

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PROCESSUALE
CIVILE
XXIV CICLO

I NUOVI MEZZI DI PROVA IN APPELLO: TRA
INDISPENSABILITA' E RILEVANZA

TUTOR
CH.MO PROF. GIUSEPPE DELLA PIETRA

CANDIDATO
DOTT. FABIO SAVINO

COORDINATORE
CH.MO PROF. SALVATORE BOCCAGNA

ANNO ACCADEMICO 2010 - 2011

*“E’ normale che esista la paura, in ogni uomo, l’importante è che sia
accompagnata dal coraggio. Non bisogna lasciarsi sopraffare dalla paura,
altrimenti diventa un ostacolo che impedisce di andare avanti”
(Paolo Borsellino)*

INDICE

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA DEI NUOVI MEZZI DI PROVA IN APPELLO: DAL CODICE DEL 1865 ALLA RIFORMA DEL 2009

1. La disciplina delle nuove prove in appello nel Codice del 1865:
l'art. 490. p. 5

2. I progetti di riforma al Codice del 1865 (Chiovenda, Mortara,
Carnelutti, Redenti Solmi). p. 10

3. Il Codice del 1940: l'introduzione dell'art. 345. p. 17

- 3.1. La nozione di gravi motivi nell'interpretazione della
giurisprudenza. p. 23

4. La Novella del 1950. p. 25

5. La riforma del rito del lavoro: l'introduzione della nozione di
indispensabilità nell'art. 437 comma 2. p. 29

6. L'introduzione della nozione di indispensabilità anche nel rito
ordinario: l'art. 345 comma 3. p. 35

7. L'evoluzione interpretativa sulla produzione dei nuovi
documenti e l'intervento riformatore del 2009. p. 37

CAPITOLO II

I LIMITI ALL'AMMISSIBILITA' DELLE NUOVE PROVE: LA NOZIONE DI INDISPENSABILITA' E LA QUESTIONE DELLE NUOVE PRODUZIONI DOCUMENTALI

1. Rilievi preliminari. p. 42
2. Il significato di novità della prova. p. 45
3. L'art. 437 comma 2: l'indispensabilità dei nuovi mezzi di prova nell'appello del rito del lavoro. p. 56
4. L'art. 345 comma 3: l'indispensabilità dei nuovi mezzi di prova nell'appello del rito ordinario. p. 70
5. L'interpretazione giurisprudenziale della nozione di indispensabilità. p. 81
6. Le prove documentali: dall'ammissibilità senza limiti all'espresso divieto legislativo del 2009. p. 89
 - 6.1. Il primo passo verso le pronunce a Sezioni Unite del 2005: la sentenza 20.01.2003 n. 775 della Sezione Lavoro. p. 104
 - 6.2. L'intervento delle Sezioni Unite del 2005: il divieto di nuove produzioni documentali. p. 111

6.3. Le reazioni della dottrina al mutato orientamento giurisprudenziale.	p. 121
6.3.1. Le posizioni favorevoli.	p. 122
6.3.2. Le posizioni critiche.	p. 128
7. L'influenza delle pronunce delle Sezioni Unite: i dubbi permanenti della dottrina, l'interpretazione adesiva della giurisprudenza, la soluzione del legislatore.	p. 140

CAPITOLO III

LA RILEVANZA DEI NUOVI MEZZI DI PROVA NEL GIUDIZIO DI APPELLO AVVERSO L'ORDINANZA CONCLUSIVA DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE

1. Premessa.	p. 150
2. La nozione di rilevanza: profili funzionali ed interpretazione della dottrina.	p. 152
3. Il giudizio di rilevanza: struttura ed oggetto.	p. 162
4. Il procedimento sommario di cognizione: profili generali.	p. 169
5. La sommarietà del procedimento chiave interpretativa per la selezione delle nuove prove in appello.	p. 173

6. La rilevanza dei nuovi mezzi di prova.	p. 186
---	--------

CAPITOLO IV

INDISPENSABILITA' E RILEVANZA DEI NUOVI MEZZI DI PROVA: UNA POSSIBILE LETTURA

1. Metodo d'indagine per la formulazione di una nozione di indispensabilità.	p. 198
2. La nozione di indispensabilità dal punto di vista qualitativo.	p. 204
3. La nozione di indispensabilità dal punto di vista quantitativo.	p. 211
4. Rilevanza dei nuovi mezzi di prova in appello e forme semplificate di istruzione: un connubio necessario?	p. 223
BIBLIOGRAFIA	p. 234

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA DEI MEZZI DI PROVA IN APPELLO: DAL CODICE

DEL 1865 ALLA RIFORMA DEL 2009

SOMMARIO: 1. La disciplina delle nuove prove in appello nel Codice del 1865: l'art. 490 - 2. I progetti di riforma al Codice del 1865 (Chiovenda, Mortara, Carnelutti, Redenti Solmi) - 3. Il Codice del 1940: l'introduzione dell'art. 345 - 3.1. La nozione di gravi motivi nell'interpretazione della giurisprudenza - 4. La Novella del 1950 - 5. La riforma del rito del lavoro: l'introduzione della nozione di indispensabilità nell'art. 437 comma 2 - 6. L'introduzione della nozione di indispensabilità anche nel rito ordinario: l'art. 345 comma 3 - 7. L'evoluzione interpretativa sulla produzione dei nuovi documenti e l'intervento riformatore del 2009

§ 1. LA DISCIPLINA DELLE NUOVE PROVE NEL CODICE DEL 1865:

L'ART. 490.

Il primo codice di procedura civile successivo all'unità d'Italia venne pubblicato con decreto reale del 25 giugno 1865, dopo una breve discussione alla Camera nelle sedute del 09 - 11 febbraio e 28 - 29 marzo 1865 sul progetto presentato dal Guardasigilli Pisanelli nel 1863 ed entrò in vigore il primo gennaio 1866¹.

La velocità dell'approvazione del progetto fu dovuta alla chiara volontà politica di promulgare subito il codice poiché l'unificazione legislativa doveva essere compiuta rapidamente e ad ogni costo², affinché si perfezionasse non solo dal punto di vista territoriale ma anche da quello legislativo.

¹ Sulle vicende relative all'approvazione del codice si vedano Aquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960 19 ss; Sechi, *Codice di procedura civile*, in *Dig. it.*, VII, II, Torino, 1897 - 1902, 475; Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Bari, 1985, 14 ss.

² Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, Bologna, 1980, 111.

La fonte più importante del codice del 1865 era il codice francese del 1806³.

Il primo codice *post* Unità era animato da spirito liberale e di garanzia proprio perché si rifaceva alla legislazione francese che allora rappresentava il portato delle idee che con la rivoluzione avevano avviato un profondo cambiamento nelle condizioni politiche delle Nazioni europee⁴. Tuttavia, i punti di riferimento più immediati furono le varie codificazioni preunitarie⁵ e più in particolare il codice sardo del 1859 e quello napoletano del 1819⁶.

Il ritorno al modello francese⁷ comportava la scelta di fondo di *favor* per l'iniziativa processuale delle parti rispetto alla funzione del giudice e prevedeva un processo scritto e ricco di formalismo oltre che caratterizzato da una certa complessità, lunghezza nonché dall'assenza di termini e preclusioni⁸.

³ Taruffo, op. cit., 113.

⁴ Satta, Commemorazioni del codice di procedura civile del 1865, *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1969, 86 ss; Mortara, Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, III, Milano, 1923, 353 ss; Cipriani, Storie di processualisti e di oligarchi, La procedura civile nel Regno di Italia (1866 - 1936), Milano, 1991, 20 ss.

⁵ Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli, 1933, 108.

⁶ Satta, Codice di procedura civile, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 280; Sechi, Codice di procedura civile, in *Dig. it.*, VII, II, cit., 479.

⁷ Secondo Taruffo, op. cit., 114, ciò determinava "un passo all'indietro rispetto al punto d'arrivo segnato da alcuni codici preunitari anche perché il codice sardo era quello meno evoluto tra tutti i codici ispirati al modello francese, ormai vecchio di quasi sessant'anni e legato alla tradizione del diritto comune consolidata nell'ordinanza del 1667, più che alle esigenze della giustizia civile della società borghese dell'800".

⁸ Come si legge nella relazione del Guardasigilli Pisanelli presentata in Senato in data 26 novembre 1863 "gli elementi costitutivi di un buon sistema di procedura" andavano rinvenuti "nella sicurezza dei litiganti e nella semplicità e celerità dell'azione giudiziaria" e l'elemento della sicurezza dei litiganti doveva "prevalere di regola sugli altri". In generale, l'ampio potere lasciato all'iniziativa delle parti si estrinsecava in particolar modo nella fase dell'istruzione, ove la figura del giudice rivestiva una funzione limitata. A tale fase, seguiva l'udienza di discussione ove le parti procedevano alla lettura delle conclusioni ed il collegio pronunciava la sentenza. La disciplina delle prove contenuta nel codice andava, inoltre, coordinata con quella sostanziale contenuta nel codice civile nel codice del commercio.

In tema di impugnazioni⁹, l'art. 465 distingueva i mezzi ordinari e quelli straordinari¹⁰, mentre la disciplina delle prove nella fase di gravame trovava la propria fonte nell'art. 490 per il quale *“nel giudizio di appello non si possono proporre nuove domande; se proposte, devono rigettarsi anche d'ufficio. Possono domandarsi gli interessi, i frutti, gli accessori scaduti dopo la sentenza di prima istanza e il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Può proporsi la compensazione e ogni altra eccezione alla domanda principale. Possono dedursi nuove prove”*.

Il testo enunciava con sintetica completezza tutto intero il *beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi*, segnandone il limite nel necessario rispetto dei confini oggettivi della domanda¹¹.

La liceità dei *nova* in fase di gravame era d'altronde consona, dal punto di vista strutturale, all'assenza di preclusioni imposte alle parti nel giudizio di primo grado anche nelle ipotesi in cui si applicava il procedimento sommario.

L'art. 490 era espressione di un sistema processuale nel quale all'appello veniva attribuita la funzione di correggere gli eventuali errori del giudice e delle parti¹² e di svolgere più compiutamente tutti gli elementi della questione controversa¹³.

⁹ Da un punto di vista sistematico, il codice era diviso in tre parti: la prima relativa al processo di cognizione e contenente anche le impugnazioni, la seconda relativa all'esecuzione forzata e la terza relativa ai procedimenti speciali.

¹⁰ Quelli ordinari erano l'opposizione del contumace e l'appellazione, quelli straordinari erano la revocazione, l'opposizione di terzo e il ricorso per Cassazione.

¹¹ Tedoldi, L'istruzione probatoria nell'appello civile, Padova, 2000, 31.

¹² Carnelutti, Sistema del diritto processuale civile II, Padova, 1938, 626.

¹³ Si veda la Relazione Ministeriale sul Primo Libro del progetto di Codice di Procedura civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli Pisanelli nella tornata del 26 novembre 1863, riprodotta nell'edizione del Codice di procedura civile del Regno d'Italia, a cura di Gianzana, Torino, 1889, 186.

Esso realizzava così un doppio esame della controversia attraverso un unico giudizio. La decisione del giudizio di appello si sostituiva a quella resa in primo grado. Si trattava, dunque, di un *novum iudicium*¹⁴ avente ad oggetto il rapporto giuridico controverso e non la sentenza resa dal primo giudice.

Pertanto, l'appello costituiva una continuazione del giudizio di primo grado ed era possibile per le parti integrare e superare eventuali carenze che la sentenza impugnata aveva individuato. Ciò attraverso un nuovo esame delle ragioni di fatto e di diritto già analizzate dalla sentenza di primo grado¹⁵.

La regola posta dall'art. 490 consentiva alle parti di proporre nuove eccezioni e nuovi mezzi di prova mentre vietava le nuove domande.

In tal modo, il legislatore aveva previsto per le parti la possibilità di rivedere le proprie difese consentendo l'introduzione di nuovi elementi ed anche di quelli che già potevano essere dedotti anche nel precedente grado di giudizio¹⁶.

In definitiva, nel giudizio di appello, il processo si rifaceva e le parti avevano la facoltà di assumere un contegno processuale non dissimile da quello del giudizio di primo grado¹⁷, con l'unico limite del rispetto dei confini tracciati dalla domanda giudiziale ivi proposta¹⁸.

¹⁴ Mortara, *Procedura civile*, II, Torino, 1902, 55.

¹⁵ Mortara, *op. ult. cit.*, 4.

¹⁶ Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 444 ss.

¹⁷ Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926, 221 ss.

¹⁸ Cass. Regno 27.07.1932, in *Foro it.*, Rep. 1932, voce Appello civ., n. 279.

Da ciò derivava che in appello la continuazione dell'unico giudizio si realizzava attraverso un'istruzione ulteriore della causa e quindi con eccezioni e prove nuove¹⁹ e, come sostenuto da Mortara, il giudizio continuava come "*se la sentenza non fosse stata emanata*"²⁰.

Tra le prove, sia precostituite che costituende, che potevano essere richieste in grado di appello ai sensi del comma 4 dell'art. 490, rientravano anche quelle non dedotte dalla parte nel precedente grado di giudizio per qualsiasi motivo²¹.

Alla base della richiesta delle parti, poteva esservi sia la necessità di ampliare il materiale probatorio alla luce delle motivazioni contenute nella sentenza impugnata, sia quella di approfondimento del giudizio.

La possibilità di dedurre nuove prove poteva essere riferita tanto a fatti già introdotti nel processo di primo grado, quanto a quelli tralasciati in un primo momento dalle parti ed introdotti poi solo nella fase di gravame, quanto, ancora, a quelli conosciuti solo dopo la sentenza impugnata²².

In ogni caso, a fronte della scarna previsione normativa in merito alla possibilità di dedurre nuove prove nella quale, come visto, se ne poteva far rientrare un ampio novero, faceva da argine una giurisprudenza poco orientata ad ammettere nuove prove volte a contrastare le risultanze acquisite dinanzi al giudice di prime cure²³.

¹⁹ Cass. Roma 30.05.1888, in *Foro it.*, Rep. 1888, voce Appello civ., n. 172.

²⁰ Mortara, *Procedura civile II*, cit., 67.

²¹ Cass. Torino, 20.07.1899, in *Foro it.*, voce Appello civ., n. 234.

²² Cass. Regno, 22.06.1934, in *Foro it.*, voce Appello civ., n. 385.

²³ App. Bari, 20.02.1928, in *Foro it.*, Rep. 1928, voce Appello civ., 323.

Viceversa, la stessa giurisprudenza era incline ad ammettere le prove orali solo ove esse non costituissero una mera ripetizione di quelle già effettuate in primo grado ed in particolare, nel caso specifico della prova testimoniale, era necessario che i fatti da provare fossero nuovi²⁴.

Ancora e sempre nell'ambito della prova testimoniale, la giurisprudenza del tempo era dell'avviso di non ritenere ammissibile quella che avesse lo scopo di fornire una prova contraria rispetto a quei fatti oggetto di testimonianza in primo grado²⁵.

In sostanza, erano ritenuti consentiti in appello i medesimi mezzi di prova ammessi in primo grado purchè aventi ad oggetto fatti diversi²⁶, mentre erano ritenute inammissibili quelle istanze istruttorie per le quali la parte fosse incorsa in una decadenza²⁷.

Infine, relativamente alle prove precostituite, la produzione di nuovi documenti non era soggetta ad alcun limite.

§ 2. I PROGETTI DI RIFORMA AL CODICE DEL 1865 (CHIOVENDA, MORTARA, CARNELUTTI, REDENTI, SOLMI)

Già pochi anni dopo l'entrata in vigore del codice del 1865, si registrarono critiche al modello di processo dallo stesso delineato.

²⁴ Cass. Roma, 09.06.1893, in *Foro it.*, Rep. 1893, voce Appello civ., n. 215 *bis*.

²⁵ Cass. Regno, 16.01.1931, in *Foro it.*, Rep. 1931, Voce Appello civ. n. 254 e 256.

²⁶ In tal senso Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 457 ss.

²⁷ Cass. Regno. 29.07.1930, in *Foro it.*, Rep. 1930, Voce Appello civ. n. 235.

I principali rilievi erano rivolti, da un lato, al modo affrettato ed autoritario con cui il codice era stato approvato²⁸ e, dall'altro, alla lunghezza dei tempi del processo²⁹, tant'è che già nel 1868 ad opera di Catucci, si ebbe il primo progetto di riforma.

Tuttavia, negli anni immediatamente successivi, non furono apportate modifiche sostanziali e rilevanti, anche se si assistette a numerosi progetti di riforma parziale³⁰, aventi ad oggetto per lo più il processo sommario, l'istituto del conciliatore e l'istituzione della Cassazione unica.

Nonostante ciò, era ampiamente diffusa la convinzione che fosse necessaria una radicale trasformazione del processo così come delineato dal codice del 1865, anche in ragione della emergente contrapposizione tra l'interpretazione giurisprudenziale delle norme del codice in senso assolutamente formalistico e la spinta verso esigenze di riforma propugnata dalla dottrina³¹.

Nel primo ventennio del 900 non si segnalano innovazioni e progetti degni di rilievo³², salvo la riforma del processo sommario e l'introduzione

²⁸ Taruffo, op. cit., 151.

²⁹ Per Chiovenda, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, nuova ed. Milano, 1993, 4 ss., il codice del 1865 prevedeva un processo scritto, lento e complicato e poco adatto alla evoluzione economica e sociale, potendosi considerare all'origine della disfunzione della giustizia civile. Viceversa, secondo Cipriani in, *Storie di processualisti ed oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866 - 1936)*, Milano, 1991, 28, e 125 ss., il processo civile così come disegnato dal codice del 1865 era assolutamente rapido e comunque non causa dei mali della giustizia civile, come, viceversa, sostenuto da Chiovenda.

³⁰ Ad esempio la riforma del pubblico ministero, quella del conciliatore, quella dei probiviri e in tema di giustizia del lavoro. Sul tema per maggior completezza si veda Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile*, vol. III, Torino, 1903, 402 ss e Fazzalari, *Cento anni di legislazione sul processo civile (1865 - 1875)*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 497.

³¹ In tale ambito si aveva una sorta di distinzione tra una dottrina considerata maggiore, raccolta intorno al punto di riferimento costituito dal *Trattato di diritto giudiziario civile* di Mattiolo e una letteratura minore che esprimeva finalità esclusivamente critiche e quasi mai interpretative.

³² Nel 1901, vi fu la prima riforma rilevante che riguardò il processo sommario trasformato in rito ordinario con R.D. n. 413 e successivamente quello del Ministro Orlando del 1909 che, sebbene fosse ispirato dallo scopo di semplificazione, non apportava cambiamenti di portata più generale.

del giudice unico di primo grado con la legge 19.12.1911 n. 1311, soppressa peraltro appena due anni dopo con la legge 11.05.1913 n. 1913.

E' solo a partire dal 1918 che si registrarono numerose proposte di riforma che porteranno al codice del 1940.

Il primo progetto rilevante è datato 1919 ed è di Chiovenda che, già nel 1918, era stato nominato presidente della sezione dedicata agli studi processuali istituita in seno alla Commissione per il dopoguerra.

Già dalla relazione al progetto³³, si comprendevano i principi che avrebbero ispirato la riforma del processo civile nell'idea chiovendiana³⁴, ovvero quelli di oralità, concentrazione e immediatezza. Tali principi erano già alla base del processo civile austriaco che contemplava un sistema alquanto rigido di preclusioni e decadenze, di cui l'illustre studioso era fautore. Il modello austriaco si contrapponeva nettamente al processo delineato dal codice del 1865, come visto, caratterizzato dalla scrittura, dalla lunghezza, dalla complessità oltre che dagli elevati costi³⁵.

A tale impostazione di fondo, si contrapponeva la disciplina di cui agli articoli 174 - 188 relativi al giudizio di appello. Esso, così come nel codice del 1865, mantenne la caratteristica di *novum iudicium* atto a realizzare un riesame di tutta la controversia in cui le parti potevano far valere nuovi mezzi di prova, realizzando così un'istruttoria aperta.

³³ La Relazione ed il Progetto sono pubblicati in, La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra, a cura di Chiovenda, Napoli, 1920 e in Chiovenda, Saggi di diritto processuale civile, Roma, 1930, vol. II, 1 ss.

³⁴ Si trattava di una sistemazione dei numerosi saggi che l'illustre studioso aveva elaborato sin dai primi anni del XX secolo ed in particolare dei Principii di diritto processuale la cui prima edizione è del 1906 e le successive tre sono datate 1908, 1912 e 1923.

³⁵ Taruffo, op. cit., 196.

L'unico limite all'ammissione dei nuovi mezzi di prova era dato dal potere del giudice di non ammetterli, allorquando le parti, pur potendo richiederli in primo grado ne avessero omissa la richiesta a scopi meramente dilatori³⁶.

Il progetto di riforma di Chiovenda non ebbe seguito e non iniziò nemmeno la discussione parlamentare.

Negli anni appena successivi alla presentazione del predetto progetto e precisamente nel 1923, venne pubblicato il progetto Mortara³⁷ che prevedeva una riforma parziale del processo civile avente lo scopo di mantenere inalterato l'impianto delineato dal codice del 1865, migliorandolo e semplificandolo.

Il progetto Mortara, i cui punti essenziali erano in netta contrapposizione ai punti fondamentali del progetto Chiovenda, si componeva di due parti, la prima dedicata al processo di cognizione, la seconda al processo di esecuzione. L'appello era disciplinato dagli articoli 270 - 279 e all'art. 276 vennero previste esplicite restrizioni con riferimento allo *ius novorum*³⁸ e, con particolare riferimento alle nuove prove, si poneva un rigido divieto di produrre nuovi documenti e dedurre nuovi mezzi.

³⁶ In tal senso, l'art. 184 per il quale "Non si terrà conto... dei nuovi mezzi di prova e dei nuovi documenti che non siano stati rispettivamente indicati o prodotti nei modi e nei tempi prescritti dagli artt. 175, 177, 180...".

³⁷ Il progetto Mortara è pubblicato con il titolo, Per il nuovo codice di procedura civile. Riflessioni e proposte, in *Giur.it.*, 1923, IV, 136 ss. e 1924, IV, 1 ss.

³⁸ Le idee contenute nel Progetto Mortara costituirono il risultato delle riflessioni svolte dallo studioso nella voce Appello civile, in *Digesto it.*, Torino, 1898.

Anche il progetto Mortara non ebbe seguito e così nel 1926 Carnelutti pubblicò un proprio progetto di riforma³⁹ la cui impostazione di fondo si rivelò molto distante da quella di Mortara.

In tema di impugnazioni, disciplinate nel titolo X della prima parte, l'appello era visto dallo studioso come una rinnovazione integrale del giudizio di primo grado con effetto devolutivo pieno, con la conseguente possibilità per le parti di compiere tutte quelle attività che avrebbero potuto proporre in quel giudizio⁴⁰. Di conseguenza, le parti potevano dedurre nuove prove sostanzialmente senza limiti⁴¹.

Anche il progetto Carnelutti fu criticato ed abbandonato⁴².

Così dopo alcuni anni, essendo sempre in vigore la legge delega per la riforma del codice, il nuovo Ministro della Giustizia incaricò Redenti di formulare un progetto preliminare.

Il progetto Redenti⁴³ rifiutava il presupposto dell'ideologia fascista della prevalenza dell'impulso d'ufficio sull'iniziativa delle parti⁴⁴ e si poneva l'obiettivo di realizzare un processo rapido e congegnato in modo da evitare i comportamenti dilatori delle parti. Queste, nell'idea di Redenti,

³⁹ Il progetto venne pubblicato da Carnelutti in un supplemento alla *Riv. dir. proc. civ.*, col titolo Progetto del codice di procedura civile presentato alla sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile, Padova, 1926. Esso non fu accompagnato da alcuna relazione introduttiva anche se a ciò supplì uno scritto successivo, Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione, pubblicato sulla *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 3 ss.

⁴⁰ Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1938, II, 624 ss.

⁴¹ L'art. 361 del progetto prevedeva genericamente che *"per l'istruzione in appello le parti possono fare tutto quanto avrebbero potuto fare nel processo di primo grado"*.

⁴² Taruffo, *op. cit.* 206.

⁴³ Fu pubblicato dal Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori per la riforma del Codice di Procedura Civile. Schema di progetto del primo libro*, Roma, 1936. Il precedente scritto, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1934, IV, 177 ss., costituiva una sorta di relazione al progetto.

⁴⁴ Volkmar, *La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 ottobre 1933 e la sua importanza dal lato della politica legislativa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, 273 ss.

dovevano delineare sin dall'inizio del processo le proprie difese evitando di attendere il comportamento delle altre parti e addirittura gli altri gradi di giudizio.

In tale ottica, si inseriva la disciplina dei nuovi mezzi di prova in appello che ne prevedeva l'ammissione solo nel caso in cui l'interesse o la possibilità di proporli fosse nata dopo la chiusura dell'istruzione nel processo di primo grado⁴⁵.

Il nuovo Ministro della Giustizia Solmi ritenne insoddisfacente il progetto Redenti⁴⁶ e così si dedicò all'elaborazione di un proprio progetto che venne alla luce nel 1937, corredato da una relazione allo stesso⁴⁷.

L'ispirazione di fondo del progetto preliminare era la realizzazione di un processo civile rapido, semplice e poco costoso attraverso il riconoscimento di maggiori poteri in capo al giudice sia relativamente al profilo di chiarificazione preliminare delle questioni controverse, sia relativamente alla conduzione dell'intero procedimento. Le principali novità prospettate erano relative all'introduzione del giudice unico di prima istanza, all'eliminazione delle sentenze interlocutorie e all'introduzione di rigide preclusioni in base alle quali domande, eccezioni e richieste istruttorie dovevano essere formulate negli atti introduttivi, restando fissate per tutto il corso del processo, salvo che la parte fornisse

⁴⁵ L'art. 681 del Progetto testualmente prevedeva che *"Nel giudizio di appello non possono proporsi domande di merito non proposte primo grado, salvo il disposto dell'articolo seguente. Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori scaduti e il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza di primo grado. Possono proporsi nuove eccezioni e si può chiedere l'ammissione di nuovi mezzi istruttori, quando la ragione, l'interesse o la possibilità di proporli siano sorti dopo la chiusura dell'istruzione di primo grado"*.

⁴⁶ Solmi, La riforma del codice di procedura civile, Roma, 1937, 15 ss.

⁴⁷ Ministero di Grazia e Giustizia, Codice di procedura civile. Progetto preliminare e relazione, Roma, 1937, 15.

la dimostrazione di non aver potuto compiere la propria attività per causa non imputabile e previa autorizzazione del giudice.

Le innovazioni descritte si riflettevano anche sulla disciplina dell'appello, poiché Solmi voleva restituirgli la "*propria naturale funzione di controllo del primo giudizio*"⁴⁸, configurandolo come una sorta di revisione del giudizio di primo grado. Il progetto pose un severo divieto alla deduzione dei *nova* in appello, affinché "*nel primo giudizio la controversia sia esposta e discussa in tutti i suoi aspetti*"⁴⁹.

I nuovi mezzi di prova erano ritenuti ammissibili solo allorché l'esigenza fosse sorta solo dopo la conclusione del giudizio di primo grado e fatta salva la possibilità di deferire il giuramento decisorio⁵⁰.

Il progetto redatto da Solmi subì numerose critiche soprattutto per il sistema di preclusioni e per il divieto di *nova* ivi delineato⁵¹.

E così, spinto dalle reazioni negative suscitate, nel 1939 ne venne pubblicata una completa rielaborazione che diede vita al progetto definitivo⁵². Le linee fondamentali del progetto preliminare rimasero

⁴⁸ Relazione cit., XXXIII.

⁴⁹ Relazione cit., *ibidem*.

⁵⁰ Tale sistema di preclusioni era nell'ottica di evitare che le parti proponessero le loro difese a "*dosi misurate*", defatigando l'avversario e complicando l'istruzione. Così la Relazione, cit., 335. Ed infatti, l'art. 343 testualmente prevedeva che "*Nel giudizio di appello non possono proporsi e debbono rigettarsi d'ufficio, domande od eccezioni nuove. Possono però domandarsi gli interessi, i frutti, gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Non possono proporsi nuove prove, né prodursi nuovi documenti, ma può deferirsi il giuramento decisorio. La deduzione di nuove eccezioni e l'offerta di nuovi documenti o mezzi di prova possono essere consentite solo quando la ragione e la possibilità di valersene siano sorte dopo la chiusura del giudizio di primo grado. E' sempre proponibile l'eccezione di prescrizione estintiva, ne qual caso però le spese del giudizio stanno a carico della parte che tardivamente la deduca*".

⁵¹ Al riguardo, si vedano, Carnelutti, Intorno al progetto preliminare di procedura civile, Milano, 1937, 103 ss.; Rocco, Rilievi sul progetto preliminare del codice di procedura civile, Napoli, 1938, 79 ss. e più in generale i pareri espressi dai docenti universitari nei tre volumi editi dal Ministero di Grazia e Giustizia, Osservazioni e proposte sul Progetto di Codice di Procedura Civile, Roma 1938.

⁵² Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione del guardasigilli on. Solmi, Roma, 1939.

sostanzialmente ferme poiché le principali modifiche furono riferite a norme o istituti particolari. Tuttavia, vennero allargate notevolmente le maglie delle preclusioni in primo grado e di conseguenza il divieto di *nova* in appello fu ridimensionato, se non addirittura rovesciato, onde evitare *“una ingiustificata menomazione della difesa delle parti, in contrasto con l’intendimento precipuo del progetto, che il processo debba costantemente essere rivolto alla ricerca ed alla affermazione della verità sostanziale”*⁵³. Fu, allora, prevista dalla nuova formulazione dell’art. 343, la possibilità di richiedere nuovi mezzi di prova in appello riservando al giudice il potere di escluderli qualora avesse ritenuto che la parte pur potendo valersene in primo grado, non l’avesse fatto a scopi dilatori o per grave negligenza⁵⁴.

In ogni caso, si prevedeva espressamente che *“quando si propongono nuove eccezioni o nuovi mezzi di prova o si producono nuovi documenti, le spese del giudizio di appello, anche se riesca favorevole, sono poste a carico della parte che ha proposto l’eccezione o chiesto il mezzo di prova o prodotto il documento, salvo che il giudice ritenga che la ragione o la possibilità di valersi dell’eccezione, del mezzo di prova o del documento siano sorte dopo la chiusura del giudizio di primo grado. Il giuramento decisorio può sempre deferirsi nel giudizio di appello”*.

§ 3. IL CODICE DEL’ 40: L’INTRODUZIONE DELL’ART. 345.

⁵³ Relazione al progetto definitivo in Ministero di Grazia e Giustizia, Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi, Roma, 1939, 88.

⁵⁴ Si noti che, rispetto al progetto preliminare, venne rovesciata l’impostazione dell’art. 343 che nel progetto preliminare nell’escludere le nuove prove, le ammetteva solo quando il motivo per dedurle fosse sorto dopo la sentenza di primo grado.

Il codice di procedura del 1940 venne approvato con R.D. 28.10.1940 ed entrò in vigore il 21 aprile del 1942.

Prima di giungere all'approvazione definitiva e poco dopo la pubblicazione del progetto definitivo Solmi, divenne ministro di grazia e giustizia Dino Grandi il quale, da un lato, proseguì l'opera di quest'ultimo per la realizzazione rapida di un nuovo codice e, dall'altro, diede nuovo impulso all'opera del predecessore seppur con direttive parzialmente diverse⁵⁵.

Al fine di dar vita al disegno, Grandi decise di farsi affiancare da un sostituto procuratore generale della Corte di Cassazione al quale chiese di riordinargli il progetto Solmi, tenendo conto di quattro punti fondamentali sui quali il duce era stato chiarissimo: a) direzione del processo dall'inizio e fino all'istruzione affidata al giudice unico designato dal presidente, ma decisione affidata al collegio di cui faceva parte anche il primo; b) esclusione delle preclusioni in primo grado con ammissione dei *nova* in appello solo in casi eccezionali; c) processo speciale del lavoro; d) ampliamento dei poteri del p.m.⁵⁶.

Tali punti servivano a conciliare l'esigenza di far sì che a giudicare fosse lo stesso giudice che aveva assunto le prove con quella di avere una la

⁵⁵ Le direttive di Grandi sono contenute nel discorso alla Commissione delle Assemblee Legislative del 16 ottobre 1939 pubblicato con il titolo, *La riforma fascista dei codici*, Roma, 1939. Ancora, nella Relazione Grandi, si afferma che il progetto definitivo Solmi aveva bisogno di "*vaste e radicali innovazioni*".

⁵⁶ Cipriani, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, 27.

decisione collegiale evitando, altresì poiché eccessivo, che le prove fossero assunte dal collegio⁵⁷.

Mentre Conforti riordinava il progetto Solmi, Grandi rivolse la sua attenzione ai processualisti chiedendo nell'ordine a Redenti, Calamandrei e Carnelutti di aiutarlo a perfezionare il lavoro di riordino del primo.

La strategia di Grandi, vuoi perché sapeva bene che i cattedratici, avendo giurato fedeltà al regime, non potevano consentirsi troppe libertà, vuoi perché la posizione del ministro era tanto forte da potersi permettere di avere come collaboratori due studiosi non fascisti, fu sostanzialmente quella di costituire dapprima in mora i processualisti conferendo l'incarico a Conforti e poi di recuperarli chiedendo loro di migliorare il lavoro dell'"esperto"⁵⁸.

Dall'opera del comitato ristretto Conforti, Redenti, Calamandrei Carnelutti⁵⁹, derivò nel testo approvato una notevole diversità rispetto al progetto definitivo di Solmi.

Grandi aveva recepito il dissenso manifestatosi su molti punti del progetto Solmi e alla luce delle linee guida sopra citate impartì direttive nel senso del mantenimento della collegialità della decisione a scapito dell'introduzione del giudice unico in primo grado ed anche volte a

⁵⁷ Cipriani, op. cit., 28.

⁵⁸ Cipriani, op. cit., 32.

⁵⁹ Sulle articolate vicende relative al lavoro del comitato, si veda per completezza Cipriani, op. cit., 33 ss., il quale ricostruisce puntualmente gli sviluppi che portarono all'approvazione del Codice.

favorire l'attenuazione dei poteri inquisitori del giudice, oltre ad escludere le preclusioni in primo grado ed i *nova* in appello⁶⁰.

Con l'affermazione di tale indirizzo, si mitigò di gran lunga l'ispirazione fascista della riforma del processo civile e, dunque, benché esso fosse stato definito il "*codice di Mussolini*", non recò tracce della mano del suo preteso creatore⁶¹.

Il codice del '40, dunque, conservò solo in parte l'influenza del programma riformatore iniziale di Solmi presentandosi quale frutto di un compromesso tra le non molte idee dei riformatori fascisti e l'orientamento contrario ad innovazioni radicali della gran parte della dottrina e della classe forense, ove il secondo finì spesso col prevalere sulle prime⁶².

In particolare, il frutto di tale compromesso era ancor più evidente in rapporto al pensiero chiovendiano, poiché, da un lato, si accolsero alcuni dei principi espressi dall'illustre processualista e, dall'altro, questi non furono attuati in modo adeguato, ponendosi così le basi per il loro svuotamento⁶³.

⁶⁰ Tale contraddizione fu spiegata da Grandi in una lettera indirizzata a Redenti, Carnelutti e Calamandrei e pubblicata in Cipriani, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, 201 ss. Secondo Grandi, era necessario allargare le facoltà delle parti e del giudice nel processo di primo grado al fine di assicurare una tutela completa degli interessi dedotti in giudizio. Da ciò derivava la costruzione di un giudizio di appello nel quale i risultati ottenuti da una difesa completa in primo grado non potevano essere rimessi in discussione da una nuova innovazione materiale del fatto, poiché ciò avrebbe contrastato "*una bene ordinata giustizia*". Ed allora "*ad una larga disciplina dell'istruzione in primo grado doveva corrispondere un severo limite nelle deduzioni delle nuove prove e nuove eccezioni in appello*".

⁶¹ Carnacini, *Ne sutor supra crepidam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 280 ss., assicurava che l'influenza di Mussolini si era limitata a due cancellature di cui non si tenne conto (art. 1 e artt. 55 e 56) e ad un'aggiunta (art. 514 n. 2) che fu invece accolta.

⁶² Taruffo, op. cit., 255.

⁶³ Taruffo, op. cit., 256.

In realtà dei principi chiovendiani di oralità, concentrazione ed immediatezza nel codice confluì ben poco ed anche quel poco fu congegnato in modo tale da differenziarsi notevolmente, anzi quasi del tutto, dalle linee guida del progetto chiovendiano⁶⁴. Ed infatti, si trattava di un processo scritto in cui non era garantita l'identità tra il magistrato che istruiva la causa e quello che la decideva e, inoltre, non sussisteva alcuna concentrazione in una o poche udienze⁶⁵.

Il codice del '40 si caratterizzava per una accentuazione dell'influenza pubblicistica che, nell'ottica di ampliamento dei poteri del giudice, introduceva la nuova figura del giudice istruttore con compiti di direzione di tutte le fasi del processo, fino alla rimessione in decisione al collegio. Intento del legislatore era quello di far sì che le parti sin dagli atti introduttivi proponessero tutte le domande, eccezioni e deduzioni, evitando di conservarle fino al momento in cui alla controparte non sarebbe stato più consentito di replicare⁶⁶.

La disciplina delle impugnazioni differiva notevolmente rispetto a quella delineata nel codice del 1865. Ciò risultava evidente da un semplice confronto tra il disposto di cui all'art. 490 del codice del 1865 e quello di cui al nuovo art. 345⁶⁷.

⁶⁴ Segni, *Intorno al nuovo procedimento civile*, (1940), in *Scritti Giuridici*, Torino, 1965, I, 383 ss.

⁶⁵ Monteleone, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, 333 e ss.

⁶⁶ Jaeger, *Diritto processuale civile*, Torino, 1944, 418 ss.

⁶⁷ La norma così testualmente statuiva: *“Nel giudizio di appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono rigettarsi d'ufficio. Possono però domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Salvo che esistano gravi motivi accertati dal giudice, le parti non possono proporre nuove eccezioni, produrre documenti e chiedere l'ammissione di mezzi di prova. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio”*.

Tale ultima norma escludeva lo *ius novorum* in appello e, dunque, l'ammissione di nuovi mezzi di prova e la produzione di nuovi documenti, con l'eccezione della sussistenza dei gravi motivi.

Viceversa, non vi era alcun limite alla possibilità di poter deferire il giuramento decisorio.

Si affidava, cioè, alla "*saggezza del giudice*"⁶⁸ il compito di contemperare la limitazione dello *ius novorum* con le esigenze della giustizia, perché "*alla minore estensione del giudizio di appello corrisponderà una più estesa partecipazione del giudice, e quindi una più completa e avvertita difesa, nella fase di primo grado*"⁶⁹.

Con l'art. 345, si affermavano i principi di centralità del giudice nella direzione della fase istruttoria e di "*elasticità*" del sistema delle preclusioni tanto in primo grado quanto in appello⁷⁰ e pur imponendo il divieto di *nova*, si affidava al giudice il potere discrezionale di ammettere nuove deduzioni quando sussistessero "*gravi motivi*", consegnando, così, le parti alla decisione del giudicante. Tuttavia, era già evidente che dalla *ratio* del sistema di preclusioni in primo grado discendevano corrispondenti limiti ai *nova* in appello, senza che fosse necessario sancirne il divieto pressoché invalicabile⁷¹.

La disciplina dello *ius novorum* come delineata dal codice del '40 era in ogni caso indice di una mutata ricostruzione del giudizio di appello non

⁶⁸ Così la Relazione al Re, § 30, in Lugo - Berri, Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e con note di commento, 2 ed., Milano 1942, 269 ss.

⁶⁹ Così la Relazione al Re, § 30, in Lugo - Berri, op. cit.

⁷⁰ Tedoldi, op cit., 45, 46.

⁷¹ In tal senso Ricca Barberis, Preliminari e commento al codice di procedura civile, Torino, 1946, II, 72 ss.

più concepito, come avveniva sotto la vigenza del precedente codice, come *novum iudicium* bensì come *revisio prioris instantiae*⁷².

§ 3.1. LA NOZIONE DI GRAVI MOTIVI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

L'ammissione di nuovi mezzi di prova in appello era subordinata dalla previsione dell'art. 345 alla valutazione del giudice della sussistenza di gravi motivi. Si trattava, dunque, di un'ipotesi eccezionale⁷³.

L'interpretazione della giurisprudenza del tempo dell'espressione gravi motivi poteva essere ricondotta a vari parametri, partendo, comunque, dal presupposto che la richiesta di accertamento degli stessi, ai fini dell'ammissione dei nuovi mezzi di prova, dovesse provenire esclusivamente dalle parti e mai essere disposta d'ufficio⁷⁴.

Mentre alcune pronunce contenevano una ricostruzione generale dei gravi motivi definendoli, alquanto genericamente, come quelli che avevano

⁷² Andrioli, Commento al codice di procedura civile, Napoli, 1941, 636 ss., rilevava la necessità di mettere in relazione il divieto di *nova*, da un lato, con la rinnovata struttura del giudizio di primo grado e, dall'altro, osservando che "la fase di secondo grado tradizionalmente concepita come *novum iudicium*, cioè come rinnovazione integrale, in fatto e in diritto, della prima istanza, aveva la sua ragion d'essere in un processo, come quello finora in vigore nel quale il giudice di primo grado non poteva far nulla per supplire alla manchevole difesa delle parti e per richiamare la loro attenzione sulle questioni da trattare e sui mezzi di prova da proporre. Ma la diretta partecipazione del giudice di primo grado alla fase istruttoria, e quello scambio di idee che in questa fase avverrà necessariamente tra giudice e parti in virtù dell'oralità e dell'immediatezza, faranno sì che nel nuovo processo la fisionomia di ogni causa si riveli a pieno durante il corso della prima istanza".

In generale, per un'analisi approfondita sulla natura del giudizio di appello ed in particolare sulla ricostruzione appello quale *novum iudicium* o *revisio prioris instantiae* si veda Rascio, L'oggetto dell'appello civile, Napoli, 1996.

⁷³ Relativamente al giuramento decisorio, l'art. 345 ultimo comma prevedeva che esso potesse essere deferito sempre a prescindere dalla valutazione in merito all'esistenza di gravi motivi purchè riferito a domande ed eccezioni proponibili in appello o perché già proposte in primo grado o perché anche se proposte in appello la loro proposizione era stata valutata in ragione della presenza di gravi motivi. In tal senso anche Cass. 30.07.1948 n. 1329, in *Foro it.*, Rep. 1048, voce Appello civ., n. 159.

⁷⁴ Cass. 13.08.1948 n. 1481.

impedito alle parti di formulare le proprie richieste istruttorie nel giudizio di primo grado ed accostandoli, sostanzialmente, ad un comportamento omissivo delle parti⁷⁵, per altre si configuravano i gravi motivi, tali da giustificare l'ammissione dei nuovi mezzi di prova in appello, allorquando alla parte non fosse più consentito replicare ad eccezioni formulate dalla controparte, in quanto contenute o nella comparsa conclusionale o addirittura proprio nell'atto di appello⁷⁶.

Altre pronunce ricollegavano i gravi motivi alla necessità di una più ampia istruttoria sui fatti di causa⁷⁷ o all'esigenza per la parte di argomentare in relazione alle osservazioni poste alla base della decisione impugnata⁷⁸ o, ancora, a quelle esigenze superiori di giustizia⁷⁹. Tale ultimo parametro era valutato in rapporto alla circostanza secondo cui la parte, con l'ammissione dei nuovi mezzi di prova, avrebbe potuto far decidere a proprio favore la controversia⁸⁰. Su tale ultimo punto, restava comunque fermo l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione per cui i gravi motivi non potevano essere utilizzati per supplire alle lacune istruttorie del giudizio di primo grado, dovute alla colpa o negligenza della parte stessa.

Essi erano considerati come salvezza per l'impossibilità della parte di produrre documenti o formulare richieste di prove costituende in primo

⁷⁵ App. Napoli 05.07.1947, in *Giur. it.*, 1947, 56.

⁷⁶ App. Venezia, 28.03.1947, in *Foro it.*, Rep. 1947, voce Appello civ. n. 200.

⁷⁷ App. Genova, 27.05.1947, in *Temì*, 1947, 592, n. 92.

⁷⁸ App. Genova, 04.07/1947, in *Temì*, 1947, 597, n. 123.

⁷⁹ Va precisato che secondo la Suprema Corte di Cassazione le esigenze supreme di giustizia non potevano mai comprendere l'errore del giudice che, viceversa, essendo un errore di diritto poteva essere oggetto di ricorso per Cassazione. Sul punto Cass. 10.02.1950 n. 347, in *Foro it.*, Rep. 1950, voce Appello civ., n. 252.

⁸⁰ App. Genova, 23.01.1947, in *Foro it.*, Rep. 1947, voce Appello civ. n. 168.

grado⁸¹, mentre non era possibile configurare i gravi motivi nell'ipotesi in cui l'esito della prova testimoniale raccolta in primo grado si palesava in modo diverso da quanto sperato dalla parte e, quindi, tale da giustificare la parte scontenta a formulare ulteriori richieste istruttorie per contrastare l'esito istruttorio non gradito del giudizio di primo grado⁸².

Infine, con particolare riferimento ai documenti, in alcune sentenze si sosteneva che i gravi motivi potessero essere integrati dalla circostanza del rilascio da parte dei competenti uffici successivamente alla chiusura del giudizio di primo grado⁸³, mentre in altre i gravi motivi venivano individuati in rapporto a particolari situazioni che potevano riguardare sotto profili impeditivi il difensore della parte⁸⁴.

La decisione sulla valutazione in merito alla sussistenza o meno dei gravi motivi secondo un orientamento pressoché pacifico non era censurabile in Cassazione, trattandosi di un giudizio di fatto e non di diritto⁸⁵.

§ 4. LA NOVELLA DEL 1950

⁸¹ Cass. 08.06.1948 n. 869, in *Mass. Foro it.*, 1948, c. 180 e Cass. 23.04.1949 n. 985, in *Mass. Foro it.*, 1949, c. 208.

⁸² App. Torino, 10.11.1944, in *Foro it.*, Rep. 1944, voce Appello civ., n. 269, 270.

⁸³ App. Napoli 06.07.1946, in *Foro it.*, Rep. 1947, voce Appello civ., n. 201.

⁸⁴ Al riguardo, alcune sentenze ritenevano la sussistenza dei gravi motivi in relazione all'ignoranza della parte che il suo difensore non poteva rappresentarla in giudizio, mentre per altre erano orientate in senso più restrittivo a ritenere che l'impedimento del procuratore non potesse integrare i gravi motivi utili ad ottenere l'ammissione di nuovi mezzi di prova se non quando fosse dimostrato che la parte avesse compiuto tutte le attività possibili a superare gli impedimenti del difensore. Si veda sul punto App. Milano 07.05.1946, in *Foro it.*, Rep. 1944 - 1946, voce Appello civ., n. 197 e App. Bari, 09.01.1947, in *Foro it.*, Rep. 1947, voce Appello civ., n. 183.

⁸⁵ Cass. 30.06.1948 n. 1043, in *Giur. it.*, 1948, 498; Cass. 17.02.1949, n. 266, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 539; Cass. 13.06.1950 n. 1484, in *Foro it.*, Rep. 1950 voce Appello civ., n. 266.

Sin dalla sua entrata in vigore, il codice del '40 non aveva riscosso consensi⁸⁶. Tuttavia, l'atteggiamento di antipatia e boicottaggio soprattutto della classe forense non aveva prodotto critiche manifeste durante il regime fascista⁸⁷.

Solo con la fine di quest'ultimo, si manifestò una vera e propria campagna contro il codice, condotta in particolare dagli ordini professionali⁸⁸ e sfociata anche in numerosi scritti⁸⁹, che poneva come argomentazione di base quella per cui, essendo stato emanato in epoca fascista, il codice era fascista e quindi, solo per tale motivo, da abrogare.

In realtà, la ragione di critica meno apparente era quella per la quale il modello di processo delineato andava ad incidere su vecchie abitudini, pigrizie ed interessi consolidati della professione⁹⁰ che venivano pregiudicati dal sistema di preclusioni introdotto dal codice del '40.

A fronte del conclamato malumore del ceto forense⁹¹ desideroso dell'abrogazione, si contrapponeva l'analisi della dottrina che, difendendo sostanzialmente l'impianto del codice, ne suggeriva riforme in senso parziale⁹². Essa riuscì ad arginare le pressioni che avevano come intento il

⁸⁶ Si vedano Allorio, Allarme per la giustizia civile, in *Giur. it.*, 1945, IV, 54; Cipriani, op. cit., 61; ID., I problemi del processo di cognizione tra passato e presente, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2003, 39 ss.

⁸⁷ Taruffo, op. cit., 289.

⁸⁸ Vi era, tuttavia, anche qualche voce indirizzata nel senso di proporre solo riforme parziali al codice come Abbate, In difesa del vigente codice di rito, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1947, I, 153 ss.

⁸⁹ Così Romanelli, Il nuovo codice di procedura civile. Osservazioni critiche dopo un biennio di attuazione, Roma, 1945; Molinari, Un'esperienza fallita (il codice processuale civile 1942), in *Riv. dir. proc. civ.*, 1946, I, 165 ss.

⁹⁰ Taruffo, op. cit., 290.

⁹¹ Molinari, Un'esperienza fallita (il codice processuale civile 1942), cit., 165 ss., cui replica Allorio, La scienza, la pratica, il buonsenso e il processo civile, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1946, I, 190 ss.

⁹² In tal senso Andrioli, Abrogazione del codice di procedura civile?, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1946, I, 150 ss.; Carnelutti, Polemica sulla riforma del processo civile, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1946, I, 149; Satta, In difesa del codice di procedura civile, in *Foro it.*, 1947, IV, 49 ss. In senso differente, la posizione di Liebman in,

recupero del vecchio codice⁹³ e di conseguenza prevalse l'idea di riformare, seppur in modo consistente, la disciplina del processo⁹⁴.

Così, sin dal 1946 si susseguirono vari progetti di riforma⁹⁵ ed in particolare, sul progetto Pellegrini che comunque non ebbe seguito e addirittura fu definito "il peggior progetto che sia mai stato elaborato nel nostro secolo"⁹⁶, si rinnovò lo scontro tra la dottrina e ceto forense, fino a giungere al d. legislativo 05.05.1948 n. 483 che, sebbene inteso come provvisorio in attesa di una più organica riforma del codice, conteneva una serie di modifiche molto rilevanti⁹⁷ ed in particolare la soppressione completa delle preclusioni sia in primo grado che in grado di appello⁹⁸.

Il percorso di ratifica del decreto fu molto tortuoso ed oggetto di emendamenti, finchè si arrivò con fatica all'approvazione della l. 14.07.1950 n. 581 che formalmente lo ratificava ma in sostanza molti dei suoi aspetti caratterizzanti risultavano modificati, anche se le scelte di fondo operate dal decreto stesso vennero mantenute⁹⁹.

Le legge del 1950, seguendo la tecnica della novellazione, apportò cambiamenti che si concretizzarono nella sostituzione totale o parziale di

Note sulla riforma del processo civile, in *Foro it.*, 1947, IV, 53, il quale, comunque contrario all'abrogazione, si poneva in senso più critico rispetto alle posizioni degli studiosi sopra citati.

⁹³ Si veda ad esempio Andrioli, Il progetto per la revisione del Codice di procedura civile, in *Dir. e giur.*, 1946, 242.

⁹⁴ Taruffo, op.cit., 293.

⁹⁵ Nel 1946 venne presentato il Progetto Curcio, nel 1947 quello Pellegrini.

⁹⁶ Allorio, Sul secondo disegno ministeriale di revisione del codice di procedura civile, in *Giur. it.*, 1947, IV, 25.

⁹⁷ Si veda la per una più esaustiva disamina la Relazione Grassi al decreto, in *Le Leggi*, 1948, 534 ss. Tra le modifiche contenute nel decreto vanno ricordate la citazione a udienza fissa, la limitazione dell'oralità, la reclamabilità delle ordinanze del giudice istruttore e una nuova disciplina dei provvedimenti del collegio e dell'estinzione del processo.

⁹⁸ Taruffo, op. cit., 296.

⁹⁹ Sul punto Satta, Le nuove disposizioni sul processo civile, Padova, 1951; Andrioli, La riforma del codice processuale civile, Napoli, 1951; Tedeschi, Le aggiunte e le modificazioni alle modificazioni ed aggiunte al codice di procedura civile, in *Giur.it.*, 1950, IV, 145 ss.

singole norme. Importanti modifiche furono introdotte al sistema delle preclusioni delineato dal codice del '40 con conseguenti interventi sugli articoli 183 e 184.

Ma soprattutto con riferimento all'art. 345 comma 2, vennero introdotti sostanziali cambiamenti volti a consentire la deduzione di nuove eccezioni e nuove prove nel giudizio di appello¹⁰⁰.

Fu prevista, così, la possibilità per le parti di proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, con il limite, costituito dalla valutazione del giudice, di condannare al pagamento delle spese la parte che avesse violato il dovere di lealtà e probità sancito dall'art. 88¹⁰¹. Si trattava, tuttavia, di un deterrente destinato a rimanere del tutto inefficace, sia perché di per sé insufficiente a scoraggiare manovre dilatorie, sia perché di incerta e discrezionale applicazione¹⁰².

In definitiva, con la novella del '50, le parti riacquistarono la completa libertà di cui godevano sotto la vigenza del codice del 1865 e si affermò, nuovamente, la formazione progressiva estesa anche al secondo grado del materiale di fatto e di diritto destinato a costituire il fondamento e l'oggetto della decisione¹⁰³.

¹⁰⁰ Ferri, Il problema dell'appello limitato, Padova, 1979, 119 ss.

¹⁰¹ La norma rimasta in vigore fino al 30.04.1995 così recitava: "Nel giudizio di appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono rigettarsi d'ufficio. Possono però domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Le parti possono proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, ma se la deduzione poteva essere fatta in primo grado si applicano per le spese del giudizio di appello le disposizioni dell'art. 92, salvo che si tratti del deferimento del giuramento decisorio".

¹⁰² Calvosa, Appunti sul progetto Gullo, in *Riv. dir. proc.*, 1947, 142.

¹⁰³ Taruffo, op. cit., 300.

Con la novella del' 50, l'appello riacquistò la caratteristica di *novum iudicium*, così come sotto la vigenza del codice del 1865, perdendo quella di *revisio prioris instantiae*¹⁰⁴.

Esso, dunque, era configurato come prosecuzione del giudizio di prima istanza presentandosi come continuazione della controversia oggetto del primo grado. Le parti potevano, così, allargare praticamente senza argini il campo con nuove eccezioni e nuovi mezzi di prova.

§ 5. LA RIFORMA DEL RITO DEL LAVORO: L'INTRODUZIONE DELLA NOZIONE DI INDISPENSABILITA' NELL'ART. 437 COMMA 2

Dopo l'entrata in vigore della Novella del' 50 non si registrarono modificazioni sostanziali nella realtà concreta del processo civile ed anzi la giustizia civile non accennava a migliorare, correndo al contrario precipitosamente verso lo stato di coma irreversibile in cui giace tutt'oggi¹⁰⁵. Tuttavia, novità di rilievo erano facilmente percepibili in riferimento alle norme in vigore nel senso della recezione in esse della prassi – per molti aspetti abrogativa o elusiva – che si era andata creando in sede di applicazione del codice negli anni tra il 1942 e il 1950¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Al riguardo si segnala, il passaggio della relazione Grassi al decreto legislativo 483 che si può leggere in Andrioli, *Le riforme del codice di procedura civile*, Napoli, 1951, 110, e che così illustrava la modifica introdotta: *“In conformità ad esigenze manifestate non solo nella pratica ma anche da gran parte della dottrina, è stata restituita alle parti la facoltà di proporre nuovi documenti e di chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova: è ridato così al giudizio di appello il suo carattere tradizionale di normale prosecuzione del giudizio di primo grado e di riesame pieno di tutta la controversia, anziché di revisione del giudizio emesso dal giudice di primo grado”*.

¹⁰⁵ Tedoldi, *op. cit.*, 51.

¹⁰⁶ Taruffo, *op. cit.* 318, 319.

Negli anni compresi tra il cinquanta ed il settanta, si assistette comunque ad alcuni tentativi di riforma del processo civile¹⁰⁷ che non apportarono concrete modifiche al modello vigente¹⁰⁸.

Le proposte erano tutte ispirate a realizzare una accelerazione dei tempi del processo finalizzate anche al risparmio di uomini e mezzi occorrenti per l'amministrazione della giustizia¹⁰⁹. Tutto ciò nell'ottica di attenuare il malfunzionamento della giustizia civile dovuto, appunto, ai tempi lunghi del processo ed alla crisi generalizzata, a tutti i livelli, sia della giustizia cosiddetta minore, sia della Corte di Cassazione.

Negli anni compresi tra il 1960 ed il 1970, i suddetti problemi della si acuirono maggiormente poiché, a fronte di una netta diminuzione globale del contenzioso civile, indice dell'aumentata difficoltà di accedere alla tutela giurisdizionale da parte di molte categorie di cittadini anche in ragione dei costi del processo¹¹⁰, si registrò un ulteriore aumento della durata del processo¹¹¹.

¹⁰⁷ Il riferimento principale è al progetto Gonnella del 1958 che non prevedeva alcuna modifica relativamente allo *ius novorum* in appello. Esso fu pubblicato in *Giust. civ.*, 1960, IV, 109 e ss e 253 ss. Per i rilievi critici, Satta, Il nuovo progetto di revisione del codice di procedura civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1302 ss.

¹⁰⁸ In realtà, si contrapponevano distinti orientamenti poiché, da un lato, erano poche le voci dirette a chiedere una riforma globale del processo civile nel senso di un'accentuazione dei poteri del giudice e di semplificazione (in tal senso Assanti, Proposte eretiche per la riforma del processo civile, in *Foro it.*, 1955, IV, 113 ss.) dall'altro, parte della dottrina criticava la riforma del cinquanta in vista di un ritorno al codice del 1940 nella sua forma originaria (in tal senso gli interventi di Segni, Andrioli, Carnelutti, Calamandrei, in Atti dell'incontro su "Il giudice istruttore nel processo civile", Milano, 1955, 13 ss., 75 ss, 187, 240 ss). Più in generale, la dottrina condivideva il punto chiave della novella ossia l'abolizione delle preclusioni (in tal senso, Denti, Garbagnati, Minoli, Allorio, in *Atti cit.*, 81 ss, 87 ss, 121 ss, 215 ss).

¹⁰⁹ Taruffo, op. cit., 321.

¹¹⁰ Cecchi, Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia, Bari, 1975, 13 ss.

¹¹¹ Cecchi, op. cit., 77 ss.

Nonostante tale situazione, i tentativi di proposte di riforma¹¹² restarono isolati ed insufficienti¹¹³, con un legislatore inerte rispetto alla prospettiva di adeguamento effettivo della normativa processuale ai principi costituzionali, ed alla presa di coscienza del fatto che il modello di codice vigente non era in grado di risolvere i problemi della giustizia civile¹¹⁴.

In tale contesto, si innestò la riforma del processo del lavoro attuata con la legge dell'11.08.1973 n. 533, risultato di un ampio dibattito¹¹⁵ e preceduta nel 1970 dall'entrata in vigore con la legge 20.05.1970 n. 300 del cosiddetto Statuto dei Lavoratori.

I mali della giustizia civile risultavano ineluttabilmente amplificati nelle controversie del lavoro, ove la lentezza del processo comprometteva l'attuazione dei diritti dei lavoratori che, in quanto parte economicamente e socialmente debole, subivano in modo particolarmente grave gli effetti della durata del giudizio¹¹⁶. Ciò si concretizzava in un sostanziale diniego della tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore atteso che occorrevano

¹¹² Pavanini, Riforma del processo civile (Brevi note introduttive), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 609; Micheli Problemi attuali del processo civile in Italia, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 291; Fazzalari, Relazione, in *Gli attuali problemi del processo civile italiano*, Roma, 1968, 52 ss.

¹¹³ Venne riproposto il progetto Gonnella del 1960 con piccolissime ed irrilevanti modifiche che nuovamente stroncato (in tal senso Cappelletti, parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano, in *Giur. it.*, 1969, IV, 81 ss) fu ulteriormente riproposto nel 1972 sempre con modifiche dovute a pronunce di incostituzionalità con nuovi commenti negativi (in tal senso Denti, Riforma o controriforma del processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 285 ss; Colesanti, Intorno a un progetto di riforma del cod. proc. civ., in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, 442 ss; Andrioli, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, 21).

¹¹⁴ Ciò perché la prassi applicativa aveva totalmente svuotato il modello di processo delineato dal codice delle sue innovazioni più significative. In tal senso, Taruffo, op. cit., 327.

¹¹⁵ Si vedano al riguardo per maggiore completezza, Jaeger, Per una riforma urgente del processo del lavoro. Osservazioni e proposte, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, 1 ss; Petraccone, Per una riforma urgente del processo del lavoro. Conclusioni e proposte, in *Riv. giur. lav.*, 1957, I, 205; Ventura, Giudice del lavoro, processo del lavoro e crisi della giustizia, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 223 ss; Ventura, Problemi attuali del giudice del lavoro, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, 401 ss.; Pera, La riforma del processo del lavoro nello scorcio della quarta legislatura, in *Foro it.*, 1968, V, 81;

¹¹⁶ Taruffo, op. cit., 344.

anni ed anni per ottenere una sentenza di primo grado e ad altri ancora per una definitiva¹¹⁷.

La legge 533 dell'11.08.1973 n. 533¹¹⁸ attraverso la tecnica della novellazione, mescolata, peraltro, alla tecnica della disciplina diretta, sostituì l'intero titolo quarto del libro secondo del codice, intitolato "Norme per le controversie in materia di lavoro", riducendolo da 4 ai 2 capi che erano rimasti operanti nella precedente disciplina: quello dedicato alle "controversie individuali di lavoro" e quello dedicato alle "controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria", ovvero i titoli degli attuali capo primo e capo secondo¹¹⁹. Il legislatore configurò un procedimento speciale, ma pur sempre a cognizione piena ed esauriente¹²⁰, per le controversie individuali di lavoro e in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria¹²¹, autonomo e diverso rispetto alla normativa del procedimento ordinario di cognizione¹²², ispirato ai principi

¹¹⁷ Andrioli, Intervento, in *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, Milano, 1971, 199 ss; Pera, Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1967, 194.

¹¹⁸ Secondo Denti in, *Il nuovo processo del lavoro: significato della riforma*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, 371 ss., la legge, sebbene la tensione politica che aveva prodotto le innovazioni più importanti dello statuto dei lavoratori fosse venuta meno, conteneva soluzioni politicamente moderate che tuttavia rappresentavano un rilevante salto di qualità rispetto alla precedente normativa.

¹¹⁹ Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2009, 285.

¹²⁰ Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2009, 3.

¹²¹ Mandrioli, op. cit., 286

¹²² Taruffo, op. cit., 350.

chiovendiani di oralità, concentrazione ed immediatezza¹²³ che, pertanto, consentiva ai lavoratori di avvalersi di un rito differenziato¹²⁴.

In sostanza i principi di oralità, concentrazione ed immediatezza presero, almeno apparentemente, il sopravvento sulle pur robuste resistenze incontrate nella prassi e le difficoltà del processo civile vennero per lo più attribuite alla carenza di strutture giudiziarie e alla “controriforma” del 1950¹²⁵.

Il processo del lavoro segnò, all’epoca, una fortissima rottura con il processo civile ordinario poiché il valore della celerità, solo dopo molti anni penetrato nella Costituzione quale “ragionevole durata”, venne garantito dalle rigide preclusioni per le allegazioni e le prove¹²⁶.

La differenza rispetto al processo civile dell’epoca era abissale poiché, in quest’ultimo, le deduzioni e le prove si affastellavano udienza dopo udienza, secondo un inevitabile tatticismo per non avvantaggiare l’avversario. Di conseguenza, il giudice era indotto a non studiare una causa in continuo divenire, fino a quando con la precisazione delle conclusioni la giostra si fosse fermata¹²⁷.

¹²³ Le caratteristiche salienti del processo del lavoro possono essere così sintetizzate: competenza affidata al giudice unico, tutte le attività del processo da quelle preparatorie a quelle istruttorie, dalla discussione orale alla pronuncia del dispositivo avvengono in un’unica udienza, quella di discussione *ex art. 420 c.p.c.* Il giudizio si caratterizza per la struttura inquisitoria, essendo previsti in capo al giudice ampi poteri di direzione e di istruzione e dalla presenza di un sistema di preclusioni per il quale le parti le svolgere tutte le proprie deduzioni negli atti introduttivi (ricorso e memoria difensiva), salvo quanto disposto dall’art. 420 c.p.c.

¹²⁴ Verde, *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2010, 309.

¹²⁵ Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1984, I, 42 e II, 7.

¹²⁶ AAVV, *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di Vallebona, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani e Carinci, IX, Padova, 2011, XXI.

¹²⁷ Vallebona, *op. cit.*, XXII.

L'ispirazione ai principi chiovendiani che introdusse un rigido sistema di preclusioni si percepiva anche nella fase di impugnazione ed in particolare, con riferimento all'appello poiché, l'art. 437 sanciva che *“non sono ammesse nuove domande ed eccezioni. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa. E' salva la facoltà delle parti di deferire il giuramento decisorio in qualsiasi momento della causa”*.

Tale previsione segnava una netta inversione di tendenza rispetto al rito ordinario così come modificato dalla novella del '50 ove, come visto, vi era possibilità di richiedere l'ammissione di nuovi mezzi istruttori con il solo deterrente, peraltro assai blando, della sanzione delle spese.

La *ratio* palese sottesa alla riforma del processo del lavoro si inquadrava nell'ottica di favorire un'accelerazione del processo per garantire ai lavoratori, parte economicamente e socialmente più debole, quella effettività della tutela dei diritti che fino a quel momento aveva costituito una vera e propria chimera¹²⁸. A tal fine, i canoni chiovendiani ed il sistema di preclusioni introdotto venivano visti quali rimedi per i mali della giustizia che potevano essere affrontati attraverso il ricorso al modello strutturale previsto dal processo del lavoro, individuato, altresì, quale *“bussola”* anche per i successivi progetti di riforma¹²⁹.

¹²⁸ Tuttavia, in senso critico Monteleone, *Diritto processuale civile*, cit., 335, per il quale *“dietro l'oralità, concentrazione, immediatezza si cela un processo autoritaristico, scritto, inquisitorio, e denso di preclusioni e decadenze a carico solo delle parti e degli avvocati. Naturalmente anche nelle controversie di lavoro alla prova dei fatti si è potuto constatare, a parte un'iniziale accelerazione dei tempi dovuta ad alcune misure organizzative di accompagnamento alla nuova legge, l'insoddisfacente funzionamento del processo, con in più i pericoli di prevaricazioni ed ingiustizie insite in un sistema inquisitorio a giudice unico”*.

¹²⁹ Tedoldi, *op. cit.*, 54.

§ 6. L'INTRODUZIONE DELLA NOZIONE DI INDISPENSABILITA' ANCHE NEL RITO ORDINARIO: L'ART. 345 COMMA 3

Le novità introdotte dalla legge di riforma del processo del lavoro furono accolte positivamente dalla dottrina proprio perché ispirate ai principi chiovendiani di oralità concentrazione ed immediatezza¹³⁰, cosicché da più parti si iniziò a sperare in una riforma ispirata ai medesimi principi che coinvolgesse il processo civile in generale, al fine di risolvere il problema della eccessiva durata del processo¹³¹. Tale intendimento sfociò nella riforma del 1990 che con la legge 353 del 26 novembre 1990¹³²

¹³⁰ In tal senso, Fazzalari, Istituzione di diritto processuale, Padova, 1996, 167; Montesano Vaccarella, Manuale di diritto processuale del lavoro, Napoli, 1996, 6; Tarzia, Manuale del processo del lavoro, Milano, 1975, 33. Di parere contrario, Monteleone in Diritto processuale civile, cit., 730 ss per il quale i principi chiovendiani non si rinvergono nel riformato processo del lavoro per essere lo stesso rigidamente scritto e non orale, non concentrato e nel quale la causa non viene discussa neppure al momento della decisione, svolgendosi, peraltro, in più udienze spesso di tipo istruttorio.

¹³¹ Tale intento si conciliava anche con un mutato approccio della dottrina la quale aveva iniziato già a partire dagli anni sessanta a manifestare apertura verso l'indagine empirica dei fenomeni processuali e verso lo studio comparatistico, al fine di collocare l'analisi del nostro processo nella più ampia e fertile prospettiva del confronto sistematico con i principali modelli processuali di altri paesi ed in particolar modo con gli ordinamenti di *common law* e dei paesi socialisti. A tale duplice apertura, si affiancava l'ulteriore profilo per il quale la giustizia civile ed il processo vengono visti come fenomeni sociali di massa con la conseguenza che le sue gravissime disfunzioni non sono più viste esclusivamente come un problema di tecnica interna del processo ma come problema socio politico che investe complessivamente la tutela dei meno abbienti, l'uguaglianza effettiva delle parti e la riforma dell'ordinamento giudiziario. Sul tema si veda per completezza Cappelletti, Giustizia e società, Milano, 1977, 225 ss.

¹³² Nel periodo che va dagli anni settanta alla riforma del novanta si ebbero vari tentativi di riforma non andati a buon fine. Innanzitutto, il progetto Reale del 1975 (su cui si vedano Verde, Il disegno di legge 2246 presentato al Senato dal Ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 636 ss. e Carpi, Brevi note sui provvedimenti urgenti per il processo civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 656 ss.), il quale pur ispirato dalla volontà di determinare una riforma completa e generale del processo civile, affrontava i punti di maggiore urgenza ed oltre a risolvere alcuni problemi interpretativi e di adeguamento di alcune norme del codice alle pronunce della Corte Costituzionale, da un punto di vista strettamente procedimentale, introduceva una serie di preclusioni in primo grado ed eliminava lo *ius novorum* in appello attraverso la modifica degli articoli 183, 184 e 345. Il progetto Reale decadde e stessa sorte toccò nel 1976 e nel 1977 ai tre progetti Bonifacio i quali prevedevano un processo modellato su quello del lavoro con rigide preclusioni in primo grado e divieto di nuove eccezioni e nuove prove in appello. Sempre nel 1977 venne pubblicato il progetto Liebman (in *Riv. dir. proc.*, 1977, 452 ss con il titolo Proposte per una riforma del processo civile di cognizione) contenente proposte di modifiche radicali al processo di cognizione ed ispirato alla concezione chiovendiana ed al precedente più immediato costituito dalla riforma del processo del

introdusse un radicale cambiamento nel processo civile. La sua ispirazione di fondo era quella di risolvere il problema della eccessiva durata del processo attraverso l'introduzione di un rigido sistema di preclusioni da realizzarsi non solo nel giudizio di primo grado ma anche in quello di impugnazione, attraverso un ritorno all'indirizzo originario del codice del '40.

La legge 353 del '90 fu preceduta nel 1988 dal progetto Vassalli il quale, nell'ottica di massima valorizzazione del giudizio di primo grado e di una impostazione del giudizio di appello non più come *novum iudicium* bensì come *revisio prioris instantiae*, contemplava il divieto di proporre nuovi mezzi di prova e nuovi documenti, mentre era possibile deferire il giuramento, a meno che la parte non avesse provato di non averli potuti produrre per causa non imputabile. Il progetto Vassalli fu criticato da una

lavoro del 1973. Esso costituì il tentativo più organico ed innovatore di riforma del processo civile nel quale fu rimarcata l'ispirazione al principio della concentrazione tant'è che esso prevedeva un'unica udienza di trattazione in cui assumere le prove e svolgere la discussione orale. In riferimento alle nuove nel giudizio di appello, la Commissione Liebman non raggiunse un punto d'incontro tra due opposte proposte. Nella prima, veniva riproposto il contenuto dell'art. 345, così come introdotto dalla novella del '50, nel quale potevano essere prodotti nuovi documenti e richiesta l'ammissione di nuovi mezzi di prova, con il solo limite dell'applicazione dell'art. 92, se la deduzione poteva essere fatta in primo grado. Nella seconda, si prevedeva che non potevano essere prodotti nuovi documenti, né ordinata l'esibizione tranne che si trattasse di documenti prima ignorati o che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario. Inoltre, non erano ammessi nuovi mezzi di prova salvo che la parte avesse dimostrato di non aver potuto dedurli nel giudizio di primo grado per causa a lei non imputabile. Il collegio poteva, tuttavia, consentirne la produzione o disporre l'esibizione o l'ammissione, quando li riteneva indispensabili ai fini della decisione della causa, con l'ulteriore possibilità delle parti di introdurre documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, quando fossero stati rilevanti per il giudizio sulle nuove domande ed eccezioni consentite in appello. Negli anni successivi, in tema di nuove prove, si alternarono proposte di segno differente poiché nel 1981, la Commissione Liebman incaricata di redigere un nuovo progetto di riforma al codice, propose di conservare lo *ius novorum* in appello. Tuttavia, data la situazione di stallo in cui si versava, l'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, nell'ottobre del 1985 invitò Fabbrini, Proto Pisani e Verde di redigere un progetto di riforme urgenti, poi rivisto solo dai primi due processualisti. In tale progetto, l'intento acceleratorio era perseguito attraverso un sistema di preclusioni forti e relativamente ai nuovi mezzi di prova in appello si prevedeva il divieto di ammissione, ad esclusione del giuramento, a meno che la parte avesse provato di non averli potuti utilizzare in primo grado per forza maggiore o per fatto dell'avversario. Infine, nell'idea di riforma parziale portata avanti da Tarzia (Quali riforme per la giustizia civile?, in *Giur. it.*, 1987, IV, 289 ss.) venne, viceversa, prospettata la libera deducibilità dei *nova* in appello.

parte della dottrina¹³³ e fu approvato nella formulazione definitiva della legge 353 del' 90 con una modifica che prevedeva la formulazione dell'art. 345 nella quale, sostituendo il terzo comma, veniva sancito che non sono ammessi nuovi mezzi di prova salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non averli potuto produrre nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile e fatta salva la possibilità di deferire sempre il giuramento decisorio.

Come visto, la formulazione dell'art. 345 così come emergente dalla riforma del 90 segnava un ritorno verso il modello di appello come *revisio prioris instantiae* anzichè quale *novum iudicium* e recepiva, nonostante le critiche dei commentatori, una nozione molto controversa quella di indispensabilità che per oltre vent'anni, pur avendo occupato dottrina e giurisprudenza¹³⁴, non aveva avuto una definizione univoca e tale da delimitare l'ampiezza del potere discrezionale del giudice d'appello.

§ 7. L'EVOLUZIONE INTERPRETATIVA SULLA PRODUZIONE DI NUOVI DOCUMENTI E L'INTERVENTO RIFORMATORE DEL 2009

Come visto, l'abrogato art. 345 c.p.c. prevedeva quale requisito di ammissibilità della prova in appello la novità del mezzo di prova, mentre l'art. 345, nella formulazione introdotta con la riforma del' 90, preclude i

¹³³ Al riguardo, Consolo, Le proposte Vassalli di riforma del c.p.c.: note sulla disciplina della sentenza e delle sue fasi gravame, in *Giust. civ.*, 1989, II, 189 ss. L'autore era contrario al divieto assoluto di *ius novorum* in appello emerso in seno ad una delle due proposte della Commissione Liebman.

¹³⁴ Su tale profilo ci si soffermerà analiticamente nel capitolo successivo.

mezzi di prova nuovi con il temperamento della indispensabilità ai fini della decisione rimessa alla valutazione del collegio.

In sostanza, la disciplina vigente anteriormente alla legge 353 del' 90 si era uniformata al principio di infrazionabilità dei mezzi prova¹³⁵ espresso dalla Suprema Corte di Cassazione per la quale doveva escludersi l'ammissibilità nel grado di appello di una richiesta istruttoria che non avesse ad oggetto circostanze del tutto diverse da quelle oggetto di prova nel giudizio di primo grado, poiché volta ad inficiare direttamente o indirettamente le risultanze di quest'ultima, al fine di determinare, attraverso una surrettizia rappresentazione di nuove modalità, fatti e circostanze una diversa valutazione delle vicende già accertate all'esito dell'espletamento del medesimo mezzo istruttorio¹³⁶.

Pertanto, le preclusioni introdotte lasciavano ben poco spazio ad integrazioni istruttorie in grado di appello, se non per quanto riguarda il giuramento decisorio.

Tuttavia, già anteriormente alla riforma del' 90, nell'alveo tracciato dall'interpretazione dell'art. 437 comma 2 da parte della dottrina e della giurisprudenza consolidata, il divieto di nuovi mezzi di prova in appello veniva riferito esclusivamente alle prove costituenti, con la conseguenza che risultava possibile senza limiti la produzione di documenti non depositati nel giudizio di primo grado.

Si riteneva, cioè, ammissibile per tutto il corso della fase di trattazione del giudizio di appello, la produzione documentale in ragione della scelta del

¹³⁵ Grasselli, L'istruzione probatoria nel processo civile, Padova, 2009, 94.

¹³⁶ Cass. 02.08.1997 n. 7176.

legislatore di differenziare in grado di appello le prove costituenti da quelle costituite dato che queste ultime non comporterebbero rallentamenti nel processo, né una preventiva valutazione del giudice in ordine alla loro rilevanza o attendibilità¹³⁷. Ed infatti, mentre per le prove costituenti che vertono su circostanze di fatto, la distinzione tra prove nuove e prove non nuove è fattibile, altrettanto non può affermarsi per i documenti i quali risulterebbero sempre nuovi al momento della loro produzione¹³⁸.

Nello specifico, d'altronde, mentre per l'ammissione di una prova testimoniale si avrebbe sempre una valutazione preventiva da parte del giudice, altrettanto non potrebbe affermarsi per la produzione di un documento, riguardo al quale la valutazione del giudice avviene *ex post* e quindi con specifico riferimento alla sua rilevanza ai fini della decisione¹³⁹. Tuttavia, a fronte dell'interpretazione affermata che escludeva l'assoggettamento della produzione documentale alla valutazione del requisito della indispensabilità, non poteva non essere considerata la discrasia creatasi tra l'art. 183 VI comma n. 2, riprodotto dal precedente art. 184 che assoggetta a decadenza, in primo grado, sia i documenti che i mezzi di prova e l'art. 345 come riformato dall'intervento del '90 che, secondo l'interpretazione riferita, vietava in appello

¹³⁷ In tal senso, a titolo esemplificativo, Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 160; De Stefano, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, 329; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 211. Tuttavia, per completezza si rimanda al capitolo successivo.

¹³⁸ Grasselli, *op. cit.*, 135.

¹³⁹ Grasselli, *ibidem*.

l'ammissione di nuovi mezzi di prova ma non anche la produzione documentale.

Pertanto, dopo alcune iniziali perplessità, la giurisprudenza si è orientata in senso restrittivo, argomentando dal principio della ragionevole durata del processo ed affermando che il legislatore, in relazione alle nuove prove, avrebbe inteso far riferimento tanto alle prove costituenti quanto a quelle precostituite¹⁴⁰.

Tale orientamento restrittivo si è definitivamente consolidato con due pronunce delle Sezioni Unite del 2005 la n. 8202, per il rito del lavoro, e la n. 8203, per il rito ordinario, con le quali è stato chiarito che il limite di ammissibilità delle nuove prove in appello si riferisce sia alle prove costituenti che a quelle documentali.

Quanto affermato dalle citate pronunce delle Sezioni Unite è stato poi recepito dal legislatore del 2009 il quale, con la l. 18.06.2009 n. 69¹⁴¹, ha

¹⁴⁰ Ciò sebbene, in occasione della Relazione alla Commissione Giustizia del Senato sul progetto di riforma del 1990, presentata dai senatori Lipari ed Acone "si è ricordato l'orientamento giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità, nel rito del lavoro, della produzione di nuovi documenti in appello segnalandosi l'opportunità di evitare, coordinando le disposizioni, un maggior rigore della disciplina ordinaria". La posizione espressa si poneva in contrasto con il contenuto del disegno di legge n. 1288/S/X, nel quale il divieto di *nova*, di cui all'art. 345 c.p.c., era espressamente riferito anche ai documenti. L'espresso divieto di produzione fu poi eliminato nel testo licenziato dal Senato.

¹⁴¹ La riforma del 2009 risulta caratterizzata dalla finalità di riduzione dei tempi del processo, in ossequio al principio di ragionevole durata di cui all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e all'art. 111, 2° comma della Costituzione (nonché dalla legge n. 67/2001 cd. "legge Pinto"), nell'ambito di una finalità complessiva di sostegno ed incentivazione all'economia cui può contribuire anche una più celere definizione delle controversie civili. In particolare, come riferisce De Gioia, *Il nuovissimo processo civile*, Forlì, 2009, 4 e ss. le innovazioni introdotte si muovono secondo le seguenti direttrici: "...previsione di norme che affidano al giudice l'effettiva direzione del processo, contestualmente alla sua responsabilizzazione in funzione del rispetto del termine di durata del processo stesso; valorizzazione del principio di lealtà processuale, con predisposizione di un meccanismo di sanzioni processuali a carico della parte che, con il proprio comportamento, abbia determinato un allungamento dei tempi di durata del processo, ovvero abbia agito o resistito in giudizio in mala fede o colpa grave; valorizzazione della conciliazione giudiziale tramite la previsione di sanzioni processuali a carico della parte che abbia, senza giustificato motivo, rifiutato la proposta conciliativa avanzata dalla controparte; razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo, mediante la tendenziale concentrazione delle udienze, la riduzione dei tempi dei tempi per il compimento dei singoli atti, la razionalizzazione dei tempi di espletamento delle consulenze tecniche di ufficio; introduzione della testimonianza scritta, attenuazione del sistema delle decadenze e delle preclusioni, a garanzia dell'effettività

aggiunto nel comma 3 dell'art. 345 l'inciso "e non possono essere prodotti nuovi documenti...". Pertanto, tale ultimo comma nella formulazione attualmente in vigore recita nel senso che "non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione".

In definitiva, il legislatore del 2009 ha chiarito che, nella formulazione dell'art. 345 comma 3, i documenti non erano compresi nei mezzi di prova determinandone la totale assimilazione alle prove costituenti, ai fini della loro produzione nel giudizio di appello¹⁴².

Pertanto, è stato reso esplicito quanto già affermato dalle Sezioni Unite nel 2005¹⁴³ con conseguente assoggettabilità della produzione documentale in grado di appello alla valutazione del collegio circa l'indispensabilità della stessa ai fini della decisione, nonché alla circostanza che la parte dimostri di non aver potuto produrli per causa ad essa non imputabile¹⁴⁴.

*del contraddittorio, mediante un ampliamento (tramite una sua generalizzazione) dell'istituto della rimessione in termini; alleggerimento delle questioni competenza; conseguimento effettivo di quanto portato dal titolo esecutivo con l'introduzione di uno strumento di coercizione indiretta prendendo spunto dagli ordinamenti stranieri, introduzione di un modello generale di procedimento sommario non cautelare...". Sul punto si vedano ancora Proto Pisani, La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura), in *Foro it.*, 2009, V, 221 ss, il quale sottolinea come ulteriore carattere della riforma sia rinvenibile nella delega "per la riduzione della miriade di riti speciali a cognizione piena a soli tre modelli" e Sassani, A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione, in www.judicium.it.*

¹⁴² In tal senso, De Marchi, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, 242 per il quale "l'inciso aggiunto nel terzo comma ha una funzione chiarificatrice, più che innovatrice; la modifica, infatti, recepisce l'orientamento più recente della Corte di legittimità, statuendo che nell'art. 345 comma 3 c.p.c. va interpretato nel senso che esso fissa sul piano generale il principio dell'inammissibilità dei mezzi di prova nuovi...".

¹⁴³ In tal senso Rascio in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, legge 18 giugno 2009 n. 69, Napoli, 2009, 68, 69, per il quale la modifica dell'art. 345 comma 3 è di dettaglio avendo recepito l'ormai fermo principio giurisprudenziale delle S.U. del 2005.

¹⁴⁴ Va, infine, segnalato quell'orientamento per il quale il recente intervento del legislatore del 2009 sul comma 3 dell'art. 345 potrebbe essere interpretato quale argomento a sostegno di un'interpretazione secondo cui i nuovi documenti in appello, prima della citata riforma del 2009, fossero liberamente producibili senza, cioè, essere assoggettati al vaglio di indispensabilità ai fini della decisione da parte del collegio.

CAPITOLO II

I LIMITI ALL'AMMISSIBILITÀ DELLE NUOVE PROVE: LA NOZIONE DI INDISPENSABILITÀ E LA QUESTIONE DELLE NUOVE PRODUZIONI DOCUMENTALI

SOMMARIO: 1. Rilievi preliminari - 2. Il significato di novità della prova - 3. L'art. 437 comma 2: l'indispensabilità dei nuovi mezzi di prova nell'appello del rito del lavoro - 4. L'art. 345 comma 3: l'indispensabilità dei nuovi mezzi di prova nell'appello del rito ordinario - 5. L'interpretazione giurisprudenziale della nozione di indispensabilità - 6. Le prove documentali: dall'ammissibilità senza limiti all'espresso divieto legislativo del 2009 - 6.1. Il primo passo verso le pronunce a Sezioni Unite del 2005: la sentenza 20.01.2003 n. 775 della Sezione Lavoro - 6.2. L'intervento delle Sezioni Unite del 2005: il divieto di nuove produzioni documentali - 6.3. Le reazioni della dottrina al mutato orientamento giurisprudenziale - 6.3.1. Le posizioni favorevoli - 6.3.2. Le posizioni critiche - 7. L'influenza delle pronunce delle Sezioni Unite: i dubbi permanenti della dottrina, l'interpretazione adesiva della giurisprudenza, la soluzione del legislatore

§ 1. RILIEVI PRELIMINARI

Il codice di rito in relazione alla prova utilizza una serie di aggettivi quali rilevante (222, 420 comma 5) utile (art. 230 e 253 comma 1), necessaria (art. 61, 191, 210 e 213), idonea (art. 222), indispensabile (non solo negli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3 che saranno esaminati nel presente capitolo, ma anche nell'art. 118 e nell'art. 669 *sexies* relativo all'istruttoria cautelare). Nel giudizio di primo grado a cognizione piena, l'introduzione delle istanze istruttorie è rimessa alla valutazione del giudice in ordine ai requisiti di ammissibilità e di rilevanza (art. 183 comma 7).

Mentre il primo è un giudizio di diritto ed è relativo ai limiti che l'ordinamento pone all'utilizzo di determinati mezzi di prova, in relazione sia al fatto da provare che allo strumento probatorio da utilizzare, il secondo, in prima battuta, attiene alla qualificazione del fatto giuridico

che si vuole provare. Rilevante è quel fatto storico che integra un elemento della fattispecie del diritto fatto valere, sia in via diretta che in via indiretta, ovvero come fatto base su cui svolgere un ragionamento presuntivo. Il giudizio di rilevanza viene effettuato sulla base della ricostruzione della fattispecie ed è fondato su una valutazione ipotetica di colui che lo effettua estrinsecandosi in un giudizio di prognosi.

Lo scenario muta allorquando si esce dal giudizio di primo grado.

Come visto nel capitolo precedente, in appello, dapprima nel rito del lavoro con la riforma del 1973 e successivamente nel rito ordinario con la riforma del 1990, il legislatore ha subordinato l'ammissione dei nuovi mezzi di prova alla circostanza che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione (così gli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3 c.p.c.) ed espressamente per il solo rito ordinario alla dimostrazione che la parte non abbia potuto proporli per causa non imputabile.

Prima di esaminare nello specifico la nozione di indispensabilità, cui è dedicato il presente capitolo, si rende necessaria una doppia precisazione.

La prima di ordine terminologico.

Generalmente, si ritiene che, mentre l'ammissibilità è una qualificazione giuridica che investe talvolta il mezzo di prova e talvolta il fatto da provare, la rilevanza investirebbe esclusivamente il fatto da provare, con la conseguenza che rilevante non sarà mai il mezzo di prova, bensì il fatto oggetto della prova¹⁴⁵.

¹⁴⁵ In tal senso, Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009, 88.

Tuttavia, è stato osservato che il termine rilevante è a volte adoperato in maniera impropria: tecnicamente, infatti, si dice che rilevante è il fatto, in quanto essendo preso in considerazione dal diritto, allo stesso sono collegate conseguenze giuridiche, ma non la prova. Quest'ultima, viceversa, è utile, idonea, necessaria, indispensabile. Dal che potrebbe convenirsi che quando il fatto è rilevante, necessariamente rilevante è la prova che lo riguarda¹⁴⁶; al contrario, sarà irrilevante la prova del fatto incontrovertito o già provato.

La seconda di carattere metodologico: l'esame della nozione di indispensabilità così come ricostruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza dovrà necessariamente partire dal dato letterale delle norme che la contengono.

Dal che discende che prima di approcciare ad essa, pare necessario soffermarsi sulla nozione di novità del mezzo di prova, antecedente logico da verificare prima che il collegio si addentri nella valutazione sull'indispensabilità.

In mancanza del carattere di novità, alcuna valutazione in merito alla sua indispensabilità verrà effettuata da parte del collegio, atteso che le norme di riferimento, in ossequio alla struttura chiusa del giudizio di appello ispirata all'obiettivo di limitare il più possibile l'eventualità che l'istruttoria in fase di gravame si riapra, prevedono un divieto generale di ammissione di prove e conseguentemente subordinano l'introduzione in

¹⁴⁶ Verde, Diritto processuale civile, 2, Bologna, 2010, 70.

appello di prove richieste ma non ammesse dal giudice di prime cure alla loro qualificazione di motivo di impugnazione.

§ 2. IL SIGNIFICATO DI NOVITA' DELLA PROVA

Secondo il dettato degli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3, non sono ammessi nuovi mezzi di prova salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione ed espressamente, per la sola previsione dell'art. 345, salvo che la parte dimostri di non aver potuto dedurli per causa ad essa non imputabile¹⁴⁷.

E' necessario partire dall'individuazione della nozione di novità del mezzo istruttorio deducibile per la prima volta in appello, atteso che la legge sottopone al giudizio di indispensabilità solo gli strumenti probatori che presentino tale carattere¹⁴⁸.

Secondo l'orientamento prevalente, una prova si considera nuova quando il mezzo richiesto in grado di appello sia differente da quello prescelto in primo grado, ovvero quando con lo stesso mezzo ci si proponga di provare un fatto diverso¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Come evidenziato, la riforma del 2009 ha espressamente esteso il divieto anche alle produzioni documentali modificando l'originario contenuto dell'art. 345, ma il tema verrà approfondito nel paragrafo 6 e nei successivi.

¹⁴⁸ Tedoldi, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, 171. Nello stesso senso, Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009, 390 per il quale "la possibilità di chiedere attività istruttoria in appello è esclusa quando la prova non sia nuova, cioè si tratti di richiesta istruttoria già avanzata in primo grado". In giurisprudenza si veda Cass. 09.05.1991 n. 5196 per la quale "Il requisito della novità è necessario ai fini dell'ammissibilità della prova dedotta nel giudizio d'appello".

¹⁴⁹ In tal senso, Consolo, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, 154; Luiso *Diritto processuale*, cit., 390 che richiama il concetto già espresso in Appello nel diritto processuale civile, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., I, Torino, 1987, 27 per cui "una richiesta istruttoria è nuova e come tale ammissibile in appello quando essa riguardi un mezzo di prova mai esperito in prime cure (ancorché il fatto da provare sia stato oggetto di un diverso mezzo istruttorio) o quando si tratti di un mezzo di prova già esperito in primo grado, ma in

Analogamente, la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione ha ribadito in numerosissime pronunce quanto sostenuto dalla dottrina¹⁵⁰ e cioè che il requisito della novità attiene sia alla diversità del tipo di mezzo istruttorio dedotto, sia all'oggetto del mezzo di prova¹⁵¹, cioè alla circostanza di fatto che la prova tende a dimostrare, affermando, altresì, che non è necessario che le suddette fattispecie ricorrano contemporaneamente¹⁵².

Nello specifico, in relazione alla diversità del tipo di mezzo istruttorio, possono essere considerate nuove la prova testimoniale avente ad oggetto fatti in primo grado sorretti da prove documentali¹⁵³, la richiesta di interrogatorio formale sugli stessi capitoli sui quali in primo grado era

relazione a fatti diversi da quelli che sono l'oggetto della prova richiesta in appello: in sintesi, quando si richieda un mezzo di prova nuovo su un fatto vecchio, oppure un mezzo di prova vecchio su un fatto nuovo"; Tedoldi, op. cit., 172 per il quale "in una parola, un mezzo istruttorio diverso da quelli assunti in primo grado è ammissibile per la prima volta in appello anche se verte su un thema probandum identico a quello del precedente grado di giudizio"; AA.VV., Il diritto processuale del lavoro, a cura di Vallebona, in Trattato di diritto del lavoro, diretto da Persiani e Carinci, IX, Padova, 2011, 470; Nigro, L'appello nel processo amministrativo, Milano, 1960, 391 ss; Campese, La produzione in appello di nuovi documenti nel rito del lavoro e nel processo ordinario, in Riv. dir. proc. civ., 1992, 378; Pennisi, Tardiva produzione di documenti nel rito del lavoro, in Riv. dir. proc. civ., 1976, 621; Monteleone, Diritto processuale civile, II, Padova, 2002, 305; Valitutti - De Stefano, Le impugnazioni nel processo civile, II, Padova, 1996, 126; Chiarloni, Appello, 1) Diritto processuale civile, in Enc. giur., II, Roma, 1988, 13; Comoglio, Il principio di economia processuale, II, Padova, 1982, 32 ss; Ferri, Profili dell'appello limitato, Padova, 1979, 101; Ronga, Prova testimoniale, in AA.VV., Le prove civili, I, Torino, 1976, 541 ss; Liebman, Manuale di diritto processuale civile, II, Milano, 1984, 307; Tarzia, Lineamenti del nuovo processo di cognizione, Milano, 1991, 247; Tarzia, Manuale del processo del lavoro, Milano, 1999, 301; Lessona, Trattato delle prove in materia civile, Torino, 1927, I, 348; Zanzucchi, Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello, Milano, 1916, 403 ss.; Mortara, Appello civile, in Dig. it., III, 2, Torino, 1890, 404 ss, 735 ss.

¹⁵⁰ Cass. 12.04.2006 n. 8607; Cass. 12.03.2004 n. 5090; Cass. 28.05.2003 n. 8472; Cass. 09.11.2000 n. 14598; Cass. 05.02.1991 n. 1075; Cass. 20.03.1990 n. 2310; Cass. 24.01.1986 n. 455; Cass. 14.05.1983 n. 3317; Cass. 22.01.1983 n. 619; Cass. 16.03.1981 n. 1459; Cass. 29.05.1980 n. 3557; Cass. 02.02.1980 n. 737. In senso analogo, si rinvencono pronunce più datate risalenti sia agli anni 60, sia al periodo di vigenza del codice del 1865. *Ex multis*, Cass. Torino 31.03.1909, in *Giur. tor.* 1909, 651.

¹⁵¹ L'oggetto della prova è inteso come il fatto particolare che viene materialmente sottoposto ad accertamento probatorio. Così Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, Padova, 1970, 35.

¹⁵² In tal senso la giurisprudenza citata nella successiva nota 153.

¹⁵³ Cass. 09.07.2003 n. 10761; Cass. 28.05.2003 n. 8472 cit.; Cass. 18.02.1995 n. 1802; Cass. 16.03.1981 n. 1459 cit..

stata assunta la prova testimoniale¹⁵⁴ ed ancora la prova testimoniale richiesta in fase di gravame, ove in primo grado si sia giudicato in base ad elementi presuntivi (fondati ovviamente su strumenti probatori diversi dalla testimonianza)¹⁵⁵.

Viceversa, per quanto attiene alla prova avente ad oggetto un fatto diverso, la giurisprudenza ha chiarito che essa per essere nuova deve vertere su circostanze *“del tutto diverse e distinte da quelle che hanno formato oggetto del medesimo tipo di prova già assunto in primo grado”*¹⁵⁶ e *“non aventi alcuna connessione con quelle dedotte in primo grado”*¹⁵⁷, poiché la nuova prova *“non deve essere diretta a contrastare, completare o confortare le risultanze di quella già dedotta ed assunta in primo grado, e cioè a determinare, attraverso nuove modalità e circostanze, ovvero per la connessione delle circostanze già provate con quelle da provare, una diversa valutazione dei fatti”*¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Cass. 05.05.1991 n. 1075 cit.; Cass. 20.03.1990 n. 2310 cit..

¹⁵⁵ Cass. 22.01.1983 n. 619 cit..

¹⁵⁶ Cass. 07.04.2009 n. 8377 per la quale è possibile *“l’ammissione in appello dei soli mezzi di prova volti all’accertamento di fatti distinti da quelli che hanno formato oggetto delle prove assunte nel precedente grado di giudizio”*. Nello stesso senso: Cass. 12.04.2006 n. 8607 cit. (per la quale la nuova prova pur deducendosi attraverso lo stesso strumento probatorio già assunto in primo grado deve vertere su circostanze non aventi alcuna connessione con quelle già dedotte); Cass. 12.03.2004 n. 5090 cit. (nella quale non viene considerata nuova una prova testimoniale avente ad oggetto capitoli di prova diversi ma le medesime circostanze di fatto); Cass. 21.01.2004 n. 901; Cass. 28.05.2003 n. 8526; Cass. 30.08.2000 n. 11452; Cass. 10.03.2000 n. 2805; Cass. 11.09.1996, n. 8219; Cass. 30.03.1995 n. 3808 (nella fattispecie viene ritenuta non nuova una prova testimoniale avente ad oggetto le medesime circostanze dedotte in primo grado con testimoni ivi non escussi in quanto non rintracciati o non presentatisi); Cass. 18.02.1995, n. 1802 cit.; Cass. 16.02.1994 n. 1506; Cass. 05.02.1991 n. 1075 cit.; Cass. 27.04.1989 n. 1953; Cass. 16.04.1987 n. 3773; Cass. 14.02.1987 n. 1613; Cass. 05.02.1983 n. 983; Cass. 09.11.1982 n. 5899; Cass. 13.07.1982 n. 4106; Cass. 03.06.1982 n. 3385; Cass. 23.06.1981 n. 4094; Cass. 04.03.1981 n. 1248; Cass. 14.02.1981 n. 897; Cass. 12.04.1980 n. 2333.

¹⁵⁷ Cass. 09.04.1987 n. 3502; Cass. 02.04.1982 n. 2028.

¹⁵⁸ Così Cass. 07.05.2009 n. 10502. In senso sostanzialmente conforme: Cass. 07.04.2009 n. 8377 cit.; Cass. 20.09.2006 n. 20327; Cass. 30.01.2006 n. 1873; Cass. 21.01.2004 n. 901 cit.; Cass. 28.05.2003 n. 8526 cit.; Cass. 09.11.2000 n. 14598 cit.; Cass. 03.04.1998 n. 3423; Cass. 03.09.1997 n. 8421; Cass. 02.08.1997 n. 7176 cit.; Cass. 27.09.1994 n. 7881; Cass. 27.08.1990 n. 8840; Cass. 09.08.1990 n. 8092; Cass. 24.04.1987 n. 4049; Cass. 16.04.1987 n. 3773 cit.; Cass. 13.04.1987 n. 3672; Cass. 14.02.1987 n. 1613 cit.; Cass. 05.02.1983 n. 783; Cass. 23.11.1982 n. 6332;

Di conseguenza, risultano non nuove e quindi inammissibili in appello, quelle prove aventi ad oggetto le medesime circostanze che già in primo grado avevano formato oggetto di prova diretta, o contraria a quella espletata¹⁵⁹ ed anche quelle ammesse e poi rinunciate in primo grado dalla parte stessa¹⁶⁰.

L'orientamento della dottrina e dalla giurisprudenza prevalente è espressione del principio di unicità o non frazionabilità delle prove, testualmente formulato per la prova testimoniale all'art. 244 comma 2 c.p.c. nel testo vigente anteriormente alla novella del '90 e di lì pacificamente esteso a tutti i mezzi istruttori rientranti nella disponibilità delle parti.

In applicazione del suddetto principio alla prova testimoniale, è opinione assolutamente incontrovertibile che non fosse permesso sopperire, in sede di gravame, alle lacune emergenti dai mezzi istruttori, già ammessi ed espletati in primo grado, ad esempio mediante l'indicazione di nuovi testimoni sui capitoli già ammessi¹⁶¹, o la deduzione di nuovi capitoli, rivolti, anche se in via indiretta, ad integrarne o contraddirne il risultato¹⁶².

Ciò in concreto determina che ai fini dell'ammissibilità della prova testimoniale sotto il profilo della novità, essa debba riguardare circostanze non aventi alcuna connessione con quelle costituenti oggetto della prova

¹⁵⁹ Cass. 11.10.1999 n. 11362; Cass. 27.08.1990 n. 8840 cit..

¹⁶⁰ Cass. 01.06.1999 n. 5309; Cass. 06.09.1996 n. 8127; Cass. 03.02.1994 n. 1103.

¹⁶¹ Cass. 16.04.1987 n. 3773 cit. e nello stesso senso App. Torino 27.05.1992, in *Giur. it.*, I, 2, per la quale "il completamento della lista testi non costituisce un nuovo mezzo di prova"

¹⁶² Si richiama in proposito la giurisprudenza citata nella nota n. 154.

testimoniale già espletata in prime cure¹⁶³ poiché, come visto, nuovi sarebbero soltanto quei mezzi di prova vertenti su fatti del tutto diversi da quelli che hanno rappresentato il *thema probandum* in primo grado. Viceversa, sarebbero inammissibili, in quanto prive del requisito della novità, quelle prove contrarie o comunque connesse a quelle dedotte o assunte in primo grado¹⁶⁴, quelle dalle quali la parte è decaduta¹⁶⁵ e quelle già ivi richieste e respinte¹⁶⁶.

A fronte di tale orientamento, sono stati individuati alcuni ulteriori temperamenti al divieto di nuove prove in appello oltre a quelli espressamente previsti dagli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3¹⁶⁷.

Così, sono state generalmente ritenute ammissibili le nuove istanze istruttorie in relazione ai nuovi fatti, ove ammissibilmente allegati dalle parti per la prima volta in appello¹⁶⁸.

¹⁶³ Ronga, Prova testimoniale, in AA. VV., Le prove civili, cit., 545 ss. e in giurisprudenza sempre le pronunce citate in nota 153.

¹⁶⁴ In dottrina sul punto: Denti - Simoneschi, Il nuovo processo del lavoro, Milano, 1974, 192 ss; Tarzia, Manuale del processo del lavoro, Milano, 1987, 232; Vocino - Verde, Processo del lavoro, rist. Napoli, 1989, 124.

¹⁶⁵ In tal senso: Luiso, Diritto processuale, cit., 390; Tarzia, Lineamenti del processo civile di cognizione, Milano, 2002, 316; Monteleone, Diritto processuale civile, cit., 304 ss; Montesano - Arieta, Diritto processuale civile, II, Torino, 1994, 66 e 238; Valitutti - De Stefano, Le impugnazioni nel processo civile, cit., 126; Proto Pisani, La nuova disciplina del processo del processo ordinario di cognizione di primo grado e d'appello, in *Foro it.*, 1991, V, 249 ss.; ID., La nuova disciplina del processo civile, cit., 215; ID., Appunti sull'appello civile (alla stregua della l. 353/90), in *Foro it.*, 1994, V, 193. In giurisprudenza: Cass. 09.12.2003 n. 18740; Cass. 19.08.2003 n. 12118; Cass. 09.07.2003 n. 10761 cit..

¹⁶⁶ Luiso, *ibidem*. In giurisprudenza Cass. 23.12.2003 n. 19727 per la quale "nel giudizio di appello, la parte può chiedere l'ammissione di prove nuove, ai sensi dell'art. 345, ma non anche riproporre istanze istruttorie espressamente o implicitamente disattese dal giudice di primo grado, senza espressamente censurare - con motivo di gravame - le ragioni per le quali la sua istanza è stata respinta, ovvero dolersi della omessa pronuncia al riguardo".

¹⁶⁷ Per tutti, Consolo, L'impugnazione dei lodi e delle sentenze, cit., 154 e 155.

¹⁶⁸ A tale riguardo, secondo Consolo, L'impugnazione dei lodi e delle sentenze, cit., 154 "sarebbe scorretto ammettere l'allegazione e non, ove contestata, la prova, votando così la prima all'insuccesso". Nello stesso senso: Tedoldi, op. cit., 177 per il quale "quando il legislatore ammette l'allegazione in appello di nuovi fatti principali (costitutivi, estintivi, modificativi o impeditivi), le parti hanno il diritto di utilizzare tutti gli strumenti istruttori ammessi dall'ordinamento e rilevanti al fine di provare l'esistenza (o l'inesistenza) di tali fatti: a ritenere il contrario si lederebbero i diritti, di rango costituzionale, alla tutela giurisdizionale e alla difesa in ogni grado del giudizio (art. 24 Cost.), in una parola si violerebbe il c.d. "diritto alla prova" spettante alle parti"; Sassani, in Consolo - Luiso -

Ancora, è stata considerata ammissibile la prova di fatti sopravvenuti, allegati successivamente rispetto all'ultimo momento in cui potevano introdursi in primo grado. Tali fatti ben potranno essere allegati in appello e, dunque, anche provati in tale fase¹⁶⁹.

Contrapposte all'orientamento prevalente, si segnalano alcune posizioni che prendono spunto dalla critica del suo fondamentale principio ispiratore, ovvero quello di non frazionabilità della prova definito "*dogma dell'unitarietà della prova*"¹⁷⁰.

E' stato osservato, al riguardo, che la previsione normativa della novità della prova quale requisito per la sua ammissibilità in appello sarebbe un luogo comune basato su un principio definito aprioristico e come tale prescindibile¹⁷¹.

Muovendo da tale assunto e sul presupposto dell'incoerenza del sistema basato sul suddetto criticato assunto e su quello connesso di necessaria novità del mezzo di prova ai fini della sua ammissibilità in appello¹⁷²,

Sassani, Commentario alla riforma del processo civile, Milano, 1996, 391; Luiso, Diritto Processuale civile, cit., 391.

¹⁶⁹ Consolo, L'impugnazione dei lodi e delle sentenze, cit., 155.

¹⁷⁰ Ruffini, La prova nel giudizio civile, di appello, Padova, 1997, 70 ss.

¹⁷¹ Secondo Ruffini, in La prova nel giudizio civile, cit., 91 "*l'idea di mettere in discussione un dogma (quello di unitarietà della prova, con il suo corollario della necessaria novità delle prove ora eccezionalmente ammissibili in appello), sul quale si fonda tutta l'elaborazione giurisprudenziale in tema di istruttoria in appello, potrebbe apparire di dubbia utilità ove sulla base di tale dogma si fosse effettivamente riusciti a costruire un sistema dotato di coerenza, capace di risolvere i dubbi interpretativi posti dalle non sempre perspicue norme di legge. Ma al di là delle apparenze, sarebbe un errore pensare di trovarsi di fronte ad un principio unanimemente accolto e realmente capace di informare la materia che ne forma oggetto*".

¹⁷² Ruffini individua tre incongruenze nel sistema basato sul principio di unitarietà della prova: la prima sarebbe data dalla tendenza diffusa a considerare comunque ammissibili le produzioni documentali a prescindere dal requisito di indispensabilità; la seconda individuata nell'esigenza di prescindere dal requisito della novità in rapporto a quei mezzi di prova che la parte dimostri di non aver potuto proporre in primo grado per causa ad essa non imputabile; la terza rinvenuta in relazione a quelle prove per le quali si sia verificata una decadenza ex art. 208 c.p.c. o 104 disp. att. c.p.c. Riguardo al primo punto, l'autore sottolinea come il principio di unitarietà, se esistente, non dovrebbe subire alcuna eccezione nemmeno rispetto a quei mezzi istruttori che non necessitano di un procedimento di assunzione, poiché al contrario, si finirebbe per mettere in crisi il principio stesso, per far prevalere su ragioni di coerenza

vengono analizzate le disposizioni che contengono la locuzione in esame, tanto nel rito ordinario quanto in quello del lavoro, in primo grado ed in appello.

L'attenzione viene concentrata, principalmente, sugli articoli 184 comma 1 e 345 comma 3 per il rito ordinario e sugli articoli 420 comma 7 e 437 comma 2 per il rito del lavoro, ed inoltre, sugli articoli 356 comma 2, 437 comma 3 e 420 comma 5.

Dal loro raffronto ed in special modo da quello relativo ai commi 5 e 7 dell'art. 420, si giunge ad affermare che *“nel linguaggio del legislatore sono nuovi tutti i mezzi di prova precedentemente non proposti, indipendentemente dalla causa della mancata proposizione...e la novità deriva dalla mancata*

sistematiche, pratiche esigenze. Relativamente alla seconda incongruenza, trattandosi di un'applicazione dell'istituto della rimessione in termini, non si potrebbe dubitare sul fatto che la parte possa dedurre in appello le prove incolpevolmente non proposte in primo grado anche se del medesimo tipo e vertenti sul medesimo fatto oggetto della prova espletata in primo grado, circostanza che mal si concilierebbe con un sistema imperniato sulla necessaria novità delle prove eccezionalmente ammissibili in appello. Ed infatti, per Ruffini qualora si ritenesse che l'eccezionale ammissibilità delle prove non nuove, dalla cui proposizione la parte sia incolpevolmente decaduta in primo grado, fosse giustificata dal terzo comma dell'art. 345 si configurerebbero due uniche possibili alternative: o in base alla formulazione letterale del predetto terzo comma sarebbero ammissibili in appello soltanto le prove nuove intese come quelle volte a dimostrare direttamente o indirettamente fatti nuovi, ricorrendone le condizioni, con la conseguenza che il requisito della novità della prova dovrà essere considerato come necessario anche per quelle prove che la parte non abbia potuto produrre per causa non imputabile; oppure, ricorrendo l'ipotesi della decadenza incolpevole, si dovrà ritenere possibile l'ammissione di quelle prove aventi ad oggetto i medesimi fatti dell'istruttoria in primo grado o quelli ad essi contrari con la conseguenza necessaria che ad identica soluzione dovrebbe giungersi anche per l'altra ipotesi contemplata dal comma terzo dell'art. 345, ovvero le prove ritenute indispensabili ai fini della decisione, in evidente contrasto col principio di unitarietà. Di conseguenza, non potendosi non ritenere che la decadenza incolpevole giustifichi l'ammissione in appello anche di una prova non nuova, e quindi anche contraria o comunque connessa a quelle espletate in primo grado, bisognerebbe rinunciare a leggere nel comma terzo dell'art. 345 un principio di inammissibilità in appello delle prove non nuove ed anche di quelle già proposte in primo grado, ma non ammesse o non assunte perché erroneamente ritenute inammissibili, irrilevanti o superflue (in tal senso anche Balena, La riforma del processo di cognizione, Napoli, 1994, 442, nota 44. Di parere contrario, Sassani, Dell'appello nel processo del lavoro (congetture minime e confutazioni possibili), in AA.VV., Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma, Milano, 1985, 276). Infine, circa il terzo elemento di incongruenza, viene evidenziato come sembrerebbe dissonante un'interpretazione del terzo comma dell'art. 345 volta a consentire l'ammissione in appello sotto il profilo dell'indispensabilità, anche delle nuove prove dalla cui deduzione la parte sia incolpevolmente decaduta ex art. 184 c.p.c., laddove alla stessa soluzione non si riuscirebbe invece a pervenire per le prove dedotte e ammesse in primo grado, dalla cui assunzione la parte sia colpevolmente decaduta ai sensi dell'art. 208 c.p.c. o 104 disp. att. c.p.c. Sul punto, per completezza si veda comunque Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 70 e ss.

precedente proposizione del mezzo di prova". Ciò in quanto *"nuovo è termine che si può contrapporre tanto al vecchio quanto al nulla"* e, pertanto, prove nuove sarebbero tanto quelle non precedentemente proposte, quanto quelle volte ad integrare o contraddire le prove precedentemente proposte.

Sintetizzando: nella locuzione nuovi mezzi di prova sarebbero comprese tutte quelle richieste istruttorie non proposte dalle parti nel giudizio di primo grado, anche se dirette ad integrare o contraddire i risultati delle prove già ivi ammesse o espletate, mentre dovranno essere considerate come non nuove tutte le prove tempestivamente dedotte in primo grado ed ivi ammesse, anche se non assunte o non completate per intervenuta rinuncia o decadenza della parte.

Da un'altra prospettiva, è stato sostenuto che la definizione di prova nuova varierebbe a seconda del fenomeno preso come punto di riferimento.

Guardando alla richiesta della prova, sicuramente prova nuova sarebbe quella mai chiesta in precedenza; guardando a quello dell'assunzione, prova nuova sarebbe quella mai assunta prima¹⁷³.

Dal che deriverebbero conseguenze differenti.

Dalla prima prospettiva, basterebbe la richiesta nel giudizio di primo grado affinché una prova non possa essere considerata nuova.

¹⁷³ Cea, Trattazione ed istruzione nel processo civile, Napoli, 2010, 256.

Dalla seconda, la richiesta in primo grado non sarebbe elemento sufficiente perché possa venir meno il requisito di novità della prova, essendo necessario a tal fine che la stessa sia stata assunta¹⁷⁴.

Invero, il significato di novità della prova andrebbe ricercato attraverso l'esame della disciplina prevista dalle norme dettate per il giudizio di appello.

In essa, si rinvengono norme che, pur contenendo il riferimento alle prove nuove, non servirebbero a chiarirne il significato, in quanto deputate ad altri fini: gli articoli 345 comma 3, 437 comma 2 e 356 comma 2¹⁷⁵.

Ed allora, la norma attraverso cui risalire al significato di novità della prova dovrebbe essere individuata nell'art. 356 comma 1 che, pur non facendo espresso riferimento alle nuove prove, potrebbe fornire utili indicazioni al riguardo.

Essa distingue tra assunzione e rinnovazione della prova.

Poiché la ri/assunzione è un fenomeno che investe esclusivamente le prove già assunte in primo grado, è evidente che l'assunzione si riferirebbe soltanto alle nuove prove e, pertanto, argomentando da ciò, si potrebbe dedurre che tutto ciò che non è oggetto di ri/assunzione, può

¹⁷⁴ Cea, *ibidem*.

¹⁷⁵ Secondo Cea, op. cit., 257, sia l'art. 345 comma 3 che l'art. 437 comma 2 non arrecherebbero alcun elemento utile a chiarire il significato di novità della prova in quanto disciplinano l'ammissibilità in appello della prova, non chiarendo quando essa sia da considerarsi nuova. Analogamente, l'art. 356 comma 2 appare finalizzato a delimitare il campo di attività istruttoria consentita al giudice di appello nelle ipotesi di giudizio di secondo grado conseguente all'impugnazione di una sentenza non definitiva ex art. 279 n. 4 c.p.c., prevedendo che il giudice di appello non possa disporre nuove prove sulle domande e questioni rispetto alle quali in primo grado non abbia definito il processo, ma ne abbia ordinato la prosecuzione. La norma consentirebbe l'ammissione di prove nuove che abbiano ad oggetto soltanto la questione o la domanda oggetto della sentenza non definitiva appellata, mentre le vieterebbe con riferimento a domande o questioni rispetto alle quali il giudice di primo grado non si sia ancora pronunciato.

essere assunto. Sicchè, essendo indiscutibile che possono ri/assumersi solo le prove già assunte in primo grado, le nuove prove sarebbero quelle che non sono mai state assunte, con la conseguenza che in tale categoria potrebbero rientrare anche quelle già richieste in primo grado ma mai assunte¹⁷⁶.

Gli orientamenti critici prospettati non paiono pienamente condivisibili poiché difficilmente coniugabili con la struttura chiusa del giudizio di appello delineata dal legislatore.

In particolare, la ricostruzione secondo cui le prove nuove ammissibili in appello sarebbero quelle non assunte in primo grado appare generica in quanto volta a ricomprendere indistintamente fattispecie che, viceversa, andrebbero distinte.

Nella categoria di prova nuova, intesa come prova non assunta, potrebbero essere collocate sia quelle non assunte rispetto alle quali la parte abbia rinunciato, sia quelle rispetto alle quali la parte sia incorsa in una decadenza colpevole¹⁷⁷.

Ebbene, l'assimilare fattispecie che *ictu oculi* dovrebbero avere trattamenti differenziati induce a ritenere che la ricostruzione della novità della prova

¹⁷⁶ Dalla conclusione raggiunta derivano due osservazioni: la prima di carattere generale, la seconda relativa specificamente alla prova testimoniale. In merito alla prima, gli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3 regolano ipotesi differenti dal caso in cui l'ammissione della nuova prova rilevi come motivo di appello. Tali norme sono inapplicabili in tutti i casi in cui la parte denunci l'errore del giudice di prime cure nella mancata ammissione o assunzione della prova. Le predette norme in sostanza disciplinano i casi di nuove richieste istruttorie a sostegno di un motivo di appello. In merito alla seconda, dovrà essere considerata nuova sia la prova testimoniale avente ad oggetto l'escussione di un teste diverso su capitoli già articolati in primo grado, sia quella avente ad oggetto capitoli diversi ed ulteriori rispetto a quelli su cui è stata assunta la prova in primo grado ma con lo stesso teste.

¹⁷⁷ Si pensi all'ipotesi di decadenza derivante dalla mancata intimazione del testimone.

come quella non ammessa in primo grado determinerebbe uno stravolgimento del vigente sistema di preclusioni.

Allo stesso modo, ritenendo ammissibili in appello, per essere nuove quelle prove volte ad integrare, modificare o contraddire le risultanze istruttorie di primo grado si finirebbe per consentire una (ri)proposizione di istanze istruttorie svincolata dal rispetto dei termini di legge all'uopo previsti.

In *thesi* e forse estremizzando il ragionamento magari animati dall'intento di ampliare la nozione di novità del mezzo di prova, si finirebbe per accomunare la prova contraria alla nuova prova deducibile in appello, con evidente ulteriore stravolgimento del regime delle preclusioni e del paritario trattamento delle parti.

Sotto tale profilo, emergerebbe in modo alquanto evidente il *favor* per quella parte che, attraverso la possibilità di dedurre nuove prove in appello se indispensabili ai fini della decisione, potrebbe "sotto mentite spoglie" essere avvantaggiata richiedendo nuovamente l'ammissione di una prova contraria, al di fuori della contestualità del giudizio in cui era stata assunta quella diretta.

Ed allora, al fine di pervenire all'individuazione della nozione di novità, si dovrà partire dalla considerazione della struttura dell'appello chiusa ai *nova*.

Da tale prospettiva, la ricostruzione della novità del mezzo di prova come quello differente rispetto a quello utilizzato in primo grado o come quello avente ad oggetto circostanze diverse, pare preferibile a patto che in

ossequio all'orientamento prevalente non si voglia giungere, attraverso il nuovo mezzo di prova così considerato, a contraddire, modificare o integrare le risultanze istruttorie emerse dal giudizio di primo grado.

Il mezzo di prova di cui dovrà essere vagliata l'indispensabilità ai fini della decisione può essere individuato in quello volto a fornire la dimostrazione di nuove circostanze di fatto oppure nel mezzo diverso da quello utilizzato in primo grado.

Tali mezzi di prova ovviamente non sono stati richiesti né di conseguenza assunti in primo grado. Al contrario, non saranno considerati nuovi e di conseguenza esclusi dal vaglio di indispensabilità, quei mezzi di prova richiesti ma non ammessi in primo grado. Essi dovranno essere riproposti dalla parte e, dunque, dedotti con l'atto di appello o con la comparsa di risposta e saranno ammessi ove il collegio ritenga che il giudice di prime cure abbia errato nel non ammetterli, in quanto rilevanti.

§ 3. L'ART. 437 COMMA 2: L'INDISPENSABILITA' DEI NUOVI MEZZI DI PROVA NELL'APPELLO DEL RITO DEL LAVORO

Sin dalla sua introduzione al comma 2 dell'art. 437, la nozione di indispensabilità ha suscitato l'interesse della dottrina animata dal non facile intento di individuarne un significato univoco¹⁷⁸ volto a delimitare

¹⁷⁸ Osserva Luiso, in *Diritto processuale*, cit., 391, che "si tratta di un'espressione che ha dato luogo a molte discussioni, tanto da essere da taluni ritenuta incomprensibile".

l'ampiezza del potere discrezionale del giudice di appello¹⁷⁹ in sede di ammissione delle nuove prove.

Probabilmente, l'unico dato capace di mettere tutti d'accordo è stato il diffuso riconoscimento dell'obiettivo difficoltà di fornire un criterio unitario cui uniformare l'interpretazione della nozione¹⁸⁰, unitamente all'osservazione secondo cui il legislatore abbia voluto decisamente distinguere le prove indispensabili da quelle rilevanti, intendendo esprimere con il primo termine un concetto più limitativo rispetto al secondo¹⁸¹.

Il comma 2 dell'art. 437 recita nel senso che *"non sono ammessi nuovi mezzi di prova salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa"*.

Il primo dato che pare emergere dalla lettera della norma è quello dell'estrema compressione tanto dei poteri istruttori delle parti, quanto di quelli del giudice¹⁸². I nuovi mezzi di prova, cioè, non possono essere ammessi, né su istanza di parte, né d'ufficio, a meno che siano indispensabili poiché, in tale ultimo caso, il giudice di appello,

¹⁷⁹ Secondo Proto Pisani in *Diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 491, *"la dottrina sembra nella sostanza avere rinunciato alla possibilità di individuare un metro unitario alla cui stregua ridurre l'arbitrarietà e la discrezionalità insita nel criterio di indispensabilità"*.

¹⁸⁰ Ancora Proto Pisani, *ibidem*, afferma *"cosa debba intendersi per indispensabilità è pressoché impossibile spiegarlo in termini di logica formale o di analisi del linguaggio"*. Sempre a tal proposito, sono famose le parole di Sassani in, Art. 345 (Domande ed eccezioni nuove), in Consolo - Luiso - Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 320 per il quale *"essendo il concetto di indispensabilità il qualificativo di una relazione tra due termini, vano è discettare del mezzo se non si conosce il fine"*.

¹⁸¹ Ferri, *Profili dell'appello limitato*, cit., 245; Denti - Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., 195; Satta - Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, 1257; Taruffo, *Le prove*, in Comoglio - Ferri - Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 520; Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1984, 233; Vocino - Verde, *Processo del lavoro*, cit., 124. *Contra* si veda Allorio, *Relazione al Convegno ISLE e Agnoli, Il nuovo processo*, Bologna, 1974, 157, per i quali appare impossibile distinguere concettualmente la rilevanza dall'indispensabilità.

¹⁸² In tal senso, Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, 329.

collegialmente, quindi all'udienza di discussione e non prima, può disporli anche in mancanza di una iniziativa di parte.

Il potere di iniziativa istruttoria vige dunque pure nel giudizio di appello, con riferimento agli stessi mezzi di prova ammissibili in primo grado, ma la sua operatività è drasticamente circoscritta dal carattere eccezionale della nuova istruttoria¹⁸³.

La difficoltà della dottrina di individuare un criterio unitario cui uniformare la nozione di indispensabilità è ben evidenziata dall'esistenza di numerose ricostruzioni che ancora oggi non hanno dissipato i dubbi interpretativi esistenti.

Secondo un primo orientamento che espressamente evidenzia la difficoltà interpretativa del concetto in esame definendo *“la preclusione sancita dall'indispensabilità è più velleitaria che pesante”*¹⁸⁴, indispensabile sarebbe soltanto quella prova in grado di fornire una rappresentazione dei fatti principali diversa da quella fissata nella sentenza impugnata¹⁸⁵.

Tale ricostruzione è stata oggetto di critiche poiché, da un lato, non consentirebbe l'ammissione in appello di una prova diretta a confermare la ricostruzione dei fatti operata dal giudice di primo grado sulla base di un materiale probatorio ritenuto insufficiente dal secondo giudice¹⁸⁶ e, dall'altro, farebbe ingiustificatamente riferimento ai soli fatti principali, escludendo che la prova vertente su un fatto secondario, sulla quale il

¹⁸³ Tarzia, op. ult. cit., 330.

¹⁸⁴ Fabbrini, Diritto processuale del lavoro, Milano, 1974, 245 e nello stesso senso Mazzocchi, Sull'ammissibilità di nuove prove nel giudizio di appello nel rito del lavoro, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 959 ss.

¹⁸⁵ Fabbrini, *ibidem*.

¹⁸⁶ Tarzia, Manuale del processo del lavoro, Milano, 1987, 233.

giudice abbia fondato il proprio ragionamento, possa essere considerata indispensabile¹⁸⁷.

Qualcuno ha sostenuto che l'indispensabilità vada sistematicamente collegata al concetto di decisorietà adottato dal legislatore per il giuramento decisorio¹⁸⁸, mentre altri ancora l'hanno identificata con un grado particolarmente pregnante di rilevanza¹⁸⁹. In senso critico, sotto tale ultimo profilo, si è osservato che sul piano logico, *“una prova o è rilevante o è irrilevante, tertium non datur”*¹⁹⁰ e che in ogni caso la ricostruzione prospettata non consentirebbe di individuare in concreto la nozione di indispensabilità¹⁹¹.

Da una prospettiva più ampia, all'interno della quale è possibile individuare varie posizioni, si è osservato che indispensabile sarebbe la prova che attiene alla conoscenza di un fatto decisivo per la pronuncia di merito, indifferentemente volto alla riforma o alla conferma della sentenza impugnata¹⁹².

¹⁸⁷ In tal senso, Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 268.

¹⁸⁸ Balbi, La decadenza nel processo di cognizione, Milano, 1983, 293. Tale tesi è stata criticata con un argomento di tipo logico letterale poiché si è obiettato se così fosse, risulterebbe difficile comprendere il motivo per il quale il legislatore abbia previsto nell'art. 437, oltre all'ammissibilità dei nuovi mezzi di prova, anche la deferibilità del giuramento decisorio.

¹⁸⁹ Ferroni, Un concetto difficile: l'indispensabilità del mezzo di prova, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1527.

¹⁹⁰ Luiso, Il processo del lavoro, Torino, 1992, 295.

¹⁹¹ Come osserva Taruffo in, Studi sulla rilevanza della prova, cit., 54 e in, La prova dei fatti giuridici, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, III, 2, 1, 1992, 338, mentre la prova del fatto principale è sempre necessariamente rilevante, in quanto l'esistenza del fatto posto a fondamento della domanda discende in modo necessario e sufficiente dall'esistenza del fatto posto ad oggetto della prova, la rilevanza della prova vertente su un fatto non appartenente direttamente al *thema probandum* dipende da un giudizio prognostico in ordine alla possibilità di fondare su di essa, dandone per scontato un esito positivo, un ragionamento presuntivo la cui conclusione riguardi l'esistenza o l'inesistenza del fatto principale. Però, ciò attiene al diverso modo in cui si atteggia il giudizio di rilevanza delle prove, a seconda che esse vertano direttamente su un fatto giuridicamente rilevante ovvero su un fatto secondario. Sul tema, per riferimenti più analitici, si rinvia al capitolo III, § 2 e § 3.

¹⁹² Tarzia, Manuale del processo del lavoro, Milano, 2008, 331, 332 che richiama lo stesso concetto espresso nelle precedenti edizioni ed in particolare quella del 1999, 302 e sempre Tarzia, Lineamenti del

Nell'ambito di tale ricostruzione, vanno distinti ulteriori orientamenti più specifici.

Alcuni autori individuano più direttamente cosa debba intendersi per decisività. Partendo dalla considerazione che l'indispensabilità è qualcosa di diverso e più intenso della rilevanza, si ritiene la nozione in esame andrebbe intesa alla stregua della decisività delle prove che giustificano la proponibilità della revocazione *ex art. 395 n. 3* e, dunque, prove indispensabili sarebbero quelle da sole idonee a fondare una decisione sia essa di riforma o di conferma di quella impugnata¹⁹³.

Sempre tra coloro che assimilano l'indispensabilità alla decisività, è stato notato, in senso più restrittivo, che la prova per essere indispensabile dovrebbe sì attenere ad un fatto decisivo per la pronuncia di merito ma solo se esclusivamente volto alla riforma della pronuncia di primo grado¹⁹⁴.

Allo stesso modo, sono ritenuti indispensabili soltanto quei mezzi di prova che verterebbero su fatti decisivi e cioè quei fatti che da soli considerati siano in grado - se provati - di condurre ad un rovesciamento della decisione adottata dal giudice di prime cure¹⁹⁵, mentre in senso un po' più ampio si è ritenuto che l'indispensabilità ricorrerebbe quando il

nuovo processo di cognizione, cit., 247 e nella successiva edizione del 2007, 342; Marengo, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, 226; Tesoriere, *Diritto processuale del lavoro*, Padova, 1994, 298 ss; Perone, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, 415.

¹⁹³ Montesano - Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1984, 224; Ferri, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di Taruffo, Torino, 1993, 398.

¹⁹⁴ Denti - Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., 196, ove si afferma chiaramente che la prova indispensabile concerne un fatto "decisivo nell'ambito della concreta fattispecie dedotta in appello, ossia idoneo, se provato, a rovesciare la decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado" e così "la sentenza impugnata rappresenta, dunque, il necessario termine di confronto in base al quale va formulato il giudizio di indispensabilità della prova: se il *factum probandum* non è tale, se provato, da modificare l'esito del giudizio di primo grado la prova non è indispensabile".

¹⁹⁵ Consolo, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, cit., 183.

mezzo di prova sia idoneo “a vincere l’incertezza, non altrimenti superabile, su di un fatto decisivo della controversia”¹⁹⁶.

Alle tesi appena prospettate, generalmente si obietta che qualunque sia l’elemento finale rispetto al quale debba essere effettuata la qualificazione di indispensabilità, essa risulterebbe viziata a monte dalla confusione concettuale tra necessità o indispensabilità e sufficienza. Anche a voler ammettere, in via di mera ipotesi, che l’indispensabilità della prova debba essere valutata in relazione al *thema probandum*, un mezzo di prova potrebbe essere indispensabile, decisivo, anche se volto ad evidenziare solo degli indizi o argomenti di prova idonei a fondare, unitamente all’insufficiente materiale istruttorio già raccolto, una pronuncia di conferma o di riforma¹⁹⁷; viceversa, un mezzo di prova sufficiente a fornire solo la rappresentazione del *factum probandum* potrebbe non essere necessario se la prova sia stata già altrimenti acquisita¹⁹⁸.

Altra dottrina ha cercato, allora, di restringere il campo applicativo della nozione in esame. Al riguardo, possono segnalarsi almeno tre teorie.

La prima ha collegato l’indispensabilità alla necessità di provare per la prima volta in appello fatti relativi a questioni rimaste assorbite in primo grado nella decisione di una questione preliminare o a quella di “smantellare, in fatto, la sentenza che ha inopinatamente valorizzato circostanze ritenute dalle parti di mero di contorno”¹⁹⁹. Tale ricostruzione, basata sul

¹⁹⁶ Napoletano, Processo del lavoro: suggestioni regressive e tendenze defunzionalizzanti, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, 304.

¹⁹⁷ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 270.

¹⁹⁸ Di quest’idea, Fazzalari, Il processo ordinario di cognizione. 1. Primo grado, Torino, 1990, 199.

¹⁹⁹ Montesano – Vaccarella, Manuale di diritto processuale del lavoro, Napoli, 1996, 335.

presupposto che in appello le parti siano autorizzate a richiedere quelle prove nuove che non abbiano potuto dedurre in primo grado²⁰⁰, sembrerebbe fondarsi su una interpretazione coordinata degli articoli 437 e 420 commi 5 e 7 e perciò, come è stato osservato²⁰¹, andrebbero classificate come indispensabili quelle prove che le parti in primo grado non sono state in grado di dedurre nemmeno ai sensi dei commi 5 e 7 dell'art. 420²⁰².

La seconda parte dall'osservazione secondo cui tutte le ricostruzioni fornite prescinderebbero dall'elemento testuale contenuto nel comma 2 dell'art. 437 che ricollega la nozione in esame "*alla decisione della causa*"²⁰³, poiché, al contrario, "*un'applicazione letterale dell'art. 437 comma 2 dovrebbe*

²⁰⁰ Montesano - Vaccarella, Manuale di diritto processuale del lavoro, Napoli, 1984, 269.

²⁰¹ Balbi, La decadenza nel processo di cognizione, cit., 293; Satta - Punzi, Diritto processuale civile, cit., 1257.

²⁰² A tale tesi sono stati opposti vari rilievi. Anzitutto, è stato rilevato che il dato testuale dell'art. 437 non contempla l'impossibilità per le parti di dedurre la prova in primo grado (in tal senso Ferri, Profili dell'appello limitato, cit., 154; Vellani, Appunti sul nuovo processo del lavoro, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1545 ss.). Più in generale si è rilevato (Fabbrini, Prime considerazioni sul progetto governativo, in *Scritti Giuridici*, Milano, 1989, II, 400) che l'assimilare la disciplina delle prove in appello alle preclusioni maturate in primo grado sarebbe indice di coerenza o di incoerenza del legislatore poiché un legislatore che abbia previsto un giudizio di primo grado senza preclusioni sarebbe coerente consentendo i *nova* in appello, mentre a fronte di un rigido sistema di preclusioni in primo grado sarebbe incoerente la riapertura ai *nova* in appello. A tale lettura si è ribattuto che sarebbe impossibile articolare un processo senza preclusioni (in tal senso, Verde, Processo, giudice, giustizia, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 746 ss e Biavati, Iniziativa delle parti e processo a preclusioni, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 477 ss.), poiché non si rinverrebbe una necessaria correlazione logica tra la struttura particolarmente concentrata del processo di primo grado, in special modo quello del lavoro ove la preclusione delle allegazioni e delle istanze istruttorie è fissata negli atti introduttivi del giudizio, e la limitazione dei *nova* in appello. Ed allora, risulterebbe possibile e non incoerente stabilire decadenze per garantire la concentrazione del singolo grado di giudizio e poi consentire alle parti nella fase iniziale del giudizio di secondo grado integrare le proprie difese allegando nuove prove (in tal senso Balena, La riforma del processo di cognizione, cit., 426; Cerino Canova, Relazioni sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione. IV. Le impugnazioni, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 533 ss; Consolo, Le proposte Vassalli di riforma al codice di procedura civile: note sulla disciplina della e delle sue fasi di gravame, cit., 199; Tarzia, I provvedimenti urgenti sul processo civile approvati dal Senato, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 749 ss.), poiché in mancanza, un divieto di *ius novorum* fondato sul sistema delle preclusioni sancite in primo grado costituirebbe soltanto una "*preclusione con lo scopo di proteggere le conseguenze (e gli inconvenienti) di un precedente divieto; sarebbe una preclusione... al quadrato*" (in tal senso sempre Cerino Canova, op. ult. cit.). Di conseguenza, dovrebbe essere ben possibile per le parti integrare le proprie difese proponendo così nuovi mezzi di prova precostituiti e costituendi.

²⁰³ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 279.

*comportare l'inammissibilità in appello di qualunque mezzo di prova, fatta eccezione per il giuramento estimatorio, non essendovene certo di indispensabili ai fini della decisione della causa (art. 2697 c.c.)"*²⁰⁴.

Qui elemento centrale sarebbe l'adempimento del dovere decisorio di merito del giudice adito. Dunque, da un lato, il diritto delle parti alla prova dei fatti rilevanti e, dall'altro, il dovere di iniziativa probatoria del giudice che renderebbero indispensabile, ai fini della decisione della causa, l'acquisizione al giudizio di tutti i mezzi di prova, proposti dalle parti o disponibili d'ufficio, idonei a provare un fatto non ancora provato o a provare il contrario di un fatto già provato²⁰⁵.

In tale ottica, verrebbe valorizzato il dovere di iniziativa probatoria del giudice nel rito del lavoro ove tranne il giuramento decisorio, le uniche prove disponibili solo ad istanza di parte sono l'accesso sul luogo di lavoro, purchè ritenuto necessario ai fini dell'accertamento dei fatti, e la richiesta di informazioni all'associazione sindacale. Per tutti gli altri mezzi di prova vigerebbe il principio dell'iniziativa probatoria del giudice, richiedendosi soltanto che la fonte della sua conoscenza si fondi su un atto validamente acquisito²⁰⁶.

Da tali premesse, l'idea di indispensabilità risulterebbe collegata alle prove precostituite nel senso che l'intento del comma 2 dell'art. 437 sarebbe quello di impedire l'ingresso nel giudizio di appello di nuovi

²⁰⁴ Tavormina, Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 654; Balena, La riforma del processo di cognizione, cit., 440, ove sostiene che "l'indispensabilità non può essere intesa nel suo significato più piano, dal momento che la regola racchiusa nell'art. 2697 c.c. consente al giudice di decidere comunque, pure in mancanza di qualunque prova".

²⁰⁵ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 281, il quale, come rilevato, parte dalla critica del principio di infrazionabilità della prova.

²⁰⁶ Ruffini, op. ult. cit., 283.

documenti non rilevanti, imponendo alle parti di indicare negli atti introduttivi i nuovi documenti dei quali intendano avvalersi ed il loro collegamento con il *thema probandum*, al fine di esserne autorizzate alla produzione²⁰⁷.

Di conseguenza, “il giudizio di indispensabilità, a differenza di quello di rilevanza, costituisce un filtro diretto a razionalizzare il materiale probatorio che dovrà essere utilizzato per la decisione della causa, escludendo dal processo quei mezzi di prova che, pur non richiedendo attività processuali, appaiono a tal fine inutili”²⁰⁸.

Pertanto, non potrebbero rinvenirsi ulteriori limiti all’introduzione delle nuove prove nell’appello del rito del lavoro; né essi parrebbero imposti da insuperabili esigenze sistematiche, escludendosi correlazioni tra le preclusioni maturate nel primo grado di giudizio e la limitazione dei *nova* in appello²⁰⁹.

La terza idea, pur riconoscendo quell’ampia “zona grigia” di indispensabilità non determinabile *ex ante*, valuta indispensabili solo i mezzi di prova volti a dimostrare un determinato fatto per la prima volta in appello. La nozione di indispensabilità deriverebbe dal diritto delle parti di avvalersi di ogni mezzo istruttorio previsto dall’ordinamento al

²⁰⁷ Ruffini, *ibidem*.

²⁰⁸ Ruffini, *ibidem*.

²⁰⁹ Ciò in quanto come osserva Tarzia in Manuale del processo del lavoro, Milano, 1987, 233 “il legislatore ha costruito in modo autonomo il regime delle preclusioni in ciascuno dei due gradi di giudizio perché le preclusioni istruttorie maturate per le parti non formino ostacolo all’esercizio dei poteri istruttori officiosi”.

fine di provare la fondatezza delle nuove domande o delle nuove eccezioni²¹⁰.

Altra autorevole ricostruzione, prendendo quasi atto dell'impossibilità di fornire un criterio guida idoneo a limitare l'arbitrarietà e la discrezionalità propria dell'indispensabilità, rinunciarebbe a fornire una lettura esegetica della nozione finendo per attribuirle un valore di mero criterio guida finalizzato all'espressione del principio per il quale le nuove prove in appello andrebbero ammesse in modo parco e misurato²¹¹.

Uscendo da tale prospettiva, altra parte della dottrina ha cercato di tracciare i contorni dell'indispensabilità attraverso il ricorso alla regola giudizio fondata sull'onere della prova sancita dall'art. 2697 c.c.

E' stato osservato che l'indispensabilità dei mezzi di prova ricorrerebbe soltanto allorché l'esistenza o l'inesistenza di un fatto *"sia stata dichiarata nella sentenza di primo grado non sulla base del meccanismo probatorio, ma sulla base della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c."*²¹².

Anche in riferimento a tale opzione interpretativa, si rendono doverose alcune distinzioni.

Mentre qualcuno ha ritenuto che l'indispensabilità si sostituirebbe all'apprezzamento compiuto dal giudice allorché si orienti a deferire

²¹⁰ Sassani, Sull'appello nel processo del lavoro, in *Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma*, Milano, 1985, 275 ss.

²¹¹ Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., 295; Vocino - Verde, *Il processo del lavoro*, Napoli, 1986, 125.

²¹² In tal senso Proto Pisani, *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Nss. dig. it.*, Appendice, IV, Torino, 1983, 673 che riporta quanto ivi espresso in numerosi scritti successivi tra cui: *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e di appello*, cit., V, 317 ss; *La nuova disciplina del processo civile*, cit., 213; *Appunti sull'appello civile (alla stregua della l. 353/90)*, cit., 200; *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 492.

il giuramento suppletorio²¹³, altri hanno evidenziato che *“il potere officioso del giudice, nel ragionevole coordinamento con i poteri delle parti, può tendere solo ad evitare, per quanto possibile, l'applicazione dell'art. 2697 c.c.”*²¹⁴ e, di conseguenza, negato che il giudice abbia il potere di ammettere nuove prove *ex officio*, quando quelle già raccolte consentano la ricostruzione del fatto, precisando che nei rapporti tra primo e secondo grado di giudizio, sia di rito ordinario che di rito del lavoro, *“c'è il solito meccanismo della ripetizione dell'esercizio del potere, con piena prospettiva di recupero dell'errore commesso nella fase precedente... con la possibilità (forse) di dare per questa via un senso all'altrimenti misteriosa formula dell'indispensabilità della prova nel rito del lavoro”*²¹⁵.

In senso più ampio, è stato evidenziato che sicuramente sarebbe indispensabile un mezzo di prova utile 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 altrettanto indispensabile sarebbe quel mezzo di prova che si riveli idoneo a sovvertire il primo verdetto, sebbene lo stesso sia conseguente ad un avvenuto accertamento dell'esistenza o inesistenza dei fatti dedotti in giudizio²¹⁶.

²¹³ Barone, L'udienza di discussione, in Andrioli - Barone - Pezzano - Proto Pisani, Le controversie in materia di lavoro, Bologna, 1987, 877 ss., il quale afferma che *“l'indispensabilità, la quale precede (e non esclude) la duplice valutazione di ammissibilità e rilevanza, va verificata in riferimento alla sufficienza del materiale istruttorio già acquisito al processo..., per la pronuncia sul merito... della domanda e delle eccezioni (se ed in quanto ritenute ammissibili), e, pertanto, si sostituisce all'apprezzamento che il giudice compie nel rito ordinario e nel primo grado del rito speciale, onde determinarsi a deferire il giuramento suppletorio e, più a monte, all'applicazione della regola di giudizio desumibile dall'art. 2697 c.c.”*.

²¹⁴ Fabbrini, Potere del giudice (diritto processuale civile), in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 736 e ss.

²¹⁵ Fabbrini, *ibidem*.

²¹⁶ In tal senso, Cea, Trattazione e istruzione nel processo civile, cit., 233, il quale ritiene che *“se la verità è uno degli obiettivi (sia pure tendenziali) del processo, non c'è dubbio che verità non solo significa prevalenza dell'accertamento sulla fissazione formale dei fatti, ma anche nuovo accertamento più aderente, rispetto alla realtà effettuale, di quello già conseguito in primo grado”*.

L'uso dell'aggettivo indispensabile introdurrebbe pur sempre una valutazione di rilevanza da rapportare allo specifico contesto del giudizio di appello: sicchè se già c'è stato un accertamento dei fatti in primo grado, sarebbe 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 sia capace di sovvertire il verdetto di primo grado²¹⁷.

Relativamente alle posizioni appena esposte ed a quelle di altri autori orientati nello stesso senso²¹⁸, si è osservato che esse tenderebbero ad affermare che l'oggetto della prova indispensabile sia non tanto un fatto la cui esistenza o inesistenza in primo grado sia stata dichiarata sulla base della regola di giudizio fondata sull'onere della prova, quanto un fatto la cui esistenza o inesistenza, nella valutazione effettuata dal giudice di appello, dovrebbe essere dichiarata in base a tale regola formale di giudizio a causa dell'insufficienza del materiale istruttorio già acquisito²¹⁹.

La tesi appena esaminata nella sua considerazione ampia e generale è stata oggetto di rilievi critici.

Sotto un primo profilo, si è obiettato che un'interpretazione in tal senso finirebbe per stravolgere il sistema delle preclusioni istruttorie, con effetti anche sul piano dell'uguaglianza delle parti, privilegiando

²¹⁷ Cea, *ibidem*.

²¹⁸ In particolare, Garbagnati, Il processo del lavoro: lineamenti generali, in *Jus*, 1978, 187; Ronga, Prova testimoniale, in AA.VV., *Le prove civili*, I, cit., 407 ss, 543; Vellani, *Le controversie in materia di lavoro e di equo canone*, Milano, 1990, 46 ss; Vocino - Verde, *Appunti sul processo del lavoro*, Napoli, 1979, 100 e *Processo del lavoro*, rist. Napoli, 1989, 125.

²¹⁹ Ruffini, *La prova nel giudizio civile di appello*, 26, 27, nota 53.

ingiustificatamente quella parte soccombente in primo grado per non avere nemmeno cercato di ottemperare all'onere della prova sulla stessa gravante. A tale parte, dunque, sarebbe così consentito in appello di rimediare alla propria colpevole inerzia difensiva. Ciò in danno della parte che, soccombente in primo grado sulla base della prova *ex adverso* fornita in ordine all'esistenza di un fatto, sarebbe invece privata della possibilità di offrirne in appello la prova contraria²²⁰.

Da una diversa prospettiva, si è osservato che anche a volere ammettere che in appello la prova indispensabile sia funzionale all'esigenza "*che il processo sia strumento di giusta composizione delle controversie e quindi che le preclusioni in materia non siano tali da impedire un tale risultato*"²²¹ e che, pertanto, nel processo di appello deve essere possibile "*disporre l'assunzione di mezzi di prova ove ciò si riveli necessario, indispensabile per risolvere la controversia sulla base dell'accertamento pieno dei fatti controversi e non sulla base di regole formali di giudizio*"²²², non vi sarebbe davvero alcuna ragione per ritenere che tale esigenza debba trovare soddisfazione solo nell'ipotesi in cui la regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova sia stata applicata dal giudice di primo grado, e non anche al fine di evitare la sua applicazione da parte del giudice di appello. Se il fine è quello di giungere alla definizione della lite sulla base dell'accertamento pieno dei fatti controversi, poco rileverebbe sapere quale sia stata la

²²⁰ In tal senso Sassani, Sull'appello nel processo del lavoro (congetture minime e confutazioni possibili), in AA.VV., Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma, cit., 274; Montesano - Vaccarella, Manuale di diritto processuale del lavoro, Napoli, 1996, 334; Balena, La riforma del processo di cognizione, cit., 440, nota 91.

²²¹ Così Proto Pisani, in Lezioni di diritto processuale civile, cit., 491.

²²² Proto Pisani, op. ult. cit., 492.

valutazione effettuata dal giudice di primo grado, dovendosi guardare unicamente all'apprezzamento del giudice di appello in ordine alla sufficienza del materiale istruttorio raccolto²²³.

In via ancor più stringente, il collegamento tra l'indispensabilità e la regola di giudizio fondata sull'onere della prova non sarebbe comunque in grado di ridurre i margini di discrezionalità insiti nella nozione in esame²²⁴.

Ed infatti, l'utilizzo della regola di giudizio dell'onere della prova, in via residuale e sussidiaria, quasi una sorta di *extrema ratio*, resterebbe comunque affidato alla discrezionalità del giudice il quale anche dopo aver esperito l'intera istruzione probatoria richiesta dalle parti, potrebbe comunque ritenere le prove raccolte insufficienti e, dunque, applicare la regola di cui all'art. 2697 c.c.²²⁵.

Inoltre, l'applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova non consentirebbe di distinguere adeguatamente la rilevanza dalla indispensabilità con la conseguenza di ammettere in appello tutti i nuovi mezzi di prova solo perché attinenti a circostanze di fatto

²²³ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 28, il quale osserva che ove il primo giudice abbia deciso sulla base della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova ed il giudice di appello ritenga invece che il materiale probatorio consenta la ricostruzione dei fatti controversi, nessun nuovo mezzo di prova dovrebbe essere ammesso in appello sotto il profilo della indispensabilità. Viceversa, ove il giudice di appello ritenga che un fatto decisivo per la risoluzione della controversia non sia sufficientemente provato, la relativa prova dovrebbe ritenersi indispensabile al fine di decidere la causa sulla base dell'accertamento pieno dei fatti controversi, a prescindere dal fatto che la sentenza di primo grado sia stata o meno resa sulla base della regola desumibile dall'art. 2697 c.c. Si finisce, pertanto, per qualificare come indispensabili le prove vertenti su un fatto decisivo per la risoluzione della controversia (tale cioè da giustificare la conferma o la riforma della sentenza), in mancanza delle quali il giudice di appello dovrebbe rendere la propria decisione sulla base della meccanica applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova.

²²⁴ Tedoldi, op. cit., 191.

²²⁵ Comoglio, Le prove, in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1985, 200 ss.; Verde, voce Prova in generale, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 625 ss.

insufficientemente dimostrate in primo grado e cioè tutti i mezzi di prova rilevanti al fine di stabilire, con effettiva ricostruzione probatoria (a prescindere così dal disposto dell'art. 2697 c.c.) l'esistenza o l'inesistenza dei fatti di causa²²⁶.

Da ultimo e quasi con rassegnazione, è stato rilevato che nessuna interpretazione dell'art. 437 comma 2 potrebbe mai soddisfare appieno e portare certezza *ex ante*. Proprio per questa naturale impossibilità di determinare *ex ante* gli elementi idonei a concretare i requisiti di legge, si riterrebbe preferibile lasciare la valutazione dell'indispensabilità all'equilibrata valutazione del collegio²²⁷.

§ 4. L'ART. 345 COMMA 3: L'INDISPENSABILITA' DEI NUOVI MEZZI DI PROVA NELL'APPELLO DEL RITO ORDINARIO

L'art. 345 comma 3 nell'attuale formulazione recita nel senso che *“non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”*.

La norma contiene un temperamento evidente alla regola dell'inammissibilità dei nuovi mezzi di prova in grado di appello, prevedendo due deroghe ben distinte tra loro.

²²⁶ Tedoldi, op. cit. 192.

²²⁷ AA.VV., Il diritto processuale del lavoro, a cura di Vallebona, in Trattato di diritto del lavoro, diretto da Persiani e Carinci, IX, cit., 477.

La prima riguarda i mezzi di prova ritenuti dal collegio indispensabili ai fini della decisione.

La seconda è relativa al caso in cui l'appellante dimostri di non aver potuto dedurre in primo grado i mezzi di prova per causa non imputabile.

Mentre tale ultima ipotesi non presenta particolari problemi, costituendo un'ipotesi specifica dell'istituto generale della rimessione in termini, la nozione di indispensabilità ha, come anticipato, dato luogo a moltissime difficoltà interpretative ad oggi ancora irrisolte.

Già in sede di analisi dell'art. 437 comma 2, si è sottolineato come quello dell'indispensabilità si sia mostrato un criterio tutt'altro che certo ed affidabile nella prassi applicativa del rito del lavoro²²⁸.

Nonostante il grande ma vano sforzo interpretativo della dottrina e della giurisprudenza, il legislatore del '90 ha introdotto la nozione di indispensabilità anche nella disciplina dell'appello del rito ordinario.

L'unico tema su cui per un periodo di tempo abbastanza consistente, la dottrina e la giurisprudenza hanno sostanzialmente concordato, è stato quello relativo alla possibilità di produrre in appello i nuovi documenti senza limiti. Ciò fino al 2005 allorquando le Sezioni Unite sono intervenute sia per il rito ordinario che per quello del lavoro assoggettando anche le nuove produzioni documentali al vaglio di

²²⁸ In tal senso Verde - Olivieri, *Processo del lavoro e della previdenza*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 232, 235 ss, 263 ss; Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., 294; Sassani, Art. 345 (Domande ed eccezioni, in Consolo - Luiso - Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 389 ss.; Balena, *La riforma del processo di cognizione*, cit., 440; Consolo, *Un codice di procedura seminuovo*, in *Giur. it.*, 1994, 1994, IV, c. 436; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e di appello*, cit., 317 ss; *La nuova disciplina del processo civile*, cit., 212 ss; *Appunti sull'appello civile (alla stregua della l. 353/90)*, cit., 200 ss.; *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 492.

indispensabilità. Tale orientamento è stato recepito espressamente dal legislatore del 2009 che ha modificato in tal senso il comma 3 dell'art. 345.

Certamente, le dispute della dottrina sulla nozione di indispensabilità non possono non avere influenzato le scelte interpretative relativamente al rito ordinario²²⁹, tant'è che tutte le ricostruzioni formulate per il rito del lavoro possono essere integralmente ripetute per quello ordinario.

Possono, in sintesi, segnalarsi le seguenti opzioni interpretative all'interno delle quali vanno comunque richiamate le differenziazioni, già analizzate nello specifico in sede di commento dell'art. 437 comma 2: a) quelle che individuerebbero nell'indispensabilità non un vero e proprio criterio giuridico ma un invito al giudice d'appello ad essere parco nell'ammissione dei nuovi mezzi istruttori²³⁰; b) quelle che, rinvenendo nella nozione di indispensabilità una regola positiva e non solo come una mera tendenza, qualificherebbero come prove indispensabili quelle in mancanza della quali non sarebbe possibile al giudice arrivare alla conoscenza di un fatto estraneo al *thema probandum* del giudizio di primo grado e decisivo, ossia idoneo se provato, a modificarne l'esito²³¹; c) quelle

²²⁹ In tal senso si veda Bucci - Crescenzi - Malpica, Manuale pratico della riforma, Padova, 1995, 256; Di Nanni, Art. 345. Domande ed eccezioni nuove, in Verde - Di Nanni, Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990 n. 353, Torino, 1991, 182; Luiso, Provvedimenti urgenti per il processo civile, in *Doc. Giustizia* 1990, n. 4, c. 34 ss.; Mandrioli, Le modifiche al processo civile, Torino, 1991, 131.

²³⁰ Luiso, Il processo del lavoro, cit., 295; Agnoli, Il nuovo processo del lavoro, cit., 156; Laudisa, Il ritiro della dichiarazione di verità, Padova, 1978, 67; Montesano - Vaccarella, Diritto processuale del lavoro, Napoli, 1996, 334; Sassani, Sull'appello nel processo del lavoro, cit., 276; Verde - Olivieri, Processo del lavoro e della previdenza, cit., 262; Vocino - Verde, Processo del lavoro, cit., 124.

²³¹ Denti - Simoneschi, Il nuovo processo del lavoro, cit., 195; Bucci - Crescenzi - Malpica, Manuale pratico della riforma, cit., 257 e Taruffo, Le preclusioni nella riforma del codice di procedura civile, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 296 e ss e 309 ove secondo l'autore la prova nuova di un fatto costitutivo allegato in primo grado e sfornito di dimostrazione non può essere proposta in grado di appello sotto il profilo dell'indispensabilità, poiché allo stesso riguardo potrebbe essere proposta solo la prova negativa dell'esistenza di un fatto, provata in primo grado, idonea a rovesciare l'accertamento compiuto dal primo giudice. Successivamente sempre Taruffo, L'appello in Comoglio - Ferri - Taruffo, Lezioni sul processo

che ricollegerebbero il requisito dell'indispensabilità alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova²³².

Un elemento di differenza va però sottolineato: nell'art. 345 comma 3 non è ovviamente contemplato l'inciso "anche d'ufficio"²³³, presente nell'art. 437 comma 2, giustificato dall'esistenza in capo al giudice del lavoro di poteri istruttori molto più ampi rispetto a quelli del giudice del rito ordinario.

Dal suddetto rilievo, deriva l'esigenza di dedicare alcune osservazioni in ordine alle varie posizioni assunte dalla dottrina su tema dell'esistenza e dei limiti del potere di iniziativa probatoria del giudice di appello²³⁴.

Tale tematica è propedeutica ad una ulteriore ricostruzione della nozione in esame basata sul rapporto tra il dovere decisorio del giudice ed il sistema di preclusioni esistente per il giudizio di primo grado.

Secondo una prima ricostruzione, l'art. 345 comma 3, prevedendo l'ammissione dei mezzi di prova ritenuti indispensabili, riconoscerebbe al

civile, Bologna, 1995, 699, collega l'indispensabilità alle esigenze di dimostrazione dell'esistenza o inesistenza di un fatto così da porlo a fondamento della pronuncia di riforma o conferma della decisione di primo grado.

²³² Proto Pisani, Lavoro (controversie individuali in materia di), in *Nss. dig. it.*, Appendice, IV, Torino, 1983, 673; La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e di appello, cit., 317 ss; La nuova disciplina del processo civile, cit., 213; Appunti sull'appello civile (alla stregua della l. 353/90), cit., 200; Lezioni di diritto processuale civile, cit., 492; Barone, L'udienza di discussione, in Andrioli - Barone - Pezzano - Proto Pisani, Le controversie in materia di lavoro, cit., 877 ss; Fabbrini, Potere del giudice (diritto processuale civile), cit., Milano, 1985, 736 e ss.; Garbagnati, Il processo del lavoro: lineamenti generali, in *Jus*, 1978, 187; Ronga, Prova testimoniale, in AA.VV., Le prove civili, cit., 407 ss, 543; Vellani, Le controversie in materia di lavoro e di equo canone, cit., 46 ss; Vocino - Verde, Appunti sul processo del lavoro, cit., 100 e Processo del lavoro, rist. Napoli, 1989, 125.

²³³ Tale inciso, come osservato da Sassani in, Art. 345 (Domande ed eccezioni nuove) cit. 389 è apparso al legislatore della riforma del '90 "troppo legato ai meno rigidi vincoli del giudice del lavoro al potere dispositivo delle parti". Nello stesso senso, Rizzo, Nuovo processo ordinario e processo del lavoro, in Scritti in onore di Elio Fazzalari, Milano, 1993, III, 589.

²³⁴ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit. 16.

giudice di appello gli stessi poteri di iniziativa probatoria del giudice di prime cure²³⁵.

Ad essa si contrappongono due idee.

La prima, partendo dal presupposto che non sia configurabile un vincolo del giudice di appello all'istanza di parte circa i nuovi mezzi di prova indispensabili, individuerebbe nel comma 3 dell'art. 345 la funzione di estendere il principio di iniziativa istruttoria del giudice di appello pure ai mezzi di prova in primo grado ammissibili solo su istanza di parte, anche se l'operatività del principio espresso andrebbe ricondotta al carattere eccezionale della nuova istruttoria in grado di appello²³⁶.

La seconda ravviserebbe nel comma 3 dell'art. 345 una norma destinata ai soli mezzi di prova proposti dalle parti, a differenza del comma 2 dell'art. 437, con la conseguenza che non solo l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio dovrebbe ritenersi sottoposto, nell'appello del processo ordinario, alle medesime condizioni previste per il giudizio di primo

²³⁵ Così Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 160; Cecchella, *Le attività delle parti: il divieto dei nova*, in Vaccarella - Caponi - Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 295; Di Nanni, *Art. 345. Domande ed eccezioni nuove*, in Verde - Di Nanni, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990 n. 353*, cit., 182; Fazzalari, *Il processo ordinario di cognizione e la novella del 1990*, Appendice di aggiornamento, Torino, 1991, 32; Prestipino, *Art. 345. Domande ed eccezioni nuove*, in *Codice di procedura civile*, a cura di Picardi, Milano, 1994, 1021; Redenti - Vellani, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1997, 454; Satta - Punzi, *Diritto processuale civile*, cit., 572; Valitutti - De Stefano, *Le impugnazioni nel processo civile*, II, cit., 124. All'interno delle posizioni evidenziate si riscontrano delle sostanziali differenze. Da un lato, si possono accomunare le ricostruzioni di Fazzalari, Punzi e Di Nanni caratterizzate dalla peculiarità secondo cui i mezzi di prova assoggettabili all'*officium iudicis* esaurirebbero l'insieme delle prove ammissibili in appello *ex art. 345* per essere indispensabili cosicché la funzione di tale norma sarebbe quella di dotare il giudice di appello di poteri istruttori officiosi spettanti al giudice di primo grado. Dall'altro Attardi, Cecchella e Prestipino ritengono che il comma 3 dell'art. 345 coprirebbe indistintamente sia i mezzi di prova riservati alle parti, sia quelli disponibili d'ufficio, entrambi soggetti al vaglio dell'indispensabilità a meno che, per quelli rientranti nella disponibilità delle parti, la parte onerata dimostri di non averli potuti produrre nel giudizio di primo grado per causa non imputabile.

²³⁶ Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, 246.

grado, ma che i mezzi di prova disponibili d'ufficio per il collegio esulerebbero dalla categoria delle prove indispensabili di cui all'art. 345²³⁷.

Le risposte agli interrogativi sui poteri ufficiosi del giudice di appello inciderebbero sull'ambito applicativo del requisito di indispensabilità²³⁸.

Così, muovendo dall'osservazione secondo cui l'indispensabilità della prova identificerebbe esclusivamente una condizione per l'esercizio in appello del potere di iniziativa probatoria del giudice, è stato osservato come l'ammissione in appello dei nuovi mezzi di prova dovrebbe essere subordinata alla dimostrazione della non imputabilità della causa per cui non sarebbe stato possibile produrli in primo grado. Cioè l'indispensabilità della prova escluderebbe la proposizione in appello di quei mezzi di prova che la parte doveva proporre in primo grado e dalla cui proposizione, viceversa, sarebbe decaduta per causa imputabile. Ciò porterebbe ad escludere anche in appello l'ammissione delle prove d'ufficio²³⁹.

In senso più o meno analogo è stato sostenuto che al concetto di indispensabilità andrebbe ritagliato un rilevante spazio applicativo anche allorquando lo si riferisca alle iniziative di parte, fermo restando la valutazione per la quale l'indispensabilità della prova non possa essere utile al superamento delle preclusioni istruttorie verificatesi in primo

²³⁷ Balena, *La riforma del processo di cognizione*, cit., 439; Balena, Art. 52 [Art. 345 c.p.c.] (Domande ed eccezioni), in Tarzia - Cipriani, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, 1993, 219; Bucci - Crescenzi - Malpica, *Manuale pratico della riforma*, cit., 258; Monteleone, *Diritto Processuale civile*, II, Padova, 1995, 304; Trisorio Liuzzi, *Ispezione nel processo civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 188 ss, 197.

²³⁸ Ruffini, *La prova nel giudizio civile di appello*, cit., 19.

²³⁹ Di Nanni, Art. 345. Domande ed eccezioni nuove, in Verde - Di Nanni, *Codice di procedura civile*. Legge 26 novembre 1990 n. 353, cit., 182; Fazzalari, *Il processo ordinario di cognizione e la Novella del 1990*, Appendice di aggiornamento, cit., 32; Satta - Punzi, *Diritto processuale civile*, cit., 572.

grado e salvo poi orientare il predetto spazio di applicazione in senso diverso a seconda di come si affronti il tema dei limiti all'introduzione dei nuovi fatti in appello²⁴⁰.

Ed allora, mentre da alcuni si è osservato che l'indispensabilità quanto alle iniziative di parte dovrebbe essere riferita esclusivamente alle ipotesi dei fatti sopravvenuti e dello *ius superveniens*²⁴¹, altri hanno evidenziato che tali ipotesi andrebbero ricomprese nell'ambito della rimessione in termini poiché le prove indispensabili si riferirebbero ai fatti impeditivi, modificativi ed estintivi eccezionalmente proponibili in grado di appello ex art. 345 comma 1 e se ritenuti allegabili in appello a quei fatti non incidenti sull'identità della domanda²⁴².

All'opposto, si collocano le posizioni di coloro che ritengono che l'indispensabilità possa essere utilmente invocata per l'ammissione in appello di prove disponibili dalle parti anche se la mancata proposizione sia derivata da causa imputabile²⁴³. A tale ultimo riguardo, occorre

²⁴⁰ Balena, La riforma del processo di cognizione, cit., 440 ss; Balena, Art. 52 [Art. 345 c.p.c.] (Domande ed eccezioni), in Tarzia - Cipriani, Provvedimenti urgenti per il processo civile, cit., 220; Cecchella Le attività delle parti: il divieto dei *nova*, in Vaccarella - Caponi - Cecchella, Il processo civile dopo le riforme, cit., 295.

²⁴¹ Cecchella, op. ult. cit., 295;

²⁴² Balena, La riforma del processo di cognizione, cit., 441 ss; Balena, Art. 52 [Art. 345 c.p.c.] (Domande ed eccezioni), in Tarzia - Cipriani, Provvedimenti urgenti per il processo civile, cit., 220.

²⁴³ In tal senso, Attardi, Le nuove disposizioni sul processo civile, cit., 160; ID, Le preclusioni nel giudizio di primo grado, in *Foro it.* 1990, V, c. 391; Borrè, I mezzi di impugnazione, in Borrè - Castellano - Proto Pisani - Ricci - Taruffo, La riforma del processo civile, Milano, 1991, 70; Bucci - Crescenzi - Malpica, Manuale pratico della riforma, cit., 257; Centaro, Commento alla riforma del codice di procedura civile, Rimini, 1992; 204; Consolo, Un codice di procedura seminuovo, cit., c. 437; Ferri, L'appello, in Le riforme della giustizia civile, Commento alla L. 353/90 e alla L. 374 del 1991 a cura di Taruffo, cit., 398 ss; Ferri, Appello nel diritto processuale civile, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, 569 ss; Giussani, Art. 345. Domande ed eccezioni nuove, in Carpi - Colesanti - Taruffo, Commentario breve al codice di procedura civile, Appendice di aggiornamento, Padova, 1991, 156 ss; Lasagno, Art. 52. Domande ed eccezioni nuove, in Le riforme del processo civile, Commento alle leggi 26 novembre 1990 n. 353, 12 luglio 1991, n. 203, art 19 *bis* e 21 novembre 1991, n. 374 a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, 437 ss; Mandrioli, Corso di diritto processuale, II, Torino, 1995, 387; Monteleone, Diritto processuale civile, II, cit., 304; Montesano - Arieta, Diritto Processuale civile II, Torino, 1994, 66 e 238; Palazzolo, La riforma del

sottolineare l'esistenza di due diverse posizioni. Una prima per la quale le prove indispensabili potrebbero essere ammesse in appello anche senza istanza di parte²⁴⁴ ed una seconda per la quale i poteri di iniziativa probatoria del giudice di appello non si estenderebbero ai mezzi di prova in primo grado sottratti *all'officium iudicis*²⁴⁵.

Partendo da quanto appena osservato, è stata individuata una nozione di indispensabilità tendente a valorizzare maggiormente due elementi: uno di carattere letterale, l'altro di carattere sistematico.

In base al primo, l'indispensabilità andrebbe valutata ai fini della decisione della causa.

Per il secondo, la nozione dovrebbe essere considerata in rapporto alle preclusioni esistenti nel giudizio di primo grado.

Partendo dalla netta distinzione, pena contraddizione insanabile, delle due ipotesi di ammissibilità dei nuovi mezzi di prova previste dall'art. 345 comma 3 e dalla differenza tra l'elemento finale cui va rapportata l'indispensabilità ai fini dell'ammissione delle nuove prove in appello, rispetto alle norme di cui agli articoli 421 e 118 ove l'indispensabilità si

processo civile, 1993, Roma, 1993, 120; Proto Pisani, La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione e d'appello, cit., c. 317; La nuova disciplina del processo civile, cit., 212 ss; Appunti sull'appello civile (alla stregua della l. 353/90), cit., c. 200; Lezioni di diritto processuale civile, Napoli, 1996, 540; Taruffo, L'appello, in Comoglio - Ferri - Taruffo, Lezioni sul processo civile, cit., 699; Tarzia, Lineamenti del processo di cognizione, rist. Milano, 1996, 246; Valitutti - De Stefano, Le impugnazioni civili, cit., 122.

²⁴⁴ Tarzia, op. ult. cit., 246.

²⁴⁵ In tal senso, Bucci - Crescenzi - Malpica, Manuale pratico della riforma, cit., 256; Consolo, Un codice di procedura seminuovo, cit., c. 437; Lasagno, Art. 52. Domande ed eccezioni nuove, in Le riforme del processo civile, Commento alle leggi 26 novembre 1990 n. 353, 12 luglio 1991, n. 203, art 19 bis e 21 novembre 1991, n. 374 a cura di Chiarloni, cit., 441; Monteleone, Diritto processuale civile, II, cit., 303; Valitutti - De Stefano, Le impugnazioni civili, cit., 125.

riferisce all'accertamento dei fatti, l'analisi si orienta sull'adempimento del dovere decisorio di merito²⁴⁶.

In tale ottica, prove indispensabili sarebbero solo quelle ammissibili, rilevanti e non superflue che rientrino nell'*officium iudicis* o che essendo riservate alle parti, siano state introdotte nel processo dalla parte onerata nei modi e nei termini ad essa assegnati²⁴⁷.

Pertanto, l'ammissione dei nuovi mezzi di prova ritenuti indispensabili si esplicherebbe nel senso che il collegio dovrà ammetterli se, in relazione ai fatti allegati in appello o comunque rimasti estranei all'accertamento effettuato nella sentenza impugnata, essi appariranno rilevanti, ammissibili e non superflui e se la relativa richiesta provenga dalla relativa parte onerata.

In tutti i casi in cui un fatto sia appartenuto al *thema decidendum* fissato nel giudizio di primo grado e le parti abbiano ivi esaurito i poteri istruttori, la proposizione in appello di nuovi mezzi di prova sarà subordinata anche alla sola dimostrazione della parte onerata di non averli potuto proporre nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile, fermo restando che anche in tal caso il collegio dovrà preliminarmente valutarne la rilevanza, l'ammissibilità e la non superfluità²⁴⁸.

Merita, infine, di essere riferita quell'idea che certamente rientra nella categoria indicata sopra al punto a) ma che nello specifico tenderebbe a valorizzare due elementi in particolare: la ricostruzione fattuale contenuta

²⁴⁶ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 285.

²⁴⁷ Ruffini, op. ult. cit., 286.

²⁴⁸ Ruffini, op. ult. cit., 293.

nella sentenza di primo grado ed il libero convincimento che il giudice trae dalle risultanze istruttorie emerse in primo grado.

Essa, pur sempre animata dall'intento di delimitare l'ambito di discrezionalità della nozione di indispensabilità, delinea limiti esterni consistenti, da un lato, nel fatto essa concernerebbe solo i mezzi istruttori in senso stretto e, dall'altro, come peraltro già evidenziato, che non potrebbe essere riferita ai mezzi istruttori offerti dalle parti per fornire la prova dei nuovi fatti allegati per la prima volta in appello e ammessi ai sensi dei primi due commi dell'art. 345²⁴⁹. Tali limiti, potrebbero utilizzarsi per delimitare il potere discrezionale del giudice di appello e per individuare un cosiddetto limite interno che in sostanza corrisponderebbe ad una definizione logico - giuridica della nozione di indispensabilità²⁵⁰.

Ribadita la netta distinzione tra indispensabilità e rilevanza, ed evidenziati i caratteri pregnanti di quest'ultima, l'individuazione della indispensabilità si collegherebbe alla necessità di determinare la particolare efficacia dimostrativa del nuovo mezzo di prova.

Da un punto di vista della struttura del giudizio, l'indispensabilità, al pari della rilevanza, si sostanzierebbe in una valutazione relazionale ipotetica che giudica l'idoneità del nuovo mezzo di prova a fornire la dimostrazione di elementi che costituiscono il *thema decidendum* della

²⁴⁹ Tedoldi, op. cit., 197.

²⁵⁰ Tedoldi, *ibidem*.

controversia come cristallizzato nella decisione di primo grado, necessario punto di partenza²⁵¹.

Tuttavia, se il nuovo mezzo di prova riproducesse i risultati dell'istruzione probatoria di primo grado, il requisito dell'indispensabilità non potrebbe certamente considerarsi realizzato e, pertanto, esso dovrebbe offrire una diversa rappresentazione dei fatti di causa. Ciò potrebbe comunque non bastare atteso che anche dalla medesima rappresentazione dei fatti potrebbero anche derivare le medesime conseguenze giuridiche enunciate dal primo giudice²⁵².

Ed allora, il giudizio di indispensabilità potrebbe essere ricostruito attraverso l'indicazione delle seguenti fasi. Il punto di partenza sarebbe costituito dalla sentenza impugnata e dal giudizio di fatto ivi espresso. Tale giudizio verrebbe filtrato valutando la correttezza o la sufficienza del materiale probatorio affidata al libero convincimento *ex art. 116*. Da ciò discenderebbe che se il giudizio sia stato ritenuto corretto, l'indispensabilità del nuovo mezzo di prova potrà aversi solo se con essa sia possibile giungere alla riforma della sentenza impugnata; viceversa, se la ricostruzione fattuale espressa nella pronuncia sia reputata non corretta, allora indispensabile sarà quel mezzo di prova idoneo a fornire una rappresentazione qualsiasi dei fatti di causa confondendosi con quello di rilevanza²⁵³.

²⁵¹ Tedoldi, op. cit., 203.

²⁵² Tedoldi, *ibidem*.

²⁵³ Tedoldi, op. cit., 208.

Sostanzialmente, il giudizio di indispensabilità verrebbe ad essere collegato alla ricostruzione fattuale emersa dalla sentenza impugnata ed al libero convincimento del giudice in rapportato alle prove assunte in primo grado.

In definitiva, la conseguenza di tale percorso sarebbe una insoddisfacente analisi strutturale della nozione di indispensabilità, privata di criteri logici e giuridici vincolanti per il giudice al quale sostanzialmente verrebbe raccomandato di limitare l'ammissione delle nuove prove in appello²⁵⁴.

§ 5. L'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA NOZIONE DI INDISPENSABILITA'

La giurisprudenza formatasi dapprima in relazione al comma 2 dell'art. 437 e poi in relazione al comma 3 dell'art. 345, salvo quanto si vedrà in tema di nuove produzioni documentali soprattutto dopo il duplice intervento delle Sezioni Unite del 2005, si limita quasi sempre ad affermare che ai fini dell'ammissibilità delle nuove prove in appello è necessario che esse siano indispensabili senza riuscire a chiarire che cosa effettivamente debba intendersi per indispensabilità.

Di frequente, le pronunce della Suprema Corte si soffermano su tematiche collegate alla nozione in esame, evitando di circoscrivere, forse non a caso, l'ampiezza del potere discrezionale insito nella fattispecie stessa ²⁵⁵.

²⁵⁴ Nello stesso senso, infatti, si erano già espressi Vocino - Verde, *Processo del lavoro*, cit., 124; Verde - Olivieri, *Processo del lavoro e della previdenza* cit., 262; Luiso, *Il processo del lavoro*, cit. 295.

²⁵⁵ Tedoldi, *op. cit.*, 188.

Invero, emergono quali dati costanti, da un lato, l'affermazione della discrezionalità del giudizio di indispensabilità e della sua insuscettibilità al sindacato di legittimità e, dall'altro, la differenziazione tra la nozione in esame e quella di rilevanza.

Sul presupposto che l'indispensabilità, debba essere interpretata in senso restrittivo e rigoroso²⁵⁶, sembrano potersi individuare quale linea interpretativa costantemente seguita dalla giurisprudenza, i seguenti profili caratterizzanti: a) la discrezionalità del potere del giudice di ammettere in appello le nuove prove indispensabili, collegata all'insuscettibilità del vaglio di indispensabilità al sindacato di legittimità; b) l'intento di interpretare la nozione di indispensabilità in senso restrittivo attraverso l'affermazione dell'inidoneità del ricorso all'indispensabilità per sanare eventuali preclusioni e decadenze verificatesi in primo grado; c) la genericità dei tentativi definitivi; d) l'analisi della dibattuta, ma ormai risolta, questione delle nuove produzioni documentali in appello.

Sul punto d), l'analisi verrà sviluppata compiutamente nei paragrafi successivi e precisamente § 6 e seguenti, mentre qui ci si soffermerà sui primi tre profili.

Relativamente al primo, occorre evidenziare che la Suprema Corte sin alle pronunce più risalenti non ha quasi mai mancato di sottolineare come l'ammissione di nuove prove nel giudizio di appello potesse essere disposta dal giudice del merito, solo quando questi ritenesse tali prove

²⁵⁶ Cass. 20.04.1984 n. 2602 ove si afferma che il divieto di nuove è applicabile anche nei confronti di chi sia rimasto volontariamente contumace in primo grado; Cass. 23.06.1981 n. 4094 cit.

indispensabili, in base ad un apprezzamento discrezionale anche implicito, insuscettibile di sindacato in sede di legittimità, essendo l'omessa motivazione equiparata ad un'implicita negazione dell'indispensabilità dei nuovi mezzi istruttori²⁵⁷. Secondo un orientamento minoritario, al contrario, la motivazione dell'indispensabilità sarebbe necessaria escludendosi l'assoluta discrezionalità di tale apprezzamento²⁵⁸. Più in particolare, si è ritenuto ammissibile, sul presupposto che il giudizio di indispensabilità attenga al rito e non al merito della decisione, essendo relativo all'accertamento della eventuale preclusione processuale, il sindacato della Suprema Corte in ordine alla valutazione del giudice di merito circa l'indispensabilità o meno di una prova²⁵⁹ ed in modo ancor più circoscritto, si è evidenziato che il collegio sarebbe tenuto a motivare solo l'eventuale indispensabilità

²⁵⁷ Cass. 21.07.2009 n. 16971 per la quale "il collegio è tenuto a motivare esclusivamente l'indispensabilità che ne giustifica l'ammissione in deroga alla regola generale che invece ne prevede il divieto, ma non anche la mancata ammissione delle prove ritenute non indispensabili, che si conforma alla predetta regola generale"; Cass. 13.03.2009 n. 6188; Cass. 09.01.2007 n. 209; Cass. 01.08.2001 n. 10497; Cass. 05.03.2001 n. 3200; Cass. 11.08.2000 n. 10640; Cass. 02.10.1999 n. 10960; Cass. 07.01.1998 n. 56; Cass. 23.04.1997 n. 3523; Cass. 20.06.1996 n. 5714; Cass. 08.06.1995 n. 6441; Cass. 04.10.1995 n. 10406; Cass. S.U. 28.11.1994 n. 10127; Cass. 16.05.1990 n. 4239; Cass. 23.01.1990 n. 384; Cass. 13.11.1989 n. 4786; Cass. 30.05.1989 n. 2588; Cass. 01.06.1988 n. 3727; Cass. 26.04.1988 n. 3167; Cass. 03.02.1987 n. 958; Cass. 04.03.1986 n. 1370; Cass. 19.02.1986 n. 989; Cass. 13.12.1985 n. 6321; Cass. 26.04.1983 n. 2875; Cass. 29.01.1983 n. 836; Cass. 20.01.1983 n. 541; Cass. 10.12.1981 n. 6544; Cass. 29.09.1981 n. 5189; Cass. 17.07.1981 n. 4659; Cass. 28.04.1981 n. 2553; Cass. 04.03.1981 n. 1272; Cass. 03.11.1980 n. 5875; Cass. 03.11.1980 n. 5874; Cass. 03.11.1980 n. 5865; Cass. 03.11.1980 n. 5864; Cass. 03.11.1980 n. 5863; Cass. 13.05.1980 n. 3165; Cass. 04.04.1980 n. 2231; Cass. 16.01.1980 n. 198; Cass. 17.07.1979 n. 4208.

²⁵⁸ In tal senso: Cass. 31.07.2006 n. 17439 secondo cui "... il potere di apprezzamento di ammettere le nuove prove in appello non è però del tutto discrezionale ma deve essere esercitato secondo criteri logici che il giudice ha il dovere di indicare e che possono essere oggetto di censura in sede di legittimità nei limiti della rilevabilità del vizio di omessa, irrazionale o contraddittoria motivazione"; Cass. 19.04.2006 n. 9120 secondo la quale testualmente la facoltà di ammettere e nuove prove in appello "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."; Cass. 14.04.1986 n. 2611.

²⁵⁹ Così Cass. 17.06.2009 n. 14098 per la quale "il giudizio di indispensabilità della prova nuova in appello non attiene al merito della decisione ma al rito, in quanto la relativa questione rileva ai fini dell'accertamento della preclusione processuale eventualmente formatasi in ordine alla richiesta istruttoria di parte: ne consegue che, nel caso in cui venga dedotta in sede di legittimità l'erronea ammissione di una prova non indispensabile da parte del giudice di appello, la Corte di Cassazione, chiamata ad accertare un error in procedendo, è anche giudice del fatto ed è quindi tenuta a stabilire essa stessa se si trattasse di prova indispensabile".

tale da giustificare l'ammissione delle nuove prove e non anche la mancata ammissione di quelle prove ritenute non indispensabili²⁶⁰.

Circa il profilo dell'interpretazione in senso restrittivo del requisito di indispensabilità, esso viene in evidenza anzitutto con riguardo al rapporto tra la nozione in esame e le eventuali preclusioni e decadenze verificatesi nel giudizio di primo grado.

Si è costantemente osservato che il ricorso all'indispensabilità non può essere invocato al fine di superare eventuali preclusioni e decadenze verificatesi in primo grado, poiché il potere del giudice di appello di ammettere quei mezzi istruttori che appaiono indispensabili ai fini decisione si riferisce in modo esclusivo alle prove di fatti che le parti non abbiano avuto la possibilità di dimostrare nei modi e nei tempi prescritti²⁶¹.

In riferimento ai tentativi più propriamente definitivi della nozione, in molte pronunce è comune il dato di partenza costituito da una preliminare distinzione tra l'indispensabilità e la rilevanza, quasi come se ciò

²⁶⁰ In tal senso Cass. 21.07.2009 n. 16971cit.

²⁶¹ In tal senso: Cass. 31.03.2011 n. 7441 per la quale *“l'indispensabilità delle nuove prove deve apprezzarsi necessariamente alla decisione di primo grado e al modo in cui essa si è formata, sicchè solo ciò che la decisione afferma a commento delle risultanze istruttorie acquisite deve evidenziare la necessità di un apporto probatorio che, nel contraddittorio in primo grado e nella relativa istruzione, non era apprezzabile come utile e necessario. Ne consegue che, se la formazione della decisione è avvenuta in una situazione nella quale lo sviluppo del contraddittorio e delle deduzioni istruttorie avrebbero consentito alla parte di valersi del mezzo di prova perché funzionale alle sue ragioni, deve escludersi che la prova sia indispensabile, se la decisione si è formata prescindendone, essendo imputabile alla negligenza della parte il non aver introdotto tale prova”*; Cass. 02.02.2009 n. 2577; App. Potenza 15.05.2008 n. 684; Cass. 31.05.2007 n. 12792; Trib. Bari 17.05.2007 n. 1225; Cass. 20.11.2006 n. 24606; Cass. 01.06.2004 n. 10487; Cass. 19.02.2004 n. 3310; Cass. 19.08.2003 n. 12118 cit. Cass. 06.08.2003 n. 11873; Cass. 23.01.2003 n. 1014; Cass. 09.01.2003 n. 136; Cass. 08.03.2001 n. 3355; Cass. 13.12.2000 n. 15716; Cass. 17.08.2000 n. 10902; Cass. 08.06.1995 n. 6441 cit.; Cass. 11.02.1995 n. 1509; Cass. 29.03.1993 n. 3759; Cass. 23.12.1992 n. 13602; Cass. 26.01.1991 n. 773; Cass. 05.12.1988 n. 6602; Cass. 20.04.1984 n. 2602 cit..

costituisse un antecedente logico necessario²⁶². L'affermazione decisa della distinzione tra rilevanza ed indispensabilità è quasi sempre seguita da ipotesi definitorie che spesso si sostanziano in una mera ripetizione del contenuto degli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3, limitandosi all'affermazione che ai fini dell'ammissibilità delle nuove prove in appello queste devono essere indispensabili²⁶³.

Gli orientamenti volti almeno nelle intenzioni a delineare la nozione di indispensabilità emergono maggiormente nell'ambito del rito del lavoro. Tuttavia, anche in relazione al rito ordinario possono essere rinvenute definizioni della nozione in esame.

Le pronunce possono essere esaminate congiuntamente.

Ed allora, in alcune decisioni piuttosto risalenti, la Suprema Corte si è concentrata sul rapporto esistente tra il materiale probatorio e i fini dedotti dalle parti, ritenendo che la valutazione di indispensabilità utile a rendere ammissibili i nuovi mezzi di prova in appello riguardi proprio la sufficienza del materiale probatorio dedotto dalle parti rispetto agli obiettivi delle parti stesse²⁶⁴.

In altre parimenti datate, il parametro di riferimento è stato individuato nel rapporto tra la decisione e la regola formale di giudizio dell'onere della prova, in relazione all'obiettivo della ricerca della verità reale. Al

²⁶² Cass. 21.06.2011 n. 13606; Cass. 16.10.2009 n. 21980; Cass. 19.04.2006 n. 9120 cit.; Cass. 19.08.2003 n. 12118 cit.; Cass. 13.12.2000 n. 15716 cit.; Cass. 04.05.2000 n. 5596; Cass. 29.12.1999 n. 14690; Cass. 04.10.1988 n. 5346; Cass. 11.02.1988 n. 1490; Cass. 12.06.1985 n. 3524; Cass. 11.11.1979 n. 5317.

²⁶³ Cass. 22.03.2011 n. 6498; Cass. 27.01.2011 n. 1925; Cass. 18.03.2010 n. 6621 ove in tema di fallimento e precisamente in giudizio di opposizione allo stato passivo si afferma sostanzialmente che l'indispensabilità è requisito per l'ammissione delle nuove prove, ma non si chiarisce quando le nuove prove sono indispensabili; Cass. 04.05.1990 n. 3688; Cass. 22.07.1987 n. 6377; Cass. 27.05.1983 n. 3674; Cass. 16.09.1983 n. 5599; Cass. 29.04.1983 n. 2976; Cass. 23.06.1981 n. 4094 cit..

²⁶⁴ Cass. 04.10.1988 n. 5346 cit.; Cass. 11.10.1979 n. 5317.

riguardo, si è affermato che il giudice di appello non può decidere la controversia affidandosi al criterio residuale di giudizio fornito dalla ripartizione dell'onere della prova, qualora non abbia preventivamente esercitato il potere - dovere conferitogli dall'art. 437 di ammettere anche d'ufficio i mezzi di prova ritenuti indispensabili ai fini della decisione²⁶⁵.

Ancora sotto tale profilo, vanno ricordate quelle decisioni che individuano il requisito di indispensabilità come una sorta di *extrema ratio* nel senso di ritenere indispensabili quelle prove in mancanza delle quali la parte non può assolvere all'onere probatorio con altri mezzi²⁶⁶.

In via più attenuata, sono state ritenute indispensabili quelle prove utili a colmare le eventuali lacune delle risultanze di causa che abbiano già offerto significativi dati di indagine, con il limite della impossibilità di supplire ad una totale carenza probatoria sui fatti²⁶⁷.

In altre pronunce, invece, l'accento viene posto sull'efficacia decisoria del mezzo istruttorio di cui è stata chiesta l'ammissione in sede di gravame.

Si distinguono, al riguardo, vari orientamenti.

Anzitutto, benché datate, vi si sono alcune decisioni che ricollegano la nozione di indispensabilità al concetto di decisività del mezzo di prova da assumersi, senza tuttavia aggiungere nulla di utile a chiarire cosa debba intendersi per decisività²⁶⁸.

²⁶⁵ Cass. 22.07.1987 n. 6381; Cass. 08.05.1981 n. 3046.

²⁶⁶ In tal senso: Cass. 19.08.2003 n. 12118 cit.; Cass. 13.12.2000 n. 15716 cit.; Cass. 21.06.1986 n. 4142.

²⁶⁷ Cass. 11.03.2011 n. 5878; Cass. 05.08.2000 n. 10335.

²⁶⁸ Cass. 20.11.1987 n. 8549; Cass. 18.09.1981 n. 3997. Mentre tale ultima pronuncia si riferisce alle prove costituenti, la prima è relativa ai documenti. Benché nulla venga precisato dalla Suprema Corte, almeno per la prima delle decisioni potrebbe forse individuarsi la decisività collegandola all'analogo concetto contenuto nell'art. 395 n. 3 per la revocazione straordinaria.

Altre pronunce, assimilabili per l'intento espresso a quelle che fanno riferimento al concetto di decisività, collegano la nozione in esame alla conoscenza di un fatto determinante: al fine di superare il divieto contenuto nel comma 2 dell'art. 437, i nuovi mezzi di prova dedotti dalle parti debbono essere, non soltanto rilevanti perché astrattamente idonei a dimostrare la fondatezza della domanda o dell'eccezione, ma indispensabili per la conoscenza di un fatto determinante per la decisione della controversia²⁶⁹.

Vanno ancora segnalate per tale profilo, ma sul tema si ritornerà più avanti allorquando si esaminerà la problematica relativa alle nuove produzioni documentali in appello, tutte quelle pronunce che ricalcano l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 8203 del 2005.

Sono, così, ritenute indispensabili quelle prove che nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite siano dotate di un'influenza causale più incisiva, rispetto a quella che le prove definite come rilevanti, hanno sulla decisione finale della controversia²⁷⁰.

Sempre con riferimento all'importanza del mezzo di prova da assumere nel giudizio di appello, la Suprema Corte ha individuato l'indispensabilità della prova nell'ipotesi in cui senza quel mezzo non possa essere accertato il fatto costitutivo del diritto²⁷¹. In tale ottica, più di recente è stato però

²⁶⁹ Cass. 11.02.1988 n. 1490 cit.; Cass. 12.06.1985 n. 3524 cit..

²⁷⁰ Cass. 21.06.2011 n. 13606 cit.; Cass. 16.10.2009 n. 21980 cit.; Cass. 20.06.2006 n. 14133 cit. ; App. Bari 24.05.2006 n. 480; Cass. 19.04.2006 n. 9120, cit. Per maggior completezza si vedano i § 6 e seguenti ed i riferimenti in nota.

²⁷¹ Cass. 10.01.2005 n. 278; Cass. 22.11.1995 n. 12059.

precisato che le nuove prove indispensabili possono essere ammesse non solo per la dimostrazione del fatto costitutivo del diritto in contestazione, ma anche per la negazione di esso²⁷².

In tema di fatti controversi, vanno poi segnalate tutte quelle pronunce che ricollegano la nozione in esame al risultato finale inteso come definitiva risoluzione dell'incertezza sui fatti controversi. Viene statuito in tali decisioni che il giudizio di indispensabilità implica la valutazione dell'attitudine del mezzo di prova a dissipare un perdurante stato di incertezza sui fatti controversi²⁷³.

In questo quadro vario, si distingue e merita di essere segnalata una recente pronuncia della Corte di Appello di Caltanissetta²⁷⁴ che si caratterizza per una ricostruzione della nozione in termini estremamente restrittivi.

Secondo la Corte di Appello nissena il requisito della indispensabilità non vale a far superare la decadenza della prova che la parte non dimostri di non aver potuto proporre per causa non imputabile, in quanto la nozione deve essere riferita esclusivamente a fatti che mostrino solo successivamente al primo grado la loro rilevanza probatoria.

Tale pronuncia che pur pare affrancare in maniera decisa la nozione di indispensabilità da quella di rilevanza si caratterizza per l'estremo rigore della soluzione prospettata e sembra dettata, più che da una vera e propria volontà interpretativa, dall'esigenza di porre un argine

²⁷² Cass. 26.05.2010 n. 12856.

²⁷³ Cass. 20.06.2006 n. 14133 cit..

²⁷⁴ App. Caltanissetta, 24.04.2009, edita in *Giur. it.*, 2010, 915 e ss., con nota di Raiti.

all'incertezza nella ricostruzione della nozione di indispensabilità rispetto alla quale tanto la dottrina, quanto, come visto anche la giurisprudenza, si sono adoperate nell'elaborazione di molteplici soluzioni che, per quanto apprezzabili, hanno pur sempre prestato il fianco ad osservazioni critiche che forse potrebbero aver trovato una barriera dapprima nelle due pronunce delle Sezioni Unite del 2005 e poi, forse definitivamente, nel successivo intervento del legislatore del 2009 mirato a recepire quanto da esse statuito in tema di produzioni documentali nuove.

§ 6. LE PROVE DOCUMENTALI: DALL'AMMISSIBILITÀ SENZA LIMITI ALL'ESPRESSO DIVIETO LEGISLATIVO DEL 2009

Nell'interpretazione dell'art. 437 comma 2, gran parte della dottrina²⁷⁵ e della giurisprudenza²⁷⁶ ha sostenuto che il divieto ivi contemplato non colpisce le nuove produzioni documentali.

²⁷⁵ Denti - Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., 193 ss; Di Filippo, *L'appello nel processo del lavoro*, Milano, 1988, 61; Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., 296; Perone, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., 414; Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987, 234; Tesoriere, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 299; Tesoriere, *Contributo sullo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova, 1983, 143; Vocino - Verde, *Processo del lavoro*, rist. Napoli, 1989, 124; Ferroni, *Un concetto difficile: l'indispensabilità del mezzo di prova*, cit., I, 1527.

²⁷⁶ Cass. 26.05.2004 n. 10128; Cass. 19.05.2003 n. 7845; Cass. 19.03.2003 n. 4048; Cass. 12.07.2002 n. 10179; Cass. 24.11.2000 n. 15197; Cass. 12.08.2000 n. 10758; Cass. 05.08.2000 n. 10335 cit.; Cass. 10.06.2000 n. 7948; Cass. 04.05.2000 n. 5596 cit.; Cass. 25.01.2000 n. 817; Cass. 29.12.1999 n. 14690 cit.; Cass. 19.11.1999 n. 12840; Cass. 08.11.1999 n. 12414; Cass. 22.07.1999 n. 7919; Cass. 23.01.1999 n. 655; Cass. 02.11.1998 n. 10944; Cass. 15.01.1998 n. 309; Cass. 07.01.1998 n. 56 cit.; Cass. 07.06.1997 n. 5121; Cass. 19.08.1995 n. 8927; Cass. 10.05.1995 n. 5068; Cass. 17.11.1994 n. 9724; Cass. 27.07.1993 n. 8380; Cass. 29.03.1993 n. 3759 cit.; Cass. 04.02.1993 n. 1359; Cass. 13.11.1992 n. 12233; Cass. 03.11.1992 n. 11909; Cass. 15.10.1992 n. 11323; Cass. 09.04.1992 n. 4338; Cass. 14.03.1992 n. 3167; Cass. 13.10.1990 n. 10039; Cass. S.U. 06.09.1990 n. 9199; Cass. 04.05.1990 n. 3698 - 3709; Cass. 24.04.1990 n. 3436 - 3438; Cass. 10.02.1990 n. 972; Cass. 08.09.1989 n. 3894; Cass. 01.02.1989 n. 615; Cass. 09.11.1988 n. 6042; Cass. 07.04.1988 n. 2751; Cass. 11.01.1988 n. 82; Cass. 20.11.1987 n. 8549 cit.; Cass. 22.07.1987 n. 6381 cit.; Cass. 22.07.1987 n. 6377 cit.; Cass. 01.07.1986 n. 4345; Cass. 20.07.1985 n. 4306; Cass. 13.10.1984 n. 5123; Cass. 16.09.1983 n. 5599 cit.; Cass. 11.07.1983 n. 4689; Cass. 06.06.1983 n. 3868; Cass. 27.05.1983 n. 3674 cit.; Cass. 26.04.1983 n. 2875 cit.; Cass. 12.10.1982 n. 5252; Cass. 02.09.1982 n. 4796; Cass. 01.09.1982 n. 4747; Cass. 19.08.1982 n. 4689; Cass. 12.03.1982 n. 1615;

Secondo tale orientamento, il contenuto dell'art. 437 comma 2 doveva essere riferito esclusivamente alle prove costituenti, con la conseguenza che i nuovi documenti potevano trovare ingresso in appello pressoché senza limiti, prescindendo dalla valutazione della loro indispensabilità.

A sostegno della citata interpretazione, cui comunque se ne contrapponeva una minoritaria²⁷⁷, venivano addotte varie ragioni.

La prima, tende a valorizzare il dato letterale del comma 2 dell'art. 437 dal quale, da un lato, si evincerebbe un riferimento espresso alla locuzione "mezzi di prova" e non a quella più generica di "prove" e, dall'altro, emergerebbe una mancata menzione diretta dei documenti²⁷⁸. Inoltre, il termine "ammessi" contenuto nel comma 2 dell'art. 437, non potrebbe che riferirsi esclusivamente alle prove costituenti poiché solo queste richiedono un provvedimento giudiziale di ammissione, al contrario dei documenti che entrerebbero nell'involucro processuale tramite la semplice

Cass. 18.09.1981 n. 3997 cit.; Cass. 24.06.1981 n. 4122; Cass. 28.05.1981 n. 3512; Cass. 02.05.1981 n. 2670; Corte Cost. 04.09.1980 n. 5095; Cass. 15.07.1980 n. 4575; Cass. 29.03.1980 n. 2080; Cass. 14.03.1980 n. 1725; Cass. 10.01.1980 n. 198; Cass. 08.01.1980 n. 144; Cass. 20.10.1978 n. 4754; Cass. 25.05.1978 n. 2656; Cass. 05.05.1978 n. 2152; Cass. 29.06.1977 n. 2835; Cass. 16.10.1976 n. 3503.

²⁷⁷ Si vedano Cass. 11.08.1998 n. 7907; Cass. 26.03.1993 n. 2160; Cass. 18.10.1985 n. 5125; Cass. 09.02.1985 n. 1077; Cass. 18.08.1982 n. 4660. Ancora, Trib. Vicenza, 20.01.1989, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, 757, con nota di Piselli, "L'art. 437 c.p.c. e le produzioni documentali: problema irrisolto o irrisolvibile?", per il quale "l'art. 437 comma 2 c.p.c., nell'escludere l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova nel giudizio di appello, salvo che non siano ritenuti indispensabili, si riferisce a tutte le prove, anche a quelle documentali, la cui produzione si renda incompatibile con l'esigenza del contraddittorio unitamente a quella di celerità e concentrazione del giudizio"; Trib. Roma 15.06.1979, in *Foro it.*, 1979, I, 1874; Trib. Bologna, 18.12.1974, in *Foro it.*, 1975, I, 1498. In dottrina, Balbi, La decadenza nel processo di cognizione, cit., 293; Belfiore, Brevi note in tema di produzione di documenti nel processo del lavoro, in *Giur. merito*, 1988, I, 14; Fabbrini, Diritto processuale del lavoro, cit., 245; Fabbrini, Dei mezzi di impugnazione nel nuovo processo del lavoro, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da Riva Sanseverino e Mazzoni, IV, Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale, Padova, 1975, 391; Nicoletti, Giustizia del lavoro, Torino, 1987, 179; Vellani, Le controversie in materia di lavoro e di equo canone, cit., 45.

²⁷⁸ Cecchella, Limiti all'iniziativa istruttoria del giudice del lavoro: le preclusioni all'attività difensiva delle parti e la regola dell'onere della prova, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 786. In giurisprudenza: Cass. 24.11.2000 n. 15197 cit.; Cass. 29.12.1999 n. 14690 cit.; Cass. 22.07.1999 n. 7919 cit.; Cass. 23.01.1999 n. 655 cit.; Cass. 02.11.1998 n. 10944 cit.; Cass. 11.08.1998 n. 7907 cit.; Cass. 07.01.1998 n. 56 cit.; Cass. 09.06.1997 n. 5121; Cass. 04.02.1997 n. 1021; Cass. 07.05.1993 n. 5265; Cass. 04.02.1993 n. 1359 cit.; Cass. S.U. 06.09.1990 n. 9199 cit.; Cass. 04.05.1990 n. 3698; Cass. 13.10.1984 n. 5123 cit..

produzione, saltando una preventiva verifica giudiziale di ammissibilità.

Rispetto a tali ultime prove, non parrebbe, inoltre, possibile distinguere un giudizio preventivo di ammissibilità e rilevanza da una valutazione di efficacia probatoria del documento stesso da considerare al momento della decisione della causa²⁷⁹.

La seconda è ispirata da un'osservazione sistematica.

E' stato, al riguardo, sostenuto che la produzione di nuovi documenti non sarebbe di per sé pregiudizievole rispetto alle esigenze di celerità e concentrazione del processo in una sola udienza di discussione, dal momento che la loro acquisizione che avviene con un unico atto, non necessiterebbe della fissazione di una nuova udienza. Anzi, la produzione di nuovi documenti sarebbe assolutamente funzionale alla natura degli interessi considerati nel processo del lavoro e della ricerca della verità materiale²⁸⁰. Ciò troverebbe ulteriore conforto nella previsione in capo al giudice di un potere d'impulso istruttorio a carattere inquisitorio che

²⁷⁹ Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., 210. In giurisprudenza Cass. S.U. 06.09.1990 n. 9199 cit.; Cass. 01.02.1989 n. 615 cit.; Cass. 12.06.1987 n. 5188.

²⁸⁰ Caputo, *La nuova normativa sul processo civile*, Padova, 1996, 266 ss; Comoglio, *Il principio di economia processuale*, II, cit., 35; Denti - Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., 194; Evangelista - Iannelli, *Manuale di procedura civile*, Torino, 1996, 261; Ferroni, *Un concetto difficile: l'indispensabilità del mezzo di prova*, cit., 1527; Ferri, *L'appello*, in *Le riforme della giustizia civile*, Commento alla L. 353/90 e alla L. 374 del 1991 a cura di Taruffo, cit., 398; Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., 296; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e di appello*, cit., c 316 ss; *La nuova disciplina del processo civile*, cit., 211; *Appunti sull'appello civile (alla stregua della l. 353/90)*, cit., c 199; Taruffo, *L'appello*, in Comoglio - Ferri - Taruffo, cit., 698; Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987, 233; Tarzia, *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano, 1996, 249. In giurisprudenza: Cass. 23.01.1999 n. 655 cit.; Cass. 27.07.1993 n. 8380 cit.; Cass. S.U. 06.09.1990 n. 9199 cit.; Cass. 04.05.1990 n. 3688 cit.; Cass. 10.02.1990 n. 976; Cass. 08.09.1989 n. 3894 cit.; Cass. 01.02.1989 n. 615 cit.; Cass. 16.09.1988 n. 6867; Cass. 26.01.1988 n. 643; Cass. 11.01.1988 n. 82 cit.; Cass. 22.07.1987 n. 6377 cit.; Cass. 16.06.1987 n. 5316; Cass. 12.06.1987 n. 5180; Cass. 20.03.1987 n. 2788; Cass. 01.08.1986 n. 4345 cit.; Cass. 22.04.1986 n. 2844; Cass. Sez. 08.03.1986 n. 1567; Cass. 06.03.1986 n. 1485; Cass. Sez. 20.07.1985 n. 4306 cit.; Cass. 13.10.1984 n. 5123 cit.; Cass. 16.04.1984 n. 2461; Cass. 06.06.1983 n. 3868 cit.; Cass. 27.05.1983 n. 3674 cit.; Cass. 26.04.1983 n. 2875 cit.; Cass. 04.12.1982 n. 6639; Cass. 02.09.1982 n. 4796 cit.; Cass. 01.09.1982 n. 4747 cit.; Cass. 28.05.1981 n. 3512 cit.; Cass. 10.01.1980 n. 198 cit.; Cass. 20.10.1978 n. 4754 cit.; Cass. 05.05.1978 n. 2152 cit.; Cass. 29.06.1977 n. 2835 cit..

consentendo l'ammissione d'ufficio di nuovi mezzi di prova, dovrebbe allo stesso modo consentire la nuova produzione documentale in appello.

All'interno del citato orientamento favorevole, occorre sottolineare che esistono due distinti indirizzi che prendono in considerazione il momento in cui avviene la nuova produzione in appello.

Un orientamento restrittivo individua il momento preclusivo nell'indicazione dei nuovi documenti negli atti introduttivi²⁸¹.

Al riguardo, mentre in qualche decisione viene esclusa la producibilità in appello del documento che già poteva essere indicato nel ricorso introduttivo di primo grado²⁸², in altre, pur escludendosene allo stesso modo la producibilità, si fa discendere il predetto effetto dal fatto che il giudice di primo grado ne avesse già dichiarato l'inammissibilità per essere la parte decaduta dalla relativa facoltà²⁸³.

²⁸¹ Per tutte si veda Cass. S.U. 06.09.1990 n. 9199 cit. per la quale *"Nel rito del lavoro, la produzione in appello di nuovi documenti (che si sottrae al divieto sancito dal comma 2 dell'art. 437 c.p.c.) esige, a pena di decadenza, che essi siano specificamente indicati dalle parti nel ricorso dell'appellante o nella memoria difensiva dell'appellato e depositati contestualmente a questi, a norma dell'art. 414 e 416 c.p.c., richiamati dagli art. 434 e 436 dello stesso codice, restando in tal caso i documenti sottratti ad una preventiva valutazione d'indispensabilità e soggetti solo al normale giudizio di rilevanza in sede di decisione della causa. L'operatività della detta decadenza - che dà luogo ad una preclusione rilevabile d'ufficio dal giudice - è esclusa, in base al criterio ricavabile dall'art. 420, comma 5, c.p.c., con riguardo a documenti sopravvenuti (od anche anteriori la cui produzione sia giustificata dallo sviluppo assunto dalla vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria predetti), ferma, peraltro, in tali ipotesi, la necessità che la produzione dei documenti sia autorizzata dal giudice ed effettuata prima dell'inizio della discussione orale"*. Nello stesso senso si segnalano: Cass. 26.05.2004 n. 10128 cit.; Cass. 02.04.2004 n. 6528; Cass. Sez. 19.05.2003 n. 7845 cit.; Cass. 24.11.2000 n. 15197 cit.; Cass. Sez. 05.08.2000 n. 10335 cit.; Cass. 10.06.2000 n. 7948 cit.; Cass. 04.05.2000 n. 5596 cit.; Cass. 29.12.1999 n. 14690 cit.; Cass. 23.01.1999 n. 655 cit.; Cass. 02.11.1998 n. 10944 cit.; Cass. 07.01.1998 n. 56 cit.; Cass. 19.08.1995 n. 8927 cit.; Cass. 17.11.1994 n. 9724 cit.; Cass. 13.10.1990 n. 10039 cit.; Cass. 04.05.1990 n. 3698 cit.; Cass. 24.04.1990 n. 3436 cit.; Cass. 04.10.1986 n. 5903; Cass. 22.04.1986 n. 2844 cit.; Cass. 06.03.1986 n. 1485 cit.; Cass. 19.06.1985 n. 3697; Cass. 28.01.1985 n. 463. In dottrina, in senso analogo, Attardi in, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 160.

²⁸² Cass. 04.08.1994 n. 7233.

²⁸³ Cass. 06.03.2003 n. 3380 su cui si tornerà nel testo; Cass. 16.05.2000 n. 6342; Cass. 11.08.1998 n. 7907 cit.; Cass. 29.03.1993 n. 3759 cit.; Cass. 02.04.1992 n. 4013.

Su un versante più permissivo, si segnalano quelle statuizioni per le quali l'ingresso dei nuovi documenti nel giudizio di appello è consentito fino all'udienza di discussione²⁸⁴.

L'affermazione della libera producibilità dei documenti nel rito del lavoro da parte della dottrina e della giurisprudenza prevalente è stato uno degli argomenti utilizzati per sostenere che anche nell'appello del rito ordinario fosse possibile produrre liberamente i nuovi documenti prescindendo, dunque, anche in tal caso, dal requisito della indispensabilità²⁸⁵.

Dal che, la sostanziale l'inapplicabilità della limitazione sancita dal comma 3 dell'art. 345 anche al rito ordinario²⁸⁶.

Vari sono stati gli argomenti utilizzati a sostegno.

Un primo attiene ad una valutazione prettamente storica, i cui punti maggiormente rilevanti riguardano il rapporto tra l'interpretazione

²⁸⁴ Cass. 26.08.2004 n. 16995; Cass. 22.01.2004 n. 1048; Cass. 24.04.2003 n. 6527; Cass. 19.03.2003 n. 4048 cit.; Cass. 12.07.2002 n. 10179 cit.; Cass. 24.11.2000 n. 15197 cit.; Cass. 05.08.2000 n. 10335 cit.; Cass. 25.01.2000 n. 817 cit. per la quale "Nel rito del lavoro (applicabile anche alle controversie indicate negli art. 30 e 45 della l. n. 392 del 1978) i documenti quali prove precostituite ancorché non indicati nel ricorso, possono essere prodotti fino all'udienza di discussione anche in appello, senza incorrere nelle preclusioni di cui agli art. 414, 416 e 437 c.p.c., applicabili alle sole prove costituenti, come quelle testimoniali"; Cass. 27.11.1997 n. 11961; Cass. 15.10.1992 n. 11323 cit., ove si precisa che in materia di invalidità pensionabile è ammessa la produzione di documenti relativi ad aggravamenti certificati in epoca successiva al deposito del ricorso in appello. In dottrina nello stesso senso, Proto Pisani, La nuova disciplina del processo civile, cit., 211; Balena, La riforma del processo di cognizione, cit., 438; Tarzia, Lineamenti del processo di cognizione, Milano, 1996, 249.

²⁸⁵ In tal senso, Converso, Il processo di appello dinanzi alla Corte d'appello, in *Giur. it.*, 1999, IV, 886 il quale ritiene che "anzitutto si deve sgombrare il campo dalla prova documentale che - è ormai opinione pacifica, mutuata dall'interpretazione giurisprudenziale formatasi sull'art. 437 comma 2 c.p.c. in materia di appello di lavoro - è da ritenersi libera e priva di alcuna necessità di autorizzazione. Ciò perché si tratta di prove precostituite, mentre il divieto di nuovi mezzi di prova e la necessità della loro ammissione, in via eccezionale, da parte del collegio giudicante, riguardano solo le prove da costituire mediante il loro espletamento nella fase istruttoria"; Mandrioli, Diritto processuale civile, Torino, 2000, 417, 418; Tedoldi, op. cit., 219 ss; Rolleri, Nuove prove documentali in appello, in *Arch. civ.*, 1999, 729; Riva, Riproduzioni meccaniche e novità della prova in appello, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 976; Balena, in AA.VV., Provvedimenti urgenti per il processo civile, a cura di Tarzia e Cipriani, cit., 218; Campese, La produzione in appello di nuovi documenti nel rito del lavoro e nel nuovo rito ordinario, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 387, 388; Chindemi, Produzione di nuovi documenti in appello: ammissibilità e limiti, in *Foro it.*, 2004, 599. In giurisprudenza: Cons. Stato 15.11.2004 n. 7365; Cass. 20.10.2003 n. 15646.

²⁸⁶ Cass. 26.08.2004 n. 16995 cit.; Cass. 29.04.2004 n. 8235; Cass. 02.04.2004 n. 6528 cit.; Cass. 22.01.2004 n. 1048 cit.; Cass. 20.10.2003 n. 15646 cit.; Cass. 05.05.2003 n. 6756; Cass. 28.03.2003 n. 4765; Cass. 08.01.2003 n. 60; Cass. 16.04.2002 n. 5463; Cass. 04.06.2001 n. 7510.

giurisprudenziale del comma 2 dell'art. 437 ed i lavori parlamentari che hanno preceduto l'approvazione della Novella del' 90. Si è ritenuto, cioè, che i lavori parlamentari andassero considerati alla luce dell'interpretazione consolidata dell'art. 437 comma 2, sicchè l'espunzione dal testo divenuto legge di ogni riferimento ai documenti, in uno alla osservazione per la quale l'art. 345 comma 3 riproduce la medesima formula di cui al comma 2 dell'art. 437, avrebbe fatto pensare ad una sorta di "avallo" legislativo dell'interpretazione giurisprudenziale²⁸⁷. Così, sull'asserito presupposto che il legislatore del' 90 fosse ben conscio dell'interpretazione giurisprudenziale formatasi in ambito lavoristico, si è desunto che, qualora si fossero volute comprendere le produzioni documentali nel divieto di cui all'art. 345 comma 3, il legislatore lo avrebbe espressamente sancito²⁸⁸.

Tale ricostruzione è stata oggetto di critiche da un punto di vista esegetico, logico e sistematico²⁸⁹.

Anzitutto, si è rilevato che ciò che sembrerebbe emergere dai lavori parlamentari è semplicemente una *voluntas legis* diretta ad evitare una mancanza di coordinamento tra le discipline di cui agli articoli 437 e 345,

²⁸⁷ Così Vaccarella, Le linee generali del nuovo processo civile a proposito dei provvedimenti urgenti approvati dal Senato, in *Doc. Giustizia* 1990, n. 4, c. 20; Giussani, Art. 345. Domande ed eccezioni nuove in Carpi - Colesanti - Taruffo, Commentario breve al codice di procedura civile, Appendice di aggiornamento, cit., 156.

²⁸⁸ Proto Pisani, La nuova disciplina del processo civile, cit., 210; Balena, La riforma del processo di cognizione, cit., 437; Attardi, Le preclusioni nel giudizio di primo grado, in *Foro it.*, 1990, V, c. 391; Giussani, Art. 345. Domande ed eccezioni nuove, in Carpi - Colesanti - Taruffo, Commentario breve al codice di procedura civile, Appendice di aggiornamento, cit., 156; Lasagno, Art. 52. Domande ed eccezioni nuove, in *Le riforme del processo civile, Commento alle leggi 26 novembre 1990, n. 353, 12 luglio 1991 n. 203, art. 19 bis e 21 novembre 1991, n. 374 a cura di Chiarloni*, cit., 443; Oriani, L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile, in *Foro it.*, 1991, V, c. 5, 35 ss.

²⁸⁹ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 210; Tedoldi, op. cit., 223 per il quale "l'argomento storico, seppur persuasivo, è incapace di fornire un'interpretazione definitiva del testo di legge e può essere superato da altri metodi ermeneutici".

tale da generare un maggior rigore nella regolamentazione del rito ordinario. Proprio questo sarebbe stato il motivo della previsione nella prima parte del comma 3 dell'art. 345 della medesima formula utilizzata nell'art. 437 comma 2²⁹⁰.

Poi, si è evidenziato che non vi sarebbero elementi univoci per sostenere che l'intenzione del legislatore fosse quella di avallare l'interpretazione giurisprudenziale del comma 2 dell'art. 437 poiché, ove avesse voluto esprimere una *voluntas* in tal senso, il legislatore lo avrebbe fatto attraverso un'esplicita previsione²⁹¹.

Ed infine, è stato obiettato che se anche il legislatore avesse voluto cristallizzare l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 437 comma 2 per renderla immodificabile, ciò in ogni caso mai avrebbe potuto vincolare l'interprete²⁹², anche perché, a stretto rigore e da un punto vista sistematico, l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 437 comma 2 si relazionava al comma 2 dell'art. 345 nella formulazione antecedente a quella introdotta con la riforma del 90²⁹³.

Sotto un profilo più prettamente logico, sarebbe apparso incongruente, sia da un punto di vista pratico, sia da uno teorico, assoggettare le prove precostituite al giudizio di indispensabilità che, come quello di

²⁹⁰ In tal senso Costantino, Appunti sulle proposte di riforma urgente del processo civile, in *Scritti sulla riforma della giustizia civile (1982 - 1995)*, Torino, 1996, 108.

²⁹¹ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, op. cit., 211, nota 8.

²⁹² In tal senso Ruffini, op. ult. cit., 212 per il quale "una norma infatti non costituisce una unità logica empiricamente isolabile, ma è frutto della sua collocazione nell'ambito dell'intero sistema, sicché il suo significato non può non mutare con il dinamismo dell'ordinamento di appartenenza". L'autore richiama Perlingieri, L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi. In *Riv. dir. civ.*, 1985, 990 ss.; Bobbio, Consuetudine. a) Teoria generale, in *Enc. giur.*, IX, Milano, 1961, 436; La China, Norma giuridica. c) Diritto processuale civile, in *Enc. giur.*, XXVIII, Milano, 1978, 411 ss e 423 ss.

²⁹³ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 212.

ammissibilità e rilevanza, è preventivo e non successivo all'acquisizione dello strumento probatorio.

Ed infatti, venendo il documento introdotto direttamente nel processo attraverso la produzione ad opera delle parti o l'acquisizione per iniziativa del giudice, risulterebbe difficile effettuare una distinzione tra il giudizio preventivo di ammissibilità e rilevanza e una valutazione in merito alla efficacia probatoria del documento stesso²⁹⁴.

Anche tali argomenti non sono stati esenti da critiche, poiché si è osservato che il doveroso collegamento tra l'assunzione delle prove costituenti ed il giudizio di ammissibilità e rilevanza non implicherebbe necessariamente che da una tale valutazione debbano essere esentati i documenti, con susseguente esclusione della applicabilità della disciplina di cui agli articoli 345 comma 3 e 437 comma 2²⁹⁵.

Ai fini dell'acquisizione al processo, anche per le prove documentali non basta che siano solo materialmente prodotte in giudizio senza un vaglio di ammissibilità, poiché anche per esse esisterebbe un vaglio di ammissibilità che si caratterizza per il diverso momento in cui viene effettuato.

Mentre per le prove costituenti tale attività è preventiva, in quelle precostituite avviene nella fase decisoria estrinsecandosi nel provvedimento con cui il giudice, ponendo alla base ragioni di

²⁹⁴ In tal senso Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., 210. In giurisprudenza Cass. S.U. 06.09.1990 n. 9199 cit.; Cass. 01.02.1989 n. 615 cit.; Cass. 20.11.1987 n. 8549 cit.; Cass. 12.06.1987 n. 5188 cit.. In senso contrario Cass. 09.04.1992 n. 4338 cit. in *Foro it.*, I, 2688, con nota di Farnararo per il quale la producibilità dei nuovi documenti resta subordinata al giudizio di indispensabilità per impedire che *“le preclusioni processuali possano servire per ostacolare o frustrare la pretesa della parte più debole”*.

²⁹⁵ In tal senso Ruffini, *La prova nel giudizio civile di appello*, cit., 224 il quale rileva come appaia quasi *“inconcepibile subordinare...l'utilizzabilità in sede decisoria, di prove che non necessitino di un procedimento di assunzione”*.

inammissibilità o irrilevanza (o di ammissibilità e rilevanza) decide di escludere (o di includere) i documenti tra il materiale probatorio utilizzabile per giungere alla decisione²⁹⁶. Di conseguenza, il vero problema sarebbe non tanto quello di stabilire se le nuove prove documentali siano assoggettabili ad un giudizio di acquisibilità al processo, quanto quello di individuare il momento in cui tale giudizio debba essere compiuto²⁹⁷, con la conseguente non praticabilità dell'argomentazione a favore dell'esclusione²⁹⁸.

²⁹⁶ Tarzia, Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 638 ss; Chiarloni, Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 834.

²⁹⁷ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 225.

²⁹⁸ In senso critico rispetto all'opzione interpretativa esaminata nel testo, si colloca anche Tedoldi, op. cit., 224 ss. per il quale in ragione dell'argomento di tipo logico, si osserva che i documenti sarebbero esclusi per la loro intrinseca natura dal vaglio preventivo di indispensabilità. Tuttavia, secondo l'autore, da tale considerazione, non può farsi discendere in via diretta l'esclusione dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 345 alle prove precostituite che prevede due criteri in relazione ai nuovi mezzi di prova: l'indispensabilità e la causa non imputabile e l'inutilizzabilità del primo criterio non comporta l'automatica inapplicabilità del secondo, determinando l'esclusione dei documenti dall'applicabilità dell'intera norma. Da un punto di vista logico e letterale, si potrebbe ipotizzare una ricostruzione volta ad affermare la completa inammissibilità dei documenti in appello, salvo l'ipotesi della mancata produzione per causa non imputabile, con la sostanziale esclusione del solo criterio di indispensabilità applicabile alle sole prove costituenti e, viceversa, inapplicabile a quelle costituite. Il sistema delineato avrebbe in tal modo, secondo Tedoldi, una certa tenuta se per ammettere i nuovi documenti in appello si ricorresse al solo criterio della causa non imputabile determinando, cioè, una sorta di anticipazione del motivo di revocazione di cui al n. 3 dell'art. 395, senza che i nuovi documenti vengano vagliati in merito alla "decisività" (in tal senso Consolo, Le proposte "Vassalli" di riforma al codice di procedura civile: note sulla disciplina della sentenza e delle sue fasi di gravame, cit., II, 198; Giussani, Art. 345. Domande ed eccezioni nuove, in Carpi - Colesanti - Taruffo, Commentario breve al codice di procedura civile, Appendice di aggiornamento, cit., 156; Cecchella, Le attività delle parti: il divieto dei nova, in Vaccarella - Caponi - Cecchella, Il processo civile dopo le riforme, cit., 295. In giurisprudenza Cass. 18.06.1981 n. 3997 per la quale il nuovo documento può essere prodotto in appello solo ove "decisivo"). D'altronde, continua l'autore, sarebbe irragionevole ritenere estremamente rigorosa una tale diversità tra i documenti sempre ammissibili in appello e le prove costituenti, ammissibili solo se indispensabili, anche perché, pur tralasciando la diversità strutturale ed intrinseca tra prove precostituite e prove costituenti, si potrebbe ribaltare il ragionamento e riferendolo all'opposta interpretazione che ammette in appello senza limiti la produzione di nuovi documenti. Perciò secondo Tedoldi, seguendo il criterio dell'interpretazione più ragionevole, anche se magari non supportata da argomentazioni di carattere più propriamente giuridico, e ricorrendo magari ad osservazioni di tipo metagiuridico con l'ausilio della *voluntas legis* emergente dalla Novella del '90 nella quale è stato eliminato l'originario inciso nel progetto Vassalli, si potrebbe affermare che l'opzione di fondo scelta è nel senso dell'ammissione dei nuovi documenti in appello.

Né per tale via, a sostegno dell'argomento criticato sembrerebbero potersi invocare gli art. 698 ultimo comma c.p.c.²⁹⁹ e 222 c.p.c.³⁰⁰.

Il terzo argomento a supporto dell'esclusione dall'ambito del divieto di cui all'art. 345 comma 3 ha valenza più intrinsecamente sistematica ed attiene al profilo già trattato allorquando si è esaminato l'orientamento favorevole alla libera producibilità delle nuove produzioni documentali nell'appello del rito del lavoro, ovvero quello attinente al rapporto tra la produzione del nuovo documento in grado di appello e le esigenze di concentrazione e speditezza del processo³⁰¹.

All'osservazione secondo cui la produzione di nuovi documenti non contrasterebbe con le citate esigenze di concentrazione e speditezza, è stato obiettato che con la nuova produzione documentale non possono escludersi in assoluto quelle attività processuali legate all'accertamento dell'autenticità del documento prodotto³⁰². Chiaramente, la produzione in

²⁹⁹ Tale norma subordina nei procedimenti di istruzione preventiva la produzione dei verbali ad un giudizio di ammissibilità e rilevanza identico e contemporaneo a quello previsto per tutte le prove costituenti. Tuttavia i procedimenti di istruzione preventiva concernono le prove costituenti e non i documenti per cui sarebbe difficilmente ipotizzabile una riproduzione del contenuto del documento. Al riguardo, in tal senso, Proto Pisani, *La nuova disciplina*, cit., 211 ss.

³⁰⁰ La disposizione prevede un giudizio di rilevanza del documento relativo all'ipotesi in cui esso venga impugnato con la querela di falso. Qui si tratta di un giudizio di rilevanza più specifico e circoscritto è cioè non rivolto alla valutazione circa la rilevanza del documento ma volto alla scelta se utilizzare o stralciare dal giudizio il documento impugnato. Lo scopo perseguito è quello di determinare se va iniziato o meno un procedimento di falso.

³⁰¹ Per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali al riguardo si richiamo quanto evidenziato nella nota 279.

³⁰² Tedoldi, *ibidem*; Pennisi, *Tardiva produzione dei documenti nel rito del lavoro*, cit., 624 ss, il quale evidenzia come eventuali querele di falso o istanze di verificazioni possano ritardare il corso del processo; Garbagnati, *Il processo del lavoro: lineamenti generali*, cit., 147; Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 245; Luiso, *Processo del lavoro*, cit., 202; Ruffini, *La prova nel giudizio civile di appello*, cit., 231; ID., *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt 345 comma 3 e 437 comma 2 c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2005, 943; Canavese, *Prime indicazioni giurisprudenziali in tema di nuovi documenti e nuovi mezzi di prova*, in *Giur. it.*, 1999, 2297 ss.; Vellani, *Le controversie in materia di lavoro e di equo canone*, cit., 45; Nicoletti, *Giustizia del lavoro*, cit., 179; Vallebona, *Nuove prove in appello nel rito del lavoro ed imparzialità del giudice*, in *Dir. lav.*, 1992, II, 346. Di identico tenore, Cass. 04.05.1990 n. 3688 cit., che pone l'accento sulla dilatazione inevitabile dei tempi

giudizio di un atto pubblico o di una scrittura privata potrebbe far sorgere l'esigenza di instaurare procedimenti di verifica delle prove documentali³⁰³, con conseguente diritto delle parti all'assunzione delle prove rilevanti ai fini della decisione sulla querela di falso proposta avverso l'atto pubblico, o contro la scrittura privata la cui sottoscrizione sia stata riconosciuta o debba legalmente considerarsi come tale, ovvero sull'istanza di verifica della scrittura privata disconosciuta, quando addirittura non sia necessario provvedere alla sospensione del processo, per essere stata la querela proposta innanzi alla Corte d'Appello. E' evidente che una volta ritenuto ammissibile l'ingresso nel giudizio di appello delle prove precostituite dovranno essere allo stesso modo ritenute applicabili le norme relative alla loro efficacia e quelle che regolano i procedimenti destinati al controllo della loro autenticità³⁰⁴. Inoltre, alla parte contro cui sia stato prodotto un nuovo documento nel giudizio di appello, va certamente riconosciuta la possibilità di formulare quelle istanze istruttorie che dovesse ritenere necessarie al fine di

processuali alla luce della proposizione di una querela di falso o di una istanza di verifica di scrittura privata.

³⁰³ De Cristofaro, Nuove prove in appello, poteri istruttori officiosi e principi del giusto processo, in *Corr. giur.*, 2002, 121; Grasso, Interpretazione della preclusione e nuovo processo e nuovo processo civile di primo grado, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 655; Luiso, *ibidem*; Tesoriere, Diritto processuale del lavoro, cit., 299; Ruffini, Nuove produzioni documentali in appello e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario ed in quello del lavoro, in *Corr. Giur.*, 2003, 921; Rossetti, Processi più veloci, giudizi più rigorosi, in *Diritto e giustizia*, 2005, n. 23, 13. *Contra*, Proto Pisani, Nuove prove in appello e funzione del processo, in *Foro it.*, 2005, 1699. In giurisprudenza, in senso favorevole, Cass. 19.08.1995 n. 8927 cit. per la quale la produzione di nuovi documenti in appello può comportare l'onere istruttorio di verificare la scrittura privata ove richiesto da colui che abbia interesse a far valere in giudizio i documenti prodotti in presenza di un tempestivo disconoscimento ad opera della controparte.

³⁰⁴ Va segnalato sotto tale profilo, un orientamento giurisprudenziale secondo cui, nel rito del lavoro l'ammissibilità di nuove produzioni documentali in appello, ritenuta non assoggettata alla disciplina dell'art. 437 comma 2, sarebbe subordinata al fatto che tali produzioni non comportino la necessità di ulteriori indagini istruttorie aventi ad oggetto l'autenticità della documentazione prodotta. In tal senso Cass. 04.05.1990 n. 3688 cit.; Cass. 04.05.1987 n. 4171.

contrastare la nuova produzione documentale, anche se ciò potrebbe con evidenza determinare un contrasto con le esigenze di speditezza e concentrazione del processo³⁰⁵.

Né potrebbe essere diversamente poiché altrimenti si violerebbe il diritto alla prova garantito dall'art. 24 della Costituzione e si agirebbe in contrasto ad esigenze di coerenza sistematica³⁰⁶.

L'ultimo argomento utilizzato è di tipo interpretativo e verte sull'analisi dell'espressione "mezzi di prova". Al riguardo, si è detto che il legislatore ove ha utilizzato la locuzione "mezzi di prova" lo avrebbe fatto per riferirsi

³⁰⁵ Satta – Punzi, Diritto processuale civile, cit., 574.

³⁰⁶ In tal senso, Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit. 234, 235 per il quale "subordinare nel giudizio di appello l'esercizio del diritto alla prova contraria, diretta a contrastare una prova documentale ex adverso prodotta, a condizioni più gravose di quelle previste per il giudizio di primo grado, significa, né più né meno, incoraggiare la parte che sia in possesso di una prova documentale a non bruciarla in primo grado e a serbarla nella manica per il giudizio di appello. In tale assurdo scenario, la generalizzata esecutività della sentenza di primo grado costituirebbe una remora ben modesta per la parte più forte sul piano sostanziale, di fronte alla prospettiva di conseguire una magari immeritata vittoria finale; ed in ogni caso non potrebbe funzionare come deterrente per l'attore, o per colui che abbia interesse ad ottenere una statuizione finale dichiarativa dell'esistenza del diritto, e che ben potrebbe essere disposto ad andare incontro in primo grado ad una statuizione di rigetto (o dichiarativa dell'inesistenza del diritto fatto valere), con le eventuali modeste conseguenze in ordine alle spese, al fine di sorprendere in appello la difesa dell'avversario. La posizione paritaria delle parti verrebbe compromessa: ciascuna parte avrebbe interesse a produrre le prove documentali in appello, dove la possibilità di difesa degli altri contraddittori sarebbero assai limitate, se non inesistenti, ed il fulcro del processo si trasferirebbe in tal modo nel secondo grado di giudizio".

esclusivamente alle prove costituende³⁰⁷, ribadendo, in tal modo, la contrapposizione con le prove precostituite³⁰⁸.

Tale ragionamento esegetico è stato ritenuto non soddisfacente ed ambiguo³⁰⁹ poichè in campo probatorio la terminologia non sempre viene utilizzata dal legislatore in modo rigoroso ed univoco, individuandosi nel termine “*prova*” tanto la fonte rappresentativa, quanto il risultato raggiunto dopo l’acquisizione della fonte stessa³¹⁰. Inoltre, dalla lettura degli articoli 414 n. 5, 416 e 163 n. 5 e soprattutto dalla presenza dell’inciso “*in particolare*”, i documenti si configurerebbero come una *species* del *genus* “*mezzi di prova*”³¹¹, con la conseguenza che “*la distinzione contenuta nell’art.*

³⁰⁷ In senso contrario Montesano – Arieta, Trattato di diritto processuale civile, cit., I, Tomo II, 1148, 1149 e 1802, 1803; Canavese, Prime indicazioni giurisprudenziali in tema di nuovi documenti e di nuovi mezzi di prova in appello, cit., 2297 ss. il quale critica “*il tentativo compiuto dalla dottrina dominante di forzare i limiti fissati dall’art. 345 c.p.c. all’ingresso di nuove prove in appello...*” in quanto “*l’art. 345 si limita... ad individuare l’ambito dell’istruzione probatoria in secondo grado, non essendo a tal fine necessario distinguere tra prove costituende e precostituite*”; Fornaciari, L’attività istruttoria nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice, in Giur. it., 1999, I, 438 ss per il quale “*non è in alcun modo lecito distinguere tra prove costituende, soggette alla disciplina restrittiva sancita dalla norma, e documenti, che potrebbero essere prodotti senza limite di tempo: il principio della parità delle armi, e più in generale quello di uguaglianza, impongono di trattare le une e gli altri allo stesso identico modo e non è certo sufficiente, in contrario, far leva sulla lettera dell’art. 345 ultimo comma, peraltro tutt’altro che univoca*”; Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 209 ss.; Cecchella, Le attività delle parti: il divieto dei *nova*, in Vaccarella, Capponi, Cecchella, Il processo civile dopo le riforme, cit., 294. De Cristofaro, in Codice di procedura civile commentato a cura di Consolo e Luiso, I, Milano, 2000, 1722.

³⁰⁸ Al riguardo, si evidenzia che tale contrapposizione era già in essere negli articoli 184 e 345 prima della riforma del ’90. Inoltre, essa è allo stesso modo rinvenibile nelle predette norme *post* riforma e si rinviene anche nel rito del lavoro nel disposto di cui agli articoli 414 e 416. Tuttavia, come già evidenziato il comma 2 dell’art. 437 sembrerebbe ricollegare l’ammissione di nuove prove con la loro assunzione evidenziando, dunque, un riferimento alle sole prove costituende.

³⁰⁹ Tedoldi, *ibidem*.

³¹⁰ Verde, voce Prova in generale. b) Teoria generale e diritto processuale civile, in *Enc. dir.*, XXXVII, cit., 588. Sempre in tema Proto Pisani, Appunti sulle prove civili, cit., V, c. 50 ss.

³¹¹ Le norme fanno riferimento all’“*indicazione specifica dei mezzi di prova ... e in particolare dei documenti*”. Si legge in Trib. Roma 15.06.1979 in *Foro it.*, 1979, I, 1874 che “*da tali disposizioni... si evince, incontestabilmente, che il legislatore del 1973 ha adottato una nozione di mezzi di prova comprensiva dei documenti, i quali ne costituiscono una specie (“in particolare”)*”. Tale assunto rispecchia la classificazione di Chiovenda in Principii di diritto processuale civile, rist. Napoli, 1965, 798, 812 ss, 842 ss. Né vale a superare la ricostruzione dei documenti come *species* del *genus* mezzi di prova, la considerazione secondo cui in relazione alla comparsa di risposta, l’art. 167 comma 1 nel testo originario del codice non modificato dalla novella del’ 50 prevedeva che il convenuto dovesse proporre tutte le sue difese e domande riconvenzionali, indicare specificamente i mezzi di prova dei quali intendesse valersi e formulare le conclusioni. In ogni caso, non si dubitava che la menzione separata dei documenti e dei mezzi di prova

184 tra mezzi di prova e documenti può apparire una innocua superfetazione, mentre non si può escludere che l'odierna lettera dell'art. 345 e (dell'art. 437 secondo comma), col parlare di "nuovi mezzi di prova", si riferisca anche ai documenti. D'altra parte, neppure può dirsi che gli art. 345 e 437 colleghino i nuovi mezzi di prova a un fenomeno di assunzione che, inevitabilmente, rimanda alle sole prove costituenti: da nessun elemento testuale è possibile desumere ciò e le norme paiono regolare solo il problema dell'ammissione del nuovo strumento istruttorio"³¹².

Ex adverso, altra parte della dottrina³¹³ ha argomentato dall'art. 167 c.p.c., nella formulazione introdotta con la riforma del '90, per il quale il convenuto deve indicare nella comparsa di risposta i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione. Per tale via, i documenti non sarebbero una *species* dei mezzi di prova, ma unitamente a questi ultimi costituirebbero due *species* dell'unico *genus* delle prove. Si è, tuttavia, obiettato che sia l'art. 164 n. 5 che l'invocato art. 167 fanno riferimento espresso sia ai mezzi di prova che ai documenti al fine di disciplinare le modalità di produzione di questi ultimi al momento della costituzione in giudizio³¹⁴, nel rispetto delle garanzie di conoscenza e contraddittorio. Ed allora, non sembrerebbe possibile desumere dalla mancanza nell'art. 167 dell'inciso "*in particolare*" la non appartenenza dei

potesse interpretarsi nel senso di non considerare i documenti quale *species* dei mezzi di prova, poiché l'*intentio* emergente dalle predette norme era quella di evidenziare la differenza tra l'attività da effettuarsi in rapporto all'introduzione nel processo di un nuovo mezzo di prova costituendo e quella di chi volesse, viceversa, produrre un documento. Tali attività risultano concettualmente distinte.

³¹² Tedoldi, op.cit., 223.

³¹³ Proto Pisani, La nuova disciplina del processo civile, cit., 117; Rampazzi, Art. 18. Deduzioni istruttorie, in *Le riforme del processo civile*, Commento alle leggi 26 novembre 1990 n. 353, 12 luglio 1991 n. 203, art. 19 bis e 21 novembre 1991, n. 374 a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, 217. Si guardi, per completezza anche la nota 310.

³¹⁴ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 218.

documenti ai mezzi di prova anche perché, come visto il citato inciso permane oltre che nel n. 5 dell'art. 164 anche negli art. 414 n. 5 e 416 comma 3.

Ad analoghe conclusioni, si perverrebbe attraverso l'interpretazione dell'art. 184 nel quale la distinzione tra i documenti e gli altri mezzi di prova si giustificava ancora una volta in relazione alle attività richieste alle parti per introdurli nel processo³¹⁵.

La conclusione è quella per cui i documenti non possono essere considerati estranei ai mezzi di prova poiché, anche dal punto di vista logico, se essi sono strumenti attraverso cui giungere ad un risultato utilizzabile per l'accertamento dei fatti di causa, da tale categoria non potrebbero rimanere esclusi i documenti, la cui acquisizione al processo non produce necessariamente una prova, intesa come conferma o falsificazione dell'enunciato sul fatto³¹⁶.

L'orientamento espresso dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, nonostante validi argomenti in senso contrario, ha incontrato un primo punto di arresto in una pronuncia della del 2003 nella quale, affermando la piena equiparazione dei documenti alle prove costituende è stato chiaramente affermato che anche i documenti al fine di trovare ingresso nel giudizio di appello debbano essere sottoposti al vaglio di indispensabilità.

³¹⁵ Ruffini, op. ult. cit., 219; Frasca, nota a Cass. 10.02.1990 n. 972 cit., in *Foro it.*, 1991, I, 1204 ss.

³¹⁶ Lessona, Trattato delle prove in materia civile, cit., I, 7; La China, Diritto processuale civile. Le disposizioni generali, cit., 625; Liebman, Manuale di diritto processuale civile. Principi, Milano, 1992, 71 ss, 95 ss; Taruffo, La prova dei fatti giuridici, cit., 421 ss, 433; Verde, voce Prova in generale. b) Teoria generale e diritto processuale civile, in *Enc. dir.*, XXXVII, cit., 588 ss.

§ 6.1. IL PRIMO PASSO VERSO LE PRONUNCE A SEZIONI UNITE DEL 2005: LA SENTENZA 20.01.2003 N. 775 DELLA SEZIONE LAVORO

La pronuncia della Sezione lavoro della Suprema Corte di Cassazione n. 775 del 20.01.2003 costituisce senza dubbio *l'incipit* del nuovo corso giurisprudenziale restrittivo in tema di producibilità di nuovi documenti in grado di appello³¹⁷.

In essa è individuabile il precedente più immediato ed influente cui le successive pronunce delle Sezioni Unite del 2005 si sono ispirate, seppur con argomentazioni specifiche per ciascun rito, ma comunque nell'ottica di un'unitaria opzione interpretativa.

Il *decisum* della Sezione lavoro, ponendosi in netto contrasto con l'orientamento fino a quel momento consolidato e rispetto al quale si registravano solo poche pronunce in senso contrario³¹⁸, sceglie un'opzione interpretativa incline ad un rigoroso ossequio del sistema di preclusioni delineato dal legislatore del '73 per il rito del lavoro³¹⁹.

Il principio espresso³²⁰ in una fattispecie relativa ad una ipotesi di licenziamento illegittimo³²¹ è di netta chiusura alle nuove produzioni documentali in grado di appello.

³¹⁷ Cavallini, Le Sezioni Unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano, in *Corr. giur.*, 2005, 7, 949.

³¹⁸ Per i riferimenti si richiama quanto indicato nella nota 277.

³¹⁹ Dalfino, nota in *Foro it.*, 2003, I, 3263.

³²⁰ Secondo la Suprema Corte "nel rito del lavoro, l'omessa indicazione nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, ovvero nella comparsa di risposta, dei documenti, anche attinenti ad eccezioni rilevabili d'ufficio, nonché il loro mancato deposito insieme a detti atti, anche se in questi espressamente indicati, producono la decadenza dal diritto di produrli nel corso del giudizio, salvo che si tratti di documenti formati successivamente alla

Nell'*iter* argomentativo della pronuncia, la Suprema Corte, prima di affermare e motivare il principio, si premura di individuare una serie di ipotesi nelle quali è possibile effettuare nuove produzioni documentali.

Il riferimento è a quei documenti costituiti dopo il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado³²², a quelli preesistenti la cui produzione sia giustificata dallo sviluppo assunto dal processo ai sensi dell'art. 420 comma 5 e 7³²³, a quelli destinati a provare un fatto di cui con ragionevole attendibilità non era prevedibile una particolare contestazione³²⁴ ed infine a quelli che tendono a far penetrare nella materia in controversia fatti nuovi rispetto alle deduzioni introduttive per i quali la novità escluderebbe l'ammissibilità.

Ciò posto, la pronuncia evidenzia che il limite alla producibilità è relativo a quei documenti che la parte avrebbe potuto indicare e produrre unitamente al ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e la cui

sua instaurazione o che la successiva produzione sia giustificata dallo sviluppo del giudizio. Pertanto, la decadenza da siffatto diritto, anche se non dichiarata dal giudice di primo grado, fa escludere che possano essere prodotti in appello nuovi documenti, in quanto essi non si sottraggono al divieto di nuovi mezzi di prova stabilito dall'art. 437, comma 2 c.p.c., e, conseguentemente, anche in virtù della ratio sottesa all'art. 420, commi 5 e 7 c.p.c., la produzione di nuovi documenti nel giudizio di secondo grado è ammissibile esclusivamente qualora giustificata dal tempo della loro formazione, ovvero dallo sviluppo del giudizio, e sia ritenuta indispensabile ai fini della decisione".

³²¹ Il caso deciso dalla Suprema Corte riguardava un datore di lavoro, condannato in primo grado al pagamento dell'indennità dovuta in seguito all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento, che nel giudizio di appello aveva prodotto per la prima volta documenti utili a dimostrare che, dopo il licenziamento, le mansioni di direttore generale inizialmente assegnate al lavoratore, erano state svolte direttamente dall'amministratore della società. Il lavoratore soccombente in grado di appello nel ricorrere alla Suprema Corte deduceva con un primo motivo l'irrelevanza della prova documentale prodotta dal datore e, con un secondo, l'inammissibilità della predetta prova a causa della preclusione maturata a carico della società sin dal primo grado di giudizio.

³²² Il riferimento è a quei documenti che riguardano ai sensi dell'art. 149 disp. att. c.p.c. in materia di invalidità pensionabile, l'aggravamento delle malattie e tutte quelle infermità incidenti sul complesso invalidante che si siano verificate tanto nel corso del processo amministrativo che in quello giudiziario.

³²³ Per tali documenti è incontrovertibile la possibilità di produrli nel primo atto difensivo utile successivo, come affermato anche da Cass. S.U. 03.02.1998 n. 1099.

³²⁴ Sul punto già Cass. 16.02.2000 n. 1738.

utilizzazione non trova *ex art. 420* commi 5 e 7 autonoma giustificazione nel successivo sviluppo del processo.

Il vero e proprio fulcro motivazionale si caratterizza per una duplicità di argomenti: quelli tendenti a valorizzare il profilo letterale delle norme e quelli che ne privilegiano l'aspetto logico - sistematico.

Quanto al primo profilo, viene evidenziato che gli art. 416 comma 3 e 437 comma 2 non contemplano una netta distinzione tra mezzi di prova e documenti, se non per quanto attiene ai meccanismi che ne regolano l'ingresso nel processo³²⁵.

Quanto al secondo, viene rilevato che, il limite stabilito dall'art. 437 comma 2 trova il proprio fondamento nelle previsioni dell'art. 416 comma 3 che onera il convenuto non semplicemente di indicare nella memoria difensiva i documenti, ma di depositarli contestualmente al medesimo atto e dell'art. 420 comma 5 e 7 che limita la proposizione di nuovi mezzi di prova a quelli che le parti non abbiano potuto proporre prima o che si rendano necessari in relazione a quelli ammessi. L'omissione di tale attività comporta il maturare di una preclusione e *"l'irreversibilità dell'estinzione (per l'intervenuta decadenza) del processuale diritto di produrre il*

³²⁵ Specifica la Corte che *"la normativa concezione del documento quale parte integrante dei mezzi prova emerge nell'art. 416 comma 3 e la locuzione "in particolare" qualifica i documenti come una specie del genere costituito dai mezzi di prova. E'poi da osservare che negli articoli 184 e 345 (nel testo anteriore alla legge 14 luglio 1950 n. 581) la distinta menzione di documenti (oggetto di produzione) e mezzi di prova (oggetto di richiesta di ammissione), nel parallelismo con cui questi strumenti sono disciplinati (parallelismo presente anche nell'art. 416 comma 3), è determinata dal particolare meccanismo che la richiesta di prova per documenti comporta: la produzione dell'atto, come fatto che materialmente precede e necessariamente implica e formalmente esprime questa richiesta. In questo quadro, nella formulazione dell'art. 437 comma 2 c.p.c. (nei confronti della precedente), i mezzi di prova, essendo menzionati non come oggetto di una richiesta di ammissione (che prevede, come nei predetti art. 184 e 345, differenziata indicazione dell'atto relativo ai documenti: la produzione), bensì come ammissione (atto comune anche alla prova per documenti), assorbono e comprendono nel loro spazio i documenti. Non diversamente è a dirsi per il parallelo art. 345 comma 3 c.p.c. (nella sua attuale formulazione). Ed una differenziata disciplina sarebbe stata incoerente con l'intento restrittivo delle disposizioni"*.

documento”, escludendosi “*che il diritto stesso possa poi risorgere in un successivo grado del giudizio*”. La sanzione disposta in primo grado per i documenti si protrae, con i propri effetti, in secondo grado, indipendentemente da un’espressa pronuncia in ordine alla decadenza maturata³²⁶, rispetto alla quale non può operare il potere del giudice di disporre d’ufficio nuovi mezzi di prova.

Per la Corte, l’indicazione ed il deposito dei documenti, a pena di decadenza, negli atti introduttivi di causa è coerente con “*il progetto istruttorio*” diretto a soddisfare l’esigenza di concentrazione ed immediatezza che caratterizza il processo del lavoro e la libera ammissibilità di nuovi documenti contrasta con tale esigenza poiché, anche se riferita ad eccezioni rilevabili d’ufficio, determina un allungamento delle attività processuali.

Il principio espresso è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina.

Ovviamente, esso è stato accolto con estremo sfavore da coloro che nell’interpretazione del comma 2 dell’art. 437 avevano ritenuto inapplicabile il limite ivi contemplato alle nuove produzioni documentali³²⁷ ed anzi, qualcuno ha auspicato un intervento delle Sezioni Unite per eliminare l’incertezza creatasi alla luce della pronuncia

³²⁶ Secondo la Corte sarebbe contraddittorio affermare che “*la produzione del documento in primo grado possa essere (ed irreversibilmente) inammissibile (nell’eventualità che il giudice dichiari la decadenza), e nel contempo ritenere che la stessa produzione (in assenza di questa dichiarazione) in secondo grado diventi necessariamente ammissibile*”

³²⁷ Il riferimento è agli autori citati in nota 274.

esaminata, al fine di determinare con maggiore certezza i limiti di una ragionevole e corretta applicabilità della regola espressa³²⁸.

L'auspicio di un intervento delle Sezioni Unite sarebbe determinato dalla considerazione secondo cui il principio enunciato, pur ponendosi in sintonia con la natura del rito del lavoro, contrasterebbe con altrettanta evidenza una prassi sostanzialmente ragionevole alla luce dell'esperienza concreta, in cui l'insufficienza delle strutture e dell'organizzazione burocratica portano comunque ad un processo egualmente dilatato in cui si amplificano gli inconvenienti insiti determinanti dalle preclusioni e dalle decadenze³²⁹.

Il principio espresso è stato ancora criticato poichè non sussisterebbero validi motivi logici e letterali per vietare le nuove produzioni documentali in grado di appello che, viceversa, apporterebbero elementi di cognizione senza ritardare lo svolgimento del processo, senza comunque interferire con il contraddittorio, contrastando con l'art. 111 della Costituzione³³⁰.

In senso altrettanto critico, è stato sottolineato³³¹ come le preclusioni non potrebbero pregiudicare le necessità probatorie delle parti. Ciò a prescindere da ogni valutazione, sia in ordine al problema dei limiti entro cui le nuove allegazioni possano trovare ingresso nel giudizio di appello

³²⁸ Socci, La produzione dei documenti in appello (e in primo grado) nel rito del lavoro, in *Giur. it.*, 2003, 1097; Cattani, Sulla produzione in appello, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 679, il quale pur evidenziando che la pronuncia sia in perfetta sintonia con la natura del rito del lavoro ritiene che essa sovverta "una prassi tutto sommato ragionevole che tiene conto dell'esperienza concreta, nella quale l'insufficienza delle strutture e dell'organizzazione burocratica porta ad un processo ugualmente dilatato, in cui - ancor più che nel rito ordinario - si evidenziano gli inconvenienti che le preclusioni e le decadenze inevitabilmente con sé" ... sicchè "sarebbe forse auspicabile una nuova pronuncia della Corte di Cassazione, questa volta a Sezioni Unite, che determinasse i limiti di ragionevole e corretta applicabilità della regola in esame".

³²⁹ In tal senso, Cattani, *ibidem*.

³³⁰ In tal senso Socci, La produzione dei documenti in appello (e in primo grado) nel rito del lavoro, *cit.*, 1098.

³³¹ Dalfino, nota in *Foro it.*, 2003, I, 3267, 3268.

(potendosi o meno discostare dal nucleo storico dei fatti già risultanti dagli atti del processo o potendo anche riguardare altri e diversi fatti), sia in ordine all'altra problematica relativa alla necessità che anche i fatti posti a fondamento delle eccezioni rilevabili d'ufficio, siano allegati tempestivamente ovvero basti che risultino dagli atti del processo.

Ogni volta, cioè, che è consentito che determinati fatti acquisiscano rilevanza, lo svolgimento dell'attività istruttoria per la prova di essi, non può essere pregiudicata dallo stato di avanzamento del processo. Ciò posto in linea di principio, al fine di risolvere il quesito relativo alla libera ammissibilità o meno di nuovi documenti, il criterio da seguire sarebbe allora quello della riferibilità degli stessi alle nuove attività assertive consentite nel grado di giudizio. Ammettendo lo svolgimento di una nuova attività quali domande consequenziali, eccezioni in senso lato, allegazioni di fatti costitutivi concorrenti, allegazione di fatti sopravvenuti, non potrà che essere consentita la possibilità di articolare quelle deduzioni istruttorie necessarie in conseguenza dell'attività stessa³³².

L'arresto giurisprudenziale ha fatto registrare anche commenti positivi sul presupposto più generale che anche i nuovi documenti per essere ammessi in grado di appello debbano essere sottoposti al preventivo vaglio di indispensabilità³³³.

Qualcuno, pur ritenendo condivisibile la pronuncia nel suo apparato generale ha comunque criticato il passaggio nel quale viene negata la

³³² Dalfino, *ibidem*.

³³³ In tal senso, ancora, gli autori citati in nota 277.

possibilità di ammettere in appello quei mezzi di prova dalla proposizione dei quali la parte sia decaduta in primo grado, anche se quelle prove possano essere ritenute indispensabili dal collegio ed anche qualora i predetti mezzi di prova siano disponibili d'ufficio³³⁴.

Di immediata derivazione dal principio enunciato, appaiono due pronunce di poco successive di analogo contenuto.

Anzitutto, quella sempre della Sezione Lavoro del 06.03.2003 n. 3380.

Anche qui, la Corte, privilegiando la rigida applicazione del sistema di preclusioni e decadenze contemplate nel rito del lavoro, ha ritenuto che la produzione dei documenti sia subordinata al requisito della novità e alla circostanza che in primo grado la parte non sia stata dichiarata decaduta dalla facoltà di produrlo perché, in caso contrario, si renderebbe vano il sistema di preclusioni³³⁵.

Poi la pronuncia n. 16265 del 29.10.2003 secondo la quale la tardiva costituzione della parte comporta la decadenza dal potere di produrre i documenti. salvo che la loro formazione sia successiva al termine di costituzione o l'esigenza di produrli nasca dallo sviluppo assunto dal

³³⁴ In particolare, Ruffini, Nuove produzioni documentali in appello e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario ed in quello del lavoro, in *Corr. giur.*, 2003, 918 ss., ove l'autore richiama quanto sostenuto in La prova nel giudizio civile di appello, cit., 231 ss.

³³⁵ Viene testualmente affermato che la possibilità di produrre un documento "pur essendo in generale consentita trattandosi di prove costituite e non già di prove costituende... è comunque subordinata al requisito della novità del loro contenuto" e non possono ammettersi "documenti inerenti a circostanze di fatto in ordine alle quali la parte sia già incorsa in una decadenza della prova". Se dovesse infatti ammettersi "nel rito del lavoro la possibilità di produrre in appello, in quanto prova precostituita e documentale, un documento che il giudice di primo non abbia ammesso, dichiarando contestualmente la decadenza della parte dalla facoltà di produrlo", si renderebbe vana "la sanzione di decadenza già pronunciata dal primo giudice per il medesimo atto".

processo, ovvero venga dimostrata la difficoltà di procurarsi i documenti³³⁶.

§ 6.2. L'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE DEL 2005: IL DIVIETO DI NUOVE PRODUZIONI DOCUMENTALI

La pronuncia della Sezione lavoro, unitamente a quelle di poco successive sempre del 2003 di analogo contenuto, ha certamente segnato un punto di rottura con l'orientamento consolidato in dottrina e giurisprudenza.

Essa si può considerare la principale fonte di ispirazione delle due pronunce a Sezioni Unite del 2005, una per il rito del lavoro e l'altra per il rito ordinario, il cui intervento era stato auspicato al fine di porre un argine alle incertezze applicative moltiplicatesi dopo l'affermazione nel senso di vietare le nuove produzioni documentali a meno che non ritenute indispensabili ai fini della decisione.

Le due pronunce in esame costituiscono un punto di non ritorno in tema di nuovi documenti in grado di appello e possono definirsi l'*incipit* del nuovo corso giurisprudenziale rappresentando dichiaratamente lo svolgimento della citata pronuncia della Sezione lavoro³³⁷.

³³⁶ Così testualmente la massima: *"Nel rito del lavoro, il convenuto che si costituisca tardivamente decade dal potere di produrre documenti, salvo che a formazione di questi sia successiva al termine di costituzione o la produzione sia giustificata dallo sviluppo assunto dal processo, ovvero il convenuto dimostri la difficoltà di procurarsi i documenti stessi, come nel caso di successione nel processo ai sensi dell'art. 111 c.p.c."*

³³⁷ Cavallini, Le Sezioni Unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano, in *Corr. giur.*, 2005, 949.

Esse, pur comuni in alcune delle rispettive motivazioni ed ispirate da un'unitaria operazione ermeneutica restrittiva, risolvono l'identica questione con argomentazioni precipue per ciascun rito³³⁸.

Pare opportuno esaminarle separatamente, partendo dalla n. 8202 relativa al rito del lavoro³³⁹.

Il principio espresso è quello di netta chiusura per le nuove produzioni documentali poiché in caso di omesso deposito contestualmente all'atto introduttivo si verificherà una decadenza dal diritto alla produzione salvo che i documenti stessi si siano formati successivamente o che l'esigenza di produrli nasca dall'evolversi della vicenda processuale³⁴⁰.

Il percorso logico interpretativo, anticipato se così si può dire da una duplice premessa, ricalca in molti punti quello della pronuncia n. 775/03.

³³⁸ Cavallini, *ibidem*.

³³⁹ Il caso rimesso all'esame delle Sezioni Unite era relativo ad un ricorso presentato dinanzi al Pretore di Palmi, in funzione di giudice del lavoro, con il quale si richiedeva il riconoscimento dello stato di invalidità e del diritto all'indennità di accompagnamento con la conseguente condanna del ministero degli interni al pagamento dei relativi ratei. Il pretore rigettava la domanda ed il Tribunale di Reggio Calabria confermava la decisione ritenendo ai sensi dell'art. 437 che non potessero essere considerati ai fini della decisione i nuovi documenti prodotti in sede di gravame non indicati nell'atto di appello e sui quali il consulente tecnico aveva in via esclusiva fondato il proprio parere positivo, in ordine alla sussistenza del requisito sanitario richiesto per il riconoscimento dell'indennità di accompagnamento. Il giudice di appello rilevava che i documenti in oggetto erano stati depositati solo dopo l'inizio delle operazioni peritali violandosi il precetto limitativo della possibilità di acquisire documenti in appello solo al momento della proposizione del gravame, applicabile in quanto non si trattava di documenti sopravvenuti ma di documenti aventi data anteriore al primo grado di giudizio. Avverso tale decisione, veniva proposto ricorso per Cassazione sulla base di un unico ed articolato motivo basato sulla circostanza per la quale la decisione impugnata avrebbe disatteso l'orientamento giurisprudenziale secondo cui nel rito del lavoro i documenti, quali prove precostituite, ancorché non indicati nel ricorso possono essere sempre prodotti fino all'udienza di discussione, anche in appello, senza incorrere nelle preclusioni di cui agli articoli 414, 416, 437 applicabili alle sole prove costituenti. La questione veniva rimessa alle Sezioni Unite affinché le stesse si pronunciasse in ordine all'ammissibilità nelle controversie di lavoro della produzione di nuovi documenti in appello, alla luce del contrasto giurisprudenziale esistente nell'ambito della Sezione lavoro.

³⁴⁰ Il principio massimato è il seguente "nel rito del lavoro, l'omessa indicazione nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado dei documenti e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza dal diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione (ad esempio, a seguito di domanda riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa del terzo)".

La prima volta a ripercorrere nello specifico gli orientamenti giurisprudenziali contrapposti che si sono affermati a partire dalla pronuncia a Sezioni Unite del 1990 n. 9199³⁴¹.

La seconda per precisare che dall'applicazione del limite sancito dal comma 2 dell'art. 437 sono esclusi i documenti sopravvenuti, quelli preesistenti la cui produzione sia giustificata dallo sviluppo assunto dal processo e quelli destinati a provare un fatto di cui non era prospettabile una particolare contestazione³⁴².

Con riferimento allo specifico *iter* motivazionale, le Sezioni Unite partono dall'affermazione per la quale la non contestazione, alla luce del

³⁴¹ Preliminarmente, le Sezioni Unite citano i numerosi precedenti nel senso della libera producibilità dei nuovi documenti in grado di appello ispirati dall'osservazione che l'acquisizione di nuovi documenti non contrasta con le esigenze di concentrazione ed immediatezza proprie del rito del lavoro. Si distingue, per un verso, tra quelli orientati in senso più restrittivo per i quali la produzione dei nuovi documenti è ammissibile solo ove indicati negli atti introduttivi del giudizio di appello (Cass. 26.05.2004 n. 10128 cit. per la quale nel rito del lavoro, applicabile anche nelle controversie in materia di locazione di immobili urbani, il divieto di nuove prove in grado di appello, sancito dall'art. 437, si riferisce alle prove costituenti, richiedenti un'ulteriore attività processuale, e non anche alla produzione di nuovi documenti, purchè essi siano specificamente indicati nel ricorso dell'appellante o nella memoria difensiva e depositati contestualmente a questi atti, restando in tal caso i documenti sottratti ad una preventiva valutazione di indispensabilità e soggetti soltanto al normale giudizio di rilevanza in sede di decisione della causa; Cass. 19.05.2003 n. 7845 cit.; Cass. 24.11.2000 n. 15197 cit.; Cass. 05.08.2000 n. 10335 cit.; Cass. 10.06.2000 n. 7948 cit.; Cass. 04.05.2000 n. 5596 cit.; Cass. 29.12.1999 n. 14690 cit.; Cass. 17.11.1994 n. 9724 cit.; Cass. 15.10.1992 n. 11323 cit.) e, per altro verso, tra quelli che, in ossequio ad una lettura più liberale, ammettono la nuova produzione documentale fino all'udienza di discussione (Cass. 19.03.2003 n. 4048 cit.; Cass. 25.01.2000 n. 817 cit.; Cass. 02.11.1998 n. 10944 cit.; Cass. 08.04.1998 n. 3640). Successivamente viene ricostruito l'orientamento contrario alla libera producibilità dei nuovi documenti, evidenziandosi i due indirizzi fondamentali distinti. Il primo esprime il principio per il quale il potere del giudice d'appello di ammettere nuovi documenti trova limite nel carattere veramente nuovo che la documentazione offerta in sede di impugnazione deve avere, sicchè il documento che poteva essere indicato nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado non è ritenuto producibile in appello (Cass. 04.08.1994 n. 7233 cit.). Per il secondo, nel rito del lavoro è inammissibile la produzione di documenti sui quali il giudice di primo grado abbia già emesso una pronuncia di inammissibilità con dichiarazione di decadenza della parte dalla facoltà di produrli (Cass. 06.03.2003 n. 3380 cit.; Cass. 16.05.2000 n. 6342 cit.; Cass. 02.04.1992 n. 4013 cit.), specificandosi, altresì, che il principio per il quale il giudice può rilevare d'ufficio le eccezioni in senso lato non comporta di per sé la possibilità per la parte di produrre in appello documenti a sostegno di una di queste eccezioni quando non siano stati formati successivamente all'introduzione del giudizio di primo grado ed in quel giudizio sia stata pronunciata la decadenza della parte dalla produzione tardivamente effettuata (Cass. 11.08.1998 n. 7907 cit.).

³⁴² Ed ancora, con specifico riferimento alla controversia devoluta all'esame delle Sezioni Unite quelli che pur costituiti dopo il ricorso introduttivo hanno ad oggetto l'accertamento delle condizioni di salute dell'assicurato che possono essere esibiti nel corso del giudizio ed anche in grado di appello in ragione del disposto dell'art. 149 disp. att. c.p.c.

combinato disposto dell'art. 416 ultimo comma e 167 comma 1, si atteggia come un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice il quale dovrà astenersi da qualunque controllo probatorio del fatto non contestato.

Tale principio, in armonia, con il sistema di preclusioni delineato dal legislatore del 1973, viene collegato al riscontro per il quale nel rito del lavoro sussiste una indubbia circolarità tra oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri di prova, con un condizionamento reciproco.

Da tali principi discende, da un lato, l'ambito entro cui ricondurre la problematica relativa alla produzione dei nuovi documenti in appello³⁴³ e, dall'altro, che le preclusioni, pur non dovendo in alcun modo ledere il diritto alla difesa e l'esigenza di ricerca della verità materiale, sono funzionali a garantire la ragionevole durata del processo e il principio dell'economicità del giudizio.

Ciò posto, le Sezioni Unite criticano gli argomenti generalmente addotti per supportare l'orientamento favorevole alla libera produzione dei

³⁴³ Si legge nella sentenza che "la funzione nomofilattica di questa corte verrebbe a subire un grave vulnus se a fronte dei suddetti principi si finissero per introdurre incoerenze sistematiche, sicuramente riscontrabili in una ricostruzione della dinamica processuale, che, a fronte di un'estrema rigidità nella determinazione dei tempi di indicazione dei tempi di indicazione degli elementi posti a base della domanda e delle eccezioni della controparte si finissero poi per avallare opzioni ermeneutiche volte ad affrancare le produzioni documentali da preclusioni operative per tutte le restanti prove".

documenti: quello di carattere letterale³⁴⁴ e quello di valenza logico - sistematica³⁴⁵.

Viene osservato che la pretesa distinzione tra mezzi di prova e documenti dalla quale far discendere una diversa incidenza delle preclusioni, da un lato, non tiene conto dell'evidente dato letterale costituito dagli art. 698 c.p.c. e 495 c.p.p. comma 3 nei quali il legislatore utilizza le espressioni mezzi di prova ed ammissione degli stessi anche con riferimento alla produzione documentale e, dall'altro, omette di considerare che anche la prova documentale è un mezzo di prova³⁴⁶.

Costituendo, dunque, i documenti una *species* del *genus* mezzi di prova, la distinzione tra prove costituenti e prove precostituite è determinata solo dalle modalità relative al loro ingresso nel processo che per i documenti comporta la produzione dell'atto³⁴⁷. Né ciò può essere superato in considerazione del fatto che le esigenze di rapidità e concentrazione non sarebbero intaccate dalla libera producibilità dei nuovi documenti.

Il ragionamento si completa attraverso i rilievi volti a contrastare l'affermazione secondo cui un sistema di rigide preclusioni è di ostacolo alla ricerca della verità materiale cui deve necessariamente tendere il rito del lavoro.

³⁴⁴ Viene richiamata la distinta menzione tra mezzi di prova (articoli 345 comma 3, 420 commi 5 e 7, 421 comma 2, 437 comma 2) per indicare le prove costituenti e documenti (art. 163 n. 5, 167 comma 1, 184, 414 n. 5 e 416 comma 2) per individuare le prove costituite.

³⁴⁵ Si fa espresso riferimento al rapporto che le diverse categorie di prova hanno in relazione alla durata del processo ed in particolare alla circostanza per la quale le prove precostituite non necessitano di alcuna attività istruttoria che determina ritardi nella decisione del giudizio.

³⁴⁶ Viene al riguardo espressamente ribadito che *"tutte le prove sono mezzi, cioè strumenti per asseverare quanto assunto dalle parti nei loro atti difensivi, perché in senso tecnico l'espressione mezzi di prova sta appunto ad indicare le persone o le cose da cui si vogliono trarre elementi utili alla ricerca della verità"*.

³⁴⁷ A tale riguardo, le Sezioni Unite, oltre che da un punto di vista logico - argomentativo, richiamano con un riferimento letterale espresso l'immediato precedente delle Sezioni lavoro del 2003.

Al riguardo, viene ribadito il rilievo assorbente per il quale la tutela dei predetti principi deve trovare risposte giudiziarie improntate alla celerità, e sostenuto come il rischio di giungere a soluzioni distanti dalla realtà fattuale sarebbe attutito dall'attribuzione al giudice di appello di incisivi poteri d'ufficio in materia di nuovi mezzi di prova ove indispensabili ai fini della decisione della causa, con un "opportuno" temperamento del principio dispositivo con il principio di ricerca della verità materiale³⁴⁸.

In relazione al rito ordinario, le Sezioni Unite, con una pronuncia del medesimo giorno di quella avente ad oggetto il rito del lavoro la n. 8203 del 20.04.2005³⁴⁹, hanno espresso il principio dell'assoggettabilità delle

³⁴⁸ L'interessante passaggio testuale delle Sezioni Unite al riguardo è il seguente: "allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati d'indagine, il giudice ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio 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 o decadenze in danno delle parti. A ben vedere, proprio i poteri d'ufficio del giudice del lavoro – che non possono però essere esercitati con riferimento a fatti non allegati dalle parti e non emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse – segnano in modo accentuato la c.d. specialità del rito del lavoro e portano, per altra via, ad evidenziare come si vogliano accreditare a livello normativo forme di tutela (processuale) differenziata dalle situazioni soggettive, in ragione di un opportuno adattamento delle regole del rito alle concrete molteplici situazioni sostanziali implicate nel giudizio, con il consequenziale formarsi di ordinamenti processuali... che seppur con qualche approssimazione possono qualificarsi settoriali e che trovano peculiari e specifici tratti distintivi ... proprio per la diversa individuazione del punto di equilibrio tra le esigenze di celerità e quelle di accertamento della verità materiale".

³⁴⁹ La controversia rimessa al giudizio delle Sezioni Unite era relativo ad un giudizio di opposizione dinanzi al Tribunale di Roma avverso il decreto ingiuntivo con il quale era stato ingiunto ad una società il pagamento di una determinata somma per l'attività di prevenzione di incendi svolta da tre vigili del fuoco. L'opposizione veniva accolta sul motivo sostenuto dall'opponente di aver effettuato il pagamento e sull'ulteriore presupposto che l'attività non era stata comunque espletata da tre soggetti. Avverso tale pronuncia veniva interposto gravame ritenendo erronea la decisione del giudice di prime cure che aveva giudicato come non provata la domanda di pagamento della prestazione effettuata dai tre vigili. A sostegno dell'impugnazione, l'appellante produceva documentazione attestante lo svolgimento dell'attività di prevenzione non pagata. A tale produzione, si opponeva l'appellata eccependone l'inammissibilità ai sensi del comma 3 dell'art. 345 e chiedendo che essa non venisse considerata ai fini della decisione. La Corte territoriale rigettava l'appello e veniva proposto ricorso per cassazione sulla base di tre motivi. Con il primo veniva denunciata la violazione o falsa applicazione degli artt. 72, 74, 76, 77 disp. att. c.p.c., 58, 115, 165, 166, 169 c.p.c., nonché l'omessa insufficiente contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, poiché a fronte del deposito presso la cancelleria della Corte d'Appello del fascicolo contenente la documentazione comprovante l'esistenza e l'ammontare del credito, la Corte stessa, alla luce dal successivo mancato rinvenimento, avrebbe dovuto disporre la ricerca anche ordinando la ricostruzione del fascicolo. Con il secondo veniva lamentata la violazione e falsa applicazione del comma 3 dell'art. 345 nonché l'omessa motivazione su un punto decisivo della controversia costituita dal fatto che il giudice di appello aveva errato nel considerare tardiva, senza

nuove produzioni documentali al vaglio di indispensabilità da parte del collegio ovvero alla circostanza che la parte non abbia potuto produrli per causa non imputabile³⁵⁰.

I passaggi logici e motivazionali ricalcano per la gran parte quelli espressi nella pronuncia n. 8202 e, d'altronde, sarebbe stato difficile riscontrare il contrario considerato che entrambe sono state redatte dal medesimo estensore in seno allo stesso collegio.

Anche in tale decisione, viene ampiamente ripercorso il contrasto giurisprudenziale esistente in materia, attraverso la puntuale ricostruzione sia dell'orientamento favorevole alla produzione di nuovi documenti senza limiti con attenzione ai vari indirizzi che al suo interno si distinguono³⁵¹, sia di quello contrario, con l'accento alla decisione della

nemmeno darne adeguata motivazione, la produzione documentale volta a comprovare lo svolgimento della prestazione alla base del credito, poiché il divieto di cui al comma 3 dell'art. 345 non si riferirebbe alla prova documentale. Con il terzo motivo veniva dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt 115 e 116 c.p.c., 2697, 2699 e 2729 c.c., nonché l'omessa insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia poiché i fatti dedotti erano da ritenersi incontrovertibili e dunque non richiedevano alcuna prova specifica, poiché ammessi dalla controparte. Il ricorso veniva affidato alle Sezioni Unite per dirimere il contrasto formatosi nella giurisprudenza di legittimità sia con riferimento alla problematica relativa all'estensione nel giudizio a cognizione ordinaria della normativa sul divieto di ammissione di nuovi mezzi di prova anche alle prove precostituite, sia con riferimento alle connesse problematiche attinenti all'individuazione dei limiti che la produzione dei documenti incontra nel giudizio di appello.

³⁵⁰ Il principio massimato è il seguente *“Il divieto di ammissione di nuovi mezzi di prova in appello, stabilito dall'art. 345, comma 3 c.p.c., nel testo sostituito dall'art. 52 l. n. 353 del 1990, riguarda anche le prove c.d. precostituite, quali i documenti, la cui produzione, pertanto, è subordinata, al pari delle prove c.d. costituende, alla verifica della sussistenza di una causa non imputabile, che abbia impedito alla parte di produrli in primo grado ovvero alla valutazione della loro indispensabilità”*.

³⁵¹ Vengono citate dalle Sezioni Unite come espressione generale dell'orientamento permissivo Cass. 26.08.2004 n. 16995 cit.; Cass. 29.04.2004 n. 8235 cit.; Cass. 05.05.2003 n. 6756 cit.; Cass. 08.01.2003 n. 60 cit.; Cass. 16.04.2002 n. 5463 cit. All'interno del suddetto orientamento, si distinguono pronunce in cui la produzione di nuovi documenti in appello non trova ostacolo, né nella decadenza in cui sia incorsa la parte per il mancato rispetto del termine perentorio di deposito fissato dall'art. 184, perché tale preclusione ha effetto limitatamente al giudizio di primo grado, mirando la norma solo a tutelare la concentrazione endoprocessuale di ciascun grado di giudizio (Cass. 20.10.2003 n. 15646 cit.), né nella circostanza che si tratti di documenti la cui esistenza sia nota in primo grado e che siano stati menzionati in quella sede sebbene non prodotti (Cass. 22.01.2004 n. 1048 cit.) perché la novità dei documenti in sede di appello va stabilita in base alla loro materiale esibizione e non anche alla mera indicazione (Cass. 28.03.2003 n. 4765 cit.). Sempre in tale ambito, vengono citati quegli indirizzi che fanno riferimento

Sezione lavoro del 2003 e a quelle espressione del medesimo orientamento³⁵².

I passaggi motivazionali prendono le mosse dalla distinzione tra prove costituite (quelle che si formano fuori dal processo e che vi entrano attraverso un atto di esibizione) e prove costituende (quelle che si formano nel processo come risultato dell'attività istruttoria su istanza di parte e provvedimento di ammissione del giudice), dagli argomenti di carattere letterale³⁵³ e logico sistematico³⁵⁴ alla base della diversa regolamentazione che determina più ampi spazi di ingresso nel processo per le prove costituite e, da ultimo, dalla menzione di precedenti giurisprudenziali che espressamente riferiscono della suddetta distinzione con i relativi argomenti a sostegno³⁵⁵.

Come nella pronuncia relativa al rito del lavoro, le Sezioni Unite evidenziano che la distinzione codicistica tra documenti e mezzi di prova, come presupposto per sottrarre i documenti ai limiti di ammissibilità degli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3, non tiene conto della circostanza che negli articoli 698 e 495 c.p.p. comma 3 il legislatore parla di mezzi di prova

all'eventuale esistenza di limiti temporali alla produzione di documenti in sede di appello. Al riguardo, per alcune pronunce (Cass. 16.04.2002 n. 5463 cit. ; Cass. 04.06.2001 n. 7510 cit.) la facoltà di produrre i nuovi documenti deve essere esercitata a pena di decadenza con la costituzione in giudizio; mentre per altre (Cass. 10.08.2002 n. 12139; Cass. 30.03.2000 n. 3892) il limite temporale può essere individuato al momento della rimessione della causa al collegio con la conseguenza che solo ove siano successivamente prodotti risultano inutilizzabili per la decisione.

³⁵² Il riferimento delle Sezioni Unite è a Cass. 11.02.2003 n. 2027; Cass. 06.04.2001 n. 5133; Cass. 13.12.2000 n. 15716 cit.; Cass. 21.07.2000 n. 9604.

³⁵³ Si tratta della distinta menzione tra mezzi di prova identificati come prove costituende (art. 345 comma 3, 420 comma 5 e 7, 421 comma 2) e documenti identificati come prove costituite (art. 163 n. 5, 167 comma 1, 184, 414 n. 5, 416 comma 2).

³⁵⁴ Si tratta della diversa ricaduta delle prove costituite rispetto a quelle costituende sulla durata del processo ove le prime non determinano ritardi sulla conclusione del processo.

³⁵⁵ Cass. 12.07.2002 n. 10179 cit.; Cass. 24.11.2000 n. 15197 cit.; Cass. 04.02.1993 n. 1359 cit.; Cass. 06.09.1990 n. 9199; Cass. 25.05.1978 n. 2654; Cass. 29.06. 1977 n. 2835 cit.; Cass. 16.10.1976 n. 3503 cit..

e di loro ammissione anche in relazione alla produzione documentale, del fatto che la prova documentale è un mezzo di prova al pari di quelle costituente³⁵⁶ ed ancora che i documenti si atteggiavano come una *species* del più ampio *genus* mezzi di prova³⁵⁷.

Pertanto, la distinta menzione dei documenti e dei mezzi di prova rileva solo con riguardo al diverso meccanismo di ingresso all'interno del processo che per la prova documentale è la produzione dell'atto, non potendosi invocare a sostegno del contrario l'idea secondo cui non essendo richiesto un procedimento di assunzione siano da escludere ritardi nella conclusione del processo³⁵⁸.

Dal che discende che in relazione ai limiti di cui al comma 3 dell'art. 345, anche le produzioni documentali debbano essere trattate alla stregua di ogni altra prova costituita o costituenda che sia.

Il successivo passaggio logico utile all'affermazione del principio è incentrato sul regime decadenziale fissato dall'art. 184 e 345 comma 3. Tale sistema non può danneggiare il diritto di difesa delle parti e la ricerca della verità materiale sebbene il principio e la garanzia della ragionevole durata del processo debba essere il parametro di costituzionalità delle norme processuali tant'è che i termini acceleratori e le preclusioni hanno il compito di tutelare il principio della ragionevole durata e di economicità.

³⁵⁶ Sul punto le Sezioni Unite, come nella pronuncia sul rito del lavoro, si esprimono testualmente nel senso che tutte le prove sono “*strumenti per asseverare quanto assunto dalle parti nei loro atti difensivi perché in senso tecnico l'espressione mezzi di prova sta, appunto ad indicare le persone o le cose da cui si vogliono trarre elementi di conoscenza utili alla ricerca della verità*”.

³⁵⁷ Si invoca a sostegno il disposto dell'art. 163 n. 5, 414 n. 5 e 416 comma 3, valorizzando l'inciso “*in particolare*”.

³⁵⁸ Si sottolinea come dalla produzione documentale possa derivare la necessità di giudizi di querela di falso o verifica di scrittura privata o la necessità, per garantire diritto di difesa ed il principio del contraddittorio, di dedurre mezzi di prova necessari per contrastare il documento prodotto.

Proprio nella ricerca di un equilibrio tra l'efficienza del processo ed il diritto di difesa delle parti, il legislatore ha fissato un termine preclusivo all'articolazione delle richieste istruttorie ed al deposito dei documenti che restano possibili solo nell'ipotesi eccezionale di rimessione in termini.

Tali osservazioni costituiscono il parametro per l'interpretazione del comma 3 dell'art. 345 che va letto come disposizione che fissa sul piano generale l'inammissibilità dei nuovi mezzi di prova e quindi anche dei documenti.

Ciò trova conferma nell'*incipit* della norma che delinea una struttura chiusa del giudizio di appello.

Le nuove prove ammesse sono quelle non proposte per causa non imputabile ovvero quelle ritenute dal collegio indispensabili ai fini della decisione.

Proprio in riferimento a tale ultima ipotesi, le Sezioni Unite fanno un passo ulteriore rispetto alla pronuncia omologa relativa al rito del lavoro, fornendo espressamente una ricostruzione della nozione di indispensabilità nel senso che prove indispensabili sono quelle *“suscettibili di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella che le prove, definite come rilevanti, hanno sulla decisione finale della controversia; prove che proprio perché indispensabili, sono capaci, in altri termini, di determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, decisivo talvolta anche per giungere ad un completo rovesciamento della decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado”*³⁵⁹.

³⁵⁹ Tale ricostruzione in sostanza ricalca quella espressa da Consolo.

In ossequio all'orientamento restrittivo vengono sviluppati gli ultimi due passaggi rilevanti. Nel primo, viene precisato che la produzione dei nuovi documenti, per ragioni di ordine testuale ed ermeneutiche funzionali al perseguimento della ragionevole durata del processo, deve essere effettuata a pena di decadenza mediante indicazione specifica negli atti introduttivi³⁶⁰.

Nel secondo, si precisa che nel rito ordinario, a differenza di quello del lavoro, il giudice non può procedere d'ufficio all'ammissione dei nuovi mezzi di prova non essendo possibile prescindere da un'espressa domanda delle parti.

§ 6.3. LE REAZIONI DELLA DOTTRINA AL MUTATO ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE

Le pronunce delle Sezioni Unite hanno generato un fervido dibattito in seno alla dottrina che si è mostrata sostanzialmente divisa coloro i quali hanno accolto con favore il principio espresso e chi, viceversa, ha assunto posizioni decisamente critiche.

Al fine di meglio chiarirle, pare opportuno analizzare distintamente i commenti all'orientamento espresso, partendo prima da quelli favorevoli e successivamente analizzando quelli critici.

³⁶⁰ Ciò perché alla prima udienza di trattazione il collegio dovrà provvedere all'ammissione delle prove eventualmente richieste dalle parti o invitarle a precisare le conclusioni.

§ 6.3.1. LE POSIZIONI FAVOREVOLI

L'orientamento favorevole ai principi espressi dalle Sezioni Unite ha valorizzato sotto vari aspetti il percorso argomentativo.

Anzitutto, è stata condivisa la critica all'orientamento per il quale l'ingresso dei nuovi documenti nel giudizio di appello non determinerebbe necessariamente l'insorgere di nuove attività processuali.

Si è osservato che pur essendo incontrovertibile la circostanza secondo cui le prove precostituite si formano al di fuori del processo, la necessità di nuove attività processuali derivante dalla nuova produzione documentale sarebbe un'eventualità assolutamente plausibile sia in caso di instaurazione un giudizio di querela di falso o di verifica, sia in caso di richieste istruttorie volte a contrastare i documenti prodotti³⁶¹.

Tale osservazione è stata ulteriormente sviluppata in rapporto al principio della ragionevole durata del processo poiché, pur essendo vero che i documenti non comportano attività istruttoria in sede di assunzione, risulterebbe altrettanto possibile che essi possano determinare un allungamento dei tempi del processo³⁶², pregiudicando le esigenze di concentrazione e speditezza³⁶³.

Altra argomentazione particolarmente apprezzata è stata quella tendente ad affermare che i documenti costituiscono una *species* del più ampio

³⁶¹ Bove, Sulla produzione di nuovi documenti in appello, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1, 303 ss.

³⁶² Giordano, La produzione di nuovi documenti in appello nel processo ordinario e in quello del lavoro secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Giust. civ.*, 2005, 9, 2040 ss.; Dalfino, Limiti all'ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinari), in *Foro it.*, 2005, 1693 ss.

³⁶³ Ruffini, Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345 comma 3 e 437 comma 2 al vaglio delle Sezioni Unite, in *Corr. giur.*, 2005, 940 ss.

genus dei mezzi di prova essendo la relativa distinzione operante solo ai fini della diversità di attività necessaria utile all'ingresso nel processo.

I documenti, al pari delle prove costituenti, sono soggetti ad una valutazione di ammissibilità e rilevanza da effettuarsi però *ex post* e, dunque, l'unica differenza sarebbe ravvisabile nelle conseguenze del predetto giudizio³⁶⁴. L'unificazione di trattamento di tutti i mezzi di prova che già dopo la pronuncia della Sezione lavoro del 2003 era stata ritenuta necessaria, in virtù dell'unica ed indifferente la *ratio* del divieto di cui agli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3³⁶⁵, è stata considerata anche in un'ottica di valorizzazione dell'esigenza di non vanificare la ricerca della verità materiale. Ed infatti, ai fini di una migliore decisione nel merito, se può ritenersi ragionevole un ridimensionamento in grado di appello delle esigenze di speditezza e celerità, non possono tollerarsi situazioni diverse per le prove precostituite e per quelle costituenti, privilegiando in fase di gravame la parte che per motivi spesso casuali si trovi ad essere in possesso di un documento rispetto a quella che per ragioni altrettanto accidentali debba ricorrere alla prova orale³⁶⁶.

In tema di preclusioni, è stato osservato che il principio espresso riporterebbe coerenza all'interno del sistema delineato tra giudizio di primo grado e di secondo grado in quanto, privilegiando il poco condivisibile orientamento contrario, si sarebbe finito per favorire

³⁶⁴ Bove, Sulla produzione di nuovi documenti in appello, cit., 303 ss. per il quale *“la prova costituenda dichiarata inammissibile e/o irrilevante non è assunta, per cui essa neanche si forma nel processo; la prova precostituita, invece non avendo bisogno di alcuna attività di assunzione, se inammissibile e/o irrilevante, semplicemente sarà inutilizzabile e il giudice non giungerà a valutare la sua efficacia”*.

³⁶⁵ Tammaro, Il giudizio di appello e le controversie in unico grado, Torino, 2008, 54.

³⁶⁶ Ruffini, Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345 comma 3 e 437 comma 2 al vaglio delle Sezioni Unite, cit., 941 ss.

l'introduzione di documenti la cui produzione non era ormai più possibile nel giudizio di primo grado³⁶⁷.

Sempre su tale punto, altra dottrina ha concentrato la propria attenzione sul sistema di preclusioni inerente l'onere di allegazioni dei fatti ed in particolar modo di quelli nuovi in fase di gravame³⁶⁸. E' stato, al riguardo, rilevato che le preclusioni istruttorie relative alle produzioni documentali dovrebbero adeguarsi alle nuove allegazioni fattuali nel senso che sarebbero chiaramente ammissibili ove siano consentite le nuove allegazioni di fatto in grado di appello e solo, in caso di superamento del vaglio di indispensabilità, allorquando debbano essere esaminate dal giudice questioni rilevabili d'ufficio però sulla base di fatti già allegati in primo grado³⁶⁹.

Tale dottrina, pur condividendo l'impianto della pronuncia ed il principio espresso, non ha mancato di formulare rilievi critici in ordine al rapporto tra le preclusioni in primo grado e quelle in grado di appello che si estrinsecerebbe in un problema di limite all'allegazioni di nuovi fatti e dunque di allargamento del *thema decidendum*. E' stato, cioè, ritenuto che non emergerebbe dalle pronunce la mancanza di simmetria tra il dettato dell'art. 437 e quello dell'art. 345, innanzitutto nella parte relativa alle nuove allegazioni di merito. L'art. 437, infatti, esclude ogni allegazione di merito sia come oggetto di domanda nuova, sia come oggetto di nuova eccezione, anche se rilevabile d'ufficio, a differenza del rito ordinario e

³⁶⁷ Bove, op. ult. cit., 303 ss.

³⁶⁸ Cavallini, Le Sezioni Unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano, in *Corr. Giur.*, 2005, 949.

³⁶⁹ Cavallini, *ibidem*.

della disciplina dell'art. 345 ove l'appello può essere fondato sull'allegazione di un fatto nuovo, se configurabile come motivo specifico dell'impugnazione³⁷⁰. Il secondo grado del rito del lavoro non ammette alcuno spazio ai *nova* poiché la locuzione "eccezioni" dell'art. 437 va interpretata nel senso che tutte le eccezioni sono precluse se nuove rispetto al *thema decidendum* fissato dalle parti, a differenza dell'art. 345 che consente le nuove allegazioni purchè oggetto di nuove eccezioni rilevabili anche d'ufficio³⁷¹. Nell'appello laburistico, si registra, dunque, una maggiore chiusura ai *nova* bilanciata dai poteri istruttori del giudice poiché laddove non c'è spazio per le nuove allegazioni di merito, non può esservi spazio per le nuove prove³⁷².

Pertanto, il limite alla nuova produzione documentale andrebbe individuato soltanto in quei documenti che preesistevano all'instaurazione del giudizio di primo grado ed inerenti a quegli stessi fatti devoluti al giudice di appello.

In ogni caso, anche quella dottrina che nel complesso si è favorevolmente orientata nella valutazione dei principi enunciati dalle Sezioni Unite non ha comunque mancato di formulare alcuni rilievi critici.

Con riferimento alla pronuncia relativa al rito del lavoro, è stato evidenziato come le Sezioni Unite non abbiano espressamente chiarito le modalità e i tempi entro cui effettuare le produzioni documentali che, in ossequio all'esigenza di un ordinato svolgimento del processo,

³⁷⁰ Cavallini, op. ult. cit., 951.

³⁷¹ Cavallini, *ibidem*.

³⁷² Cavallini, Le Sezioni Unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano, cit., 951, 952.

dovrebbero avvenire contestualmente al deposito degli atti introduttivi; in relazione alla pronuncia relativa al rito ordinario la nozione di indispensabilità da essa emergente non è stata ritenuta pienamente condivisibile³⁷³.

Sotto tale ultimo profilo, è stato evidenziato che in sostanza le Sezioni Unite avrebbero aderito all'idea di indispensabilità formulata da altro autore, secondo cui mezzi di prova indispensabili sarebbero quelli idonei ad orientare il convincimento del giudice in modo determinante ai fini della conferma o della riforma della sentenza impugnata³⁷⁴. Tale opzione interpretativa viene ritenuta condivisibile, mentre non altrettanto può dirsi in merito al passaggio volto ad identificare le prove indispensabili con quelle capaci di determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, in quanto il principio della parità delle armi garantito dall'art. 111 comma 2 della Costituzione ed il diritto di difesa necessiterebbero di un trattamento identico sia per le prove positive che per quelle negative.

Di conseguenza, il giudice di appello dovrà ammettere anche quei mezzi di prova idonei a fornire un contributo decisivo ai fini dell'accertamento dell'inesistenza di un fatto³⁷⁵.

Sempre sotto tale profilo, la ricostruzione di indispensabilità non è stata ritenuta convincente in rapporto al profilo inerente il contenuto delle nuove prove e, cioè, riguardo al maggior grado di incidenza causale o di

³⁷³ Ruffini, Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345 comma 3 e 437 comma 2 al vaglio delle Sezioni Unite, cit., 943.

³⁷⁴ Consolo, L'impugnazione delle sentenze e dei lodi, cit., 156 ss.

³⁷⁵ Ruffini, Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345 comma 3 e 437 comma 2 al vaglio delle Sezioni Unite, cit., 948.

maggior rilevanza probatoria. Ciò perché non esisterebbero sul piano logico delle prove dotate di efficienza causale più incisiva rispetto ad altre³⁷⁶.

Oltretutto, non sembrerebbe del tutto convincente ritenere che la parte che in primo grado abbia ommesso di produrre un documento o di richiedere un mezzo di prova, incorrendo in una decadenza, dopo aver letto la sentenza e considerato il modo con cui il giudice abbia valutato i fatti e le prove, possa legittimamente produrre quel documento o chiedere quel mezzo di prova che aveva tenuto nascosto in primo grado, proclamandone solo in appello l'indispensabilità.

Se così fosse, il giudice verrebbe così incontro all'inerzia della parte vanificando la preclusione scattata in primo grado³⁷⁷, determinando un'evidente "*corto circuito logico*", in quanto l'ammissibilità della prova in appello verrebbe fatta discendere alla sua rilevanza³⁷⁸.

In una posizione intermedia tra quelle di condivisione del principio e quelle di dissenso, si colloca un orientamento, espresso per il rito del lavoro, che si caratterizza per una critica rivolta più alle opzioni di valore alla base della scelta interpretativa che ai passaggi logici delle pronunce³⁷⁹.

In tale prospettiva, viene condiviso il rilievo secondo cui anche i documenti possano determinare l'allungamento dei tempi del processo, mentre viene criticata, anzitutto, la circostanza della riproposizione

³⁷⁶ Tammaro, Il giudizio di appello e le controversie in unico grado, cit., 54.

³⁷⁷ Tammaro, *ibidem*.

³⁷⁸ Cavallone, I documenti sono mezzi di prova, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1082.

³⁷⁹ Si tratta della posizione di Dalfino espressa in, Limiti all'ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario), cit., 1694, 1695.

pedissequa delle argomentazioni sviluppate per il rito del lavoro al il rito ordinario, senza tener conto della specialità del primo.

Analogamente, non si conviene sulla prospettiva secondo cui nel contemperamento dei principi della ragionevole durata del processo e della ricerca della verità materiale il conseguimento del primo debba prevalere. Ed infatti, secondo la posizione riferita, la prospettiva dovrebbe essere invertita attribuendosi alla *“ricerca della verità materiale... un ruolo prioritario e prevalente in funzione della giusta composizione delle controversia”*³⁸⁰.

Infine, su un terreno più prettamente definitorio, viene richiamata l'attenzione, sulla determinazione dei contorni della nozione di indispensabilità e dei limiti all'esercizio del potere d'ufficio evidenziando la necessità che il giudice espliciti attraverso congrua e logica motivazione le ragioni in base alle quali esercita o meno i poteri istruttori, aprendo, così alle parti la prospettiva del controllo in Cassazione sia ai sensi del n. 5 che del n. 3 dell'art. 360³⁸¹.

§ 6.3.2. LE POSIZIONI CRITICHE

La gran parte della dottrina ha accolto con sfavore il *revirement* espresso dalle Sezioni Unite.

³⁸⁰ Dalfino, op. ult. cit., 1696.

³⁸¹ Dalfino, *ibidem*.

I rilievi formulati alle pronunce possono essere classificati in due ampie categorie variamente caratterizzate ma accomunate da una decisa disapprovazione del principio espresso.

Nella prima possono ricomprendersi quegli orientamenti che si concentrano principalmente sui passaggi motivazionali delle pronunce evidenziandone la contraddittorietà, l'illogicità, le omissioni e gli eccessi.

Nella seconda, le critiche sono essenzialmente rivolte alle scelte di valore ed alle opzioni di fondo fatte proprie dalle Sezioni Unite.

Sotto il primo profilo, vengono evidenziate, da un lato, le contraddizioni di alcuni passaggi delle motivazioni, le incongruenze tra le soluzioni finali accolte con riferimento a specifici punti controversi e le argomentazioni sviluppate per attingerle e, dall'altro, la mancanza di coordinamento tra le due decisioni che, viceversa, spesso si troverebbero in contrasto³⁸².

Per quanto attiene nello specifico alla pronuncia relativa al rito del lavoro, è stato osservato, per un verso, che il principio enunciato in realtà riguarderebbe una questione differente da quella effettivamente portata all'esame della Corte, preoccupata di soffermarsi con maggiore attenzione sulle classificazioni definitorie anziché di fornire una soluzione della controversia³⁸³ e, per altro verso, che il principio di diritto sarebbe stato enunciato all'interno di una pronuncia di rigetto, omettendo di

³⁸² Barone, Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito? in *Foro it.*, 2005, 1697. Si segnala che lo stesso autore in, Preclusioni processuali e giudicato esterno: qualche altra breve osservazione, in *Foro it.*, 2006, 3431 ribadisce di non condividere il principio espresso pur riconoscendo che il nuovo indirizzo giurisprudenziale colga indubbiamente un aspetto non secondario della vicenda processuale quello secondo cui il principio della ragionevole durata del processo non può sopportare alcun *vulnus* per effetto di condotte che, seppur non lesive dei canoni di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., risultino comunque improntate ad inescusabile inerzia e negligenza.

³⁸³ Barone, *ibidem*; Balena, Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità, da www.judicium.it.

considerare gli art. 384 comma 1 e 143 disp. att. per i quali l'enunciazione del principio di diritto è consentita solo in caso di cassazione della sentenza³⁸⁴.

La decisione, per quanto giustamente omologhi le prove costituite a quelle costituende, conterrebbe passaggi non propriamente necessari e funzionali ad essa, quali l'affermazione del principio di ultrattività delle decadenze e delle preclusioni verificatesi nel giudizio di primo grado.

Con specifico riferimento a tale profilo, per alcuni, forse, sarebbe bastato semplicemente rilevare la mancata produzione dei documenti unitamente all'atto di appello, limitandosi a sostenere, in maniera più laconica e diretta, che l'inammissibilità dei nuovi documenti sia diretta conseguenza della loro mancata produzione a corredo dell'atto introduttivo³⁸⁵.

A fronte di tale eccesso, la pronuncia del rito del lavoro si segnalerebbe anche per l'assenza di alcuni temi in motivazione che viceversa avrebbero necessitato di essere esaminati.

Anzitutto, l'esigenza di ricerca della verità materiale, tratto distintivo del rito del lavoro, avrebbe imposto l'esercizio di poteri istruttori tali da bilanciare l'esistenza del sistema di rigide preclusioni in esso operanti, sicchè proprio nel caso esaminato dalle Sezioni Unite, sarebbe stato opportuno un tale temperamento dal quale sarebbe derivato, forse, una decisione diversa³⁸⁶.

³⁸⁴ Barone, Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?, cit., 1697; Buoncristiani, E'irreversibile in appello l'estinzione del diritto di produrre documenti?, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 197 ss.

³⁸⁵ Cea, Trattazione ed istruzione nel processo civile, cit., 239.

³⁸⁶ Cea, *ibidem*.

Altra omissione collegabile direttamente alla fattispecie specifica esaminata, sarebbe rinvenibile nella circostanza per la quale, essendo stati i documenti acquistati direttamente dal consulente tecnico, un punto da esaminare avrebbe dovuto riguardare il tema del superamento dei limiti imposti all'attività del consulente tecnico anziché di quelli delle parti. Ed invece, in tale contesto la soluzione poco liberale emersa in seno ad un modello processuale governato da rigide preclusioni avrebbe determinato una chiusura o quantomeno un pregiudizio alla ricerca della verità materiale paragonata così all'“*araba fenicia su cui in tempi andati verseggiava il Metastasio*”³⁸⁷.

Contraddizioni altrettanto evidenti emergerebbero anche per la decisione relativa al rito ordinario³⁸⁸.

Anzitutto, l'omologazione interpretativa degli art. 437 comma 2 e 345 comma 3 a fronte della specialità del rito del lavoro nel senso che, da un lato, si afferma la specialità del rito laburistico e, dall'altro, si esclude la differenziazione a fini preclusivi tra prove costituite e costituende³⁸⁹.

Ancora, in tema di motivazione del ricorso ai poteri istruttori.

Da un lato, si sostiene che il giudice quando utilizza tali poteri è tenuto a motivarne le ragioni con provvedimento censurabile in sede di legittimità e, dall'altro, che il provvedimento con cui nel giudizio di appello non sono

³⁸⁷ Cea, Trattazione ed istruzione nel processo civile, cit., 240.

³⁸⁸ Secondo Cea, op. ult. cit. 238, la pronuncia si risolve in lungo *obiter dictum*, in palese contraddizione con il reale *decisum*.

³⁸⁹ Barone, Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?, cit., 1698. In senso analogo, Cea, Trattazione ed istruzione nel processo civile, cit., 238 per il quale l'asserita specialità del rito del lavoro rispetto a quello ordinario e l'impossibilità conseguente di omologarne le relative discipline sia un'affermazione di mero principio ridimensionata dalla portata della decisione adottata.

state ammesse le nuove produzioni documentali non è suscettibile di alcuna censura in sede di legittimità³⁹⁰.

Con riguardo alle esigenze di celerità e speditezza, per un verso, si ritiene che esse possano trovare un parziale ridimensionamento in fase di gravame e, per altro verso, si evidenzia che il mancato richiamo dell'art. 184 nella disciplina del giudizio di appello, relativamente alla facoltà del giudice di primo grado di concedere un termine ulteriore per la produzione dei documenti, si giustificerebbe con l'accentuazione in fase di gravame delle citate esigenze di concentrazione delle attività assertive e probatorie³⁹¹.

Invero, la contraddittorietà delle argomentazioni della pronuncia relativa al rito ordinario, definita un "*caso di schizofrenia giurisprudenziale*" si evincerebbe anche considerando che in realtà la motivazione della pronuncia sembrerebbe affermare un'interpretazione *liberal* dell'art. 345 comma 3, mentre il reale *decisum* sarebbe indiscutibilmente in controtendenza smentendone, in sostanza, le motivazioni³⁹².

Infine, ulteriore antinomia rilevata sarebbe relativa alla circostanza per la quale il giudizio di indispensabilità mal si adeguerebbe alla prova documentale.

³⁹⁰ Barone, *ibidem*.

³⁹¹ Barone, Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?, cit., 1698.

³⁹² Cea, op. cit., 243 il quale ribadisce che "*mentre in motivazione si sostiene che, stante l'impossibilità di omologare il rito ordinario a quello del lavoro, l'art. 345 comma 3 consente l'ammissione delle nuove prove anche in deroga alle preclusioni di primo grado, purchè indispensabili ai fini della decisione, la statuizione concretamente adottata si caratterizza per il fatto che la produzione documentale dell'appellante è stata dichiarata inammissibile perché tardiva al maturare delle preclusioni probatorie ex art. 184 c.p.c.*".

Ciò per un argomento essenzialmente esegetico in quanto il verbo “*proporre*” contenuto nell’art. 345 sarebbe riferibile solo alle prove costituenti e non anche ai documenti che, viceversa, si “*producono*”³⁹³.

In particolare, il difficile adeguamento del disposto del comma 3 dell’art. 345 alla prova documentale è chiaro non tanto nella parte in cui genericamente si escludono i nuovi mezzi di prova, bensì in quella relativa all’ipotesi in cui, derogandosi a siffatta limitazione, si prevedrebbe il caso in cui la parte dimostri di non aver potuto “*proporli nel giudizio di primo grado*”. Tale ultima locuzione potrebbe riferirsi solo alle prove costituenti e non anche ai documenti³⁹⁴.

In merito alla seconda categoria, è stato osservato le pronunce prescinderebbero dal valore della giusta composizione della controversia privilegiando l’esegesi, l’interpretazione letterale ed “*altre cose*”; il valore della giusta composizione della controversia verrebbe sacrificato sull’altare della ragionevole durata del processo attraverso l’affermazione secondo cui le nuove produzioni potrebbero dar luogo alla possibilità che nel corso del processo si innestino procedimenti di querela di falso, istanze di verifica ed assunzione di prove contrarie³⁹⁵.

³⁹³ Balena, Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità, cit.

³⁹⁴ Secondo Balena, op. ult. cit., se il divieto di *nova* è riferibile anche ai documenti, bisogna di conseguenza ammettere che la formulazione della norma palesa limiti di approssimazione ove derogando al divieto per l’ipotesi della causa non imputabile, si riferisce solo alla mancata proposizione e non anche alla mancata produzione.

³⁹⁵ Proto Pisani, Nuove prove in appello e funzione del processo, in *Foro it.*, 2005, 1699. Osserva l’autore che la “*mera esegesi non è mai sufficiente ad interpretare la legge scritta, poichè alla base di ogni interpretazione vi è sempre un corposo giudizio di valore. Il processo è strumentale rispetto al diritto sostanziale: deve per quanto possibile dare e non negare a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che gli è assicurato dal diritto sostanziale: deve cioè per quanto possibile tendere alla giusta composizione della controversia*”.

Le opzioni delle Sezioni Unite si presterebbero ad ulteriori rilievi sotto il profilo dell'esegesi e la logica formale.

Quanto al primo profilo, la produzione dei documenti non è in alcun modo menzionata negli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3 ed ancora la giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 437 comma 2 sarebbe stata ritenuta applicabile anche al rito ordinario³⁹⁶.

Da un punto vista pratico, sarebbe difficile sostenere che il giudice alla presenza di un documento prodotto possa ritenere non indispensabile l'acquisizione al giudizio di quel documento di cui abbia già - in punto di esame del requisito dell'indispensabilità - verificato l'utilità ai fini di una ricostruzione dei fatti controversi diversa da quella della sentenza appellata.

Da uno teorico, l'ammissibilità delle nuove produzioni documentali subordinata al requisito dell'indispensabilità avrebbe senso solo ove fosse possibile escludere non solo la produzione ma anche la riproduzione (o il mero richiamo) dei documenti prima della valutazione di indispensabilità³⁹⁷. Una tale disposizione manca per le produzioni documentali in grado di appello essendo, viceversa, prevista solo nei processi verbali della testimonianza assunta a futura memoria o all'accertamento tecnico o ispezione preventiva ove la valutazione di ammissibilità e rilevanza sarebbe relativa non al documento in senso stretto ma all'istanza di prova testimoniale o accertamento tecnico richiesta in via preventiva e rinnovata nel corso del processo a cognizione

³⁹⁶ Proto Pisani, Nuove prove in appello e funzione del processo, cit., 1700.

³⁹⁷ Proto Pisani, *ibidem*.

piena. Viceversa, per i documenti ciò non sarebbe possibile in quanto la valutazione di ammissibilità, rilevanza e indispensabilità presupporrebbe necessariamente la riproduzione del loro contenuto³⁹⁸.

Più in generale è stato comunque notato come il *decisum* delle Sezioni Unite abbia rotto una tradizione giurisprudenziale ultraventennale incrinando un sistema che aveva trovato sia un giusto punto di equilibrio che un adeguato coefficiente di elasticità³⁹⁹.

L'opzione privilegiata di concentrazione e speditezza in nome della ragionevole durata del processo, che non sarebbe comunque lesa dalla produzione in appello di documenti in grado di capovolgere l'esito della causa⁴⁰⁰, verrebbe perseguita in modo errato solo sul terreno delle tecniche processuali attraverso la previsione di rigide preclusioni e soltanto attraverso una fissazione formale dei fatti rilevanti, anche se non corrispondente alle risultanze processuali versate in atti con le conseguenti difficoltà nella prova del fatto nuovo eccepito per la prima volta in appello che dipenderà così dalla discrezionalità del giudice⁴⁰¹.

Dalla prospettiva inerente l'analisi della contrapposizione tra il principio di libertà e quello di preclusione, le Sezioni Unite avrebbero optato per il principio di ultrattività delle preclusioni, ritenuto funzionale al conseguimento della ragionevole durata del processo ma pregiudizievole

³⁹⁸ Proto Pisani, *ibidem*.

³⁹⁹ Oriani, Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345 comma 2, c.p.c. (II), in *Corr. giur.*, 2005, 1156 ss.

⁴⁰⁰ Oriani, op. ult. cit., 1173 il quale nota che molte Corti d'Appello fissano l'udienza di discussione del processo di appello nel rito del lavoro a distanza di qualche anno dal deposito del ricorso.

⁴⁰¹ Oriani, *ibidem*.

rispetto all'attuazione di altrettanto importanti principi costituzionali quali il diritto di difesa e quello ad una decisione giusta.

Le preclusioni, lungi dall'abbreviare il processo, sarebbero di ostacolo al diritto di difesa delle parti⁴⁰². L'esigenza di concentrazione e speditezza in nome della quale si escludono i nuovi documenti dal grado di appello, non incontrerebbe rallentamenti a causa di incidenti quali la querela di falso o la verifica della scrittura privata poiché tale evenienza è più teorica che reale, trattandosi di ipotesi marginali⁴⁰³.

Il principio di ragionevole durata del processo dovrebbe allora coordinarsi con quello di difesa e del contraddittorio evitando che le preclusioni rendano il processo irragionevole⁴⁰⁴.

In tale ottica, occorrerebbe trovare un giusto bilanciamento che non determini un'adozione incondizionata al sistema di preclusioni a scapito di altri valori costituzionali rispetto ai quali occorrerebbe ricercare un punto di equilibrio.

Ed invece, sul punto le Sezioni Unite sarebbero state carenti⁴⁰⁵.

Al fine di un giusto temperamento tra i principi, sarebbe stato opportuno statuire che il sistema delle preclusioni dovesse essere considerato in rapporto all'intero processo non già sul singolo grado.

Così, ove in un grado le scelte di valore abbiano privilegiato determinate esigenze limitandone altre, negli ulteriori gradi si dovranno effettuare

⁴⁰² Socci, *Le preclusioni alle produzioni documentali*, cit., 101.

⁴⁰³ Nello stesso senso Proto Pisani, *Nuove prove e funzione del processo*, cit., 1700.

⁴⁰⁴ Socci, *ibidem*; Proto Pisani, *Nuove prove in appello e funzione del processo*, cit., 1699.

⁴⁰⁵ Cea, *op. cit.* 251.

valutazioni differenti favorendo le esigenze che nel grado precedente erano state comprese.

Così ragionando se in primo grado le preclusioni sono molto accentuate con possibile compromissione del valore dell'accertamento veritiero dei fatti, nel grado successivo sarebbe parso più logico che il legislatore in una ragionevole ricerca di equilibrio avesse consentito in appello il recupero tramite la valutazione di indispensabilità del mezzo istruttorio⁴⁰⁶.

Altro modo per limitare l'affermata ultrattività delle preclusioni negherebbe alla radice la possibilità di nuove produzioni documentali con riguardo ai fatti principali e a quelli secondari, con la conseguente violazione del diritto di difesa.

La soluzione potrebbe, allora, rinvenirsi nel potere del giudice di distinguere in caso di contestazioni tardive tra dilatorie e non tenendo, altresì, in considerazione se si tratti di un fatto principale o secondario.

Detto in senso più generale, secondo tale orientamento, nulla vieterebbe che pur in presenza di preclusioni maturate nel giudizio di primo grado, in appello si apra la possibilità a nuove allegazioni e a nuove richieste probatorie. Sarebbe assolutamente logico, cioè, che a fronte della presenza di un sistema più o meno rigido di preclusioni si preveda la possibilità di un ampio recupero dello *ius novorum* in appello⁴⁰⁷.

Ciò a maggior ragione considerando la provvisoria esecutività *ex lege* della sentenza soggetta ad appello, idonea a garantire la centralità del giudizio di primo grado e a limitare il rischi di tattiche difensive dilatorie, sicchè

⁴⁰⁶ Cea, op. cit., 255.

⁴⁰⁷ Balena, Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità, cit.

l'apertura ai *nova* in appello costituirebbe un giusto temperamento tra l'esigenza di celerità e quella di avere una decisione giusta⁴⁰⁸.

Probabilmente la censura più rilevante alle opzioni di fondo della Corte si rinviene nella scarsa compatibilità tra il divieto di *nova* e la nozione di indispensabilità, da una parte, e la prova documentale, da un'altra.

I profili evidenziati partono da una particolare ricostruzione della nozione di indispensabilità che non potrebbe avere una portata autonoma ed oggettiva che non sia quella di un potere assolutamente discrezionale, a meno che non la si voglia ancorare ai soli fatti allegabili in grado di appello e cioè quelli estintivi, impeditivi o modificativi integranti le eccezioni in senso lato⁴⁰⁹.

La nozione di indispensabilità emergente dalla pronuncia del rito ordinario condurrebbe a risultati lesivi del principio della parità delle armi in quanto, essendo espressamente riferita solo al rovesciamento della decisione impugnata, sembrerebbe consentire le nuove produzioni documentali solo all'appellante, senza che vi sia una valida ragione per discriminare tanto l'accertamento negativo rispetto a quello positivo, quanto per distinguere a seconda che i nuovi mezzi di prova siano sollecitati dall'appellante che aspira ad un rovesciamento della decisione, anziché dall'appellato⁴¹⁰.

Da tali premesse, l'indispensabilità non sembrerebbe potersi distinguere "*qualitativamente*" dalla rilevanza rappresentandone una specificazione ed

⁴⁰⁸ Balena, *ibidem*.

⁴⁰⁹ Sul punto, tuttavia, l'autore dubita che il legislatore abbia voluto riferirsi ad una tale ipotesi.

⁴¹⁰ Con l'ovvia salvezza di eventuali impugnazioni incidentali.

un adattamento alla peculiarità del giudizio di appello ove il collegio non potrà prescindere dall'accertamento dei fatti già compiuto in primo grado. Così il mezzo di prova sarà indispensabile non *“tutte le volte che si riveli idoneo a provare i fatti oggetto della richiesta probatoria, ma soltanto quando, tenuto conto del quadro probatorio acquisito nel primo processo, esso appaia capace di sovvertire il verdetto di primo grado o, più in generale, ogniqualvolta il giudice di appello muovendo dalla valutazione del materiale probatorio già disponibile, ritenga di poter attingere dal nuovo mezzo di prova elementi comunque utili a consentirgli un più veritiero accertamento dei fatti rilevanti della decisione”*⁴¹¹.

Da tale ricostruzione ⁴¹², deriverebbe l'incompatibilità tra indispensabilità e prova documentale, poiché la valutazione del primo termine del raffronto necessiterebbe di un giudizio prognostico simile a quello di rilevanza ma distinto e diverso da quello avente ad oggetto il risultato della prova.

Si chiederebbe, cioè, al giudice di valutare in anticipo la concreta possibilità che il mezzo di prova conduca all'accertamento di fatti rilevanti per la decisione e da tale valutazione preventiva ed ipotetica dipenderebbe l'ammissione della prova stessa. Per le prove costituenti *nulla quaestio*; viceversa, ciò non sarebbe sensato per i documenti poiché qui la valutazione del giudice sarebbe relativa in via diretta alla

⁴¹¹ Balena, *ibidem*.

⁴¹² Secondo Balena, pur essendo vero che così ricostruito il requisito dell'indispensabilità si mostra inidoneo ad individuare efficacemente le nuove prove, va comunque rilevato che altre ricostruzioni sistematicamente più plausibili paiono essere mancate. Ad ogni modo, una siffatta ricostruzione fa derivare che l'apertura ai *nova* nel processo di appello debba essere intesa come un evento tutt'altro che normale.

rappresentazione dei fatti risultanti dal documento, senza alcuna verifica di natura preventiva⁴¹³.

Pertanto, i nuovi documenti in appello se hanno ad oggetto dei fatti (principali o secondari) rilevanti e possono servire al giudice *ad quem* per l'accertamento positivo o negativo sarebbero sempre per ciò stesso indispensabili anche qualora si finisca col subordinare ad una valutazione del giudice (pur non arbitraria né insindacabile) l'esercizio di un'attività processuale che *"fino a ieri, si riteneva costituisse un vero e proprio diritto delle parti"*⁴¹⁴.

§ 7. L'INFLUENZA DELLE PRONUNCE DELLE SEZIONI UNITE: I DUBBI PERMANENTI DELLA DOTTRINA, L'INTEPRETAZIONE ADESIVA DELLA GIURISPRUDENZA, LA SOLUZIONE DEL LEGISLATORE

Le decisioni del 2005 sono state da subito integralmente recepite nella giurisprudenza successiva, salvo qualche decisione in senso contrario.

La definizione di indispensabilità formulata in seno alla pronuncia avente ad oggetto il rito ordinario per quanto possa essere considerata in un certo senso chiarificatrice non ha certo dissipato i dubbi ancora oggi esistenti.

⁴¹³ Si osserva sul punto che *"se volesse riferirsi la valutazione dell'indispensabilità anche ai documenti, dovrebbe sostenersi che il giudice deve dapprima esaminare e valutare il (nuovo) documento per la sua idoneità a dar prova di fatti rilevanti (o, se si preferisce, decisivi) per l'esito dell'impugnazione, e poi scartare, in quanto inammissibile, quello che ritenga inadatto allo scopo; il che, però, si tradurrebbe in un'evidente commistione dei concetti di ammissibilità e rilevanza della prova, giacché l'inammissibilità verrebbe a coincidere, di fatto, con l'inutilità o la superfluità della prova... V'è da chiedersi quale plausibilità abbia una soluzione che pretenderebbe di far discendere l'inammissibilità del nuovo documento, e dunque, l'impossibilità di tener conto di esso ai fini della decisione, dal giudizio con cui il giudice, dopo aver esaminato e valutato il contenuto del documento, stabilisca che quest'ultimo non gli è utile o necessario, per l'appunto, per la definizione dell'appello"*.

⁴¹⁴ Balena, *ibidem*.

Anzi, se fosse possibile, quasi rassegnati dall'impossibilità di riuscire in qualche modo a delimitarne l'ambito, una parte della dottrina è giunta a formulare ricostruzioni volte o ad equiparare l'indispensabilità alla rilevanza, oppure tali da privare la nozione di uno specifico contenuto ora qualificandola in senso assolutamente restrittivo, ora proponendo interpretazioni in senso sostanzialmente abrogante.

Il punto di partenza di tale ultimi indirizzi può essere individuato nel rapporto corrente tra la nozione di indispensabilità e quella di rilevanza.

A seconda dell'omologazione delle nozioni o della loro distinzione possono distinguersi ulteriori percorsi interpretativi.

Dal primo punto di vista, è stato osservato che le due nozioni sarebbero indifferenziabili, finirebbero, cioè, per sovrapporsi.

In tal senso, la rilevanza si riferirebbe più direttamente al fatto che si intende dimostrare, anziché allo strumento probatorio da utilizzare⁴¹⁵, mentre l'indispensabilità si relazionerebbe in via più diretta allo strumento probatorio propriamente considerato come tale, anziché *thema probandum*⁴¹⁶.

Come per la rilevanza, anche all'indispensabilità sarebbe così applicabile la traslazione semantica dal mezzo al fatto.

L'apprezzamento dell'indispensabilità quale relazione di esclusività del mezzo al fine porterebbe, da un lato, all'introduzione dell'onere di una prova a contenuto negativo dal carattere diabolico (la prova

⁴¹⁵ Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, cit., 9 ss.

⁴¹⁶ Raiti, Due grandi arretrati delle sezioni unite sull'ammissione di nuovi documenti nell'appello ordinario e in quello del lavoro, in *Giust. civ.*, 2006, 1, 144 ss.

dell'insussistenza di altro mezzo di prova che non sia quello indispensabile) e, dall'altro, svuoterebbe di contenuto la portata precettiva delle norme che la contengono, la cui peculiarità è certamente quella di regolare i limiti di ammissibilità dei *nova* istruttori in appello⁴¹⁷.

L'unicità o meno del mezzo di prova per la dimostrazione del fatto decisivo sarebbe irrilevante atteso che il vero fulcro della questione andrebbe individuato nello stabilire come la deroga al divieto generale di nuove prove influisca sul disegno complessivo delle preclusioni istruttorie del processo di primo grado.

Ed allora, la differenziazione sul piano meramente quantitativo delle due nozioni diventerebbe assolutamente complicata quando i mezzi istruttori si riferiscano agli stessi fatti di causa già rilevanti in primo grado poiché, come per la rilevanza, qualunque fatto potenzialmente idoneo a determinare un'alterazione dell'assetto della soccombenza definito nella sentenza di primo grado, ovvero una sua conferma, necessiterebbe di una nuova prova indispensabile.

Alla luce della difficoltà di differenziare le due nozioni, si è optato per una ricostruzione di indispensabilità in senso assolutamente restrittivo.

La prova sarebbe indispensabile in relazione a quei fatti che mostrino solo successivamente al primo grado la loro rilevanza ai fini della decisione⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Raiti, *ibidem*.

⁴¹⁸ App. Caltanissetta, 24.04.2009, edita in *Giur. it.*, 2010, 915 e ss., con nota di Raiti, La Corte d'appello nissena per una nozione rigorosa, ma certa, della indispensabilità dei *nova* istruttori nell'appello civile ordinario. La ricostruzione è già stata citata allorquando si è riferito più in generale dell'interpretazione giurisprudenziale della nozione di indispensabilità.

Tale idea, che probabilmente non avrebbe necessitato di previsioni normative, è stata ritenuta una soluzione ai risultati mai pienamente appaganti conseguiti ed è stata, altresì, apprezzata anche in chiave esegetica per il fatto di evocare la condizione di necessità, ontologicamente propria delle prove protese alla dimostrazione storica di fatti che svelino la loro ordinaria rilevanza solo successivamente al primo grado⁴¹⁹.

Con una scelta siffatta si limiterebbero gli ampissimi poteri discrezionali insiti nella nozione di indispensabilità⁴²⁰ e si favorirebbe l'idea di un legislatore che individui nell'appello un rimedio alle negligenze delle prime cure, lasciando entrare in fase di gravame ciò che mostri di poter influire sulla decisione, secondo una valutazione modulata esclusivamente in rapporto al contesto in cui viene formulata l'istanza istruttoria⁴²¹.

Dalla diversa prospettiva della difficile, seppur necessaria, distinzione tra le due nozioni, giustificata anche dall'osservazione secondo cui ragionando diversamente, gli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3 finirebbero per non prevedere alcuna preclusione, dovendosi evidentemente ammettere sempre e solo mezzi di prova rilevanti (o meglio aventi ad oggetto fatti rilevanti), si è evidenziato come l'individuazione di quel *quid pluris* che pure dovrebbe caratterizzare l'indispensabilità sia comunque di difficile determinazione.

⁴¹⁹ Raiti, op. ult. cit., 919.

⁴²⁰ Raiti, *ibidem*.

⁴²¹ Raiti, op. ult. cit., 920.

In via di semplificazione, allora, si perverrebbe ad un'interpretazione sostanzialmente abrogante della nozione⁴²².

Apprezzare la decisività della prova in relazione al suo spessore contenutistico, altro non potrebbe significare se non che essa sia destinata a provare i fatti rilevanti per la causa.

Ed infatti, mentre dalla valutazione del mezzo di prova potrebbe giungersi ad affermare una differenza tra mezzi decisivi e meno decisivi, allorquando bisogna decidere in merito all'indispensabilità della prova ai fini dell'ammissione in giudizio, si dovrebbe considerare solo se l'oggetto del mezzo di prova sia rilevante o non rilevante⁴²³.

Dal che non potrebbe non derivare una coincidenza assoluta tra il giudizio di indispensabilità e quello di rilevanza.

Con una grossa differenza: quella insita nella discrezionalità del giudice per quanto attiene all'indispensabilità, a fronte del canone razionale dato dalla norma giuridica dalla cui applicazione deriva il confine tra fatti rilevanti e fatti irrilevanti, in merito alla rilevanza.

Allora, al fine uscire da una situazione interpretativa tanto controversa, bisognerebbe forse privare la nozione di indispensabilità del suo reale contenuto specifico affermando che indispensabili sarebbero quei mezzi di prova che il giudice d'appello avrebbe dovuto ammettere applicando i principi generali del processo, prescindendo cioè dai precetti di cui agli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3.

⁴²² Bove, Sulla produzione di nuovi documenti in appello, cit., 303 ss.

⁴²³ Bove, op. ult. cit.

La nozione di indispensabilità rinvierebbe semplicemente all'operatività dei principi generali del processo in materia di preclusioni⁴²⁴.

Così ragionando, l'indispensabilità del nuovo mezzo istruttorio potrebbe collegarsi o alla necessità di dare ingresso nel processo a vere novità, o a quella emergente dalla dialettica processuale⁴²⁵.

Le parti potranno così esercitare i nuovi poteri istruttori quando sia consentito allegare nuovi mezzi di attacco o di difesa o quando, pur rimanendo nell'ambito dei fatti già allegati, sia consentito formulare nuove istanze istruttorie o produrre nuovi documenti⁴²⁶.

Se i dubbi della dottrina permangono, dal canto suo, la giurisprudenza di merito e di legittimità si è omologata ai principi espressi dalle Sezioni Unite, poiché solo in casi del tutto sporadici, è stato evocato l'orientamento permissivo in tema di nuove produzioni documentali in appello vigente incontrastato fino al 2003 e di lì poi alquanto avversato fino all'intervento delle Sezioni Unite del 2005.

In una pronuncia di appena due mesi successiva a quelle delle Sezioni Unite, viene richiamato il precedente orientamento maggioritario nel

⁴²⁴ Bove, *ibidem*.

⁴²⁵ Nello steso senso: Cecchella - Vaccarella - Capponi, *Il processo civile dopo le riforme*, cit., 295; Fornaciari, *L'attività istruttoria nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice*, cit.; Cavallini, *Le Sezioni Unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano*, cit., 954.

⁴²⁶ Si pensi al caso di novità oggettive successivamente intervenute come l'accadimento di un fatto nuovo, perciò non allegabile in precedenza, o allorquando intervenga una modificazione normativa tale da rendere rilevanti fatti che prima non lo erano. Ancora si pensi a quelle situazioni legate all'attuazione del contraddittorio tra le parti, alle ipotesi in cui il giudice disponga d'ufficio i mezzi di prova o allorquando il giudizio di primo grado si sia concluso con l'accoglimento di un'eccezione pregiudiziale (tranne quella di difetto di giurisdizione) o preliminare.

senso che il “il divieto di produzione di nuovi mezzi di prova va riferito alle prove costituenti e non anche a quelle precostituite”⁴²⁷.

Analogamente, seppur in via meno diretta, in una ulteriore pronuncia di poco successiva, con riferimento all’art. 210 c.p.c. è stato ritenuto che l’istanza di esibizione possa essere proposta in appello per la prima volta, poiché strumentale all’acquisizione di prove precostituite cui risulterebbe inapplicabile il divieto di cui all’art. 345 comma 3⁴²⁸.

Nell’arco temporale che va dalle pronunce delle Sezioni Unite all’intervento del legislatore del 2009, la giurisprudenza di merito e di legittimità si è caratterizzata per aver recepito integralmente i principi enunciati, salvo alcuni temperamenti comunque tali da non contrastare la linea generale di ammissibilità in appello dei soli documenti indispensabili o di quelli non prodotti in primo grado per causa non imputabile.

Le decisioni, da un lato, ribadiscono che i documenti per trovare ingresso nel giudizio di appello debbono essere sottoposti al vaglio di indispensabilità sia nel rito del lavoro⁴²⁹ che in quello ordinario⁴³⁰ e, dall’altro, che la nozione di indispensabilità può essere individuata con

⁴²⁷ Cass. 27.06.2005 n. 13738.

⁴²⁸ Cass. 06.08.2007 n. 17172. Viceversa secondo Cass. 11.11.2009 n. 24414, in rigido ossequio alla modifica legislativa del 2009 dell’art. 345, è stato affermato che l’istanza di esibizione *ex art.* 210 debba essere sottoposta agli stessi limiti di ammissibilità *ex art.* 345 comma 3, sicchè essa risulterebbe inammissibile ove non formulata già nel giudizio di primo grado.

⁴²⁹ Cass. 13.03.2009 n. 6188 *cit.*; Cass. 10.07.2008 n. 18884; Cass. 05.07.2007 n. 15228; Cass. 25.06.2007 n. 14696; Cass. 21.12.2006 n. 27286; Cass. 17.11.2006 n. 24459; Cass. 09.11.2006 n. 23882; Cass. 22.05.2006 n. 11992.

⁴³⁰ Cass. 19.05.2008 n. 12652; App. Napoli, 12.05.2008 n. 1726; Cass. 09.04.2008 n. 9274; Cass. 19.10.2007 n. 22014; Cass. 26.06.2007 n. 14766; Cass. 25.01.2007 n. 1656; Cass. 20.11.2006 n. 24606 *cit.*; App. Bari 24.05.2006 n. 480 *cit.*

riferimento a quelle prove aventi influenza causale più incisiva rispetto a quelle solo rilevanti⁴³¹.

Con la legge 69/2009 il divieto di nuove produzioni documentali è stato recepito nell'art. 345 attraverso la previsione di due incisi volti a rendere esplicito a livello normativo ciò che già la giurisprudenza di legittimità e di merito aveva eretto a rango di principio consolidato.

Così, le pronunce successive alla riforma a riforma del 2009 hanno ribadito sia per il rito del lavoro che per quello ordinario, i principi già espressi a far data dalle pronunce del 2005⁴³², senza che ovviamente potessero registrarsi orientamenti differenti.

Devono, tuttavia, segnalarsi alcune pronunce che, pur non discostandosi da quanto statuito dalle Sezioni Unite e recepito nella modifica legislativa del comma 3 dell'art. 345, hanno espresso posizioni più articolate in senso forse meno restrittivo e dettate, probabilmente, dalla particolarità dei documenti che le parti intendevano produrre.

In una recentissima, è stato statuito che la producibilità di un documento attinente la dimostrazione di una condizione dell'azione non soggiace alla preclusione stabilita per la deduzione di nuove prove in appello⁴³³.

⁴³¹ Cass. 20.06.2006 n. 14133 cit.; Cass. 19.04.2006 n. 9120 cit. e sostanzialmente la giurisprudenza citata nella nota precedente.

⁴³² In tal senso: Cass. 21.06.2011 n. 13606 cit.; Cass. 22.03.2011 n. 6498 cit.; Cass. 23.12.2010 n. 26009; App. Bari 25.10.2010 n. 5150; App. Roma 15.09.2010 n. 3587; Cass. 07.07.2010 n. 3470; Cass. 14.06.2010 n. 14198; Cass. 27.05.2010 n. 12992; Cass. 11.05.2010 n. 11346; Cass. 04.03.2010 n. 5217; Cass. 02.10.2009 n. 21124; Cass. 09.03.2009 n. 5642, in *Foro it.*, 2009, 2094 con nota di Massetani Prove indispensabili e prove necessarie: I poteri del giudice.

⁴³³ Cass. 03.01.2011 n. 71 ove si è ritenuto producibile il certificato di destinazione urbanistica di un terreno, nell'ambito di un giudizio *ex art.* 2932 c.c.

In un'altra, è stato sancito che dovevano escludersi dal divieto di cui al comma 3 dell'art. 345 quei documenti dal carattere meramente integrativo rispetto a quelli ritualmente prodotti in primo grado⁴³⁴.

Infine, si è affermato che l'allegazione di pagamenti non sarebbe preclusa in appello riferendosi ad un fatto estintivo operante di diritto e rilevabile anche d'ufficio⁴³⁵.

In conclusione, l'intervento del legislatore del 2009 se per un verso ha eliminato almeno formalmente ogni incertezza in merito all'estensione del vaglio di indispensabilità anche alle produzioni documentali, per l'altro, non ha fornito elementi utili alla individuazione dei contorni della nozione di indispensabilità.

Anzi considerata in senso più ampio, la riforma del 2009 ha, se possibile, reso ancor più complessa la materia delle nuove prove in appello.

Ciò appare alquanto evidente se rapportato alla novità costituita dal procedimento sommario di cognizione disciplinato dagli articoli 702 *bis* e ss. c.p.c.

La riflessione deriva più specificamente dalla norma di cui all'art. 702 *quater* c.p.c..

La tematica sarà trattata nello specifico nel prossimo capitolo, tuttavia qui basterà semplicemente evidenziare la discrasia emergente tra quanto statuito dagli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3 e quanto previsto dal citato art. 702 *quater*.

⁴³⁴ Cass. 09.03.2010 n. 5668. Nella fattispecie erano stati prodotti in primo grado le fotocopie di alcuni documenti mentre in grado di appello si è provveduto alla produzione degli originali di quegli stessi documenti.

⁴³⁵ Cass. 02.11.2009 n. 23142.

In tale ultima norma viene espressamente fissato che, ai fini dell'ammissione di nuove prove nel giudizio avente ad oggetto l'appello avverso l'ordinanza emessa ai sensi del comma sesto dell'art. 702 *ter*, la valutazione che il collegio dovrà compiere sarà quella di rilevanza ai fini della decisione⁴³⁶.

Considerando la mai risolta incertezza interpretativa relativa alla nozione di indispensabilità, ci si sarebbe forse aspettati contestualmente all'intervento sul comma 3 dell'art. 345, una scelta legislativa che pur non definitivamente risolutiva o semplificativa, avrebbe quanto meno evitato di rendere ancor più gravose le scelte dell'interprete.

In tale ottica ed in linea di principio, in senso almeno conservativo delle persistenti incertezze, il legislatore avrebbe forse potuto riproporre in seno all'art. 702 *quater* la nozione di indispensabilità.

E' facile comprendere come ciò non avrebbe comunque fornito un grande aiuto ma almeno non avrebbe aggiunto per l'interprete il raffronto con un ulteriore elemento di contraddizione dal quale districare la già complessa materia delle nuove prove in appello.

Tuttavia, da quanto si dirà nel capitolo successivo, si potrà agevolmente comprendere il motivo della diversa scelta del legislatore, da leggersi in riferimento alla sommarietà del nuovo procedimento cui all'art. 702 *bis* e ss., rispetto alla quale si pongono problemi di non poco momento.

⁴³⁶ Accanto ad essa viene riprodotta pedissequamente la seconda ipotesi di ammissibilità di nuovi mezzi di prove del comma 3 dell'art. 345.

CAPITOLO III

LA RILEVANZA DEI NUOVI MEZZI DI PROVA NEL GIUDIZIO DI APPELLO AVVERSO L'ORDINANZA CONCLUSIVA DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La nozione di rilevanza: profili funzionali ed interpretazione della dottrina - 3. Il giudizio di rilevanza: struttura ed oggetto - 4. Il procedimento sommario di cognizione: profili generali - 5. La sommarietà del procedimento chiave interpretativa per la selezione delle nuove prove in appello - 6. La rilevanza dei nuovi mezzi di prova

§ 1. PREMESSA

Come anticipato alla fine del capitolo precedente, l'ultima riforma del processo civile ha inciso sulla materia delle nuove prove in appello non solo per l'intervento sul comma 3 dell'art. 345 che, come visto, può ritenersi più chiarificatore che innovatore in quanto volto a recepire l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite con le famose pronunce 8202 e 8203/05, ma soprattutto per l'introduzione agli articoli 702 *bis*, *ter* e *quater* di un nuovo strumento processuale denominato procedimento sommario di cognizione.

E' proprio tale istituto a fornire ulteriori spunti di analisi ed ovviamente è la disciplina prevista dall'art. 702 *quater* a richiedere un approfondimento.

Tale norma individua due criteri per l'ammissione dei nuovi mezzi di prova nel giudizio di appello avverso l'ordinanza pronunciata all'esito del procedimento sommario di cognizione: la loro rilevanza ai fini della

decisione e la mancata proposizione in primo grado per causa non imputabile alla parte.

Il criterio della rilevanza sostituisce quello dell'indispensabilità ed, analogamente al comma 3 dell'art. 345, il legislatore ha previsto un'ipotesi generale di rimessione in termini.

L'esame di tale scelta legislativa sarà oggetto del presente capitolo: occorrerà comprendere le ragioni della previsione di una tale disciplina differenziata.

Il legislatore, cioè, sembra aver approntato un criterio diverso per l'ammissione delle nuove prove in appello a seconda che il giudizio di primo grado si sia svolto secondo le forme del rito ordinario o di quelle del lavoro, oppure secondo quelle semplificate previste dalla disciplina del nuovo procedimento sommario di cognizione.

Al fine di affrontare il suddetto tema, sarà però necessario, preliminarmente, soffermarsi sulla nozione di rilevanza.

Successivamente, occorrerà delineare brevemente i caratteri peculiari del nuovo procedimento sommario di cognizione ed in particolare della sua struttura che potrebbe costituire la chiave interpretativa utile a comprendere la scelta del legislatore di consentire l'ingresso in grado di appello i nuovi mezzi di prova semplicemente rilevanti anziché indispensabili.

Sotto tale profilo, sorvolando sulla poco felice formulazione della norma di riferimento, la scelta del legislatore, in evidente disarmonia con la disciplina vigente per il rito ordinario e per quello del lavoro, sembrerebbe

ispirata da una sorta di intento recuperatorio della cognizione piena, al fine di sopperire ad eventuali insufficienze sul piano delle garanzie derivate dalla sommarietà del primo grado.

Infine, si valuteranno i risultati raggiunti, confrontandoli con quelli conseguiti nel capitolo precedente allorché si è esaminato il profilo relativo alla novità della prova quale presupposto dell'indispensabilità ed evidenziandone l'incidenza proprio su tale nozione.

§ 2. LA NOZIONE DI RILEVANZA: PROFILI FUNZIONALI E INTERPRETAZIONE DELLA DOTTRINA

In via del tutto generale, può dirsi che la nozione di rilevanza viene in evidenza allorché bisogna determinare quali elementi probatori possano trovare ingresso nel processo.

Il nostro ordinamento prevede accanto al criterio logico della rilevanza, quello tipicamente giuridico dell'ammissibilità.

Il rapporto tra essi è di ordine logico. Sebbene sia stato autorevolmente osservato che la priorità spetti al criterio di rilevanza dal momento che in relazione ad una prova irrilevante non avrebbe senso chiedersi se essa sia o meno giuridicamente ammissibile in virtù dell'evidente inutilità della sua acquisizione⁴³⁷, pare più congruo ritenere il contrario, dando prevalenza alla valutazione giuridica di ammissibilità dello strumento probatorio rispetto a quella logica.

⁴³⁷ Taruffo, La prova dei fatti giuridici, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, III, 2, 1, 1992, 337, 338.

In via di prima approssimazione, una prova è rilevante se appare dotata di una certa utilità per l'accertamento dei fatti su cui si fonda la controversia; è ammissibile se non contrasta con le norme che regolano i mezzi di prova previsti dalla legge⁴³⁸.

Tali due criteri sono finalizzati ad impedire che trovino ingresso nel processo tutte le prove dedotte dalle parti anche se prive di una effettiva utilità rispetto alla decisione della causa.

La *ratio* sottesa alla nozione di rilevanza è dunque quella di evitare lo spreco di tempo e di attività processuale che l'esperimento di una prova già *prima facie* inutile richiederebbe; inoltre, non si vuole consentire che le parti complichino e prolunghino *ad libitum* l'andamento del processo attraverso la proposizione di prove non concludenti e manifestamente inutili⁴³⁹.

Pur costituendo la nozione in esame una condizione generale di ammissibilità delle prove all'interno del processo, il legislatore non ne ha formulato una definizione espressa; né a tal fine paiono essere di grande aiuto le norme che ad essa si riferiscono anche in via indiretta⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, Padova, 1970, 3.

⁴³⁹ Taruffo, Studi, sulla rilevanza della prova, cit., 4, 5 il quale osserva che "tale esigenza è tanto sentita dal legislatore, che si preferisce correre il rischio di non utilizzare una prova che potrebbe essere anche efficace, ma che a prima vista appare irrilevante, concedendo al giudice la facoltà di eliminare dal processo quelle prove che non rivelino immediatamente la loro utilità per l'accertamento dei fatti dedotti in giudizio a sostegno delle domande". Nello stesso senso Verde, voce Prova in generale: b) Teoria generale e diritto proc. civ., in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 619 per il quale "il giudice nell'indirizzare la sua attività di ricerca, deve seguire un ovvio criterio di economia evitando le indagini inutili e superflue".

⁴⁴⁰ Si colgono riferimenti al principio di rilevanza all'interno di norme relative ai singoli mezzi di prova, anche se il linguaggio usato dal legislatore è alquanto vario in ragione della portata generale del termine rilevanza, inadatto ad esprimere le variazioni di significato che sono apparse necessarie in relazione alle caratteristiche particolari dei vari mezzi di prova. Così, come visto, negli articoli 184 (nella formulazione previgente), 222, 420 comma 5 i mezzi da ammettere sono descritti come rilevanti, negli articoli 230 e 253 comma 1 utili, nell'art. 222 idonei ed ancora negli articoli 61, 210, 213 necessari, mentre l'art. 118 li qualifica come indispensabili.

La necessità di tracciare i confini della rilevanza viene in rilievo almeno sotto due profili fondamentali.

Il primo di carattere più generale si collega alla preminente funzione della nozione in parola, quale criterio per la selezione delle prove da ammettere all'interno del processo; il secondo, strumentale al primo, è utile a definire i criteri che il giudice dovrà seguire nella formulazione del giudizio di rilevanza onde, appunto, giungere alla determinazione delle prove che saranno effettivamente assunte⁴⁴¹.

Con particolare riferimento al primo profilo, autorevole dottrina ha fatto ricorso alle regole tradizionali espresse nei brocardi *quod singula non probant coniuncta probant* e *frustra probatur quod probatum non relevat*⁴⁴². Tale idea non è stata ritenuta appagante, poiché così ragionando non si apporterebbero elementi utili alla determinazione univoca della nozione, nell'ottica della sua funzione generale di selezione dei mezzi di prova⁴⁴³.

Da una prospettiva diversa, si è allora partiti dalla relazione intercorrente tra la prova medesima o il fatto su cui essa verte e l'oggetto della controversia.

In tale ottica, qualcuno ha ritenuto che i fatti di cui si chiede appunto la prova debbano essere influenti e concludenti, dotati cioè di una certa

⁴⁴¹ Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, cit., 7.

⁴⁴² Così Calamandrei, Verità e verosimiglianza nel processo civile, in Studi sul processo civile, VI, Padova, 1957, 120.

⁴⁴³ Più nello specifico, con riferimento al principio espresso nel primo brocardo, è stato osservato da Denti in La verifica delle prove documentali, Torino, 1957, 8, che esso pur formulando un valido principio direttivo per l'attività del giudice, si rivelerebbe un criterio inadeguato alla definizione della nozione poiché carente sotto il profilo dell'operazione logica che il giudice deve effettuare. Anche il principio espresso nel secondo brocardo sarebbe inadeguato in quanto porrebbe il problema senza fornire adeguata soluzione. Secondo l'autore ed anche Andrioli in, Appunti di diritto processuale civile, Napoli, 1964, 29, sostanzialmente, si evidenzerebbe la necessità della selezione preventiva delle prove senza indicarne le condizioni necessarie per l'ammissione.

efficacia probatoria anche minima, rispetto a quelli dedotti a fondamento della controversia, secondo il principio di diritto comune per cui *probationes sunt admittendae quando possunt quoquo modo ad causam conferre etiam pro solo adminiculo vel coniectura*⁴⁴⁴, mentre una dottrina ancor più risalente ha osservato che il giudizio di rilevanza riguarderebbe il rapporto da mezzo a fine che deve sussistere tra prova ed accertamento dei fatti, affinché la prova possa considerarsi appunto rilevante⁴⁴⁵.

Alle ricostruzioni riferite si è obiettato che esse esprimerebbero una coincidenza tra rilevanza ed efficacia probatoria con la conseguenza che il giudice si troverebbe a compiere un valutazione anticipata ed ipotetica intorno al valore della prova, come concreto strumento di conoscenza, apprezzandone i risultati nella loro capacità di persuasione e stabilendo se vi siano ragioni per credere che il suo risultato possa essere ragionevolmente ritenuto vero⁴⁴⁶.

Ed allora, un punto di vista, se così si può dire, più neutro pare idoneo ad indirizzare l'analisi per altra via.

Sarebbe *“rilevante ogni prova che considerata dal punto di vista del suo esito positivo (in base, cioè, all'ipotesi formulata dalla parte che ne chiede l'ammissione o dal giudice che la dispone d'ufficio), appaia collegata ad uno dei fatti da accertare nel giudizio in modo tale da potersi ritenere, in via ipotetica ed astratta,*

⁴⁴⁴ Lessona, Trattato delle prove, Firenze, 1922, I, 312.

⁴⁴⁵ Ricci, Delle prove, Torino, 1891, 4 ss.

⁴⁴⁶ Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, cit., 11 ss. il quale osserva che *“Non è necessario che per ammettere o escludere una prova il giudice formuli previsioni in ordine al suo probabile risultato poiché il giudizio di rilevanza prescinde da ogni considerazione intorno alla concreta possibilità che i fatti su cui verte la prova vengano effettivamente dimostrati. Esso assume come valida l'ipotesi che la prova abbia esito positivo, senza valutare la fondatezza dell'ipotesi stessa.... Non è possibile che il giudice determini in sede di valutazione prima facie del mezzo di prova, il grado di efficacia probatoria che la prova può spiegare dopo il suo concreto esperimento e neppure se essa possa o non possa essere efficace. L'efficacia è, infatti, soltanto una possibile proprietà delle risultanze della prova e il giudice può quindi apprezzarla soltanto in sede di decisione”*.

pertinente all'oggetto del giudizio, indipendentemente dal fatto che il giudice possa poi ad esperimento probatorio avvenuto, considerare come effettivamente provato il fatto su cui essa verte"⁴⁴⁷.

Tale punto di partenza consentirebbe di ritenere non soddisfacenti alcune particolari definizioni di rilevanza.

Anzitutto, quella che la associa alla regola di giudizio dell'onere della prova, ritenuta principio strutturale di tutto il processo e dunque operante anche in sede di ammissione dei mezzi di prova. In tale prospettiva, la provenienza dei mezzi di prova si collegherebbe alla parte che ha l'onere di provare i fatti su cui la prova verte, postulandosi così una validità generale del concetto di legittimazione alla prova⁴⁴⁸.

Anche l'idea di rilevanza in termini di onere della prova è stata oggetto di critiche⁴⁴⁹, aprendo la via ad una ricostruzione in termini di giuridicità del fatto.

⁴⁴⁷ Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, cit., 13.

⁴⁴⁸ Tale ricostruzione è stata sostenuta da Micheli in, *L'onere della prova*, Padova, rist. 1966, 138 ss. e in, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, II, 1960, 75 ss. Secondo l'autore ai fini dell'ammissibilità della prova è necessario che essa provenga dalla parte su cui incombe l'onere di provare i fatti su cui la prova verte, poiché in mancanza si finirebbe con l'accogliere l'istituto dell'inversione unilaterale dell'onere della prova. Nello stesso senso, anche Andrioli, *Appunti di diritto processuale civile*, cit., 29 ss.; ID. voce *Prova*. *Diritto processuale civile*, in *Nov. dig. it.*, XIV, 1967, 273 ss.; Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 199. In termini meno netti Satta, *Diritto processuale civile*, Padova, 1981, 309 ss.

⁴⁴⁹ Si è osservato al riguardo, che tale ricostruzione mancherebbe di fondamento testuale nelle norme positive in tema di onere della prova poiché l'art. 2697 c.c. che si limita a prevedere che le parti devono fornire la prova dei fatti posti a fondamento delle proprie pretese riguarda solo la prova e cioè l'esistenza dei fatti in questione e non anche la deduzione dei mezzi relativi, rispetto ai quali non pone, viceversa, alcuna limitazione. Allo stesso modo, l'art. 163 n. 5 nel prevedere che la parte indichi i mezzi di prova di cui intende valersi lascia alla parte stessa facoltà di scelta, potendo essa dedurre i mezzi di prova ritenuti opportuni (Taruffo, *Studi sulla rilevanza cit.*, 18 ss.). Ancora, è stato rilevato come vi sia la certezza di un distacco tra la provenienza della prova e la maniera di utilizzarla, in primo luogo quando l'iniziativa probatoria sia assunta d'ufficio ed in secondo luogo quando, essendo ormai la prova presente nel processo, il giudice sia tenuto ad utilizzarla a prescindere dalla parte che l'ha offerta o provocata, in ossequio al principio di acquisizione della prova (in tal senso Verde, voce *Prova*, cit., 622). Da ultimo si è obiettato come, in ogni caso, non si avrebbe il fenomeno dell'inversione unilaterale dell'onere della prova poiché esso si verifica in ipotesi diverse, quando cioè una parte chieda di fornire la prova contraria di un

In tale luce, possono essere viste le teorie che individuano il giudizio di rilevanza come quello diretto a stabilire se il fatto di cui la prova tende a dimostrare l'esistenza costituisca una ragione della decisione⁴⁵⁰ ed in senso pressoché analogo quelle che lo risolverebbero in un'anticipazione in *nuce* della decisione definitiva, qualificandolo quale giudizio di diritto, come tale sindacabile in sede di legittimità⁴⁵¹.

Secondo tale impostazione, il giudizio di rilevanza sarebbe affidato al prudente apprezzamento del giudice il quale compirebbe una valutazione anticipata ed ipotetica delle conseguenze giuridiche scaturenti dai fatti dedotti se provati, in ossequio alla regola espressa dal noto brocardo *frustra probatur quod probatum non relevat*⁴⁵².

L'opzione interpretativa esposta si baserebbe su un esame dei termini in cui si pone la *quaestio iuris* e sulla potenziale capacità dei fatti dedotti a fondare le conseguenze giuridiche invocate dalle parti: rilevante sarebbe quella prova vertente su un fatto idoneo a fondare gli effetti giuridici voluti dalle parti.

fatto che dovrebbe essere provato dalla controparte e non quando chieda di provare in via diretta un fatto che l'altra parte dovrebbe provare (Taruffo, Studi sulla rilevanza, cit., 22; Verde, voce Prova, cit., 623).

⁴⁵⁰ Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, II, Padova, 1939, 198 ss. Si può dire che gran parte della dottrina classica ha posto alla base delle ricostruzioni della nozione di rilevanza il rapporto intercorrente tra prova e decisione. In tal senso, sembrano orientati Betti, Diritto processuale civile italiano, II, Roma, 1936, 320; Redenti, Profili pratici del diritto processuale civile, Milano, 1938, 451; Rocco, Trattato di diritto processuale civile, Torino, 1957, III, 98; Satta, Diritto processuale civile, Padova, 1967, 261 ed anche quegli autori che avevano individuato la rilevanza in riferimento alla regola di giudizio dell'onere della prova.

⁴⁵¹ In tal senso Calamandrei, Verità e verosimiglianza nel processo civile, cit., 120 ss ed in senso sostanzialmente analogo Scognamiglio, Fatto giuridico e fattispecie complessa, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 347 ss.; Giannozzi, La modificazione della domanda nel processo civile, Milano, 1958, 17; Grasso, La pronuncia d'ufficio, Milano, 1967, 60.

⁴⁵² Di conseguenza, qualora il giudice ritenga che i fatti rappresentati dalle parti anche se veri non siano idonei a produrre gli effetti giuridici auspicati dalle parti, sarebbe inutile verificare la veridicità dell'affermazione.

Tuttavia, è stato obiettato che essa sembrerebbe confondere due accezioni del termine rilevanza: rilevanza del mezzo di prova come condizione della sua ammissione nel processo e rilevanza del fatto allegato sotto il profilo della conformità al tipo di fatti cui la norma invocata riconduce le conseguenze giuridiche affermate dalla parte.

Le due nozioni avrebbero scopi e funzioni diverse in quanto, mentre la prima rappresenterebbe il criterio di selezione preventiva dei mezzi di prova estrinsecandosi in una relazione logica tra il fatto su cui verte la prova e quelli che devono essere accertati nel giudizio, la seconda configurerebbe il criterio per l'individuazione della giuridicità del fatto e cioè la sua corrispondenza al tipo normativo e la sua attitudine a produrre effetti giuridici come conseguenza della relazione tra il fatto e la norma⁴⁵³.

L'idea di rilevanza descritta, differente da quella identificata come condizione di ammissibilità dei mezzi di prova, si delineerebbe nel senso che sarebbero giuridicamente rilevanti nel processo quei fatti posti dalle parti ad oggetto dell'accertamento giudiziale, attraverso le allegazioni che risultano conformi al tipo di fatti previsti dalle norme di cui le parti chiedono l'applicazione alla controversia.

La nozione così ricostruita sostanzialmente finirebbe per equiparare l'espressione fatti rilevanti a fatti giuridici o principali sicchè si modellerebbe sul concetto di giuridicità nel senso che la rilevanza giuridica verrebbe assunta quale misura della rilevanza logica. La rilevanza, cioè si determinerebbe essenzialmente in relazione agli elementi

⁴⁵³ Taruffo, Studi sulla rilevanza, cit., 25.

della *quaestio iuris*, in base ad una valutazione basata sul rapporto fatto – diritto nascente dalla situazione dedotta in giudizio.

Per tale orientamento solo i fatti principali⁴⁵⁴ e di conseguenza le prove su di essi vertenti sarebbero rilevanti; non sarebbe tenuta in considerazione la pertinente obiezione secondo cui le prove rilevanti possono avere ad oggetto anche fatti secondari. Essendo ammissibili le prove vertenti su di un fatto secondario, la rilevanza del mezzo di prova non potrà derivare dalla rilevanza giuridica del fatto allegato⁴⁵⁵.

Si collocano in un'area prossima alla ricostruzione della rilevanza in termini di giuridicità due ulteriori teorie.

⁴⁵⁴ Per fatti principali si intendono quei fatti ai quali può ricollegarsi efficacia costitutiva, estintiva, modificativa, impeditiva del diritto fatto valere in giudizio, mentre i fatti secondari sono quelli che senza fondare direttamente la sussistenza del diritto permettono, se provati, di giungere alla conoscenza dei fatti principali. La distinzione così formulata è stata concordemente affermata dalla dottrina unanime. A titolo esemplificativo: Chiovenda, *Principi di diritto processuale*, Napoli, rist. 1965, 266; Canelutti, *La prova civile*, Roma, 1947, 16, 154 ss., 237 ss.; Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, 21 ss.; Betti, *Diritto processuale civile italiano*, cit., 338; De Stefano, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947, 62; Giannozzi, *La modificazione della domanda nel processo civile*, cit., 26 ss.; Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1959, I, 239; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1959, 155; Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, I, 342 ss.; Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 267; Micheli, *L'onere della prova*, cit., 322 ss. Più di recente, in egual senso: Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 405, 406; Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2009, 71, 74; Verde, *Diritto Processuale civile*, 1, Bologna, 2010, 91.

⁴⁵⁵ Osserva, al riguardo, Taruffo in, *Studi sulla rilevanza*, cit., 29 ss. che *“l'oggetto della prova condiziona direttamente (in relazione all'esito della prova stessa) la decisione della causa, soltanto quando la prova verte su di un fatto principale, poiché in questo caso il giudice accoglie o respinge la domanda in base a quanto risulta dalla prova dei fatti che la fondano. Quando, invece, la prova ha per oggetto un fatto secondario, il rapporto di dipendenza logica della decisione dall'oggetto della prova e dall'esito che essa ha conseguito è più elastico, e passa in ogni caso attraverso il medium, costituito dall'accertamento dei fatti principali. In altri termini, la funzione dell'istruzione probatoria, che è di accertare l'esistenza dei fatti principali, può essere realizzata in due modi, che in concreto si integrano vicendevolmente: attraverso prove vertenti direttamente su un fatto principale e/o attraverso prove aventi ad oggetto fatti secondari. Nel primo caso, l'esito della prova condiziona direttamente la decisione sul fatto, e quindi anche la decisione in diritto che ne è l'immediata conseguenza. Nel secondo caso, l'oggetto della prova assume il ruolo di premessa per un'inferenza induttiva, diretta a formulare un giudizio intorno all'esistenza del fatto principale. La differenza tra le due ipotesi consiste allora in ciò che nella prima valutazione relativa all'esistenza del fatto posto ad oggetto della prova e la decisione della *quaestio facti* finiscono col coincidere, mentre nella seconda tale coincidenza non si verifica e, anzi, a collegare le due fasi della valutazione del giudice interviene la mediazione di un procedimento logico, posto in atto dal giudice stesso, nel quale l'affermazione dell'esistenza del fatto secondario non ha come conseguenza necessaria quella dell'esistenza del fatto principale (e quindi la soluzione della controversia in fatto)... Ciò in quanto in una categoria di casi, in cui l'oggetto della prova è costituito da un fatto secondario, tale relazione è soltanto possibile ed indiretta”*.

La prima delinea in termini più rigorosi dal punto di vista logico il giudizio di rilevanza che risponderebbe alla funzione di verificare se, dall'ipotizzata esistenza del fatto posto ad oggetto della prova, sia possibile dedurre in modo necessario e sufficiente l'esistenza del fatto posto ad oggetto della domanda⁴⁵⁶.

Per la seconda, la rilevanza della prova risulterebbe dalla comparazione di due giudizi, il primo relativo al fatto su cui verte la prova ed il secondo relativo ai fatti che devono essere provati nel giudizio⁴⁵⁷. In tale ottica, se i rispettivi termini coincidono (nel caso di prova diretta) la prova potrà considerarsi rilevante, mentre sarà irrilevante se il rapporto tra i due giudizi è di non esclusione. Si avrebbe, dunque, rilevanza soltanto quando la prova verta su un fatto principale.

Anche tali ultime due interpretazioni sono state oggetto di obiezioni.

Quanto alla prima, essa finirebbe col coincidere con quella di rilevanza giuridica mostrandosi inidonea a fissare il criterio di selezione dei mezzi di prova⁴⁵⁸, mentre la seconda pur apportando utili elementi all'analisi giungerebbe a conclusioni non pienamente giustificabili⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ In tal senso, Denti, *La verifica delle prove documentali*, cit., 9.

⁴⁵⁷ Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 19 ss.

⁴⁵⁸ Così Taruffo in *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 31, il quale rileva che *"l'esistenza del fatto posto a fondamento della domanda discenderebbe in modo necessario e sufficiente dall'esistenza del fatto posto ad oggetto della prova, quando l'enunciazione del primo si identifica con l'enunciazione del secondo, quando cioè la prova verta su un fatto principale. Quando essa verta su un fatto secondario, la relazione tra oggetto della prova e fatto principale è soltanto di natura induttiva (quindi non necessaria e sufficiente) e sussiste solo in quanto il giudice ritenga di poterla istituire secondo il suo discrezionale convincimento. Ne consegue che ciò che si può dedurre in modo necessario dalla fattispecie è la definizione del thema probandum, costituito dall'insieme delle proposizioni relative ai fatti principali, e non direttamente la valutazione della rilevanza del mezzo di prova. Questa richiede, infatti, un ulteriore giudizio, che ponga in correlazione, secondo un criterio che occorre stabilire, il fatto posto ad oggetto della prova ed i fatti appartenenti al thema probandum"*.

⁴⁵⁹ Ancora Taruffo, in *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 32 osserva che *"lo strumento di analisi... non giustifica la conclusione che quando il rapporto è di coincidenza o di contrarietà, il passaggio logico dall'esistenza del fatto su cui verte la prova a quello del fatto che costituisce il thema probandum consti di una sola inferenza diretta."*

Le interpretazioni espone parrebbero chiarire i contorni del giudizio di rilevanza quale criterio per stabilire le condizioni di ammissibilità di qualsiasi mezzo di prova all'interno del processo, pur individuando la giuridicità di un fatto alla stregua della fattispecie normativa ed una fase della valutazione posta in atto dal giudice al fine di decidere l'ammissione delle prove.

La nozione di giuridicità dei fatti rappresenterebbe, infatti, soltanto il presupposto logico del giudizio di rilevanza, come criterio in base al quale si individuano i fatti dalla cui esistenza dipendono le conseguenze giuridiche intorno alle quali si controverte⁴⁶⁰. Secondo il criterio della rilevanza in senso stretto si individuerebbero, invece, in ragione dei fatti che ne costituiscono l'oggetto, i mezzi di prova funzionalmente atti a tale scopo.

In tale ottica, il giudizio di rilevanza risulterebbe possibile solo in quanto, in rapporto al contenuto della controversia portata all'esame del giudice, si siano definiti i fatti principali che costituiscono il *thema probandum* del giudizio e, dunque, attraverso una valorizzazione dei fatti come fondamento delle domande e non come oggetto di prova⁴⁶¹.

Quando il rapporto sia di non esclusione (in quanto l'affermazione dell'esistenza del fatto su cui verte la prova può fondare, in astratto, sia l'esistenza che l'inesistenza del factum probandum), ciò non basta per definire irrilevante la prova: semplicemente, la sua rilevanza non può determinarsi in astratto, ma soltanto in base ad una valutazione discrezionale, compiuta dal giudice, dai dati concreti che si presentano nel caso particolare, che tenga conto dell'effettiva utilità che la prova può esplicare, attraverso una serie concatenata di inferenze, rispetto alla conclusione rappresentata dall'accertamento dei fatti principali dedotti in causa".

⁴⁶⁰ Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, cit., 33.

⁴⁶¹ In tal senso, Calamandrei, Verità e verosimiglianza, cit. 120 ss.

Di conseguenza, il giudizio di rilevanza si mostrerebbe non come condizione di ammissione della prova ma come il criterio necessario di formulazione, definendo il *thema probandum* della causa⁴⁶².

In sintesi: la relazione fatto allegato - *thema decidendum* definisce il *thema probandum*, che a sua volta rappresenta il punto essenziale di riferimento per la formulazione del giudizio di rilevanza della prova.

Da tali premesse, l'indagine relativa al giudizio di rilevanza quale criterio di riferimento per la selezione delle prove nel processo dovrà essere considerata nell'ambito della tematica relativa alla struttura logica del giudizio espresso nella valutazione delle prove di cui le parti hanno chiesto l'ammissione al giudice.

§ 3. IL GIUDIZIO DI RILEVANZA: STRUTTURA ED OGGETTO

Le teorie in termini di giuridicità non apportano elementi utili ad una corretta ricostruzione del giudizio di rilevanza come criterio di selezione valido per tutti i mezzi di prova, poiché aventi ad oggetto i soli fatti principali.

Ad esse, pertanto, non può farsi ricorso quando i mezzi di prova abbiano ad oggetto fatti secondari.

⁴⁶² Betti, Diritto processuale civile italiano, cit., 320 per il quale la regola espressa dal brocardo *frustra probatur quod probatum non relevat* più che stabilire il criterio di ammissione dei mezzi di prova, indicherebbe il dovere del giudice di fissare i fatti giuridicamente rilevanti da provare sol perché costituiscono i presupposti del diritto su cui si controverte.

Bisogna allora considerare una definizione del giudizio di rilevanza che si mostri utile ad individuare il criterio applicabile dal giudice per l'ammissione dei mezzi di prova.

Al riguardo, ribadendo che rilevante non è la prova come strumento conoscitivo, occorre evidenziare che la rilevanza tende ad innestarsi su due gruppi di proposizioni fattuali: quelle che definiscono l'oggetto della prova e quelle che costituiscono il *thema probandum* nelle loro possibili correlazioni⁴⁶³.

La prova sarebbe rilevante allorché risponda alla funzione che le è propria e cioè quando il fatto su cui essa verte rappresenti un elemento utilizzabile per l'accertamento di un *factum probandum*.

Il carattere di questa definizione è quello della relazionalità nel senso della sussistenza di un rapporto logico tra due termini: l'oggetto della prova ed il *thema probandum*⁴⁶⁴. Il fatto su cui verte la prova non è rilevante in sé ma rispetto ai fatti principali che devono essere accertati, in quanto con essi si ponga una determinata relazione di mezzo a fine⁴⁶⁵.

La valutazione della prova da parte del giudice sotto il profilo della rilevanza deriva da una molteplicità di giudizi e apprezzamenti tra loro concatenati: il primo concerne l'individuazione dell'oggetto della prova nel senso che il giudice apprende ciò che la parte afferma circa quello che dovrebbe essere il risultato della prova, cogliendo il significato delle

⁴⁶³ Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, cit., 54.

⁴⁶⁴ Per *thema probandum* si intende l'insieme dei fatti che è necessario accertare come fondamento della decisione; mentre l'oggetto della prova individua il fatto particolare che la singola prova tende a dimostrare, il fatto su cui verte la prova. Così Taruffo, op. ult. cit., 35 ed in relazione all'oggetto della prova Verde, Diritto processuale civile, 2, Bologna, 2010, 64.

⁴⁶⁵ Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, cit., 55.

proposizioni che la parte stessa ha enunciato; successivamente il giudice qualifica l'oggetto della prova a seconda che il fatto enunciato sia principale o secondario, al fine di stabilire se la relativa proposizione trovi corrispondenza nelle proposizioni che costituiscono il *thema probandum*⁴⁶⁶.

La relazione così posta costituisce il fondamento logico della rilevanza del fatto su cui verte la prova e perciò si caratterizza diversamente a seconda che essa abbia ad oggetto un fatto principale o uno secondario.

Nel primo caso, posto che la funzione della prova è di dimostrare l'esistenza dei fatti principali, essa appare immediatamente rilevante, data l'identità dell'oggetto della prova e una delle proposizioni appartenenti al *probandum*⁴⁶⁷.

Nel secondo caso, quando il fatto posto ad oggetto della prova è secondario e non appartiene immediatamente al *thema probandum*, si incontrano maggiori ostacoli poiché le prove aventi ad oggetto fatti secondari non per forza sono rilevanti: possono esserlo ove conducano all'accertamento dei fatti principali.

Ciò può avvenire quando dette prove consentano al giudice di fondare su di esse un procedimento logico di carattere inferenziale, più o meno complesso, la cui conclusione riguardi appunto (come affermazione o negazione) l'esistenza del fatto principale⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Cordero, Tre studi sulle prove penali, cit., 20.

⁴⁶⁷ Taruffo, Studi sulla rilevanza, cit., 56, il quale rileva che "...tale identità non esiste in sé, ma soltanto in quanto il giudice la rilevi, compiendo tra i suoi due possibili termini un raffronto che in senso lato può dirsi semantico, per stabilire se le due proposizioni si riferiscono effettivamente al medesimo fatto".

⁴⁶⁸ Taruffo, *ibidem*.

La definizione di rilevanza delle prove vertenti su di un fatto secondario si considera nel senso che la prova è rilevante quando il suo oggetto possa costituire la premessa di un'inferenza la cui conclusione riguardi l'esistenza di un fatto principale contestato⁴⁶⁹.

Da tali premesse, è possibile ricostruire la nozione in esame in termini di relazione logica di conferma tra proposizioni fattuali nel senso che "*è rilevante ogni prova vertente su di una proposizione fattuale che assunta per ipotesi come vera, può costituire elemento di conferma logica della proposizione descrittiva del factum probandum*"⁴⁷⁰.

Tale definizione si caratterizza per essere essenzialmente logica, distinguendosi dalla rilevanza intesa come efficacia probatoria.

La prova rilevante non è soltanto quella che può offrire elementi di conferma diretta della proposizione che riguarda i fatti principali della causa, ma anche la prova che appare idonea a confermare una proposizione relativa all'esistenza di un fatto secondario, a sua volta rilevante nello stesso senso, a condizione che si impedisca un *regressus ad infinitum* lungo la catena dei fatti secondari, atteso che un fatto rilevante rispetto all'altro non lo è rispetto alla conclusione finale, se l'ipotesi intermedia che è in grado di confermare non influisce, direttamente o indirettamente, sulla conclusione stessa.

Dunque, la valutazione sulla rilevanza della prova è preliminare e si fonda su un'anticipazione ipotetica del giudizio sulla prova in relazione al fatto e serve ad escludere *ex ante* dal processo le prove irrilevanti, evitando così

⁴⁶⁹ Taruffo, op. ult. cit., 57.

⁴⁷⁰ Taruffo, op. ult. cit., 249.

che vengano compiute attività processuali necessarie per l'acquisizione che sarebbero inutili ai fini dell'accertamento dei fatti⁴⁷¹.

Il giudizio è poi ipotetico. Tale affermazione può apprezzarsi sotto un duplice profilo: da un lato, si prende in considerazione l'eventualità che la prova abbia esito positivo (poiché se si ipotizzasse un suo esito negativo essa sarebbe ovviamente inutile *a priori*) e che quindi sia in grado di produrre elementi di conoscenza sul fatto da accertare; dall'altro, come visto, se si tratta di una prova avente ad oggetto un fatto secondario, occorre ipotizzare che essa abbia esito positivo e stabilire se, posta l'ipotesi che il fatto secondario sia provato, esso costituisca la premessa di una possibile inferenza relativa al fatto giuridico, da cui trarre conferma in relazione all'ipotesi vertente su quest'ultimo⁴⁷².

In un certo senso, una tale operazione precorre il giudizio sull'esito della prova rispetto all'accertamento del fatto, ma non si identifica con la determinazione del valore effettivo che la prova deve assumere *ex post* nella fase del giudizio finale sui fatti⁴⁷³.

Sintetizzando i risultati dell'analisi fin ora svolta può dirsi che, una prova può essere considerata rilevante quando il suo oggetto è dato da una proposizione relativa ad un fatto principale; quando il suo oggetto è dato da una proposizione relativa ad un fatto secondario che fonda

⁴⁷¹ Taruffo, La prova dei fatti giuridici, cit., 339.

⁴⁷² Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, cit., 163 ss.; ID, op. ult. cit., 340.

⁴⁷³ Taruffo, La prova dei fatti giuridici, cit. 340, ove l'autore sviluppando il ragionamento sottolinea che "l'esito della prova è ipotizzato ma non valutato, presupponendosi che il fatto secondario ne risulti provato senza implicare alcuna valutazione preliminare circa l'efficacia della prova. Anche la formulazione dell'inferenza che va dal fatto secondario al fatto giuridico è puramente ipotetica e provvisoria: ipotetica poiché fondata sull'ipotesi dell'esistenza del fatto secondario e della possibilità di trarne inferenze significative circa l'esistenza del fatto principale; provvisoria in quanto volta a stabilire se valga o meno la pena di acquisire una prova non vincolando né predeterminando in alcun modo la valutazione da compiersi *ex post* al momento della decisione sui fatti".

un'inferenza relativa all'esistenza di un fatto principale; quando il suo oggetto è dato da una proposizione relativa ad un fatto secondario ed è rilevante anche rispetto all'esistenza del fatto principale.

A contrario, l'irrilevanza di una prova è definibile come l'impossibilità che la proposizione fattuale su cui essa verte determini o comunque incida, direttamente o indirettamente, sullo *status* logico di probabilità – conferma della proposizione relativa all'esistenza di un fatto principale⁴⁷⁴.

Tale definizione pare idonea ad attribuire alla rilevanza quella caratteristica di criterio di selezione di dei mezzi di prova utilizzabili, in modo da eliminare il materiale superfluo e risparmiare attività processuali inutili senza escludere elementi che potrebbero favorire la conoscenza dei fatti del processo.

Tuttavia, è stato notato che essa sul piano operativo non sarebbe in grado di escludere del tutto *“un margine incontrollabile di discrezionalità e, quindi, di probabile arbitrio”*, sicchè nell'incertezza e al fine di evitare tale evenienza *“il giudice farà bene a disporre l'assunzione del mezzo di prova”*⁴⁷⁵.

In tale ottica, il metodo di indagine dovrebbe volgere alla tecnica delle esclusioni al fine di ridurre l'area dell'incerto. Per tale via, il giudice non dovrà ammettere la prova dei fatti impossibili (cioè di quei fatti contrari all'ordine naturale delle cose), mentre non potrà escludere la prova di quei fatti ritenuti inverosimili in base a leggi naturali o regole di comportamento tratte dall'esperienza comune e, viceversa, escluderà

⁴⁷⁴ Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, cit., 250.

⁴⁷⁵ Verde, voce Prova, cit., 621.

l'ammissione di mezzi istruttori aventi ad oggetto fatti già provati⁴⁷⁶ o non contestati.

In conclusione, la rilevanza può individuarsi nel senso che al fine di selezionare i mezzi di prova che potranno trovare ingresso nel processo, il giudice dovrà compiere una sorta di giudizio prognostico e chiedersi se, dando per scontato l'esito positivo della prova richiesta dalle parti, lo stesso serva per aiutarlo nella formazione del convincimento giudiziale sui fatti della causa⁴⁷⁷.

Tale giudizio di basa sulla qualificazione giuridica del fatto che si vuole provare: rilevante è quel fatto storico che integra un elemento della fattispecie del diritto fatto valere (sia esso costitutivo, impeditivo, modificativo o estintivo) o in via diretta oppure in via indiretta, cioè come fatto su cui svolgere un ragionamento presuntivo⁴⁷⁸.

Il giudizio di rilevanza, avendo come punto di riferimento, l'individuazione e l'interpretazione della fattispecie legale astratta sotto cui sussumere il diritto fatto valere in giudizio ha sempre una "*intrinseca decisorietà*", in quanto con esso il giudice è chiamato ad anticipare gli effetti nell'ordinanza di ammissione quell'attività logica di individuazione ed interpretazione della norma che ripeterà al momento della decisione della causa⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Verde, op. ult. cit., 620, 621.

⁴⁷⁷ Verde, Diritto processuale civile, 2, cit., 70, 71. In senso sostanzialmente analogo, Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, cit., 409.

⁴⁷⁸ Luiso, Diritto processuale civile, II, Milano, 2009, 87.

⁴⁷⁹ Proto Pisani, *ibidem*.

§ 4. IL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE: PROFILI GENERALI

L'art. 51 l. 18.06.2009 n. 69 ha aggiunto il capo III *bis* (procedimento sommario di cognizione), al titolo primo (procedimenti sommari) del libro quarto (procedimenti speciali) del codice di procedura civile. Esso comprende tre soli articoli: 702 *bis*, 702 *ter* e 702 *quater* i quali enunciano la disciplina di un nuovo strumento processuale denominato procedimento sommario di cognizione il cui precedente immediato, seppur con caratteristiche differenti, può essere rinvenuto nel procedimento sommario di cognizione societario di cui all'abrogato art. 19 d. lgs. n. 5/2003⁴⁸⁰.

Il legislatore ha conferito al nuovo procedimento un ruolo rilevante se si considera che l'art. 54 della citata legge di riforma aveva delegato il governo a ridurre i riti extracodice esistenti. La delega è stata oggi attuata con il decreto legislativo 01.09.2011 n. 150 che introduce nel nostro ordinamento disposizioni complementari al codice di rito in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, prevedendo che essi debbano confluire in uno dei seguenti modelli: a) nel rito del lavoro i procedimenti ove sono "*prevalenti caratteri di concentrazione*

⁴⁸⁰ Il vigente procedimento sommario di cognizione si differenzia da quello previsto dall'abrogato art. 5 d. lgs. 5/2003 ove i presupposti della tutela erano tipici e le condizioni per la decisione predeterminati ricorrendo "*ove il giudice ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto*"; inoltre, differenza questa ben più importante, all'ordinanza conclusiva non impugnata, non conseguivano gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. possibili, viceversa, solo in caso di proposizione dell'appello soggetto al rito ordinario. Lo scopo dell'istituto contemplato nell'abrogato processo societario era quello di dar vita a misure sommarie per fornire al creditore un titolo esecutivo di formazione giudiziale.

processuale, ovvero di ufficiosità dell'istruzione"; b) nel procedimento sommario tutti i procedimenti ove *"sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa"*; c) nel rito ordinario tutti gli altri procedimenti.

Volendo individuarne i tratti caratterizzanti, occorre subito evidenziare che si tratta di un modello processuale sommario (non cautelare) in grado di offrire non solo la tutela di condanna ma anche quella di accertamento o costitutiva⁴⁸¹.

Il provvedimento finale, quantunque reso sulla base di una cognizione sommaria, una volta divenuto definitivo a causa della mancata impugnazione con il rimedio dell'appello previsto dall'art. 702 *quater*, produce gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.. Tale procedimento, mettendo capo ad una pronuncia idonea al giudicato sostanziale, rientra nella tutela dichiarativa dei diritti e costituisce un rito speciale di cognizione, a trattazione sommaria⁴⁸².

Efficacemente è stato rilevato che con esso *"si propone un nuovo tipo di procedimento con la cosa giudicata al centro della tutela dichiarativa nel contesto di una cognizione con istruzione sommaria"*⁴⁸³.

Il rito speciale (cognitivo) si affianca a quello ordinario a cognizione piena per la tutela delle situazioni soggettive sostanziali; non si sostituisce a

⁴⁸¹ Olivieri, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, legge 18 giugno 2009 n. 69, Napoli, 2009, 81; ID., *Al debutto il rito sommario di cognizione*, in *Guida al Dir.*, 2009, 28, 37; Bove, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 431, 432; Bina, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 118; Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 92.

⁴⁸² Menchini, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in www.judicium.it, § 1 ed anche in *Corr. giur.*, 2009, 1025 ss.

⁴⁸³ Ferri, *ibidem*.

quest'ultimo, ma è aggiuntivo e concorrente rispetto ad esso; è uno strumento a disposizione dell'attore che può scegliere di agire con le forme di cui agli articoli 702 *bis* e seguenti o, alternativamente, di fare uso di quelle ordinarie di cui al libro secondo del codice di rito⁴⁸⁴.

Osservando le norme di riferimento dell'istituto è possibile sintetizzarne al massimo la disciplina nel senso che segue⁴⁸⁵.

In tutte le controversie in cui il Tribunale giudica in primo grado in composizione monocratica, l'attore ha una duplice possibilità nella scelta del rito: instaurare il processo di cognizione nelle forme disciplinate nel libro secondo del codice di rito agli articoli 163 e seguenti, ovvero seguire la forma disciplinata nel libro quarto agli articoli 702 *bis* e seguenti.

Scegliendo tale ultima possibilità, la forma dell'atto introduttivo sarà quella del ricorso contenente le indicazioni di cui ai numeri da 1) a 7) di cui all'art. 163 che, depositato dinanzi al Tribunale competente, sarà notificato al convenuto unitamente al decreto di fissazione dell'udienza.

Quest'ultimo dovrà costituirsi mediante il deposito della comparsa di costituzione e risposta in cancelleria, non oltre dieci giorni prima

⁴⁸⁴ Verde, *Diritto processuale civile*, cit., 4, 110; Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., IV, 111; ID., *Il procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it, § 2; Menchini, *ibidem*; Bove, *op. ult. cit.*, 431, 432; Olivieri, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, legge 18 giugno 2009 n. 69, cit., 81; ID., *Al debutto il rito sommario di cognizione*, cit., 37; Capponi, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702 -bis e segg. c.p.c)* in www.judicium.it, il quale discorrendo della collocazione dell'istituto sostiene che *"l'istituto avrebbe potuto trovare una collocazione altrettanto idonea nel Libro II del codice"*; Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it, § 1 e in *Riv. dir. proc. civ.* 2009, 1582 ss.; Arieta, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in www.judicium.it § 1; Lombardi, *Il procedimento sommario di cognizione generale*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 474, 475; Fabiani, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in www.judicium.it § 1 e in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 03, 795 ss.; Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, in www.judicium.it § 1 e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 04, 1225 ss.; Bina, *op. cit.*, 118.

⁴⁸⁵ In tale sede si propone una semplice descrizione delle norme, tralasciandosi volutamente l'approfondimento degli aspetti più controversi dell'istituto poiché non funzionali all'oggetto dell'indagine, nonostante gli stessi abbiano suscitato un fervido dibattito in seno alla dottrina.

dell'udienza di comparizione, proponendo le sue difese e prendendo posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda, indicando i mezzi di prova ed i documenti di cui intende valersi, formulando le proprie conclusioni e proponendo a pena di decadenza eventuali domande riconvenzionali, eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio e l'eventuale chiamata in giudizio del terzo.

All'udienza di comparizione, il giudice compirà una verifica volta a stabilire se, alla luce delle difese svolte dalle parti, la causa necessita di un'istruzione sommaria o non sommaria⁴⁸⁶. In tale ultimo caso, con ordinanza non impugnabile fisserà l'udienza di cui all'art. 183 e il processo proseguirà nelle forme stabilite dal libro secondo del codice di rito.

Viceversa, nella prima ipotesi, ai sensi dell'art. 702 *ter* comma 5 *"il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande"*. L'ordinanza di accoglimento è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione producendo gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione.

Nel giudizio di appello, sono ammessi nuovi mezzi di prova e possono essere prodotti nuovi documenti, qualora il collegio li ritenga rilevanti per

⁴⁸⁶ Va ricordato che ai sensi dell'art. 702 *ter* comma 1, il giudice se ritiene di essere incompetente, lo dichiara con ordinanza. Ancora, *ex art.* 702 *ter* comma 2, se rileva che la domanda originaria o quella riconvenzionale non rientrano tra quelle indicate nell'art. 702 *bis*, la dichiara inammissibile con ordinanza non impugnabile.

la decisione, ovvero quando la parte dimostri di non aver potuto proporli per causa ad essa non imputabile.

§ 5. LA SOMMARIETA' DEL PROCEDIMENTO CHIAVE INTERPRETATIVA PER LA SELEZIONE DELLE NUOVE PROVE IN APPELLO

La valutazione che il giudice compie all'udienza di comparizione costituisce lo snodo fondamentale del procedimento: se le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria, il giudice con ordinanza non impugnabile fissa l'udienza *ex art. 183* ed il processo prosegue seguendo le forme contemplate dal secondo libro del codice di rito agli articoli 163 e seguenti; se, viceversa, ritiene di poter decidere secondo le norme del rito sommario provvede ai sensi del comma 5 dell'art. 702 *ter*.

La opzione in favore dell'istruzione sommaria può considerarsi un valido parametro da cui trarre indicazioni utili ai fini dell'indagine sui nuovi mezzi di prova rilevanti in grado di appello.

Tale tipo di istruzione per cui il giudice opta alla luce delle difese delle parti potrebbe costituire l'indice rivelatore della scelta legislativa in favore della rilevanza, quale criterio di selezione delle nuove prove in appello in luogo dell'indispensabilità.

Di qui l'opportunità di orientare momentaneamente l'indagine verso l'istruzione sommaria disciplinata nel comma 5 dell'art. 702 *ter*.

Due si rivelano i principali nodi da sciogliere strettamente collegati l'un l'altro: il primo riguarda l'esigenza di comprendere a quali condizioni il giudice possa scegliere che il prosieguo del processo si svolga seguendo le forme istruttorie indicate nel comma 5 dell'art. 702 *ter*; il secondo riguarda la necessità di individuare in cosa si risolva e quali caratteristiche abbia tale istruzione sommaria.

Prima di analizzare nello specifico i suddetti profili, sembra opportuno fornire senza alcuna pretesa di esaustività alcuni brevissimi rilievi di carattere assolutamente generale sulla nozione di sommarietà, da sempre oggetto di studi del processo civile.

La sommarizzazione si collega all'esigenza di ridurre i tempi del processo evitando *"lo scarto tra il giorno in cui viene presentata all'ufficio giudiziario una domanda di giustizia e quello in cui viene decisa"*⁴⁸⁷, al fine di salvaguardare l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale⁴⁸⁸.

Con la tecnica della tutela sommaria possono essere soddisfatte due ulteriori esigenze: quella di economia dei giudizi da intendersi nel senso di evitare il costo del processo a cognizione piena quando non sia giustificato da una contestazione effettiva e quella di evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto che abbia torto⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Verde, *Diritto processuale civile*, 4, cit., 1.

⁴⁸⁸ Proto Pisani, *Diritto processuale civile*, cit., 548.

⁴⁸⁹ Proto Pisani, *ibidem*; Caponi, Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702 bis c.p.c., in www.judicium.it. § 14; ID., Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702 bis ss. c.p.c.), in *Il giusto processo civile*, 2009, 1118 ss.

Si è soliti distinguere due idee di sommarietà che prendono a modello il processo ordinario a cognizione piena⁴⁹⁰, ma diversi sono i profili che ne deducono per il confronto⁴⁹¹.

La prima, valorizzando il raffronto con quel carattere della cognizione piena per il quale è necessario indagare tutti i fatti costitutivi allegati dall'attore e tutti quelli impeditivi, modificativi ed estintivi eccepiti dal convenuto al fine di permettere al giudice di formarsi il pieno convincimento circa il loro verificarsi mediante l'utilizzo dei mezzi di prova a disposizione delle parti o attivabili d'ufficio, si caratterizza per lo scollamento rispetto a tale tratto distintivo: in tal caso la cognizione è sommaria quanto all'oggetto⁴⁹² e si può riscontrare in due ipotesi ben identificate dalle espressioni sommarietà per parzialità⁴⁹³ e sommarietà per superficialità⁴⁹⁴.

La seconda si concentra sulle modalità di svolgimento del processo, prescindendo tanto dalla qualità della cognizione, quanto dalla quantità dei fatti indagati. Poiché la cognizione piena muove dalla necessità di un procedimento totalmente scandito dalle legge in ogni sua fase senza

⁴⁹⁰ In sintesi, i profili caratterizzanti il processo ordinario a cognizione piena sono così generalmente individuati: a) predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dei corrispondenti poteri, doveri, facoltà processuali delle parti e del giudice; b) realizzazione piena del contraddittorio in forma anticipata; c) idoneità dell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato formale a fondare il giudicato sostanziale in tutti i futuri giudizi tra le parti, gli eredi e gli aventi causa.

⁴⁹¹ della Pietra, *Il procedimento possessorio. Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino, 2003, 220.

⁴⁹² della Pietra, *op. cit.*, 221.

⁴⁹³ E' il caso in cui al giudice è consentito di accogliere la domanda in virtù di una cognizione piena dei soli fatti costitutivi, o di questi e di solo alcuni dei fatti impeditivi modificativi o estintivi; gli altri potranno essere allegati al giudizio, soltanto in una fase successiva al provvedimento del giudice.

⁴⁹⁴ E' l'ipotesi in cui il giudice pur estendendo l'indagine a tutti i fatti allegati dalle parti deve accontentarsi di un minore grado di certezza circa il loro accadimento, in quanto la sua attività conoscitiva non avviene secondo le modalità previste in funzione di garanzia dal secondo libro del codice di rito.

lasciar spazio al giudice nella determinazione delle modalità di andamento del processo, la cognizione sarà sommaria quanto allo svolgimento, nel senso che il procedimento non sarà totalmente predeterminato dal legislatore e avrà come peculiarità un diverso e non prestabilito modo di trattazione e di formazione del convincimento giudiziale⁴⁹⁵.

Soffermandosi, ora sul primo dei due punti da esaminare, cioè a quali condizioni il giudice possa optare per un procedimento incentrato sull'istruzione sommaria, occorre avere come punto fermo quanto sancito dal comma 1 dell'art. 702 *quater* per il quale l'ordinanza emessa ai sensi del comma sesto dell'art. 702 *ter* produce, se non appellata, gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.. E' proprio in vista di tale obiettivo che, da un lato, può determinarsi l'ampiezza dei casi in cui è possibile accedere ad un'istruttoria semplificata e, dall'altro, individuarsi l'intensità di approfondimento dell'istruttoria.

Il dato da cui partire è certamente quello letterale ed è contenuto nel comma 3 dell'art. 702 *ter*, dettato con una formulazione in senso positivo per l'istruzione non sommaria. Dalla lettura di tale norma, da coordinarsi con la prima parte del successivo comma 5 per l'ipotesi dell'istruzione sommaria, la valutazione del giudice dovrà basarsi sulle difese svolte dalle parti ovvero le domande dell'attore, le difese del convenuto e le richieste istruttorie.

⁴⁹⁵ In tal senso, della Pietra, op. cit., 221 ss..

All'esito della valutazione di tali elementi, attraverso un percorso di sintesi, si procederà nelle forme fissate dal comma 5, oppure verrà fissata l'udienza *ex art.* 183.

Il tenore letterale della norma nulla apporta in concreto alla risoluzione dell'interrogativo su quando il giudice potrà optare per un'attività istruttoria semplificata.

La legge non ci dice in cosa consistano le difese delle parti in base alle quali il procedimento potrà proseguire secondo le forme di istruzione semplificata.

Certamente, nell'ambito del procedimento sommario di cognizione non regna la logica di quello cautelare ove la deformalizzazione è imposta dall'esigenza di decidere in fretta onde evitare il pregiudizio per la parte che invoca la tutela.

Nel rito cautelare, come è stato efficacemente rilevato, detta urgenza, fondata sulla valutazione di un *periculum in mora*, impone "un far presto a scapito di un far bene, fermo restando che poi il far bene sarà recuperato nel processo di cognizione"⁴⁹⁶; nel procedimento in parola, la deformalizzazione dovrà trovare un fondamento altrove e cioè nel modo in cui nel caso concreto si presenta la causa alla percezione del giudice.

Il far presto non è qui giustificato dall'esigenza di procedere in via semplificata⁴⁹⁷, poiché, come visto, con il nuovo modello ci troviamo nell'ambito della tutela dichiarativa dei diritti con un provvedimento finale idoneo al giudicato sostanziale.

⁴⁹⁶ Bove, Il procedimento sommario di cognizione, cit., 441, 442.

⁴⁹⁷ Bove, *ibidem*.

Ed allora, il criterio se si vuole “*empirico*”, individuato dalla dottrina pressoché dominante è un altro: quello della semplicità della controversia⁴⁹⁸.

Semplicità da intendersi non tanto come giudizio sulla manifesta fondatezza o infondatezza della domanda⁴⁹⁹, quanto in riferimento alle attività istruttorie da svolgersi, nel senso di limitata quantità (e non qualità delle prove da assumere) e, sostanzialmente, quale strutturale semplicità dell’oggetto del processo⁵⁰⁰.

Se il parametro prospettato può costituire un valido ed idoneo punto di partenza, il passaggio successivo sarà quello di individuare criteri utili alla definizione di controversia semplice.

In linea generale, può ritenersi semplice una causa che non richieda accertamenti di fatto complessi, numerosi o di lunga indagine, al fine di stabilire la fondatezza o l’infondatezza della domanda⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ In tal senso: Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit, 117; Olivieri, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, legge 18 giugno 2009 n. 69, cit., 82; ID, *Al debutto il rito sommario di cognizione*, cit. 46; Bove, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 442; Arieta, *Il rito semplificato di cognizione*, cit., § 11; Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 100; Menchini, *L’ultima “idea” del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, cit., § 3; Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., § 3; Lombardi, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 485; Bina, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 123, 124.

⁴⁹⁹ Come osservato da Arieta in, *Il rito semplificato di cognizione*, cit., § 11, anche se il giudice non è chiamato ad effettuare una prognosi sulla fondatezza o infondatezza della domanda una tale valutazione pare poter essere compresa al fine di stabilire il significato di semplicità della causa. Nello stesso senso si era espresso Luiso in *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., § 5 per il quale “*si comprende il significato di un’istruttoria sommaria laddove la domanda sia palesemente fondata/infondata*”, anche se poi lo stesso autore come già evidenziato nella nota precedente, in *Diritto processuale civile*, IV, cit. 117 formula adesione al criterio della semplicità della causa affermando “*Probabilmente... dovrebbe essere la semplicità dell’istruzione ad essere decisiva. Quindi con il rito sommario possono essere trattate le cause semplici*”.

⁵⁰⁰ Menchini, *L’ultima “idea” del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, cit., § 3.

⁵⁰¹ In tal senso Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, in www.judicium.it, § 2; Biavati, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 189; Carratta, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell’“istruzione sommaria”*, in *Giur. it.*, 2010, 903.

Un primo parametro idoneo potrebbe essere fondato sulla distinzione tra le prove precostituite e quelle costituende nel senso di ritenere possibile un'istruttoria semplificata in tutte quelle ipotesi in cui la controversia sia documentalmente istruita⁵⁰² (con la salvezza delle ipotesi dei procedimenti incidentali per l'accertamento della veridicità dei documenti stessi)⁵⁰³.

Allo stesso modo, semplice sarà quella controversia la cui risoluzione dipende da sole questioni di diritto⁵⁰⁴, quella in cui uno solo o pochi sono i fatti controversi da istruire con prove di facile assunzione o di numero limitato⁵⁰⁵, nonché quella che alla prima udienza di comparizione si presenti già matura per la decisione⁵⁰⁶.

Orientando poi la lente sul comportamento della parte convenuta, potrebbero rinvenirsi ulteriori ipotesi di causa semplice.

⁵⁰² In tal senso gli autori citati nella nota 498 ed anche Fabiani, op. cit., § 8.

⁵⁰³ Così, mentre ad esempio l'istruttoria sommaria è stata ritenuta incompatibile nelle ipotesi di proposizione di querela di falso (così il Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'08.06.2010 predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Bologna), in caso di istanza di verifica privata la valutazione andrebbe svolta caso per caso (così sempre il Protocollo del Tribunale di Bologna).

⁵⁰⁴ In tal senso, Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 118; Menchini, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, cit., § 3; Olivieri, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, legge 18 giugno 2009 n. 69, cit. 81; ID., *Al debutto il rito sommario di cognizione*, cit. 40; Bina, op. cit., 124.

⁵⁰⁵ Così nello specifico, Luiso, op. ult. cit., 118; Bove, op. ult. cit., 442, nonché Menchini, op. ult. cit., § 3 e Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., § 3; Fabiani, op. cit., § 8 il quale, al riguardo, avanza alcune ipotesi a titolo esemplificativo, come l'agevole assunzione di un numero limitato di testimoni immediatamente disponibili, l'effettuazione di un'ispezione di pronta soluzione, l'opportunità di un immediato interrogatorio delle parti, l'esperibilità di una rapida consulenza tecnica. In tale ultimo senso di un'istruttoria avente ad oggetto l'escussione di un numero esiguo di testi su limitate circostanze di fatto anche il Tribunale di Bologna in un'ordinanza del 29.10.2009, in *Foro it.*, 2010, I, C. 1648, che converte il rito ravvisando la necessità di un'istruzione più approfondita.

⁵⁰⁶ In tal senso, Lombardi, op. cit., 487.

Anzitutto quelle contumaciali⁵⁰⁷, poi quelle ove il convenuto non contesti i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio rendendo così applicabile il principio di non contestazione codificato nella nuova formulazione del comma 1 dell'art. 115⁵⁰⁸, ed infine quelle ove vi sia un riconoscimento della domanda⁵⁰⁹.

Se il criterio della semplicità della controversia è accolto dalla dottrina maggioritaria⁵¹⁰, va segnalato come non è mancato chi ha sottolineato che esso possa risultare ambiguo e fonte di perplessità in relazione al contenuto delle norme regolatrici: da queste emergerebbe solo che la necessità di un'istruttoria di tipo ordinario potrà fondare il presupposto della conversione del rito, non altro. Inoltre, la competenza attribuita al solo tribunale monocratico e quindi non anche il giudice di pace desterebbe ulteriori perplessità posto che dinanzi al giudice onorario dovrebbero trattarsi le cause tendenzialmente più semplici⁵¹¹.

Aggiungasi che anche alcune delle prime indicazioni giurisprudenziali emerse sul tema hanno valorizzato maggiormente (se non esclusivamente) altri profili: anzitutto, i comportamenti e gli atteggiamenti assunti in concreto dalle parti quale fonte diretta della quantità di attività istruttoria

⁵⁰⁷ Così Arieta, op. ult. cit., § 11; Olivieri, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, legge 18 giugno 2009 n. 69, cit. 81; ID., *Al debutto il rito sommario di cognizione*, cit. 40.

⁵⁰⁸ In tal senso, Menchini, op. ult. cit., § 3; Bina, op. cit., 124; Fabiani, op. cit., § 8; Olivieri, in *Al debutto il rito sommario di cognizione*, cit., 46 il quale ritiene la conclusione imposta dall'art. 702 *bis* comma 4 pur dubitando sulla possibilità di applicare il principio di non contestazione al di fuori del processo a cognizione piena.

⁵⁰⁹ Bina, op. cit., 124.

⁵¹⁰ Qualcuno e nello specifico Arieta, op. ult. cit., § 11 ha esplicitato ulteriormente il criterio assunto affermando che l'istruttoria semplificata risulterebbe compatibile con cause risarcitorie, condominiali, di pagamento o rimborso di somme di denaro.

⁵¹¹ In tal senso Capponi, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, in www.judicium.it.

da compiere soprattutto in relazione alla semplificazione delle forme nell'ottica del conseguimento della celerità del giudizio⁵¹²; poi, gli accertamenti istruttori da compiere⁵¹³.

La semplicità della controversia è il presupposto del secondo profilo da esaminare: quello relativo ai tratti caratterizzanti dell'istruttoria sommaria.

Occorre da subito evidenziare che anche in riferimento a tale punto riveste un ruolo decisivo la già ampiamente richiamata disposizione di cui al comma 1 di cui all'art. 702 *quater* .

Da essa discende la collocazione del procedimento sommario di cognizione nell'ambito della tutela dichiarativa dei diritti: l'oggetto del procedimento sommario corrisponde in tutto e per tutto a quello del

⁵¹² Così il Tribunale di Mondovì in una ordinanza del 05.11.2009, in *Guida al dir.*, 2009, n. 50. Secondo il Tribunale la non sommarietà dell'istruzione deve "valutarsi non tanto con riferimento all'oggetto della domanda, quanto, piuttosto, in relazione alle prove necessarie per la decisione, sulla base delle difese assunte dalle parti. Questa affermazione si giustifica con la considerazione che ai fini del rito in esame le cause non devono essere divise tra cause oggettivamente complesse e cause semplici, ma tra cause in cui l'istruttoria può essere complessa e lunga ed altre cause in cui l'istruttoria può essere condotta in modo deformalizzato e con rapidità. La differenza tra le due tipologie può dipendere dalla natura della lite (che non richiede accertamenti in fatto, o li richiede in misura limitata), ovvero, spesso, dalle posizioni assunte dalle parti, dal momento che esse determinano la quantità e la qualità di domande ed eccezioni (che vanno ad integrare il *thema decidendum*) e, soprattutto, la quantità di istruttoria necessaria, attraverso le contestazioni o meno dei fatti allegati dalla controparte. Poiché nel giudizio civile opera il principio di disponibilità della prova, è attraverso le difese delle parti che si può accrescere o diminuire il carico istruttorio della causa, cosicché anche una causa teoricamente complessa – quale può essere una causa di responsabilità professionale o, come nel caso di specie, un'azione revocatoria – può essere decisa senza fare luogo ad un'istruttoria lunga e formale". Sempre nel senso della svalutazione del criterio di semplicità si pone anche un'ordinanza di poca successiva del 18.11.2009 resa dal Tribunale di Varese edita sempre in *Guida al dir.*, 2009, n. 50 per la quale "Il parametro valutativo da assumere quale primario riferimento per il giudizio di decidibilità nelle forme del sommario è dunque, sicuramente l'oggetto della causa ed il complesso articolato di difese ed eccezioni introitate nel giudizio, passando anche, per le richieste istruttorie articolate dalle parti e le eventuali istanze per la estensione del contraddittorio ad altri soggetti. Non è un caso che l'art. 702 *ter* comma III c.p.c. richiami espressamente "le difese svolte dalle parti", ai fini della eventuale conversione. All'esito delle valutazioni che precedono, il giudice, tenuto conto della complessità oggettiva e soggettiva della causa, deve prefigurarsi il percorso che, a suo giudizio, si prospetta per la decisione e, dunque, verificarne la sua compatibilità con le forme semplificate. La compatibilità va esclusa ove venga meno uno degli assi portanti del giudizio sommario e cioè: I) celerità dei tempi e II) snellezza delle forme".

⁵¹³ In tal senso un'ordinanza del Tribunale di Lamezia Terme del 12.03.2010 in www.lexform.it, ove si afferma che "non è la complessità delle questioni poste, sul piano teleologico, ad inibire la decisione con il rito sommario bensì, sul piano meramente strumentale, la formazione della prova, ancora in divenire, rispetto alle tesi difensive propuginate, le quali devono risultare scoperte di supporto dimostrativo ed esigenti detto supporto".

processo a cognizione piena, sicchè l'attore, nelle cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica, potrà ottenere una tutela di accertamento, costitutiva o di condanna, idonea a fissare in modo vincolante e definitivo la regola di condotta per la situazione sostanziale controversa.

Quanto appena rilevato costituisce il punto centrale nell'interpretazione del comma 5 dell'art. 702 *ter* poiché vale a tracciare la necessaria differenziazione con l'istruzione cautelare di cui al comma 1 dell'art. 669 *sexies*.

Alcun dubbio pare poter sorgere, data la evidente assonanza letterale e formale delle due norme, riguardo alla constatazione secondo cui il legislatore per la formulazione dell'art. 702 *ter* comma 5 abbia guardato all'art. 669 *sexies* comma 1.

Tuttavia, a parte tale assonanza letterale, le differenze di contenuto tra le norme sono notevoli, tali da collocarle su piani posti agli antipodi.

Nell'art. 669 *sexies* comma 1 il legislatore fa riferimento agli "*atti di istruzione indispensabili in relazione ai fini ed ai presupposti del provvedimento richiesto*"; nell'art. 702 *ter* comma 5 il riferimento è agli "*atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto*".

La *ratio* di tale diversità può agevolmente rinvenirsi nell'osservazione secondo cui nel procedimento cautelare, per ragioni di celerità, occorre limitare l'istruzione agli atti indispensabili in relazione al tipo di *periculum* e correlativamente al tipo di effetti che il provvedimento cautelare deve produrre per ovviare a tale *periculum*, mentre nel procedimento sommario

l'istruzione attiene ai fatti rilevanti con riferimento all'oggetto della domanda⁵¹⁴.

Ciò consente di cogliere appieno l'intrinseca ed ineliminabile differenza funzionale tra procedimento cautelare e procedimento sommario di cognizione: il primo finalizzato ad un accertamento superficiale e provvisorio; il secondo ad uno destinato alla incontrovertibilità⁵¹⁵.

In tale ultima luce, vanno colte le caratteristiche dell'istruzione sommaria nel procedimento in parola.

Il procedimento sommario è tale per le modalità dell'istruzione, non per l'oggetto che corrisponde in tutto e per tutto a quello di un processo a cognizione piena.

L'istruzione avrà ad oggetto i fatti rilevanti e sarà sommaria non perché parziale, essendo tutti i fatti rilevanti oggetto dell'istruzione, ma perché deformalizzata, come per il processo cautelare, e dunque svincolata dalle forme del libro secondo del codice di rito⁵¹⁶.

La sommarietà è da intendersi nel senso di svalutazione delle forme⁵¹⁷, ma non dell'oggetto e della qualità della prova⁵¹⁸. Si tratta di una mera semplificazione di ogni fase del procedimento successiva a quella introduttiva, l'unica disciplinata direttamente dall'art. 702 *bis*. E' stato

⁵¹⁴ In tal senso per tutti, Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 117. Per un approfondimento sugli atti di istruzione indispensabili di cui all'art. 669 *sexies*, si veda, capitolo IV, § 1, nota 543.

⁵¹⁵ Per tutti Lupoi, op. cit., § 7 e nello stesso senso Olivieri, *Al debutto il rito sommario di cognizione*, cit., 46, 47.

⁵¹⁶ Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit. 117 e nello stesso senso Arieta, *Il rito semplificato di cognizione*, cit., § 12; Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 99; Menchini, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, cit., § 4; Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., § 2; Lupoi, op. cit., § 7; Fabiani, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, cit., § 9; Bina, op. cit., 126;

⁵¹⁷ Fabiani, *ibidem*.

⁵¹⁸ Dittrich, *ibidem*; Lupoi, *ibidem*; Bina, *ibidem*.

rilevato che “...il legislatore, pensando alle controversie più semplici, abbia voluto introdurre un modello di procedimento dalla disciplina più scarna che il giudice può in una certa misura forgiare a sua discrezione...”⁵¹⁹.

Ed allora, imprescindibile il rigoroso rispetto del contraddittorio, la sommarietà dell’istruzione nel senso di svalutazione delle forme si colora di un ulteriore elemento: la discrezionalità del giudice, poiché l’art. 702 *ter* comma 5, richiamando la formulazione dell’art. 669 *sexies*, sancisce che “il giudice... procede nel modo che ritiene più opportuno”.

Orbene, pur non potendovi essere dubbi circa l’intenzione del legislatore di attribuire un ampio margine di discrezionalità nello svolgimento dell’istruzione, pare potersi osservare, con altrettanta sicurezza, che tale discrezionalità, non potrà essere illimitata.

Il solo fatto che l’attore opti per il rito sommario di cognizione non deve condurre ad una elisione del principio dispositivo⁵²⁰ e degli altri principi generali in tema di prova.

Anzi al contrario, la discrezionalità del giudice troverà un contrappeso proprio in tali principi generali.

In *primis* in quello dispositivo, sicchè gli atti di istruzione saranno quelli richiesti dalle parti nei loro scritti difensivi ed alla prima udienza di comparizione⁵²¹ e poi anche in quello dell’onere della prova⁵²².

⁵¹⁹ Così Balena, Il procedimento sommario di cognizione, in *Foro it.*, 2009, V, 329.

⁵²⁰ Fabiani, Le prove nei processi dichiarativi semplificati, cit., § 9.

⁵²¹ Arieta, Il rito semplificato di cognizione, cit., § 12;

⁵²² Macagno, Il processo sommario di cognizione. Brevi note, in *Giur. mer.*, 2009, 3055.

Si deve, cioè, categoricamente escludere che il giudice abbia accresciuti poteri inquisitori⁵²³, trovando, viceversa, sotto tale profilo, applicazione il comma 1 dell'art. 115.

Ed infatti, diversamente opinando si giungerebbe a demandare ad una sola parte, con l'avallo della valutazione sostanzialmente incontrollabile del giudice circa la possibilità dell'istruzione sommaria, la scelta, in ordine alla medesima situazione fatta valere, tra un processo retto dal principio inquisitorio ed uno governato dal principio dispositivo, con la conseguenza di una evidente incompatibilità con gli articoli 3 e 111 comma 2 della Costituzione⁵²⁴.

L'impossibilità di configurare la discrezionalità del giudice senza alcun limite comporta anche che le prove ammissibili saranno solo quelle tipiche dovendosi escludere che l'opzione dell'attore per il rito sommario di cognizione implichi un ampliamento del palinsesto dei mezzi di prova contemplati dal codice di rito per il giudizio a cognizione piena, sicchè potranno trovare ingresso nell'istruttoria del rito sommario tutte le prove tipiche precostituite e costituende compatibili con le caratteristiche di celerità e speditezza del procedimento in parola⁵²⁵.

⁵²³ Biavati, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, cit., 192; Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 99; Acierno, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. giur.*, 2010, 513; Arieta, *op. cit.*, § 12. In senso contrario Volpino, in *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 67 per il quale "la sommarietà dell'istruttoria si presta dunque a determinare un ampliamento dei poteri probatori esercitabili d'ufficio dal giudice".

⁵²⁴ Olivieri, *Al debutto il rito sommario di cognizione*, cit., 46, 47; ID., in *AA.VV.*, *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, legge 18 giugno 2009 n. 69, cit., 91. Aderisce alla posizione, Lombardi, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 486 nota, 28.

⁵²⁵ In tal senso Olivieri, *ibidem*; Fabiani, *ibidem*; Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit. 99; Lupoi, *op. cit.*, § 7; Lombardi, *op. cit.*, 486; Bina, *op. cit.*, 125. Di diverso avviso Bove in, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 444 per il quale dal tenore dell'art. 702 *ter* comma 5 non può non desumersi che "il giudice può assumere anche prove atipiche ovvero prove tipiche seguendo modalità atipiche" e, se mal non

In definitiva, il risultato cui si perviene e che può costituire la bussola per l'interpretazione della disciplina dei *nova* di cui all'art. 702 *quater* è il seguente: le controversie semplici potranno essere oggetto di un'istruttoria deformalizzata nel senso di essere svincolata dalle forme contemplate dal libro secondo del codice di rito. Nel rigido rispetto del principio del contraddittorio, tale semplificazione delle forme, ma non dell'oggetto e della qualità della prova, sarà affiancata da una certa discrezionalità del giudice, bilanciata dai principi generali in tema di istruttoria e dalla possibilità di assumere solo le prove tipiche.

§ 6. LA RILEVANZA DEI NUOVI MEZZI DI PROVA

Tracciata la linea interpretativa da seguire, occorre ora soffermarsi nello specifico sulla disciplina delle nuove prove in appello regolata dall'art. 702 *quater*.

Esso recita nel senso che *“sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene rilevanti ai fini della decisione, ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile”*.

La norma presenta un certa assonanza con la previsione di cui all'art. 345 comma 3, rispetto alla quale, tuttavia, sono facilmente percepibili alcune differenze tali da determinare già dal solo punto di vista letterale la differente prospettiva.

si intende, Menchini, L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione, cit., § 4.

La prima è rilevabile *ictu oculi*: nel comma 3 dell'art. 345 i mezzi di prova per essere ammissibili in grado di appello devono essere indispensabili; nella disposizione di cui all'art. 702 *quater* l'aggettivo utilizzato è rilevante. La seconda riguarda la formulazione letterale delle norme: la previsione dell'art. 345 comma 3 è in senso negativo "*non sono ammessi nuovi mezzi di prova...*", quella di cui all'art. 702 *quater* è in senso positivo "*sono ammessi nuovi mezzi di prova e documenti...*"⁵²⁶.

Queste prime osservazioni sono di non poco momento poiché già da esse pare possibile dedurre, da un primo generale punto di vista, il differente intento espresso dal legislatore nella disciplina delle nuove prove in appello.

In altre parole, può affermarsi che il legislatore abbia voluto creare regimi diversi in conseguenza delle forme di svolgimento del giudizio di primo grado.

Mentre nel rito ordinario ed in quello del lavoro l'ingresso dei nuovi mezzi di prova è sostanzialmente configurabile in casi limite e di *extrema ratio*, nell'appello avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione, svoltosi cioè seguendo forme semplificate, il criterio di selezione dei mezzi di prova è certamente più ampio ed elastico, modellandosi sulla regola generale della rilevanza⁵²⁷.

⁵²⁶ Menchini, Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009, in *Il giusto processo civile*, 2009, 1112; Cea, L'appello nel processo sommario di cognizione, in *Il giusto processo civile*, 2011, 159.

⁵²⁷ Non va dimenticato che nell'originaria formulazione dell'art. 702 *quater*, nel d.d.l. n. 1441 era previsto l'aggettivo indispensabili, poi sostituito, in seguito ad un emendamento da quello "*rilevanti*".

Aggiungasi che ulteriore dato a supporto di tale impostazione di fondo può essere colto nell'ultimo periodo dell'art. 702 *quater* che prevede la facoltà del presidente di delegare l'attività di assunzione dei mezzi istruttori ad uno dei componenti del collegio. Tale previsione può essere colta immaginando un appello aperto a nuove prove, ove lo svolgimento dell'attività istruttoria non sia certo un evento eccezionale riservato solo a casi particolari ed estremi, come nel rito ordinario ed in quello del lavoro, ma un'ipotesi destinata a verificarsi con una certa frequenza⁵²⁸.

Stando alla formulazione letterale dell'art. 702 *quater*, le ipotesi cui si ricollega la possibilità che i nuovi mezzi di prova ed i nuovi documenti trovino ingresso in appello sono due: la rilevanza dei nuovi mezzi di prova e la mancata proposizione nel giudizio di primo grado per causa non imputabile alla parte, anche se è stato sottolineato che la norma evidenzerebbe chiaramente un vizio logico⁵²⁹.

Sostanzialmente, possono distinguersi tre differenti posizioni che si caratterizzano per la maggiore o minore apertura alle nuove prove nel giudizio di impugnazione.

⁵²⁸ Menchini, Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009, cit., 1112.

⁵²⁹ E' stato rilevato che dal dato letterale della norma si evincerebbe un'alternatività: i nuovi mezzi di prova possono trovare ingresso nel processo ove rilevanti, ovvero ove la parte non abbia potuto proporli nel procedimento sommario per causa non imputabile. Da tale formulazione alternativa, discenderebbe la conseguenza che dovrebbero essere ammesse anche quelle prove non proposte per causa non imputabile anche se irrilevanti e ciò evidentemente sarebbe un assurdo. Pertanto, i mezzi di prova ammissibili in appello sarebbero solo quelli rilevanti. In tal senso, Luiso, Diritto processuale civile, IV, cit., 119; ID., Il procedimento sommario di cognizione, cit., § 6; Olivieri, Al debutto il rito sommario di cognizione, cit., 50; ID., in AA.VV., Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività, legge 18 giugno 2009 n. 69, cit., 98; Bina, op. cit., 132; Cea, op. ult. cit., 160; Menchini, L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione, cit., § 5; Dittrich, op. cit., § 8.

Un primo filone interpretativo, partendo dalla considerazione secondo cui l'attività istruttoria svolta in primo grado possa presentare lacune dovute alle forme semplificate, ritiene che in grado di appello sia necessario che l'istruzione si completi con nuove attività e con la rinnovazione di quelle già svolte nelle forme semplificate, cui dovranno sostituirsi le garanzie del secondo libro del codice di rito⁵³⁰.

Si prevede cioè un'apertura alla cognizione piena e nei modi ordinari per porre rimedio ad eventuali errori del primo giudice dovuti alla sommarietà del procedimento⁵³¹ e per sanare eventuali *deficit* di tutela⁵³².

In tale prospettiva, sembrerebbe che il legislatore si sia pentito del modello di istruzione disciplinato secondo le forme semplificate⁵³³, sicché le eventuali lacune dell'istruttoria del primo grado potranno essere colmate attraverso l'ingresso di nuovi mezzi di prova semplicemente rilevanti e non indispensabili. Ciò perché, essendosi l'istruttoria in primo grado svolta seguendo binari accelerati rispetto a quelli ordinari, con possibilità che il diritto di difesa della parti sia stato compresso,

⁵³⁰ Menchini, op. ult. cit., 1111, 1112. Si noti, peraltro, che l'autore ritiene necessaria anche l'integrazione dei mezzi di prova atipici eventualmente assunti in primo grado con quelli tipici.

⁵³¹ Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 119, 120, il quale osserva "nelle intenzioni del legislatore, siamo in presenza di un appello aperto... Ebbene, sembra evidente che... l'appello avverso un'ordinanza sommaria debba essere ricostruito come un giudizio di primo grado a cognizione piena, pena l'incompatibilità del processo sommario con i principi costituzionali"; ID., *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., § 6; Olivieri, *Al debutto il rito sommario di cognizione*, cit., 49, 50; ID., in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, legge 18 giugno 2009 n. 69, cit., 96 ss.; Arieta, *Il rito semplificato di cognizione*, cit., § 14; Raiti, *La Corte d'appello nissena per una nozione rigorosa, ma certa, della "indispensabilità" dei nuovi istruttori nell'appello civile ordinario*, nota ad App. Caltanissetta 24.04.2009, in *Giur. it.*, 2010, 920; Cea, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *Il giusto processo*, 2011, cit., 160 ss.

⁵³² Capponi, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, in *www.judicium.it*.

⁵³³ Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 101.

*“l’istruttoria aperta in appello permette di sanare tale compressione riequilibrando i poteri tra le parti”*⁵³⁴.

In conclusione, secondo tale linea interpretativa, le parti potranno in modo libero e senza limiti formulare istanze istruttorie e produrre documenti, al fine di ottenere un accertamento completo, approfondito ed esaustivo dei fatti rilevanti⁵³⁵.

In senso diametralmente opposto si collocano coloro i quali ricostruiscono la struttura dell’appello del rito sommario di cognizione equiparandola a quella del rito ordinario e del rito del lavoro: un appello chiuso ai *nova* nel quale l’ingresso dei nuovi mezzi di prove e dei nuovi documenti è possibile solo in un numero assai limitato di casi.

Tale ricostruzione parte dalla caratterizzazione della sommarietà nel senso di semplificazione del rito, ove il giudice accerta i fatti rilevanti in modo pieno, ma godendo di maggior spazio di movimento perché la causa è semplice nei suoi presupposti fattuali⁵³⁶. Sulla base di tale osservazione, l’appello si propone come *revisio prioris instantiae* con le medesime caratteristiche del giudizio di primo grado.

⁵³⁴ In tal senso, Lupoi, Sommario (ma non troppo), cit., § 8.

⁵³⁵ Menchini, L’ultima “idea” del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione, cit., § 5.

⁵³⁶ In tal senso, Bove, Il procedimento sommario di cognizione, cit., 450 il quale esclude che il procedimento di cognizione sommario sia configurabile come un giudizio in cui il giudice accerta in modo sommario i fatti di causa fondandosi su valutazioni di probabilità se non di verosimiglianza sicchè l’appello finirebbe per essere il momento in cui si recupera la cognizione piena perduta nella sommarietà del giudizio di primo grado, qualificandosi come una sorta di opposizione al provvedimento sommario attraverso cui attuare il proprio diritto alla cognizione piena prima di subire un provvedimento che abbia efficacia di giudicato. Di conseguenza, in appello le parti potranno proporre nuove domande e nuove eccezioni ma anche ottenere la rinnovazione delle prove assunte sommariamente e chiedere l’assunzione di ogni mezzo di prova rilevante.

Accogliendo tale idea, la norma di cui all'art. 702 *quater* dovrà necessariamente essere avvicinata al contenuto dell'art. 345 comma 3, sicchè i nuovi mezzi di prova saranno ammessi solo se indispensabili e non semplicemente rilevanti, a meno che la parte non dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa non imputabile⁵³⁷.

Ragionando in tal modo, si supererebbe anche il vizio logico emergente dalla formulazione della norma che a stretto rigore letterale finirebbe per consentire l'ingresso in appello di nuovi mezzi di prova irrilevanti che la parte non abbia potuto proporre in primo grado per causa ad essa non imputabile.

La terza interpretazione si colloca in posizione intermedia rispetto a quelle innanzi descritte ed è ispirata dall'intento di attribuire rilievo autonomo ad entrambe le fattispecie previste nell'art. 702 *quater*.

Mentre la previsione della mancata proposizione per causa non imputabile è analoga a quella del comma 3 dell'art. 345, quella della rilevanza è volta a mitigare il rigore derivante dall'uso della controversa nozione di indispensabilità dei nuovi mezzi di prova nell'appello ordinario ed in quello del lavoro⁵³⁸.

Tuttavia, nell'intendere il significato di rilevanza emergente dal contesto dell'appello del rito sommario di cognizione si incontrano delle difficoltà

⁵³⁷ Bove, op. cit., 451; ID., in Bove e Santi, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, 85. per il quale il legislatore intendeva riproporre la stessa formulazione del comma 3 dell'art. 345 però alla fine avrebbe errato "*nell'uso della paroletta*". Nello stesso modo è sostanzialmente orientato Dittrich in, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., § 8, il quale evidenzia anche che diversamente opinando "*si verrebbero a gravare i giudici di seconde cure di ulteriori gravosissimi oneri, che sembrano a dir poco incongrui con la struttura di tale giudizio e sullo stato di crisi in cui già versano le nostre corti d'appello*".

⁵³⁸ Balena, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 333.

dovute alla portata generale della nozione di rilevanza quale criterio generale di ammissione di ogni mezzo di prova sia in primo grado che in secondo grado e, pertanto, essa non sembrerebbe “*concretamente utilizzabile per delimitare (ulteriormente) il novero delle (nuove) prove ammissibili in appello*”⁵³⁹, a meno di non voler sostenere che il legislatore abbia inteso con la previsione di cui all’art. 702 *quater* ribadire che, al fine di dare ingresso alle nuove prove in appello, si debba valutare la sufficienza e decisività di quelle assunte durante nel giudizio di primo grado secondo le forme semplificate.

Ove tale conclusione fosse ritenuta non soddisfacente, anche perché, come rilevato⁵⁴⁰, del tutto inidonea a far coesistere logicamente le due previsioni di cui all’art. 702 *quater*, potrebbe soccorrere in via interpretativa l’ipotesi della mancata proposizione dei mezzi di prova per causa non imputabile alla parte.

Al riguardo, se si considera che nel rito sommario di cognizione non esiste una specifica barriera preclusiva concernente l’offerta dei mezzi di prova e la produzione dei documenti e che ben potrebbe accadere che il giudice immediatamente riservi la causa in decisione senza concedere alle parti ulteriore termine per l’integrazione delle richieste istruttorie formulate negli atti introduttivi, si potrebbe affermare che laddove si sia verificata una situazione del genere, sia la mera rilevanza dei mezzi di prova a giustificarne l’ammissione in appello; viceversa, ove il giudice del

⁵³⁹ Balena, *ibidem*. Nello stesso senso Bove, in Bove – Santi, Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto, cit., 85.

⁵⁴⁰ Si vedano per maggior completezza i riferimenti di cui alla precedente nota 529.

procedimento sommario abbia concesso specifici termini per proporre nuovi mezzi di prove e produrre nuovi documenti, l'ammissione dei *nova* resterebbe subordinata all'esistenza di una causa non imputabile che alla parte ne abbia giustificato la mancata richiesta in primo grado⁵⁴¹.

Le tre opzioni interpretative appena ricordate stimolano una riflessione di carattere generale da cogliersi in relazione ai risultati esposti nel capitolo precedente allorché ci si è soffermati sulla nozione di novità della prova, quale presupposto per la ricostruzione della nozione di indispensabilità nell'appello ordinario ed in quello del lavoro.

In quella sede, si è condivisa l'idea pressoché dominante in dottrina secondo la quale il concetto di novità vada riferito al mezzo di prova differente rispetto a quello utilizzato in primo grado, ovvero a quello avente ad oggetto circostanze diverse, fermo restando che con essi non si possa giungere a contraddire modificare o integrare le risultanze istruttorie emerse in prime cure.

I nuovi mezzi di prova così intesi ovviamente sono quelli non richiesti né di conseguenza assunti in primo grado, ma non quelli chiesti e non ammessi dal giudice⁵⁴².

Orbene, se si confrontano le tre interpretazioni espresse in relazione alle nuove prove rilevanti nel giudizio di appello avverso l'ordinanza pronunciata all'esito del giudizio a cognizione sommaria, con i risultati accolti in tema di novità della prova per l'appello ordinario e del lavoro

⁵⁴¹ Balena, *ibidem*. Aderisce alla posizione anche Lombardi in, Il procedimento sommario di cognizione generale, cit., 492.

⁵⁴² Per i riferimenti analitici, si rinvia al capitolo II, § 2.

appena ricordati, sarà naturale dedurre che solo in un caso l'accezione di novità del mezzo di prova, quale presupposto per la successiva valutazione di indispensabilità da parte del collegio, potrà coerentemente ed agevolmente coordinarsi con la nozione di rilevanza prevista per i *nova* dell'appello del rito sommario di cognizione.

Ovviamente, una tale evenienza potrà verificarsi solo considerando quell'idea minoritaria secondo cui il termine rilevanza in seno all'art. 702 *quater* sarebbe stato erroneamente adoperato dal legislatore, il quale, viceversa, con esso avrebbe inteso far riferimento all'indispensabilità.

Al contrario, per le altre due opzioni interpretative dei nuovi mezzi di prova rilevanti, l'accezione di nuovo mezzo di prova ritenuta soddisfacente in rapporto alla nozione di indispensabilità per l'appello del rito ordinario e del rito del lavoro, mal si concilierebbe con esse.

Ed infatti, tanto aderendo all'interpretazione della dottrina maggioritaria (appello aperto e possibilità di nuovi mezzi di prova e di nuovi documenti per rimediare ad eventuali errori e *deficit* verificatisi durante il primo grado nelle forme semplificate), quanto a quella intermedia volta a valorizzare entrambe le ipotesi regolate dall'art. 702 *quater*, la nuova prova intesa come mezzo differente rispetto a quello utilizzato nel giudizio di primo grado, ovvero come identico mezzo avente però ad oggetto circostanze diverse, contrasterebbe in maniera alquanto evidente con l'intento di apertura alle nuove prove voluto dal legislatore del 2009.

Da quanto esposto, discende la considerazione secondo cui se l'apertura ai nuovi mezzi di prova ed ai nuovi documenti sia stata ispirata all'intento di

recuperare la sommarietà dell'istruzione in primo grado, la nozione di nuova prova dovrà, coerentemente con tale obiettivo, essere più ampia possibile soprattutto con riferimento a quella accolta quale presupposto valutativo preliminare dell'indispensabilità.

Si dovrà, cioè, immaginare un'idea di novità della prova svincolata dai tradizionali limiti individuati nella diversità del mezzo o della circostanza che ne è oggetto e, più in generale, nella sua mancata richiesta e di conseguenza assunzione.

Così ragionando, la nozione di nuova prova in termini generali si dovrebbe arricchire anche di quei nuovi mezzi e di quei nuovi documenti utili a completare e superare la sommarietà del primo grado anche se, a differenza di quanto sostenuto per i nuovi mezzi di prova nell'appello ordinario ed in quello del lavoro, volti a contraddire le risultanze acquisite nelle forme semplificate.

In estrema sintesi, la sommarietà del primo grado si rivelerebbe non solo utile a comprendere la scelta del legislatore in favore della rilevanza in luogo dell'indispensabilità, ma anche la chiave per ampliare la categoria delle nuove prove nel giudizio di appello fino a comprendere tutte quelle istanze istruttorie che, anche se già espletate con le forme semplificate, verranno ripetute nuovamente nella fase di gravame con le garanzie previste dal secondo libro del codice di rito.

Se, per un verso, tale riflessione porta all'ampliamento della categoria delle nuove prove considerate su un piano generale, per altro verso, non può non rilevarsi come in tal modo si giunga ad un'interpretazione delle

novità della prova differentemente caratterizzata a seconda delle modalità di svolgimento del giudizio di primo grado.

Tale diversità sembrerebbe poi difficilmente giustificabile in considerazione dell'attribuzione all'ordinanza conclusiva del rito sommario di cognizione degli effetti di cui all'art. 2909 c.c.

Se tali premesse sembrano poter trovare giustificazione, si dovrebbe allora ripensare alla ricostruzione dell'appello sommario in termini di totale apertura ai *nova* e avvicinare maggiormente la rilevanza dei nuovi mezzi di prova al criterio di selezione accolto per l'appello ordinario e per quello del lavoro, restringendo così anche qui l'ingresso delle nuove prove.

Ma pensare ad un'interpretazione restrittiva della categoria delle nuove prove determinerebbe evidenti e forse insanabili ripercussioni sul piano delle garanzie delle parti e profili di incostituzionalità in seno alla disciplina del procedimento sommario di cognizione, rivelandosi, dunque, non praticabile.

D'altronde, la *ratio* di tale differenziazione può essere apprezzata anche su un piano più generale tenendo, cioè, conto del fatto che con la riforma del 2009 è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento uno strumento processuale caratterizzato da forme di istruzione sommaria il cui provvedimento conclusivo è idoneo al giudicato sostanziale.

Tale osservazione finisce chiaramente per avere ripercussioni sul modo d'intendere la novità della prova nel senso prospettato.

In conclusione, l'idea di nuova prova potrà essere interpretata nel senso più ampio appena riferito, differenziandosi così dalla lettura più

restrittiva quale presupposto dell'indispensabilità nell'appello ordinario ed in quello del lavoro, ove il giudizio di primo grado si svolge nel rispetto di tutte le garanzie previste nel libro secondo del codice di rito.

CAPITOLO IV

INDISPENSABILITA' E RILEVANZA DEI NUOVI MEZZI DI PROVA:

UNA POSSIBILE LETTURA

SOMMARIO: 1. Metodo d'indagine per la formulazione di una nozione di indispensabilità - 2. La nozione di indispensabilità dal punto di vista qualitativo - 3. La nozione di indispensabilità dal punto di vista quantitativo - 4. Rilevanza dei nuovi mezzi di prova in appello e forme semplificate di istruzione: un connubio necessario?

§ 1. METODO D'INDAGINE PER LA FORMULAZIONE DI UNA NOZIONE DI INDISPENSABILITA'

Le ricostruzioni della nozione di indispensabilità formulate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di cui si è dato conto nel capitolo II per quanto certamente apprezzabili non hanno dissipato lo stato di incertezza ancora oggi esistente.

Sin dalla sua introduzione al comma 2 dell'art. 437, dottrina e giurisprudenza hanno dibattuto sulla nozione in esame senza giungere ad un'idea condivisa e tale da condurre ad una determinazione univoca delle nuove prove indispensabili ammissibili nel giudizio di appello. Né a tal fine possono essere utili le posizioni espresse in merito agli atti di istruzione indispensabili di cui all'art. 669 *sexies* che si collocano in un contesto operativo assolutamente diverso, come quello della tutela cautelare⁵⁴³.

⁵⁴³ Al riguardo, è stato osservato da Recchioni in, *La trattazione ed istruzione della domanda cautelare, in I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino, 2005, 483 che *"respinto qualunque accostamento del concetto in discorso con quelli, estremamente problematici, contenuti negli artt. 345 e 437 c.p.c., è evidente che la norma, in una sua piana esegesi letterale, altro non impone al giudice di*

A partire dalle pronunce a Sezioni Unite del 2005, in tema di nuove produzioni documentali, sembrano potersi individuare alcuni dati utili da cui muovere.

Il primo si riferisce all'estensione del requisito dell'indispensabilità anche alle nuove produzioni documentali che potranno trovare ingresso in appello solo ove il collegio le ritenga indispensabili.

Il secondo attiene alla definizione di indispensabilità contenuta nella pronuncia relativa al rito ordinario, sostanzialmente identica a quella già avanzata da autorevole dottrina⁵⁴⁴, che ha costituito un riferimento costante per la giurisprudenza successiva.

Per la suddetta definizione, prove indispensabili sarebbero quelle suscettibili di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella che, le

non procedere all'assunzione di mezzi istruttori superflui in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto...in realtà, l'indispensabilità deve riferirsi soltanto agli atti istruttori e non ai presupposti e ai fini del provvedimento... è come se la norma dicesse che solo ove sia veramente indispensabile procedere ad atti istruttori il giudice possa procedere in in questo senso". Senza alcuna pretesa di esaustività, va evidenziato che alla norma sono state date diverse chiavi di lettura. Secondo una prima, è stato osservato che la direttiva del comma 1 dell'art. 669 *sexies* dovrebbe interpretarsi nel senso dell'inammissibilità delle richieste istruttorie tese a dimostrare fatti pertinenti esclusivamente al solo processo di merito (in tal senso Olivieri, I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353), in *Riv. dir. proc.*, 1991, 706; Ursoleo, La disciplina dei procedimenti cautelari nella riforma del processo civile, in *Dir. economia*, 1993, 195). Da altri è stato sostenuto che l'indispensabilità è da intendere non solo nel senso di considerare esclusa l'acquisizione di fatti che rilevano solo nel giudizio di merito, ma anche e soprattutto nel senso di commisurare il giudizio di necessità della prova alla convinzione di mera verosimiglianza che il giudice è in tale sede chiamato a formarsi intorno ai fatti di causa; in altre parole il giudice della cautela deve limitarsi ad acquisire o ad assumere gli atti istruttori che ritenga necessari (*recte* indispensabili) per formare il proprio convincimento sul *fumus boni iuris* e sul *periculum in mora*, ogniquale volta le asserzioni della parte istante non risultino già giustificate da prove precostituite, dalla non contestazione dei fatti da provare, dall'ammissione degli stessi contenuta in scritti difensivi (in tal senso: Proto Pisani, L'istruzione nei procedimenti sommari, in *Foro it.*, 2002, V, 23; Merlin, Procedimenti cautelari ed urgenti in generale, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 404; De Matteis, La riforma del processo cautelare, Milano, 2006, 351; Guaglione, La prova nel procedimento cautelare, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 193). Da una diversa prospettiva, infine, si pone in risalto la stretta correlazione imposta dal legislatore tra atti istruttori indispensabili e fini del provvedimento richiesto, poiché l'indagine istruttoria cautelare dovrebbe essere necessariamente orientata non soltanto sulla sussistenza, in via probabilistica, del *fumus* e del *periculum in mora*, ma anche dello scopo della misura cautelare richiesta a seconda del tipo di cautela che si intenda conseguire (così Consolo, La riforma del processo civile, Milano, 1991, 466 ss.).

⁵⁴⁴ E', come già ricordato, l'idea di Consolo espressa in, *L'impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, 158.

prove definite come rilevanti hanno sulla decisione finale della controversia. Si tratterebbe, dunque, di tutte quelle prove capaci di determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, decisivo talvolta anche per giungere ad un completo rovesciamento della decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado.

Se il principio in tema di estensione dell'indispensabilità alle nuove produzioni documentali è stato recepito dal legislatore nell'ultima riforma del processo civile, la nozione di indispensabilità espressa in seno alla pronuncia n. 8203/05, per quanto ripresa nelle decisioni successive, non ha di certo risolto i dubbi interpretativi che ad oggi permangono.

Tutte le soluzioni prospettate hanno prestato il fianco a rilievi critici che lungi dal favorire il raggiungimento di una soluzione condivisa hanno, viceversa, visto proliferare ulteriori ricostruzioni mai pienamente accolte.

Per un esame approfondito delle varie posizioni espresse e delle obiezioni cui sono state sottoposte si rinvia al capitolo II anche se, al fine di orientare l'indagine verso una ricostruzione della nozione di indispensabilità, pare opportuno richiamarle molto sinteticamente e non integralmente, considerando altresì che un altro dato basilare da tener ben presente ai fini dell'analisi è l'evidente intenzione del legislatore di distinguere la nozione di indispensabilità da quella di rilevanza.

Partendo dalla definizione delle Sezioni Unite, è stato sottolineato come essa in concreto non individui quando una prova possa avere un'influenza causale più incisiva rispetto a quella semplicemente rilevante, rivelandosi una tale distinzione nell'ambito dei mezzi di prova

alquanto difficoltosa⁵⁴⁵. Al riguardo, è stato osservato che *“se mai quantificabile, l’incisività di un mezzo istruttorio può misurarsi solo in concreto e a posteriori, con riferimento a prove storicamente date delle quali sia consentito valutare la capacità di rappresentazione dei fatti cui si correlino. Quando, invece, la nozione di indispensabilità che il legislatore somministra all’art. 345 non può che intendersi a priori, relativamente ad una qualità riconosciuta alla prova al momento in cui si tratti di ammetterla”*⁵⁴⁶. Inoltre, l’intendere la prova indispensabile come quella tale da poter prognosticamente indurre ad un ribaltamento nell’accertamento in fatto, sembrerebbe contrastare il principio della parità delle parti in quanto risulterebbe sempre irragionevolmente negata la prova a vantaggio di chi miri in appello a suffragare la ricostruzione dei fatti operata dal primo giudice, perseguendo in tal modo un interesse al mantenimento della decisione nella sostanza equivalente a quello dell’appellante⁵⁴⁷.

Parimenti insoddisfacenti si sono rivelate quelle ricostruzioni che sostanzialmente finirebbero per non distinguere la nozione di indispensabilità da quella di rilevanza.

Anzitutto, l’idea per la quale sarebbero indispensabili quei mezzi di prova tali da apparire come gli unici oggettivamente disponibili per la prova del fatto.

Al riguardo, da un lato, si è rilevato che non sembrano potersi individuare nell’ordinamento mezzi di prova oggettivamente indispensabili per il

⁵⁴⁵ In tal senso, Tammaro, *Il giudizio di appello e le controversie in unico grado*, Torino, 2008, 54.

⁵⁴⁶ Raiti, *La Corte d’appello nissena per una nozione rigorosa, ma certa, della “indispensabilità” dei nova istruttori nell’appello civile ordinario*, in *Giur. it.*, 2010, 917.

⁵⁴⁷ Raiti, *ibidem*.

giudice, e, dall'altro, che anche a voler immaginare un onere per la parte di dimostrare l'inesistenza di un altro mezzo istruttorio per la prova del fatto, risulterebbe poi difficile giustificare, in base a tale circostanza, il superamento dell'eventuale preclusione in cui fosse incorsa la parte stessa⁵⁴⁸.

Sempre in tale categoria, sembrerebbero non condivisibili per un verso, la ricostruzione secondo cui indispensabile sarebbe 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 appaia capace di sovvertire la pronuncia di primo grado⁵⁴⁹ e, per altro verso, quella secondo cui il mezzo di prova si configurerebbe indispensabile quando si mostri all'ufficio oltre che rilevante anche non superfluo, ai fini dell'adempimento del dovere decisorio di merito in appello⁵⁵⁰.

Sotto un diverso profilo, basato sul presupposto ideologico in base al quale nel processo civile vi sarebbe l'esigenza di accertare la verità, l'indispensabilità è stata ricostruita in rapporto alla regola di giudizio dell'onere della prova. Anche tale idea si è rivelata insoddisfacente poiché, da un lato, volta a creare una disparità di di trattamento a seconda che la parte abbia o meno di fornire del tutto la prova, anziché averla infruttuosamente tentata⁵⁵¹ e, dall'altro, il suo presupposto ispiratore,

⁵⁴⁸ Raiti, op. cit., 918.

⁵⁴⁹ Cea, Trattazione ed istruzione nel processo civile, Napoli, 2010, 262.

⁵⁵⁰ Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, Padova, 1997, 286.

⁵⁵¹ In tal senso Raiti, op. cit., 918, nota 11. Al riguardo, per rilievi più approfonditi, si rinvia al capitolo II § 3.

ovvero l'accertamento della verità nel processo, non sembrerebbe rispondente alla realtà normativa⁵⁵². Inoltre, dal fatto che il giudice in primo grado abbia deciso la causa secondo la regola formale di giudizio, non sarebbe comprensibile in che modo il collegio possa *“trarre spunto... per far saltare il quadro materiale di causa, insomma per vanificare in definitiva il sistema delle preclusioni”*⁵⁵³.

Dal quadro sinteticamente richiamato, appare evidente che a quasi quarant'anni dalla sua introduzione, la nozione di indispensabilità presenti lati oscuri, sicchè al fine di apportare elementi utili alla sua determinazione si riterrebbe opportuno seguire un differente metodo di analisi.

Si potrebbe procedere abbandonando l'idea di individuare una definizione unica per orientarsi verso un approccio che descriva e valorizzi singolarmente i suoi tratti caratterizzanti per poi cercare di trarne, in via di sintesi, una possibile idea interpretativa finale.

Seguendo tale approccio, l'indispensabilità allora potrebbe essere apprezzata sotto un duplice profilo.

Il primo di tipo qualitativo e generale, riferito alla struttura ed alla funzione della nozione: in tale ottica, l'analisi non potrà prescindere dal riferimento alla struttura ed all'oggetto del giudizio di appello.

Il secondo, pur muovendo dal punto di vista precedente, si orienterà verso la valorizzazione degli aspetti quantitativi della nozione per completarla da un punto di vista contenutistico.

⁵⁵² Bove, Sulla produzione di nuovi documenti in appello, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 01, 303 ss.

⁵⁵³ Bove, *ibidem*. Nello stesso senso, Balena, La riforma del processo di cognizione, Napoli, 1994, 440.

In tale quadro, la ricerca del contenuto dell'indispensabilità si gioverà del confronto con la rilevanza rispetto alla quale finisce chiaramente per differenziarsi.

§ 2. LA NOZIONE DI INDISPENSABILITA' DAL PUNTO DI VISTA QUALITATIVO

Su un piano qualitativo, l'indispensabilità, al pari della rilevanza, può definirsi come un criterio volto a selezionare l'ingresso dei mezzi di prova nel processo.

Essa presuppone un giudizio di rilevanza poichè l'ammissione di un mezzo di prova nel processo è sempre subordinata alla duplice valutazione di ammissibilità e rilevanza.

Il giudice di appello, prima di considerare l'efficacia del mezzo istruttorio, si trova a dover decidere sulla sua indispensabilità onde valutarne l'assunzione, se si tratta di prove costituenti, o il loro utilizzo, se si tratta di prove documentali. Il collegio dovrà effettuare un giudizio valutativo al fine di stabilire se l'oggetto del mezzo di prova sia rilevante o meno.

Così, da un punto di vista qualitativo e della sua funzione, il giudizio di indispensabilità può essere assimilato a quello di rilevanza: entrambi sono criteri per l'ammissione delle prove nel processo; operano in gradi diversi ma hanno la stessa funzione.

Tuttavia, a ben guardare le analogie iniziano a sfumare se si considera che mentre per la rilevanza incide *"il canone razionale dato dalla norma giuridica*

dalla cui applicazione si trae la linea di confine tra fatti rilevanti e fatti irrilevanti”⁵⁵⁴, il giudizio di indispensabilità “parte dal giudizio di rilevanza per poi approdare ad una sponda dove la razionalità e la prevedibilità, si perde e c’è solo la discrezionalità del giudice”⁵⁵⁵.

Mentre per il giudizio di rilevanza, il dato da cui trarre confronto è la norma giuridica di cui si chiede l’applicazione alla fattispecie dedotta in giudizio, per quello di indispensabilità assumeranno notevole rilievo le prove già assunte nel giudizio di primo grado e quanto deciso nella sentenza impugnata⁵⁵⁶.

Ma è soprattutto, allorquando si vada a determinare l’ampiezza dei due criteri di ammissione dei mezzi di prova che le due nozioni finiscono per collocarsi su piani differenti.

In altre parole, mentre la funzione dell’indispensabilità e della rilevanza è la stessa, la loro ampiezza ed il loro contenuto è assolutamente diversa.

In tale valutazione, ovviamente per quanto attiene all’indispensabilità, gioca un ruolo fondamentale il modello di appello accolto nel nostro ordinamento.

Nel capitolo I, cui si rinvia per riferimenti più approfonditi, si è dato conto dall’evoluzione della disciplina del giudizio di appello ed in particolare di quella dei *nova*.

⁵⁵⁴ Bove, op. ult. cit., 303 ss.

⁵⁵⁵ Bove, *ibidem*.

⁵⁵⁶ Rascio, L’oggetto dell’appello civile, Napoli, 1996, 360 ss.; Sassani, Appello (diritto processuale civile), in *Enc. dir., Agg.*, III, Milano, 1999, 190 ss; Ruffini, La prova nel giudizio civile di appello, cit., 239 ss; Tedoldi, L’istruzione probatoria nel processo civile, Padova, 2000, 202 ss.

Qui occorre brevemente ricordare che nel codice del 1865 la funzione preminente dell'appello era quella di correggere gli eventuali errori del giudice e di svolgere completamente tutti gli elementi della questione controversa, realizzandone un doppio esame ai fini del quale, ai sensi dell'art. 490, era consentito dedurre nuovi mezzi di prova.

Tale modello fu abbandonato dal codice del '40: qui l'appello non era più considerato come un *novum iudicium* ma assumeva i caratteri della *revisio prioris instantiae*. L'art. 345 vietava l'ammissione di nuovi mezzi di prova e la produzione di nuovi documenti, con l'eccezione della sussistenza dei gravi motivi e la possibilità di poter comunque deferire il giuramento decisorio.

Con la novella del '50, l'appello riacquistò la caratteristica di *novum iudicium*, tornando così a caratterizzarsi come prosecuzione del giudizio di primo grado e continuazione della controversia oggetto del predetto giudizio. Al comma 2 dell'art. 345 vennero introdotti sostanziali cambiamenti volti a consentire la deduzione di nuove eccezioni e nuove prove: le parti potevano proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, con il solo limite, costituito dalla valutazione del giudice di condannare al pagamento delle spese la parte che avesse violato il dovere di lealtà e probità sancito dall'art. 88.

Con la riforma del rito del lavoro e con quella del '90 per il rito ordinario, anche nell'ottica di ridurre la durata dei processi, si assiste ad un nuovo mutamento delle caratteristiche del giudizio di appello: esso ritorna ad

essere inteso come *revisio prioris instantiae*. Gli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3 introducono il divieto di nuovi mezzi di prova, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa.

La scelta del legislatore di utilizzare agli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3 il termine “indispensabili” è tale da esaltare e la ricostruzione del giudizio di appello come tendenzialmente chiuso ai *nova*, nel senso che l’esperimento di nuove attività istruttorie è connesso ad ipotesi che possono ritenersi limitate.

Ciò è ulteriormente confermato dalla formulazione letterale in senso negativo delle suddette norme, dal cui *incipit* pare potersi dedurre che il legislatore abbia voluto enfatizzare proprio il divieto di ammissione dei nuovi mezzi di prova, la cui deroga si attegga dunque ipotesi del tutto eccezionale.

Ragionando in termini di regola e di eccezione, in un giudizio in cui il divieto di ammissione di nuove prove costituisce la regola, l’eccezione è data dall’ammissione dei soli mezzi indispensabili e tale opportunità finisce per costituire evidentemente l’*extrema ratio*.

In conclusione, l’appello è andato via via allontanandosi dal modello di gravame⁵⁵⁷ la cui struttura appariva decisamente compatibile con la possibilità di introdurre nel giudizio di secondo grado tanto nuove allegazioni (purché nell’ambito della domanda originaria) e nuove

⁵⁵⁷ Sinteticamente, le principali caratteristiche del gravame sono: l’effetto devolutivo automatico, in quanto con la proposizione dell’impugnazione tutte le questioni che compongono il *thema decidendum* sono trasferite al giudice superiore; il carattere rescissorio, perché la pronuncia statuisce immediatamente e direttamente sul merito della fattispecie controversa; una pronuncia che si sostituisce interamente e ad ogni effetto a quella impugnata.

eccezioni, quanto nuove prove, per avvicinarsi a quello dell'impugnazione in senso stretto⁵⁵⁸, ove l'ambito della cognizione è delimitato dal motivo o dai motivi di impugnazione proposti⁵⁵⁹, con la conseguenza che non si riproduce, almeno automaticamente, l'oggetto del giudizio precedente: in tale modello, la possibilità delle nuove prove è contemplata solo in via d'eccezione⁵⁶⁰.

Quanto appena esposto è funzionale al compimento di un ulteriore passaggio.

Abbiamo visto che l'indispensabilità è un criterio di selezione dei mezzi di prova all'interno del giudizio di appello.

Ciò altro non significa che solo quei mezzi di prova e quelle produzioni documentali ritenute dal collegio indispensabili potranno trovare ingresso nel giudizio di appello, in un giudizio cioè che il legislatore ha previsto come tendenzialmente chiuso a tale eventualità.

Se tali presupposti possono considerarsi abitualmente condivisi, ne consegue che l'indispensabilità, su un piano assolutamente generale, può apprezzarsi come una sorta di valvola di sicurezza del sistema nel campo

⁵⁵⁸ I tratti dell'impugnazione in senso stretto possono così sintetizzarsi: essa non ha effetto devolutivo automatico, essendo l'ambito della *cognitio* e quindi l'oggetto del giudizio rimesso alla disponibilità della parte che impugna; ha struttura bifasica ove la prima fase è destinata ad accertare l'esistenza del vizio denunciato (fase rescindente) e, in caso di infondatezza dei motivi proposti, può concludersi con una pronuncia di rigetto dell'impugnazione, mentre la seconda fase è condizionata dall'accertamento della esistenza del vizio denunciato con il motivo, è destinata alla pronuncia nel merito del rapporto controverso, e si può svolgere davanti allo stesso giudice della fase rescindente o davanti ad un altro giudice (fase rescissoria); la conclusione con una pronuncia che di regola non si sostituisce ad ogni effetto a quella impugnata.

⁵⁵⁹ Per una sintesi di tale evoluzione Poli, L'atto di appello nel rito societario, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, Suppl. fasc. 1, 113, ss. In giurisprudenza si vedano, Cass. S. U., 23.12.2005 n. 28498; Cass. 22.12.2004 n. 2041; Cass. 01.04.2004 n. 6396; Cass. S.U. 29.01.2000 n. 16, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1606 ss con note di Balena, Nuova pronuncia delle sezioni unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui; Barone, Omessa specificazione dei motivi e inammissibilità dell'appello: intervento chiarificatore delle sezioni unite; Proto Pisani, In tema di motivi specifici di impugnazioni; Cass. S.U. 06.06.1987 n. 4991.

⁵⁶⁰ Poli, Giusto processo e oggetto del giudizio di appello, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, 1, 48 ss.

dell'ammissione delle prove, attraverso cui consentire, in limitate fattispecie, lo svolgimento di ulteriore attività istruttoria in grado di appello con l'assunzione di quelle nuove prove e la produzione di quei nuovi documenti che il collegio ritenga indispensabili ai fini della decisione.

Sorreggono tale conclusione due ulteriori elementi.

Il primo è costituito da quell'indirizzo giurisprudenziale menzionato nel capitolo II che, pur animato dall'intento di definire l'indispensabilità, non apporta realmente elementi utili in tal senso. Come visto, in molte delle pronunce che fondano tale indirizzo, è comune il dato di partenza costituito da una preliminare distinzione tra l'indispensabilità e la rilevanza, quasi come se ciò costituisse un antecedente logico necessario alla formulazione di una definizione della nozione⁵⁶¹; tuttavia i tentativi definitivi susseguenti a tale premessa si rilevano quasi sempre tautologici poiché in pratica si sostanziano in una mera ripetizione del contenuto degli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3 e, dunque, nella semplice affermazione che ai fini dell'ammissibilità delle nuove prove in appello queste devono essere indispensabili⁵⁶².

Il secondo può essere individuato nell'intervento del legislatore del 2009 sul comma 3 dell'art. 345 volto ad estendere e, dunque a generalizzare a

⁵⁶¹ Cass. 21.06.2011 n. 13606 cit.; Cass. 16.10.2009 n. 21980 cit.; Cass. 19.04.2006 n. 9120 cit.; Cass. 19.08.2003 n. 12118 cit.; Cass. 13.12.2000 n. 15716 cit.; Cass. 04.05.2000 n. 5596 cit.; Cass. 29.12.1999 n. 14690 cit.; Cass. 04.10.1988 n. 5346 cit.; Cass. 11.02.1988 n. 1490 cit.; Cass. 12.06.1985 n. 3524 cit.; Cass. 11.11.1979 n. 5317 cit.

⁵⁶² Cass. 22.03.2011 n. 6498 cit.; Cass. 27.01.2011 n. 1925 cit.; Cass. 18.03.2010 n. 6621 cit., ove in tema di fallimento e precisamente in giudizio di opposizione allo stato passivo si afferma sostanzialmente che l'indispensabilità è requisito per l'ammissione delle nuove prove, ma non si chiarisce quando le nuove prove sono indispensabili; Cass. 04.05.1990 n. 3688 cit.; Cass. 22.07.1987 n. 6377 cit.; Cass. 27.05.1983 n. 3674 cit.; Cass. 16.09.1983 n. 5599 cit.; Cass. 29.04.1983 n. 2976 cit.; Cass. 23.06.1981 n. 4094 cit..

tutti gli strumenti istruttori, il requisito dell'indispensabilità anche alle nuove produzioni documentali.

Il legislatore con la previsione dell'indispensabilità quale criterio per l'ammissione dei nuovi mezzi di prova, potrebbe aver immaginato una serie di ipotesi limite nelle quali, nonostante il generale divieto previsto dalle norme di riferimento e nonostante la mancata formulazione delle istanze istruttorie nel giudizio di primo grado nei termini a tal fine previsti, il collegio possa ugualmente ammettere le nuove istanze istruttorie, se in grado di superare il vaglio di indispensabilità ai fini della decisione.

La ricostruzione fornita sembra inoltre ben coordinarsi con l'idea sostenuta da autorevole dottrina, di cui si è ampiamente dato conto nel capitolo II, secondo la quale all'indispensabilità potrebbe essere attribuito un valore di mero criterio guida finalizzato all'espressione del principio per il quale le nuove prove in appello andrebbero ammesse in modo parco e misurato, risolvendosi in un invito al giudice a non largheggiare allorché si accinga a valutare l'indispensabilità dei mezzi di cui viene richiesta l'ammissione in appello⁵⁶³.

Da tale approdo, occorre allora ripartire per delineare la nozione di indispensabilità sul piano contenutistico.

⁵⁶³ Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., 295; Agnoli, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., 156; Laudisa, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, Padova, 1978, 67; Montesano - Vaccarella, *Diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 334; Sassani, *Sull'appello nel processo del lavoro*, cit., 276; Verde - Olivieri, *Processo del lavoro e della previdenza*, cit., 262; Vocino - Verde, *Processo del lavoro*, Napoli, 1986, 125.

§ 3. LA NOZIONE DI INDISPENSABILITA' DAL PUNTO DI VISTA QUANTITATIVO

Ai risultati appena raggiunti sotto un profilo qualitativo e funzionale che costituiscono la base da cui muovere per individuare i profili quantitativi e di contenuto della nozione, vanno affiancate alcune riflessioni generalmente condivise la cui valenza può essere maggiormente apprezzata nel raffronto tra la nozione di indispensabilità con quella di rilevanza.

Anzitutto, pochi dubbi possono sorgere in merito alla considerazione secondo cui con il termine indispensabile il legislatore abbia inteso esprimere un concetto più limitativo rispetto a quello di rilevanza, sicchè in prima battuta indispensabilità e rilevanza traggono elementi di distinzione se si guarda all'intensità ed all'ampiezza del contenuto: il primo termine esprime un criterio selettivo per l'ammissione delle prove più rigido del secondo.

D'altronde, già considerando il linguaggio comune, si può trarre conferma di quanto osservato poichè *"l'indispensabilità impone l'individuazione di un fine rispetto al cui perseguimento il mezzo (indispensabile, appunto) si ponga come strumento potenzialmente esclusivo"*⁵⁶⁴.

Traslando la suddetta osservazione all'interno del contesto in cui è destinata ad operare la nozione in esame e tenendo, altresì, presente il dato letterale delle norme di riferimento, emerge che l'indispensabilità del

⁵⁶⁴ Raiti, Due grandi *arrets* delle sezioni unite sull'ammissione di nuovi documenti nell'appello ordinario e in quello del lavoro, in *Giust. Civ.*, 2006, 1, 144 ss.

mezzo di prova è destinata ad essere colta in funzione della decisione del giudizio di appello.

Ma dal raffronto tra indispensabilità e rilevanza emergono ulteriori punti di distacco che si individuano nel termine a cui le nozioni fanno riferimento.

Mentre l'indispensabilità, come sembrerebbe emergere dalla formulazione letterale delle norme in cui è contenuta, si correlerebbe allo strumento probatorio in quanto tale quale unico mezzo di prova idoneo a fornire la prova di un determinato fatto, piuttosto che al *thema probandum*⁵⁶⁵, la rilevanza della prova implicherebbe una traslazione semantica tale da relazionarla immediatamente al fatto che essa intende dimostrare, non rapportandosi, almeno in via immediata e diretta allo strumento probatorio propriamente detto⁵⁶⁶.

Al fine di compiere passi ulteriori verso l'individuazione del contenuto dell'indispensabilità, si mostra utile ricordare quanto osservato in tema di rilevanza nel capitolo precedente, cui comunque si rinvia per i dovuti approfondimenti, perché è proprio argomentando da quanto ivi evidenziato che si possono trarre indicazioni importanti.

In quella sede, si è affermato che al fine di selezionare i mezzi di prova che potranno trovare ingresso nel processo, il giudice dovrà compiere una sorta di giudizio prognostico e chiedersi se, dando per scontato l'esito

⁵⁶⁵ In tal senso Raiti, *ibidem*. Osserva Verde in Verde, voce Prova in generale: b) Teoria generale e diritto proc. civ., in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 619 "il termine rilevante finisce con l'essere adoperato fuori dalla sua accezione tecnica, quando sia riferito al mezzo di prova. Con il termine rilevanza, infatti, si è soliti designare l'attitudine del fatto ad essere rapportato a una norma, così che fatto rilevante è divenuto sinonimo di fatto giuridico. Ne consegue che la rilevanza, sotto il richiamato profilo, è un attributo più del fatto che del mezzo di prova, il quale a sua volta può profilarsi come utile, idoneo, necessario, indispensabile".

⁵⁶⁶ Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 9 ss.

positivo della prova richiesta dalle parti, lo stesso serve per aiutarlo nella formazione del convincimento giudiziale sui fatti della causa⁵⁶⁷.

Tale giudizio di base sulla qualificazione giuridica del fatto che si vuole provare: rilevante è quel fatto storico che integra un elemento della fattispecie del diritto fatto valere (sia esso costitutivo, impeditivo, modificativo o estintivo) o in via diretta, oppure in via indiretta cioè come fatto su cui svolgere un ragionamento presuntivo⁵⁶⁸, un procedimento logico di carattere inferenziale, più o meno complesso, la cui conclusione riguardi appunto (come affermazione o negazione) l'esistenza del fatto principale⁵⁶⁹, senza però che si proceda ad un *regressus ad infinitum* lungo la catena dei fatti secondari. Ciò perchè un fatto rilevante rispetto all'altro non lo è rispetto alla conclusione finale, se l'ipotesi intermedia che è in grado di confermare non influisce, direttamente o indirettamente, sulla conclusione stessa.

In sintesi, rilevante può essere sia un fatto principale che un fatto secondario⁵⁷⁰.

Ed allora, considerando le osservazioni svolte sulla nozione da un punto di vista qualitativo e quanto espresso dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 8203/05, si può provare ad abbozzare una definizione.

Se risulta confermata la premessa generale espressa dalle seguenti proposizioni e cioè che: a) con il termine indispensabilità il legislatore

⁵⁶⁷ Verde, Diritto processuale civile, 2, Bologna, 2010, 70, 71. In senso sostanzialmente analogo, Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, Napoli, 2006, 409.

⁵⁶⁸ Luiso, Diritto processuale civile, II, Milano, 2009, 87.

⁵⁶⁹ Taruffo, Studi sulla rilevanza, cit., 57.

⁵⁷⁰ In tal senso Taruffo, La semplice verità, Bari, 2009, 41.

abbia voluto esprimere un concetto più limitativo di quello di rilevanza; b) l'indispensabilità, come emergerebbe dal tenore letterale degli articoli 437 comma 2 e 345 comma 3, sembrerebbe riferirsi più direttamente allo strumento probatorio, mentre la rilevanza avrebbe ad oggetto, almeno in prima battuta ed in via più immediata, il fatto che si intende dimostrare; c) l'indispensabilità dei mezzi di prova va valutata in funzione della decisione del collegio; d) il giudizio di rilevanza è di tipo prognostico ed ha ad oggetto sia i fatti principali che quelli secondari; allora risulterebbe possibile ritenere mezzo di prova indispensabile quello suscettibile di un'influenza causale sulla decisione più incisiva in quanto volto a fornire la prova di soli fatti principali, cioè di quei fatti costitutivi, modificativi, estintivi o impeditivi che siano in grado, se provati, di sorreggere la decisione invocata dalla parte nel giudizio di appello, sia nel senso della conferma, sia in quello della riforma della sentenza impugnata.

La definizione prospettata potrebbe essere in linea con i dati quasi generalmente condivisi senza per questo svalutarne altri maggiormente dibattuti⁵⁷¹.

Anzitutto, essa, da un lato, si adegua all'intento del legislatore di voler individuare l'indispensabilità in termini restrittivi e, dall'altro, al tenore letterale degli articoli 345 comma 3 e 437 comma 2 dal quale si evince che

⁵⁷¹ La ricostruzione finale prospettata che collega l'incisività del mezzo di prova indispensabile alla circostanza che esso sia diretto a provare esclusivamente fatti principali potrebbe forse essere di non semplicissima applicazione, anche alla luce di quell'orientamento in relazione alla non contestazione emerso successivamente all'intervento delle Sezioni Unite con la pronuncia 23.01.2002 n. 761. In quella pronuncia, le Sezioni Unite distinguevano la diversa operatività della non contestazione a seconda che essa avesse ad oggetto i fatti principali (rispetto a ai quali produceva efficacia vincolante escludendoli da quelli bisognosi di prova), ovvero quelli secondari (rispetto ai quali ne determinava la considerazione come argomenti di prova). Viceversa, in base all'orientamento menzionato ed emerso successivamente la non contestazione si estenderebbe anche ai fatti secondari purchè incidenti sulla pretesa nel merito.

il nuovo mezzo di prova deve essere indispensabile ai fini della decisione del giudizio di appello e, dunque, nel senso della conferma o della modifica della sentenza impugnata.

L'intento restrittivo può essere colto sia in senso assoluto come idea di istruttoria in appello limitata a sole ipotesi eccezionali, sia in senso relativo, in rapporto alla nozione di rilevanza.

Esso trova fondamento nel riferimento dei mezzi di prova indispensabili ai soli fatti principali e ben sembrerebbe coordinarsi con la nozione di nuova prova espressa dalla dottrina dominante ed accolta nel capitolo II.

Al riguardo, si pensi ad esempio al caso di una sentenza impugnata che abbia rigettato la domanda spiegata per carenza di prova ed al susseguente giudizio di appello in cui l'appellante cerchi di sopperire all'accertato *deficit* probatorio, attraverso la prova di soli fatti secondari attraverso cui, con un procedimento logico inferenziale, giungere eventualmente alla prova del fatto principale, rispetto al quale nel giudizio di primo grado non aveva pienamente adempiuto all'onere probatorio su di sé gravante.

Ragionando in termini diversi si contrasterebbe l'idea ispiratrice di limitare ad ipotesi davvero eccezionali la riapertura dell'istruttoria in appello.

La soluzione prospettata, inoltre, consentirebbe di non stravolgere il sistema delle preclusioni vigente in primo grado con il quale, a prescindere dalle posizioni assunte in linea di principio, bisogna

necessariamente confrontarsi allorquando si approcci alla tematica dell'ammissione dei mezzi di prova nel processo.

Ed infatti, anche sotto tale profilo, optando per una scelta diversa, si rischierebbe di consentire alla parte che sia incorsa in una decadenza non incolpevole di rimediare alle carenze probatorie cui ha dato origine, violando inevitabilmente il principio della parità delle parti.

Inoltre, si andrebbe ad incidere sulla durata del processo poiché pare difficile non sostenere, avendo riguardo anche al carico di lavoro delle nostre corti territoriali, che lo svolgimento di nuove attività istruttorie in ipotesi non limitate, non finisca con l'avere notevoli ripercussioni.

Certo, con ciò non si vuole assolutamente affermare che l'esigenza di ridurre la durata dei processi debba essere prevalente rispetto ad altri fondamentali valori, ma si vuol semplicemente auspicare il raggiungimento di un punto di equilibrio che possa essere ritenuto se non del tutto soddisfacente, quanto meno idoneo a contemperare il più possibile il rispetto della maggior parte di essi senza escuderne integralmente qualcuno.

Forse, il risultato espresso potrebbe non essere del tutto soddisfacente se rapportato all'esigenza di un accertamento veritiero dei fatti nel processo rispetto al quale un'interpretazione eccessivamente restrittiva della nozione finirebbe, almeno in linea di principio, con il porsi in contrasto.

Quanto appena riferito è stato sostenuto con forza da una parte consistente della dottrina nel commentare le pronunce delle Sezioni Unite del 2005⁵⁷².

Sul tema, tuttavia, si impongono alcune brevi considerazioni.

E' stato autorevolmente sostenuto⁵⁷³ che sarebbero in contrapposizione due orientamenti di portata più o meno generale: uno escluderebbe a monte la possibilità di conseguire l'accertamento veritiero dei fatti all'interno del processo e l'altro riterrebbe tale accertamento un'esigenza assolutamente imprescindibile.

I termini del dibattito non possono essere qui completamente approfonditi⁵⁷⁴, come non possono esserlo le varie posizioni specifiche anche di natura filosofica che si sono distinte a sostegno dei citati orientamenti generali⁵⁷⁵.

Tuttavia, ai fini che qui interessano, assumono rilievo almeno quelle posizioni che negano la possibilità di un accertamento veritiero dei fatti all'interno del processo per ragioni essenzialmente ideologiche che attengono alla funzione e agli scopi del processo civile.

Secondo una ricostruzione diffusa, il processo viene visto come strumento di soluzione dei conflitti ed in particolar modo di quelli che assumono la

⁵⁷² Per i termini analitici espressi al riguardo, si rinvia per un approfondimento al capitolo II, § 6 e seguenti.

⁵⁷³ Taruffo, La prova dei fatti giuridici, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, III, 2, 1, 1992, 7 ss; ID. La semplice verità, cit., 107 ss.

⁵⁷⁴ Il tema della verità, da sempre oggetto di studio, ha avuto di recente nuovo impulso a partire dall'opera di Taruffo, La semplice verità, cit., cui hanno fatto seguito gli scritti di Cavallone, In difesa della veriphobia (Considerazioni amichevolmente polemiche su un recente libro di Michele Taruffo), in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss.; Taruffo, Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, 995 ss.; Chiarloni, La verità presa sul serio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 695 ss.

⁵⁷⁵ Per i riferimenti analitici si rinvia appunto a Taruffo, La prova dei fatti giuridici, cit., 7 ss., 143 ss.; ID., La semplice verità, cit., 74 ss.

forma delle controversie giuridiche tra le parti⁵⁷⁶. Tale configurazione contrasterebbe con l'idea della ricerca della verità sui fatti della causa in quanto le finalità cui tende il processo come strumento di risoluzione dei conflitti sarebbero incompatibili con essa, atteso che risolvere i conflitti significa trovare l'assetto di interessi più soddisfacente per le parti ed eventualmente anche per l'ambiente sociale in cui il conflitto è sorto, garantendo l'autonomia dei privati e la pace sociale; la ricerca della verità non sarebbe necessaria, potendo rivelarsi addirittura controproducente al conseguimento della soluzione pratica del conflitto⁵⁷⁷.

Ed infatti, la finalità della risoluzione dei conflitti, nell'ottica della determinazione di un accettabile assetto degli interessi, deve essere perseguita in tempi rapidi ed in modo semplice. Essa mal si concilierebbe con la ricerca della verità che potrebbe avere anche costi rilevanti in

⁵⁷⁶ Tale modello è stato analizzato da Carnelutti in, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 40 ss, 231 ss., 342 ss e in *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 54 ss. Più di recente è stato approfondito in Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, tr. it., Bologna, 1991, 158 ss, 173 ss., 337 ss., 352 ss.

⁵⁷⁷ Si veda, Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 17; ID., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 242; Damaska, *op. cit.*, 212. Il tema nello specifico è stato approfondito più di recente sempre da Taruffo in *La semplice verità*, cit., 107 e ss. Qui l'autore si sofferma sulla cosiddetta concezione *adversarial* del processo, dominante negli Stati Uniti, e sulla sua prossima variante evidenziando che il modello *adversarial* si fonda "sull'idea che il modo migliore per risolvere qualunque problema giuridico consista nel lasciare libero spazio alla competizione tra avvocati che rappresentano individui i quali perseguono i loro interessi particolari, nella convinzione che in tal modo si consegua l'assetto ideale degli interessi in conflitto. Il valore di fondo su cui si radica questa ideologia è - evidentemente - un tipo di individualismo competitivo ed acquisitivo, secondo il quale è la lotta del singolo per l'appropriazione e la difesa dei propri beni, in contrasto con altri individui che pure perseguono i loro interessi egoistici, a determinare tutti gli aspetti della dinamica sociale, economica e giuridica... Per quanto attiene al processo, l'idea fondamentale che sta al centro dell'*adversary system* è che il modo migliore - ed anzi l'unico modo - per risolvere le controversie consista nell'affidarsi allo scontro fra i soggetti che sono coinvolti nel conflitto... Come in una competizione sportiva, inoltre, il ruolo del giudice, non può che essere quello di *passive umpire*: a lui tocca il compito di garantire il regolare svolgimento della gara..., ma egli non può interferire sul comportamento dei contendenti e non può soprattutto influire in alcun modo sul risultato finale...Ne deriva l'assoluta irrilevanza o non veridicità dell'accertamento dei fatti su cui la decisione si fonda... Una variante della concezione *adversarial* si orienta in una direzione parzialmente diversa e - ammettendo che nel processo valga la pena di ricercare la verità - afferma che il processo *adversary* va apprezzato proprio come metodo efficace per l'accertamento della verità dei fatti..." ove "la *cross examination* che è il metodo più competitivo per l'interrogatorio dei testimoni e rappresenta una sorta di simbolo dell'*adversary system*, sarebbe la tecnica più efficace per la ricerca della verità..." poiché "in un processo *adversary* le parti hanno interesse a dedurre tutte le prove e ciò favorirebbe la scoperta della verità".

termini di tempo, spese e attività del processo, rivelandosi, per tale via, incompatibile con un modello processuale che in modo efficiente risolva i conflitti⁵⁷⁸.

Sempre con riferimento al punto di vista ideologico, la ricerca della verità sarebbe altrettanto incompatibile all'interno di un modello di processo basato sul principio dispositivo⁵⁷⁹ che esalti il valore fondamentale della libertà, dell'autonomia e dell'iniziativa individuale delle parti⁵⁸⁰ ed in cui il giudice sarebbe vincolato esclusivamente alle prove fornite da quest'ultime, senza cercare di giungere ad una terza ipotesi sol perché essa sembri più vicina alla realtà, rispetto a quelle formulate dalle parti⁵⁸¹.

Viceversa, l'opzione che pone l'accertamento veritiero dei fatti quale scopo essenziale del processo è rinvenibile in tutti quei modelli processuali di carattere inquisitorio, in quelli socialisti e di sua derivazione ed è stata affermata anche da un punto di vista filosofico⁵⁸².

Ma soprattutto, è stata sostenuta anch'essa in chiave ideologica.

⁵⁷⁸ Damaska, op. cit., 269 ss.

⁵⁷⁹ Sul tema, Ricci, Il principio dispositivo come problema di diritto vigente, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1974, 380 ss; Cavallone, Il giudice e la prova nel processo civile, Padova, 1991, 289 ss.; Cappelletti, Processo e ideologie, Bologna, 1969, 143 ss., 169 ss.; ID. Giustizia e società, Milano, 1972, 48 ss.; Denti, Processo civile e giustizia sociale, Milano, 1971, 77 ss.

⁵⁸⁰ Si veda Damaska, op. cit., 184 ss. Tra gli argomenti sostenuti, si afferma che le parti essendo interessate ad una soluzione accettabile della controversia non ritengono necessario che si accerti la verità dei fatti per cui la loro attività è volta a raggiungere la soluzione migliore, vittoria o compromesso, ma non la verità.

⁵⁸¹ Damaska, op. cit., 211 ss.

⁵⁸² Cavalla, A proposito della ricerca della verità nel processo, in *Verifiche*, XIII, 1984, 469 ss.

Così, si è affermato che il processo deve tendere a produrre decisioni giuste⁵⁸³ e come tale deve fondarsi sulla veridicità e sull'attendibilità del giudizio sui fatti.

La veridicità ed attendibilità del giudizio sui fatti si pongono quindi come una condizione necessaria e sufficiente affinché si possa avere una decisione giusta, non essendo, *a contrario*, giusta una decisione fondata su un accertamento erroneo o inattendibile dei fatti che, di conseguenza, sarebbe foriero di un'erronea applicazione delle norme invocate dalle parti⁵⁸⁴.

In realtà, il principio di verità dei fatti non individuerrebbe una specifica ideologia del processo, rappresentando, viceversa, una sorta di dato costante presente in tutte le ideologie che configurano la decisione giusta come scopo del processo stesso⁵⁸⁵.

E' stato tuttavia osservato⁵⁸⁶ che tale schema di contrapposizione non sarebbe rigido poiché anche un processo dispositivo potrebbe essere

⁵⁸³ In tale ottica si colloca la tesi di Chiovenda secondo cui la funzione del processo è quella di attuare la legge, in Chiovenda, *Principii di diritto processuale*, rist. Napoli, 1965, 65 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, I, 1933, 32 ss.

⁵⁸⁴ Per l'analisi completa di tutte le teorie che si collocano nell'ambito ideologico, si rinvia a Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 44 ss. ove si analizzano nello specifico le teorie procedurali della giustizia, quelle che ritengono centrale il problema della giusta interpretazione e applicazione della legge da parte del giudice e delle relative garanzie, quelle dell'applicazione della legge e della decisione giudiziaria.

⁵⁸⁵ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 44.

⁵⁸⁶ Taruffo, *op. ult. cit.*, 22, in nota 62 e 63. Secondo l'autore, da un lato, si potrebbe ipotizzare un processo dispositivo senza limiti all'ammissione delle prove e senza la presenza di prove legali ma con incentivi alle parti ad impiegare tutte le prove disponibili e, dall'altro, un processo inquisitorio potrebbe escludere la verità dei fatti allorquando contempra regole di prove legale ed un sistema basato su una concezione irrazionale delle prove.

compatibile con la ricerca della verità⁵⁸⁷ ed uno di stampo inquisitorio non tendere ad essa⁵⁸⁸.

Considerando i termini del dibattito appena esposto, non sembra condivisibile l'idea secondo cui la ricerca della verità all'interno del processo sia considerata addirittura un disvalore; allo stesso modo, però, non sembrerebbe che la suddetta esigenza possa essere ritenuta il valore e la funzione fondamentale del processo.

Una possibile soluzione tra gli opposti orientamenti potrebbe essere individuata in via intermedia.

Essa sarebbe caratterizzata da una duplice valutazione: la prima relativa alla posizione ed ai poteri delle parti; la seconda attinente alla concezione del giusto processo.

Ed allora, da un lato, occorrerebbe ritenere imprescindibili i valori della libertà, dell'autonomia e dell'iniziativa individuale delle parti all'interno del processo ove il giudice sarebbe vincolato esclusivamente alle prove fornite dalle parti, senza necessariamente tendere ad una soluzione diversa solo perché apparentemente più prossima alla effettiva realtà dei fatti e, dall'altro, andrebbe considerato giusto quel processo in cui si realizzino e si attuino tutte le garanzie fondamentali ed in particolar modo quelle relative ai diritti delle parti, senza dover necessariamente guardare e considerare la natura e la qualità della decisione che conclude il

⁵⁸⁷ Taruffo, op. cit., 22 per il quale in nota 63 basterebbe ipotizzare un processo dispositivo senza limiti all'ammissione delle prove e senza la presenza di prove legali, ma con incentivi alle parti ad impiegare tutte le prove disponibili

⁵⁸⁸ Sempre secondo Taruffo, op. cit., 22, nota 62 il processo inquisitorio potrebbe escludere la verità dei fatti allorquando contempra regole di prove legale e d un sistema basato su una concezione irrazionale delle prove.

processo. Quest'ultimo sarà giusto se ed in quanto corretto sarà il procedimento in cui si articola, rivelandosi ciò che attiene alla decisione ed al suo contenuto sotto tale profilo irrilevante: la decisione sarà giusta, cioè, se siano state rispettate le garanzie delle parti e la sequela procedimentale. Nel contesto appena evidenziato, ben potrebbe collocarsi la definizione di indispensabilità proposta.

Essa potrebbe essere considerata un giusto punto di equilibrio tra l'esigenze di una decisione giusta nel senso appena esposto, il principio della ragionevole durata e la necessità che sia garantita la parità delle parti all'interno del processo.

Invero, l'indispensabilità così intesa sembrerebbe essere rispettosa dei principi del giusto processo e cioè il contraddittorio tra le parti, le condizioni di parità e la celebrazione del processo dinanzi ad un giudice terzo e imparziale in tempi ragionevoli.

La nozione nel senso considerato avrebbe in sé anche una sorta di salvaguardia, forse minima, in quanto limitata a poche ipotesi soltanto, per l'esigenza di conseguire la verità nel processo.

In realtà, da un punto di vista più ampio, forse ciò che sembrerebbe auspicabile, anche e soprattutto nella prospettiva di razionalizzazione del sistema (che deve tener conto dell'esigenza della "ragionevole durata" del processo) e della decisione "giusta" come appena intesa, è che ad un giudizio di appello "chiuso" si approdi dopo un giudizio di primo grado

“aperto”, nel quale la cognizione della causa sia ampia e completa, specialmente per le questioni di fatto⁵⁸⁹.

In tale ottica, allora il vero fulcro della discussione andrebbe eventualmente concentrato non più e non tanto sulla nozione di indispensabilità, quanto sulle giuste modalità di realizzazione di un di primo grado “aperto” e di conseguenza su come le preclusioni possano influenzare il conseguimento di un tale obiettivo.

Da ultimo, la soluzione prospettata potrebbe essere altresì idonea a ridurre quel margine di discrezionalità insito nella nozione stessa ed essere utilizzata quale criterio di massima per indirizzare l’ammissione delle nuove prove in appello.

§ 4. RILEVANZA DEI NUOVI MEZZI DI PROVA IN APPELLO E FORME SEMPLIFICATE D’ISTRUZIONE: UN CONNUBBIO NECESSARIO ?

Nel capitolo precedente, si è esaminata la disciplina delle nuove prove nell’appello avverso l’ordinanza conclusiva del giudizio svoltosi secondo le forme semplificate del nuovo procedimento sommario di cognizione.

Al riguardo, la dottrina ha assunto posizioni riconducibili sostanzialmente a tre orientamenti principali, per i cui riferimenti approfonditi si rinvia nello specifico al capitolo III, § 6.

⁵⁸⁹ Poli, Giusto processo e oggetto del giudizio di appello, cit., 48 ss.

Qui basterà sinteticamente ricordare che secondo un primo orientamento pressochè dominante, è necessario che nel giudizio di appello l'istruttoria si completi con nuove attività e magari anche con la rinnovazione di quelle già svoltesi secondo le forme semplificate, cui dovranno sostituirsi le garanzie del secondo libro del codice di rito. Ciò al fine di rimediare ad eventuali errori derivanti dalla sommarietà del procedimento, nell'ottica di sanare ogni possibile *deficit* di tutela e di riequilibrare i poteri e le garanzie delle parti⁵⁹⁰.

Un orientamento sostanzialmente opposto al precedente ritiene di equiparare la struttura dell'appello del rito sommario di cognizione a quella chiusa dell'appello ordinario e del lavoro, sul presupposto che il giudice del procedimento sommario goda di un maggior spazio di movimento in quanto la causa a lui sottoposta è semplice nei presupposti fattuali.

Di conseguenza, l'art. 702 *quater* dovrà essere avvicinato al comma 3 dell'art. 345: i nuovi mezzi di prova saranno ammessi solo ove

⁵⁹⁰ In tal senso: Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2009, 119, 120; ID., *Il procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it, § 6; Olivieri, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 96 ss.; ID., *Al debutto il rito sommario di cognizione* in *Guida al Dir.*, 28, 49, 50; Arieta, *Il rito semplificato di cognizione*, in www.judicium.it, § 14; Menchini, *l'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in www.judicium.it, § 5; ID., *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 1111, 1112; Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 101; Capponi, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702 - bis e segg. c.p.c.)*, in www.judicium.it; Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, in www.judicium.it, § 8; Raiti, *La corte d'appello nissena per una nozione rigorosa, ma certa, della "indispensabilità" dei nova istruttori nell'appello civile ordinario*, nota ad App. Caltanissetta 24.04.2009, in *Giur. it.*, 2010, 920; Cea, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 160 ss.

indispensabili e non semplicemente rilevanti; la parola “rilevanti” dovrà essere letta come “indispensabili”⁵⁹¹.

Infine, un terza via interpretativa intermedia tra le prime due, partendo dal presupposto di voler attribuire autonoma valenza ad entrambe le due fattispecie disciplinate dall’art. 702 *quater*, si interroga sulle difficoltà nascenti dal significato della nozione di rilevanza, quale criterio generale di ammissione di ogni mezzo di prova, in rapporto allo specifico contesto dell’appello del rito sommario di cognizione, evidenziando che essa non sarebbe idonea a delimitare l’ingresso delle nuove prove in appello. Ciò sarebbe possibile a meno di non voler ritenere che le nuove prove siano ammissibili solo in ragione della sufficienza e decisività di quelle assunte in primo grado secondo le forme semplificate⁵⁹².

Se così non fosse, allora bisognerebbe muovere da un ulteriore presupposto idoneo a valorizzare il dato dell’insussistenza di alcuna specifica barriera preclusiva concernente l’offerta dei mezzi di prova e la produzione dei documenti nel rito sommario.

In tale ottica, si dovrebbe distinguere il caso in cui il giudice riservi la causa immediatamente in decisione senza concedere alle parti alcun termine ulteriore per l’eventuale integrazione delle richieste istruttorie formulate con gli atti introduttivi, da quello in cui il giudice abbia magari concesso alle parti specifici termini per proporre nuovi mezzi istruttori.

Nel primo caso, la semplice rilevanza varrebbe a determinare

⁵⁹¹ In tal senso, Bove, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 450, 451; ID., in Bove e Santi, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, 85; Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it, § 8.

⁵⁹² In tal senso, Balena, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, 333.

l'ammissione delle nuove prove in appello; nel secondo, l'ingresso dei nuovi mezzi di prova deriverebbe esclusivamente dalla sussistenza di una causa non imputabile che abbia impedito alla parte di formulare la richiesta in primo grado⁵⁹³.

A fronte degli orientamenti espressi, il dato che con una certa sicurezza pare potersi trarre è quello per il quale il ricorso da parte del legislatore alla rilevanza come criterio per la selezione dei nuovi mezzi di nell'appello del rito sommario di cognizione ponga problemi destinati ad incidere su vari profili.

Né sicuramente giova alla loro risoluzione la scarna disciplina prevista dall'art. 702 *quater*: essa si limita a regolare espressamente solo pochi aspetti dando vita ad incertezze e singolarità⁵⁹⁴.

Tuttavia, può comunque ritenersi pressochè unanime la considerazione secondo cui, salvo le deroghe espresse o comunque imposte dalla peculiarità del provvedimento impugnato, troverà applicazione tanto la disciplina sulle impugnazioni in generale, quanto quella propria dell'appello e, dunque, le norme comprese nel libro secondo, titolo terzo, capo primo e secondo⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Balena, *ibidem*.

⁵⁹⁴ E' il caso ad esempio della previsione della decorrenza del termine breve per l'impugnazione non solo dalla notifica dell'ordinanza ma anche dalla sua comunicazione.

⁵⁹⁵ In tal senso, Olivieri, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, cit., 96 ss.; ID., *Al debutto il rito sommario di cognizione*, cit., 49 ss., il quale tuttavia esclude l'applicabilità degli articoli 353 e 354; Arieta, *Il rito semplificato di cognizione*, cit., § 14; Menchini, *l'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, cit., § 5; ID., *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, cit., 1111; Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 101; Balena, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 332; Caponi, *La riforma della giustizia civile*, a cura di Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, Torino, 2010, 207; ID., *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702 bis c.p.c.*, in www.judicium.it, § 8; Bove, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 449; Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, cit., § 8;

La disciplina delle nuove prove è, viceversa, uno di quei profili espressamente regolati dall'art. 702 *quater* che è stato dettato dall'intento di ampliare la possibilità di svolgimento di nuove attività istruttorie in appello.

Ciò si desume, principalmente, dal richiamo alla nozione di rilevanza ed, in via minore, anche dalla previsione, nella parte finale della norma, della possibilità che il presidente del collegio deleghi l'assunzione dei nuovi mezzi di prova ad un componente dello stesso.

La disciplina dell'art. 702 *quater* determina un evidente distacco rispetto a quella prevista al comma 3 dell'art. 345.

Ci troviamo dinanzi ad una scelta chiara del legislatore: la rilevanza in luogo dell'indispensabilità.

Orbene, analizzando gli orientamenti della dottrina sopra richiamati, pare potersi desumere come essi siano sostanzialmente conseguenza di scelte di fondo volte a privilegiare alcuni valori, a scapito di altri parimenti importanti.

Con riferimento all'idea dominante per la quale la scelta della rilevanza in luogo dell'indispensabilità sarebbe necessaria al fine di recuperare gli eventuali errori dell'istruttoria sommaria ed il *deficit* di tutela, va evidenziato che essa tende a valorizzare l'aspetto imprescindibile della tutela dei poteri e delle garanzie delle parti all'interno del processo.

Dittrich, Il nuovo procedimento sommario di cognizione, cit., § 8; Lombardi, Il procedimento sommario di cognizione in generale, in *Il giusto processo civile*, 2010, 490; Cea, L'appello nel processo sommario di cognizione, cit., 155; Bina, Il procedimento sommario di cognizione, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 132.

Ed infatti, se da un lato è agevole individuarne il pregio consistente appunto nel favorire il necessario riequilibrio dei poteri e delle garanzie delle parti compressi dall'adozione delle forme semplificate del giudizio di primo grado, dall'altro, è altrettanto facile rilevarne la disarmonia con la disciplina prevista per le nuove prove nell'appello ordinario.

Analogamente, l'idea di intendere la rilevanza in senso assolutamente restrittivo, e dunque alla stregua dell'indispensabilità, se, da un lato, riporta coerenza sistematica armonizzando la disciplina delle nuove prove in appello riducendola ad *unum*, dall'altro, finisce per porre in secondo piano, tanto la tutela ed il rispetto delle garanzie delle parti, sino a determinare, forse, profili di incostituzionalità in relazione all'intero procedimento sommario, poiché solo nella fase di gravame le parti potranno far valere le proprie ragioni con garanzie non inferiori a quelle offerte dalla cognizione piena, quanto il chiaro dato letterale emergente dall'art. 702 *quater*.

Infine, anche la via intermedia, se per un verso, si lascia apprezzare per il fatto di fornire un criterio pratico e di immediata percezione da utilizzare per determinare concretamente i casi in cui le nuove prove siano ammissibili nel giudizio di appello, per altro verso, presta il fianco all'obiezione secondo cui la determinazione delle nuove prove ammissibili in fase di gravame venga perseguita in rapporto ad una valutazione libera del giudice del rito sommario di concedere o meno un termine per l'eventuale integrazione delle richieste istruttorie, già formulate negli atti introduttivi. Ad essa, inoltre, pare, altresì, potersi eccepire di far derivare

una disciplina che dovrebbe avere portata generale, quale quella delle nuove prove in appello, da una fonte non predeterminata.

Le posizioni ricordate si fonderebbero, dunque, su opzioni di valore tendenzialmente inconciliabili tra loro.

Ci si troverebbe, cioè, a dover scegliere con un certo disagio tra una valorizzazione del profilo attinente la tutela dei poteri e delle garanzie delle parti, a scapito della tutela di esigenze di coerenza sistematica; ancora, ci si troverebbe sostanzialmente a far discendere da una scelta del giudice di prime cure, l'opportunità di ammettere le nuove prove in appello, anziché farla derivare direttamente da una disciplina legislativa preventivamente sancita.

Invero, dinanzi a tali posizioni, per un intento di semplificazione, ma soprattutto con un occhio alla durata dei giudizi di appello, si sarebbe tentati di privilegiare le esigenze di coerenza sistematica, sebbene in contrasto con il tenore letterale della norma e, dunque, ritenere poco praticabile una distinzione tra l'art. 702 *quater* e l'art. 345 comma 3, con conseguente adesione alla tesi restrittiva e ad una lettura della rilevanza in termini di indispensabilità.

Ciò potrebbe essere, altresì, giustificato da due ulteriori riflessioni.

La prima costituita dal rinvio, nel silenzio della norma, per quanto attiene alla disciplina dell'appello del rito sommario, alla disciplina generale delle impugnazioni e dell'appello ordinario. Tale osservazione potrebbe rivelarsi un elemento utile a fondare la richiamata interpretazione restrittiva.

La seconda si potrebbe individuare considerando a titolo esemplificativo alcuni casi di controversia “semplice”⁵⁹⁶ che per scelta dell’attore potrebbero comunque essere introdotti con le forme del rito ordinario, anziché con quelle del rito semplificato. Si tratterebbe, cioè, o di quelle controversie aventi ad oggetto solo questioni di diritto, la cui risoluzione non richieda l’assunzione di prove costituende, oppure di quelle controversie basate solo su prove documentali.

In tali casi, qualora l’attore opti per le forme del rito ordinario, nell’eventuale giudizio di appello, il collegio dovrà ammettere solo quei nuovi mezzi di prova e quei documenti indispensabili ai fini della decisione.

La stessa controversia “semplice” sempre per scelta dell’attore potrebbe però essere instaurata secondo le forme di cui all’art. 702 *bis* e seguenti e poi essere oggetto di un’istruzione sommaria. Nell’eventuale giudizio di appello, le nuove prove per essere ammissibili dovranno, ai sensi dell’art. 702 *quater*, essere semplicemente rilevanti e non anche indispensabili.

Nelle ipotesi esposte, ci troveremo dinanzi alla medesima controversia cui però sarebbe applicabile un diversa disciplina in tema di nuove prove in appello.

La determinazione di tale disciplina dipenderebbe esclusivamente dalla libera scelta dell’attore di seguire le forme del rito ordinario oppure quelle del procedimento sommario di cognizione.

Una tale differenziazione sembrerebbe difficilmente accettabile.

⁵⁹⁶ Per i riferimenti analitici sulla semplicità della controversia quale presupposto per l’istruzione sommaria si rinvia al capitolo III, § 5.

Forse, però, sarebbe ancor meno accettabile, al fine di evitare una tale evenienza, considerare la rilevanza in senso restrittivo, quindi, come indispensabilità, deprimendo il dato incontestabile emergente dalla lettera della norma.

In realtà, parrebbe configurarsi una scelta tra due alternative che si escludono vicendevolmente: o si ritiene prevalente il valore della tutela dei poteri e delle garanzie delle parti e si aderisce all'idea dominante in dottrina di conferire alla rilevanza una funzione di riequilibrio della sommarietà del giudizio di primo grado, oppure, pregiudicando il predetto valore, si preferisce esaltare la coerenza del sistema armonizzando la disciplina delle nuove in appello, nel senso che anche per l'appello del rito sommario di cognizione, l'ammissione delle nuove prove sia subordinata alla valutazione di indispensabilità da parte del collegio.

Ulteriori alternative non sembrerebbero esistere.

Ed allora, dinanzi alla scelta così posta, tale da interessare un aspetto irrinunciabile quale quello della tutela dei poteri e delle garanzie delle parti, non si può fare altro che sacrificare, con grossa difficoltà, l'esigenza di coerenza sistematica, comunque agevolati dal tenore letterale della norma, ed "accontentarsi" di un regime differenziato per le nuove prove in appello che trovi la sua giustificazione nello svolgimento nel giudizio di primo grado di un'istruttoria secondo le forme semplificate.

Tale idea, peraltro, pare l'unica idonea ad evitare che la disciplina del nuovo procedimento sommario di cognizione considerata nel suo insieme venga tacciata di incostituzionalità.

Non va dimenticato, infatti, che l'ordinanza conclusiva di tale procedimento è in grado di produrre gli effetti del giudicato sostanziale e che pertanto deve essere suscettibile di un controllo completo secondo modalità non diverse da quelle assicurate dalla cognizione ordinaria.

Contrariamente a quanto esposto, essa sarebbe incompatibile con l'art.111 comma 2 della Costituzione⁵⁹⁷.

A ben guardare, la soluzione accolta si rileva speculare a quella ispiratrice della nozione di indispensabilità.

Se per quella è possibile un'interpretazione restrittiva alla luce della struttura chiusa del giudizio di appello, purchè ad un appello "chiuso" si giunga dopo un giudizio di primo grado nel quale la cognizione della causa sia stata ampia, completa e rispettosa delle forme di cui al libro secondo del codice di rito, per questa, a fronte dell'istruttoria sommaria in primo grado, si inverte la prospettiva e si ritiene necessario in grado di appello un controllo completo e con modalità uguali a quelle assicurate per la cognizione ordinaria, generalmente praticate nel primo grado di giudizio.

⁵⁹⁷ Così, Olivieri in AA.VV., Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività, cit., 99 ss.; ID., Al debutto il rito sommario di cognizione, cit., 50 ss. e nello stesso senso Luiso, Diritto processuale civile, IV, cit., 119, 120, il quale sostiene che *"l'appello avverso un'ordinanza sommaria debba essere costruito come un giudizio di primo grado a cognizione piena, pena l'incompatibilità del processo sommario con i principi costituzionali"*.

Da ultimo, occorre sottolineare nuovamente come la soluzione accolta finisca necessariamente per incidere, su un piano generale, sulla nozione di prova nuova come qui accolta.

La nozione di novità della prova dovrà allora essere intesa non soltanto come il mezzo differente rispetto a quello utilizzato nel giudizio di primo grado ovvero come quello avente ad oggetto circostanze diverse da quelle dedotte in primo grado, ma necessariamente si arricchirà di tutti quei nuovi mezzi e di quei nuovi documenti utili a completare l'istruttoria svoltasi secondo le forme semplificate, a superare l'eventuale *deficit* di tutela derivante dall'istruzione sommaria e magari anche a contraddire le risultanze istruttorie acquisite durante lo svolgimento del procedimento sommario di cognizione.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività, legge 18 giugno 2009 n. 69*, Napoli, 2009.

AA.VV., *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di Vallebona, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani e Carinci, IX, Padova, 2011.

ABBATE A., *In difesa del vigente codice di rito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1947, I, 153 ss.

ACIERNO M., *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. giur.*, 2010, 513.

AGNOLI F.M., *Il nuovo processo*, Bologna, 1974.

ALLORIO E., *Allarme per la giustizia civile*, in *Giur. it.*, 1945, IV, 54.

ALLORIO E., *La scienza, la pratica, il buonsenso e il processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1946, I, 190 ss.

ALLORIO E., *Sul secondo disegno ministeriale di revisione del codice di procedura civile*, in *Giur. it.*, 1947, IV, 25.

ANDRIOLI V., *Il progetto per la revisione del Codice di procedura civile*, in *Dir. e giur.*, 1946, 242.

ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1941.

ANDRIOLI V., *Abrogazione del codice di procedura civile?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1946, I, 150 ss.

ANDRIOLI V., *La riforma del codice processuale civile*, Napoli, 1951.

ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1959.

ANDRIOLI V., *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1964.

ANDRIOLI V., voce *Prova. Diritto processuale civile*, in *Nov. dig. it.*, XIV, 1967, 273 ss.

ANDRIOLI V., *Intervento*, in *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, Milano, 1971.

ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.

AQUARONE A., *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960.

ARIETA G., *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *www.judicium.it*.

ASSANTI C., *Proposte eretiche per la riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 1955, IV, 113 ss.

ATTARDI A., *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.* 1990, V, c. 391.

ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991.

BALBI C. E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983.

BALENA G., *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994.

BALENA G., *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, da *www.judicium.it*.

BALENA G., *Nuova pronuncia delle sezioni unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui*, in *Foro it.*, 2000, I, 1606 ss.

BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2009.

BALENA G., *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, 329.

BARONE C. M., *L'udienza di discussione*, in ANDRIOLI V. - BARONE C. M. - PEZZANO G. - PROTO PISANI A., *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987, 877 ss.

BARONE C. M., *Omessa specificazione dei motivi e inammissibilità dell'appello: intervento chiarificatore delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2000, I, 1606 ss.

- BARONE C. M., *Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?* in *Foro it.*, 2005, 1697.
- BARONE C. M., *Preclusioni processuali e giudicato esterno: qualche altra breve osservazione*, in *Foro it.*, 2006, 3431.
- BELFIORE C., *Brevi note in tema di produzione di documenti nel processo del lavoro*, in *Giur. merito*, 1988, I, 14.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, II, Roma, 1936.
- BIAVATI P., *Iniziativa delle parti e processo a preclusioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 477 ss.
- BIAVATI P., *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 189.
- BINA M., *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 132.
- BOBBIO N., *Consuetudine. a) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, IX, Milano, 1961, 436.
- BORRÈ G., *I mezzi di impugnazione*, in BORRÈ G. – CASTELLANO F. – PROTO PISANI A. – RICCI E. F. – TARUFFO M., *La riforma del processo civile*, Milano, 1991.
- BOVE M., *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1, 303 ss.
- BOVE M., in BOVE M. - SANTI A., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, 85.
- BOVE M., *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 431, 432.
- BUCCI A. – CRESCENZI M. – MALPICA E., *Manuale pratico della riforma*, Padova, 1995.

BUONCRISTIANI D., *E'irreversibile in appello l'estinzione del diritto di produrre documenti?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 197 ss.

CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930.

CALAMANDREI P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Studi sul processo civile*, VI, Padova, 1957.

CALVOSA C., *Appunti sul progetto Gullo*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, 142.

CAMPESE G., *La produzione in appello di nuovi documenti nel rito del lavoro e nel processo ordinario*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1992, 378 e ss.

CANAVESE E., *Prime indicazioni giurisprudenziali in tema di nuovi documenti e nuovi mezzi di prova*, in *Giur. it.*, 1999, 2297 ss.

CAPONI R., *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702 bis ss. c.p.c.)*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 1118 ss.

CAPONI R., *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702 bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*.

CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962.

CAPPELLETTI M., *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, in *Giur. it.*, 1969, IV, 81 ss.

CAPPELLETTI M., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969.

CAPPELLETTI M., *Giustizia e società*, Milano, 1972.

CAPPELLETTI M., *Giustizia e società*, Milano, 1977.

- CAPPONI B., *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702 -bis e segg. c.p.c)*, in *www.judicium.it*.
- CAPUTO E., *La nuova normative sul processo civile*, Padova, 1996.
- CARNACINI T., *Ne sutor supra crepidam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 280.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926.
- CARNELUTTI F., *Progetto del codice di procedura civile presentato alla sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Padova, 1926.
- CARNELUTTI F., *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 3 ss.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile, I*, Padova, 1936.
- CARNELUTTI F., *Intorno al progetto preliminare di procedura civile*, Milano, 1937.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile II*, Padova, 1938.
- CARNELUTTI F., *Polemica sulla riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1946, I, 149.
- CARNELUTTI F., *La prova civile*, Roma, 1947.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- CARPI F., *Brevi note sui provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 656 ss.
- CARRATTA A., *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell' "istruzione sommaria"*, in *Giur. it.*, 2010, 903.
- CATTANI M., *Sulla produzione in appello*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 679.
- CAVALLA F., *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in *Verifiche*, XIII, 1984, 469 ss.

- CAVALLINI C., *Le Sezioni Unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano*, in *Corr. giur.*, 2005, 949.
- CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.
- CAVALLONE B., *I documenti sono mezzi di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1082.
- CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia (Considerazioni amichevolmente polemiche su un recente libro di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss.
- CEA C. M., *Trattazione ed istruzione nel processo civile*, Napoli, 2010.
- CEA C. M., *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 159.
- CECHELLA C., *Limiti all'iniziativa istruttoria del giudice del lavoro: le preclusioni all'attività difensiva delle parti e la regola dell'onere della prova*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 786.
- CECHELLA C., *Le attività delle parti: il divieto dei nova*, in VACCARELLA R. – CAPPONI B. – CECHELLA C., *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992.
- CECCHI C., *Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia*, Bari, 1975.
- CENTARO R., *Commento alla riforma del codice di procedura civile*, Rimini, 1992.
- CERINO CANOVA A., *Relazioni sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione. IV. Le impugnazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 533 ss.
- CHIARLONI S., *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 834.
- CHIARLONI S., *Appello, 1) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 13.
- CHIARLONI S., *La verità presa sul serio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 695 ss.

- CHINDEMI D., *Produzione di nuovi documenti in appello: ammissibilità e limiti*, in *Foro it.*, 2004, 599.
- CHIOVENDA G., *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, Napoli, 1920.
- CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, vol. II.
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933.
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale*, Napoli, rist. 1965.
- CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile*, I, nuova ed. Milano, 1993.
- CIPRIANI F., *Storie di processualisti e di oligarchi, La procedura civile nel Regno di Italia (1866 – 1936)*, Milano, 1991.
- CIPRIANI F., *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992.
- CIPRIANI F., *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2003, 39 ss.
- CODICE DI PROCEDURA CIVILE, *Progetto definitivo e relazione del guardasigilli on. Solmi*, Roma, 1939.
- COLESANTI V., *Intorno a un progetto di riforma del cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, 442 ss.
- COMOGLIO L. P., *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982.
- COMOGLIO L. P., *Le prove*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, XIX, Torino, 1985.
- CONSOLO C., *Le proposte Vassalli di riforma del c.p.c.: note sulla disciplina della sentenza e delle sue fasi gravame*, in *Giust. civ.*, 1989, II, 189 ss.
- CONSOLO C., *La riforma del processo civile*, Milano, 1991.

CONSOLO C., *Un codice di procedura seminuoovo*, in *Giur. it.*, 1994, IV, c. 436.

CONSOLO C. – LUISO F. P. – SASSANI B., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996.

CONSOLO C., *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008.

CONVERSO A., *Il processo di appello dinanzi alla Corte d'appello*, in *Giur. it.*, 1999, IV, 886.

CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.

COSTANTINO G., *Appunti sulle proposte di riforma urgente del processo civile*, in *Scritti sulla riforma della giustizia civile (1982 – 1995)*, Torino, 1996.

DALFINO D., *Limiti all'ammissibilità di documenti nuovi in appello: le Sezioni Unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinari)*, in *Foro it.*, 2005, 1693 ss.

DAMASKA M. R., *I volti della giustizia e del potere*, tr. it., Bologna, 1991.

DE CRISTOFARO M., in *Codice di procedura civile commentato a cura di CONSOLO C. E LUISO F. P.*, I, Milano, 2000, 1722.

DE CRISTOFARO M., *Nuove prove in appello, poteri istruttori officiosi e principi del giusto processo*, in *Corr. giur.*, 2002, 121.

DE GIOIA V., *Il nuovissimo processo civile*, Forlì, 2009.

DE MARCHI P. G., *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009.

DE MATTEIS S., *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2006.

DE STEFANO G., *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947.

DE STEFANO F., *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999.

DELLA PIETRA G., *Il procedimento possessorio. Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino, 2003.

- DENTI V., *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957.
- DENTI V., *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971.
- DENTI V., *Il nuovo processo del lavoro: significato della riforma*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, 371 ss.
- DENTI V., *Riforma o controriforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 285 ss.
- DENTI V. – SIMONESCHI G., *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974.
- DI FILIPPO A., *L'appello nel processo del lavoro*, Milano, 1988.
- DI NANNI L., *Art. 345. Domande ed eccezioni nuove*, in VERDE G. – DI NANNI L., *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990 n. 353*, Torino, 1991.
- DITTRICH L., *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*.
- EVANGELISTA S. – IANNELLI D., *Manuale di procedura civile*, Torino, 1996.
- FABBRINI G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974.
- FABBRINI G., *Dei mezzi di impugnazione nel nuovo processo del lavoro*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da Riva Sanseverino e Mazzoni, IV, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Padova, 1975, 391.
- FABBRINI G., *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 736.
- FABBRINI G., *Prime considerazioni sul progetto governativo*, in *Scritti Giuridici*, Milano, 1989, II, 400.
- FABIANI M., *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 03, 795 ss.
- FARANARO D., *nota a Cass. 09.04.1992 n. 4338*, in *Foro it.*, I, 2688.

- FAZZALARI E., *Cento anni di legislazione sul processo civile (1865 – 1875)*, in *Riv. dir. proc.*, 1965.
- FAZZALARI E., *Relazione*, in *Gli attuali problemi del processo civile italiano*, Roma, 1968, 52 ss.
- FAZZALARI E., *Il processo ordinario di cognizione. 1. Primo grado*, Torino, 1990.
- FAZZALARI E., *Il processo ordinario di cognizione e la novella del 1990*, Appendice di aggiornamento, Torino, 1991.
- FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996.
- FERRI C., *Il problema dell'appello limitato*, Padova, 1979.
- FERRI C., in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di Taruffo, Torino, 1993.
- FERRI C., *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, 569 ss.
- FERRI C., *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 92.
- FERRONI L., *Un concetto difficile: l'indispensabilità del mezzo di prova*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1527.
- FORNACIARI M., *L'attività istruttoria nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. it.*, 1999, I, 438 ss.
- FRASCA F., *nota a Cass. 10.02.1990 n. 972*, in *Foro it.*, 1991, I, 1204 ss.
- GARBAGNATI E., *Il processo del lavoro: lineamenti generali*, in *Jus*, 1978, 187.
- GHISALBERTI E., *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Bari, 1985.
- GIANNOZZI G., *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958.
- GIANZANA S., *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Torino, 1889.

GIORDANO R., *La produzione di nuovi documenti in appello nel processo ordinario e in quello del lavoro secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 2005, 9, 2040 ss.

GIUSSANI A., *Art. 345. Domande ed eccezioni nuove*, in CARPI F. – COLESANTI V. – TARUFFO M., *Commentario breve al codice di procedura civile, Appendice di aggiornamento*, Padova, 1991, 156 ss.

GRANDI D., *La riforma fascista dei codici*, Roma, 1939.

GRASELLI G., *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Padova, 2009.

GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967.

GRASSO E., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo e nuovo processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 655.

GUAGLIONE L., *La prova nel procedimento cautelare*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 193.

JAEGER N., *Diritto processuale civile*, Torino, 1944.

JAEGER N., *Per una riforma urgente del processo del lavoro. Osservazioni e proposte*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, 1 ss.

LA CHINA S., *Norma giuridica. c) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Milano, 1978, 411 ss e 423 ss.

LASAGNO B., *Art. 52. Domande ed eccezioni nuove*, in *Le riforme del processo civile, Commento alle leggi 26 novembre 1990 n. 353, 12 luglio 1991, n. 203, art 19 bis e 21 novembre 1991, n. 374 a cura di CHIARLONI S.*, Bologna, 1992, 437 ss.

LAUDISA L., *Il ritiro della dichiarazione di verità*, Padova, 1978.

LESSONA S., *Trattato delle prove*, Firenze, 1922, I, 312.

LESSONA S., *Trattato delle prove in materia civile*, Torino, 1927.

LIEBMAN E. T., *Note sulla riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 1947, IV, 53.

- LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1959.
- LIEBMAN E. T., *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 452.
- LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1984.
- LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984.
- LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 1992.
- LOMBARDI R., *Il procedimento sommario di cognizione generale*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 474, 475.
- LUISO F. P., *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., I, Torino, 1987.
- LUISO F. P., *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Doc. Giustizia* 1990, n. 4, c. 34 ss.
- LUISO F. P., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992.
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009.
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2009.
- LUISO F. P., *Il procedimento sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*.
- LUPOI M., *Sommario (ma non troppo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 04, 1225 ss.
- MACAGNO G. P., *Il processo sommario di cognizione. Brevi note*, in *Giur. mer.*, 2009, 3055.
- MANDRIOLI C., *Le modifiche al processo civile*, Torino, 1991.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale*, II, Torino, 1995.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2000.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2009.
- MARENGO R., *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996.

MASSETANI G., *Prove indispensabili e prove necessarie: I poteri del giudice. Nota a Cass. 09.03.2009 n. 5642, in Foro it., 2009, 2094.*

MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile, vol. III, Torino, 1903.*

MAZZOCCHI L., *Sull'ammissibilità di nuove prove nel giudizio di appello nel rito del lavoro, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1981, 959 ss.*

MENCHINI S., *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009, in Il giusto processo civile, 2009, 1112.*

MENCHINI S., *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione, in Corr. giur., 2009, 1025 ss.*

MERLIN E., *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale, in Dig. disc. priv., sez. civ., XIV, Torino, 1996, 404.*

MICHELI G. A., *Corso di diritto processuale civile, Milano, II, 1960.*

MICHELI G. A., *L'onere della prova, Padova, rist. 1966.*

MICHELI G. A., *Problemi attuali del processo civile in Italia, in Riv. dir. proc., 1968, 291.*

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile, in Foro it., 1934, IV.*

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Lavori preparatori per la riforma del Codice di Procedura Civile. Schema di progetto del primo libro, Roma, 1936.*

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e relazione, Roma, 1937.*

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Osservazioni e proposte sul Progetto di Codice di Procedura Civile, Roma 1938.*

- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile, Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, Roma, 1939.
- MOLINARI C., *Un'esperienza fallita (il codice processuale civile 1942)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1946, I, 165 ss.
- MONTELEONE G., *Diritto processuale civile*, Padova, 2002.
- MONTESANO L., *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 199.
- MONTESANO L. - ARIETA A., *Diritto Processuale civile II*, Torino, 1994.
- MONTESANO L. - VACCARELLA R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1984.
- MONTESANO L. - VACCARELLA R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996.
- MORTARA L., *Appello civile*, in *Dig. it.*, III, 2, Torino, 1890, 404 ss, 735 ss.
- MORTARA L., voce *Appello civile*, in *Digesto italiano*, Torino, 1898.
- MORTARA L., *Procedura civile*, II, Torino, 1902.
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923.
- MORTARA L., *Per il nuovo codice di procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur.it.*, 1923, IV, 136 ss.
- MORTARA L., *Per il nuovo codice di procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur.it.*, 1924, IV, 1 ss.
- NAPOLETANO G., *Processo del lavoro: suggestioni regressive e tendenze defunzionalizzanti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, 304.
- NICOLETTI C.A., *Giustizia del lavoro*, Torino, 1987.

- NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960.
- OLIVIERI G., *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 706.
- OLIVIERI G., *Al debutto il rito sommario di cognizione*, in *Guida al Dir.*, 2009, 28, 37.
- OLIVIERI G., in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività, legge 18 giugno 2009 n. 69*, Napoli, 2009, 81 ss.
- ORIANI R., *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 5, 35 ss.
- ORIANI R., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345 comma 2, c.p.c. (II)*, in *Corr. giur.*, 2005, 1156 ss.
- PALAZZOLO S., *La riforma del processo civile*, Roma, 1993.
- PAVANINI G., *Riforma del processo civile (Brevi note introduttive)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 609.
- PENNISI G. M., *Tardiva produzione di documenti nel rito del lavoro*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1976, 621.
- PERA G., *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1967, 194.
- PERA G., *La riforma del processo del lavoro nello scorcio della quarta legislatura*, in *Foro it.*, 1968, V, 81.

PERLINGIERI P., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 990 ss.

PERONE G. C., *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975.

PETRACCONI G., *Per una riforma urgente del processo del lavoro. Conclusioni e proposte*, in *Riv. giur. lav.*, 1957, I, 205.

PISELLI M., *L'art. 437 c.p.c. e le produzioni documentali: problema irrisolto o irrisolvibile, nota a Trib. Vicenza, 20.01.1989*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, 757.

POLI R., *L'atto di appello nel rito societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, Suppl. fasc. 1, 113 ss.

POLI R., *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, 1, 48 ss.

PRESTIPINO G., *Art. 345. Domande ed eccezioni nuove*, in *Codice di procedura civile*, a cura di Picardi, Milano, 1994.

PROTO PISANI A., *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Nss. dig. it., Appendice, IV*, Torino, 1983, 673.

PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.

PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo del processo ordinario di cognizione di primo grado e d'appello*, in *Foro it.*, 1991, V, 249 ss.

PROTO PISANI A., *Appunti sull'appello civile (alla stregua della l. 353/90)*, in *Foro it.*, 1994, V, 193.

PROTO PISANI A., *In tema di motivi specifici di impugnazione*, in *Foro it.*, 2000, I, 1606 ss.

PROTO PISANI A., *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro it.*, 2002, V, 23.

PROTO PISANI A., *Nuove prove in appello e funzione del processo*, in *Foro it.*, 2005, 1699.

PROTO PISANI A., *Diritto processuale civile*, Napoli, 2006.

PROTO PISANI A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221.

RAITI G., *Due grandi arretrati delle sezioni unite sull'ammissione di nuovi documenti nell'appello ordinario e in quello del lavoro*, in *Giust. Civ.*, 2006, 1, 144 ss.

RAITI G., *La Corte d'appello nissena per una nozione rigorosa, ma certa, della indispensabilità dei nuovi istruttori nell'appello civile ordinario, nota ad App. Caltanissetta*, in *Giur. it.*, 2010, 915 e ss.

RAMPAZZI G., *Art. 18. Deduzioni istruttorie*, in *Le riforme del processo civile, Commento alle leggi 26 novembre 1990 n. 353, 12 luglio 1991 n. 203, art. 19 bis e 21 novembre 1991, n. 374 a cura di CHIARLONI S.*, Bologna, 1992, 217.

RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996.

RASCIO N., in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività, legge 18 giugno 2009 n. 69*, Napoli, 2009, 69.

RECCHIONI S., *La trattazione ed istruzione della domanda cautelare, in I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, a cura di CHIARLONI S. e CONSOLO S., Torino, 2005.

REDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938.

REDENTI E. - VELLANI M., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1997.

RELAZIONE AL RE, § 30, in LUGO A. – BERRI M., *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, 2 ed., Milano 1942.

RELAZIONE GRASSI al decreto, in *Le Leggi*, 1948, 534 ss.

RICCA BARBERIS M., *Preliminari e commento al codice di procedura civile*, Torino, II, 1946.

RICCI F., *Delle prove*, Torino, 1891.

RICCI E. F., *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1974, 380 ss.

RIVA V., *Riproduzioni meccaniche e novità della prova in appello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 976.

RIZZO G., *Nuovo processo ordinario e processo del lavoro*, in *Scritti in onore di ELIO FAZZALARI*, Milano, 1993, III, 589.

ROCCO A., *Rilievi sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Napoli, 1938.

ROCCO A., *Trattato di diritto processuale civile*, III, Torino, 1957.

ROLLERI P., *Nuove prove documentali in appello*, in *Arch. civ.*, 1999, 729.

ROMANELLI G., *Il nuovo codice di procedura civile. Osservazioni critiche dopo un biennio di attuazione*, Roma, 1945.

RONGA G., *Prova testimoniale*, in AA.VV., *Le prove civili*, I, Torino, 1976, 541 ss.

ROSSETTI M., *Processi più veloci, giudizi più rigorosi*, in *Diritto e giustizia*, 2005, n. 23, 13.

RUFFINI G., *La prova nel giudizio civile, di appello*, Padova, 1997.

RUFFINI G., *Nuove produzioni documentali in appello e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario ed in quello del lavoro*, in *Corr. giur.*, 2003, 918 ss.

RUFFINI G., *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345 comma 3 e 437 comma 2 al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2005, 940 ss.

SASSANI B., *Sull'appello nel processo del lavoro*, in *Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma*, Milano, 1985.

SASSANI B., *Dell'appello nel processo del lavoro (congetture minime e confutazioni possibili)*, in AA.VV., *Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma*, Milano, 1985.

SASSANI B., *Appello (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Agg.*, III, Milano, 1999, 190 ss.

SASSANI B., *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in *www.judicium.it*.

SATTA S., *In difesa del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1947, IV, 49 ss.

SATTA S., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1951.

SATTA S., *Il nuovo progetto di revisione del codice di procedura civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1302 ss.

SATTA S., *Codice di procedura civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.

SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1967.

SATTA S., *Commemorazioni del codice di procedura civile del 1865, Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1969.

SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1981.

SATTA S. - PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 1996.

SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 347 ss.

SECHI O., *Codice di procedura civile*, in *Dig. it.*, VII, II, Torino, 1897 - 1902, 475.

SEGNi M. - ANDRIOLI V. - CARNELUTTI F. - CALAMANDREI P., *Atti dell'incontro su "Il giudice istruttore nel processo civile"*, Milano, 1955.

SEGNi M., *Intorno al nuovo procedimento civile*, (1940), in *Scritti Giuridici*, Torino, 1965.

SOCCI A. M., *La produzione dei documenti in appello (e in primo grado) nel rito del lavoro*, in *Giur. it.*, 2003, 1097.

SOLMI A., *La riforma del codice di procedura civile*, Roma, 1937.

TAMMARO E., *Il giudizio di appello e le controversie in unico grado*, Torino, 2008.

TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.

TARUFFO M., *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, Bologna, 1980.

TARUFFO M., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 242.

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, III, 2, 1, 1992.

TARUFFO M., *Le preclusioni nella riforma del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 296 e ss e 309.

TARUFFO M., *Le prove*, in COMOGLIO L. P. - FERRI C. - TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995.

TARUFFO M., *L'appello*, in COMOGLIO L. P. - FERRI C. - TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995.

TARUFFO M., *La semplice verità*, Bari, 2009.

- TARUFFO M., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, 995 ss.
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1975.
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1984.
- TARZIA G., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 638 ss.
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987.
- TARZIA G., *Quali riforme per la giustizia civile?*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 289 ss.
- TARZIA G., *I provvedimenti urgenti sul processo civile approvati dal Senato*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 749 ss.
- TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991.
- TARZIA G. – CIPRIANI F., *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, 1993.
- TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996.
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999.
- TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002.
- TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 2007.
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008.
- TAVORMINA V., *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 654.
- TEDESCHI A., *Le aggiunte e le modificazioni alle modificazioni ed aggiunte al codice di procedura civile*, in *Giur.it.*, 1950, IV, 145 ss.
- TEDOLDI A., *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000.

TESORIERE G., *Contributo sullo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova, 1983.

TESORIERE G., *Diritto processuale del lavoro*, Padova, 1994.

TRISORIO LIUZZI G., *Ispezione nel processo civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 188 ss, 197.

URSOLEO C., *La disciplina dei procedimenti cautelari nella riforma del processo civile*, in *Dir. economia*, 1993, 195.

VACCARELLA R., *Le linee generali del nuovo processo civile a proposito dei provvedimenti urgenti approvati dal Senato*, in *Doc. Giustizia* 1990, n. 4, c. 20.

VALITUTTI A. – DE STEFANO F., *Le impugnazioni nel processo civile*, II, Padova, 1996.

VALLEBONA A., *Nuove prove in appello nel rito del lavoro ed imparzialità del giudice*, in *Dir. lav.*, 1992, II, 346.

VELLANI M., *Appunti sul nuovo processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1545

VELLANI M., *Le controversie in materia di lavoro e di equo canone*, Milano, 1990.

VENTURA L., *Giudice del lavoro, processo del lavoro e crisi della giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 223 ss.

VENTURA L., *Problemi attuali del giudice del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, 401 ss.

VERDE G., *Il disegno di legge 2246 presentato al Senato dal Ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 636 ss.

- VERDE G. - OLIVIERI G., *Processo del lavoro e della previdenza*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987.
- VERDE G., voce *Prova in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 588 ss.
- VERDE G., *Processo, giudice, giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 746 ss.
- VERDE G., *Diritto Processuale civile*, 1, Bologna, 2010.
- VERDE G., *Diritto processuale civile*, 2, Bologna, 2010.
- VERDE G., *Diritto processuale civile*, 4, Bologna, 2010.
- VOCINO C. - VERDE G., *Appunti sul processo del lavoro*, Napoli, 1979.
- VOCINO C. - VERDE G., *Il processo del lavoro*, Napoli, 1986.
- VOCINO C. - VERDE G., *Processo del lavoro*, rist. Napoli, 1989.
- VOLKMAR M., *La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 ottobre 1933 e la sua importanza dal lato della politica legislativa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, 273 ss.
- VOLPINO D., *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 67.
- ZANZUCCHI M. T., *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916.