

Fascicolo di parte - ritiro - diritto - mancata restituzione - conseguenze

Le parti non hanno la libera disponibilità del fascicolo di parte contenente l'incartamento acquisito al processo cosicché la mancata restituzione degli atti, ritirati ai sensi dell'art. 169 c.p.c., costituisce violazione delle regole del giusto processo e legittima, da un lato, il potere del giudice di rimettere la causa sul ruolo per disporre l'acquisizione; dall'altro, di decidere in senso sfavorevole alla parte che ha ritirato il fascicolo ove questo contenesse i documenti che, anche in parte, rappresentassero i fatti costitutivi della domanda.

Ha valore, quindi, l'insegnamento della giurisprudenza ove afferma che il giudice non può sostituirsi ad un onere della parte, cioè restituire il fascicolo, laddove, per l'appunto, l'attività di acquisizione del fascicolo abbia finalità "salvifiche" di eventuali carenze che comporterebbero il rigetto della domanda della parte che non ha reso il proprio fascicolo. Non può trovare seguito, invece, ove la rimessione della causa sul ruolo persegua il diverso fine di ristabilire la piattaforma probatoria nell'interesse dell'altra parte e costituisca risposta alla violazione dell'onere imposto dalla Legge a salvaguardia del principio di irretrattabilità delle prove acquisite.

(Fonte: [Altalex Massimario 27/2009](#). Si ringrazia [Giuseppe Buffone](#))

Tribunale di Catanzaro

Sezione I Civile

Ordinanza 5 aprile 2009

Osserva

Esaurita la fase istruttoria, le parti sono state invitate a precisare le conclusioni all'udienza del 27 ottobre 2008. Il Giudice ha, dunque, trattenuto la causa in decisione.

Le parti hanno depositato i rispettivi scritti difensivi conclusionali ai sensi dell'art. 190 cod. proc. civ., previo ritiro dei rispettivi fascicoli. La difesa della ditta E, successivamente al prelievo, non ha restituito il fascicolo di parte, già ritirato ai sensi dell'art. 169, comma II, c.p.c. Vi è prova certa in ordine all'effettivo ritiro del fascicolo (da parte della opposta) avendone fatto annotazione il cancelliere a margine del verbale di udienza del 27 ottobre 2008 (le parti hanno prelevato i propri incartamenti, rispettivamente in data 27.10.2008 e 15.12.2008).

Reputa questo giudice che la causa debba essere rimessa sul ruolo per l'acquisizione del fascicolo di parte non restituito.

1. L'articolato richiamato (art. 169 cod. proc. civ.) prevede la facoltà, per ciascuna parte, di ritirare il fascicolo all'atto della precisazione delle conclusioni, ma prescrive, anche, che questo debba "restituirlo al più tardi al momento del deposito della comparsa conclusionale".

L'omessa restituzione del fascicolo di parte non esonera il giudice dal dovere di pronunciare sulle domande (Cass. ci. 6 luglio 2004 n. 12317), poiché le stesse non si intendono rinunciate (Cass. civ. Cass. civ. 30 luglio 1958 n. 2790). Non vi è, però,

convergenza di opinioni quanto al «significato giuridico» da attribuire al comportamento in esame. Secondo un certo insegnamento della Suprema Corte, il ritiro del fascicolo corrisponderebbe ad un comportamento del tutto legittimo, che determina unicamente il dovere del giudice di decidere allo stato degli atti avendo la parte manifestato l'interesse a non avvalersi dei documenti versati nel fascicolo di parte non restituito. La controparte, per conto suo, troverebbe comunque tutela nella facoltà, da esercitare a mezzo del cancelliere, di potere, durante il procedimento, estrarre copia degli atti dell'avversario da far confluire, volendo, negli atti di causa.

Altre decisioni affermano che il mancato rinvenimento del fascicolo costituirebbe addirittura una libera scelta della parte, cosicché il giudice non potrebbe, provata la volontarietà della condotta, disporre ricerche per l'incartamento o disporre la ricostruzione.

Di altro avviso quella parte della Dottrina che considera la violazione dell'art. 169, comma II, c.p.c. come comportamento «contrario al dovere di lealtà e probità, dal quale il giudice può trarre argomenti di prova a norma dell'art. 116, comma II, c.p.c.». La tesi ha trovato un autorevole avallo, seppur in via di obiter dictum, anche da un arresto delle SS.UU. (di cui si dirà). La tesi conclude sostenendo che Ssarebbe, quindi, sempre consentita una attività di ricostruzione o ricerca del fascicolo.

Quanto allo specifico caso in esame, la giurisprudenza ha affermato che, nel giudizio di primo grado di opposizione a decreto ingiuntivo, il mancato (o tardivo) deposito del fascicolo di parte nel termine di cui all'art. 169 co. 2 cod. proc. civ. comporta che la decisione deve essere assunta dal giudice prescindendo dai documenti contenuti nel fascicolo (Cass. civ., Sez. III, 15 marzo 2006, n.5681). Se, poi, al momento della decisione della causa risulti la mancanza di taluni atti da un fascicolo di parte, il giudice "è tenuto a disporre la ricerca o, eventualmente, la ricostruzione solo se sussistano elementi per ritenere che tale mancanza sia involontaria, ovvero dipenda da smarrimento o sottrazione" (Cass. civ., sez. III, 3 luglio 2008, n. 18237), circostanza che nel caso di specie, non sussiste. E', infatti, "certamente onere della parte produrre il fascicolo previsto dagli artt. 72 e 74 disp. att. c.p.c., ed è altresì onere della parte farne di nuovo il deposito dopo il ritiro ex art. 169 c.p.c., comma 2. Da ciò discende che il giudice non può, sostituendosi alla parte, rimettere la causa sul ruolo per acquisire il fascicolo mancante, ma deve invece decidere allo stato degli atti" (Cassazione civile, sez. III, 9 maggio 2007, n. 10566).

A parere di questo Tribunale - in questa opera di ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali formati attorno all'art. 169 c.p.c. - non può prescindersi dalle ricche argomentazioni fornite *sedes materiae* dall'arresto nomofilattico Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498.

Il Collegio, nella massima composizione, riconosce come tra i principi caratterizzanti del nostro sistema processuale, vi sia, per comune riconoscimento, annoverato quello di "acquisizione" delle prove, il quale implica che un elemento probatorio, una volta introdotto nel processo, sia definitivamente acquisito alla causa e non possa più esserle sottratto. In virtù di tale principio - che trova positivo riscontro in alcune norme del codice di rito (come ad es. l'art. 245, secondo comma, c.p.c.) e al quale il riconoscimento, a livello costituzionale, del principio del giusto processo, ha offerto un più pregnante fondamento - le risultanze istruttorie, comunque ottenute e quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale si siano formate, concorrono tutte alla formazione del convincimento del giudice (Cass. 19 aprile 2000, n. 5126, 2 febbraio 2001, n. 1505, 10 agosto 2004, n. 15408), dovendosi escludere che la dimostrazione dei fatti posti dalle parti a fondamento

delle rispettive deduzioni debba essere ricavata solo dalle prove offerte di quella gravata del relativo onere probatorio secondo i principi dettati dall'art. 2697 c.c. (Cass. 16 giugno 1998, n. 5980; 3 ottobre 2000, n. 13068; 24 gennaio 2003, n. 1112). “*Se la facoltà di ritiro del fascicolo di parte è intesa con eccessiva larghezza il principio in esame rischia di essere svuotato di ogni effettiva portata, poiché la mancata restituzione del fascicolo, in violazione dei doveri di lealtà e di probità sanciti dall'art. 88 c.p.c., potrebbe porre la controparte nell'impossibilità di fornire quelle prove che in precedenza, alla stregua delle risultanze desumibili dal fascicolo avversario, dovevano ritenersi superflue. L'imposizione, a carico della parte che nel corso del processo chieda il ritiro del proprio fascicolo, dell'onere di depositare copia dei documenti probatori che in esso siano inseriti consente di far salva la piena attuazione del principio di acquisizione delle prove. E non può dirsi del tutto estranea al contenuto dell'art. 169 c.p.c. che, sia pure in modo scarsamente efficace, pone alcuni limiti all'esercizio della facoltà di ritiro del fascicolo di parte*”. La giurisprudenza, del resto, ha già provveduto ad integrare parzialmente il lacunoso dettato legislativo affermando, in assenza di ogni previsione normativa, la necessità di formalità certificative anche per il ritiro del fascicolo dopo la chiusura dell'istruzione (Cass. 19 luglio 1963, n. 1978; 15 novembre 1976, n. 4236).

1.1 Se questo è il panorama delle opinioni allo stato vigenti, secondo questo giudice va condiviso l'indirizzo “intermedio” alla luce del quale occorre dare una lettura “restrittiva” dell'art. 169 c.p.c. da contestualizzare nell'orbita del giusto processo, come disegnato dalla Costituzione.

Se il fascicolo di parte fosse nella totale disponibilità della parte, al punto da potere liberamente “scegliere” di non depositarlo, alcune disposizioni verrebbero svuotate di contenuto: *in primis*, la stessa norma ex art. 169, comma II, c.p.c. che prevede un esplicito comportamento “imposto” a contenuto positivo (onere della restituzione del fascicolo); *in secundis*, gli artt. 76 e 77 delle disp. att. del c.p.c. che tipizzano, descrivendoli, i “poteri” delle parti sui fascicoli; ancora più puntualmente il combinato disposto degli artt. 169, comma II c.p.c. e 77, comma II, disp. att. c.p.c. che danno per “implicita” la restituzione del fascicolo di parte una volta che sia stato ritirato.

Vi sarebbe, poi, una contraddizione in termini: se sussistesse, davvero, un “diritto” della parte a non restituire il fascicolo, non sarebbe configurabile, in termini logico-giuridici, un “onere” di restituzione che, però, è espressamente tipizzato dall'art. 169, comma II, c.p.c. Tutt'al più, al contrario, si potrebbe, oggi, verificare se, invece, non si tratti addirittura di un “obbligo”, posto che, la rinnovata attenzione della Suprema Corte verso il giusto processo ha indotto, *re melius perpensa*, a riqualificare diverse situazioni giuridiche soggettive, in passato tradizionalmente inquadrate negli oneri ed oggi confluite negli obblighi e nei doveri.

La tesi della libera disponibilità del fascicolo di parte vulnera, anche, uno dei massimi principi affermati dalla Autorevole Dottrina ove segnala che “i risultati delle attività processuali ed in particolare dell'attività istruttoria sono comuni tra le parti”.

Sotto un altro punto di vista, la tesi si pone, anche, in contrasto con il principio di acquisizione *sub specie* di cd. irretrattabilità della prova acquisita al processo. In altre parole, una volta che sia stato legittimamente introdotto da una parte nel processo, un mezzo di prova non può più essere sottratto unilateralmente alla valutazione del giudice. Inteso in questo senso il principio di acquisizione delimita correttamente la vigenza nel nostro ordinamento del c.d. principio dispositivo istruttorio.

Ultima osservazione riguarda, anche, una lettura assiologica dell'art. 169 c.p.c. Nel sistema delineato dal codice e corretto dal legislatore della novella del 1950 si rinviene solo una facoltà di ritiro temporaneo del fascicolo di carattere strettamente pratico che rende più agevole alle parti la preparazione delle proprie difese tecniche. Ed, allora, non vi è alcuno spazio per un ritiro volontario delle prove precostituite.

Si spiega, dunque, perché la dottrina critichi la giurisprudenza maggioritaria definita «sorda ad evidenti esigenze di "serietà" processuale» laddove consente alle parti di ritirare e di non ridepositare i propri documenti, ricollegando a tale attività la semplice, e consentita, manifestazione della volontà di non servirsi più delle prove inizialmente prodotte. La dottrina, ancora, avverte che le conseguenze di tale orientamento diventano poi paradossali con riguardo al giudizio di appello, ove la contumacia dell'appellato impedisce di fatto l'acquisizione del fascicolo di parte di primo grado, conducendo a soluzioni diametralmente opposte a seconda che il giudice investito dall'impugnazione ritenga preponderante la configurazione del giudizio di appello come *novum iudicium* o come *revisio prioris instantiae*.

Concludendo, deve affermarsi che le parti non hanno la libera disponibilità del fascicolo di parte contenente l'incartamento acquisito al processo cosicché la mancata restituzione degli atti, ritirati ai sensi dell'art. 169 c.p.c., costituisce violazione delle regole del giusto processo e legittima, da un lato, il potere del giudice di rimettere la causa sul ruolo per disporre l'acquisizione; dall'altro, di decidere in senso sfavorevole alla parte che ha ritirato il fascicolo ove questo contenesse i documenti che, anche in parte, rappresentassero i fatti costitutivi della domanda.

Ha valore, quindi, l'insegnamento della giurisprudenza – ove afferma che il giudice non può sostituirsi ad un onere della parte, cioè restituire il fascicolo – laddove, per l'appunto, l'attività di acquisizione del fascicolo abbia finalità “salvifiche” di eventuali carenze che comporterebbero il rigetto della domanda della parte che non ha reso il proprio fascicolo. Non può trovare seguito, invece, ove la rimessione della causa sul ruolo persegua il diverso fine di ristabilire la piattaforma probatoria nell'interesse dell'altra parte e costituisca risposta alla violazione dell'onere imposto dalla Legge a salvaguardia del principio di irretrattabilità delle prove acquisite.

Salva ogni decisione nel merito, si rende, dunque, necessaria la rimessione della causa sul ruolo al fine di acquisire il fascicolo di parte della E s.r.l..

P.Q.M.

Il Tribunale di Catanzaro, sezione I civile, in persona del Giudice monocratico dott. Alberto Nicola Filardo:

- 1. Rimette sul ruolo la causa civile iscritta al n. R.G.A.C. dell'anno 2004, avente ad oggetto opposizione al decreto ingiuntivo n. ... del 25 agosto 2004;**
- 2. Ordina alla E s.r.l., come rappresentata e difesa, di restituire il fascicolo di parte, prelevato ai sensi dell'art. 169 cod. proc. civ.**
- 3. Fissa, per la comparizione delle parti e per l'espletamento dell'incombente, l'udienza in data 8 giugno 2009**

Si comunichi.

Catanzaro li 5 aprile 2009

II GIUDICE

Dott. Alberto Nicola Filardo