

Ritenuto quanto segue:

§1. La s.r.l. F.Ili Stochino Italo, Mario e Antonio ha proposto ricorso per cassazione contro la s.r.l. Toro Calcestruzzi avverso la sentenza del 15 gennaio 2010, con la quale la Corte d'Appello di Cagliari - in riforma della sentenza resa in primo grado *inter partes* del 1° luglio 2005, che aveva accolto l'opposizione proposta da essa ricorrente avverso un decreto ingiuntivo ottenuto nei suoi confronti dall'intimata il 12 settembre 2002 dal Tribunale di Cagliari ed aveva revocato l'opposto decreto con gravame di spese - ha invece rigettato l'opposizione con gravame delle spese di appello sulla ricorrente, lasciando invece a carico dell'intimata le spese del primo grado di giudizio.

§2. All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale di Cagliari perveniva all'accoglimento dell'opposizione, in quanto riteneva: *a)* che la creditrice opposta, costituitasi oltre il termine di cui all'articolo 184 c.p.c., non aveva prodotto il fascicolo della fase monitoria con i documenti che in quella sede aveva posto a base dell'ingiunzione e che esso non poteva essere acquisito d'ufficio; *b)* che erano inammissibili le prove orali dedotte dalla stessa opposta, onde il suo credito risultava indimostrato.

§3. La Corte d'Appello è pervenuta alla sua decisione con il seguente *iter* motivazionale: *aa)* ha disatteso l'assunto dell'appellante che il fascicolo d'ufficio della procedura ingiuntiva con l'allegato fascicolo di parte dovesse essere acquisito di ufficio, reputando che sarebbe stato onere dell'opposta depositarlo tempestivamente dopo averlo ritirato nella cancelleria; *bb)* ha condiviso l'assunto dell'appellata, secondo cui, pur mancando il fascicolo della procedura speciale opposta, bene avrebbe potuto produrre le copie dei documenti di cui alla fase monitoria, nonché articolare altri mezzi di prova; *cc)* ha quindi osservato che nel processo di appello l'appellante aveva prodotto il fascicolo di parte, contenente le fatture e le bolle di consegna a dire della Corte prodotti in fase monitoria, assumendo di averne riottenuto la

disponibilità solo in data posteriore alla pronuncia della sentenza di primo grado, ma ha poi ritenuto tardiva la produzione, osservando che di detta circostanza non era stata fornita prova; *dd*) ha tuttavia ritenuto che essendo i documenti della fase monitoria indispensabili al fine della decisione, le era consentito di valutarli e, conseguentemente ha affermato che <<le sette fatture allegate alla domanda di ingiunzione portanti un totale pari alla somma richiesta sono accompagnate dai buoni di consegna delle merci>>, soggiungendo quindi che la difesa dell'appellata non aveva contestato l'autenticità delle sottoscrizioni apposte in calce alle bolle, né, in realtà, aveva mai negato di avere ricevuto le relative forniture.

Sulla base di tale ragione, la Corte d'appello ha ritenuto dimostrata l'esistenza dei singoli contratti di vendita e sull'assunto che dovesse essere l'appellata a dimostrare il pagamento del corrispettivo e che una prova in questo senso non fosse stata data, ha rigettato l'opposizione.

§3. Al ricorso, affidato a cinque motivi, ha resistito con controricorso la s.r.l. Toro Calcestruzzi.

Considerato quanto segue:

§1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia "violazione degli artt. 2697 c.c. in relazione all'art. 360 comma 1° n. 3 c.p.c."

Vi si sostiene che erroneamente la Corte territoriale avrebbe ritenuto che nella documentazione della fase monitoria prodotta in appello fossero stati prodotti i buoni di consegna, addebitando poi l'onere di disconoscimento alla ricorrente.

Viceversa essi non risultavano prodotti nel fascicolo della fase monitoria, dato che non comparivano nell'elenco dei documenti allegati al ricorso per ingiunzione, nel quale erano indicate solo le fatture. I detti buoni non risultavano del resto allegati né con la comparsa di costituzione, nella quale risultavano prodotti l'originale del ricorso per ingiunzione e un atto di precetto, né con la stessa citazione in appello, che indicava come prodotti la

sentenza di primo grado, il ricorso per ingiunzione, il fascicolo di parte di primo grado e quello della fase monitoria.

§1.1. Il motivo, in disparte l'erronea invocazione della norma dell'art. 2697 c.c. e la sua sostanza di denuncia di violazione di una norma del procedimento (quella che impone al giudice di merito di percepire esattamente la realtà anche processuale) sembrerebbe inammissibile gradatamente: *aa*) perché denuncia un errore di fatto in cui sarebbe incorsa la Corte territoriale, consistito nella supposizione della produzione dei buoni, mentre invece le risultanze degli atti la escludevano, onde il motivo avrebbe dovuto dedursi con la revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c.; *bb*) e perché si fonda su una serie di documenti ed atti processuali dei quali non fornisce l'indicazione specifica secondo quanto prescrive l'art. 366 n. 6 c.p.c. (sulla cui esegesi si vedano: per i documenti Cass. sez. un. nn. 28547 del 2008 e 7161 del 2010, nonché ampiamente e riassuntivamente Cass. n. 7455 del 2013; per gli atti processuali Cass. sez. un. n. 22726 del 2011, che ammette – ai diversi fini dell'art. 369, secondo comma, n. 4 c.p.c. – che, quando si tratti di atti processuali presenti nel fascicolo d'ufficio il ricorrente possa non fare la produzione, indicandone la presenza nel fascicolo d'ufficio, ma ferma la necessità ai sensi e per gli effetti dell'osservanza del citato art. 366 n. 6 c.p.c. di indicare tale presenza e salva, naturalmente, l'osservanza dell'onere di riproduzione del contenuto dell'atto per la parte rilevante in via diretta ovvero indiretta, in questo secondo caso mediante indicazione della parte di esso cui corrisponda l'indiretta riproduzione).

§2. Anche il secondo motivo, che ripropone – peraltro ancora inesattamente – la stessa questione di cui al motivo precedente sotto il versante del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., parrebbe inammissibile per le stesse ragioni.

§3. Con il terzo motivo si denuncia “violazione degli artt. 112 c.p.c. e difetto di istruttoria in violazione dell’art. 188 c.p.c. in relazione all’art. 360 comma 3° c.p.c.” [sic].

Le norme indicate sarebbero state violate dalla Corte cagliaritana perché essa, in violazione del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, avrebbe rifiutato di ammettere le prove richieste dalla parte appellante con l’atto di appello per provare le ragioni di credito, ed avrebbe deciso sul merito senza darvi corso, ignorando l’istanza di rimessione in istruttoria formulata dall’appellante.

§3.1. Il motivo potrebbe meritare una valutazione di inammissibilità per palese carenza di interesse: sarebbe stata la resistente a doversi dolere del mancato sfogo delle sue istanze istruttorie, già rigettate, peraltro, dal primo giudice, ma, avendo essa accolto l’appello sulla base delle prove documentali della fase monitoria, non aveva alcun interesse a farlo.

Sembrirebbe incomprensibile, del resto, lo si nota per completezza, la prospettazione di una violazione dell’art. 112 c.p.c. a proposito di una valutazione di esaustività delle risultanze probatorie poi seguita da esito positivo per chi si sia visto decidere la causa senza che si fosse espletata la prova da lui richiesta ed abbia beneficiato di un decisione favorevole.

§4. Il quarto motivo deduce “violazione dell’art. 188 c.p.c. in relazione all’art. 360 c.p.c. anche in riferimento alle richieste istruttorie formulate nell’interesse della s.r.l. Stochino nei due gradi di giudizio”.

Vi si lamenta che la causa sia stata decisa senza che fossero state ammesse le prove testimoniali dedotte dalla ricorrente.

§4.1. Il motivo potrebbe essere ritenuto inammissibile per inosservanza dell’art. 366 n. 6 c.p.c.: esso indica solo un capitolo di prova A che dice dedotto nella memoria istruttoria del 10 febbraio 2005, ma non indica se e dove tale memoria sia stata prodotta in questo giudizio di legittimità e dove quindi potrebbe esaminarsi.

Il motivo parrebbe anche inammissibile, perché essendo detta memoria appartenente al giudizio di primo grado, sarebbe stato necessario indicare se e dove nell'atto di costituzione in appello le istanze di cui ad essa erano state riprodotte e ciò tanto più che la sentenza impugnata non vi fa riferimento alcuno.

§5. Con il quinto motivo si denuncia "violazione dell'art. 345 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1° n. 3 e n. 5 c.p.c. Violazione dell'art. 188 c.p.c."

Vi si censura la sentenza impugnata perché, dopo avere ritenuto che la produzione del fascicolo della fase monitoria fosse inammissibile perché tardiva, in quanto non era stata fornita dimostrazione del riacquisto della disponibilità del fascicolo solo dopo la pronuncia di primo grado, l'ha ammessa considerando che i documenti della fase monitoria erano indispensabili alla decisione.

La Corte territoriale avrebbe, pur senza citarlo, applicato erroneamente l'art. 345 c.p.c.

In particolare, il motivo è illustrato in questi termini: «<Erra la Corte d'appello di Cagliari nel motivare che i documenti tardivamente prodotti sono indispensabili ai fini della decisione; ciò in quanto non risultano prodotti agli atti del giudizio né i buoni di consegna, né le scritture contabili e né un contratto di fornitura; vale a dire che non vi è documentazione che sia idonea ad un completo rovesciamento della decisione cui è giunto il giudice di primo grado. Ciò anche in considerazione del fatto che parte appellante già nelle memorie 184 c.p.c. di primo grado contestava l'esistenza di un contratto di fornitura, rilevava che mai i suoi dipendenti avessero firmato bolle di consegna di merci alla Toro Calcestruzzi, in quanto nel cantiere di Gesico si era fornita del materiale esclusivamente dalla ditta Alfa di Mandas, come documentalmente provato con il deposito il giudizio dei buoni di consegna regolarmente sottoscritti dalla Stochino. La preclusione dell'ammissione di

nuove prove in appello, previsto [sic] dall'art. 345 c.p.c. è riferibile anche alle prove documentali. Tale divieto, in particolare, è conseguenza della preclusione derivante dall'omesso o intempestiva formulazione della richiesta istruttoria entro i termini stabiliti per il giudizio di primo grado. È pur vero che tale regime di preclusioni incontra un limite della ritenuta indispensabilità della prova ai fini della decisione della causa, ma nel caso *de quo* la scarna documentazione allegata al decreto ingiuntivo e prodotta tardivamente solo in grado di appello non riveste il requisito della indispensabilità; e ciò anche in quanto tutta la documentazione prodotta in appello non è comunque idonea a provare le ragioni del credito. La Suprema Corte deve quindi accertare e dichiarare l'*error in procedendo* [in] cui è incorso il giudice di secondo grado nell'ammettere la tardiva produzione del fascicolo della fase monitoria, in quanto era onere della Toro Calcestruzzi quantomeno dare prova dell'asserito mancato reperimento del fascicolo nella cancelleria attraverso una semplice dichiarazione dell'ufficio ovvero produrre almeno una copia semplice della documentazione prodotta nello stesso fascicolo scomparso. Si rileva a tal fine che il potere istruttorio attribuito al giudice di appello dal terzo comma dell'art. 345 c.p.c. non può essere esercitato per sanare preclusioni e decadenze già verificatisi nel primo grado di giudizio.>>.

§5.1. Come si vede l'argomentazione si incentra su due diversi profili.

§5.1.1. Con il primo si censura la valutazione di indispensabilità perché i documenti non sarebbero stati indispensabili ai fini della decisione e l'assunto è sostenuto nuovamente adducendo che nelle produzioni della fase monitoria non vi erano i buoni di consegna, né erano state prodotte scritture contabili o un contratto di fornitura. Inoltre, adducendo, come si legge nell'illustrazione, che vi erano state contestazioni sull'esistenza delle forniture ed era stato dedotto che mai erano stati firmati buoni di consegna merce.

Con il secondo profilo, viceversa si sostiene che l'art. 345 c.p.c. avrebbe vietato la produzione, perché essa era funzionale a superare una preclusione in cui era incorsa la resistente ed appellante in primo grado.

§6. Il Collegio, in ragione di quanto ipotizzato per gli altri motivi, rileva che ai fini della decisione del ricorso parrebbe senz'altro decisivo l'esame del quinto motivo e osserva che il secondo profilo del quinto motivo evidenzia due questioni interpretative sulla quale si registra un contrasto di giurisprudenza in senso alle Sezioni Semplici della Corte e sulla quale si ritiene opportuno sollecitare l'intervento delle Sezioni Unite.

§6.1. Va premesso che Cass. sez. un. n. 8203 del 2005 ha così statuito in ordine al regime delle produzioni documentali secondo l'art. 345 c.p.c. nel testo applicabile alla controversia (che è quello introdotto dalla l. n. 353 del 1990 e successive modifiche): <<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 <nuovi> - 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.>>.

§6.2. Con specifico riguardo alla mancata produzione in primo grado dei documenti presenti nel fascicolo della fase monitoria, Cass. n. 8955 del 2006, con riferimento al regime dell'art. 345 c.p.c. anteriore alla citata legge, ebbe a precisare 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.>>.

Detta decisione adombrava chiaramente che nel regime dell'art. 345 c.p.c. successivo alla citata legge la risposta avrebbe dovuto essere diversa ed opposta.

§6.3. A sua volta va ricordato che Cass. n. 19992 del 2004 aveva precisato che <<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.>>.

E, di recente Cass. n. 17603 del 2013 ha precisato che <<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.>>.

§6.4. Va rammentato, a questo punto che Cass. n. 11817 del 2011 ha, tuttavia, stabilito che <<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, senza peraltro considerarla e valutarne le giustificazioni. Lo fa evocando che la produzione del fascicolo monitorio non prodotto in primo grado dalla parte creditrice opposta non sarebbe "nuova".

§6.5. L'assunto, che serve a sottrarre la produzione all'operare dell'art. 345 c.p.c., sembra discutibile.

Alla stregua di esso - cioè del concetto per cui ciò che è stato prodotto in una fase del processo non potrebbe essere considerato "nuovo" se viene prodotto non già nella fase immediatamente successiva, nella quale la parte (e nella specie la parte opposta) ha l'onere di costituirsi, assumendo la posizione

formale di convenuto e, dunque, anche i suoi oneri, con la conseguenza di dover osservare anche le preclusioni previste per le istanze probatorie e le produzioni documentali (quali erano quelle dell'art. 184 c.p.c. nel testo introdotto dalla l. n. 353 del 1990 e successive modifiche ed applicabile alla controversia), bensì in una fase successiva ed anche nel grado di giudizio – parrebbe evidenziarsi il dubbio che si finisce per consentire una del tutto immotivata ed ingiustificata sottrazione della parte agli oneri connessi alla sua posizione durante la varie fasi processuali.

Nessuna norma sembra, però, autorizzare tale sottrazione, che anzi parrebbe difficilmente giustificabile in termini di ragionevolezza, cioè a petto del principio di economia processuale (oggi divenuto principio di ragionevole durata del processo).

Essa dovrebbe operare per identità di *ratio* anche per la parte contumace volontaria (cioè nella specie per l'opposto rimasto contumace), ma, se operasse, sarebbe contraddetta la logica dell'art. 294 c.p.c.

Ne segue che il principio di diritto che sembrerebbe invece più condivisibile in relazione al ricordato principio costituzionale, parrebbe essere quello secondo cui in tema di procedimento per decreto ingiuntivo, nel regime dell'art. 345 c.p.c. introdotto dalla l. 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”.

L'esclusione della producibilità, infatti, sembrerebbe giustificata proprio per il fatto che in alcun modo detti documenti si sarebbero potuti considerare “nuovi” e, dunque, l'impedimento alla loro produzione derivava non tanto dalla norma dell'art. 345 c.p.c., bensì dalla logica delle preclusioni probatorie maturate già nel giudizio di primo grado la cui coerente applicazione

escludeva che documenti prodotti nella fase monitoria e non prodotti, come si doveva nel termine di preclusione del giudizio di primo grado, con conseguente maturare a carico dell'opposto della preclusione, potessero poi, in spregio della preclusione e con evidente irragionevolezza essere reintrodotti in appello.

§6.6. E' da rilevare che tali principi non sembrerebbero porsi in alcun modo in contrasto con quello per cui, se all'atto della decisione di primo grado la parte non metta a disposizione il fascicolo con i documenti ritualmente prodotti nel termine di preclusione di primo grado, possa poi utilmente depositarlo con essi in appello: in questo caso, infatti, si tratta di produzione che era avvenuta tempestivamente nel giudizio di primo grado e che mancava solo in fase decisoria.

Nel caso della mancata produzione dei documenti della fase monitoria nel giudizio di opposizione al decreto, viceversa, l'opposto incorre nella violazione della preclusioni probatorie, che gli impongono di produrre i documenti posti a base dell'ingiunzione, che sono documenti di cui egli ha la disponibilità una volta proposta l'opposizione (si legga l'ultimo comma dell'art. 638 c.p.c.).

§6.7. Dalle considerazioni svolte emerge che, se si condivide l'ipotesi interpretativa che è sembrata preferibile, la Corte territoriale parrebbe allora – pur senza nominarlo – avere evocato a torto l'art. 345 c.p.c., che nella specie non veniva in rilievo.

Ne segue che la stessa valutazione di indispensabilità non avrebbe potuto essere evocata nemmeno in astratto per giustificare l'ammissione della produzione.

Tuttavia, l'esistenza del contrasto di giurisprudenza innanzi segnalato induce, anche per il rilievo della seconda questione esegetica di cui si passa a dire, a sollecitarne la rimessione alle Sezioni Unite.

§7. Il Collegio rileva, infatti, a questo punto che, se anche la produzione fosse stata regolata dall'art. 345 c.p.c., come ha ritenuto la Corte territoriale (e come postulerebbe il ricordato precedente da cui si è dissentito poco sopra), Essa avrebbe considerato a torto indispensabili i documenti e, dunque, possibile la loro produzione in appello.

Invero è stato statuito che <<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, ma anche altre).

In una logica non dissimile si è posta Cass. n. 2602 del 2011, così statuendo, con espresso richiamo di Cass. n. 7441 del 2011 (nonché di 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.>>

§7.1. Il Collegio reputa che parrebbe avere maggiore forza persuasiva – che, dunque, si dovrebbe ribadire, ancorché *de futuro* il concetto di indispensabilità non appartenga più all'art. 345 c.p.c. nell'ultima versione risultante dalla riforma del 2012 - il principio di diritto espresso da Cass. n. 7441 del 2011 e sostanzialmente ribadito dalla sentenza da ultimo citata.

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, secondo cui <<Nel rito del lavoro, in deroga al generale divieto di nuove prove in appello, è possibile l'ammissione di nuovi documenti, su richiesta di parte o anche d'ufficio, solo nel caso in cui essi abbiano una speciale efficacia dimostrativa e siano ritenuti dal giudice indispensabili ai fini della decisione della causa, facendosi riferimento per "indispensabilità" delle nuove prove ad una loro "influenza causale più incisiva" rispetto alle prove in genere ammissibili in quanto "rilevanti", ovvero a prove che sono idonee a fornire un contributo decisivo all'accertamento della verità materiale per essere dotate di un grado di decisività e certezza tale che da sole considerate, e quindi a prescindere dal loro collegamento con altri elementi e da altre indagini, conducano ad un esito "necessario" della controversia>>) -

a statuire in questo senso: <<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. (Nella specie, l'attore aveva chiesto la restituzione delle somme pagate in esecuzione di un contratto dichiarato risolto, invocando a prova del pagamento la confessione del convenuto; rigettata la domanda da parte del tribunale, la corte d'appello ritenne inammissibile la produzione per la prima volta in appello, da parte del "solvens", delle cambiali quietanzate, tese a dimostrare l'effettivo pagamento delle somme di cui si chiedeva la restituzione; la Corte, in applicazione del principio di cui alla massima, ha cassato tale decisione).>>;

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 2013 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.

Queste le ragioni.

§7.2. In tanto si rileva che Cass. n. 3709 del 2014 ha censurato una sentenza di appello che aveva detto inammissibile la produzione di nuovi documenti per dimostrare la proprietà singolare di un cespite a fondamento di una riconvenzionale spiegata contro azione principale di un condominio, che sosteneva il suo carattere condominiale, dopo che la sentenza di primo grado aveva disatteso la riconvenzionale per inidoneità del documento prodotto dal convenuto per fornire quella dimostrazione.

A sostegno di tale modo di procedere detta sentenza ha osservato che la sentenza di appello aveva negato l'ammissibilità delle nuove produzioni documentali negandone l'indispensabilità con il dare <<una lettura restrittiva dell'espressione "sempre che la produzione degli stessi non sia stata resa necessaria in ragione dello sviluppo assunto dal processo", contenuta nella motivazione della citata sentenza n. 8203 del 2005; espressione che, nel contesto argomentativo seguito dalle Sezioni Unite, non può essere circoscritta temporalmente al momento della formazione delle preclusioni istruttorie di cui all'art. 184 c.p.c., ma va riferita alla documentazione la cui produzione sia resa necessaria dallo sviluppo assunto dall'intero processo, comprensivo della decisione di primo grado, il cui contenuto, a commento delle risultanze istruttorie acquisite, evidenzia la necessità di un ulteriore apporto probatorio. Il giudice del gravame, pertanto, ha sostanzialmente negato ingresso ai nuovi documenti per il semplice fatto che gli stessi ben avrebbero potuto essere prodotti in primo grado.>>.

Ha, quindi, la citata sentenza, dopo aver fatto tali affermazioni, concluso con l'enunciazione dei seguenti principi di diritto: <<-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".>>.

§8.3. In tal modo Cass. n. 3709 del 2014, con una lettura della sentenza delle Sezioni Unite che non parrebbe in consonanza con la stessa logica cui Esse si ispirarono nel superare la vecchia giurisprudenza che riteneva le produzioni documentali estranee alle preclusioni in appello, è sostanzialmente ritornata ad un'esegesi della nozione di indispensabilità che non è dissimile, da quella della giurisprudenza evocata da Cass. n. 13432 del 2013, che in sostanza considerava indispensabile una prova, con assoluta pretermissione dei principi sulle preclusioni, sol perché essa fosse idonea a ribaltare quanto ritenuto sul *thema probandum* dalla prima decisione sulla base delle prove espletate a seguito delle preclusioni probatorie maturate e ciò senza dare rilievo al fatto che nell'ambito di esso il nuovo documento si fosse già potuto produrre e non fosse stato prodotto o la nuova prova si fosse già potuta articolare e non lo fosse stata.

§7.4. Il Collegio reputa, invece, che parrebbero avere maggiore forza di convincimento e che comunque meritino la valutazione delle Sezioni Unite i principi già enunciati da Cass. n. 7441 del 2013 con le seguenti affermazioni: <<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 introdurre 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.

§7.5. In via ulteriormente esplicativa il Collegio intenderebbe aggiungere che l'indispensabilità non sembra dover emergere dalla decisione perché la nuova prova sia idonea a superare quest'ultima con riferimento alla stessa valutazione che essa ha reso riguardo ai fatti oggetto delle prove prodotte ed espletate, in quanto siano state considerate inidonee a dare dimostrazione dei fatti che ne erano oggetto, così servendo solo a dare altrimenti quella dimostrazione che è mancata ed è stata dalla decisione riconosciuta come tale. Non si deve trattare, cioè, di indispensabilità funzionale a superare la decisione di primo grado sulla base di una prova che avrebbe potuto essere prodotta o articolata nel quadro del *thema probandum* siccome fissato dal contraddittorio in primo grado e non lo è stata, se del caso perché si riteneva sufficiente all'adempimento dell'*onus probandi* quanto

dedotto e prodotto come prova ed è stato invece ritenuto insufficiente oppure solo per una scelta sbagliata (come parrebbe essere accaduto nella decisione di cui a Cass. n. 3709 del 2014).

L'indispensabilità, ad avviso del Collegio, 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'ambito del contraddittorio 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 contraddittorio 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.

Solo questa condizione sembrerebbe coerente con l'operare del sistema delle preclusioni probatorie, che altrimenti, pur nel regime in cui si pone la questione qui discussa, parrebbero profilarsi quasi svanire, con grave incoerenza del sistema processuale.

§7.6. Il Collegio, tuttavia, pur essendo consapevole che l'esegesi del concetto di indispensabilità appartiene ormai ad un regime processuale non più vigente, poiché quest'ultimo non solo è ancora applicato dai giudici di merito nei verosimilmente numerosi processi che sono ad esso sottoposti, ritiene opportuno sottoporre alle Sezioni Unite il contrasto su di essa che è evidente nella giurisprudenza della Corte.

La questione oggetto del contrasto è, infatti, rilevante dato che, seguendo l'esegesi di cui il Collegio è convinto, poiché la produzione del fascicolo del monitorio - non avendo la resistente dimostrato l'impossibilità di produrlo per causa a essa non imputabile fin dal giudizio di primo grado e nell'osservanza delle preclusioni probatorie in esso operanti - dovrebbe ritenersi mancata per negligenza della resistente, essa non avrebbe potuto in alcun modo considerarsi indispensabile, come invece l'ha considerata la Corte cagliaritana.

Del resto, l'opportunità della rimessione risulta a maggior ragione giustificata, perché di si coniuga con quella sulla prima questione oggetto di contrasto, che si è sopra considerata.

P. Q. M.

La Corte, riconvocatasi nella camera di consiglio del 7 ottobre 2014, rimette il fascicolo al Signor 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. Si comunichi.

Così deciso nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile il 7 ottobre 2014.

Il Funzionario Giudiziario
Francesco CATANIA

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

del 17 NOV 2014



Funzionario Giudiziario
CATANIA

Il Presidente