

**Il principio di non “dispersione” della prova documentale nei gradi del processo civile**

Sommario: 1. *Il caso.* – 2. *L’ordinanza di rimessione e le questioni di diritto.* – 3. *La soluzione delle Sezioni unite.*

1. *Il caso*

I condomini di un’immobile chiesero al Tribunale civile di accertare che il tratto di strada sul quale il

condominio aveva un accesso secondario, utilizzato sino a quando la parte convenuta ne aveva precluso l'uso, è una via aperta al transito, essendo un bene demaniale del comune, di disporre la rimozione del cancello e della catena e di ogni altro mezzo idoneo a diminuirne la fruizione del libero passaggio, e, in subordine, di accertare l'esistenza di una servitù di passaggio. Il giudice di primo grado accolse la domanda attorea, condannando la parte convenuta a rimuovere la catena e il cancello, evidenziando che la parte di strada contesa, essendo stata espropriata, era stata acquisita al patrimonio del comune. La parte convenuta impugnò la decisione, contestando l'individuazione del tratto di strada oggetto di lite, oltre che la riconducibilità di tale area alla presunzione di demanialità prevista dall'art. 22 l. n. 2248/1865, allegato F. La Corte di appello accolse il gravame sulla base della considerazione che gli appellati non avevano prodotto nel giudizio di gravame il fascicolo di primo grado, nel quale erano verosimilmente contenuti i documenti in forza del quale era stata accolta dal giudice di primo grado la domanda proposta. Ricorrono per cassazione i condomini, deducendo che sarebbe stato onere dell'appellante dimostrare la fondatezza del gravame e produrre i documenti occorrenti per la decisione.

## 2. L'ordinanza di rimessione e le questioni di diritto

La seconda Sezione della Corte di cassazione, investita della questione, con ordinanza interlocutoria n. 14534 del 9 maggio 2022 (1), ha evidenziato che la questione di massima di particolare rilevanza rimessa al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite riguarda le conseguenze della mancata disponibilità da parte del giudice di appello delle prove documentali poste dal giudice di primo grado a fondamento della propria decisione, non riprodotte in appello.

Nell'ordinanza interlocutoria la seconda Sezione ha precisato che la questione proposta non riguarda le prove che si formano nel processo, trattandosi di atti di istruzione che vengono inseriti dal cancelliere nel fascicolo d'ufficio (art. 168, c. 2, c.p.c.), quanto piut-

(1) Con la predetta ordinanza la seconda Sezione ha rimesso gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite della questione di massima ritenuta di particolare importanza, chiedendo di valutare quale incidenza abbia sui principi enunciati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013 l'introduzione del fascicolo telematico del processo e se tale eventuale incidenza non giustifichi l'opportunità di superare anche per i documenti analogici la conclusione secondo cui grava sull'appellante l'onere di produrre o ripristinare in appello i documenti già prodotti in primo grado, subendo, egli, altrimenti, le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte. In dottrina, la sentenza n. 3033/2013 è stata annotata da P. Pirruccio, *Una soluzione frutto di creazione pretoria che non rispetta il dovere di lealtà e probità*, in *Guida dir.*, 2013, 10, 58; R. Poli, *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato o valutato dal giudice di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1186; G. Travaglino, *La produzione di documenti in appello*, in *Corriere merito*, 2013, 639.

tosto delle prove precostituite che sono inserite nel fascicolo di parte per il quale è previsto sia il ritiro (art. 169 c.p.c. e 77 disp. att. c.p.c.) sia la possibilità per la controparte, oltre che di esaminare gli atti ed i documenti inseriti, anche di “*farsene rilasciare copia dal cancelliere, osservare le leggi sul bollo*” (art. 76 disp. att. c.p.c.). La seconda Sezione ha, inoltre, fatto presente che le Sezioni unite sono già intervenute nel 2005 e nel 2013 sulla predetta questione, affermando che “*è onere dell'appellante, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale, produrre o ripristinare in appello se già prodotti in primo grado, i documenti sui quali egli basa il proprio gravame o comunque attivarsi, anche avvalendosi della facoltà, ex art. 76 disp. att. c.p.c. di farsi rilasciare dal cancelliere copia degli atti del fascicolo delle altre parti, perché questi documenti possano essere sottoposti all'esame del giudice di appello, per cui egli subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte (sia questa costituita o sia invece rimasta contumace) quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice di appello non ha avuto la possibilità di esaminare*”.

La ragione per la quale la seconda Sezione ha ritenuto di dover rimettere gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite è stata individuata nelle novità derivanti dall'introduzione del processo civile telematico. In particolare, è stato messo in evidenza come il fascicolo informatico, tenuto conto dell'art. 11 delle specifiche tecniche previste dall'art. 34, c. 1, d.m. giustizia n. 44/2011, “*raccoglie i documenti (atti, allegati, ricevute di posta elettronica certificata) da chiunque formati, nonché le copie informatiche dei documenti; raccoglie, altresì le copie informatiche dei medesimi atti quando siano stati depositati su supporto cartaceo*”. La distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte previsto nel codice di rito e nelle disposizioni di attuazione, ad avviso della sezione remittente, dovrebbe ritenersi superata, con la conseguenza che “*non essendo contemplata la possibilità di ritiro dei documenti informatici, questi vengono telematicamente appresi – con piena attuazione del principio di immanenza delle prove – dal giudice di secondo grado con l'acquisizione dell'unico fascicolo e indipendentemente dal comportamento dell'appellato*”.

La seconda Sezione, dopo aver rilevato il mancato superamento del sistema cartaceo e la circostanza che in molti giudizi di primo grado vi è una modalità mista (cartacea e telematica) di deposito delle prove precostituite, ha posto le seguenti questioni: “- *se l'adozione del processo telematico, che prevede la creazione di un unico fascicolo e non contempla l'ipotesi del ritiro dei documenti in esso contenuti, comporti l'abbandono della distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte di cui agli artt. 168 e 169 c.p.c., artt. 72, 73, 74, 75, 76 e 77 disp. att. c.p.c.; - se ciò determini il superamento della posizione interpretativa, fatta propria da questa Corte con le pronunzia*

delle Sezioni unite n. 28498/2005 e n. 3033/2013, secondo cui l'appellante subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte, quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice di appello non ha quindi avuto la possibilità di esaminare; - se tale superamento valga solo per le cause ove i documenti sono contenuti nel c.d. fascicolo informatico ovvero se – al fine di evitare irragionevoli differenze di trattamento – valga anche per cause ove i documenti siano ancora presenti in formato cartaceo nel fascicolo di parte”.

### 3. La soluzione delle Sezioni unite

Le Sezioni unite hanno, in primo luogo, chiarito che nell'ambito del sistema delle prove, nel quale sono temperate diverse esigenze, quali i poteri delle parti, le garanzie di tutela del contraddittorio e del diritto di difesa, l'operatività del principio dispositivo e di acquisizione probatoria non può trovare una diversa soluzione interpretativa a seconda delle modalità (telematica o cartacea) di produzione dei documenti.

Hanno, altresì, premesso che, nel dare risposta ai quesiti interpretativi posti nell'ordinanza interlocutoria, non si deve necessariamente pervenire a ritenere tacitamente abrogata la distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte, né ritenere superati i principi espressi nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013, “quanto piuttosto ampliando, nel nuovo quadro di sistema delineatosi, gli effetti del principio di acquisizione delle prove documentali e gli strumenti, che già tali sentenze contemplavano, idonei a consentire al giudice di appello la ricostruzione della portata dimostrativa di tali prove, indipendentemente dalla natura informatica o cartacea del supporto”.

Richiamando il principio di non dispersione della prova (2) secondo il quale tutti i documenti ritualmente acquisiti al processo devono essere conservati alla cognizione del giudice, le Sezioni unite hanno evidenziato che: 1) le prove documentali, essendo prove preconstituite, vengono acquisite al processo mediante le regole sulla produzione e sull'inserimento nei fascicoli processuali al fine di garantire il diritto di difesa e il contraddittorio in favore della controparte; 2) il documento ritualmente prodotto fornisce una rappresentazione immediata e permanente del fatto di causa; 3) una volta prodotto in una fase o in un grado del processo, il documento deve ritenersi definitivamente acquisito, anche se successivamente ritirato e poi nuovamente allegato e non può considerarsi nuovo, né in primo grado, agli effetti delle preclusioni istruttorie, né in appello, né nel giudizio in cassazione.

Al fine di temperare le conseguenze sopraindicate del principio di non dispersione della prova con la

regola della formazione progressiva della cosa giudicata e con l'effetto devolutivo dell'impugnazione di merito, le Sezioni unite hanno precisato che il fatto dimostrato dal documento prodotto in primo grado non va “nuovamente provato dalla parte che ne invochi il riesame, quanto allegato, e cioè dedotto in un enunciato descrittivo contenuto all'interno di un atto difensivo”.

Nella sentenza in commento le Sezioni unite hanno, altresì, ricordato che, tenuto conto della natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello e dell'interpretazione giurisprudenziale di tale principio, il giudice deve esaminare i documenti ritualmente prodotti in primo grado nel caso in cui la parte interessata lo richieda nei propri scritti difensivi, “mediante il richiamo di essi nella parte argomentativa dei motivi formulati o delle domande ed eccezioni riproposte, illustrando le ragioni, trascurate dal primo giudice, per le quali il contenuto dei documenti acquisiti giustifichino le rispettive deduzioni”.

Dopo la ricostruzione dei principi giurisprudenziali già elaborati in materia di prove documentali ed il richiamo alla disciplina del giudizio di appello di cui agli artt. 342 e 434 c.p.c., confermando quanto in premessa le Sezioni unite avevano affermato in relazione al rapporto tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte e all'individuazione di una soluzione interpretativa in continuità con i precedenti giurisprudenziali di cui alle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013, sono state indicate le diverse modalità con le quali la prova documentale, ritualmente prodotta nel giudizio di primo grado, deve essere sottoposta alle valutazioni del giudice di appello.

Se il documento non è contenuto nel fascicolo di parte, perché ritirato e non restituito, o in caso di contumacia in secondo grado, le possibilità sono le seguenti: a) deposito della copia rilasciata alle altre parti ai sensi dell'art. 76 disp. att. c.p.c.; b) apprezzamento del contenuto del documento non rinvenibile nei fascicoli di parte, apprezzandone il contenuto che sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo; c) ordine del giudice di appello di produrre i documenti in copia o in originale.

Le Sezioni unite hanno, infine, precisato che se la parte interessata abbia allegato nell'atto di appello o nella memoria di costituzione il fatto storico contenuto nel documento prodotto nel giudizio di primo grado che la controparte non ha però offerto in comunicazione nel successivo grado di giudizio, il giudice può ritenere provato il fatto storico nei termini rappresentati nell'atto difensivo.

BENEDETTA COSSU

(2) Si tratta di un principio elaborato dalle Sezioni unite nella sentenza 10 luglio 2015, n. 14475, nel quale è stata esclusa la “novità” dei documenti posti a fondamento della domanda per decreto ingiuntivo, non prodotti nel giudizio di opposizione, poi allegati all'atto di appello.