

---

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

---

## **Forma scritta *ad substantiam*: che succede se si perde il documento? Questa la prova sostitutiva che serve.**

*In materia di contratti per i quali è richiesta ad substantiam la forma scritta, la perdita incolpevole del documento, contenente la manifestazione della volontà contrattuale, costituisce necessario presupposto di qualsiasi prova in ordine al contenuto del documento andato perduto o distrutto, e ciò mediante la dimostrazione, da parte di chi invoca a proprio favore il documento stesso, di un fatto positivo, consistente nella prova rigorosa, specificatamente dedotta, di aver usato, nella custodia del documento ogni possibile diligenza.*

## **Cassazione civile, sezione seconda, sentenza del 23.10.2014, n. 22588**

*...omissis...*

Il ricorrente deduce:

1) violazione degli artt. 2721 e 2722 c.c., art. 2724 c.c., n. 3, art. 725 c.c., commi 1 e 2, e art. 2729 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3; la Corte di merito aveva ravvisato la conclusione del contratto definitivo di vendita facendo ricorso a presunzioni semplici, ritenute ammissibili per l'asserita perdita incolpevole del documento da parte della società appellante, in violazione del disposto dell'art. 2729 c.c., stante il difetto di una prova certa in ordine a detta perdita incolpevole ex art. 2724 c.c., comma 3, e la mancanza di motivazione su tale circostanza.

A conclusione della censura viene formulato il quesito di diritto:

"se sia o meno legittimo ed ammissibile decidere in tema di azione contrattuale, in mancanza di acquisizione del contratto controverso, sulla base di mere presunzioni, in assenza di risultanze istruttorie comprovanti l'incolpevolezza nella perdita del documento, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2721, 2724 e 2729 c.c."; 2) omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia in ordine alla natura negoziale del documento 9.11.79 ed alla affermazione della natura definitiva del presunto contratto di vendita, mai depositato in atti e non provato.

Va preliminarmente disattesa l'eccezione relativa alla invalidità della procura speciale alle liti conferita dal ricorrente e sollevata dal Condominio xxxxxx nel proprio controricorso. Tale eccezione è fondata sul rilievo che tale procura non contiene l'elezione di domicilio riportata, invece, nell'epigrafe del ricorso. Al riguardo è sufficiente osservare che correttamente l'elezione di domicilio è contenuta nell'epigrafe del ricorso, non richiedendosi, in base al disposto dell'art. 134 bis disp. att. c.p.c., e art. 366 c.p.c., che l'elezione di domicilio sia inserita nel testo della procura speciale rispetto alla quale costituisce un atto distinto per funzione e requisiti di validità. Ciò tuttavia non esclude che l'elezione di domicilio possa essere inserita nella procura speciale, qualora sia rilasciata a margine di ricorso per cassazione, posto che in tal caso forma con lo stesso un corpo unico, assolvendo ugualmente allo scopo di indicare il luogo in cui il ricorrente intende ricevere le notificazioni.

Merita accoglimento il primo motivo di ricorso. La Corte di merito non ha tenuto conto del difetto di prova sulla incolpevolezza della perdita della scrittura privata 9.11.79, prova necessaria al fine di poter ricorrere alla prova presuntiva e testimoniale per dimostrarne il contenuto, ai sensi dell'art. 2724 c.c., n. 3. La sentenza impugnata ha, infatti, desunto la stipulazione del contratto definitivo di compravendita 9.11.1979, tra la società xxxxxx da elementi presuntivi (transazione, confessione stragiudiziale del xxxxxx limitandosi ad affermare che poteva ritenersi raggiunta la prova della conclusione del contratto di vendita in questione "pur essendone stato incolpevolmente smarrito il documento", circostanza quest'ultima rimasta priva di ogni motivazione.

Occorre evidenziare al riguardo, in linea con la giurisprudenza di questa Corte, che in materia di contratti per i quali è richiesta ad substantiam la forma scritta, la perdita incolpevole del documento, contenente la manifestazione della volontà contrattuale, costituisce necessario presupposto di qualsiasi prova in ordine al contenuto del documento andato perduto o distrutto, e ciò mediante la dimostrazione, da parte di chi invoca a proprio favore il documento stesso, di un fatto positivo, consistente nella prova rigorosa, specificatamente dedotta, di aver usato, nella custodia del documento ogni possibile diligenza(

Cass. 2902/1987<sup>1</sup>; n. 24100/2011<sup>2</sup>). Quanto rilevato è assorbente della seconda doglianza. In accoglimento del primo motivo di ricorso, assorbito il secondo, la sentenza impugnata va, pertanto, cassata con rinvio alla Corte di Appello di Napoli che dovrà provvedere anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

p.q.m.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di Appello di Napoli anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 25 settembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 23 ottobre 2014

---

<sup>1</sup> La massima – estratta da *Mass. Giur. It., 1987* – così recita: *nel vigente sistema normativo, in materia di contratti per i quali è richiesta ad substantiam la forma scritta, la perdita incolpevole del documento contenente la manifestazione della volontà contrattuale costituisce necessario presupposto di qualsiasi prova in ordine al contenuto del documento andato perduto o distrutto, e ciò mediante la dimostrazione di un fatto positivo, concretantesi nella prova rigorosa di avere usato, nella custodia del documento stesso, ogni possibile diligenza; pertanto, in mancanza di detta dimostrazione, ne deriva l'inammissibilità della prova testimoniale avente ad oggetto l'esistenza del negozio che, ancorché la prova sia stata espletata, può essere dedotta in qualsiasi stato e grado del giudizio ed è rilevabile anche d'ufficio.*

<sup>2</sup> La massima ufficiale così recita: *in tema di prova testimoniale dei contratti per i quali sia richiesta "ad substantiam" la forma scritta, ammessa soltanto nell'ipotesi di perdita incolpevole del documento costitutivo di quel diritto, è necessario che chi invoca a proprio favore detto documento dimostri, oltre all'esistenza di esso e al suo contenuto, anche che la condotta nella conservazione del documento sia stata immune da imprudenza e negligenza e caratterizzata dall'adozione di ogni ragionevole cautela rapportata alle particolarità del caso.*