Produzione di documenti nuovi in appello: rimessa la risoluzione del contrasto alle sezioni unite.

I temi affrontati dalla Corte sono sostanzialmente due: il primo riguarda le conseguenze dell'omesso deposito, da parte dell'opposto, del fascicolo di parte nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo; il secondo riguarda la nozione di indispensabilità dei documenti che si vuole produrre in grado di appello.

La Suprema Corte di Cassazione civile – terza sezione – con ordinanza interlocutoria n.24408 del 17 novembre 2014, dopo aver affrontato l'esame dei due profili sopra richiamati, rinvenendo un contrasto tra le sezioni semplici, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente affinchè valuti l'opportunità di assegnarne la trattazione alle sezioni unite.

Primo profilo.

Le conseguenze del mancato deposito, da parte dell'opposto, del fascicolo di parte del giudizio monitorio nel giudizio di opposizione.

Il contrasto in seno alle sezioni semplici

Primo orientamento

Secondo Cass. n. 8955 del 2006, secondo cui, avuto riguardo alla interpretazione dell'articolo 345 c.p.c. nel testo ante riforma 1990, ha precisato che «*La documentazione posta a fondamento del ricorso per decreto ingiuntivo è destinata, per effetto dell'opposizione al decreto e della trasformazione in giudizio di cognizione ordinaria, ad entrare nel fascicolo del ricorrente, restando a carico della parte l'onere di costituirsi in giudizio depositando il fascicolo contenente i documenti offerti in comunicazione. Ne consegue che in difetto di tale produzione, essa non entra a fare parte del fascicolo d'ufficio e il giudice non può tenerne conto. L'omessa produzione in primo grado non preclude alla parte opposta rimasta contumace in primo grado in un giudizio regolato dall'art. 345 cod. proc. civ. nel testo previgente alla sostituzione operata dalla legge n. 353 del 1990, di produrre i documenti in appello, senza che sia necessario proporre appello incidentale ove il giudizio di primo grado sia stato definito con la conferma della pretesa posta a base dell'ingiunzione*.».

Ancora, secondo Cassazione civile 19992 del 2004 «*La documentazione di corredo al ricorso per decreto ingiuntivo è destinata, per effetto dell'opposizione al decreto, ad entrare nel fascicolo del ricorrente, e conserva, rispetto al fascicolo di ufficio, una distinta funzione ed una propria autonomia che ne impedisce l'allegazione di ufficio nel giudizio di secondo grado ove, come in quello di primo grado, la produzione del fascicolo di parte presuppone la costituzione in giudizio*.».

Secondo Cass. 17603 del 2013 «*La documentazione prodotta con il ricorso per ingiunzione è destinata, per effetto dell'opposizione al decreto e della trasformazione in giudizio di cognizione*

ordinaria, ad entrare nel fascicolo del ricorrente, restando a carico della parte opposta l'onere di costituirsi in giudizio depositando il fascicolo contenente i documenti offerti in comunicazione. Ne consegue che, in difetto di tale produzione, questi ultimi non entrano a fare parte del fascicolo d'ufficio e il giudice non può tenerne conto».

L'opposto orientamento

Secondo Cass. 11817 del 2011, invece, «*Il procedimento che si apre con la presentazione del ricorso per decreto ingiuntivo e si chiude con la notifica del decreto stesso non è autonomo rispetto a quello che si apre con l'opposizione di cui all'art. 645 cod. proc. civ.; ne consegue che nel giudizio di opposizione, ove la parte opposta non abbia allegato al fascicolo, nel termine di cui all'art. 184 cod. proc. civ., la documentazione posta a fondamento del ricorso monitorio, tale documentazione può essere utilmente prodotta nel giudizio di appello, non potendosi considerare come nuova. (Principio enunciato in relazione al testo dell'art. 345 cod. proc. civ. come formulato dall'art. 52 della legge 26 novembre 1990, n. 353, applicabile alla fattispecie "ratione temporis")*.».

Tale sentenza si pone in contrasto con Cass. n. 8955 del 2006, secondo cui «*Nel rito ordinario, con riguardo alla produzione di nuovi documenti in grado di appello, l'art. 345, terzo comma, cod.proc.civ. va interpretato nel senso che esso fissa sul piano generale il principio della inammissibilità di mezzi di prova - la cui ammissione, cioè, non sia stata richiesta in precedenza - e, quindi, anche delle produzioni documentali, indicando nello stesso tempo i limiti di tale regola, con il porre in via alternativa i requisiti che tali documenti, al pari degli altri mezzi di prova, devono presentare per poter trovare ingresso in sede di gravame (sempre che essi siano prodotti, a pena di decadenza, mediante specifica indicazione degli stessi nell'atto introduttivo del giudizio di secondo grado, a meno che la loro formazione non sia successiva e la loro produzione non sia stata resa necessaria in ragione dello sviluppo assunto dal processo): requisiti consistenti nella dimostrazione che le parti non abbiano potuto proporli prima per causa ad esse non imputabile, ovvero nel convincimento del giudice della indispensabilità degli stessi per la decisione. Peraltro, nel rito ordinario, risultando il ruolo del giudice nell'impulso del processo meno incisivo che nel rito del lavoro, l'ammissione di nuovi mezzi di prova ritenuti indispensabili non può comunque prescindere dalla richiesta delle parti*».

Il secondo dei due succitati orientamenti, secondo l'estensore della ordinanza in commento, finisce per consentire una del tutto immotivata ed ingiustificata sottrazione della parte agli oneri connessi alla sua posizione durante la varie fasi processuali dal momento che nessuna norma sembra autorizzare tale sottrazione. Ne consegue che il principio maggiormente aderente sarebbe quello in forza del quale "*in tema di procedimento per decreto ingiuntivo, nel regime dell'art. 345 c.p.c. introdotto dalla 1. n. 353 del 1990, ove il creditore opposto non avesse prodotto i documenti posti a fondamento del ricorso monitorio nei termini previsti per le preclusioni probatorie alla produzione dei documenti secondo il rito applicabile, doveva escludersi che la produzione in appello fosse consentita per il fatto che i detti documenti non si sarebbero potuti considerare "nuovi*"."

Da qui il rinvio alle sezioni unite per la risoluzione del contrasto.

Secondo profilo

Il concetto di indispensabilità dei documenti prodotti in appello.

Il contrasto in seno alle sezioni semplici

Primo orientamento

Secondo un primo orientamento, «*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 del 2001; in senso conforme Cass. n. 3493 del 2013).

Secondo Cass. n. 2602 del 2011, che si rifa a Cass. n. 21980 del 2009, «L*'art. 345, terzo comma, cod. proc. civ., come modificato dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, nell'escludere l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova, ivi compresi i documenti, consente al giudice di ammettere, oltre alle nuove prove che le parti non abbiano potuto produrre prima per causa ad esse non imputabile, anche quelle da lui ritenute, nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite, indispensabili, perché dotate di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella che le prove rilevanti hanno sulla decisione finale della controversia; indispensabilità da 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. Tale facoltà deve esercitata in modo non arbitrario, in quanto il giudizio di indispensabilità, positivo o negativo, deve essere comunque espresso in un provvedimento motivato.*»

L’opposto orientamento

Tuttavia, detto principio risulta contraddetto da altre decisioni e precisamente:

a) da Cass. n. 13432 del 2013, che, però, senza considerare Cass. n. 7441 del 2011 e le sue argomentazioni, si è limitata - richiamando la giurisprudenza precedente in tema di rito ordinario (cioè Cass. n. 9120 del 2006), nonché quella in tema di rito del lavoro (cioè Cass. (ord.) n. 13353 del 2012, a statuire che «La possibilità di produrre nuovi documenti in appello, in deroga al divieto previsto dall'art. 345 cod. proc. civ., sussiste sia quando tali documenti siano "indispensabili" (eventualità che ricorre tra l'altro quando il documento è di per sé sufficiente a provare il fatto controverso, a prescindere da tutte le altre fonti di prova), sia quando essi abbiano il mero scopo di rafforzare le prove già raccolte in primo grado, perché in tal caso la

produzione non è destinata ad aprire un nuovo fronte di indagine.

b) dalla ancora più recente Cass. n. 3709 del 2014, la quali parimenti ha, però, anch'essa ignorato l'orientamento inaugurato da Cass. n. 7441 del 2011 e, con ampiezza di motivazione, risulta argomentata sulla base di un'esegesi della Sentenza n. 8203 del 2005 delle SS.UU., che non pare del tutto persuasiva.

c) da Cass. n. 3709 del 2014 secondo cui «*-L'art. 345, comma 3, c.p.c., come modificato dalla legge 26-11-1990 n. 353, nell'escludere l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova, ivi compresi i documenti, consente al giudice di appello di ammettere, oltre alle nuove prove che le parti non abbiano potuto produrre prima per causa ad esse non imputabile, anche quelle da lui ritenute - nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite -, indispensabili, perché dotate di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella che le prove rilevanti hanno sulla decisione finale della controversia, e capaci, quindi, di determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, eventualmente decisivo anche per giungere ad un completo rovesciamento della decisione di primo grado - . "Il requisito dell'indispensabilità della nuova produzione documentale non deve essere apprezzato limitatamente al momento della formazione delle preclusioni istruttorie di primo grado, ma deve essere valutato in relazione allo sviluppo assunto dall'intero processo, comprensivo della sentenza di primo grado e di ciò che la stessa afferma a commento delle risultanze istruttorie acquisite"*.».

Il pensiero dell’estensore della ordinanza della Suprema Corte in commento.

Secondo l’estensore della ordinanza 24408/2014, invece, *"il concetto di indispensabilità del nuovo mezzo di prova (in disparte il rilievo che, secondo la dottrina che pare preferibile deve concernere fatti c.d. principali), si deve ricostruire tenendo conto che, prospettandosi l'esigenza della nuova prova in una situazione in cui nel processo è ormai sopravvenuta la decisione, l'indispensabilità necessariamente deve apprezzarsi in relazione alla decisione stessa ed al modo in cui essa si è formata. Se, dunque, la "formazione della decisione è avvenuta in una situazione nella quale lo sviluppo del contraddittorio e dell'istruzione probatoria avrebbero consentito alla parte di valersi del mezzo di prova perché consono alle sue ragioni, automaticamente si deve escludere che la prova sia indispensabile se la decisione si è formata prescindendone, perché è imputabile alla negligenza della parte non avere introdotto nel processo la prova che bene avrebbe potuto introdurvi secondo una condotta processuale ispirata all'assicurazione del massimo di possibilità di azione e difesa. In altri termini, non si può prospettare come indispensabile la prova che tale appariva o poteva soggettivamente apparire - al di là della sua concreta efficacia ed utilitas - durante lo svolgimento del contraddittorio in primo grado e prima della formazione delle preclusioni probatorie. Se lo si consentisse, le preclusioni probatorie diverrebbero canzonatorie. L'indispensabilità deve, invece, confrontarsi con il tenore della decisione, nel senso che dev'essere soltanto quanto la decisione afferma sul piano probatorio (cioè a commento delle risultanze probatorie acquisite) ad evidenziare la necessità di un apporto probatorio che nel pregresso contraddittorio in primo grado e nella relativa istruzione non era viceversa apprezzabile come utile. Ricostruito in questo senso il concetto di indispensabilità non collide con un impianto processuale imperniato sulle preclusioni e si presenta anzi perfettamente armonico» con esso”.*

In conclusione

"L'indispensabilità, ad avviso del Collegio che ha rimesso la questione alle sezioni unite, dovrebbe essere intesa (o meglio avrebbe dovuto essere intesa), invece, nel senso che è da un risultato probatorio considerato, sebbene all'esito della valutazione delle risultanze probatorie consacrate dal giudizio di primo grado, soltanto dalla motivazione della decisione appellata e non emerso e discusso invece prima nell'àmbito del contradditorio sul *thema probandi,* che deve emergere per la parte la necessità di dover dare un nuovo apporto probatorio. Quest'ultimo in tal modo deve risultare diretto non già a supplire od integrare ciò che non è stato provato a sufficienza tramite le prove assunte nel quadro dei punti del *thema probandum* siccome fissatisi all'esito del contradditorio in primo grado e che come tale è stato apprezzato dalla sentenza, bensì deve apparire funzionale a dimostrare fatti idonei ad incidere su un risultato probatorio individuato solo dalla stessa sentenza e che, pertanto, non avrebbe potuto, proprio per tale modo di emersione, essere oggetto dei poteri probatori delle parti in primo grado, in quanto non faceva parte del *thema probandum* per come articolatosi nel dibattito fra le parti".

Da qui la rimessione del fascicolo al Primo Presidente della Corte perché valuti l'opportunità di assegnarne la trattazione alle Sezioni Unite sulle due questioni interpretative indicate in motivazione, in quanto oggetto di contrasto nella giurisprudenza delle Sezioni Semplici.

Una breve riflessione

Dall'excursus delle sentenze sopra citate si ricava sicuramente un senso di disorientamento. Disorientamento che non potrà nemmeno essere sopito dall'intervento delle sezioni unite della Suprema Corte, visto che detto intervento risolutore viene chiamato a distanza di meno di dieci anni da un precedente contrasto tra le sezioni semplici già risolto dall'intervento delle sezioni unite.(Cass. n. 8955 del 2006),

La mancanza di un principio ermeneutico chiaro ed inequivoco rende incerta l'applicazione della legge e poco garantito il diritto di difesa.

La estensione della nozione di indispensabilità dei documenti potrebbe meglio garantire da un lato la ricerca della verità processuale ma potrebbe, al contempo, comprimere il principio di ragionevole durata del processo e violare il diritto di difesa dell'altra parte processuale.

Speriamo che l'intervento delle sezioni unite, questa volta, non generi, come per il passato, nuovi contrasti interpretativi.

avv. Filippo Pagano (f.pagano@clouvell.com)

managing partner at clouvell (www.clouvell.com)