

DOTTRINA

I POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE DEL LAVORO NEL PROCESSO CIVILE RINNOVATO.

Fonte: **Giust. civ., fasc.3, 2010, pag. 147**

Autori: **Guido Vidiri**

Sommario: 1. I poteri istruttori del giudice del lavoro: in genere. - 2. Esercizio e limiti dei poteri istruttori del giudice del lavoro. - 3. Prove costituite e prove costituende nel rito del lavoro. - 4. Istruzione della causa e mezzi di prova (accesso sul luogo del lavoro, prova testimoniale, richieste di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali). - 5. Rito del lavoro, prove atipiche e testimonianza scritta. - 6. Ammissione e valutazione delle prove, nomofilachia e certezza del diritto. - 7. Valutazione delle prove e giusto processo.

1. I poteri istruttori del giudice del lavoro: in genere. - Uno dei punti caratterizzanti il rito del lavoro è l'attribuzione al giudice di incisivi poteri istruttori che, come specifica il disposto del comma 2 dell'art. 421 c.p.c., possono essere esercitati d'ufficio in qualsiasi momento « anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile ».

Un riconoscimento della specialità del rito del lavoro nei termini ora indicati è espresso dall'art. 54 l. 18 giugno 2009 n. 69, che, al momento di delegare al governo la riduzione e la semplificazione dei procedimenti civili di cognizione al fine di puntare sulla riconduzione dei (numerosi) precedenti riti speciali a due generali modelli, quello del rito del lavoro e del rito ordinario (oltre che a un processo sommario a cognizione piena ove siano « prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa »), ha previsto che i procedimenti in cui siano prevalenti caratteri di « concentrazione processuale, ovvero di ufficiosità dell'istruzione », siano ricondotti al rito disciplinato dal libro secondo, titolo IV, capo I, del codice di procedura civile mentre tutti gli altri siano ricondotti al modello del rito ordinario (1).

La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che rispetto alla (non indifferente)

disponibilità della prova concessa al giudice nel rito ordinario (art. 61, 116, comma 2, 118, commi 1 e 2, 197, 213, 240, 241, 253, 257, 317), detta disponibilità è nel rito del lavoro ben più accentuata stante il disposto del comma 2 dell'art. 421 c.p.c. Con tale norma si è inteso, infatti, affermare che è caratteristica precipua del rito del lavoro « il temperamento del principio dispositivo con le esigenze della ricerca della verità materiale di guisa che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice dove reputi insufficienti le prove già acquisite non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni e decadenze in danno delle parti » (2).

E la stessa giurisprudenza ha più volte riaffermato che, ai sensi degli art. 421 e 437 c.p.c., l'esercizio del potere d'ufficio del giudice, pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa, non è meramente discrezionale, ma si presenta, come è stato precisato, quale potere-dovere, avendo lo stesso giudice l'obbligo - in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c. e dal disposto di cui all'art. 111, comma 1, cost. sul « giusto processo regolato dalla legge » - di esplicitare le ragioni per le quali reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga, invece, di non farvi ricorso; e ha poi rimarcato come nel rispetto del principio dispositivo i poteri istruttori non possano in ogni caso essere esercitati: sulla base del sapere privato del giudice, o con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non acquisiti al processo in modo rituale, o con l'introduzione delle c.d. « prove atipiche », ovvero con l'ammissione di una prova contro la volontà di ambedue le parti di non servirsi di detta prova, o, infine, con il consentire in presenza di una prova già espletata su punti decisivi della controversia, l'espletamento di una prova diretta a sminuirne l'efficacia e la portata, specialmente nei casi in cui - come avviene per la prova per testi - un corretto esercizio del contraddittorio e del diritto di difesa impone alle parti di espletare la prova in un unico contesto (3).

È indubbio che il riconoscimento al giudice del lavoro di incisivi poteri istruttori trovi la sua *ratio* nella natura dei diritti spettanti al lavoratore, meritevoli di una tutela differenziata sul piano processuale in ragione della loro natura e del loro rilievo socio-economico, e che in molti casi ricevono anche una copertura a livello costituzionale. Tale *ratio*, volta a segnare su un piano generale la specialità del rito del lavoro rispetto a quello ordinario - e che finisce per accentuare nell'area giuslavoristica l'esigenza di perseguire una giustizia volta a conciliare la celerità del processo con l'accertamento della verità materiale - non può però condurre sul piano istruttorio ad assumere le prove seguendo modalità diverse da quelle dettate dal codice di rito e che finiscano per violare disposizioni di legge, sicché non può condividersi l'opinione che i poteri ufficiosi del giudice possano essere estesi sino a consentire l'ingresso nel processo delle c.d. prove atipiche e men che meno delle c.d. « prove illecite » (4).

2. Esercizio e limiti dei poteri istruttori del giudice del lavoro. - La lettera del comma 2 dell'art. 421 c.p.c. ha portato ad affermare che il giudice del lavoro può ammettere la prova della simulazione anche al di fuori dei limiti previsti dall'art. 1417 c.c., perché la suddetta disposizione nel consentire l'ammissione dei mezzi di prova « anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile », si riferisce alle disposizioni generali di cui agli art. 2721, 2722 e 2723 c.c., alle quali si collega l'art. 1417 (5); principio questo estensibile anche alle controversie aventi ad oggetto i rapporti indicati nell'art. 409, n. 2, c.p.c. (mezzadria, colonia parziale, compartecipazione agraria, affitto a coltivatore diretto ed altri contratti agrari) che, pur essendo devoluti alla competenza della sezione specializzata agraria, sono soggetti al rito del lavoro e, quindi, anche alle regole attinenti all'acquisizione ed espletamento delle prove (6).

Ulteriore corollario dei principi sopraenunciati è che - sebbene il disposto dell'art. 208 c.p.c. in tema di assunzione della prova debba trovare applicazione anche nel rito del lavoro perché volto ad accelerare con la previsione della decadenza i tempi del giudizio (7) - il giudice, alla stregua degli art. 421, comma 2, e 437, comma 2, c.p.c., ben può, nonostante la verificatasi decadenza, ammettere la prova (escutendo, ad esempio, i testi non citati dalle parti) allo scopo di superare le incertezze sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione, senza che a ciò osti, dunque, il verificarsi anche di ogni preclusione; e, per le stesse ragioni, può al di fuori delle condizioni di cui all'art. 257 c.p.c., disporre l'escussione di un teste (tardivamente indicato) in sostituzione di altro debitamente indicato, che non sia stato possibile esaminare (8).

Ciò premesso va osservato sul punto come nel rito del lavoro i poteri d'ufficio si esplicano con maggiore incisività, atteso che ai sensi dell'art. 104, comma 1, disp. att. c.p.c. - così modificato dall'art. 52, comma 4, l. 18 giugno 2009 n. 69 - la decadenza per mancata intimazione del teste senza giustificato motivo è pronunciata (diversamente da quanto avveniva in precedenza) d'ufficio dal giudice anche se detta decadenza può essere impedita dalla volontà della controparte che dichiara di avere interesse all'audizione del teste; previsione questa da considerarsi espressione del generale principio secondo cui la prova una volta ammessa diviene comune a tutte le parti, per cui ai sensi dell'art. 208, comma 1, c.p.c. viene sanzionata con la decadenza dalla prova l'assenza all'udienza della parte che l'ha richiesta o su istanza della quale deve proseguire, sempre anche in questo caso che l'altra parte non ne chieda l'assunzione (9).

La *ratio* di agevolare il perseguimento della verità materiale, posta di certo alla base del consentito maggiore utilizzo della prova per testi nel rito del lavoro, induce ad affermare che l'ambito applicativo dell'art. 421, comma 2, c.p.c. non possa invece estendersi sino al superamento dei principi stabiliti dall'ordinamento per determinati e specifici atti in ordine alla forma, sia *ad probationem* che *ad substantiam*, apparendo a tale fine decisiva la

considerazione che una diversa opinione finirebbe, da un lato, per contraddire le finalità sovente di rilievo pubblico sottese alla prescritta forma e, dall'altro, per determinare in numerosi casi ricadute in termini pregiudizievoli per lo stesso lavoratore per essere nell'area giuslavoristica il rigoroso e compiuto rispetto della forma scritta sovente prescritto a tutela della parte più debole del rapporto (10).

L'uso dei poteri d'ufficio da parte del giudice del lavoro può essere oggetto di controllo in sede di legittimità da parte della cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3 e 5, c.c. (nel caso in cui il ricorso a tali poteri o il mancato esercizio degli stessi comporti una violazione o falsa applicazione dei principi indicati o sia supportato da ragioni prive di coerenza logica) o anche ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c. (nel caso in cui, denunziandosi un vizio riguardante l'attività procedimentale, il potere del giudice venga sindacato sotto il versante della nullità della sentenza o del procedimento) (11).

3. Prove costituite e costituende nel rito del lavoro. - Con Cass., sez. un., 20 aprile 2005 n. 8202 e 8203 (12) - la prima riguardante il rito del lavoro e la seconda quello ordinario - le sezioni unite hanno composto un contrasto giurisprudenziale in relazione alle preclusioni istruttorie in appello, ribaltando un principio che in passato era stato disatteso solo da alcuni pronunziati dei giudici di merito e di legittimità.

Più precisamente con le ricordate decisioni si è statuito che i documenti possono essere prodotti in appello - sia con riferimento al rito del lavoro che a quello ordinario - con gli stessi limiti cui sono state sempre ritenute assoggettate le prove costituende (ad esempio, la prova per testi), e cioè solo in presenza delle condizioni prescritte rispettivamente dall'art. 345, comma 3, e dall'art. 437, comma 2, c.p.c., con la conseguenza che il limite temporale per produrre i documenti è costituito dagli atti introduttivi del giudizio di primo grado, a sensi degli art. 163 e 166 c.p.c. per il rito ordinario, e dagli art. 414 e 416 c.p.c. per il rito del lavoro, sicché l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tali atti, determina la decadenza da tale prova, laddove in precedenza si era, con una opinione pressoché concorde, ritenuto che la prova documentale fosse acquisibile al processo anche durante l'intero corso del giudizio d'appello.

La prova documentale può però trovare ancora adesso ingresso nel giudizio d'appello se sia ritenuta dal collegio giudicante « indispensabile » o se la tardiva esibizione in giudizio risulti dovuta al tempo della loro formazione o, infine, se dipenda da causa non imputabile alla parte perché correlata all'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso e alla memoria di costituzione (ad esempio, a seguito di riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa del terzo).

È stato rilevato in dottrina che le decisioni ora ricordate: hanno assegnato al sistema delle preclusioni processuali una portata sicuramente più pregnante rispetto al passato al fine di

perseguire il principio della ragionevole durata del processo, sancito non solo dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ma anche dall'art. 111 cost., così come modificato dalla l. cost. n. 2 del 1999; hanno anche sottolineato come la stessa C. cost. 21 marzo 2002 n. 78 avesse già osservato che, ferma la necessità di rispettare le regole del contraddittorio, il principio della ragionevole durata del processo costituisce un parametro di costituzionalità delle norme processuali; e hanno infine osservato che sovente le sezioni unite hanno giustificato *revirement* giurisprudenziali proprio in ragione del suddetto principio (13).

Da parte dell'indirizzo dottrinario, che pure era stato severamente critico sull'arresto delle sezioni unite, si è infine preso atto che, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 69, cit. « l'art. 345 è stato riformulato per accogliere la soluzione fatta propria da Cass., sez. un., 20 aprile 2005 n. 8202 e 8203 » (14), e si è riconosciuta l'opportunità della riforma stante la grave crisi della giustizia civile italiana, connessa all'irragionevole durata dei processi « che giustifica una scelta di valori, pur astrattamente non condivisibile sempre e comunque, a favore del principio di economia processuale anche laddove ciò possa comportare, come in questo caso, conseguenze negative rispetto alla ricerca della verità materiale » (15).

I giudici di legittimità nell'affermare in Cass., sez. un., 20 aprile 2005 n. 8203, cit., che devono reputarsi « indispensabili », ai fini della loro acquisizione in appello, le prove documentali suscettibili di avere sulla decisione della controversia un'influenza causale più incisiva di quelle prove da considerarsi « rilevanti », hanno mostrato di volere condizionare l'acquisizione delle suddette prove alla loro idoneità - in ragione della loro portata accertativa - di condurre a un completo rovesciamento della decisione del primo giudice; e gli stessi giudici hanno precisato anche come il giudizio sulla « indispensabilità » vada comunque devoluto al giudice del gravame in quanto comporta una valutazione che non può prescindere da un esame dello specifico e globale quadro probatorio già acquisito e che - se assistita da una motivazione congrua e corretta sul piano logico-giuridico - non è suscettibile di alcuna censura in sede di legittimità (16).

Invero, in ordine alla natura e individuazione del requisito della « indispensabilità » del mezzo di prova non si è ancora pervenuti ad approdi giurisprudenziali o dottrinali appaganti e, tanto meno, concordi, perché l'unico punto certo è che il suddetto requisito non può intendersi alla lettera perché il principio dell'onere della prova, racchiuso nell'art. 2697 c.c., consente (e anzi impone) al giudice di decidere comunque pure in mancanza di qualsiasi prova (17).

Comunque, in un quadro riassuntivo delle diverse posizioni dottrinarie riscontrabili in materia (18) va segnalato che, secondo un primo orientamento sarebbe persino velletario ritenere di potere distinguere in concreto il requisito della « indispensabilità » da quello della « rilevanza », sempre necessario per l'ammissione in giudizio della prova, finendosi

per tale via per accrescere le possibilità di acquisizione delle prove documentali nel giudizio di appello (19).

Altro indirizzo - di più accentuata severità circa i tempi di deposito dei documenti - ha invece ritenuto che con la nozione di indispensabilità si sia inteso fare riferimento a un requisito di « intensa rilevanza », equiparabile alla « decisività » delle prove, capaci in quanto tali di giustificare la proposizione della revocazione c.d. « straordinaria » ai sensi dell'art. 395, n. 2 e 3, c.p.c., con l'effetto che possono trovare ingresso in sede di gravame solo quelle prove che da sole possono giustificare una pronunzia, sia essa di conferma ovvero di riforma, della sentenza impugnata (20).

A riprova della molteplicità degli orientamenti riscontrabili in materia, non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza, si è fatto, infine, riferimento anche: alla tesi secondo cui risulterebbero indispensabili i mezzi di prova necessari e decisivi per la pronunzia di secondo grado, cioè quelli vertenti su fatti verosimilmente idonei a orientare in modo determinante il convincimento del giudice circa la decisione da prendere; e all'opinione che ha evidenziato in una diversa ottica, come vadano reputate « indispensabili » solo quelle prove che vertono su « fatti decisivi », cioè su fatti idonei da soli a portare alla definizione della controversia.

Soluzione quest'ultima da ritenersi preferibile alle altre perché allorquando il legislatore ha inteso fare riferimento alla semplice « rilevanza » dei nuovi documenti in appello l'ha detto espressamente, come è avvenuto, ad esempio, attraverso il disposto dell'art. 702-*quater* c.p.c. con riferimento al procedimento sommario di cognizione, che consente una maggiore flessibilità nell'ammissione dei *nova* in appello, proprio in ragione del carattere sommario dell'istruzione del procedimento in cui la suddetta norma si inserisce.

La ora riportata soluzione non è poi, di certo, meritevole di critiche a causa della sua rigidità nei casi in cui si richieda che la prova sia in grado di condurre a una modificazione su un punto della decisione impugnata e di uno qualsiasi dei giudizi di fatto su cui si fonda il contenuto di essa e, quindi, ad esempio, anche solo con riguardo alla quantificazione della condanna e/o alle sue varie voci (21).

Da quanto sinora detto emerge comunque che rimangono dubbi su una tematica di particolare importanza, in quanto il legislatore del 2009, nel recepire integralmente le statuizioni degli indicati approdi giurisprudenziali, non si è curato di dare alcuna individuazione dei criteri da seguire per il deposito in appello dei nuovi documenti, non avendo in alcun modo esplicitato gli elementi per ritenere detti documenti « indispensabili ai fini della decisione della causa ».

Conseguentemente finirà per essere devoluta al giudice di legittimità - essendosi in

presenza di una qualificazione giuridica - il compito di indicare il criterio generale su cui parametrare l'indispensabilità della prova documentale e, conseguentemente, la sua acquisizione in sede di gravame, fissando al riguardo una *regola iuris*.

In una lettura costituzionalmente orientata del disposto dell'art. 345, comma 3, c.p.c. (volto a conseguire i principi dell'economia processuale e della ragionevole durata del processo) la suddetta regola - che se violata dal giudice d'appello consentirà il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. - non potrà però che essere particolarmente rigorosa, dovendosi nel requisito della « indispensabilità » ravvisarsi la volontà del legislatore a che i giudici di merito siano severi nell'ammettere nuovi mezzi di prova in appello (22).

Per concludere, va ribadito ancora una volta che in un assetto ordinamentale volto a fissare un giusto equilibrio tra « accertamento della verità materiale » e « ragionevole durata del processo » dovranno, dunque, essere valutati come indispensabili quei nuovi mezzi di prova, che non siano semplicemente « rilevanti » ma che risultino « necessari » per la conoscenza di fatti decisivi per il giudizio di appello, e che attengano, quindi, a circostanze, eventi e altri elementi che, se accertati, risultino idonei a rovesciare la decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado. Soluzione questa che oltre ad agevolare, come detto, il perseguimento di un processo più giusto e più celere, finisce anche per limitare la discrezionalità del giudice con il ridurre drasticamente casi di acquisizione al processo di nuovi documenti (23), nel rispetto della *ratio* sottesa all'art. 345 c.p.c.; norma questa che mostra con la sua nuova formulazione di volere accreditare definitivamente la tesi dell'appello come mera *revisio prioris instantiae*, rendendo impraticabili tutti i residuali tentativi di configurare il giudizio di gravame come una prosecuzione e un completamento di quello di primo grado (24).

E a tale riguardo non può sottacersi sotto altro versante come l'esigenza di abbreviare i tempi della giustizia in un processo, quale quello del lavoro, caratterizzantesi anche per la concentrazione degli atti processuali, richieda anche che i documenti, non potuti allegare in precedenza per la loro novità o per altre cause non imputabili alla parte che intende avvalersene, siano esibiti nella prima udienza successiva alla loro formazione o successiva al momento in cui si è verificata la causa che ne giustifica l'acquisizione al giudizio (25).

4. Istruzione della causa e mezzi di prova (accesso sul luogo del lavoro, prova testimoniale, richieste di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali). - Con specifico riferimento all'art. 421 c.p.c. - oltre quanto già detto - in dottrina è stato ricordato che tale norma relativa alla fase istruttoria è stata considerata una delle disposizioni che si segnala per un alto tasso di novità e di diversità in quanto, a differenza di ciò che prevede per il processo ordinario l'art. 115 c.p.c., imprime al processo un carattere accentuatamente ufficioso, anche se è stato puntualizzato che in tale giudizio vi è qualche

esagerazione sia perché il processo ordinario è ben lontano dall'essere un modello improntato a un puro principio dispositivo e sia perché il processo del lavoro non appartiene al tipo completamente inquisitorio (26).

Dopo avere messo in risalto che il vero e delicatissimo problema correlato alla lettura della norma scrutinata è quello di stabilire se il potere ufficioso possa essere dal giudice utilizzato per salvare la parte che sia incorsa in decadenza, è stato poi ammesso seppure a malincuore - perché operando in tal modo il giudice finisce con l'essere un giudice di parte - che il legislatore, concependo il potere ufficioso, ha pensato proprio a quei casi in cui la richiesta delle parti sia tardiva per una intervenuta decadenza, e tutto ciò perché « nel processo del lavoro le situazioni controverse spesso riguardano diritti indisponibili o situazioni meritevoli di particolare protezione per essere una delle parti istituzionalmente in una situazione deteriore ».

E in un'ottica sostanzialmente adesiva alle sopramenzionate statuizioni della giurisprudenza di legittimità, si è poi aggiunto che un corretto esercizio del potere da parte del giudice presuppone che egli lo giustifichi in ragione della particolare situazione sostanziale che è oggetto della controversia, anche se in tal modo non possano escludersi arbitri e disparità di trattamento (27).

Ma la norma in esame, oltre che dettare principi di carattere generale aventi una rilevante ricaduta su tutti gli strumenti probatori, fa specifico riferimento ad alcune prove che il legislatore - nel ritenere di particolare utilità per l'accertamento della verità dei fatti di causa in ragione della consistenza degli interessi da tutelare - ha assoggettato ad una specifica disciplina che ne segna in qualche misura una differenza dalle generali regole istruttorie vigenti nel rito ordinario.

E infatti, condizione per l'ammissibilità dell'accesso sul luogo del lavoro - che si concretizza in una forma di ispezione che necessita, diversamente da quanto prescritto dall'art. 118 c.p.c., di una richiesta di parte - è la sua indispensabilità per l'accertamento di fatti oggetto del giudizio, per la migliore comprensione dei quali il giudice può ritenere utile anche l'esame dei testimoni nel luogo stesso ove viene prestata l'attività lavorativa (28). L'accesso inoltre non è surrogabile dalla consulenza tecnica (29), sicché il giudice del lavoro può nel silenzio della l. n. 533 del 1973 sempre avvalersi d'ufficio - e quindi anche senza una richiesta delle parti - dei poteri di ispezione, disponendo il detto accesso con le forme e le modalità stabilite dall'art. 118 c.p.c. (30).

Pur dovendosi rimarcare che l'istituto ora in esame non è stato utilizzato nei termini originariamente previsti - anche con riferimento ai processi aventi ad oggetto la determinazione della qualifica (o livello professionale) del lavoratore per i quali la utilità conoscitiva dell'accesso del giudice non può essere di certo disconosciuta - tra i pochi

precedenti giurisprudenziali in materia va segnalato il principio di diritto enunciato dai giudici di legittimità secondo cui l'art. 421 c.p.c. - nello stabilire che il giudice dispone, su istanza di parte, l'accesso sul luogo di lavoro, purché necessario al fine dell'accertamento dei fatti - non solo esclude che tale accesso sia obbligatorio a seguito della istanza di parte, ma limita la stessa discrezionalità del giudice il quale può disporre l'accesso solo se lo ritiene necessario e non semplicemente utile (31).

Pur non incontrando, come si è visto, nel rito del lavoro la prova per testimoni i limiti generali previsti dal codice civile, i poteri istruttori ufficiosi di cui all'art. 421 c.p.c. non possono sopperire ad alcune gravi omissioni delle parti - come ad esempio alla mancata indicazione nel ricorso dei capitoli di prova - così da porre il giudice in funzione sostitutiva degli oneri delle parti medesime e così da tradurre i poteri ufficiosi anzidetti in poteri d'indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale (32); detti poteri possono, inoltre, essere esercitati in forma meramente discrezionale attraverso la scelta del mezzo probatorio ritenuto più adatto alla verifica della tesi di parte per cui, nel caso di esclusione della prova per testi, la relativa scelta non è assoggettata al sindacato in sede di legittimità, anche quando manchi un'espressa motivazione sul punto, dovendosi ritenere che il giudice stesso abbia reputato, in maniera implicita, la sufficienza degli elementi probatori già acquisiti (33).

Come si è in precedenza riferito, il giudice del lavoro d'ufficio (art. 421, comma 2, c.p.c.) o anche su istanza di parte (art. 425 c.p.c.) può chiedere alle associazioni sindacali indicate dalle parti (che a differenza di quanto statuito per le azioni concesse dallo statuto possono essere anche quelle non tradizionali, e cioè formazioni diverse e minori, quali le rappresentanze sindacali aziendali) (34) « di rendere in giudizio, tramite un rappresentante, informazioni e osservazioni orali o scritte » e queste possono essere rese pure nel luogo di lavoro ove sia stato disposto l'accesso ai sensi del comma 3 dell'art. 421 (35).

L'associazione sindacale, che è sempre libera di rendere o meno le informazioni richieste in ragione del principio della libertà sindacale (36), se rende tali informazioni non può però condurre alla modifica del *thema decidendum* con l'allegazione di fatti nuovi e diversi da quelli che sono stati posti dalle parti a fondamento delle domande o eccezioni, non essendo la sua posizione quella di parte del processo (37). Deve ritenersi, quindi, che le informazioni e osservazioni fornite in giudizio dall'associazione sindacale, salva l'ipotesi in cui siano suffragate da elementi aventi un'intrinseca valenza probatoria, hanno la funzione di fornire chiarimenti ed elementi di valutazione riguardo agli elementi di prova già disponibili, rientrando, in tali limiti, nella nozione di « materiale istruttorio valutabile dal giudice » (38). Dette informazioni sono state, quindi, correttamente assimilate alle risultanze della consulenza tecnica perché come quest'ultima mirano a offrire al giudice non solo la narrazione dei fatti storici, ma anche la interpretazione dei medesimi e la elaborazione di quelle massime di comune esperienza, che tanta parte occupano nel

ragionamento del giudice (39).

In tale ottica non può che scaturire, in ragione di un'indubbia coerenza logica, che alla disciplina applicabile in materia può in buona misura estendersi quella regolante la consulenza tecnica nel rito ordinario, con la conseguenza che il provvedimento del giudice va assunto nella piena osservanza del contraddittorio delle parti, e ancora che le informazioni ed osservazioni rese da rappresentanti di associazioni sindacali non possono essere ignorate del tutto né essere disattese dal giudice del merito senza una logica e congrua motivazione e, quindi, sulla base, ad esempio, della mera e apodittica affermazione della loro erroneità (40).

Sul piano della realtà fattuale non può però sottacersi che il lodevole intento sotteso al disposto dell'art. 425 c.p.c. - volto ad agevolare l'interpretazione del contratto collettivo - non ha ottenuto l'effetto sperato. Le organizzazioni sindacali nella stesura delle pattuizioni sindacali, allorquando queste siano destinate ad avere ricadute non repute soddisfacenti dai lavoratori, sono spesso indotte per non perdere il consenso acquisito a rivestire le suddette clausole con formule criptiche e, quindi, di difficile lettura; per di più il ricorso ad accordi ambigui non di rado rappresenta l'unico modo che consente alle parti sociali di aggirare ostacoli non altrimenti superabili. Circostanze tutte queste che spiegano, in buona misura, la mancata risposta alle richieste di informazioni avanzate dal giudice, che, se fornite, finirebbero per fare emergere le vere ragioni che stanno alla base delle pattuizioni raggiunte (41).

5. Rito del lavoro, prove atipiche e testimonianza scritta. - Oltre agli strumenti istruttori in precedenza esaminati, l'esigenza di pervenire a un processo che, attraverso i principi chiovendiani della oralità, concentrazione e immediatezza, ne persegua la celerità unitamente all'accertamento della verità materiale è dimostrato anche dagli art. 424 c.p.c. e 145 disp. att. c.p.c. che - come è stato rilevato - rendono più semplici le forme e più brevi i tempi per l'affidamento e l'espletamento della consulenza tecnica, e dall'art. 422 c.p.c., che consente al giudice di autorizzare la registrazione su nastro delle deposizioni, in luogo della tradizionale verbalizzazione (42).

Per quanto attiene alla consulenza - cui si ricorre sovente nel rito del lavoro soprattutto in materia previdenziale - va evidenziato come l'art. 424 c.p.c. vada ora letto unitamente al nuovo disposto dell'art. 195 c.p.c. che, nel comma 3 relativo al deposito della relazione, instaura un *iter* procedurale volto a garantire ulteriormente i diritti difensivi delle parti e a incidere in termini ulteriormente positivi sulla celerità del giudizio, eliminando la consueta prassi della richiesta delle parti volta, dopo il deposito dell'elaborato, a ottenere un rinvio dell'udienza per la presentazione delle osservazioni alle conclusioni peritali (43).

L'accertamento della verità materiale, che, come si è più volte ricordato, costituisce la

ragione giustificativa dei poteri ufficiosi del giudice consente di dare ingresso anche nelle controversie di lavoro alla registrazione su nastro magnetico di conversazioni telefoniche, che secondo la giurisprudenza, può costituire fonte di prova, a norma dell'art. 2712 c.c., se colui contro il quale la registrazione è prodotta non contesti che la conversazione sia realmente avvenuta e che abbia avuto il tenore risultante dal nastro, sempre che non si tratti di conversazione svoltasi tra soggetti estranei alla lite, perché all'ammissibilità di una prova siffatta non osta la previsione di cui all'art. 615-*bis* c.p., che incrimina le indebite interferenze da parte di terzi estranei alla conversazione, ma non ne vieta la riproduzione da parte del destinatario del messaggio telefonico (44). Ugualmente i dischi cronotachigrafi, in originale o in copia, assumono efficacia probatoria ai fini del lavoro prestato da un dipendente autotrasportatore e, quindi, dello straordinario svolto dallo stesso, mentre ove da controparte ne sia disconosciuta la conformità ai fatti in essi registrati e rappresentati, tali dischi non sono idonei da soli a fornire piena prova, stante la preclusione sancita dall'art. 2712 c.c., occorrendo a tal fine che la presunzione semplice costituita dalla contestata registrazione o rappresentazione sia supportata da ulteriori elementi (45).

Quanto ora detto spiega il perché la giurisprudenza in materia di rito del lavoro si sia mostrata in qualche occasione permeabile alla necessità di dare ingresso anche a mezzi istruttori, formati al di fuori del processo e sottratti all'immediato controllo del giudicante, proprio in ragione della loro utilità per il perseguimento di un più completo accertamento dei fatti di causa e di una giustizia più celere. E ciò induce, anche alla stregua della novella del 2006 e di quella del 2009, a rivisitare - pur in assenza di un'esplicita legittimazione normativa (come quella rinvenibile nell'art. 189 del codice di rito penale) - l'indirizzo giurisprudenziale in precedenza ricordato, che ha negato il riconoscimento nel nostro assetto ordinamentale della categoria delle prove atipiche nel processo civile, di cui si ravvisa il fondamento per un verso nella mancanza nel nostro codice di procedura civile, di una norma di chiusura del catalogo delle prove, e per altro verso nel c.d. « diritto alla prova », che promana dall'art. 24 cost. (46).

In uno studio sulle prove atipiche nel rito del lavoro si è ricordato che una parte consistente della dottrina, in ossequio al principio della legalità in senso ampio dei mezzi di prova, ha escluso l'assunzione nel processo di prove atipiche, e questo al fine di assicurare un principio di parità difensiva delle parti, ancorata al dato normativo, e di evitare così che il giudice tragga il proprio convincimento da un suo processo mentale alla cui formazione e al cui controllo - a differenza di quello che accade per il mezzo di prova normativamente tipizzato - le parti rimangono estranee per insuperabile legge di natura; con riferimento poi alla giurisprudenza si è rilevato come le conclusioni cui si è giunti in materia, siano state meno rigorose riconoscendosi normalmente l'ammissibilità delle prove atipiche, le cui risultanze sono suscettibili di costituire elementi di convincimento del giudice nell'ambito del principio del libero apprezzamento delle stesse, per cui esse non assumendo il valore

di prova piena, perché prive dell'efficacia propria degli strumenti istruttori tipici, da sole non sono idonee a sorreggere la decisione (47).

Orbene l'opinione che patrocina l'assunzione nel processo delle prove atipiche - seguita dalla dottrina maggioritaria - trova fondamento nei poteri istruttori d'ufficio, consacrati nel rito del lavoro dagli art. 421 e 437 c.p.c., e ora in un ulteriore supporto normativo rappresentato dai commi 1 e 2 dell'art. 111 cost. per risultare in molte controversie le suddette prove - anche se le loro risultanze necessitano di adeguati riscontri nei mezzi istruttori tipicizzati o in specifici meccanismi processuali (quali, ad esempio, quelli correlati al principio di non contestazione) - utili per l'accertamento della verità materiale e per la riduzione degli attuali tempi del processo, condizione quest'ultima di certo necessaria per rendere il processo anche « giusto » (48).

Ragioni queste che portano a condividere i *dicta* giurisprudenziali secondo cui: le prove assunte in un diverso processo civile o penale tra le stesse parti configurano degli indizi capaci di fornire utili e concorrenti elementi di giudizio (49); le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà previste dall'art. 4 l. n. 15 del 1968, se rimangono prive di qualsiasi rilevanza anche indiziaria nel processo civile qualora costituiscano l'unico elemento esibito in giudizio al fine di provare un elemento costitutivo dell'azione o dell'eccezione (atteso che la parte non può derivare elementi di prova a favore, ai fini del soddisfacimento dell'onere di cui all'art. 2697 c.c., da proprie dichiarazioni non asseverate da terzi) (50), assumono invece, se sottoscritte da un terzo, la stessa rilevanza di qualsiasi scrittura proveniente da un soggetto che non è parte del giudizio, potendo costituire un indizio, la cui valutazione devoluta al giudice di merito può, unitamente ad altre risultanze istruttorie, rappresentare il fondamento della decisione (51).

E quanto sinora detto induce a condividere l'ulteriore assunto secondo cui gli accertamenti tecnici stragiudiziali allegati da una parte, ancorché contestati dalla controparte, sono idonei a costituire indizi tali da giustificare un approfondimento istruttorio secondo i principi di disposizione della prova e del libero e motivato convincimento del giudice (52), nonché l'orientamento, anche esso seguito in giurisprudenza, che prendendo in esame i processi verbali redatti da pubblici ufficiali (ad esempio, dalla polizia, dagli ispettori dell'**INPS** o del lavoro) riconosce ad essi, con riferimento alla veridicità delle dichiarazioni raccolte, un valore indiziario, suscettibile di essere integrato da altri elementi di convincimento (53).

Qualche breve considerazione su di un diverso piano sollecita invece l'esame dell'art. 257-*bis* c.p.c. (norma aggiunta dall'art. 46, comma 8, l. n. 69, cit.) - sulla testimonianza scritta, che è stata introdotta allo scopo di snellire l'istruttoria ma che, per essere circondata da mille cautele, può di fatto pregiudicare la potenzialità acceleratoria e la spinta deflattiva di tale particolare strumento (54). Con riferimento a tale nuova prova - che richiede l'accordo delle parti e il provvedimento di ammissione del giudice tenuto conto della « natura della

causa e di ogni altra circostanza » è stato detto in senso accentuatamente critico: che il prezzo da pagare per tale innovazione sarà certamente caro in termini di accertamento della verità, giacché la dichiarazione stragiudiziale del teste viene resa da quest'ultimo al di fuori di ogni collaborazione con il giudice, talché costui è privato di ogni possibilità di intervenire sulle risposte date dal teste, vanificandosi così l'esito di un migliore accertamento dei fatti (55); che ogni distacco dalle numerose formalità prescritte dall'art. 257-*bis* c.p.c. e dall'art. 103-*bis* c.p.c. si tradurrà sovente in un vizio che il giudice tenderà a sanare con la valvola della salvezza dell'ultimo comma dell'art. 257-*bis* e cioè chiamando il testimone a deporre dinanzi a sé con notevole pregiudizio per la durata del processo (56); che in concreto la nuova testimonianza potrà rivelarsi inutile perché è « alquanto complicato immaginare che le parti siano concordi nell'ammissibilità di una testimonianza resa per iscritto e non nel contraddittorio orale a meno che ricorrano casi [...] di sostanziale pacificità dei fatti su cui la prova è richiesta (che rendono inutile la prova) », e perché, per di più, i poteri del giudice verranno ridotti « nella valutazione di questa nuova testimonianza, dato che viene sicuramente meno il criterio dell'attendibilità del teste », essendo impossibile valutare l'esistenza nel teste delle indispensabili condizioni psichiche per ritenerne la credibilità ed essendo prevedibile un aumento delle ipotesi di testimonianze artificiose e, presumibilmente, false (57).

Si è infine rilevato che la testimonianza in esame resta una prova costituenda (tipica), che si forma in occasione e all'interno del processo, ancorché un tratto della sua assunzione (la compilazione dell'apposito rimedio ad opera del teste) rimanga al di fuori dell'udienza e del diretto controllo del giudice (58).

Quanto ora detto induce a concludere che la testimonianza scritta non possa trovare ingresso nel rito del lavoro per risultare inconciliabile con i principi di oralità, concentrazione e immediatezza che caratterizzano detto rito. Ed infatti, l'espletamento del nuovo mezzo istruttorio per le modalità e la procedura da seguire e per i tempi necessari ai numerosi adempimenti richiesti finirebbe per snaturare il processo del lavoro, incentrato sull'udienza di discussione ex art. 420 c.p.c., modellata come sede in cui - sulla base di fatti già allegati e di mezzi istruttori già richiesti ex art. 414 c.p.c. - il giudice può ammettere le prove e procedere al loro espletamento per decidere la controversia in pochissime udienze ravvicinate, sempre che non sia possibile farlo in un'unica udienza. In altri termini l'ammettere la testimonianza scritta finirebbe per incidere negativamente sulla celerità del processo del lavoro, non solo per le ragioni poste a fondamento delle critiche avanzate all'art. 257-*bis* c.p.c. ma anche per le complesse modalità cui detta prova deve sottostare; essa limiterebbe inoltre drasticamente l'oralità - altro elemento qualificante del processo del lavoro - con possibili ricadute negative pure sull'accertamento della verità materiale, che viene di certo agevolata da una partecipazione diretta ed attiva del giudice al processo, che gli consente - in primo luogo con l'interrogatorio delle parti e con una presenza attiva all'espletamento delle prove costituenti, quale quella per testi - di avere

piena contezza dei fatti di causa e di controllare la veridicità delle dichiarazioni di coloro che sono chiamati a deporre, al fine di pervenire a una pronunzia, che giunga in tempi ragionevoli e che sia nello stesso tempo giusta (59).

6. Ammissione e valutazione delle prove, nomofilachia e certezza del diritto. - È stato osservato che il rischio di un uso parziale di un potere discrezionale non lo si esorcizza negando (ma necessariamente solo in parte) il potere stesso, bensì individuando i criteri alla cui stregua il potere discrezionale deve essere esercitato, sicché il giudice (in ottemperanza a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c. e 111, comma 1 cost.) deve esplicitare i motivi per cui nella singola fattispecie ha ritenuto di fare ricorso all'uso dei poteri istruttori o di non accogliere la richiesta (di una delle parti) di esercizio di tali poteri (60). In logica coerenza con tale assunto si è poi precisato che un uso imparziale dei poteri d'ufficio impone che alla parte contro la quale tali poteri siano stati esercitati spetti il diritto di difendersi, con la conseguenza che se essa è incorsa in qualche preclusione o decadenza, può - al fine di reagire all'esercizio di quel potere d'ufficio di cui il giudice ha fatto uso « in qualsiasi momento » - prescindere a sua volta da preclusioni e decadenze, da cui è stata, in ipotesi, colpita (61).

Orbene, spetta alla Corte di cassazione - i cui compiti nomofilattici sono stati progressivamente accresciuti per garantire, con la certezza del diritto, anche una effettiva parità di trattamento tra coloro che rivendicano nel processo identiche pretese - individuare i limiti e le modalità di esercizio dei singoli mezzi istruttori, fissare i criteri per un corretto uso dei poteri d'ufficio del giudice di merito nonché stabilire sicuri parametri per la risoluzione dei delicati problemi attinenti all'onere della prova e alla ripartizione di tale onere ai sensi all'art. 2697 c.c.

Si è detto - con indubbia e piena corrispondenza con la realtà fattuale - che non vi è questione che non ponga ai giudici (e, prima ancora, a coloro che chiedono tutela giudiziaria) problemi di ripartizione degli oneri probatori, e si è osservato che per le parti diventa, inoltre, necessario cercare di pronosticare quale sarà l'atteggiamento del giudice in ordine al problema probatorio per potere convenientemente modellare la propria linea difensiva, il che comporta che le linee del ragionamento giudiziale siano prevedibili (62).

Ma tale prevedibilità deve riguardare non solo la soluzione delle tematiche esclusivamente tecniche attinenti i singoli mezzi istruttori e la ripartizione degli oneri probatori ma, in qualche misura, anche l'utilizzazione delle risultanze istruttorie da parte del giudice, non certo al fine di una inammissibile, oltre che impossibile, limitazione della libera valutazione di dette risultanze, ma affinché nella fase decisoria non si introducano criteri suscettibili - perché estranei alle rigide regole predeterminate dall'art. 2697 c.c. - di vanificare con un *vulnus* alla razionalità del sistema quei principi di parità tra le parti del processo da tutti riconosciuti, come si è visto, pure a fronte dell'esercizio dei poteri d'ufficio del giudice.

Così, ad esempio, in una materia quale quella del giuramento suppletorio - in relazione alla quale la giurisprudenza ha avuto occasione di precisare con criteri, non sempre univoci e chiari, i presupposti per il suo deferimento attraverso la definizione della nozione di *semiplena probatio*(63), nonché di individuare la parte cui detto giuramento va deferito (64) e il momento temporale in cui può essere reso (65) - è legittimo avanzare riserve sulle statuizioni che, dopo avere qualificato il potere di deferimento del giudice come discrezionale *ex art. 2736, n. 2, c.c.*, ne hanno affermato l'insindacabilità o ne hanno riconosciuto spazi ridotti di sindacabilità (66).

7. Valutazione delle prove e giusto processo. - Una parte della dottrina, alla stregua dei principi del giusto processo di cui al novellato art. 111 cost., ha sostenuto infine che comunque voglia considerarsi il potere del giudice di deferimento del giuramento suppletorio (discrezionale o no) detto potere « deve necessariamente uniformarsi a determinati "criteri" da individuarsi dalla Corte di Cassazione in considerazione della funzione nomofilattica che l'ordinamento le attribuisce », e ha altresì precisato che detto potere « è suscettibile di essere controllato, anche in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 360, n. 3, 4 e 5, c.p.c. » (67).

Una siffatto assunto non può che assumere un valore e una portata di ampia applicazione dovendo valere in tutti quei casi in cui i provvedimenti del giudice, pur essendo devoluti alla sua discrezionalità, non possono però tradursi in una violazione dei principi regolatori del « giusto processo », come, ad esempio, allorquando i poteri ufficiosi siano esercitati senza assicurare un effettivo contraddittorio tra le parti tanto da determinare una sentenza c.d. « a sorpresa » (68); o allorquando l'ammissione delle prove abbia causato un effettivo squilibrio tra gli strumenti posti a disposizione delle parti ai fini della dimostrazione della verità dei fatti rispettivamente affermati (69); o allorquando, ancora, il giudice utilizzi fonti probatorie estranee al processo e aventi come tali valore indiziario e li faccia prevalere sulla richiesta di prove testimoniali da acquisire al processo, senza dare alcuna adeguata ragione circa la non necessità della domandata acquisizione (70).

Né può sottacersi che sempre in considerazione dei compiti nomofilattici della Corte di cassazione, è auspicabile, proprio per il perseguimento di un giusto processo, che vengano eliminati i dubbi che permangono tuttora pure nella giurisprudenza di legittimità in tema di prove atipiche - al fine di pervenire, previa la formulazione di una nozione identificativa della categoria - ad approdi giurisprudenziali certi sull'ammissibilità delle prove atipiche, nel rito ordinario ed in quello del lavoro, nonché sulla portata sulla decisione da attribuirsi a ciascuna di tali prove (71) - e infine sui c.d. « argomenti di prova » (come le risposte al libero interrogatorio e il comportamento processuale delle parti), che non sempre sono stati visti come meri elementi chiarificatori del materiale probatorio acquisito ma talvolta anche come elementi capaci di sorreggere la decisione quando vertano sui fatti

di causa, cioè su fatti direttamente percepibili o percepibili dalla parte che rende la dichiarazione (72).

Con riferimento al rapporto tra giusto processo e gestione delle prove suscita, infine, qualche riserva anche quell'indirizzo giurisprudenziale che - in luogo di ripartire l'onere probatorio tra le parti unicamente sulla base della generale regola dell'art. 2697 c.c. (secondo la quale chiunque chieda l'attuazione della legge in relazione a un diritto che faccia valere in via d'azione deve provare tutti quegli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento della domanda, mentre chi intenda far valere un diritto in via di eccezione deve provare i fatti modificativi e estintivi dell'avversa pretesa) - ha dato rilievo a un criterio - quale quello della particolare difficoltà della prova o della rilevanza degli interessi in gioco nella quale versa la parte chiamata a fornire la prova del suo assunto - del tutto estraneo alla lettera e alla *ratio* della suddetta norma civilistica. Tale indirizzo, riscontrabile soprattutto in materia giuslavoristica (73), non sembra attuativo del principio del giusto processo « regolato dalla legge » (art. 111, comma 1, cost.), perché finisce per valorizzare dati metagiuridici, che possono essere valutati soltanto in presenza di uno specifico intervento legislativo, come è comprovato significativamente proprio in materia di regolamentazione del rapporto di lavoro in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, in cui il legislatore ha proceduto con apposita disposizione a modificare la ripartizione degli oneri probatori fissata dall'art. 2697 c.c. (74).

Le considerazioni sinora svolte sono destinate ad assumere particolare rilievo pure con riferimento all'accertamento dei fatti negativi, dove l'innegabile difficoltà di prova di detti fatti non può essere addotta per giustificare statuizioni in qualche misura condizionate da criteri extragiuridici, dovendosi - nel rispetto della generale regola dell'art. 2697 c.c. e previa una rigorosa individuazione degli elementi che la norma configura come costitutivi o impeditivi delle pretese azionate in giudizio - onerare ciascuna parte della prova dei fatti fondanti le pretese proprie e di quelli che valgono invece a negare quelle avverse (75).

Note:

(1) Per un esame critico del disposto dell'art. 54 l. n. 69, cit., cfr.: ProtoPisani, La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura), in Foro it., 2009, V, 224.

(2) Cass., sez. un., 23 gennaio 2002 n. 761, in questa Rivista, 2002, I, 1245, cui addde Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353, in Foro it., 2005, I, 1135, con nota di Fabiani, Le Sezioni Unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro.

(3) Cass., sez. un. 17 giugno 2004 n. 11353, cit., cui addde Cass. 30 marzo 2006 n. 7543.

(4) Così Fabiani, op. cit., 1141. Sulle prove atipiche e sulla diversità tra queste prove e quelle illecite cfr., da ultimo, Lombardo L., Profili delle prove civili atipiche, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2009, 1447 s., che osserva come oggi la categoria delle prove atipiche sia

considerata da autorevole dottrina come una realtà del diritto vivente, della quale occorre prendere atto, e come l'esistenza di tale categoria sia riconosciuta soprattutto dalla pressoché totale giurisprudenza per avere i giudici, sospinti dalle pratiche esigenze di giustizia, ritenuto di non potere negare la tutela giurisdizionale in quelle situazioni nelle quali, pur in assenza di prove conformi al modello legale, i *facta probanda* risultino provati sulla base di elementi acquisiti attraverso strumenti processuali diversi da quelli codificati dal legislatore. Per la precisazione che non possono considerarsi « atipiche » le prove formate nel processo in violazione delle norme che regolano la formazione delle prove tipiche atteso che le prove nulle non sono affatto prove atipiche, ma niente altro che prove tipiche viziate e quindi non utilizzabili nel processo, cfr. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicue Messineo, continuato da Mengoni*, III, t. 2, Milano 1992, 384.

(5) Cass. 21 maggio 2002 n. 7465, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 889; e, più di recente, Cass. 17 aprile 2009 n. 9228.

(6) Al riguardo, cfr.: Cass. 27 gennaio 1986 n. 535; Cass. 6 agosto 1987 n. 6768, in *Inf. prev.*, 1988, 71.

(7) Sull'applicabilità dell'art. 208 c.p.c. al rito del lavoro, cfr.: Cass. 11 marzo 2005 n. 5416; Cass. 8 agosto 2003 n. 12004.

(8) Sull'applicabilità anche dell'art. 257 c.p.c. al rito del lavoro, cfr., in generale: Cass. 4 maggio 2009 n. 10239; Cass. 1° agosto 2000 n. 10077. Per l'assunto che il giudice del lavoro possa, fuori delle condizioni di cui all'art. 257 c.p.c., disporre l'escussione di un teste (tardivamente indicato) in sostituzione di altro debitamente indicato, che non sia stato possibile esaminare perché ammalato, cfr. Cass. 8 settembre 1988 n. 5095, che precisa come ciò rientri nei poteri istruttori conferiti al giudice dall'art. 421 c.p.c. in relazione a una prova testimoniale non ancora espletata.

(9) In questi termini, Ricci G.F., *La riforma del processo civile*, Torino 2009, 45 ss., che precisa anche come l'art. 104 disp. att. c.p.c. - nel prevedere una decadenza rilevabile d'ufficio e nel precisare che essa comunque può essere impedita dalla parte contraria a quella che ha richiesto la prova - vuol significare che la pronunzia di decadenza può essere pronunziata anche nel caso in cui la controparte sia assente; il che non può invece accadere nell'ipotesi generale dell'art. 208, comma 1, c.p.c.

(10) Cfr. al riguardo, per tutte: Cass. 28 dicembre 1996 n. 11540, in *Riv. dir. sport.*, 1997, 233, con osservazioni di Paganelli, secondo cui la disposizione dell'art. 4 l. 23 marzo 1981 n. 91, che impone la forma scritta *ad substantiam* del contratto per la costituzione del rapporto di prestazione sportiva a titolo oneroso, non consente la prova per testi di pattuizioni che costituiscono parte integrante dell'assetto negoziale realizzato con detto contratto, in quanto l'applicazione di tale principio non trova deroghe nel rito del lavoro, posto che l'art. 421 c.p.c., quando consente al giudice di ammettere mezzi di prova fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, si riferisce ai limiti fissati da detto codice alla prova testimoniale in via generale negli art. 2721, 2722 e 2723 c.c. e non, invece, a quelli stabiliti dall'ordinamento per determinati e specifici atti in ordine alla forma, sia *ad substantiam* che

ad probationem; negli stessi sensi, più di recente, cfr. Cass. 25 agosto 2005 n. 17333, in Lav. giur., 2006, 472, con nota di GuarnieriGuerrino, Prova testimoniale inammissibile e « doveri » istruttori del giudice del lavoro, che ribadisce infatti come nell'attribuire al giudice del lavoro la responsabilità e il potere di ammettere d'ufficio ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, il legislatore non abbia inteso riferirsi ai requisiti di forma previsti dal suddetto codice per alcuni tipi di contratti (sia ad substantiam che ad probationem).

(11) Sul punto, Fabiani, op. cit., 1144.

(12) In questa Rivista, 2005, I, 2019, con note di Giacalone, Caccaviello, Nuove prove in appello: viene meno la distinzione tra prove costituite e prove costituende, e di Giordano, La produzione di nuovi documenti in appello nel processo ordinario e in quello del lavoro secondo le sezioni unite della Corte di cassazione.

(13) In argomento, Giordano, Nuovi documenti in appello, in Giordano, Lombardi, Il nuovo processo civile, Roma 2009, 379 ss., specialmente 393.

(14) Così ProtoPisani, op. cit., 226.

(15) In tali sensi, Giordano, op. ult. cit., 393.

(16) In tali sensi, Cass. 31 luglio 2006 n. 17439, cui adde: Cass. 23 marzo 2007 n. 7138; Cass. 19 aprile 2006 n. 9120, che aggiunge altresì che la facoltà del giudice di ammettere le prove in ragione della loro indispensabilità, quand'anche si ritenesse di carattere discrezionale, non può mai essere esercitata in modo arbitrario, dovendo essere espressa in un provvedimento motivato, il cui contenuto è censurabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.

(17) In tali sensi, Balena, Elementi di diritto processuale civile, II. Il processo ordinario, Bari 2006, 377 ss., che sottolinea come l'art. 345 c.p.c. si occupi esclusivamente dei mezzi di prova proponibili dalle parti, lasciando impregiudicata la possibilità che il giudice d'appello utilizzi i poteri istruttori che la legge gli attribuisce (per esempio deferendo il giuramento decisorio), nel qual caso però l'art. 183, comma 8, impone che alle parti stesse sia riconosciuta la possibilità di dedurre quegli ulteriori mezzi di prova, che si rendano necessari in relazione a quelli disposti d'ufficio.

(18) Al riguardo, cfr. Giordano, op. ult. cit., 394 ss.

(19) Per tale opinione, cfr. Fabbrini, Diritto processuale del lavoro, Milano 1974, 274.

(20) Per tale opinione, cfr., tra gli altri, Vocino, Verde, Appunti sul processo del lavoro, Napoli 1986, 100; e, più di recente, Villani, Le controversie in materia di lavoro e di equo canone, Milano 1990, 46.

(21) In questi termini, Consolo, Appello civile, in Il diritto-Enc. giur., I, Milano 2007, 517, nt. 2. Per l'assunto secondo cui vi è una sostanziale coincidenza tra la nozione di prova indispensabile e prova ritenuta necessaria dal giudice (così come previsto dall'art. 421, commi 3 e 4, c.p.c. con riferimento all'accesso sul luogo di lavoro e all'esame dei testimoni sul luogo stesso, nonché dall'art. 18 l. fall. relativo al reclamo contro la sentenza di fallimento), cfr. Massetani, Prove indispensabili e prove necessarie, in Foro it., 2009, I,

2094, il quale osserva infatti che quello che al giudice appare necessario per accertare i fatti di causa è per ciò stesso a lui indispensabile ai fini della decisione.

(22) In tali sensi, Giordano, *La produzione di nuovi documenti in appello*, cit., 2050 s., nonché, in precedenza, Luiso, *Il processo del lavoro*, Torino 1992, 202.

(23) Per un diverso e articolato approccio alla tematica in oggetto, cfr. ProtoPisani, *Controversie individuali di lavoro*, Torino 1993, 118 s., che, dopo avere indicati, le opinioni di quanti seguono in materia una soluzione più rigorosa o adotta una soluzione maggiormente flessibile a seguito della considerazione che nel processo d'appello deve essere possibile disporre l'assunzione dei mezzi di prova ogni volta che ciò si riveli necessario, « indispensabile » per risolvere la controversia sulla base dell'accertamento pieno dei fatti controversi e non sulla base delle regole formali di giudizio.

(24) L'orientamento di Cass., sez. un., 20 aprile 2005 n. 8202 e 8203, cit. - che ha fissato con alcuni temperamenti preclusioni al deposito di nuovi documenti in appello - per non avere subito alcun revirement è stato ritenuto il maggiore ispiratore della recente riforma (così Ricci G.F., op. cit., 59, nt. 13), che con l'ora vigente testo dell'art. 345 c.p.c. sembra fare riferimento alle suddette pronunzie anche per quanto attiene alla natura dell'appello, con il ribadire che tale impugnazione si configura come impugnazione volta soltanto a rivisitare la correttezza decisionale della pronunzia del primo giudice e non invece a rinnovare le prove espletate o ad acquisire nuovi mezzi istruttori.

(25) Sul principio generale della tempestività di allegazione della sopravvenienza - e cioè del necessario impiego a questo fine, sotto pena di decadenza, del primo atto difensivo utile successivo alla sopravvenienza - in coerenza con il sistema delineato dagli art. 414, 416 e 420 c.p.c., cfr. Cass., sez. un., 3 febbraio 1998 n. 1099 (in *Foro it.* 1998, I, 764; in *Dir. lav.*, 1999, II, 577, con nota di Vallebona, *Tipologie delle eccezioni, onere di allegazione e rito del lavoro: il caso dell'aliunde perceptum e percepiendum*).

(26) Per tale assunto, cfr. Verde, *Profili del diritto processuale civile*, II. Processo di cognizione, Napoli 2008, 356.

(27) In tali termini, Verde, op. cit., 358, il quale però osserva che le oscillazioni giurisprudenziali in materia dimostrano che non è possibile offrire criteri preventivi generalmente utilizzabili.

(28) Per l'affermazione che il giudice nel posto di lavoro possa anche assumere informazioni da persone presentate dalle parti o trovate sul posto, anche se non assunte come testimoni formali, cfr. Tesoriere, *Diritto processuale del lavoro*, Padova 2004, 225, cui addeVerde, *loc. ult. cit.*, secondo cui in sede di accesso il giudice può disporre l'esame dei testimoni nel luogo stesso.

(29) Così Verde, *loc. ult. cit.*

(30) Per tale opinione, cfr. Tesoriere, op. cit., 224. Per l'affermazione invece che l'accesso ha ad oggetto il luogo del lavoro, laddove invece l'ispezione può riguardare persone e luoghi diversi da quello di lavoro, cfr. Luiso, *Il processo del lavoro*, cit. La sostanziale identificazione contenutistica dei termini « necessario » e « indispensabile » inducono a non condividere la tesi di Denti, Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano 1974,

128, secondo i quali « un possibile coordinamento fra i due istituti (l'ispezione e l'accesso sul luogo del lavoro) può essere indicato nel fatto che l'accesso sul luogo di lavoro può essere disposto ex art. 421, comma 3, c.p.c. quando appaia necessario per l'accertamento dei fatti; mentre può essere disposto d'ufficio ex art. 118 c.p.c. quando appaia indispensabile; tra i due requisiti, della necessità e della indispensabilità vi è, infatti, una differenza di grado ».

(31) Cfr., al riguardo, Cass. 11 agosto 1982 n. 4508.

(32) Così Cass. 21 maggio 2009 n. 11847 e, più di recente, Cass. 22 luglio 2009 n. 17102.

(33) Al riguardo, cfr. Cass. 5 aprile 2005 n. 7011 cui adde, successivamente: Cass. 22 agosto 2007 n. 17887; Cass. 24 aprile 2007 n. 9867.

(34) In questi sensi, cfr. Tesoriere, op. cit., 155.

(35) In generale sulle informazioni delle associazioni sindacali, cfr. Balletti, La prova nelle cause di lavoro e previdenza, Padova 1998, 164-169.

(36) Cfr., al riguardo, Balletti, op. cit., 164. Contra, Verde, op. cit., 359, che ritiene invece che l'associazione sia tenuta a rispondere al giudice mentre ha una semplice facoltà di rispondere alla richiesta della parte, e che ricorda anche come la richiesta del giudice rimanga sempre condizionata al fatto che le parti indichino l'associazione sindacale a cui rivolgerla.

(37) Così Balletti, loc. ult. cit.

(38) In tali termini, cfr.: Cass. 19 giugno 2004 n. 11464, in Riv. it. dir. lav., 2005, II, 73, con nota di Ghirardi, Sulla controversa natura delle ipotesi di accordo sindacali; e, successivamente, Cass. 6 aprile 2005 n. 7115, in Mass. giur. lav., 2005, 516, con nota di Gragnoli, La nozione di ipotesi di accordo e la volontà degli stipulanti; Cass. 15 febbraio 2005 n. 3004.

(39) In questi precisi sensi, ProtoPisani, Controversie individuali in materia di lavoro, in Nss. D.I., Appendice, IV, Torino 1983, 633.

(40) Così Cass. 20 gennaio 1983 n. 589, in questa Rivista, 1983, I, 3020, con nota di Ferroni, L'efficacia probatoria delle informazioni ed osservazioni rese ai sensi dell'art. 425 c.p.c., cui adde in argomento, Cass. 29 gennaio 1985 n. 526, in Foro it., 1985, I, 2882, per l'affermazione che la richiesta di informazioni, pur non essendo annoverabile per le parti tra i mezzi di prova costituisce tuttavia un peculiare strumento processuale che consente al giudice di acquisire dati per una migliore comprensione della fattispecie sottoposta al suo esame, sicché il giudice dalle risultanze di tali informazioni può dedurre argomenti di prova da utilizzare per la formazione del proprio convincimento.

(41) Osserva, inoltre, Gentile, L'interpretazione autentica del contratto collettivo, in Mass. giur. lav., 2000, 1002, che « le parti sindacali si accordano su un disposto contrattuale, di cui volta per volta non condividono la stessa interpretazione, o non calcolano appieno l'interazione con altre clausole, o gli altri patti con cui quello fa corpo ». Più in generale in argomento, cfr.: Vidiri, L'interpretazione del contratto collettivo, in Riv. it. dir. lav., 2003, I, 81 ss.; Montuschi, Criteri di interpretazione del contratto collettivo, in Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi a cura di Flammia, Roma 2000, 53 ss.

(42) Sul punto, Verde, op. cit., 359.

(43) Sulle modifiche introdotte dalla novella del 2009 alla consulenza tecnica, v., per tutti: Ricci G.F., op. cit., 43 ss., che osserva poi come le garanzie previste a tutela del diritto di difesa dal disposto dell'art. 195 c.p.c., per essere espressamente limitate dalla norma a favore delle parti costituite, non possano applicarsi al contumace a dimostrazione che il legislatore - proseguendo l'atteggiamento già assunto nell'art. 13 relativo al processo societario - comincia a non guardare più alla contumacia con quel favore espresso nel testo originario del codice e risultante dall'art. 292 c.p.c. sull'obbligo della notifica degli atti a costui.

(44) Così Cass. 11 settembre 1996 n. 8219, in Nuova giur. civ. comm., 1997, I, 970, con nota di Riva, Riproduzioni meccaniche e novità della prova in appello; Cass. 11 dicembre 1993 n. 12206, in Dir. fam. pers., 1995, I, 93. Per l'affermazione che l'efficacia probatoria delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. - nella specie, cassette fonografiche - è subordinata, in ragione della loro formazione al di fuori del processo e senza le garanzie dello stesso, alla esclusiva volontà della parte contro la quale esse sono prodotte in giudizio, concretantesi nella non contestazione (non soggetta ai limiti e alle modalità di cui all'art. 214 c.p.c.) che i fatti che tali riproduzioni tendono a provare siano realmente accaduti con le modalità risultanti dalle stesse, cfr. Cass. 8 marzo 1996 n. 1862, in Foro it., 1996, I, 2451, che - in una fattispecie avente ad oggetto cassette fonografiche - ha anche precisato che qualora tale conformità venga negata resta esclusa la possibilità di accertarla mediante una consulenza tecnica avente ad oggetto le riproduzioni stesse.

(45) Così Cass. 8 luglio 1994 n. 6437, in Riv. dir. lav. 1995, II, 447, con nota di Vallebona, Prova del lavoro straordinario e dischi cronotachigrafi; e, più di recente, Cass. 20 dicembre 2001 n. 16098, in Foro it., 2002, I, 1052; Cass. 2 giugno 2000 n. 7403.

(46) In dottrina sulle varie problematiche relative alla categoria delle c.d. « prove atipiche », v., da ultimo, Lombardo L., op. cit., 1445 ss., che parla al riguardo di « prove costituenti acquisite al processo mediante l'impropria utilizzazione dello strumento della produzione documentale », dopo avere premesso che « si tratta di prove di natura dichiarativa o peritale che, secondo il modello legale, dovrebbero formarsi nell'ambito del contraddittorio processuale (c.d. prove costituenti) e che invece si formano al di fuori di esso, venendo incorporate in documenti tramite i quali fanno ingresso nel processo », sicché esse hanno la sostanza (secondo il modello legale) di prove costituenti, ma la forma di prove documentali.

(47) Cfr., in tali termini, Tatarelli, Le prove atipiche nel processo del lavoro, in Mass. giur. lav., 2007, 752 s., secondo cui l'impossibilità di equiparare, quanto all'efficacia, le prove atipiche a quelle tipiche trova riscontro in specifici riferimenti normativi, e precisamente in primo luogo nell'art. 116, comma 2 c.p.c. (che nel consentire al giudice di desumere argomenti di prova dalle risposte del libero interrogatorio e dal comportamento processuale delle parti, ha escluso che dette fonti di informazioni possano divenire componenti esclusive del giudizio di fatto), e in secondo luogo nella previsione dell'art. 310 c.c. (che, nel degradare ad argomenti di prova le prove tipiche raccolte in altro processo estinto,

comprova come a maggior ragione non possano sorreggere di per sé il libero convincimento del giudice fatti la cui cognizione sia stata acquisita fuori del processo, concluso dallo stesso giudice).

(48) Per il riconoscimento della categoria delle prove atipiche, cfr. Lombardo L., *loc. cit.*, cui si rinvia anche per un ampio quadro dei diversi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali in argomento. Contra, Montesano, Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, I, t. 2, Padova 2001, 1180; Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano 1999, 70; Verde, *op. cit.*, 357, che osserva come il disposto dell'art. 421 c.p.c. con il disporre l'ammissione d'ufficio di « ogni mezzo di prova anche fuori dai limiti stabiliti dal codice civile » non intenda aprire la porta alle prove atipiche e tanto meno stravolgere la gerarchia delle prove quale è fissata dai codici.

(49) Così: Cass. 20 dicembre 1994 n. 10972; e, più di recente, Cass. 25 febbraio 2002 n. 2737; Cass. 27 luglio 2001 n. 10284.

(50) Cfr.: Cass. 15 dicembre 2006 n. 26937; Cass. 10 marzo 2006 n. 5321; e, in precedenza, Cass., sez. un., 14 ottobre 1998 n. 10153, in questa Rivista, 1998, I, 2725, con nota di Giacalone, La dichiarazione sostitutiva di atto notorio non ha efficacia di prova nel rito civile.

(51) Per tale indirizzo, cfr. Cass. 4 ottobre 2005 n. 19354, in questa Rivista, 2006, I, 287.

(52) Così Cass. 5 giugno 1999 n. 5544; e ancora, in tempo meno risalente, Cass. 28 agosto 2002 n. 12617. Contra, Cass. 3 marzo 1992 n. 2574, in *Riv. dir. lav.*, 1993, II, 361, secondo cui il giudice di merito può fondare la propria decisione su una consulenza tecnica stragiudiziale, purché fornisca adeguata motivazione di tale sua valutazione e, negli stessi sensi, anche Cass. 11 ottobre 2001 n. 12411. In dottrina, cfr. Lombardo L., *op. cit.*, 1455, per l'affermazione che la perizia stragiudiziale in quanto proveniente da un esperto, legato da un rapporto fiduciario alla parte, non può collocarsi sullo stesso piano della testimonianza stragiudiziale, e quindi assurgere al valore di prova anche di carattere indiziario, potendo invece valere solo come argomentazione difensiva salvo che alla stessa non siano allegati, ad esempio, rilievi fotografici, i quali avendo carattere autonomo rispetto alla consulenza stessa, assumono il valore loro riconosciuto dall'art. 2712 c.c.

(53) Così Cass. 17 maggio 1982 n. 3057, in *Arch. civ.*, 1982, 1127, cui adde ex plurimis: Cass. 11 maggio 2007 n. 10820, in *Arch. giur. circ.*, 2007, 1162; Cass. 16 agosto 2000 n. 10825.

(54) Sulla testimonianza scritta, v., tra gli altri: Asprella, *Processo ordinario di cognizione*, in Asprella, Giordano, *La riforma del processo civile. Dal 2005 al 2009*, in questa Rivista, 2009, n. 6, suppl., 50 ss.; Balena, *Testimonianza scritta*, in Balena, Caponi, Chizzini, Menghini, *La riforma della giustizia civile*, Torino 2009, 77 ss.; Ricci G.F., *op. cit.*, 47 ss.; Della Pietra, *Le modifiche alla trattazione e all'istruzione nell'ultima novella del processo civile*, in *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività* (Autori vari), Napoli 2009, 47 ss.

(55) Così Ricci G.F., *op. cit.*, 48, che rimarca anche che posto in mani poco scrupolose l'istituto della testimonianza scritta può prestarsi a testimonianze distorte e falsate.

(56) In questi termini: DellaPietra, op. cit., 49; e, in senso analogo, Ricci G.F., op. cit., 51, che osserva come - potendo il giudice, letta la testimonianza scritta, disporre d'ufficio che il teste sia chiamato a deporre davanti al lui ed essendo presumibile che tale facoltà venga spesso esercitata - il nuovo istituto finisca per comportare una doppia perdita di tempo: quella del rinvio dell'udienza per consentire la raccolta della testimonianza scritta e quella della necessità di fissazione di una udienza successiva per l'eventuale richiamo del teste.

(57) In tali sensi, Asprella, Processo ordinario di cognizione, cit., 50 s. Muove una critica sull'art. 257-bis c.p.c. anche ProtoPisani, La riforma del processo civile, cit., 222, che, dopo avere osservato che la scelta del legislatore del 2009 ricalca seppure in modo limitato quella effettuata dal legislatore francese e dopo avere affermato che detta scelta non lo convince, si chiede come farà il giudice a valutare l'attendibilità del testimone cui non ha potuto rivolgere alcuna domanda a chiarimento.

(58) Sul punto, cfr., in tali termini, Balena, op. ult. cit., 79, che aggiunge anche che la testimonianza scritta ha ben poco a che vedere con la dichiarazione di scienza eventualmente resa (più o meno spontaneamente) da un terzo al di fuori (e magari prima) del processo, che era e resta una prova atipica assai discutibile, proprio perché, qualora le si riconoscesse, in nome del libero convincimento del giudice, una qualunque efficacia probatoria, seppure meramente indiziaria, finirebbe con l'apparire di fatto sostitutiva della prova testimoniale disciplinata dal codice. Per l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui le dichiarazioni rese da terzi fuori del processo possono assumere valore di meri indizi utilizzabili dal giudice di merito, cfr.: Cass. 21 maggio 2007 n. 11746, in Mass. giur. lav., 2007, 750; e ancora, fra le altre, Cass. 26 settembre 2000 n. 12763, secondo cui gli scritti provenienti da terzi, pur non avendo efficacia di prova testimoniale, non essendo stati raccolti nell'ambito del giudizio in contraddittorio delle parti, né di prova piena, sono rimessi alla libera valutazione del giudice del merito, e possono, in concomitanza con altre circostanze desumibili dalla stessa natura della controversia, fornire utili elementi di convincimento, specie ove di essi sia stata provata la veridicità formale.

(59) Nell'immediatezza dell'entrata in vigore della l. 11 agosto 1973 n. 533, sul processo del lavoro, e sintetizzandone le caratteristiche ricordava Pezzano, L'udienza di discussione, in ProtoPisani, Pezzano, Barone, Andrioli, Le controversie in materia di lavoro, Bologna 1974, 265 ss., che applicazioni dei principi dell'oralità e della concentrazione, riscontrabili nelle disposizioni relative all'udienza di discussione, sono l'identità della persona del giudice davanti al quale si svolge, la riunione di tutte le attività processuali precedenti la decisione in udienza o, comunque, in pochissime udienze vicine, l'abolizione delle ordinanze riservate, il divieto di udienze di rinvio, la necessità che le prove vengano assunte nella stessa udienza o in altra da tenersi nei giorni feriali immediatamente successivi, la circostanza che all'istruttoria e alla discussione segua immediatamente la deliberazione della sentenza; sono applicazioni del principio dell'immediatezza la comunicazione diretta delle parti tra loro e con il giudice, resa possibile dalla loro comparizione personale e l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero.

(60) In tali termini, ProtoPisani, Controversie individuali di lavoro, cit., 87.

(61) Così ancora ProtoPisani, op. ult. cit., 88, che sottolinea ancora come la dialettica resa possibile dal richiamo al comma 6 dell'art. 420 c.p.c. ponga il giudice al di sopra di preclusioni e decadenze, ma non a favore di una sola parte, talché il sospetto di incostituzionalità dell'art. 421, comma 2, non ha ragione di essere.

(62) In tali termini, Verde, Prova (diritto processuale civile), in Enc. dir., XXXVII, Milano 1988, 645, che aggiunge anche come le ragioni del giudice saranno prevedibili quando esse appariranno razionalmente giustificate così che il problema dell'onere della prova finisce con confluire in quello della razionalità dell'attività giurisdizionale e della necessità di darne adeguata giustificazione.

(63) In argomento, cfr.: Cass. 4 novembre 1993 n. 10941, per il dictum che il giuramento suppletorio, come mezzo complementare e sussidiario nei confronti delle prove fornite dalle parti o comunque acquisite, è inammissibile nel caso in cui altri mezzi di prova siano stati richiesti a fondamento della domanda o dell'eccezione e il giudice abbia omesso di provvedere su di essi; Cass. 26 gennaio 1982 n. 503, secondo cui il giuramento suppletorio non può essere deferito qualora la parte sia venuta meno completamente al suo onere probatorio; e ancora Cass. 1° marzo 2001 n. 2939, in Foro it., 2000, I, 2546, che riconosce la deferibilità nel caso in cui la domanda o le eccezioni, pur non pienamente provate, non siano del tutto sfordite di prova, essendo il giudice di merito facultato a tale fine di avvalersi anche di elementi di valutazione desumibili dal comportamento stragiudiziale delle parti e di semplici presunzioni, indipendentemente dalla loro gravità, precisione e concordanza, cui adde, negli stessi sensi, Cass. 29 gennaio 2003 n. 1317, in questa Rivista, 2004, I, 1075.

(64) Per l'assunto che il giuramento debba essere deferito alla parte « maggiormente favorita dalle risultanze della prova esperita o meritevole di fiducia anche in considerazione del comportamento processuale », cfr. Cass. 24 febbraio 1995 n. 2102 e, successivamente, in argomento, Cass. 12 giugno 1997 n. 5265, che reputa invece che il giuramento deve essere deferito alla parte che abbia offerto il maggior contenuto probatorio.

(65) Per l'affermazione che il giuramento suppletorio può essere deferito solo al termine dell'istruttoria, cfr.: Cass. 2 agosto 1993 n. 8543, nonché, in epoca più risalente, Cass. 17 maggio 1986 n. 3272, che dalla premessa del carattere di residualità e sussidiarietà del giuramento decisorio ne fa scaturire la conseguenza che la valutazione sulla semiplena probatio non può essere operata prima dell'esaurimento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti, e che il giudice non può quindi ammettere il giuramento suppletorio, omettendo di pronunciarsi previamente sull'ammissibilità delle istanze di prova delle parti.

(66) Cfr., al riguardo, Cass. 10 marzo 2006 n. 5240, secondo cui il deferimento del giuramento suppletorio, anche qualora sia stato espressamente richiesto da una parte, rientra nella discrezionalità del giudice di merito, le cui valutazioni - in ordine alla sussistenza del requisito della c.d. « semiplena probatio » e alla scelta della parte alla quale deferirlo - costituiscono apprezzamenti di fatto non sindacabili in sede di legittimità, se non sotto il profilo dell'adeguatezza della motivazione, cui adde, in termini diversi però,

Cass. 2 aprile 2009 n. 8021, che - sulla premessa che il giudice di merito ha la facoltà e non l'obbligo di deferire il giuramento decisorio - ha ritenuto sindacabile soltanto la decisione positiva del giudice di ricorrere a tale mezzo istruttorio (e solo limitatamente al profilo dell'adeguatezza e della correttezza logica della relativa motivazione in ordine alle circostanze della effettiva esistenza di una semiplena probatio e del maggior contenuto probatorio che si presume offerto dalla parte prescelta a prestare il giuramento), ma non anche quella negativa di non farne uso in applicazione della regola generale di cui all'art. 2697 c.c., senza che, in quest'ultimo caso, possa invocarsi l'omessa motivazione di tale discrezionale decisione.

(67) Sul punto, v., amplius, Fabiani, Brevi note sulla sindacabilità in sede di legittimità del potere del giudice di deferire il giuramento decisorio, in Foro it., 2003, I, 3107 ss., il quale ha ripreso quanto sostenuto da altra dottrina che - dopo avere operato un distinguo tra poteri attinenti al mero governo del processo e poteri invece capaci di influire sul contenuto della decisione del giudice - ha poi ritenuto quanto ai primi che ai fini del rispetto della clausola « regolato dalla legge » di cui all'art. 111, comma 1 cost., è sufficiente che la legge si limiti a prevedere il potere lasciando alla discrezionalità del giudice l'individuazione del suo contenuto, mentre con riferimento ai poteri appartenenti alla seconda categoria (ossia quelli idonei a influire sul contenuto della decisione dello stesso) « nessuna discrezionalità va lasciata al giudice e il valore del giusto processo (a fortiori se « regolato dalla legge ») ne richiede la rigida predeterminazione legale: ove ciò non accadrà sarà gioco forza o rimettere la norma che li prevede alla Corte costituzionale, o in via di interpretazione adeguatrice accogliere un'interpretazione che in via sistematica ricollegghi l'esercizio e il contenuto di questi poteri a presupposti rigidi » (ProtoPisani, Il nuovo art. 111 Cost. ed il giusto processo civile, ivi, 2000, V, 243).

(68) Un'espressione del principio del giusto processo può ravvisarsi nel disposto del comma 3 dell'art. 384 c.p.c., che è volto a conciliare in sede di legittimità il principio di un processo giusto - che ponga a riparo le parti dalle c.d. « sentenze a sorpresa » - con il principio della ragionevole durata del processo, consentendo alla Corte di cassazione - invece di cassare con rinvio - di decidere nel merito la controversia allorquando, ad esempio, ravvisi nelle risultanze istruttorie fatti sulla cui base voglia fondare la pronuncia ma che siano rimasti estranei al dibattito processuale. Sull'art. 384, comma 3, c.p.c. e per la sua restrizione ai soli casi in cui la Corte di cassazione intenda decidere nel merito il ricorso, cfr. Frasca, Il nuovo comma 3 dell'art. 384 c.p.c., in La riforma del giudizio di cassazione a cura di Cipriani, cit., 361 ss.; cui adde, per una più estesa applicazione della norma, Balena, op. ult. cit., 28-31.

(69) Sul punto, amplius, Giordano, Giudizio di cassazione, in La riforma del processo civile, cit., 79 s.

(70) Cfr., in motivazione, Cass. 21 maggio 2007 n. 11746, cit.

(71) Sulle numerose problematiche attinenti alle prove atipiche, con particolare riguardo alla nozione e all'efficacia di dette prove, v. in dottrina di recente: Ricci G.F., ..., Prove atipiche, in Il diritto-Enc. giur., XII, Milano 2007, 457; Id., Diritto processuale civile, II, Torino

2006, 79 ss.; Mandrioli, Diritto processuale civile, II, Torino 2006, 178, nt. 24; Comoglio, Le prove civili, Torino 2004, 41 ss., cui adde, anche per un quadro esplicativo degli indirizzi giurisprudenziali non sempre uniformi in materia, Tatarelli, Le prove atipiche nel processo del lavoro, cit., 752 ss.

(72) Sugli argomenti di prova, v., per tutti, in dottrina, Montesano, Arieta, op. cit., 1182 che li configurano non come mezzi istruttori ma come strumenti logico-giuridici per valutare le prove tipiche escludendo, conseguentemente, che possano costituire compiuta e sufficiente catena di anelli presuntivi, potendo solo concorrere, nella formulazione del giudizio di fatto, con altri elementi tratti dai risultati delle prove tipiche o da fatti notori o non contestati. Per il riferimento a tale dottrina e per puntuali riferimenti ai dicta giurisprudenziali in tema, v. ancora, Tatarelli, loc. ult. cit.

(73) In tali sensi, per un indirizzo più volte ribadito dai giudici di legittimità, cfr., ex plurimis: Cass. 23 marzo 1998 n. 3045, cui adde, in epoca meno risalente: Cass. 1° settembre 2003 n. 12747, in Riv. crit. dir. lav., 2004, 155; Cass. 22 novembre 1999 n. 12926, in Foro it., 2000, I, 74; Cass. 10 novembre 1999 n. 12492, in Mass. giur. lav., 2000, 81, con nota di Boghetich, Licenziamenti individuali e dimensioni dell'azienda: la cassazione conferma l'onere probatorio del lavoratore. Contra, più di recente - per un indirizzo che sembra valorizzare nel ripartire l'onere della prova un criterio non valutato dal legislatore codicistico - v., tra le altre: Cass., sez. un., 10 gennaio 2006 n. 141 (in Riv. it. dir. lav., 2006, II, 440, con nota di Vallebona, L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni unite cambiano idea); e, da ultimo, Cass. 16 marzo 2009 n. 6344.

(74) È opportuno ricordare al riguardo come all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile del 1942 si osservò da più parti che l'art. 2697 c.c. - che di questo codice rappresentava una delle maggiori innovazioni - finiva non di rado per operare come norma di chiusura perché ad esso è consentito rivolgersi solo nel caso in cui non si rinvenivano nello stesso codice civile o in altre leggi speciali norme dedicate all'onere della prova, sottolineandosi nel contempo come un sistema svincolato da un preciso approdo normativo, contenga in sé consistenti rischi anche in termini di certezza del diritto.

(75) In materia di prova dei fatti negativi, cfr., ex plurimis: Cass. 17 luglio 2008 n. 19762, in Mass. giur. lav., 2009, 362, con nota di Boghetich, L'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo; Cass. 30 maggio 2007 n. 12700; Cass. 10 gennaio 2007 n. 384, in questa Rivista, 2007, I, 384. Per un ricco panorama giurisprudenziale sui diversi indirizzi in materia di onere della prova di fatti negativi, cfr. Finocchiaro G., in La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina diretta da Ruperto, Libro VI. Della tutela dei diritti (art. 2643-2969), Aggiornamento 2005-2009, Milano 2009, sub art. 2697, 132 ss.