

## **Appello, prova nuova indispensabile, nozione**

*Prova nuova indispensabile di cui all'[art. 345, comma 3, c.p.c.](#), nel testo previgente rispetto alla novella di cui al d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif., dalla l. n. 134 del 2012, è 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 indimostrato o non sufficientemente provato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado.*

## **Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 4.5.2017, n. 10790**

*...omissis...*

### **FATTI DI CAUSA**

1. Con sentenza del 26.4.07 il Tribunale di Cosenza rigettava la domanda avanzata dal dott. \_\_\_\_\_ - magistrato, all'epoca dei fatti \_\_\_\_\_ - per ottenere la condanna di \_\_\_\_\_ e della Casa Editrice \_\_\_\_\_ S.a.s., al risarcimento dei danni arrecati dalla pubblicazione del libro <<A Sud - La Mafia, la 'Ndrangheta, la Massoneria, i servizi deviati>>, scritto dal primo ed edito dalla seconda.

2. L'attore aveva lamentato il carattere incompleto, fraudolento e manipolatorio della trascrizione, nel libro, del provvedimento del 18.12.95 con cui il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Messina aveva archiviato il procedimento scaturito dalle indagini seguite agli esposti del notaio \_\_\_\_\_ anche contro i magistrati reggini e, tra questi, contro lo stesso dott. \_\_\_\_\_

... , che lamentava che il libro aveva invece fatto intendere - contrariamente al vero - la fondatezza delle accuse mossegli dal notaio. A riprova di ciò aveva evidenziato che il notaio Marrapodi in realtà era stato rinviato a giudizio per il delitto di calunnia continuata, processo poi non pervenuto a sentenza per il sopraggiunto decesso dell'imputato.

3. Con sentenza pubblicata il 19.5.12 la Corte d'appello di Catanzaro dichiarava inammissibile il gravame del dott.

... nei confronti della Casa Editrice

S.a.s. (per mancata tempestiva ripresa del procedimento notificatorio del relativo atto introduttivo) e rigettava quello nei confronti dell'autore del libro (per difetto di prova della diffamazione, avendo i giudici di secondo grado respinto la richiesta dell'appellante di poter produrre in appello il provvedimento di archiviazione emesso dal GIP di Messina).

4. Per la cassazione della sentenza della Corte territoriale ha proposto ricorso il dott. ... per quattro motivi.

5. Gli intimati non hanno svolto attività difensiva.

6. Con ordinanza n. 18005/15 la terza sezione di questa Corte, alla quale il ricorso era stato inizialmente assegnato, ha disposto il rinvio a nuovo ruolo della causa in attesa della definizione della questione sull'interpretazione dell'art. 345 cod. proc. civ. da parte delle Sezioni unite; per la successiva pubblica udienza del 30.9.16 il ricorrente ha depositato la prova del completamento della notifica all'intimato Antonio Prestifilippo e memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

7. Con ordinanza interlocutoria n. 22602/2016, la terza sezione ha rilevato un contrasto nella giurisprudenza della Corte riguardo all'interpretazione del concetto di prova indispensabile di cui

all'art. 345, comma 3, cod. proc. civ., nel testo - applicabile *ratione temporis* nel caso di specie - vigente prima dell'ultima novella apportata dall'art. 54, comma 1, lett. b), d.l. n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2012. Per l'effetto, ha rimesso il ricorso al Primo Presidente, il quale lo ha poi assegnato alle Sezioni unite.

8. Il ricorrente ha depositato nuova memoria ex art. 378 cod. proc. civ.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1.1. Il primo motivo denuncia violazione dei principi giurisprudenziali in materia di riattivazione del procedimento notificatorio e degli artt. 331 e 103, 184-*bis*, 157 e 359 cod. proc. civ.: sostiene il ricorrente che erroneamente la sentenza impugnata ha escluso che sussistessero i presupposti per concedere, dopo il vano tentativo del 21.6.07, un nuovo termine per la notifica dell'atto di gravame alla società appellata (nuovo termine che in un primo momento, all'udienza del 18.12.07, la Corte territoriale aveva pur concesso su richiesta dell'appellante e che, infine, aveva portato alla notifica del gravame alla società il 4/6.2.08); sostiene, ancora, il ricorrente che, trattandosi di cause inscindibili, ad ogni modo sarebbe stata dovuta l'integrazione del contraddittorio ex art. 331 cod. proc. civ.

1.2. Con il secondo motivo si lamenta violazione e/o falsa applicazione dell'art. 345, comma 3, cod. proc. civ., nell'interpretazione datane dalle Sezioni unite di questa Corte, per non avere i giudici d'appello ammesso la produzione di copia del provvedimento del GIP di Messina del 18.12.95, prodotto per la subordinata ipotesi che esso fosse ritenuto indispensabile ai fini del decidere: si lamenta in ricorso che erroneamente i giudici di merito

hanno asserito che l'indispensabilità del documento non può superare le preclusioni istruttorie maturate in primo grado.

1.3. Il terzo motivo prospetta vizio di motivazione o travisamento della prova in merito alla necessità del detto provvedimento del GIP al fine di dimostrare il duplice profilo di diffamazione, consistente nel fatto che l'autore del libro aveva lasciato intendere che sarebbero state archiviate le accuse mosse dai magistrati al notaio ..... - mentre, in realtà, era avvenuto l'esatto contrario - nonché nell'affermazione, sempre proveniente dall'autore del libro, secondo la quale detto provvedimento di archiviazione avrebbe dimostrato la verità delle accuse mosse dal suddetto notaio contro i magistrati reggini, tra cui l'odierno ricorrente.

1.4. Il quarto motivo denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2043 cod. civ., 595 cod. pen. e 11 legge n. 47 del 1949, nonché vizio di motivazione, in relazione ai principi giurisprudenziali in tema di diffamazione a mezzo stampa, visto il carattere diffamatorio delle conclusioni tratte o indotte dall'autore in merito al coacervo degli esposti del notaio ..... contro i magistrati reggini e il complessivo contesto espositivo.

#### 2.1. Il primo motivo è infondato.

Dalla sentenza impugnata risulta che l'appellante aveva chiesto le notifiche dell'atto di gravame il 21.6.07 e che, non perfezionatasi la notifica alla Casa Editrice ..... S.a.s., alla prima udienza, tenutasi il 18.12.07, aveva chiesto nuovo termine, concesso il quale la successiva notifica si era questa volta perfezionata.

Nel caso di specie deve darsi continuità alla giurisprudenza di queste Sezioni unite (v. sentenza n. 14594/16, che ha portato ad ulteriore sviluppo il principio già *in nuce* contenuto in Cass. Sez. U. n. 17352/09 e, ancor prima, nelle sentenze, sempre di queste Sezioni unite, n. 6547/08, n. 6360/07, n. 24702/06 e n. 10216/06) secondo cui, in ipotesi di notifica di atti processuali non andata a buon fine per ragioni non imputabili al notificante, questi, appreso dell'esito negativo, per conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria ha l'onere di riattivare il procedimento notificatorio e di svolgere gli atti necessari al suo completamento con immediatezza, ossia senza superare il limite di tempo pari alla metà dei termini indicati dall'art. 325 cod. proc. civ., fatte salve eventuali circostanze eccezionali di cui sia data prova rigorosa.

L'odierno ricorrente non ha provveduto alla tempestiva riattivazione del procedimento notificatorio, atteso che dal 21.6.07 (data dell'originaria richiesta della notifica dell'appello alla Casa Editrice ..... S.a.s.) al 18.12.07 (data in cui è stato chiesto nuovo termine per la notifica) sono decorsi quasi sei mesi.

Né vi erano gli estremi affinché la Corte d'appello disponesse ex art. 331 cod. proc. civ. l'integrazione del contraddittorio nei confronti della società editrice, non versandosi in ipotesi di cause scindibili per il solo fatto che due parti siano state evocate in giudizio in base alla loro responsabilità solidale.

Invero, l'esistenza d'una obbligazione solidale passiva non è di per sé sufficiente a far sorgere un rapporto inscindibile, atteso che ex art. 1292 cod. civ. ognuno dei condebitori in solido può essere condannato all'adempimento per l'intero e ciò allo scopo di rafforzare la garanzia creditoria.

In altre parole, non v'è inscindibilità di cause ove nel medesimo giudizio siano stati convenuti tutti i condebitori d'una obbligazione solidale, perché quest'ultima determina la costituzione di tanti rapporti obbligatori quanti sono i condebitori (cfr. Cass. Sez. U. n. 14700/10).

Né ricorre un'ipotesi di dipendenza di cause (anch'essa assoggettata alla disciplina di cui all'art. 331 cod. proc. civ.), che sussiste solo ove la decisione d'una controversia si estenda necessariamente alle altre, costituendone il presupposto logico e giuridico imprescindibile per il carattere di pregiudizialità o di alternativa che le questioni oggetto dell'una hanno rispetto alle questioni trattate nell'altra, come avviene nel caso in cui tra due o più convenuti vi sia - e permanga anche in appello - contestazione circa l'individuazione dell'unico obbligato, con la conseguenza che le cause medesime devono essere trattate unitariamente anche in fase di impugnazione (cfr., *ex aliis*, Cass. n. 23372/13; Cass. n. 15624/2002; Cass. n. 3114/99).

2.2. Il secondo motivo investe la questione sottoposta dalla terza Sezione all'attenzione di queste Sezioni unite: se per prova indispensabile di cui all'art. 345, comma 3, cod. proc. civ., nel testo - applicabile *ratione temporis* nel caso di specie - vigente prima dell'ultima novella apportata dall'art. 54, comma 1, lett. b), d.l. n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2012, debba intendersi quella dotata d'una influenza causale più incisiva rispetto a quella delle prove già rilevanti per la decisione finale della controversia, oppure quella tale da dissipare lo stato di incertezza sui fatti controversi o, ancora, in armonia con l'esigenza di salvaguardare il sistema di preclusioni istruttorie, soltanto quella che sia divenuta utile e

necessaria per effetto delle valutazioni sulle risultanze istruttorie di primo grado esposte nella sentenza appellata (in quest'ultimo senso è stata intesa dalla pronuncia oggi impugnata).

Si tratta di questione la cui importanza si proietta anche in futuro, malgrado l'intervenuta modifica dell'art. 345, comma 3, cod. proc. civ. ad opera della l. n. 134, del 2012: infatti, il medesimo concetto di indispensabilità della prova nuova in appello resta immutato nell'art. 437, comma 2, cod. proc. civ. e nell'art. 702-*quater* stesso codice, concernente il procedimento sommario di cognizione (oltre che nell'art. 1, comma 59, legge n. 92 del 2012 per le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 legge n. 300 del 1970, norma che a sua volta riproduce quella del comma 2 dell'art. 437 cit.).

In linea di massima è nuova tanto la prova avente ad oggetto un fatto nuovo, ossia allegato per la prima volta in appello (perché sopravvenuto o perché, pur preesistente, divenuto rilevante solo grazie al tenore della sentenza di primo grado o ad una novità normativa sopraggiunta dopo che erano maturate le preclusioni istruttorie), quanto quella intesa a dimostrare un fatto già allegato in primo grado.

Nella prima ipotesi risulta applicabile - a tutta evidenza - l'art. 345, comma 3, cit. là dove consente quei nuovi documenti e mezzi di prova che la parte non abbia potuto chiedere nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.

Estraneo al presente *thema decidendum* è - invece - il caso del giudizio di primo grado prematuramente conclusosi per effetto dell'erroneo accoglimento di eccezioni pregiudiziali (diverse da quelle che imporrebbero la regressione del processo ex artt. 353 o 354 cod. proc. civ.) o preliminari, accoglimento intervenuto prima che le parti

abbiano potuto fruire del termine per l'integrazione delle richieste istruttorie. In tale eventualità non si può impedire in appello la riespansione di quei poteri istruttori delle parti da cui esse, in primo grado, non erano in realtà decadute.

In questa sede il discorso si concentra sul tema che più è stato dibattuto in dottrina e giurisprudenza, vale a dire quello della prova d'un fatto già ritualmente allegato in primo grado.

A sua volta tale fatto (inteso, è appena il caso di rammentare, nella sua accezione storico-fenomenica) può essere stato ritenuto dal primo giudice come di rilevanza ormai assorbita da altre considerazioni (ma su ciò il giudice del gravame potrebbe essere di contrario avviso); oppure può essere rimasto indimostrato all'esito del giudizio di prime cure (al punto che il giudice ha deciso la lite applicando la regola di riparto dell'onere probatorio ex art. 2697 cod. civ.); oppure può essere stato smentito da prove di segno opposto, o - ancora - può essere stato sì dimostrato, ma grazie a prove che la stessa parte interessata avverta come di non sicura valenza al punto dal sentirsi indotta, per resistere all'avverso gravame, a chiedere l'acquisizione di una nuova prova idonea a dissipare ogni possibile incertezza (e in quest'ultimo senso si registrano anche talune voci di dottrina).

In altre parole, la nuova prova può essere invocata tanto dall'appellante quanto dall'appellato.

Operate queste premesse, sui limiti del divieto di *nova* in appello, quanto alle prove, il primo e prevalente orientamento giurisprudenziale è quello che interpreta il concetto di indispensabilità come influenza causale più incisiva della rilevanza: tale è il senso delle sentenze n. 8202 e n. 8203 del 2005 di queste Sezioni unite, in forza delle quali l'art. 345, comma 3, cod. prod. civ., come modificato

dalla legge n. 353 del 1990, esclude l'ammissibilità di documenti e mezzi di prova nuovi, salvo che, nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite, siano ritenuti indispensabili perché dotati di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella delle prove già rilevanti ai fini della decisione della controversia.

Nello stesso senso delle citate pronunce di queste Sezioni unite cfr., *ex aliis*, 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).

In termini sostanzialmente analoghi è, poi, l'affermazione dell'obbligo, in capo al giudice del gravame, di motivare espressamente sull'attitudine della nuova prova a dissipare lo stato di incertezza sui fatti controversi (cfr. Cass. 23 luglio 2014, n. 16745).

Ulteriori pronunce definiscono indispensabili quelle prove che devono essere disposte al fine di un approfondimento di elementi probatori, già obiettivamente presenti nella realtà del processo, «*in ragione dell'esigenza di temperare il principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale*» (Cass. n. 2379/07); altre asseriscono che indispensabili sono le prove che «*per il loro spessore contenutistico*» siano idonee «*a fornire un contributo decisivo all'accertamento della verità materiale, salva in tutti i restanti casi l'ultrattività delle preclusioni già verificatesi in primo grado*» (Cass. Sez. U. 20 aprile 2005, n. 8203, cit.).

In altre parole, secondo il prevalente orientamento di questa Corte Suprema, il giudizio di indispensabilità implica una valutazione sull'idoneità del mezzo istruttorio a dissipare un perdurante stato di incertezza sui fatti controversi (cfr., ancora, Cass. 20 giugno 2006, n. 14133).

La locuzione <<*indispensabili ai fini della decisione della causa*>> che si legge nel previgente testo del cit. art. 345, comma 3, cod. proc. civ., semanticamente non può che intendersi come riferita, appunto, a prove assolutamente necessarie, essenziali, di cui non si può fare a meno, tali cioè da determinare la decisione del giudice in un senso anziché in un altro.

In breve, devono essere prove decisive, ossia tali da dissipare ogni incertezza sulla ricostruzione fattuale della vicenda sottoposta all'esame del giudice.

A meno di non voler inutilmente triturare i concetti e inserire un gradino intermedio tra la prova meramente rilevante e quella anche decisiva, deve concludersi che non vi è sostanziale differenza fra tale accezione e quella di prova munita di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella delle prove già rilevanti ai fini della decisione della controversia o, il che è sostanzialmente lo stesso, idonea a fornire un contributo decisivo all'accertamento della verità.

Invero, premesso che, per poter essere acquisite, le prove devono essere (oltre che ammissibili) rilevanti, va osservato che in tanto una prova è rilevante in quanto potenzialmente idonea a dimostrare un fatto la cui esistenza od inesistenza sia tale da far mutare in tutto il contenuto della decisione finale o di una sua autonoma statuizione.

La rilevanza d'una prova può essere maggiore o minore a seconda della sua potenziale idoneità dimostrativa in rapporto al *thema probandum*: ove quest'ultima sia massima, vale a dire tale da dirigere di per sé, in un senso o in un altro, il contenuto del provvedimento giurisdizionale o d'una parte autonoma di esso, si è in presenza d'una prova decisiva.

In proposito Cass. 17 febbraio 2014, n. 3709, ha sottolineato che l'indispensabilità della nuova produzione documentale in appello, agli effetti del comma 3 dell'art. 345 cod. proc. civ., non va apprezzata limitatamente al momento della formazione delle preclusioni istruttorie di primo grado, ma deve essere valutata in rapporto allo sviluppo assunto dall'intero processo, comprensivo della sentenza di primo grado e di ciò che essa afferma a commento delle risultanze istruttorie.

Altra recentissima pronuncia si è iscritta in tale indirizzo interpretativo ponendo in rilievo che la regola di cui all'art. 345, comma 3, cod. proc. civ. (prima della modifica apportata dalla legge n. 134 del 2012) aveva proprio il significato di consentire l'ingresso in appello di un nuovo mezzo di prova nelle ipotesi in cui <<le preclusioni istruttorie avessero creato un'inaccettabile separazione tra realtà materiale documentabile in appello e verità processuale emersa tempestivamente>> (Cass. n. 364/17).

Ancora al primo e prevalente orientamento interpretativo vanno ricondotte altre affermazioni secondo cui in sede di gravame la prova è indispensabile quando appaia idonea a sovvertire la decisione di primo grado, nel senso di mutare uno o più giudizi di fatto sui quali si basa la pronuncia impugnata, fornendo un contributo decisivo all'accertamento della verità materiale, in coerenza con i principi del giusto processo (cfr. Cass. n. 8568/16), oppure che correlano l'indispensabilità del mezzo di prova alla sua sufficienza ai fini della dimostrazione del fatto controverso, a prescindere dagli altri strumenti istruttori (cfr. Cass. n. 13432/13) o, ancora, che definiscono indispensabile la prova idonea a colmare le lacune del materiale istruttorio raccolto in primo grado (cfr., in relazione

all'analogo concetto contenuto nell'art. 437, comma 2, cod. proc. civ., Cass. n. 22464/04, Cass. n. 5346/88 e Cass. n. 5317/79).

In tempi più remoti si è altresì affermato, con riferimento all'art. 437, comma 2, cod. proc. civ., che l'indispensabilità non si identifica con la mera idoneità del mezzo a provare i fatti di causa, ma implica l'impossibilità per la parte di assolvere al proprio onere probatorio con altri mezzi (cfr. Cass. n. 4142/86).

In sintesi, nell'ottica del primo e prevalente orientamento giurisprudenziale così come declinato nelle sue variabili terminologiche, prova nuova indispensabile di cui al previgente testo del cit. art. 345, comma 3, è quella di per sé tale da 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.

Il secondo fondamentale indirizzo giurisprudenziale si distingue non sul concetto di indispensabilità in sé, ma sul termine cui va relazionato.

Infatti, ferma restando la medesima accezione semantica del lemma <<indispensabile>>, l'altro orientamento, che per comodità espositiva si potrebbe definire come di indispensabilità ristretta, è invece dell'avviso che nel giudizio di appello l'indispensabilità delle nuove prove debba apprezzarsi necessariamente in relazione alla decisione di primo grado e al modo in cui essa si sia formata. Ciò che la decisione asserisce a commento delle risultanze istruttorie acquisite deve evidenziare la necessità d'un apporto probatorio che, nel

contraddittorio in primo grado e nella relativa istruzione, non era apprezzabile come utile e necessario.

Solo in questi termini potrebbe parlarsi di prova nuova indispensabile.

Sempre secondo tale diverso approccio ermeneutico, se la decisione oggetto di gravame si è formata in una situazione in cui lo sviluppo del contraddittorio e delle deduzioni istruttorie avrebbero consentito alla parte di avvalersi del documento o 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 averla introdotta (cfr. Cass. 10 febbraio 2017, n. 3654; Cass. 31 marzo 2011, n. 7441; Cass. 5 dicembre 2011, n. 26020; Cass. 12 febbraio 2013, n. 3493; nello stesso senso, riguardo all'analoga questione postasi in riferimento all'art. 437, comma 2, cod. proc. civ., in passato v. anche Cass. 18.8.1982, n. 4660).

Si tratta d'una opzione interpretativa che sacrifica la ricerca della verità materiale per non indebolire la disciplina delle preclusioni istruttorie previste per il primo grado, la terzietà del giudice rispetto al potere dispositivo delle parti, la regola di giudizio dell'onere della prova ex art. 2697 cod. civ. e la ragionevole durata del processo (che potrebbe soffrire per l'ingresso di nuove prove nel giudizio sul gravame).

Pertanto, secondo tale orientamento, ai sensi dell'art. 345, comma 3, cod. proc. civ., nel testo introdotto dalla legge n. 353 del 1990, nel giudizio di appello sono qualificabili come indispensabili solo le nuove prove la cui necessità emerga dalla stessa sentenza impugnata, prove delle quali non era apprezzabile neppure una mera utilità nel giudizio di primo grado.

Di conseguenza, incorrerebbe nel divieto di *nova* di cui al cit. art. 345, comma 3, la prova che già appariva rilevante durante lo svolgimento del giudizio di primo grado e prima del formarsi delle preclusioni istruttorie, sicché la sentenza non si è potuta fondare su di essa sol per la negligenza della parte interessata, che ben avrebbe potuto introdurla (v., ancora, Cass. n. 5013/16).

Dunque, alla luce di tale indirizzo giurisprudenziale, le prove indispensabili sarebbero unicamente quelle riferite all'apporto probatorio resosi necessario a fronte di una decisione di primo grado della c.d. terza via o, più in generale, fondata su presupposti di fatto diversi da quelli già oggetto del *thema probandum*.

In quest'ottica i *nova* istruttori troverebbero uno spazio quanto mai ridotto, atteso che l'introduzione del comma 2 dell'art. 101 cod. proc. civ. ad opera della legge n. 69 del 2009 ha già sancito la nullità della sentenza fondata su questioni rilevabili d'ufficio dal giudice e non precedentemente sottoposte al contraddittorio tra le parti (cfr., per tutte, Cass. n. 2340/17).

Sia pure con sfumature e accenti vari, anche le opinioni di dottrina possono iscriversi a tali due fondamentali opzioni interpretative.

2.3. Ritiene il Collegio di condividere il primo e prevalente orientamento, in sostanziale continuità con le summenzionate pronunce n. 8202 e n. 8203 del 2005 di queste Sezioni unite.

La tesi della c.d. indispensabilità ristretta in realtà finisce con il refluire nella seconda ipotesi di *nova* consentiti in appello, vale a dire in quella delle nuove prove che la parte dimostri di non aver potuto chiedere in primo grado per causa ad essa non imputabile.

Infatti, se indispensabili sono solo le nuove prove la cui necessità emerge dalla stessa sentenza impugnata, prove delle quali non era apprezzabile neppure una mera utilità durante il giudizio di primo grado, va da sé che rispetto ad esse la parte si è trovata, per causa che non le è imputabile, nell'impossibilità di proporle.

Invero, non si può addebitare alla parte il non avere previsto la rilevanza di prove che solo la sentenza di primo grado, in forza d'una propria ricostruzione di fatto e/o di diritto, ha fatto emergere e ciò anche ove non si tratti propriamente d'una sentenza c.d. della terza via.

In sintesi, quella dell'indispensabilità ristretta è un'interpretazione che, svuotando di significato la prima delle due ipotesi di prove nuove consentite in appello e identificandola con una sottospecie della seconda, finisce con il sortire un (non consentito) effetto abrogativo del cit. comma 3 dell'art. 345 previgente, là dove parla di prove indispensabili.

L'indispensabilità ristretta mal si addice anche al tenore letterale della norma in commento: la locuzione <<*salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa*>> evoca chiaramente una valutazione da parte del giudice che poco si confà al vero e proprio diritto della parte di dimostrare il fatto che solo grazie alla motivazione della sentenza di primo grado è emerso come rilevante.

Colliderebbe con l'art. 24 Cost. il rimettere tale diritto ad una mera valutazione del giudice d'appello, giacché a costui spetterebbe non già la sola valutazione di ammissibilità e rilevanza della prova, ma la stessa opportunità di consentire alla parte interessata di esercitare un proprio diritto di difesa.

L'opzione interpretativa qui condivisa risulta preferibile anche sotto una visuale sistematica, non essendo convincentemente spiegabile che la medesima espressione legislativa (<<*salvo che il collegio ... non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa*>>) muti di significato a seconda che ci si trovi nel rito speciale o in quello ordinario o sommario, a meno di non voler smentire la giurisprudenza della Corte sull'art. 437, comma 2, cod. proc. civ. e svilire l'inciso <<*anche d'ufficio*>> che vi figura, rispetto al quale non ha senso invocare preclusioni istruttorie poiché nel rito speciale esse non elidono i poteri istruttori d'ufficio espressamente riconosciuti dall'art. 421, comma 2, cod. proc. civ.

Né pare insuperabile l'obiezione che la scelta del primo dei due orientamenti finisca con il vanificare o alterare significativamente il regime delle preclusioni istruttorie proprie del primo grado.

In realtà il concetto di prove indispensabili accolto nel primo orientamento giurisprudenziale, non disgiunto dal suo essere subordinato al filtro costituito dalla valutazione del giudice, riduce le prove ammissibili in appello ad ipotesi statisticamente recessive e tali da tranquillizzare circa il pericolo di eventuali scorrettezze di una delle parti (che ben difficilmente correrebbe il rischio di ritardare scientemente la richiesta di acquisire una prova decisiva).

Né in tal modo si mette in dubbio la natura del giudizio d'appello come mera *revisio prioris instantiae* anziché come *iudicium novum*: infatti, in nessun caso il potere del giudice d'appello di ammettere la prova indispensabile potrebbe essere esercitato riguardo a prove già in prime cure dichiarate inammissibili perché dedotte in modo difforme dalla legge o a prove dalla cui assunzione il richiedente sia decaduto a seguito di particolari vicende occorse nel

giudizio di primo grado, non essendo queste - a rigori - neppure prove <<nuove>> (su ciò v. Cass. n. 26009/10; Cass. n. 10487/04).

Inoltre, 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.

Si tratta d'un contemperamento già da lungo tempo affermato dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr., per tutte, la già cit. sentenza n. 8202/05) e che certamente non può pregiudicare la terzietà del giudice, come d'altronde è reso palese dall'esperienza storica e dai sempre più numerosi casi di positivizzazione dei poteri inquisitori del giudice civile, che spaziano - ad esempio - dall'art. 421, comma 2, cod. proc. civ. agli artt. 738, comma 3, e 669-*sexies*, comma 2, stesso codice.

Quel che si vuol segnalare è, in sintesi, che il regime delle preclusioni istruttorie non è un carattere tanto coesistente al sistema da non ammettere alternative, essendo soltanto una tecnica elaborata per assicurare rispetto del contraddittorio, parità delle parti nel processo e sua ragionevole durata, tecnica che ben può essere contemperata (secondo modalità pur sempre rimesse alla discrezionalità del legislatore) con il principio della ricerca della verità materiale.

D'altro canto, a riprova dei (da lungo tempo) persistenti spazi di ricerca della verità materiale anche in appello si osserva che ben può il giudice del gravame, oltre che deferire il giuramento decisorio, disporre d'ufficio non solo una consulenza deducibile, ma anche una percipiente (cfr. Cass. n. 6155/09; Cass. n. 3990/06; Cass. n. 27002/05; Cass. Sez. U. n. 9522/96), che - in quanto tale - ha natura di prova.

Deve, poi, escludersi che il principio di ragionevole durata del processo osti all'interpretazione qui accolta, vuoi perché la stessa obiezione potrebbe muoversi in tutti i casi in cui, ad iniziativa di parte od officiosa, vengano assunte prove ulteriori in appello, vuoi perché - come si è già detto - l'indispensabilità come sopra intesa (e necessariamente valutata dal giudice) costituisce valido usbergo contro iniziative dilatorie od anche soltanto sproporzionate da un punto di vista di gestione dei tempi del processo.

Inoltre, come quello della ragionevole durata del processo è valore servente rispetto al diritto d'azione di cui all'art. 24 Cost., così lo è quello del temperamento fra preclusioni istruttorie e ricerca della verità materiale. Si tratta di valori che, lungi dall'essere fra loro in competizione, hanno di vista il medesimo obiettivo: dare concreta attuazione alla tutela giudiziaria delle posizioni giuridiche attive.

Non resta che un'ultima riflessione.

Come sopra ricordato, si è altresì sostenuto che il correttivo delle preclusioni istruttorie costituito dal ricorso alla prova nuova indispensabile (nei sensi innanzi chiariti) si scontrerebbe con la fondamentale regola di giudizio dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 cod. civ.

Ma deve segnalarsi che autorevoli voci di dottrina hanno già da tempo posto in risalto che la decisione secondo la regola di ripartizione dell'onere probatorio disperde i pur parziali risultati istruttori conseguiti fino a quel momento, il che, vista l'impossibilità di più esaurienti accertamenti, importa una sorta di <<*passo indietro*>>, come se nulla fosse stato provato, cristallizzando la situazione di fatto già esistente e risultante dai diversi rapporti di forza (economica e/o negoziale) tra le parti.

Ovviamente ciò non significa che, in caso di lacune istruttorie, della regola della decisione secondo il riparto dell'onere probatorio si debba o si possa fare a meno (come in sostanza viene proposto in altri ordinamenti, ad esempio in quello svedese attraverso il ricorso al c.d. *Överviktsprincip* o criterio della verosimiglianza prevalente), ma soltanto che non è tecnicamente appropriato che essa (che costituisce pur sempre una risorsa residuale) condizioni od ispiri l'interpretazione di norme finalizzate proprio a porre rimedio a situazioni di incerta ricostruzione fattuale.

3.1. In conclusione, va accolto il secondo motivo di ricorso e rigettato il primo, mentre risultano assorbiti il terzo e il quarto; per l'effetto si cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e si rinvia - anche per le spese - alla Corte d'appello di Catanzaro in diversa composizione, che si atterrà al seguente principio di diritto:

*<<Prova nuova indispensabile di cui al testo dell'art. 345, comma 3, cod. proc. civ., previgente rispetto alla novella di cui all'art. 54, comma 1, lett. b), d.l. n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2012, è 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.>>.*

**P.Q.M.**

accoglie il secondo motivo, rigetta il primo, dichiara assorbiti il terzo e il quarto, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto

e rinvia alla Corte d'appello di Catanzaro in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il 07.03.2017.