente formula due quesiti di diritto, con i quali fa valere l'efficacia estintiva dell'obbligazione alla consegna dell'assegno post datato, in forza della pratica costante tra le parti e del consenso espresso dal creditore, e l'irrelevanza della data dell'effettivo incasso da parte di terzi giratari in data successiva al fallimento.

2.1.- I due motivi di ricorso vanno valutati unitariamente e sono da ritenersi in parte inammissibili ed in parte infondati. Inammissibili sono i vizi di motivazione dedotti, in quanto privi del momento di sintesi, ex art. 366 bis c.p.c., razione temporis applicabile, omologo del quesito di diritto, che deve essere idoneo a circoscrivere i limiti della censura (in tale senso, tra le ultime, le pronunce 14355/2013 e 2219/2013).

Ciò posto, va rilevata l'infondatezza del prospettato vizio ex art. 360 c.p.c., n. 3, in relazione alla non necessarietà della riproposizione in appello delle prove dedotte e non ammesse in primo grado.

Ed infatti, come affermato nella pronuncia 14135/2000, seguita dalle successive 16573/2002, 5308/2003 e 17904/2003, è pur vero che la presunzione di rinuncia prevista dall'art. 346 c.p.c., riguarda le domande e le eccezioni e non si estende anche alle istanze istruttorie, ma tuttavia, le istanze istruttorie non accolte dal giudice di primo grado non possono ritenersi implicitamente riproposte in appello con le domande e le eccezioni a sostegno delle quali erano state formulate, ma devono essere riproposte, laddove non sia necessario uno specifico mezzo di gravame, nelle forme e nei termini previste per il giudizio di primo grado, in virtù del richiamo operato dall'art. 359 c.p.c..

Detto orientamento è stato di recente ribadito nella pronuncia 9410/2011, che, nel ritenere rinunciate le istanze istruttorie non ribadite in sede di precisazione della conclusioni in appello, ha valorizzato anche l'eccezionalità della fase istruttoria in appello e l'esigenza di rispettare e rendere effettivo il principio costituzionale del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., inteso sotto il profilo della ragionevole durata.

Nel resto, va rilevata l'infondatezza della tesi di fondo sostenuta dal ricorrente, ovvero di avere provveduto al pagamento della merce fornita dalla Olearia Abagnale con la mera dazione dell'assegno bancario alla consegna della merce, e quindi in data antecedente al fallimento della venditrice, sì da sfuggire alla sanzione di inefficacia di cui alla L. Fall., art. 44, comma 2, mentre sarebbero irrilevanti la successiva girata del titolo dalla fallita ad un terzo, e l'incasso da parte di questi in data 18/10/2000.

A detta tesi non può prestarsi adesione, atteso che, come affermato nella sentenza 15396/2000, richiamando, tra le altre, le precedenti pronunce 8712/98, 3427/98 e 12129/92, ai sensi dell'art. 1197 c.c., affinché l'obbligazione originaria possa ritenersi estinta per effetto di una prestazione diversa da quella dovuta, non è sufficiente che il creditore consenta alla modifica del rapporto sinallagmatico di scambio, accettando di sostituire la prestazione originaria con una diversa prestazione, ma occorre anche che la diversa prestazione venga effettivamente eseguita, non potendo il rapporto obbligatorio ritenersi esaurito se non quando lo scambio che è alla base di esso si è effettivamente realizzato, il che si verifica quando il creditore consegue il risultato utile che, a seguito della sostituzione della prestazione, si riprometteva di ottenere dallo scambio. Se quindi il contratto ha per oggetto un'obbligazione pecuniaria ed il debitore, in luogo del pagamento in denaro, abbia rilasciato al creditore un assegno bancario emesso in suo favore, l'eventuale consenso del creditore, desumibile dall'aver accettato un mezzo ed un luogo di pagamento diversi da quelli dovuti per legge in base al combinato disposto degli artt. 1277 e 1289 c.c., non è idoneo a liberare il debitore dall'obbligazione di pagamento prevista originariamente dal contratto, poiché questa, in base alla regola dettata in via generale dall'art. 1197 c.c., comma 1, si estingue soltanto quando il creditore abbia effettivamente riscosso la somma portata dal titolo.

Ne consegue che solo con la riscossione del titolo da parte del terzo giratario, e quindi in data successiva al fallimento, si è realizzata l'estinzione dell'obbligazione dell'emittente nei confronti del girante, da cui l'applicazione della L. Fall., art. 44, comma 2.

Alla stregua di detto rilievo, sono da ritenersi irrilevanti le deduzioni e censure della ricorrente, intese a far valere l'effettività del pagamento alla consegna del titolo post datato.

3.1.- Il ricorso va conclusivamente respinto.

Non si dà pronuncia sulle spese, non essendosi costituito il Fallimento.

p.q.m.

La Corte rigetta il ricorso.

Così deciso in Roma, il 31 ottobre 2014.