
Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - 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.) - Mirella DELIA (Magistrato) - 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 (Consigliere 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) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio VALITUTTI (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Appello: l'indispensabilità delle nuove prove va apprezzata in relazione alla decisione di primo grado e al modo in cui essa si è formata

Nel giudizio di appello l'indispensabilità delle nuove prove deve apprezzarsi necessariamente in relazione alla decisione di primo grado e al modo in cui essa si è formata, sicché solo ciò che la decisione afferma a commento delle risultanze istruttorie acquisite deve evidenziare la necessità di un apporto probatorio che, nel contraddittorio in primo grado e nella relativa istruzione, non era apprezzabile come utile e necessario. Ne consegue che, se la formazione della decisione è avvenuta in una situazione nella quale lo sviluppo del contraddittorio e delle deduzioni istruttorie avrebbero consentito alla parte di valersi del mezzo di prova perché funzionale alle sue ragioni, deve escludersi che la prova sia indispensabile, se la decisione si è formata prescindendone, essendo imputabile alla negligenza della parte il non aver introdotto tale prova.

Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 20.10.2016, n. 21242

...omissis...

Col primo motivo del ricorso si deduce violazione o falsa applicazione di norme di diritto con riferimento all'art. 164 c.p.c., comma 1, in relazione all'art. 163 c.p.c., comma 3, n. 7 (mancato avvertimento al convenuto delle scadenze nelle quali incorre ex art. 38 c.p.c., in ipotesi di costituzione oltre il termine di giorni venti prima dell'udienza fissata).

La ricorrente, rimasta contumace nel primo grado di giudizio, censura la sentenza di secondo grado che ha rigettato il motivo, identico al presente, col quale l'appellante invocava la dichiarazione di nullità della sentenza e del giudizio di primo grado per nullità dell'atto introduttivo del giudizio perché mancante dell'avvertimento di cui sopra (in particolare, l'atto di citazione per accertamento dell'obbligo del terzo, notificato dall'avv. zzzz in data 2 marzo 2010, risultava privo di detto avvertimento solo con riguardo all'art. 38 c.p.c. - e comunque, come rilevato dal resistente, era stato notificato unitamente al provvedimento del giudice dell'esecuzione, al quale era stata rivolta l'istanza ex art. 548 c.p.c.).

Il motivo è manifestamente infondato.

Va premesso che la vicenda processuale è interamente regolata dagli artt. 548 e 549 c.p.c., nel testo vigente prima delle modifiche apportate sia dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, sia dal D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella L. 10 novembre 2014, n. 162.

Pertanto, è sufficiente richiamare la giurisprudenza di legittimità riguardante il pignoramento presso terzi e l'introduzione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo formatasi nella vigenza delle norme predette. A queste ultime (pur se oramai abrogate) è da intendersi perciò riferito quanto appresso.

Il pignoramento presso terzi è una fattispecie a formazione progressiva che si perfeziona mediante la dichiarazione positiva e non contestata del terzo pignorato ovvero, in alternativa, mediante la sentenza che accerta l'obbligo del terzo (cfr., tra le tante, Cass. n. 2473/09, n. 6666/11), equipollenti sul piano funzionale, anche se tra loro radicalmente diverse. La richiesta di accertamento dell'obbligo del terzo introduce(va) un giudizio ordinario di cognizione che si conclude(va) con una sentenza idonea al giudicato relativamente all'esistenza del diritto di credito del debitore esecutato nei confronti del terzo pignorato (cfr. Cass. S.U. n. 25037/08, nonché, tra le altre, Cass. n. 1949/09; n. 8133/09; n. 10550/09).

L'istanza di introduzione del giudizio di accertamento non può ritenersi implicitamente contenuta nell'atto di pignoramento (cfr. Cass. n. 6449/03) e deve essere proposta al giudice dell'esecuzione quando si verifichino i presupposti dell'art. 548 c.p.c. (cfr. Cass. n. 12113/13). Essa pertanto, pur essendo una domanda giudiziale (cfr. Cass. n. 1167/99), assume una forma del tutto peculiare poiché - contrariamente a quanto sostiene la S. S.r.l. e coerentemente a quanto invece sostiene il resistente avv. D. - non si richiede che il creditore istante rediga e notifichi un atto di citazione; è sufficiente che l'istanza venga formulata, anche oralmente, all'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione per la dichiarazione del terzo, e si considera così validamente proposta nei confronti dei presenti (come espressamente affermato nella motivazione della sentenza di questa Corte n. 17349/11, cui si fa rinvio). Quanto alle parti assenti, si è ritenuta sufficiente la notificazione del processo verbale contenente l'istanza del creditore (cfr. già Cass. n. 2417/68 e n. 3106/78, nonché Cass. n. 2286/96).

In conclusione, va affermato che, nel vigore degli artt. 548 e 549 c.p.c., precedenti le modifiche apportate sia dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, sia dal D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella L. 10 novembre 2014, n. 162, l'accertamento dell'obbligo del terzo, pur svolgendosi come ordinario giudizio di cognizione, segue, senza soluzione di continuità nell'ambito del procedimento, la dichiarazione mancata, negativa o contestata del terzo e necessita per la sua introduzione soltanto di apposita

istanza del creditore rivolta al giudice dell'esecuzione, non anche della notificazione di un atto di citazione avente il contenuto di cui all'art. 163 c.p.c..

Nel caso di specie, peraltro, come ha rilevato il giudice di merito e come nota la parte resistente, la società terza pignorata non solo non ha addotto alcun concreto pregiudizio che le sarebbe potuto derivare dal mancato avvertimento che la costituzione tardiva avrebbe potuto comportare la decadenza di cui all'art. 38 c.p.c., (relativa alla preclusione dell'eccezione di incompetenza per territorio), ma questa eventualità nemmeno si sarebbe potuta riferire al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo. Infatti, dopo la modifica apportata all'art. 548 c.p.c., dal D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, non si pone più alcuna questione relativa all'eventuale riassunzione del giudizio dinanzi al giudice competente (per la quale, nel regime precedente, cfr., tra le altre, Cass. n. 2286/96 cit.), in quanto il giudice del tribunale dinanzi al quale è instaurato il processo esecutivo ha competenza funzionale ad accertare il credito del debitore esecutato nei confronti del terzo pignorato.

In conclusione, il primo motivo di ricorso va rigettato.

Col secondo motivo si deduce violazione o falsa applicazione di norme di diritto con riferimento all'art. 345 c.p.c., comma 3 (nel testo precedente la novella del D.L. 22 giugno 2012, n. 83).

La ricorrente sostiene che la Corte d'appello avrebbe dovuto reputare che la società - rimasta contumace a causa dell'(asserita) invalida vocatio in ius - non fosse stata posta in grado di produrre dinanzi al tribunale il documento contenente la prova scritta della transazione intercorsa con la società L. s.r.l. e quindi avrebbe dovuto ammetterne la produzione in appello. Saggiunge che l'atto di transazione avrebbe dovuto comunque essere considerato indispensabile ai fini del decidere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 345 c.p.c..

Il motivo è infondato, sotto entrambi i profili.

Quanto al primo, l'infondatezza consegue al rigetto del primo motivo di ricorso.

Quanto al secondo, va considerato che, come correttamente rilevato dal giudice d'appello, il documento non è stato prodotto per porre rimedio ad un "dubbio probatorio", bensì per sopportare con la prova corrispondente la deduzione, fatta per la prima volta in appello, del fatto estintivo del credito pignorato. Attenendo perciò la produzione all'adempimento dell'onere probatorio gravante sulla parte sin dal primo grado del giudizio, relativamente ad un fatto che soltanto la parte avrebbe potuto introdurre e, quindi, provare, va fatta applicazione del principio di diritto secondo cui "nel giudizio di appello l'indispensabilità delle nuove prove deve apprezzarsi necessariamente in relazione alla decisione di primo grado e al modo in cui essa si è formata, sicché solo ciò che la decisione afferma a commento delle risultanze istruttorie acquisite deve evidenziare la necessità di un apporto probatorio che, nel contraddittorio in primo grado e nella relativa istruzione, non era apprezzabile come utile e necessario.

Ne consegue che, se la formazione della decisione è avvenuta in una situazione nella quale lo sviluppo del contraddittorio e delle deduzioni istruttorie avrebbero consentito alla parte di valersi del mezzo di prova perché funzionale alle sue ragioni, deve escludersi che la prova sia indispensabile, se la decisione si è formata prescindendone, essendo imputabile alla negligenza della parte il non aver introdotto tale prova " (Cass. n. 7441/11, n. 3709/14).

In conclusione, il ricorso va rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

Avuto riguardo al fatto che il ricorso è stato notificato dopo il 31 gennaio 2013, sussistono i presupposti per il versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo

unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 bis.

pqm

La Corte rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore del resistente, delle spese del giudizio di legittimità che liquida nell'importo complessivo di 2.400,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.