n. 14/2017

Milano, luglio 2017

L'INDISPENSABILITÀ DELLA NUOVA PROVA IN APPELLO.

Commento alla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 10790 del 4 maggio 2017.

1. Premessa.

La storia dello *ius novorum* in appello, sin dall'entrata in vigore del codice di procedura civile, è stata particolarmente travagliata, essendo i c.d. *nova* costantemente al centro di progetti di riforma, fino ad approdare alla recente modifica del 2012[1].

Nel rito ordinario, l'art. 345, co. 3 c.p.c., nella formulazione vigente prima di tale riforma [2] escludeva esplicitamente dal divieto di nuove prove i mezzi istruttori che il collegio avesse ritenuto "*indispensabili*" ai fini della decisione[3].

Tale requisito, "*infelicemente mutuato dall'art. 437, 2° co., che riguarda il rito del lavoro*" [4] (norma non modificata dalla riforma del 2012) è stato altresì da quest'ultima introdotto, nell'art. 702–*quater* c.p.c., in materia di appello avverso ordinanze sommarie.

Come debba interpretarsi il requisito dell'indispensabilità di nuove prove è interrogativo al quale la dottrina e la giurisprudenza, comprensibilmente, non sono riuscite a fornire una risposta appagante né tantomeno concorde[5].

La questione è tutt'altro che marginale, come dimostrato dal recentissimo intervento, sul punto, della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza 4 maggio 2017 n. 10790.

*

2. Il requisito dell'indispensabilità di nuove prove.

Ebbene, da "*oltre quarant'anni la nozione di indispensabilità della prova in fase di appello affatica la dottrina e la giurisprudenza*"[6] nel vano tentativo di individuare una definizione capace di circoscrivere l'ampia discrezionalità del giudice.

Secondo alcuni autori [7] sarebbe "*indispensabile*" la prova attinente alla conoscenza di un fatto "*decisivo*" per la

[1] Si fa riferimento, più precisamente, al D.L. 22.06.12, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7.08.2012, n. 134.

[2] Resta ferma la tuttora vigente inammissibilità in appello di nuovi documenti e mezzi di prova "*salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile*" (cfr. art. 345, comma 3, c.p.c.).

[3] Cfr. G. Balena, *L'appello,* in *Istituzioni di Diritto processuale Civile*, vol. II, Cacucci Editore, Bari, 2012, p. 382.

[4] G. Balena, op. cit., p. 382; l'art. 437, comma 2, c.p.c. disciplina l'impugnativa dei licenziamenti.

[5] Cfr. A. Tedoldi, *La disciplina dei nova in appello,* in *L'appello civile*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pp. 339-340.

[6] A. Tedoldi, op. cit., p. 340.

[7] Cfr. Marengo, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996.

pronuncia di merito, indifferentemente volto alla riforma o alla conferma della sentenza; altra parte della dottrina [8] ha invece ritenuto indispensabile la "*prova cruciale*", cioè in grado, da sola, di rovesciare le statuizioni della sentenza, evidenziandone l'ingiustizia[9].

Un orientamento intermedio ha poi rilevato che, ponendo l'indispensabilità in connessione con la decisione, nessuna prova risulti in verità indispensabile in senso stretto [10], poiché il principio dell'onere della prova[11] impone al giudice di decidere anche in assenza di prova[12].

Ciò che appare certo, tuttavia, è che il requisito dell'indispensabilità costituisca un *quid pluris* rispetto alla semplice rilevanza della prova; diversamente, si finirebbe con l'ammettere in appello indifferentemente tutti i mezzi di prova "rilevanti" al fine di stabilire, a prescindere dalle prescrizioni sull'onere della prova, l'esistenza o l'inesistenza storica dei fatti di causa. La differenza tra le due nozioni è, del resto, confermata proprio dal Legislatore del 2012 che all'art. 702–*quater* c.p.c. ha sostituito il termine "*rilevante*" con "*indispensabile*"[13], facendo così osservare alla dottrina che l'indispensabilità costituisce un "*criterio di selezione delle prove rilevanti*"[14], anche se una tale soluzione finirebbe con l'attribuire al giudice *ad quem* una notevolissima discrezionalità nell'ammissione della nuova prova[15].

*

3. La decisione delle Sezioni Unite.

Secondo la Suprema Corte, quella dell'indispensabilità della prova nuova in appello è "*questione la cui importanza si proietta anche in futuro, malgrado l'intervenuta modifica dell'art. 345, comma 3, cod. proc. civ.*" permanendo immutato il medesimo concetto nei già citati artt. 437, co. 2, e 702-*quater*, c.p.c.

Il caso sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite riguardava un magistrato che, ritenendosi diffamato dal contenuto di un libro, ne citava in giudizio autore ed editore al fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti. Rigettata la domanda in primo grado, l'attore richiedeva di poter produrre in appello un documento in precedenza non prodotto e dal quale si sarebbe potuta evincere la propria estraneità ai fatti narrati nel libro: tale richiesta veniva negata dalla Corte d'Appello di Catanzaro, con conseguente rigetto del gravame, poiché l'indispensabilità del documento non poteva superare le preclusioni istruttorie maturate in primo grado [16]. Da qui il

[8] Cfr. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2014.
[9] A. Tedoldi, op. cit., p. 343.
[10] Cfr. F. Cossignani, *Appello e riforme processuali (parte II): le modifiche all'art. 345, co. 3, c.p.c.*, in www.eclegal.it, 19 ottobre 2015.
[11] Art. 2697 c.c.: "*Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*".
[12] Cfr. G. Balena, op. cit. p. 382.
[13] A. Tedoldi, op. cit., p. 344.
[14] F. Cossignani, op. cit.
[15] Cfr. G. Balena, op. cit., p. 383.
[16] Cfr. *Appello, ammissibili nuove prove se eliminano incertezze*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 4.05.17.

ricorso ai giudici di legittimità e l'ordinanza interlocutoria della terza sezione sul contrasto giurisprudenziale in tema di "*prova indispensabile*" *ex* art. 345, comma 3, c.p.c., nel testo – applicabile *ratione temporis* al caso *de quo* – vigente prima della novella del 2012.

Alla Corte fu rimessa dunque la questione se per prova indispensabile (ante riforma) dovesse intendersi quella dotata di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella delle prove utilizzate ai fini della decisione o, in armonia con l'esigenza di salvaguardare il sistema delle preclusioni, soltanto quella che fosse divenuta utile e necessaria per effetto delle valutazioni sulle risultanze istruttorie di primo grado esposte nella sentenza appellata[17].

Nella pronuncia in esame la Suprema Corte passa in rassegna i precedenti orientamenti, richiamando, in particolare, le famose sentenze gemelle del 2005, nn. 8202 e 8203 delle Sezioni Unite, nelle quali è stata elaborata la teoria secondo cui l'ammissibilità di nuovi documenti e mezzi di prova è esclusa, salvo che gli stessi, nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite, siano ritenuti indispensabili poiché dotati di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella delle prove già rilevanti ai fini della decisione [18]; il giudizio di indispensabilità implicherebbe quindi "*una valutazione sull'idoneità del mezzo istruttorio a dissipare un perdurante stato di incertezza sui fatti controversi*" [19], fugando così ogni dubbio sulla ricostruzione della vicenda sottoposta all'esame del giudice. L'indispensabilità della nuova prova in appello, poi, non andrebbe valutata al momento della formazione delle preclusioni istruttorie di primo grado, bensì in relazione allo sviluppo dell'intero processo, comprensivo della sentenza e di ciò che essa afferma a commento delle risultanze istruttorie medesime[20].

A tale primo orientamento si contrappone quello sulla c.d. "*indispensabilità ristretta*", secondo cui, ai sensi della norma in commento (ante riforma), nel giudizio di appello sarebbero indispensabili solo le nuove prove la cui necessità emerga dalla stessa sentenza impugnata e delle quali non era apprezzabile neppure una mera utilità nel giudizio di primo grado.

Per le Sezioni Unite è da preferire il primo indirizzo, considerato che la tesi della cosiddetta "*indispensabilità ristretta*" finisce, in realtà, con il refluire nella seconda ipotesi di *nova* consentiti in appello, vale a dire quella delle nuove prove che la parte dimostri di non aver potuto chiedere in primo grado per causa ad essa non imputabile.

Aderendo al primo orientamento, la Corte suggerisce una lettura elastica dell'art. 345, comma 3, c.p.c. e, di conseguenza, della stessa nozione di indispensabilità, sganciando, così, il concetto di prova

[17] Cfr. *Il concetto di prova nuova indispensabile ex art. 345, comma 3, c.p.c.*, in www.spiaaldiritto.it, 7.05.17.
[18] In tal senso anche: Cass. 31 agosto 2015, n. 17341; Cass. 3 luglio 2014, n. 15228; Cass. 5 dicembre 2011, n. 26030; Cass. 16 ottobre 2009 n. 21980; Cass. 23 marzo 2007, n. 7138; Cass. 19 aprile 2006, n. 9120.
[19] Cass. 20 giugno 2006, n. 14133.
[20] Cass. 17 febbraio 2014, n. 3709.

indispensabile da quello delle decadenze istruttorie.

La prova nuova indispensabile, ai fini del superamento dello sbarramento in appello è, dunque, per usare le stesse parole della Corte, "*quella di per sé idonea ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto non dimostrato o non sufficientemente dimostrato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado*".

*

4. Conclusioni.

Gli effetti dirompenti della sentenza in commento sono evidenti: di fronte alla preoccupazione che il sistema delle preclusioni rischi quasi di svanire, con grave incoerenza dell'ordinamento processuale, la sentenza – qualora l'indispensabilità serva a dare ingresso a prove nuove che comunque avrebbero potuto essere dedotte entro i termini di preclusione di primo grado sol perché dotate di un grado di decisività o efficienza probatoria particolarmente qualificata – chiarisce come "*non si tratta di vanificare od alterare il regime delle preclusioni istruttorie del primo grado, ma di contemperarlo con il principio della ricerca della verità materiale*".

Inoltre, aggiungono le Sezioni Unite, "*il regime delle preclusioni istruttorie non è un carattere tanto coessenziale al sistema da non ammettere alternative, essendo soltanto una tecnica elaborata per assicurare rispetto del contradditorio, parità delle parti nel processo e sua ragionevole durata, tecnica che ben può essere contemperata con il principio della ricerca della verità materiale. Né una simile lettura può ritenersi in conflitto con la "ragionevole durata del processo", vuoi perché se no la medesima obiezione si dovrebbe muovere a tutti i casi di assunzione di ulteriore prove in appello, vuoi perché il vaglio del giudice costituisce una sufficiente garanzia contro iniziative dilatorie*".

Peraltro, non manca chi ha sapientemente osservato come la scomparsa del riferimento all'indispensabilità nel testo del novellato art. 345 sia priva di apprezzabili conseguenze pratiche: se tale requisito, "*non era già prima un requisito intrinseco di selezione delle istanze istruttorie*" ed esprimeva "*solo una prescrizione esortativa di taglio sociologico*", l'indispensabilità è "*regola che non può certo essere cancellata con un tratto di penna*", e deve ritenersi "*tuttora operante come consentanea alla buona e sensata amministrazione*" del giudizio di gravame[21].

Avv. Valeria Corbo
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Milano

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.

[21] Cfr. E. Merlin, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello,* in *Rivista di diritto processuale civile*, 2015, pp. 333-334.