

Civile Sent. Sez. 3 Num. 3980 Anno 2019

Presidente: VIVALDI ROBERTA

Relatore: ROSSETTI MARCO

Data pubblicazione: 12/02/2019

SENTENZA

sul ricorso 20881-2016 proposto da:

DIAMOND DI SANDRO PAZZAGLIA E C SAS , in persona del
suo socio accomandatario e legale rappresentante sig.

SANDRO PAZZAGLIA, elettivamente domiciliata in ROMA,
V.VETURIA 45, presso lo studio dell'avvocato ROBERTO
IMPERIALI, rappresentata e difesa dall'avvocato MARIO

NAVA giusta procura in calce al ricorso;

2018

2727

- **ricorrente** -

contro

DI TELLA MARCO;

- **intimato** -

avverso l'ordinanza della CORTE D'APPELLO di MILANO,
depositata il 07/07/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 22/11/2018 dal Consigliere Dott. MARCO
ROSSETTI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. ANNA MARIA SOLDI che ha concluso per
l'infondatezza dei primi 2 motivi di gravame proposti
avverso l'ordinanza della Corte d'Appello;
l'inammissibilità dell'impugnazione avverso la
sentenza di 1° grado;

udito l'Avvocato MARIO NAVA;





FATTI DI CAUSA

1. Nel 2014 Marco Di Tella, di professione avvocato, iniziò l'esecuzione forzata nei confronti della propria debitrice, la società Diamond di Sandro Pazzaglia e C. s.a.s., sulla base di due titoli esecutivi giudiziali: un decreto ingiuntivo (n. 5180/14 emesso dal Tribunale di Milano) ed una sentenza (n. 6384/14 pronunciata dal Giudice di pace di Milano).

Tutti e due i titoli suddetti avevano ad oggetto il pagamento di compensi professionali.

2. La Diamond nel 2015 propose opposizione esecutiva, qualificata in parte come opposizione all'esecuzione, ed in parte come opposizione agli atti esecutivi.

Dedusse:

a) che né il decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale, né la sentenza pronunciata dal Giudice di pace, le erano mai stati notificati;

b) che la notifica dei due titoli era avvenuta a mezzo PEC, ad un indirizzo non più attivo ormai da quasi due anni;

c) di avere già pagato parte delle somme pretese dal creditore.

Nel corso del giudizio di opposizione a tali doglianze ne aggiunse una terza: che l'atto di citazione introduttivo del giudizio dinanzi al giudice di pace (nel quale la Diamond rimase contumace) non le era mai stato notificato.

3. Con sentenza 8.1.2016 n. 219 il Tribunale di Milano qualificò l'opposizione proposta dalla Diamond come opposizione all'esecuzione ex 615 c.p.c. e la rigettò.

Motivò il rigetto con tre argomenti:

1°) risultava documentato che "pochi giorni prima" della notifica dei due titoli esecutivi alla Diamond l'indirizzo PEC cui la notifica



venne effettuata era ancora quello della Diamond; la notifica doveva ritenersi perciò perfezionata, *"essendo onere del titolare dell'indirizzo PEC provvedere ad aggiornare le risultanze dei pubblici registri in modo da non ingenerare nei terzi ragionevoli affidamenti in ordine alla corrispondenza dei dati risultanti dai pubblici registri alla realtà effettiva"*;

2°) in ogni caso il notificante aveva depositato la "ricevuta di avvenuta consegna" del messaggio PEC contenente la notifica dei due titoli esecutivi, e tale ricevuta non era stata disconosciuta;

3°) la lista di *"messaggi non comunicati al cliente"* depositata dalla Diamond, tesa a dimostrare la mancata consegna del messaggio PEC di notifica dei titoli esecutivi, era inutilizzabile perché *"di incerta provenienza"*.

4. Dopo avere stabilito ciò, il Tribunale ritenne di esaminare comunque il motivo di opposizione con cui la Diamond sosteneva la nullità della notifica dell'atto introduttivo del giudizio concluso dalla sentenza del Giudice di pace messa in esecuzione da Marco Di Tella.

Osservò a tal riguardo che la doglianza era inammissibile per due ragioni:

-) sia perché nuova, in quanto prospettata solo con la memoria ex art. 183 c.p.c.;

-) sia perché si sarebbe dovuta far valere impugnando la sentenza del Giudice di pace, e non già proponendo un'opposizione all'esecuzione.

5. La sentenza venne appellata dalla Diamond.

La Corte d'appello di Milano, con ordinanza 7.7.2016 n. 3704, pronunciata formalmente ai sensi dell'art. 348 *bis* c.p.c., ha dichiarato l'appello inammissibile per tardività.



Ha ritenuto, a tal riguardo, che la sentenza di primo grado venne notificata ad ambedue i difensori della Diamond a mezzo PEC, in data 25 gennaio 2016. L'atto d'appello, invece, era stato notificato il 3 marzo 2016, e quindi oltre il termine di 30 giorni stabilito dall'articolo 325 c.p.c.

Tale decisione venne assunta dalla Corte d'appello di Milano, come accennato, nella forma dell'ordinanza, dichiaratamente pronunciata ai sensi dell'articolo 348 *bis* c.p.c., sul presupposto che *"l'appello non [aveva] ragionevole probabilità di trovare accoglimento"*.

6. Con un ricorso unitario la Diamond ha impugnato per cassazione sia la sentenza pronunciata del Tribunale (secondo la previsione di cui all'art. 348 *ter* c.p.c.), in base a due motivi; sia l'ordinanza d'appello (ex art. 111 cost.), in base a quattro motivi.

La ricorrente ha altresì depositato:

- (a) una memoria, nel termine di cui all'art. 378 c.p.c.;
- (b) delle note d'udienza, con allegati.

L'intimato non si è difeso in questa sede.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Questioni preliminari.

1.1. Va preliminarmente dichiarata l'inammissibilità delle "note d'udienza", con allegati, depositate dalla ricorrente all'esito della pubblica udienza.

Al presente giudizio si applica l'art. 379 c.p.c., nel testo anteriore alle modifiche apportate dall'art. 1-*bis*, comma 1, lettera d), n. 2), del decreto-legge 31 agosto 2016, n. 168 (convertito, con modificazioni, dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197).

Le modifiche introdotte dal suddetto decreto 168/16, infatti, per espressa previsione dell'art. 1 *bis*, comma 2, si applicano *"ai ricorsi*



depositati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché a quelli già depositati alla medesima data per i quali non è stata fissata udienza o adunanza in camera di consiglio".

La legge 197/16, di conversione del d.l. 168/16, è entrata in vigore il 30.10.2016, mentre il ricorso in esame è stato depositato 26.9.2016, ed assegnato il 5.10.2016.

L'art. 379 c.p.c., nel testo applicabile dunque *ratione temporis*, stabiliva che, dopo la discussione compiuta nella pubblica udienza, *"gli avvocati delle parti possono nella stessa udienza presentare alla corte brevi osservazioni per iscritto sulle conclusioni del pubblico ministero"*.

Il complemento di tempo *"nella stessa udienza"* rende evidente che le note in questione non possano essere depositate dopo la chiusura di quest'ultima.

Nel caso di specie risulta dall'attestazione della Cancelleria che le note furono depositate dalla ricorrente il 22.11.2018 alle ore 13:59, mentre dal verbale d'udienza quest'ultima risulta dichiarata chiusa dal Presidente del collegio alle ore 11:56.

Le suddette note vanno dunque dichiarate irricevibili.

2. I motivi di impugnazione rivolti avverso l'ordinanza d'appello.

2.1. Nella discussione svolta in pubblica udienza, il difensore della ricorrente ha dichiarato formalmente di *"rinunciare ai primi due motivi del ricorso"*.

Ha affermato che *"avendo la Corte d'appello scelto la forma dell'ordinanza e non della sentenza, deve prevalere una interpretazione letterale dell'art. 348 bis c.p.c."*, e di conseguenza era *"necessario impugnare la sentenza di primo grado"*.



2.2. I "primi due motivi" del ricorso, illustrati alle pp. 5-8 di quest'ultimo, erano rivolti contro l'ordinanza d'appello, e la censuravano nella parte in cui aveva ritenuto tardivo il gravame proposto dalla Diamond.

La rinuncia ad uno o più motivi di ricorso, come da tempo affermato da questa Corte, rende superflua una decisione in ordine alla fondatezza o meno delle relative censure, ed è efficace anche in mancanza della sottoscrizione della parte o del rilascio di uno specifico mandato al difensore, in quanto, implicando una valutazione tecnica in ordine alle più opportune modalità di esercizio della facoltà d'impugnazione e non comportando la disposizione del diritto in contesa, è rimessa alla discrezionalità del difensore stesso, e resta, quindi, sottratta alla disciplina di cui all'art. 390 c.p.c. per la rinuncia al ricorso (Sez. 1 - , Sentenza n. 22269 del 03/11/2016, Rv. 642643 - 01).

Pertanto, rispetto all'impugnazione dell'ordinanza d'appello, questa Corte deve rilevare il sopravvenuto difetto di interesse del ricorrente, e la conseguente inammissibilità del ricorso, ai sensi dell'art. 100 c.p.c..

3. I motivi d'impugnazione rivolti avverso la sentenza di primo grado.

3.1. Il primo motivo del ricorso avverso la sentenza di primo grado contiene due censure. Tutte e due investono la statuizione con cui il Tribunale ritenne infondato il motivo di opposizione con cui si lamentava la mancata notifica dei due titoli esecutivi (decreto ingiuntivo e sentenza del giudice di pace).

Con la prima censura si sostiene che erroneamente il Tribunale ha ritenuto che la Diamond avesse l'onere di contestare



tempestivamente le copie analogiche delle ricevute informatiche di attestazione di avvenuta consegna dei messaggi con cui vennero notificati i due titoli esecutivi.

Con la seconda censura si sostiene che la Corte d'appello ha trascurato di considerare che la notifica dei due titoli esecutivi non poteva ritenersi andata a buon fine, dal momento che essa Diamond aveva dimostrato per iscritto come, all'epoca in cui vennero notificati i titoli esecutivi, il servizio di posta elettronica fornito dal suo *provider* risultava sospeso.

3.2. Il secondo motivo del ricorso avverso la sentenza di primo grado contiene anch'esso due censure.

Con una prima censura la ricorrente lamenta in buona sostanza l'inversione dell'onere della prova.

Sostiene che non era essa a dover provare di non aver mai ricevuto la notifica di titoli esecutivi posti dal creditore a fondamento dell'esecuzione; ma era onere del creditore dimostrare di averli validamente notificati.

Con una seconda censura soggiunge che, in ogni caso, essa aveva fornito la prova di non aver mai ricevuto la notifica dei due titoli esecutivi, depositando un documento proveniente dal gestore della posta elettronica, nel quale si dichiarava che per oltre un anno e mezzo l'indirizzo di posta elettronica della Diamond era stato inattivo.

3.3. Col terzo motivo proposto avverso la sentenza di primo grado la società ricorrente investe quest'ultima nella parte in cui ha ritenuto tardivo, e perciò inammissibile, il motivo di opposizione volto a far valere la nullità della notifica dell'atto di citazione introduttivo del giudizio concluso dalla sentenza del giudice di pace posta a fondamento dell'esecuzione (d'ora innanzi, "la sentenza *eseguenda*").



Sostiene che tale decisione sarebbe erronea perché:

-) essa aveva proposto quel motivo di opposizione sin dal giudizio di primo grado; nell'atto di citazione introduttivo del giudizio di opposizione infatti, *"se letto attentamente"*, era *"insita una contestazione dell'intero giudizio che ha portato alla sentenza del giudice di pace"*;

-) in ogni caso, la circostanza che fosse nuovo il motivo di opposizione concernente la validità della citazione introduttiva del giudizio concluso dalla sentenza *eseguenda* non legittimava il Tribunale a ritenere per ciò solo abbandonato il motivo di opposizione volto a far valere l'omessa notifica del titolo esecutivo.

3.4. Col quarto motivo proposto avverso la sentenza di primo grado la Diamond deduce che erroneamente il Tribunale ha omesso di esaminare la sua eccezione di adempimento parziale, e lamenta la violazione dell'art. 112 c.p.c..

3.5. Tutti i suddetti motivi sono inammissibili per difetto di rilevanza. Come accennato, la Corte d'appello ritenne tardivo il gravame proposto dalla Diamond avverso la sentenza di primo grado, e pronunciò tale decisione con le forme dell'ordinanza ex art. 348 *bis* c.p.c..

La tardività dell'appello non poteva essere dichiarata con le forme dell'ordinanza ex art. 348 *bis* c.p.c..

Tale ordinanza, infatti, può essere pronunciata solo *"fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello"*, e la tardività del gravame costituisce giustappunto uno di questi casi.

Tuttavia, una volta che il giudice d'appello, errando, pronunci ordinanza ex art. 348 *bis* c.p.c. con la quale dichiara l'inammissibilità



dell'appello per tardività, tale provvedimento esiste e deve pur sempre essere rimosso dal mondo giuridico, altrimenti si formerebbe il giudicato sulla valutazione di tardività del gravame.

E', questo, uno dei casi in cui le Sezioni Unite di questa Corte hanno ammesso la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 348 *bis* c.p.c.: l'eventuale errore circa la tempestività dell'appello, infatti, è un vizio che affligge l'ordinanza d'appello, non la sentenza di primo grado, e per rimuoverlo non vi è altra strada che impugnare la prima, non la seconda. L'omessa impugnazione dell'ordinanza, infatti, determinerebbe il passaggio in giudicato della statuizione di tardività dell'appello, né sarebbe concepibile impugnare la sentenza di primo grado per dolersi d'un errore (il giudizio di tardività del gravame) che quella sentenza non ha commesso.

3.6. Ciò posto in punto di diritto, in linea di fatto questa Corte non può che rilevare che la società ricorrente, pur avendo impugnato l'ordinanza d'appello, ha dichiarato di rinunciare alla suddetta impugnazione.

Ciò ha determinato di conseguenza il formarsi del giudicato sulla statuizione di tardività dell'appello e, con esso, il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado.

Il ricorso avverso quest'ultima sentenza va pertanto dichiarato inammissibile.

4. Le spese.

4.1. Non è luogo a provvedere sulle spese, attesa la *indefensio* dell'intimato.

4.2. Il rigetto del ricorso costituisce il presupposto, del quale si dà atto con la presente sentenza, per il pagamento a carico della parte



ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione, ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228).

Per questi motivi

la Corte di cassazione:

- (-) dichiara inammissibile il ricorso;
- (-) dà atto che sussistono i presupposti previsti dall'art. 13, comma 1 *quater*, d.p.r. 30.5.2002 n. 115, per il versamento da parte di Diamond di Sandro Pazzaglia & c. s.a.s. di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione. Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte di cassazione, addì 22 novembre 2018.