

## L'INDISPENSABILITÀ DELLE PROVE NEL RITO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *revirement* della giurisprudenza di legittimità sui «nuovi mezzi di prova» e sulla produzione di «nuovi documenti» in sede di gravame. – 3. La difficile individuazione del significato di «indispensabilità» dei *nova* in appello. – 4. La «indispensabilità» dei *nova* tra clausola generale (...). – 5. (...) e *standards* normativi. – 6. Il potere del giudice nell'ammissione in appello delle prove «indispensabili»: limiti e controlli. – 7. La l. n. 134/2012: i *nova* in appello nel rito del lavoro e nel procedimento sommario di cognizione. – 8. Considerazioni conclusive.

1. – La disciplina limitativa dei nuovi mezzi di prova in appello è dovuta alla l. 26 novembre 1990, n. 353, che nel novellare l'art. 345, comma 3°, c.p.c., ha preso come riferimento il disposto dell'art. 437, comma 2°, c.p.c. (1). Le due disposizioni codicistiche sono risultate così formulate in modo simile sicché sia nel rito ordinario che in quello del lavoro non sono stati ritenuti ammissibili «nuovi mezzi di prova» salvo che l'organo giudicante non li avesse reputati «indispensabili» ai fini della decisione; requisito però quest'ultimo venuto meno, per il solo rito ordinario, a partire dalla entrata in vigore della l. 7 agosto 2012, n. 134 (2).

Restano però tuttora alcune – anche significative – differenze tra i due riti, spiegabili in ragione soprattutto della nota accentuazione dei poteri officiosi riconosciuti al giudice del lavoro (3).

---

(1) Per i primi commenti sull'art. 437, comma 2°, c.p.c., oggetto della l. 11 agosto 1973, n. 533 v. C.M. Barone, *L'udienza di discussione*, in *Le controversie in materia di lavoro*, a cura di A. Proto Pisani, G. Pezzano, C.M. Barone e V. Andrioli, Bologna 1974, 427 ss., che ricorda tra l'altro come la suddetta disposizione si discostasse notevolmente dall'art. 345 c.p.c., nel testo modificato con l'art. 25 d. pres. 5 maggio 1948, n. 483, ripristinando il divieto dello *ius novorum* in appello (contenuto nel testo originario del medesimo art. 345 c.p.c.) con la conseguente inammissibilità nella fase d'appello delle cause a rito speciale di nuove domande e nuove eccezione, e l'ammissibilità invece di quei soli nuovi mezzi di prova ritenuti dal collegio, anche d'ufficio, indispensabili ai fini della decisione (salva la facoltà del giudice di disporre giuramento estimatorio e delle parti di deferire giuramento decisorio in qualsiasi momento della causa).

(2) La l. n. 134/2012 di conversione, con modificazioni, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese, è entrata in vigore il 18 agosto 2012.

(3) Cfr. al riguardo: A. Mengali, *I nuovi mezzi di prova*, in *Le impugnazioni civili*, a cura di F.P. Luiso e R. Vaccarella, Torino 2013, 257.

Il divieto alla produzione di nuovi mezzi di prova in sede di gravame ha avuto origine con la l. 11 agosto 1973, n. 533, che si è discostata dall'assetto all'epoca vigente per il processo ordinario di cognizione (4), scegliendo la configurazione del giudizio di appello in termini di *revisio prioris instantiae*, piuttosto che di nuovo giudizio in coerenza del resto con le rigidissime preclusioni imposte alle parti sin dalla redazione degli atti introduttivi del processo. Non sorprende, pertanto, che successivamente, con la già ricordata novella del 1990, siano state estese anche al rito ordinario, come detto, preclusioni più rigide per l'esercizio dei poteri processuali delle parti, riconfigurandosi pure in tale rito l'appello come revisione del giudizio di primo grado, ed estendendosi in sede di gravame il divieto di proporre nuove domande e nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio e, per quel che interessa maggiormente in questa sede, nuovi mezzi di prova (5).

2. – È stato in dottrina affermato che in linea di principio deve considerarsi nuova una prova avente ad oggetto un fatto che sia evidenziato ovvero allegato per la prima volta in appello nonché una prova connessa ad un fatto allegato in precedenza ove si chieda di dimostrare lo stesso in sede di gravame attraverso un mezzo istruttorio differente. Non sono invece nuove le prove già richieste, seppure non ammesse nel giudizio di prime cure (6).

Sia in dottrina che in giurisprudenza è stato inoltre più volte ribadito che non possono essere articolati in appello come nuovi mezzi istruttori né le prove dichia-

---

(4) Così R. Giordano, *Nuovi documenti in appello*, in *Il nuovo processo civile*, a cura di R. Giordano e A. Lombardi, Roma 2009, 381 s., spec. nt. 3, che rimarca come all'epoca, all'interno del giudizio di cognizione ordinaria, fosse ammessa la produzione di nuovi documenti e la richiesta di assumere prove c.d. costituende lungo tutto l'arco del processo di primo grado, ed anche in appello sino al momento delle rimessione della causa al Collegio.

(5) Cfr. ancora in tali sensi R. Giordano, *op. ult. cit.*, 381 ss. cui *adde*, in generale sui *nova* in appello con specifico riferimento al rito del lavoro, L. Fraioli, B. Brattoli, *Il giudizio di appello*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. IX, *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di A. Vallebona, 459 ss.

(6) Per tale opinione cfr. R. Giordano, *op. loc. ult. cit.*, spec. nt. 2, che richiama al riguardo E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, Milano 2000, 307, nonché F.P. Luiso, *Il processo del lavoro*, Torino 1992, 293 s. Il requisito della novità non opera però per i mezzi istruttori disponibili d'ufficio, né pertanto per il giuramento decisorio e per quello suppletorio *ex art.* 2736, n. 2, c.c., la cui ammissione la parte può unicamente sollecitare (Cass. 25 novembre 1996, n. 10441). In argomento cfr. la sempre attuale monografia di G. Ruffini, *La prova nel giudizio di appello*, Padova 1997, anche per un'efficace confutazione del principio di «necessaria» novità della prova in appello cui *adde*, in giurisprudenza, Cass., sez. un., 10 luglio 2015, n. 14475, secondo cui nel giudizio monitorio – nella vigenza del disposto dell'art. 345, comma 3°, c.p.c. (nel testo introdotto dall'art. 52 l. 26 novembre 1990, n. 353) – non possono reputarsi nuovi, e quindi devono ritenersi ammissibili i documenti allegati all'atto di appello avverso la sentenza di primo grado, pure nel caso in cui detti documenti, allegati alla richiesta del decreto e rimasti a disposizione della controparte *ex art.* 638, comma 3°, c.p.c., non siano stati prodotti nuovamente nella fase di opposizione.

rate inammissibili perché dedotte in modo difforme dalla legge né quelle dall'assunzione delle quali il richiedente sia decaduto a seguito di vicende del giudizio di primo grado (7).

La giurisprudenza di legittimità ha per lungo tempo ribadito che sia nel rito ordinario che in quello del lavoro il divieto alla produzione di nuovi mezzi di prova in sede di gravame mentre vigeva – ai sensi dell'art. 345, comma 3°, c.p.c. (8) e dell'art. 437, comma 2°, c.p.c. – per le «prove costituenti» non poteva trovare invece applicazione per le «prove costituite», come quelle documentali, perché la produzione delle stesse non allungava la durata del processo né comprometteva il principio di economia processuale, che il suddetto divieto intendeva invece preservare. La produzione di nuovi documenti si riteneva, infatti, che non ritardasse lo svolgimento dell'attività processuale, a differenza di ciò che accadeva con l'assunzione delle c.d. prove costituenti (come le prove orali: prove testimoniali, confessione, giuramento, ecc.), comportanti di contro l'allungamento dei tempi del processo (9).

Con due sentenze coeve delle Sezioni Unite del 2005 (10), l'indicato indirizzo maggioritario sui *nova*, già disatteso da alcune pronunce (11), è stato ribaltato,

---

(7) V. per tutti: C.M. Barone, *op. cit.*, 436 s.; S. Costa, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino 1959, 461, il quale precisa che la novità è nella deduzione nel senso che si tratti di prove la cui deduzione non era ancora stata fatta e non invece di quelle prove già dedotte e non ammesse; ed in tempi recenti: C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, Torino 2011, 495, secondo cui la novità della prova è contraddistinta dalla mancata sua richiesta in primo grado. In giurisprudenza, per la statuizione che non possono considerarsi nuove le prove se la parte è incorsa nella decadenza relativa alla formulazione delle necessarie istanze istruttorie in primo grado, v. Cass. 23 dicembre 2010, n. 26009; Cass. 1° giugno 2004, n. 10487.

(8) Articolo questo sostituito dapprima dalla l. 26 novembre 1990, n. 353, modificato poi dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, ed infine dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

(9) Cfr. *ex plurimis* Cass. 26 agosto 2004, n. 16995, in *Giust. civ.* 2005, I, 1547; Cass. 22 gennaio 2004, n. 1048, in *Foro it.* 2004, I, 1785; Cass. 29 aprile 2004, n. 823; Cass. 5 maggio 2003, n. 6756.

(10) Le sentenze di Cass. 20 giugno 2005, n. 8202 sul rito del lavoro e di Cass. 20 giugno 2005, n. 8203 sul rito ordinario, si leggono in *Foro it.* 2005, I, 1690 ss. con note di D. Dalfino, *Limiti all'ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto in giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario)*, di C.M. Barone, *Nuovi documenti in appello. È tutto chiarito?* e di A. Proto Pisani, *Nuove prove in appello e funzione del processo*.

(11) Cfr. al riguardo Cass. 20 gennaio 2003, n. 775 – pubblicata in *Corriere giur.* 2003, 913, con nota di G. Ruffini, *Nuove produzioni documentali in appello e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario ed in quello del lavoro*; in *Foro it.* 2003, I, 3262, con nota di D. Dalfino, *Rito del lavoro e limiti di ammissibilità di documenti nuovi*, secondo cui la decadenza del diritto di produrre i documenti – anche se non dichiarata dal giudice di primo grado – fa escludere che possano essere prodotti in appello in quanto essi non si sottraggono al divieto di «nuovi mezzi di prova», stabilito dall'art. 437, comma 2°, c.p.c. In precedenza, al fine di rendere rigoroso il sistema delle preclusioni, v. Cass. 1° ottobre 2002, n. 14110, in *Dir. lav.* 2002, II, 390, con nota di C. Marcelli, *Produzione tardiva di documenti nel rito del lavoro*, secondo cui nel rito del lavoro la possibilità

componendosi così il contrasto che si era creato. Si è, dunque, con tale *revirement* inteso perseguire il principio di «ragionevole durata del processo» (art. 111, comma 2°, Cost.), in logica e coerente consequenzialità dell'individuazione del limite temporale per produrre i documenti negli atti introduttivi del giudizio di primo grado per il rito ordinario (artt. 163 e 166 c.p.c.), e per quello ordinario (artt. 414 e 416 c.p.c.). Dal che ne è derivata l'estesa riduzione degli spazi di acquisizione in sede di gravame di nuovi mezzi istruttori come richiede un giudizio articolato in una *revisio prioris instantiae*, sicché le prove documentali, per quanto riguarda il rito ordinario in sede di gravame, ora possono essere acquisite solo se la parte dimostri di non averle potuto produrre nel giudizio di primo grado per una causa ad essa non imputabile (art. 345, comma 3°, c.p.c.) (12); e, per quanto attiene al rito del lavoro, la loro acquisizione al processo è ammessa se giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria difensiva (ad es. a seguito di riconvenzionale o di intervento o di chiamata in causa del terzo) (13).

I principi del *revirement* giurisprudenziale – recepiti in sede legislativa con la novella del 2009 (14) – hanno, successivamente alla loro enunciazione, trovato compiuta applicazione in giurisprudenza anche nella statuizione volta ad ammettere in appello le nuove prove documentali sempre che le stesse vengano ritenute indispensabili ai fini della decisione della causa e nonostante l'avvenuto verificarsi di decadenze o preclusioni perché la regola dell'irreversibilità dell'estinzione del diritto alla produzione (scaturente dal mancato deposito dei documenti con gli atti iniziali della lite) subisce un'eccezione al fine di pervenire all'accertamento della verità materiale (15) anche attraverso, nel rito del lavoro, il potere-dovere del giu-

---

per la parte di produrre tardivamente, nel giudizio di primo grado, prove documentali presuppone *ex art. 420, comma 5°, c.p.c.* che si tratti (coerentemente con il disposto dell'art. 416, n. 3, c.p.c.) di documenti a sostegno di eccezioni o posizioni difensive tempestivamente dedotte, risultando «fuorviante invocare la nota ripartizione tra prove costituite e prove costituende», al fine di superare le preclusioni rigidamente indicate dalla citata norma del codice di rito.

(12) Cfr. sul punto: C. Mandrioli, *op. cit.*, 496, spec. nt. 46, che al riguardo parla di un'ulteriore utilizzazione della rimessione in termini imperniata sulla non imputabilità della ragione della decadenza, precisando anche che la stessa *ratio* avrebbe dovuto suggerire lo stesso rimedio (invece irragionevolmente escluso) anche per la proposizione di eccezioni non potute proporre in primo grado per ragioni non imputabili alla parte. In tema v. anche: R. Giordano, *op. cit.*, 397, ed ancora A. Mengali, *op. cit.*, 262, che osservano come l'inciso contenuto nell'art. 345 c.p.c. di cui si discute sia sempre apparso alla dottrina prevalente un'inutile ripetizione del più generale principio della rimessione in termine.

(13) Cfr. tra le altre: Cass. 25 giugno 2007, n. 14696; Cass. 21 dicembre 2006, n. 27286, in *Notiz. giur. lav.* 2007, 250.

(14) Cfr. al riguardo art. 46 l. 18 giugno 2009, n. 69 modificativo dell'art. 345, comma 3°, c.p.c., applicabile ai giudizi pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della suddetta legge.

(15) Rileva al riguardo in motivazione Cass., sez. un., 20 giugno 2005, n. 8202, cit. come la

dice di ammettere nuovi mezzi di prova stante la specifica natura dei diritti da tutelare (16).

3. – Le pronunzie delle Sezioni Unite esaminate, pur pervenendo nella materia dei *nova* all'enunciazione di principi poi trasfusi in disposizioni codicistiche, hanno lasciato però impregiudicato il tema della «indispensabilità» dei mezzi di prova sotto un duplice versante, con riferimento sia a quello generale dell'individuazione della loro portata ai fini dell'ammissibilità in appello, sia a quello più specifico conseguente al disposto dell'art. 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134) che ha traslato dal rito ordinario al procedimento sommario di cognizione la formula relativa all'ammissione in sede di gravame dei nuovi mezzi istruttori allorquando il collegio li ritenga «indispensabili ai fini della decisione» (17).

La necessità di definire ed individuare la natura e la portata del requisito della «indispensabilità» a seguito della parziale riforma dell'art. 345 c.p.c. – criticata da parte della dottrina perché la sua nuova formulazione segna il definitivo superamento dell'appello quale strumento per rimediare alle ingiustizie della senten-

---

decadenza produca la perdita, estinzione o consumazione di una facoltà processuale con esiti, solo di regola, irreversibili perché il solo strumento tecnico idoneo a rimuovere detti esiti è la c.d. restituzione o rimessione. In dottrina C. Mandrioli, *op. cit.*, 495 s., rileva che l'art. 345 c.p.c., dopo avere enunciato l'inammissibilità dei nuovi mezzi di prova, ad eccezione del giuramento decisorio, formula una riserva per l'ipotesi che il collegio li ritenga «indispensabili ai fini della decisione della causa», a prescindere dal fatto che la relativa richiesta fosse possibile anche in primo grado. Per l'assunto che il requisito dell'indispensabilità si traduca in una formula riassuntiva del dovere che grava sul giudice – per potere decidere il merito della lite – di acquisire alle risultanze processuali i mezzi di prova tempestivamente proposti dalle parti, ovvero disponibili d'ufficio, che appaiono rilevanti, ammissibili e necessari, e cioè non superflui cfr. G. Ruffini, *La prova nel giudizio*, cit., 280; Id., *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissioni di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3°, e 437, comma 2°, c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Corriere giur.* 2005, 929 ss., spec. 940 ss.; cfr. anche C. Cavallini *Le Sezioni Unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano*, *ivi*, 949 ss.

(16) Sull'esercizio ed i limiti dei poteri istruttori del giudice del lavoro cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761 in *Giust. civ.* 2002, I, 1245 cui *adde* Cass., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Foro it.* 2005, I, 1135, con nota di E. Fabiani, *Le Sezioni Unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*. In dottrina cfr. L. Montesano, R. Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli 1996, 190 ss.; G. Vidiri, *Poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.* 2010, II, 147 ss.

(17) Sull'impatto che la l. n. 134/2012 ha avuto sul giudizio di cognizione sommario v.: C. Consolo, *Nuovi ed indispensabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di 'svaporamento'*, in *Corriere giur.* 2012, 1133 ss. cui *adde* A. Tedoldi, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella 'iconoclastica' del 2012*, in questa *Rivista* 2013, 145 ss., nonché per un esame delle varie opinioni sul tema: E. Odorisio, *Le modifiche relative al giudizio di appello*, in C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino 2015, 241 ss.

za (18), o perché ritenuta sostanzialmente inutile «stante la ritrosia giudiziale ad uscire dalla equidistante passività, come occorre per dare il lasciapassare di indispensabile ad una prova, anche precostituita» (19) – non riguarda, quindi, più la normativa del citato art. 345, comma 3°, c.p.c., ma investe ora direttamente il disposto dell'art. 437, comma 2°, c.p.c. per le controversie individuali di lavoro, dell'art. 1, comma 59°, l. n. 92/2012 per le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 ed ancora dell'art. 702 *quater* c.p.c. per il procedimento sommario di cognizione.

Ciò chiarito, l'approccio alla tematica da scrutinare non può che iniziare dalla premessa che la valutazione circa l'indispensabilità del nuovo mezzo di prova è in ogni caso discrezionale e, conseguentemente, l'esame di detto requisito per l'ammissione della prova, nel quadro probatorio già acquisito, è sottratto al giudice di legittimità per essere la sua valutazione di esclusiva competenza del giudice di merito (20).

Sotto altro versante è opportuno evidenziare come la prova indispensabile sia un *quid pluris* rispetto ad una prova rilevante, dal momento che il relativo giudizio presuppone l'identificazione dei fatti principali e la determinazione del *thema probandum* e riguarda poi il tema dell'idoneità del mezzo probatorio a dare conferma, diretta o indiretta, dell'esistenza (o inesistenza nel caso di prova contraria) di tali fatti (21).

Al riguardo si è affermato che il giudizio in esame è funzionalizzato «a verificare se dall'ipotizzata esistenza del fatto posto ad oggetto della prova è possibile dedurre in modo necessario e sufficiente l'esistenza del fatto posto ad oggetto della domanda» (22); e si è pure patrocinata – sempre al fine dell'individuazione della rilevanza e dell'inferenza dei diversi mezzi istruttori – una valutazione delle prove

---

(18) Così G. Verde, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *www.judicium.it* 2012.

(19) V. *amplius* sul punto C. Consolo, *op. ult. cit.*, 1134; A. Mengali, *op. cit.*, 265, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

(20) Cfr. Cass. 25 ottobre 2013, n. 24188; Cass. 16 novembre 2010, n. 23120. In dottrina per tutti v. C. Mandrioli, *op. cit.*, 496, spec. nt. 45, il quale, dopo avere premesso che la valutazione dell'indispensabilità è discrezionale, aggiunge anche che il requisito dell'indispensabilità vale pure per le prove testimoniali, che comunque non sono ammissibili se i fatti da provare non erano già stati allegati in primo grado. Più in generale per individuare lo spazio entro il quale va esercitato il potere discrezionale del giudice v. A. Carratta, M. Taruffo, *I poteri del giudice*, in *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2015, *sub* artt. 112-120, 533 ss.

(21) Così G. Verde, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1988, 620, che aggiunge che il giudizio di rilevanza involge sempre e comunque una *quaestio facti*, anche se, nel caso di prova rappresentativa di fatti principali, i due giudizi – quello relativo alla rilevanza del fatto e quello relativo alla idoneità del mezzo di prova – finiscono sostanzialmente con il coincidere.

(22) In questi termini V. Denti, *La verifica delle prove documentali*, Torino 1957, 9; v. anche V. Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1973, 273; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, Milano 1981, 76 ss.

che non solo sia libera, ma anche razionale e che anzi risulti razionale proprio perché è libera da vincoli di altra natura, rimarcandosi in tale ottica come le forme, i criteri ed i modelli per una valutazione razionale dei mezzi di prova rappresentino materia ormai di un'ampia letteratura non solo giuridica (23). Approdi dottrinali e giurisprudenziali meno affidabili di quelli cui è pervenuta la dottrina processualista sulla «rilevanza» si riscontrano, invece, per quanto attiene all'individuazione della nozione di «indispensabilità» dei mezzi istruttori, come è agevole dedurre dal formarsi – a partire già dall'entrata in vigore della l. n. 533/1973 – di diversi indirizzi dottrinali che si sono succeduti nel tempo (24).

In una sintesi, di certo non esauriente, dei numerosi e differenti orientamenti rinvenibili in materia va per prima segnalata la tesi volta a svalutare il requisito dell'indispensabilità osservandosi: che è velleitario distinguere in concreto la «indispensabilità» dalla «rilevanza» della prova, sempre necessaria per l'ammissione di qualsiasi mezzo istruttorio, finendosi così per accrescere la possibilità di acquisizione della prova nel giudizio d'appello (25); e che i tentativi fatti soprattutto per attribuire alla nozione di «indispensabilità» – attraverso eterogenei percorsi motivazionali – un significato diverso da quello di «rilevanza» non è detto che approdino sempre a risultati convincenti (26).

In relazione alla natura ed individuazione del suddetto requisito si è assistito

---

(23) Così M. Taruffo, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, in *Quad. Csm*, Roma 1999, vol. II, 428 s., il quale sottolinea che, se si tiene conto dell'avanzato livello di elaborazione scientifica ormai raggiunto, appare improprio e sostanzialmente erroneo considerare la concezione razionale della valutazione libera delle prove come una sorte di ingenua illusione o di pregiudizio illuministico. E sempre sulle complesse problematiche relative all'inferenza ed alla diversa forza dei singoli mezzi istruttori ad accertare la sussistenza (o insussistenza) dei fatti di causa vedi la sempre attuale monografia di M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, *passim*.

(24) Il frantumarsi del processo in una pluralità di riti differenziati e l'esigenza sempre più avvertita nell'attuale assetto socio-economico di abbreviare i tempi del processo, soprattutto in ragione della natura degli interessi da tutelare, hanno indotto il legislatore a devolvere – nei casi espressamente indicati – al giudice d'appello il potere di consentire, anche al di là del verificarsi di decadenze o preclusioni, la produzione di nuovi mezzi di prova se reputati «indispensabili» e come tali idonei ad assumere una efficacia diretta e determinante nella decisione della causa.

(25) Al riguardo cfr. G. Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Milano 1954, 245, la cui opinione è riportata in R. Giordano, *op. cit.*, 394 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

(26) In questi termini B. Cavallone, *Anche i documenti sono 'mezzi di prova' agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, in questa *Rivista* 2005, 1072 ss., spec. 1075, il quale osserva anche che una volta affidato il giudizio di «ammissibilità» – sui documenti o sulle «cose» entrate, di fatto, a far parte nei fascicoli processuali – allo stesso giudice (monocratico o componente di un organo collegiale) che dovrà valutarlo anche ai fini della decisione «è facile, se non addirittura inevitabile, che al giudizio sull'ammissibilità su una prova precostituita si sovrapponga *sic e simpliciter* la sua valutazione e vengano conseguentemente dichiarate ammissibili tutte e soltanto le prove fornite di apprezzabile efficacia».



poi ad una pluralità di opinioni diversificate, essendosi di volta in volta affermato nel rito del lavoro: che la valutazione demandata al collegio *ex art.* 437, comma 2°, c.p.c. si differenzia dall'accertamento della rilevanza delle prove, per ciò che, mentre questa investe l'astratta idoneità delle medesime a dimostrare la fondatezza della domanda o dell'eccezione, l'indispensabilità va verificata in riferimento alla sufficienza del materiale istruttorio già acquisito al processo, per la pronunzia sul merito della domanda ed eccezione (se e in quanto ritenute ammissibili) (27); che indubbiamente, l'indispensabilità è qualcosa di «diverso» e di più «intenso» della rilevanza, e deve essere intesa alla stregua della «decisività» delle prove che giustificano l'ammissibilità della revocazione *ex art.* 395, nn. 2 e 3, c.p.c. sicché in appello possono ammettersi «solo quelle prove 'nuove' che appaiono idonee, da sole, a fondare una decisione, sia essa di riforma ovvero di conferma» (28); che «si può definire indispensabile soltanto la prova per la mancanza della quale sarebbe impossibile al giudice conseguire la conoscenza di un fatto decisivo ossia idoneo, se provato a rovesciare la decisione, cui è pervenuto il giudice di primo grado» (29); che l'assunzione del nuovo mezzo di prova «ritenuto indispensabile ai fini della decisione della causa» univocamente esige il maturato convincimento del giudice d'appello che dall'assunzione del mezzo probatorio dipenderà, in un senso o nell'altro, l'esito della lite (o di un autonomo profilo di essa) (30); ed ancora che «sicuramente è indispensabile un mezzo di prova che mira a favorire l'accertamento dei fatti tutte le volte che la decisione di primo grado sia fondata sulla regola formale di giudizio *ex art.* 2697 c.c.» ma deve anche «ritenersi indispensabile un mezzo di prova, che si riveli idoneo a sovvertire il primo verdetto, sebbene lo stesso sia conseguente ad un avvenuto accertamento della esistenza o inesistenza dei fatti dedotti in giudizio» (31).

---

(27) Così C.M. Barone, *L'udienza di discussione*, cit., 436.

(28) Per tale opinione cfr. L. Montesano, R. Vaccarella, *Manuale*, cit., 334; C. Vocino, G. Verde, *Appunti sul processo del lavoro*, Milano 1974, 274; più recentemente in senso analogo C. Consolo, *Il procedimento di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, Padova 2009, 442 s., secondo cui il nuovo mezzo istruttorio è indispensabile solo quando, anche isolatamente considerato, appaia capace di sovvertire il verdetto di primo grado, nel senso di mutare sicuramente il contenuto di uno o più di quei giudizi di fatto sui quali si basa la sentenza impugnata.

(29) V. Denti, G. Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano 1974, 196.

(30) V. G. Casciaro, *L'appello nel rito del lavoro*, Roma 1992, 308 ss., anche per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul requisito dell'indispensabilità.

(31) Sul punto v. *amplius* C.M. Cea, *Principio di preclusione e nuove prove in appello*, in *Foro it.* 2005, I, 2723 s., secondo cui l'uso dell'aggettivo «indispensabile» introduce pur sempre una valutazione di rilevanza, che però va calata nello specifico contesto del giudizio di appello, sicché se già c'è stato un accertamento di fatti in primo grado, è indispensabile un nuovo mezzo di prova non tutte le volte che astrattamente si riveli idoneo a provare i fatti oggetto della richiesta probatoria ma soltanto quando, tenuto conto del quadro probatorio già raggiunto nel primo processo, esso appare capace di sovvertire il verdetto di primo grado. In precedenza per una valuta-



Che della formula adoperata dal legislatore in relazione ai nuovi mezzi di prova («indispensabili ai fini della decisione della causa») sia allo stato assai difficile individuare un preciso ed inequivoco significato (32), si evince anche dall'esame della giurisprudenza.

Ed invero, numerose pronunzie hanno un contenuto generico – per non delimitare gli spazi del corretto esercizio dei poteri officiosi del giudice del lavoro in sede di gravame – avendo statuito che le prove indispensabili sono quelle «dotate di una influenza causale più incisiva rispetto a quella che le prove, definite come rilevanti, hanno sulla decisione finale della controversia» (33), o che devono essere disposte d'ufficio al fine di un approfondimento di elementi probatori, già obiettivamente presenti nella realtà del processo, «in ragione dell'esigenza di contemperare il principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale» (34). Altre decisioni, per quanto attiene ai *nova*, hanno invece ritenuto indispensabile la prova sufficiente per sé ad accertare il fatto controverso a prescindere da tutte le altre sue fonti (35), o hanno affermato che, nonostante il verificarsi di preclusioni, i nuovi mezzi istruttori risultano ammissibili perché indispensabili allorché «per il loro spessore contenutistico» siano idonei «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» (36).

Corollario del panorama dottrinario e giurisprudenziale, di cui si è dato seppure succintamente atto, è che non si rinviene ancora oggi una definizione della «indispensabilità» che faccia definitiva chiarezza tanto da potere costituire una regola affidabile nella regolamentazione dei poteri officiosi del giudice, e che nello stesso tempo assicuri un efficace controllo sul loro esercizio in sede decisoria (37).

---

zione ugualmente limitativa dell'ambito applicativo della «indispensabilità» cfr. F.P. Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., 294, secondo cui sono ammissibili in appello esclusivamente prove che da sole possano giustificare una pronunzia, sia essa di conferma o di riforma, di quella di prime cure; G. Napoletano, *Processo del lavoro: suggestioni regressive e tendenze defunzionalizzanti*, in *Riv. it. dir. lav.* 1999, I, 304, per il quale l'indispensabilità ricorre quando il mezzo di prova serva a «vincere l'incertezza, non altrimenti superabile, su di un fatto decisivo della controversia».

(32) Al riguardo L. Montesano, R. Vaccarella, *op. cit.*, 333, parlano di compito «arduo» potendosi dalla formula in esame desumersi soltanto che l'intento del legislatore è quello di restringere l'area del *novum* in appello; C. Consolo, *Il processo di primo grado*, cit., 442, ritiene che si tratti di un concetto che, senza dubbio non è di agevole decifrazione, anche se è certo che la *voluntas legis* sia quella di distinguere le «prove indispensabili» da quelle semplicemente «rilevanti». Sul concetto di indispensabilità cfr. G. Ruffini, *La prova*, cit., 239 ss.

(33) *Ex plurimis*: Cass. 5 dicembre 2011, n. 26030; Cass. 16 ottobre 2009, n. 21980; Cass. 19 aprile 2006, n. 9120.

(34) Cass. 5 febbraio 2007, n. 2379.

(35) Cass. 29 maggio 2013, n. 13432.

(36) Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203, cit.

(37) Con riferimento ai poteri istruttori del giudice del lavoro *ex art. 421, comma 2°, c.p.c.*, è stato puntualmente osservato da L. Montesano, R. Vaccarella, *op. cit.*, 184, che andrebbe dura-

4. – Al fine di pervenire a risultati maggiormente affidabili rispetto a quelli sinora raggiunti in merito al significato da assegnare al termine scrutinato è di certo utile inquadrare, ai fini ermeneutici, il disposto di cui all'art. 437, comma 2°, c.p.c. («non sono ammessi nuovi mezzi istruttori (...) salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa») e quello di cui all'art. 702 *quater* c.p.c. («sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene indispensabili ai fini della decisione») nella categoria delle norme elastiche o delle c.d. clausole generali.

Con riferimento a dette clausole – oggetto di rinnovato dibattito da parte della dottrina civilistica – (38) è stato rimarcato come l'indeterminatezza dell'enunciato che le caratterizza porta con sé il pericolo di ledere il principio di certezza del diritto che – meglio assicurato da norme chiare e con ambiti applicativi ben definiti – va perseguito soprattutto in quei settori ordinamentali nei quali si è in presenza di diritti a copertura costituzionale, che corrono il rischio di essere pregiudicati da un soggettivismo interpretativo, non di rado ideologicamente orientato.

Con riguardo più specificamente all'attuale assetto del processo del lavoro, non può poi farsi a meno di rimarcare, come negli ultimi anni, si sia assistito ad una totale assenza di una visione organica, solo se si considera che dopo l'art. 54 l. n. 69/2009, che aveva delegato al governo la «riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione», si è operato in discontinuità rendendo comunque più complesso e difficoltoso il ricorso alla giustizia, che abbisogna a livello giurisprudenziale di risposte affidabili rese in tempi ragionevoli. Ed invero – dopo che con la citata legge si era proceduto all'abrogazione del c.d. rito sociale (con la sola eccezione dell'arbitrato e della conciliazione) entrato in vigore con il d.lgs. 17 giugno 2003, n. 150 – si è introdotto con la l. n. 92/2012, un altro rito speciale per le controversie aventi ad oggetto i licenziamenti assoggettati alla regolamentazione dell'art. 18 stat. lav. (rinnovato dalla stessa l. n. 92/2012) (39); rito quest'ultimo a sua

---

mente combattuto, in nome dei principi essenziali del nostro ordinamento processuale e, prima ancora, costituzionale, ogni tentativo di utilizzare – sotto il pretesto dell'antiformalismo, o peggio, in ossequio a «ideologie» oggi purtroppo diffuse – la suddetta norma per introdurre, in un delicato e fondamentale settore del nostro processo, i mezzi di prova c.d. atipici, che spingono il giudice a sottrarsi all'imparzialità, che gli è propria, per trasformarsi in distruttore di garanzie fondamentali di ogni cittadino.

(38) Tra i numerosi studi in tema di clausole generali cfr. L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1986, 5 ss.; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1987, 709 ss. Più recentemente v. M. Velluzzi, *Le clausole generali*, Milano 2010; Id., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Giur. it.* 2011, 1720 ss.; con specifico riferimento al diritto del lavoro, G. Vidiri, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali*, in *Mass. giur. lav.* 2014, 632 ss.

(39) Sul punto v. G. Vidiri, *Nuovo rito sui licenziamenti. 'Giusto processo' ed 'imparzialità' del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.* 2014, I, 17 ss., che dopo avere osservato come il c.d. rito «Fornero» si caratterizzi per una tecnica legislativa del tutto approssimativa in ragione di disposizioni eccessivamente articolate, oscure e di difficile lettura – tanto da rappresentare un signi-

volta divenuto inapplicabile, ai sensi dell'art. 11 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 («disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della l. 10 dicembre 2014, n. 183») ai licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto (40).

Da un ordinamento processuale così complesso e disarticolato e dall'accrecersi del numero delle clausole generali emerge con evidenza la necessità di perseguire la certezza del diritto attraverso l'attività ermeneutica del giudice di legittimità, funzionalizzata a tradurre le suddette clausole in *standards* valutativi costituenti i parametri su cui misurare da ultimo la conformità dei provvedimenti impugnati alla giurisprudenza della Cassazione che – con la determinazione di principi e di regole giuridiche destinati nella realtà fattuale a configurare il c.d. «diritto vivente» – diventa anche essa fonte normativa (41).

5. – In questa direzione volta pertanto a tradurre le clausole generali in *standards* valutativi deve assegnarsi al requisito della «indispensabilità» un significato che consenta di delimitare gli spazi di discrezionalità entro i quali il giudice del gravame deve muoversi.

Va al riguardo premesso che la delicatezza della valutazione sulla «rilevanza» della prova è stata opportunamente evidenziata sia sottolineandosi come la terminologia del legislatore non sia felice e soprattutto non sia univoca – usando il legislatore per quanto attiene ai mezzi di prova numerosi termini, quali «rilevante», «necessario», «utile», «idoneo» ed «indispensabile». Ma forse solo il termine «rilevante» è adoperato in maniera impropria dal momento che tecnicamente «si dice che rilevante è il fatto, in quanto essendo preso in considerazione dal diritto, allo

---

ficativo momento della sempre più veloce corsa verso un diritto sempre più «incerto» e foriero di una «giurisprudenza anarchica» – sottolinea poi la sempre incombente minaccia proveniente da correnti di pensiero avverse alla certezza del diritto, considerata non un valore nelle esperienze giuridiche e nel modo socio-economico ma un disvalore, con l'effetto di finire in tal modo di contrapporre il giudice alle leggi.

(40) Se l'art. 11 d.lgs. n. 23/2015 («ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48° a 68° dell'art. 1 l. 28 giugno 2012, n. 92») avrà l'indubbio merito di contribuire a causare l'auspicabile «premature decesso» del rito «Fornero» (così G. Vidiri, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.* 2015, 357), la suddetta disposizione allo stato si presenta criticabile perché osta ad una necessaria semplificazione delle norme processuali in materia del lavoro con negative ricadute a livello applicativo, e perché inoltre assoggetta, in ragione del mero fattore intertemporale, a differenziate tutele processuali diritti aventi la stessa natura e rilevanza.

(41) Per M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Lezioni Magistrali*, diretta da F. De Sanctis e F. Fichera, Napoli 2006, 11 «è la giurisprudenza, che costituisce il contenuto effettivo del c.d. 'diritto vivente', il quale rappresenta in molti casi il 'solo' diritto di cui disponiamo – ad esempio quando i giudici creano diritto colmando lacune – o il 'vero' diritto di cui disponiamo – quando i giudici creano diritto interpretando clausole generali o qualunque altro tipo di norma».

stesso sono collegate conseguenze giuridiche, non la prova; la prova, viceversa, è utile, idonea, necessaria, indispensabile» (42).

Da siffatta considerazione bisogna partire per superare quella mobilità semantica che ha sinora caratterizzato, il termine «indispensabile», e questo allo scopo di individuarne la portata ed il significato, come passaggio necessario a sua volta per tradurre le già richiamate disposizioni elastiche (ora artt. 437, comma 2° e 702 *quater* c.p.c.) in *standards* valutativi capaci di fornire un chiaro principio di diritto cui il giudice d'appello deve affidarsi al fine di pervenire ad un «processo giusto» (43).

Corollario delle argomentazioni sinora svolte è che per disegnare i limiti applicativi delle suddette norme di rito non è possibile individuare il significato del termine «indispensabile» mediante il richiamo al diverso termine «rilevante», non solo per un'evidente distinzione assiologica tra i due termini, ma anche perché l'ultimo serve, come detto, a qualificare in via diretta il fatto e non di contro la prova, mentre l'altro è volto a misurare l'incidenza dello specifico e nuovo mezzo istruttorio nella valutazione dell'intero materiale probatorio ritualmente già acquisito al processo. Ma al di là di tale considerazione, va segnalato che il dato caratterizzante delle norme in esame va individuato, come emerge dalla lettura delle stesse, nella «indispensabilità» dei *nova* «ai fini della decisione della causa»; e che di contro le altre numerose norme processuali nel qualificare di volta in volta come rilevanti, utili e necessari i nuovi mezzi istruttori – al fine di valutarne l'ammissibilità e graduarne, nel corso del processo, la loro efficacia probatoria – escludono tutte che i suddetti mezzi abbiano una forza talmente vincolante da determinare la «decisione della causa» (44).

---

(42) Cfr. G. Verde, *Profili del processo civile*, vol. II, Napoli 1996, 87, che al riguardo rileva come nella terminologia all'epoca vigente il mezzo di prova risultava «rilevante» per gli artt. 184, comma 1°, 222 e 420, comma 5°; «necessario» per gli artt. 61, 191, 210, 213 e 248; «utile» per gli artt. 230 e 253, comma 1°; «idoneo» per l'art. 222; «indispensabile» per gli artt. 345, comma 2°, e art. 437, comma 2°.

(43) Sul giusto processo tra le altre cfr. Cass. 1° agosto 2013, n. 18410, per l'affermazione che lo scopo del processo è quello di tendere, in un tempo ragionevole, al conseguimento di una decisione del merito a seguito del dovere del giudice di pronunziare sulla base di un materiale probatorio ritualmente acquisito con una valutazione non limitata allo esame dei singoli elementi ma globale, nel quadro di un'indagine unitaria ed organica.

(44) A conforto dello specifico significato che le norme elastiche in esame riconoscono ai *nova* in appello per la loro efficacia probatoria condizionante in modo vincolante la decisione della controversia – diversamente dalle norme che invece definiscono, ai fini istruttori, le prove rilevanti (ad es.: artt. 222 e 420, comma 5°, c.p.c.) – va evidenziato come anche lo stesso termine «indispensabile» venga con diversa portata adoperato nel rito «Fornero», dal momento che l'art. 1, comma 49°, l. n. 92/2012 si limita soltanto a consentire che si proceda all'assunzione degli atti istruttori indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio ai sensi dell'art. 421 c.p.c., mentre il successivo comma 58° statuisce che il collegio può anche d'ufficio ammettere nuovi mezzi di prova e documenti qualora li ritenga «indispensabili ai fini della decisione», in quest'ultimo caso

Alla stregua di quanto sinora detto, pertanto, le disposizioni elastiche di cui agli artt. 437, comma 2° e 702 *quater* c.p.c., possono essere tradotte nel principio di diritto secondo cui nel giudizio d'appello il nuovo mezzo istruttorio è indispensabile «solo» quando, anche «isolatamente» considerato appaia capace di «sovvertire» il verdetto di primo grado, nel senso di mutare sicuramente il contenuto di uno o più di quei giudizi di fatto su cui si basa la sentenza impugnata (45). In altri termini la nuova prova va reputata come indispensabile non tutte le volte che astrattamente si riveli idonea a provare i fatti oggetto della richiesta probatoria, ma solo quando, tenuto conto del quadro probatorio raggiunto nel primo giudizio, detta prova appaia al giudice d'appello capace di sovvertire da sola la decisione impugnata, senza che possa più ammettersi una prova contraria perché in tal modo si finirebbe per ritenere «rilevante» una prova in precedenza ritenuta invece «indispensabile», con l'effetto di allungare i tempi del giudizio, così vanificando l'intento sotteso alle già indicate norme di rito (46).

Il principio di diritto così formulato, oltre a scaturire dall'interpretazione letterale delle norme scrutinate, sul piano ordinamentale – è bene ribadirlo – risponde alla *ratio* sottesa alle norme processuali in esame, perché è da tempo acquisita in sede dottrinale e giurisprudenziale l'opinione che «la pressoché totale abolizione dello *ius novorum* ha fatto assumere all'appello il carattere della *revisio prioris instantiae* (47), e perché inoltre risponde a criteri di razionalità che le esigenze di celerità cui è improntato il rito del lavoro possano subire in sede di gravame – pure in uno stato avanzato dell'intero *iter* processuale e pur nel verificarsi di preclusioni e decadenze – un parziale ridimensionamento allorquando si sia in presenza di prove, idonee per il loro spessore contenutistico, a fornire un contributo decisivo e definitivo all'accertamento della c.d. 'verità materiale', per essere ragione fondante del 'giusto processo' l'intento di pervenire in tempi ragionevoli ad un siffatto approdo» (48).

6. – È stato da più parti affermato – e ancora una volta va ribadito in questa sede – che le clausole generali o norme elastiche sono caratterizzate in maniera affatto par-

---

con conseguenze, per quanto attiene alla definizione della causa, identiche a quelle che scaturiscono dagli artt. 437, comma 2°, e 702 *quater* c.p.c.

(45) C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. III, Torino 2012, 342 s.

(46) Per analoghe considerazioni: L. Montesano, R. Vaccarella, *Manuale*, cit., 334; C. Vocino, G. Verde, *Appunti sul processo del lavoro*, Milano 1974, 274.

(47) Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203 cit. secondo cui l'appello ha assunto il carattere della *revisio prioris instantiae* «per essere stati eliminati quegli elementi spuri che permettevano la configurazione del giudizio di gravame come una prosecuzione ed un completamento di quello di primo grado».

(48) Sul punto *amplius* G. Vidiri, *Giusto processo, accertamento della verità materiale e 'imparzialità' del giudice*, in questa *Rivista* 2012, 1547 ss. nonché – in epoca più recente per una valutazione critica, alla luce del principio del «giusto processo», del c.d. rito «Fornero» – Id., *Nuovo rito sui licenziamenti: 'giusto processo' ed 'imparzialità del giudice'*, in *Riv. it. dir. lav.* 2014, I, 1547 ss.

ticolare da un'indeterminatezza semantica (associata ad una specifica tecnica di costruzione della fattispecie), per cui l'applicazione di esse richiede un'integrazione valutativa del giudice sicché a questi finisce per essere assegnato un potere di concretizzazione, ossia una delega a determinarne il contenuto e con esso l'ambito applicativo. Le difficoltà che si incontrano nella loro interpretazione non sono però uguali a quelle riguardanti ogni altra norma giuridica, perché l'attività ermeneutica si concretizza nella materia scrutinata nella formulazione di un principio o parametro normativo (49), la cui disapplicazione da parte del giudice d'appello è conseguentemente censurabile in sede di legittimità ai sensi del disposto dell'art. 360, n. 3, c.p.c. (50).

Nell'interpretazione dell'art. 345, comma 3°, c.p.c. si era consolidata – al fine di perseguire nel rispetto di tempi ragionevoli del processo l'accertamento della verità materiale – una giurisprudenza che, per conferire razionalità al sistema ed impedire errori nell'esercizio del potere discrezionale del giudice di merito, richiedeva che quest'ultimo dovesse supportare con adeguata motivazione – in ossequio al disposto dell'art. 134 c.p.c. e dell'art. 111, comma 1°, Cost. sul «giusto processo» – i provvedimenti aventi ad oggetto l'ammissione dei *nova* in appello, compresi quelli «indispensabili», così come è ancora tenuto a fare il giudice del lavoro nell'esercizio dei poteri d'ufficio *ex art.* 437, comma 2°, c.p.c.; provvedimenti questi che sono stati sempre ritenuti tutti censurabili, oltre che per violazione di legge, anche ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. (51).

La modifica, ad opera della l. n. 134/2012, dell'art. 345, comma 3°, c.p.c. e la contestuale riscrittura dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. hanno portato modifiche di certo non trascurabili in tema di interpretazione delle clausole generali, risultando ora ridotto l'ambito di impugnativa dei provvedimenti interpretativi ed applicativi di tali clausole e, conseguentemente, anche di quelli riguardanti le norme elastiche degli artt. 427, comma 2° e 702 *quater* c.p.c. sull'ammissione dei nuovi mezzi istruttori «indispensabili». Conseguenza questa scaturente anche dagli arresti giurisprudenziali, divenuti diritto vivente, sia per quanto attiene alla riduzione sulla base del citato art. 360, n. 5, c.p.c. «al minimo costituzionale» del sindacato di legittimi-

---

(49) Sull'interpretazione delle clausole generali v. S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano 2013, 33 ss. In precedenza sull'interpretazione delle norme giuridiche v. A. Falzea, *La costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.* 1988, spec. 285 ss., secondo il quale le clausole generali configurano «dispositivi di adattamento delle norme ordinarie alla specificità del caso individuale».

(50) V. tra le altre Cass. 4 maggio 2005, n. 9266, in *Notiz. giur. lav.* 2005, 775, secondo cui la clausola generale è sindacabile in cassazione a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli *standards*, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale.

(51) Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203 cit., che puntualizza come il ricorso in cassazione sia consentito, sempre che le parti negli spazi di disponibilità ad essi lasciati non abbiano con la loro condotta mostrato di accettare il contraddittorio nei limiti segnati dall'intervento del giudice: per medesime statuizioni, più di recente v. Cass. 2 marzo 2015, n. 4185.

tà sulla motivazione (52); sia per quanto riguarda l'esclusione – *ex art. 348 ter*, comma 4°, c.p.c. – del suddetto vizio in caso di «doppia conforme», il che osta ad ogni sindacato sulla ricostruzione di fatto operata dal giudice di merito, al di fuori però dei casi in cui la motivazione manchi del tutto o sia articolata su argomenti manifestamente inconciliabili tra loro o obiettivamente incomprensibili (53).

In questo rinnovato assetto normativo va, dunque, evitato il pericolo che – a seguito della drastica riduzione della possibilità del ricorso in cassazione per vizio di motivazione – si finisca per vanificare del tutto, o anche a rendere particolarmente difficoltoso, nella materia in esame una qualsiasi forma di efficace controllo sull'esercizio del potere discrezionale del giudice di merito nell'ammissione di prove destinate ad incidere sulla decisione della controversia. Non può sottacersi al riguardo che allorquando, come nel caso in esame, i suddetti poteri vengano attribuiti dal legislatore al giudice con una norma dal contenuto generico, o altrimenti di difficile lettura, non pare corretto – sotto il profilo della legittimità costituzionale stante le regole del «giusto processo regolato dalla legge» (art. 111, comma 1°, Cost.) – ritenere che nell'esercizio dei suddetti poteri il giudice non venga assoggettato ad alcun principio di diritto né ad alcun controllo di legittimità, perché altrimenti si finirebbe per trasformare il potere discrezionale nell'ammissione e valutazione delle prove in un incontrollabile arbitrio.

Ne consegue, quindi, che nell'esame delle norme in esame deve seguirsi quello stesso approccio ermeneutico che – in presenza di «clausole generali», di «norme elastiche» o di «norme generali» (54) – traduce l'indeterminatezza del contenu-

---

(52) Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053 (in questa *Rivista* 2014, 1581 ss. con nota di F. Porcelli, *Sul vizio di 'omesso esame circa un fatto decisivo'*; in *Giur. it.* 2014, 1908, con nota di A. Turchi, *Applicabili in materia tributaria le nuove disposizioni sul ricorso per cassazione*), secondo cui è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé; v. anche Cass. 8 ottobre 2014, n. 21257.

In dottrina per un esauriente esame del nuovo testo dell'art. 360, n. 5, c.p.c. v. G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino 2013, 163 ss.

(53) Cass. 18 dicembre 2014, n. 26850; Cass. 10 marzo 2014, n. 5528, che evidenzia come nell'ipotesi di «doppia conforme» prevista dall'art. 348 *ter*, comma 5°, c.p.c. il ricorrente in cassazione, per evitare l'inammissibilità del motivo di cui all'art. 360, n. 4, c.p.c. deve indicare le ragioni poste a base della decisione di primo grado e quelle poste a base della sentenza di rigetto dell'appello, dimostrando che esse sono tra loro diverse; ed infine anche Cass. 29 ottobre 2014, n. 23021, per l'integrazione delle norme sull'appello del rito «Fornero» con la disciplina di cui all'art. 348 *ter* c.p.c., applicabile anche alle controversie di lavoro. In dottrina per una critica alla disciplina dettata dall'art. 348 *ter* c.p.c. v. R. Poli, *Il nuovo giudizio di appello*, in questa *Rivista* 2015, 132 ss., che osserva come tale disciplina finisca in concreto per negare un controllo in cassazione del giudizio di fatto, proprio quando già nella fase di appello in sede di controllo dell'operato del primo giudice, non vi è stato un giudizio a cognizione piena non potendosi ritenere tale quello terminato con l'ordinanza di inammissibilità per mancanza di una ragionevole probabilità di accoglimento.

(54) Sul valore terminologico dell'espressione «clausola generale», da tempo consolidata



to delle disposizioni da applicare in *standards* valutativi e in regole di diritto, capaci di configurare forme di «perimetrazione» dei poteri del giudice, pervenendo per tale via – con l'apporto della scienza giuridica e con approdi giurisprudenziali consolidati – ad un'unità di principi ed alla formazione di un «diritto vivente», avente un'innegabile efficace vincolante verso tutti i soggetti dell'ordine giudiziario che da detto diritto intendessero deviare (55).

7. – Le argomentazione svolte forniscono anche le coordinate per concludere che la l. n. 134/2014 nel traslare dal rito ordinario al procedimento sommario di cognizione la formula relativa all'ammissione in appello dei *nova* ritenuti «indispensabili», ha determinato non trascurabili modifiche nella regolamentazione del giudizio d'appello.

Ed infatti il recente legislatore, sul presupposto della ormai non più discussa configurazione dell'appello come *revisio prioris instantiae*, ha inteso nel rito ordinario ridurre – con la modifica dell'art. 345, comma 3°, c.p.c. – drasticamente la possibilità di ammissione di nuove prove al fine di meglio garantire, in attuazione del principio della ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2°, Cost.), una riduzione dei tempi del processo; nel rito del lavoro, di contro, ha inteso preservare – in ragione della specificità degli interessi coinvolti – il potere del collegio di ammettere anche d'ufficio nuovi mezzi istruttori sempre che li ritenga (a seguito di una propria insindacabile valutazione discrezionale) indispensabili ai fini della decisione, all'evidente scopo di perseguire, in tempi ragionevoli, l'accertamento della «verità materiale» (56).

---

in Germania, e delle altre, quali «norma elastica» e «norma generale», nonché sull'interpretazione di tali clausole, e della discrezionalità del giudice nella loro applicazione cfr. per tutti S. Patti, *op. cit.*, 81 ss.

(55) Per l'assunto che attraverso le clausole generali viene delegato al giudice la formazione della norma da applicare al caso concreto e che in tale contesto si parla non solo di clausole generali ma anche di *standards* valutativi, che vengono presi come parametro nella applicazione delle suddette clausole cfr. S. Patti, *op. ult. cit.*, 88, spec. nt. 11, che nel richiamare la tesi secondo cui le clausole generali costituiscono gli strumenti per un arricchimento del tessuto normativo ad opera della giurisprudenza, fa espresso riferimento a P. Rescigno, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.* 2011, 1689; Id., *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.* 1998, I, 1 ss.; v. anche M. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino 1989, 311 ss.

(56) Osserva in motivazione Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202, cit. – dopo avere ribadito che i poteri d'ufficio del giudice del lavoro non possono essere in alcun caso esercitati con riferimento a fatti non allegati dalle parti e non emersi nel processo a seguito del contraddittorio tra le parti stesse, in linea con quanto già statuito da Cass., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353 – che i suddetti poteri segnano in modo accentuato la c.d. «specialità» del rito del lavoro ed accreditano a livello normativo una forma di tutela processuale differenziata dalle altre in ragione di un opportuno adattamento delle regole del rito alle concrete situazioni soggettive implicate in un processo, che si caratterizza per l'individuazione di un «punto di equilibrio tra le esigenze di celerità e quelle di accertamento della verità materiale».

Ed infine – con la sostituzione nel disposto dell'art. 702 *quater* c.p.c. dell'aggettivo «rilevante» con «indispensabile» – lo stesso legislatore ha di fatto rimarcato la differenza tra appello nel rito ordinario e quello nel procedimento sommario di cognizione, che si articola in due distinti fasi, nella seconda delle quali – per sopperire a tutte le deficienze garantistiche conseguenti alla sommarietà della prima fase – sono ammessi oltre i nuovi mezzi di prova o i nuovi documenti che la parte non ha potuto proporre nel corso del procedimento per una causa ad essa non imputabile, in secondo grado anche mezzi nuovi, sempre che gli stessi siano reputati dal collegio «indispensabili ai fini della decisione» (57).

Ancora una volta va dunque evidenziato come la drastica riduzione della possibilità di ricorso al giudice di legittimità in materia di erronea applicazione delle norme elastiche renda necessario tradurre dette norme in *standards* valutativi capaci di precisarne il significato semantico in modo da fornire al giudice di merito un ben definito e chiaro parametro normativo che ne agevoli il compito nell'esame delle già acquisite risultanze processuali e nella decisione della causa. L'intento di perseguire detta finalità e l'esigenza di evitare, nella disciplina dell'appello in riti tra loro diversi, discrasie ed antinomie ordinamentali rende, quindi, doveroso definire «indispensabile ai fini della decisione» ogni prova nuova che – tenuto conto del quadro probatorio già acquisito in primo grado nonché dei fatti già accertati – risulti da sola decisiva per riformare (o confermare) la sentenza appellata, senza che possa ammettersi una controprova, perché in tal modo si finirebbe per ritenere soltanto «rilevante» una prova invece considerata «indispensabile», con la conseguente negativa ricaduta di allungare i tempi del giudizio e di vanificare così l'intento sotteso alla l. n. 134/2012 (58).

Corollario dell'*iter* argomentativo seguito porta ad affermare che la definizione contenutistica data all'espressione «nuovi mezzi istruttori (...) indispensabili ai fini della decisione», di cui al disposto dell'art. 427, comma 2° e 702 *quater*, c.p.c. consentendo il ricorso *ex* art. 360, n. 3, c.p.c., finisce per agevolare in termini di effettività un controllo sull'esercizio dei poteri istruttori del giudice d'appello sul-

---

(57) C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, vol. III, Torino 2014, 381 ss., spec. 384, che evidenziano come il procedimento sommario, alternativo sia al procedimento ordinario che al procedimento ingiuntivo, sia «strutturato in due fasi»: la prima delle quali è quella a cognizione sommaria e rispetto alla quale la seconda, con «le forme dell'appello a cognizione piena», sopperisce a tutte le insufficienze garantistiche conseguenti alla sommarietà della prima fase, aprendo la via ad una pronuncia idonea a passare in giudicato, come è proprio del giudizio di cognizione, nel rispetto dei principi costituzionali del giusto processo.

(58) Per un tentativo di riconoscere in caso di erronea applicazione di una norma elastica il ricorso per vizio di motivazione *ex* art. 360, n. 5, c.p.c., pur nella sua nuova formulazione, cfr. G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 189 ss., che al riguardo rivendica un'interpretazione della locuzione «fatto decisivo» ampia, capace cioè di dare rilievo anche alle nuove circostanze di natura sociale, con l'effetto che il non avere considerato il mutamento della realtà sociale – che avrebbe dovuto portare ad una diversa interpretazione della norma elastica – configura un'omissione di un fatto che, se preso in esame, avrebbe cambiato l'esito della pronuncia del giudice.

l'ammissione di prove capaci di assumere un'efficacia determinante ai fini della decisione.

Ed infatti, nel caso in cui la nuova prova in appello sia stata valutata correttamente perché rispettosa del parametro normativo scaturito dalla specificazione della clausola elastica e pertanto sia idonea a ribaltare (o confermare) in maniera definitiva da sé sola la decisione di primo grado, il ricorso dovrà essere rigettato. Nel caso contrario in cui la nuova prova sia stata erroneamente ammessa pur risultando (solo rilevante e) non determinante ai fini decisorii per non condizionare in modo vincolante la valutazione dell'intero materiale probatorio, il ricorso dovrà essere accolto e, per l'effetto, la sentenza impugnata cassata con rinvio ad altro giudice d'appello per una nuova valutazione delle risultanze processuali (59).

Nel caso, infine, di omesso esame della richiesta di una nuova prova in appello la parte che ha richiesto detta prova sul presupposto della sua decisività, potrà denunciare *ex art. 360, n. 4, c.p.c.* detta omissione dinanzi alla Corte di cassazione attraverso la deduzione del relativo *error in procedendo* e della violazione dell'art. 112 c.p.c., e non già per violazione di una norma di diritto sostanziale o per vizio di motivazione *ex art. 360, n. 5, c.p.c.* (60).

8. – Il tema affrontato sollecita alcune considerazioni su problematiche, di ben più ampio respiro, aventi rilevanti conseguenze a livello ordinamentale per riguar-

---

(59) Spetta comunque al giudice d'appello nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali – da esercitarsi nel rispetto del principio di diritto della «indispensabilità» quale *standard* valutativo della clausole elastiche esaminate – accertare di volta in volta se la nuova prova abbia da sé sola forza vincolante e determinante ai fini della decisione della causa, come, ad esempio, può verificarsi nel caso in cui in primo grado sia stata data decisiva prevalenza alla dichiarazioni dei testi di una parte perché ritenuti più attendibili rispetto a quelli di controparte, ed in appello venga successivamente ammessa una prova documentale capace di privare di qualsiasi fondamento la precedente valutazione del materiale probatorio (ad es. sentenza, passata in giudicato, di condanna per falsa testimonianza dei testi ritenuti attendibili; atto pubblico attestante la non rispondenza al vero di modalità di tempo e di luogo di fatti ed accadimenti decisivi, che sono stati oggetto delle dichiarazioni rese in giudizio dai suddetti testi).

(60) V., *ex multis*, Cass. 16 settembre 2013, n. 21099; Cass. 18 maggio 2012, n. 7871; Cass. 22 settembre 2014, n. 19959, che precisa anche come risulti inammissibile in cassazione la critica generica della impugnata sentenza formulata con un unico motivo sotto una molteplicità di profili tra loro confusi ed inestricabilmente combinati, non collegabile ad alcuna delle fattispecie di vizio enucleata dal codice di rito. Per la statuizione che, pur dopo la riformulazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c., l'omessa pronuncia *ex art. 112 c.p.c.* continua a sostanzarsi nella totale carenza di considerazione della domanda o dell'eccezione sottoposta all'esame del giudicante, il quale manchi perfino di adottare qualsiasi provvedimento, anche implicito, di accoglimento o di rigetto cfr. Cass. 11 dicembre 2014, n. 26097; Cass. 8 ottobre 2014, n. 21257, secondo cui il vizio motivazionale previsto dall'art. 360, n. 5, c.p.c. presuppone che un esame della questione oggetto di doglianza vi sia pur sempre stato, ma che esso sia articolato su espressioni o argomenti tra loro manifestamente inconciliabili, perplessi o obiettivamente incomprensibili, esclusa, di contro, qualunque rilevanza del semplice difetto di «sufficienza» della motivazione.

dare da un lato il «rapporto tra giudice e legge» e dall'altro «l'esercizio dei poteri istruttori del giudice», vero banco di prova per saggiarne la «terzietà» e la «imparzialità», presupposti fondanti del «giusto processo» (art. 111, comma 2°, Cost.) (61).

È difficilmente contestabile che il mutare continuo delle norme e l'ipertrofia delle leggi a lungo andare incidono negativamente sul principio della certezza del diritto e sulla fiducia dei cittadini nello Stato, la cui volontà finisce per disperdersi in un groviglio di disposizioni che la rendono spesso indecifrabile, con effetti negativi sulla durata dei processi e sulla stessa forza cogente della legge. A tali deleteri effetti contribuiscono anche altri fattori quali il moltiplicarsi delle fonti normative ed il perdurante difficile coordinamento della legislazione statale con il diritto comunitario, in buona misura addebitabile ad un difficile dialogo tra le Alte Corti di giustizia (62), nonché ad un lento e non sempre chiaro processo di armonizzazione tra legislazioni dei diversi Stati, non tutti propensi a cedere parte della propria sovranità (63).

Sotto altro versante non può negarsi che anche il proliferare della tecnica delle clausole elastiche – come quella esaminata – porta con sé il pericolo di ledere attraverso la lettura sia delle norme sostanziali che di quelle di rito, il principio della certezza del diritto perché una legislazione che si caratterizza oltre che per una tecnica approssimativa pure per una molteplicità di norme dal contenuto generico e non si rado indecifrabili rappresenta – segnatamente in epoca di accesa conflittualità ideologica e sociale – un terreno permeabile ad un errato, anomalo, e finanche strumentale, uso delle regole ermeneutiche (64).

---

(61) Per una breve sintesi delle diverse posizioni dottrinali riguardanti il rapporto tra giudice e la mediazione giudiziale nell'applicazione del diritto del lavoro – v. M. Magnani, *Il giudice e la legge*, in *Riv. it. dir. lav.* 2013, I, 777 ss., tema che l'Autrice definisce «infido e scivoloso» perché «rischia di essere trattato o in chiave politico-ideologica, cercando di intravedere in questo o in quello orientamento appunto una determinata matrice politico-ideologica, o di restare su un piano 'alto' teorico-filosofico, relativo ai rapporti tra interpretazione e diritto».

(62) Sul dialogo tra le Corti cfr. per tutti: S. Cassese, *I Tribunali di Babele*, Milano 2009, *passim*; Id., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, 316, che ricorda come Pedro Cruz Villadón, (alla luce della sua duplice esperienza, quale giudice costituzionale spagnolo e poi quale avvocato generale della Corte europea) abbia applicato alla «casa affollata» dei diritti in Europa – contraddistinta da una pletora di Corti, tutte deputate a giudicare in ultima istanza – «il dilemma del porcospino», illustrato da Artur Schopenhauer e applicato anche da Sigmund Freud: questo animale, nel periodo invernale, cerca di combattere il freddo avvicinandosi ai suoi simili, ma così corre anche il rischio di ferirsi con le spine dei suoi simili.

(63) A dimostrazione di come in materia di finanza pubblica e privata e di come non sempre nella relazione tra ordine europeo e ordini giuridici nazionali i diversi Stati si muovano con analoghi intenti osserva S. Cassese, *op. ult. cit.*, 218, che mentre la giurisdizione italiana si muove nella direzione di trarre dai vincoli comunitari limiti alla sovranità interna e all'esercizio dei diritti pubblici, quella tedesca si muove invece nella direzione opposta di trarre dalla Costituzione tedesca limiti ai poteri comunitari.

(64) Per l'assunto che un siffatto uso è in qualche misura agevolato pure dall'estrema labi-

Né può neanche trascurarsi di fare riferimento – per quanto riguarda il ruolo che il giudice è chiamato a svolgere come «terzo imparziale» nell'amministrare la giustizia – all'opinione di quanti in magistratura hanno da sempre rivendicato e tuttora rivendicano orgogliosamente di aderire ad un gruppo associativo di giudici che si assume essersi distinto per «non essere trasceso nel corporativismo di altre correnti», e che rimarcano altrettanto orgogliosamente di credere nel carattere «infettibilmente politico della giurisdizione» e di avere sempre e soltanto pensato di potere agire come «un intellettuale collettivo» (65).

È innegabile però che all'interno della magistratura e nella stessa società civile molti mostrano di preferire, ad ogni altra diversa figura, quella di un giudice che agisca sempre e soltanto come «intellettuale solitario», che non ambisca ad una visibilità da perseguire con decisioni spesso supportate da una giurisprudenza autoreferenziale e da una scienza giuridica altrettanto autoreferenziale; che sempre, e quindi, anche nel suo agire quotidiano, dia costante, concreta e silenziosa testimonianza della sua «terzietà» ed «imparzialità»; e che riesca nel momento decisionale a liberarsi dalle proprie opzioni politiche e, soprattutto, da ogni genere di pregiudizio, perché consapevole che là dove si radica «il pregiudizio» non alberga mai «la giustizia» (66).

E quanto ora detto induce alla speranza che in un prossimo futuro l'ordine giudiziario – anche a seguito di meditate riforme strutturali del servizio giustizia – possa recuperare piena credibilità anche presso chi con accenti severamente critici ha qualificato i giudici come «irresponsabili» perché hanno il privilegio di una giustizia domestica (67).

GUIDO VIDIRI

*già Presidente della Sezione Lavoro  
della Corte di cassazione*

---

lità del confine esistente tra una interpretazione delimitativa o esplicativa (in senso estensivo o restrittivo) ed una interpretazione disapplicativa e, in concreto, abrogativa della norma v. G. Vidiri, *Nuovo rito sui licenziamenti*, cit., 47, il quale evidenzia come talvolta tutto ciò sia consequenziale ad opzioni ermeneutiche di un giudice, che non intende «amministrare» giustizia ma «fare» giustizia, attraverso indebite invasioni di campo.

(65) Cfr. al riguardo C. Rivero, C. Ponterio, *Quale giudice del lavoro?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2012, I, 720 ss.

(66) Così G. Vidiri, *op. ult. cit.*, 49.

(67) In senso critico verso la magistratura per essere i giudici «ingiudicabili» stante una giustizia domestica – rimasta in verità tale pur dopo la recente l. 27 febbraio 2015, n. 18 («disciplina della responsabilità civile dei magistrati») – cfr. tra gli altri M. Ainis, *Privilegium. L'Italia divorata dalle lobby*, Milano 2013, 37, che dopo avere premesso che in ogni sistema autoreferenziale vi è il vizio per il quale «l'autonomia degenera in separatezza, la separatezza in arbitrio, l'arbitrio in impunità generalizzata», aggiunge poi che «questo vizio abita anche nella cittadella giudiziaria, sia pure in nome del principio costituzionale che sancisce l'autogoverno della magistratura», e si chiede infine «chi giudica i giudici?» per risponderli «i giudici medesimi, attraverso il Csm».