



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorsi nn. 847-848-849-850/2011 (Rif. Foglietto n. 139/2012)

Rel. n. 138

Roma, 16 luglio 2012

Oggetto: PROVA CIVILE - ONERE DELLA PROVA - IN GENERE - parte soccombente in primo grado - onere di produrre, in appello, i documenti prodotti in primo grado dalla controparte, e sui quali il giudice ha fondato il rigetto della domanda - configurabilità.

IMPUGNAZIONI CIVILI - APPELLO - PROVE - IN GENERE - parte soccombente in primo grado - onere di produrre, in appello, i documenti prodotti in primo grado dalla controparte, e sui quali il giudice ha fondato il rigetto della domanda - configurabilità.

Questione sottoposta all'esame della Corte:

Se la parte soccombente in primo grado abbia o meno l'onere, in grado di appello, di produrre copia dei documenti prodotti dalla controparte, e sui quali il giudice di primo grado ha fondato il rigetto della domanda.

SOMMARIO:

1. Il fatto.
2. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite.
3. Il precedente delle Sezioni Unite.
4. Il seguito della sentenza del 2005 nella giurisprudenza di legittimità.
5. Le decisioni dissenzienti.
6. Le sentenze conformi al *dictum* delle Sezioni Unite.
7. La dottrina.
8. Osservazioni conclusive.

1. Il fatto.

1.1. Nel 1997 un lavoratore chiese la condanna dell'Inps al pagamento degli interessi e della rivalutazione sulle somme a lui dovute a titolo di indennità di disoccupazione.

L'Inps si costituì ed eccepì di avere già pagato.

Per dimostrare l'avvenuto pagamento depositò alcune stampe estratte dal sistema informatico interno dell'ente previdenziale.

Il giudice di primo grado ritenne che quei documenti costituissero prova idonea dell'avvenuto pagamento, e (nel 2002) dichiarò cessata la materia del contendere.

1.2. Il lavoratore appellò la decisione nel 2003, allegando che i documenti prodotti dall'Inps non dimostravano affatto che il pagamento fosse effettivamente avvenuto.

Nel 2009 la Corte d'appello rigettò l'impugnazione, sulla base del seguente ragionamento:

(a) il lavoratore ha allegato che i documenti prodotti dall'Inps in primo grado non dimostravano affatto l'adempimento degli obblighi gravanti sull'istituto;

(b) egli dunque avrebbe avuto l'onere di produrre in copia quegli stessi documenti già prodotti in primo grado dall'Inps;

(c) non avendolo fatto, il gravame deve essere rigettato¹.

Nel formulare questo sillogismo, il giudice d'appello ha dichiarato di volere, in tal modo, fare applicazione dei principi stabiliti da Cass. sez. un. 28498/05².

1.3. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione dalla parte soccombente, la quale ha allegato che:

(a) il *decisum* di Cass. sez. un. 28498/05 è stato male invocato dalla Corte d'appello: sia perché nel caso deciso dalle Sezioni Unite l'appellato era rimasto contumace e nel presente giudizio; sia perché nel caso deciso dalle Sezioni Unite i documenti prodotti dall'appellato erano contestati e nel presente giudizio no; sia perché, più in generale, l'appellante non ha alcun onere di riprodurre in appello i documenti contenuto nel fascicolo di controparte;

¹ Può essere utile segnalare che la particolare tecnica compositiva di tutti gli atti del giudizio (ricorso in primo grado, sentenza di primo grado, ricorso in appello, sentenza d'appello), costituita da un *mainframe* nel quale sono di volta inserite le parti variabili (nome delle parti, numero di anni per i quali si è chiesta l'integrazione dell'indennità di disoccupazione) lasciano intendere che quello oggetto del presente giudizio costituisca dinanzi al Tribunale di Reggio Calabria un contenzioso seriale.

² Secondo cui *“l'appellante è tenuto a fornire la dimostrazione delle singole censure, atteso che l'appello, non è più, nella configurazione datagli dal codice vigente, il mezzo per passare da uno all'altro esame della causa, ma una revisio fondata sulla denuncia di specifici “vizi” di ingiustizia o nullità della sentenza impugnata. Ne consegue 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. cod. proc. civ., 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 (nella specie 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 quindi avuto la possibilità di esaminare”*.

(b) la Corte d'appello non poteva esimersi dal decidere la causa nel merito, e cioè stabilire se in base alle prove raccolte in primo grado l'Inps avesse o meno fornito la prova di avere adempiuto la propria obbligazione;

(c) i documenti contabili interni dell'ente previdenziali non costituiscono prova dell'avvenuto pagamento delle prestazioni previdenziali agli aventi diritto.

2. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite.

2.1. La Sezione Lavoro della Corte, investita del ricorso, ha rilevato in fatto che nel giudizio d'appello l'ente previdenziale non aveva depositato i documenti che secondo il giudice di primo grado dimostravano l'avvenuto pagamento delle somme pretese dal ricorrente.

Di conseguenza, secondo la Sezione Lavoro anche nel presente giudizio si sarebbe dovuto applicare il generale principio stabilito da Cass. sez. un. 28498/05: e dunque l'appellante avrebbe dovuto depositare nuovamente il documento prodotto in primo grado dall'Inps, a nulla rilevando che nel caso deciso dalle SS.UU. il convenuto vittorioso in primo grado fosse rimasto contumace in appello, mentre nel presente giudizio fosse costituito.

2.2. Tuttavia la Sezione Lavoro ha ritenuto di non potere aderire a tale conclusione, e con ordinanza 8 marzo 2012 n. 3639 ha disposto la trasmissione al Primo presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite *ex art. 374*, comma 3, c.p.c.

2.3. Nell'ordinanza di rimessione il dissenso rispetto al *decisum* di Cass. 28498/05 viene motivato con due rilievi:

(a) la circostanza che ciascuna delle parti possa estrarre copia dei documenti contenuti nel fascicolo dell'altra (*ex art. 76 disp. att. c.p.c.*) non può valere a scardinare la regola generale di cui all'art. 2697 c.c., sicché (è la conseguenza implicita dell'ordinanza di rimessione) la circostanza che l'appellante non abbia provveduto a tale onere non esonera l'appellato dall'onere della prova, se in virtù dei principi generali questo ricada su di lui;

(b) in virtù dello stesso principio appena esposto, l'onere del convenuto (vittorioso in primo grado) di provare il fatto costitutivo delle proprie eccezioni permane anche in appello, né viene meno per il solo fatto che l'appellante non abbia prodotto lui i documenti sui quali quelle eccezioni si fondavano.

3. Il precedente delle Sezioni Unite.

3.1. La fattispecie processuale decisa da Sez. U, Sentenza n. 28498 del 23/12/2005 (Rv. 586371), **all.to 22**, era molto simile a quella che oggi ritorna all'esame delle Sezioni Unite.

In quel caso una curatela fallimentare aveva proposto una azione revocatoria ordinaria, accolta dal giudice di primo grado.

La parte soccombente impugnò la decisione, allegando che i documenti prodotti dalla curatela, e sui quali il giudice di primo grado aveva fondato la propria decisione, non dimostrassero affatto la *scientia decotionis* in capo al terzo.

Il giudice d'appello, poiché la curatela non si era costituita in appello e non aveva depositato il proprio fascicolo contenente i suddetti documenti, accolse il gravame e rigettò la domanda di revocatoria.

La Corte di cassazione cassò con rinvio tale decisione, con un ragionamento così riassumibile:

(a) quando (nella vigenza del codice di procedura del 1865) l'appello costituiva un vero e proprio *novum iudicium*, i criteri di riparto dell'onere della prova erano gli stessi in primo ed in secondo grado: chi aveva l'onere di provare il fatto costitutivo della domanda in primo grado, restava gravato da tale onere anche in appello (Cass. 28498/05, § 7 dei "Motivi della decisione");

(b) dopo la riforma processuale introdotta dalla legge n. 353 del 1990 l'appello è diventato una *revisio prioris instantiae*;

(c) la mutata natura del giudizio d'appello ha riverberato effetti anche sul riparto dell'onere della prova: infatti poiché il giudice d'appello può conoscere solo degli specifici "vizi di ingiustizia o nullità" della sentenza dedotti dall'appellante, questi ha l'onere consequenziale di provare la fondatezza delle censure mosse alle specifiche soluzioni adottate dalla sentenza impugnata.

3.2. Nella sentenza del 2005, in sostanza, le Sezioni Unite hanno stabilito uno stretto rapporto tra la natura di impugnazione a critica vincolata dell'appello, ed il riparto dell'onere della prova: siccome solo i vizi denunciati possono essere esaminati dal giudice d'appello, chi li denuncia li deve anche provare.

3.3. Può essere utile segnalare che la relazione preliminare predisposta dall'Ufficio del Massimario (Relazione 37/2005 del 28.2.2005, **all.to 1**) in occasione del precedente intervento delle Sezioni Unite aveva sollevato perplessità sull'orientamento poi invece seguito dalle SS.UU.

3.3.1. Tali perplessità si fondavano sulle seguenti osservazioni:

(a) nella giurisprudenza precedente della Corte, il principio secondo cui la parte appellante avrebbe l'onere di riprodurre i documenti depositati in primo grado dall'appellato contumace era sempre stato negato: persino le sentenze, indicate come precedenti favorevoli nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, in realtà avevano ad oggetto fattispecie processuali ben diverse: talune riguardavano l'ipotesi della mancata produzione di documenti in primo grado, e non in appello (Cass. 5627/82); talaltre avevano ad oggetto l'ipotesi i documenti che l'appellante non aveva prodotto in appello erano favorevoli all'appellante medesimo, e non all'appellato (Cass. 2280/93), talaltre avevano affermato un principio esattamente opposto (Cass. 6987/03);

(b) l'unico vero precedente in cui si affermò il principio dell'onere di riproduzione da parte dell'appellante dei documenti prodotti in primo grado dall'appellato

contumace è rappresentato da Cass. 2482/98, ma quella decisione non fece affatto discendere tale principio dalla natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio d'appello.

L'onere dell'appellante di ri-produrre i documenti depositati in primo grado dall'appellato contumace veniva invece fondato sul seguente ragionamento: se la contumacia è giuridicamente irrilevante, *a fortiori* irrilevante dovrà essere per il contumace il mancato deposito di documenti che aveva prodotto in primo grado. Pertanto, se tali documenti sono necessari ai fini del decidere, la loro assenza dal materiale probatorio non potrà ricadere sul contumace, ma chi l'appello ha proposto.

3.3.2. La relazione dell'Ufficio del Massimario concludeva perciò nel senso che *“dalle ricostruzioni dell'appello quale revisio prioris instantiae non sembra possano trarsi conseguenze in ordine alla ripartizione dell'onere della prova nel giudizio di appello”*, e che i criteri di riparto dell'onere della prova (anche quella documentale) non sono derogati da lacuna disposizione dettata per il giudizio d'appello.

4. Il seguito della sentenza del 2005 nella giurisprudenza di legittimità.

4.1. La sentenza delle Sezioni Unite 28498/05 non sembra avere sopito i contrasti sulle conseguenze della mancata riproduzione in appello dei documenti prodotti in primo grado dall'appellato contumace.

Accanto ad un discreto numero di decisioni che si sono perfettamente allineate alla decisione del 2005, altre se ne sono invece discostate: non sempre, però, in modo consapevole.

Esamineremo per chiarezza dapprima le sentenze dissenzienti dalle Sezioni Unite, poi quelle conformi.

5. Le decisioni dissenzienti.

5.1. Le decisioni che sono pervenute a soluzioni contrastanti con quella adottata dall'arresto delle Sezioni Unite del 2005 possono ulteriormente essere divise in due gruppi.

5.2. Un primo gruppo di decisioni ha continuato ad affermare che il riparto dell'onere della prova nel giudizio d'appello non cambia rispetto al giudizio di primo grado: e dunque chi ha assunto la veste di attore in primo grado continua ad essere gravato dall'onere di provare i fatti costitutivi della domanda, e chi ha assunto la veste di convenuto continua ad essere gravato dall'onere di provare i fatti costitutivi dell'eccezione.

E' il caso di Sez. 2, Sentenza n. 78 del 08/01/2007 (Rv. 595643), **all.to 2**, avente ad oggetto una azione revocatoria ordinaria. Il giudice di primo grado aveva in quel caso accolto la domanda, ma il giudice d'appello aveva accolto l'appello e rigettato la domanda revocatoria, perché gli originari attori, rimasti contumaci in appello, non avevano in tal sede depositato i documenti dai quali risultava l'esistenza e l'entità del credito a tutela del quale avevano agito in revocatoria.

La Cassazione ha confermato in questo caso la sentenza d'appello, osservando che nel processo civile *“non esiste un principio di “immanenza” della prova documentale nel processo; e dovendo anche il giudice del gravame decidere la causa “juxta alligata et probata”, procedendo ad un autonomo e diretto riesame della documentazione già vagliata dal giudice di primo grado, deve escludersi che i documenti prodotti in primo grado da una delle parti che sia risultata vittoriosa debbano ritenersi per sempre acquisiti al processo; pertanto, la parte vittoriosa in primo grado che scelga di rimanere contumace in appello e non ridepositi quindi i documenti in precedenza prodotti, va incontro alla declaratoria di soccombenza per non aver fornito la prova della sua pretesa, quando i documenti non più ridepositati siano a lei favorevoli”*.

E' significativo notare come la fattispecie decisa da Cass. 78/07 sia *identica* a quella decisa da Cass. sez. un. 28498/05: in tutti e due i casi il giudice di I grado accoglie una azione revocatoria; in tutti e due i casi l'appellato resta contumace; in tutti e due i casi il giudice d'appello accoglie il gravame ritenendo non provati i presupposti dell'azione revocatoria. Tuttavia, mentre Cass. sez. un. 28498/05 ha ritenuto che sarebbe stato onere dell'appellante provare tali presupposti, Cass. 78/07 ha ritenuto l'esatto contrario.

5.3. A conclusioni analoghe pervenne anche Sez. L, Sentenza n. 8528 del 12/04/2006 (Rv. 589201), **all.to 3**: qui si trattava del caso del cessionario di un credito che aveva convenuto in giudizio il debitore ceduto. Il tribunale aveva accolto la domanda, e nel giudizio di appello promosso dal debitore ceduto il cessionario era rimasto contumace. Il giudice d'appello pertanto aveva ritenuto insussistente la prova della cessione (fatto costitutivo della pretesa attorea), ed accolto l'appello rigettando la domanda di condanna.

Tale decisione è stata confermata dalla Corte di cassazione, anche in questo caso affermando doversi escludere *“che i documenti prodotti in primo grado da una delle parti che risulti vittoriosa debbano ritenersi per sempre acquisiti al processo, non esistendo un principio di “immanenza” della prova documentale e dovendo anche il giudice del gravame decidere la causa “juxta alligata et probata”, procedendo ad un autonomo e diretto riesame della documentazione già vagliata dal giudice di primo grado: pertanto la parte vittoriosa in primo grado, che rimanga contumace in appello, e quindi non ridepositi i documenti in precedenza prodotti, non può che incorrere nella sanzione della soccombenza, per non aver fornito la prova della sua pretesa, quando i documenti non più ridepositati siano a lei favorevoli, in quanto il giudice di appello, come quello di prime cure, deve decidere la causa in base solo alle prove che siano ritualmente e direttamente sottoposte al suo esame in sede di decisione”*.

5.4. Nella giurisprudenza di legittimità successiva all'arresto di Cass. sez. un. 28498/05 è possibile poi enucleare un secondo gruppo di sentenze le quali, pur non prendendo espressamente posizione sul problema qui in esame, hanno però di fatto adottato soluzioni logicamente incompatibili col *dictum* delle Sezioni Unite, oppure tali soluzioni hanno affermato *obiter dictum*.

5.5. E' il caso di Sez. L, Ordinanza n. 6207 del 16/03/2011 (Rv. 616663), **all.to 4**: in tale vicenda il giudice di I grado aveva accolto la domanda proposta da un

lavoratore nei confronti dell'Inail, ed avente ad oggetto la condanna dell'istituto al pagamento dell'indennizzo dovuto per un infortunio sul lavoro.

Proposto appello dall'Inail, il giudice del gravame rilevò al momento della decisione l'assenza dagli atti dei verbali di causa di I grado, contenenti le deposizioni testimoniali dalle quali sarebbe dovuta risultare la sussistenza o meno della derivazione dell'infortunio da causa di lavoro.

Ora, a seguire il principio stabilito da Cass. sez. un. 28498/05, l'appello dell'Inail si sarebbe dovuto rigettare, in quanto sarebbe stato onere dell'appellante dimostrare i fatti costitutivi dell'appello, e dunque l'insussistenza della causa di lavoro.

Cass. 6207/11 ha invece adottato la soluzione esattamente opposta, affermando che *“è onere della parte che vi ha interesse produrre [in appello] copia dei verbali di causa contenenti le dichiarazioni testimoniali, dovendosi ritenere, in caso contrario, la correttezza della decisione del giudice di appello di rigetto della domanda per mancanza della prova attesa l'impossibilità di accedere alle testimonianze”*. Tale decisione pertanto ha applicato per il giudizio d'appello una regola di riparto dell'onere della prova del tutto identico a quello che si sarebbe applicato in I grado, addossando all'appellato (attore vittorioso in I grado) l'onere di provare il fatto costitutivo della propria domanda, e cioè la causa dell'infortunio.

5.6. Nello stesso ordine di idee parrebbe la decisione pronunciata da Sez. 3, Sentenza n. 15777 del 12/07/2006 (Rv. 591271), **all.to 5**. Qui si trattava di stabilire se dalla contumacia dell'appellato potessero trarsi argomenti di prova ai fini del decidere, e nel ribadire il tradizionale principio secondo cui la contumacia è giuridicamente irrilevante la Corte ha però soggiunto che *“la mancata costituzione di una parte (...) in appello (...) non esclude il potere-dovere del giudice di accertare se da parte dell'attore sia stata data dimostrazione probatoria dei fatti costitutivi e giustificativi della pretesa”*: sebbene si tratti solo di un accenno, da esso parrebbe potersene desumere che in appello non cambiano i criteri di riparto dell'onere della prova (tale decisione si richiama al precedente rappresentato da Sez. L, Sentenza n. 1898 del 09/03/1990 (Rv. 465777), **all.to 5 bis**, la quale invece in modo espresso ha affermato che l'onere della prova del fatto costitutivo della pretesa resta sull'attore anche quando questi venga ad assumere in appello la veste di appellato).

5.7. Infine, tra le sentenze “implicitamente dissenzienti” dalle Sezioni Unite mi sembra possa includersi Sez. 3, Sentenza n. 8389 del 07/04/2009 (Rv. 607734), **all.to 6**. Questa decisione, chiamata a risolvere il problema degli effetti della contestazione in appello di fatti non contestati in primo grado, ha ritenuto che *“qualora l'effettiva titolarità del rapporto controverso abbia costituito, nel primo grado di giudizio, fatto pacifico per mancata contestazione ad opera di tutte le parti in causa, quella di esse che in appello la contesti ha l'onere di fornire la prova del suo contrario assunto, rimettendo in discussione un fatto del quale si è già considerata acquisita la prova come fatto non contestato”*.

Dal che sembra lecito dedurre che se in primo grado c'è stata contestazione dei fatti posti dall'attore a fondamento della pretesa, chi in appello nega la titolarità del credito in capo all'attore (vittorioso) non ha l'onere di provarne l'inesistenza, onere

che sussiste invece nel solo caso in cui il convenuto in primo grado quei fatti non li abbia contestati.

6. Le sentenze conformi al *dictum* delle Sezioni Unite.

6.1. Più numerose sono le sentenze che, dopo il 2005, hanno puntualmente richiamato il *dictum* di Cass. sez. un. 28498/05, ed addossato all'appellante l'onere di riprodurre i documenti posti a fondamento del gravame: in questo senso - con motivazione che con l'andare del tempo si sono fatte sempre più stringate e tralazie - si registrano Sez. 6-3, Ordinanza n. 26260 del 2011³, **all.to 7**; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 6018 del 15/03/2011 (Rv. 616264)⁴, **all.to 8**; Sez. L, Sentenza n. 19004 del 2010, **all.to 9**; Sez. 2, Ordinanza n. 25354 del 2010, **all.to 10**; Sez. 1, Sentenza n. 14205 del 2009, **all.to 11**; Sez. L, Sentenza n. 4764 del 2008, **all.to 12**; Sez. 3, Sentenza n. 20442 del 2008, **all.to 13**; Sez. 3, Sentenza n. 18205 del 28/08/2007 (Rv. 599615), **all.to 14**; Sez. 3, Sentenza n. 13387 del 2007, **all.to 15**; Sez. 2, Sentenza n. 15660 del 12/07/2007 (Rv. 598753), **all.to 16**.

6.2. Le sentenze appena ricordate o non sono state massimate, o sono state massimate come mere conformi, ovvero sono state massimate con riferimento a principi diversi da quelli qui in esame. Ciò ha probabilmente impedito un effettivo confronto tra le fattispecie concrete da esse decise, favorendo il consolidarsi di un orientamento tralazioso.

Se tuttavia si analizzano i casi concreti decisi dalle sentenze che hanno dato seguito alla decisione delle Sezioni Unite del 2005, emergono due particolarità.

6.2.1. La prima di queste particolarità è che le sentenze le quali si sono richiamate a Cass. sez. un. 28498/05 hanno avuto ad oggetto fattispecie piuttosto diverse tra loro.

Alcune, infatti, erano chiamate a giudicare casi in cui l'appellante aveva assunto la veste di attore in I grado; altre quella in cui l'appellante aveva in primo grado assunto la veste di convenuto; altre ancora casi in cui l'appellante non aveva prodotto nel

³ Nel caso deciso da tale ordinanza la vittima di un sinistro causato da insidia stradale aveva convenuto l'amministrazione comunale, chiedendone la condanna al risarcimento; accolta la domanda in I grado, il giudice d'appello invece la rigettava, sull'assunto che, non essendo stati prodotti in appello i verbali contenenti le testimonianze raccolte in primo grado, era mancata la prova del fatto costitutivo della pretesa: e questa decisione venne cassata dalla S.C. richiamando appunto la decisione di Cass. sez. un. 28498/05.

Tuttavia non può farsi a meno di rilevare come la vicenda decisa dall'ordinanza del 2011 sia **identica** a quella decisa da Cass. 6207/11, citata *supra*, § 5.5: in tutti e due i casi il giudice di primo grado accoglie la domanda di un infortunato; in tutti e due i casi il giudice d'appello rigetta la domanda dell'infortunato adducendo la mancanza dei verbali contenenti la prova testimoniale; tuttavia mentre Cass. 26260/11 ha cassato tale decisione, Cass. 6207/11 l'ha confermata.

⁴ Avente ad oggetto la vicenda di una p.a. che chiede l'esecuzione in forma specifica cui il titolare di concessione edilizia si era obbligato. Mentre il giudice di I grado accolse la domanda, quello d'appello la rigettò (accogliendo il gravame), in base all'assunto che la p.a. non aveva ri-prodotto in appello l'atto d'obbligo da cui risultava la propria pretesa.

La S.C. ha cassato tale decisione, osservando che era onere dell'appellante produrre i documenti dai quali risultava l'insussistenza del proprio debito, e quindi l'atto d'obbligo rilasciato alla p.a.

giudizio d'appello documenti a lui favorevoli; altre, infine, casi in cui l'appellante non aveva prodotto documenti ritenuti dal giudice di primo grado favorevoli all'appellato, dei quali però lamentava una erronea valutazione.

Quest'ultima distinzione appare particolarmente significativa ai nostri fini.

Ed infatti ritenere che debba essere rigettato l'appello proposto da chi non ha riprodotto documenti acquisiti in primo grado, e dimostrativi dei fatti costitutivi della propria domanda o della propria eccezione, significa applicare anche in appello la stessa regola dettata dall'art. 2697 c.c. per il primo grado.

Dunque all'interno dell'orientamento adesivo a Cass. sez. un. 28498/05 occorre in realtà distinguere due gruppi di sentenze:

(a) decisioni che hanno effettivamente applicato la regola secondo cui in grado di appello l'onere della prova si ripartisce con criteri diversi da quelli applicabili in primo grado, ed hanno di conseguenza ritenuto infondato il gravame di chi aveva ommesso di depositare i documenti già prodotti in primo grado dall'appellato contumace, ancorché favorevoli a quest'ultimo;

(b) decisioni che, pur richiamandosi formalmente ai principi di Cass. sez. un. 28498/05, hanno di fatto applicato la regola tradizionale, secondo cui il riparto dell'onere della prova non varia tra primo grado ed appello (e queste sono state, in particolare, le decisioni di Sez. 2, Ordinanza n. 25354 del 2010, **all.to 10**; Sez. L, Sentenza n. 19004 del 2010, **all.to 9**; Sez. 3, Sentenza n. 20442 del 2008, **all.to 13**; Sez. L, Sentenza n. 4764 del 2008, **all.to 12**; Sez. 3, Sentenza n. 18205 del 28/08/2007 (Rv. 599615), **all.to 14**; Sez. 3, Sentenza n. 13387 del 2007, **all.to 15**).

Ciò vuol dire che su dieci decisioni le quali hanno dichiarato di aderire a Cass. sez. un. 28498/05, solo quattro erano effettivamente adesive alla sentenza delle Sezioni Unite [e cioè Sez. 6-3, Ordinanza n. 26260 del 2011, **all.to 7**; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 6018 del 15/03/2011 (Rv. 616264), **all.to 8**; Sez. 1, Sentenza n. 14205 del 2009, **all.to 11**; Sez. 2, Sentenza n. 15660 del 12/07/2007 (Rv. 598753), **all.to 16**].

Ove, poi, si consideri il totale delle sentenze che, dopo le Sezioni Unite, sono tornate ad occuparsi del problema, quelle adesive alla sentenza del 2005 sono state solo 4 su 15.

6.2.2. La seconda particolarità che emerge dall'analisi dell'orientamento adesivo al *dictum* delle Sezioni Unite è che nessuna delle fattispecie decise dalle sentenze raggruppate in questo orientamento si presenta esattamente *in terminis* rispetto alla vicenda oggi all'esame delle Sezioni Unite.

In quest'ultima (come si è visto *supra*, § 1) si è avuta infatti la seguente successione:

- la domanda attorea venne rigettata in primo grado, sul presupposto che il convenuto aveva provato il fatto estintivo della pretesa;
- l'appello dell'attore venne rigettato, sul presupposto che non aveva copiato e riprodotto i documenti (prodotti in primo grado dall'appellato contumace) sui quali il giudice di primo grado aveva fondato la propria decisione di rigetto.

Il caso oggi all'esame della S.C. ha quindi ad oggetto una vicenda in cui appellante è l'attore, ed i documenti da questi non prodotti in appello erano favorevoli al convenuto-appellato.

Mai, tuttavia, la S.C. era stata chiamata a decidere una vicenda analoga, in quanto nei casi precedenti l'appello era stato proposto dal convenuto soccombente (non dall'attore soccombente); ovvero, pur essendo stato proposto dall'attore, questi aveva mancato di produrre documenti favorevoli allo stesso appellante, e non documenti favorevoli all'appellato.

La tabella che segue dà conto di quanto appena esposto:

Tabella I

Le fattispecie decise dall'orientamento restrittivo

Sentenza	Appellante	Il documento non riprodotto era favorevole a	Giudice di merito	Cassazione
26260/11	convenuto in I grado	attore in I grado	Accoglie appello	Cassa
6018/11	convenuto in I grado	attore in I grado	Accoglie appello	Cassa
25354/10	attore in I grado (opposto nel giudizio di opp. a d.i.)	attore in I grado	Rigetta appello	Conferma ⁵
19004/10	convenuto in I grado	convenuto in I grado	Rigetta appello	Conferma
14205/09	convenuto in I grado	attore in I grado	Accoglie appello	Cassa
20442/08	attore in I grado	attore in I grado	Rigetta appello	Conferma
4764/08	convenuto in I grado	convenuto in I grado	Rigetta appello	Conferma
18205/07	attore in I grado	attore in I grado	Rigetta appello	Conferma
15660/07	attore in I grado	convenuto in I grado	Accoglie appello	Cassa ⁶
13387/07	convenuto in I grado	convenuto in I grado	Rigetta appello ⁷	Conferma

Come si vede, solo nel caso deciso da Cass. 15660/07 appellante era l'attore, e non aveva prodotto documenti favorevoli all'appellato: ma quel caso non costituisce un precedente rispetto a quello qui in esame, perché lì il giudice d'appello aveva ritenuto inutilizzabile un documento che invece, secondo la S.C., si doveva ritenere ritualmente prodotto.

⁵ Dunque l'onere della prova in appello è rimasto invariato.

⁶ La sentenza tuttavia ha cassato la decisione di merito in base al rilievo che il documento, non riprodotto dall'appellante e che sarebbe stato decisivo per il rigetto dell'appello, era in realtà comunque acquisito agli atti.

⁷ Il documento non riprodotto era inteso a dimostrare, per l'esattezza, una eccezione di giudicato.

7. La dottrina.

7.1. La dottrina successiva a Cass. sez. un. 28498/05 ha assunto atteggiamenti non uniformi nel valutare tale sentenza.

7.2. Un primo gruppo di opinioni ha adottato toni molto critici nei confronti della sentenza delle Sezioni Unite. Tali critiche possono così riassumersi:

(a) la circostanza che l'appello abbia assunto le caratteristiche di una *revisio prioris instantiae* non ne ha mutato la natura di un giudizio avente ad oggetto il rapporto sostanziale, e non la sentenza di primo grado: da ciò la conseguenza che nel giudizio d'appello non può mutare il criterio di riparto dell'onere della prova;

(b) se il giudice di primo grado ritiene dimostrato il fatto costitutivo della domanda attorea sulla base di un documento prodotto dall'attore, e l'appellante contesta tale valutazione, la produzione in giudizio del suddetto documento da parte dell'appellante è superflua, tutte le volte in cui il contenuto di esso risulti dalla sentenza stessa;

(c) se davvero fosse onere dell'appellante provare i fatti costitutivi dell'appello, e quindi produrre i documenti rimasti nel fascicolo dell'appellato contumace, si perverrebbe a risultati paradossali (ad es., nel giudizio di risarcimento del danno, una volta accolta la domanda attorea, sarebbe onere del convenuto appellante provare l'inesistenza del nesso causale, e non dell'attore appellato provarne l'esistenza);

(d) la sentenza delle Sezioni Unite ha avuto l'effetto di trasformare le sentenze di primo grado in una presunzione *iuris tantum* di esistenza dei fatti costitutivi della domanda o delle eccezioni in esse ritenuti provati, e di introdurre il conseguente onere a carico dell'appellante di vincere tali presunzioni (per tutti questi rilievi Balena, Oriani, Proto Pisani e Rascio, in Foro it., 2006, I, 1436, **all.to 17**);

(e) la decisione delle Sezioni Unite ha "enfaticizzato" il requisito della specificità dei motivi d'appello, di cui all'art. 342 c.p.c.;

(f) la decisione delle Sezioni Unite ha di fatto introdotto un vaglio preliminare sull'ammissibilità dell'appello, rappresentato dall'allegazione dei documenti che consentano al giudice di vagliare la fondatezza delle doglianze con esso proposte (per questi rilievi si veda Ronco, *Appello e mancata (ri)produzione di un documento già prodotto in primo grado: onere della prova sulla fondatezza del motivo di gravame od onere della prova sulla fondatezza della domanda devoluta al giudice dell'impugnazione?*, in Giur. it., 2007, 675, **all.to 18**).

7.3. Altri autori hanno adottato un atteggiamento più sfumato, ritenendo condivisibile la sentenza delle Sezioni Unite nella parte in cui ha qualificato l'appello come *revisio prioris instantiae*, ed addossato all'appellante l'onere di provare la fondatezza delle sue doglianze.

Hanno, tuttavia, ritenuto non condivisibile la sentenza suddetta nella parte in cui ha addossato all'appellante l'onere di ri-produrre i documenti prodotti in primo grado dall'appellato contumace, per due motivi:

- sia perché in tal modo si trasformerebbe una facoltà (la facoltà di estrarre copia dei documenti prodotti *ex adverso*, ex art. 76 disp. att. c.p.c.) in un onere;
- sia perché all'appellante per assolvere il proprio onere probatorio basterebbe semplicemente "richiamare" i documenti prodotti *ex adverso* in primo grado, mentre è un potere-dovere del giudice disporre la ricostruzione se manchino, ovvero ordinarne l'esibizione al contumace (Parisi, *Oggetto dell'appello, onere della prova e principio di acquisizione processuale al vaglio delle sezioni unite*, in *Corriere giur.*, 2006, 1086, **all.to 19**).

7.3. Una terza opinione dottrinarica, infine, si è mostrata completamente favorevole alla decisione delle Sezioni Unite. Questa opinione si fonda sull'assunto secondo cui tra il giudizio di cassazione e quello d'appello non esisterebbero sostanziali diversità strutturali: anche il giudizio d'appello, infatti, come quello di legittimità, consiste innanzitutto "*in un preliminare controllo di esistenza del vizio denunciato con il motivo, con successivo riesame, in caso di esistenza del vizio, e pronuncia sostitutiva sulla questione*". Da qui, la conclusione che gli orientamenti i quali continuano a qualificare l'appello come *gravame* non sono ormai più compatibili col diritto processuale vigente, e che di conseguenza anche il riparto dell'onere della prova in appello non possa non risentire del mutato quadro normativo (Poli, *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1398, ma specialmente 1405 e ss., **all.to 20**; la stessa soluzione venne invocata, prima dell'intervento delle SS.UU., da Chiarloni, *Documenti favorevoli al vincitore non (ri)prodotti in secondo grado e convincimento del giudice: alcune spiacevoli conseguenze ascrivibili all'imperfetta attuazione del principio di acquisizione processuale per le prove preconstituite*, in *Giur. it.*, 2003, 255. **all.to 21**).

8. Osservazioni conclusive.

8.1. Il primo problema che il presente giudizio porrà alle SS.UU. è stabilire se la decisione di Cass. sez. un. 28498/05 costituisca davvero un precedente rispetto alla fattispecie oggi in esame. Si è visto infatti che in quella sentenza aveva ad oggetto un caso in cui l'appello era stato proposto dal convenuto soccombente, mentre nell'odierno giudizio l'appello è stato proposto dall'attore soccombente (*supra*, § 2.2).

8.2. Quanto al merito della questione, è indubbio che l'orientamento secondo cui l'appellante avrebbe l'onere di produrre in appello i documenti depositati in primo grado dall'appellato contumace, necessari per la decisione del gravame, *quand'anche favorevoli all'appellato*, non sembra avere riscosso molti successi: esso era del tutto minoritario prima dell'intervento delle Sezioni Unite (cfr. Relazione dell'Ufficio Massimario n. 37/2005, **all.to 1**), e lo è rimasto anche dopo (*supra*, § 6.2.1).

Esso, inoltre, ha suscitato le perplessità di insigni processualisti (*supra*, §§ 7.2 e 7.3).

Le ragioni di questa idiosincrasia verso la tesi sposata dalle Sezioni Unite, ad avviso di chi scrive, possono essere molteplici.

8.2.1. In primo luogo, Cass. 28498/05 sembra avere sovrapposto la *prova del fatto costitutivo della pretesa* a quella del *fondamento giuridico del gravame*.

Quando si afferma che l'appello è divenuto una *revisio prioris instantiae*, e da ciò si fa discendere la necessità per l'appellante di dimostrare i fatti posti a fondamento dell'appello, sembra si obliteri che la domanda (o l'eccezione) ha necessariamente un fatto costitutivo, l'appello no. Chi si duole in appello di un errore di diritto, di una erronea valutazione delle prove, di una nullità processuale, a fondamento della propria pretesa alla riforma della sentenza di primo grado non pone un *fatto*, ma un *giudizio su un fatto*.

Ne è un esempio proprio la vicenda oggi all'esame delle SS.UU.: l'appellante aveva allegato che il giudice di primo grado avesse male valutato i documenti prodotti dal convenuto, attribuendo efficacia probatoria ad atti che ne erano privi. Rispetto a questa allegazione il documento non è un *fatto costitutivo* della domanda proposta col gravame, se non in modo indiretto e mediato: "fatto costitutivo" dell'appello era, semmai, l'attività di giudizio compiuta dal primo giudice. Per rendersene conto basterà riflettere che il diritto dell'avente diritto alla prestazione previdenziale scaturisce *ex art. 1173 c.c.* dal possesso dei requisiti di legge, non certo dai documenti contabili interni dell'ente previdenziale dai quali risulti l'avvenuto pagamento. Questi ultimi, pertanto, mai potrebbero costituire il "fatto" costitutivo della domanda di pagamento delle prestazioni previdenziali.

Se dunque si ammette sussistere una differenza ontologica tra il fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione (un atto, un fatto, una manifestazione di volontà, un evento naturale: insomma, una *epifania* del mondo reale) ed il fatto costitutivo della censura fatta valere con l'appello (che è una critica ad un giudizio, non ad una epifania del mondo reale) non potranno essere equiparate le posizioni di chi in giudizio non prova il primo e di chi non prova il secondo.

8.2.2. In secondo luogo, v'è da considerare che di norma l'appellante non può mai sapere, al momento della costituzione in giudizio, se l'appellato si costituirà o meno.

Egli pertanto, a seguire alla lettera l'orientamento di Cass. sez. un. 29498/05, dovrebbe sempre e comunque estrarre copia di tutti i documenti depositati da controparte, *ex art. 76 disp. att. c.p.c.*, e produrli con l'atto d'appello: così trasformando quella che è una semplice facoltà in un vero e proprio obbligo, o quanto meno onere.

8.2.3. In terzo luogo, la sentenza delle Sezioni Unite del 2005 sembra difficilmente conciliabile col principio, divenuto *ius receptum* nella giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni, di riparto dell'onere della prova in base al principio della "vicinanza alla prova".

Se, infatti, si addossa all'appellante l'onere di provare il fatto costitutivo della censura, e per tale si intende anche la prova precostituita che si assume male valutata dal giudice di primo grado, si perverrebbe al capovolgimento del suddetto principio di vicinanza.

Si consideri, ad esempio, una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento: secondo Cass. sez. un. 13533/01, come noto, l'attore in tale giudizio ha l'onere di provare solo l'esistenza e l'efficacia del contratto, ma non la colpa dell'inadempiente, la quale si presume *ex art. 1218 c.c.* In un simile giudizio, se la domanda venisse rigettata e l'attore proponesse appello allegando che il giudice di primo grado erroneamente ha ritenuto sussistente l'adempimento del convenuto, egli dovrebbe farsi carico di provare l'inadempimento: e così, ad esempio, di non avere ricevuto il pagamento, di non avere ricevuto una prestazione sanitaria eseguita a regola d'arte, di non essere stato garantito dal fideiussore. In tal modo si introdurrebbe in appello un autentico principio di "lontananza dalla prova", in virtù del quale l'onere probatorio finirebbe per ricadere sulla parte meno in grado di assolverlo.

(Red. Marco Rossetti)

Il direttore aggiunto
(Ulpiano Morcavallo)