

## Mezzi di prova in appello

*Alessandro Izzo*\*

Nel corso di una conferenza tenuta nell'Università di Catania il 4 aprile 1949 Salvatore Satta<sup>1</sup> osservava come nulla fosse più noioso dei codici di procedura: "una filza di norme regolamentari che intralciano l'azione più di quanto non l'assistanza nel suo svolgimento"<sup>2</sup>. Il rilievo, che pronunciato da un insigne studioso di procedura civile non può non apparire provocatorio, assume tuttavia valenze illuminanti allorché l'operatore del diritto debba misurarsi con disposizioni che pongono problemi interpretativi di non facile soluzione, frapponendosi in tal modo ad un sereno corso dell'attività processuale: di norme siffatte l'art. 345, comma 3, c.p.c., costituisce uno degli esempi più significativi.

L'articolo in esame ha introdotto, come è noto, il divieto di nuovi mezzi di prova in appello, limitandone l'ammissione nella sola ipotesi in cui il Collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Modellata sulla falsariga dell'art. 437, comma 2, c.p.c., (rispetto al quale è stata eliminata l'ammissione, "anche d'ufficio"<sup>3</sup>, ad opera del Collegio e parificata all'ipotesi di

---

\* Avvocato.

<sup>1</sup> Il testo della relazione, originariamente incluso nella sezione iniziale del volume *Soliloqui e Colloqui di un giurista*, Padova, 1968, è ora inserito nella raccolta di scritti, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 11 e ss.

<sup>2</sup> S. SATTÀ, *Il mistero*, cit., p. 30.

<sup>3</sup> È stato notato come l'eliminazione dell'inciso sia forse stato dovuto alla considerazione che esso fosse troppo legato ai meno rigidi vincoli del giudice del lavoro al potere dispositivo delle parti (B. SASSANI, in C. CONSOLO-F.P. LUISSO-B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 345).

indispensabilità della prova la dimostrazione di non aver potuto proporre il mezzo di prova nella prima fase), la disposizione – nel combinato disposto con l'art. 345, comma 2, c.p.c., contemplante il divieto di nuove eccezioni – introduce la norma “forte” della riforma<sup>4</sup>, delineando chiaramente l'opzione del legislatore per un giudizio d'appello configurato non più come un *novum iudicium* bensì come un *revisio prioris instantiae*. Tralasciando di esaminare l'opportunità di una riforma del giudizio d'appello improntata al divieto *dei nova*<sup>5</sup>, ed i riverberi che quest'ultimo spiega sulla stessa funzione del gravame<sup>6</sup>, la disposizione in commento si segnala per le difficoltà esegetiche legate alla interpretazione del concetto di “indispensabilità” della prova<sup>7</sup>, che costituisce all'evidenza un parametro di valutazione insuscettibile di fornire all'interprete un sicuro criterio-guida<sup>8</sup>. La circostanza che nel corso dei lavori parlamentari si sia

---

<sup>4</sup> Il rilievo è di G. GIONTELLI, in *Rassegna di giurisprudenza del c.p.c.* (anni 1991-1995), Libro II, Tomo II, Milano, p. 852.

<sup>5</sup> Si legga, al riguardo R. VACCARELLA, in R. VACCARELLA-B. CAPPONI-C. CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, p. 272 e ss., il quale – a fronte di chi ritiene la scelta legislativa coerente col sistema di preclusioni caratterizzante il primo grado di giudizio – osserva che l'esecutività *ex lege* della sentenza, comportando anche l'esecuzione forzata, avrebbe potuto costituire da sola la sanzione più efficace per la parte che avesse negletto le preclusioni di primo grado in vista della possibilità di valersi dello *ius novorum*.

<sup>6</sup> In proposito non si può non concordare con chi, criticando “la latente ostilità del legislatore verso il giudizio d'appello” (testimoniata, appunto, dal sacrificio dell'oggetto della cognizione del giudice d'appello realizzata attraverso il divieto *dei nova*), ha osservato che, delimitandosi la funzione del riesame, “le preclusioni funzionali alla concentrazione e celerità del processo di primo grado” si sono trasformate “in uno strumento di definitiva copertura delle divergenze tra “realtà di diritto sostanziale” e “realtà processuale” prodottesi per effetto delle preclusioni e nel fare dell'appello non già il rimedio, ma la definitiva sanzione dei sacrifici imposti alla giustizia della decisione in nome della sua celerità” (così, R. VACCARELLA, *op. cit.*, p. 274).

<sup>7</sup> La subordinazione dell'ammissibilità di nuovi mezzi di prova alla dimostrazione di non averli potuti proporre nel giudizio di primo grado per causa non imputabile alla parte non dà luogo, infatti, a concrete difficoltà interpretative, costituendo l'applicazione dell'istituto della rimessione in termini previsto dall'art. 184 *bis*; sicché, come è stato notato, la precisazione dell'art. 345, comma 3, c.p.c., si rivela superflua, stante il generale rinvio alle norme del procedimento davanti al tribunale contenuto nell'art. 359 c.p.c. (A. PROTO PISANI, *Appunti sull'appello civile*, in *Foro it.*, 1994, II, p. 200).

<sup>8</sup> Al riguardo si è efficacemente osservato che “cosa debba intendersi per indispensabilità è pressoché impossibile spiegarlo in termini di logica formale e di analisi del lin-

alla fine deciso di mantenere inalterata, in parte qua, la previsione già contenuta nell'art. 437, comma 2, c.p.c.<sup>9</sup>, ha determinato non poche critiche da parte della dottrina, con autori che hanno rilevato come “di ciassette anni di incertezza irrisolta sul significato del concetto di ‘indispensabilità’ della prova sono passati senza apparentemente lasciare molte tracce sul legislatore”<sup>10</sup>.

Sul punto, le opinioni formatesi sotto il vigore dell'art. 437 cit. ed in sede di commento alla nuova formulazione dell'art. 345, comma 3, c.p.c., non appaiono univoche circa l'individuazione del criterio ermeneutico alla luce del quale valutare quando una prova possa ritenersi indispensabile ai fini della decisione. Rilevato come l'indispensabilità abbia “un significato preclusivo più forte di quello generico di rilevanza”<sup>11</sup>, per alcuni anche di quello di “decisività” di cui all'art. 395, n. 3, c.p.c.<sup>12</sup>, taluna parte della dottrina – nel tentativo di fissare “un limite estrinseco alla valutazione discrezionale del giudice di appello”<sup>13</sup>, insita nella delibazione dell'indispensabilità – ha proposto come utile la distinzione tra fatti principali e fatti secondari oggetto di dimostrazione “i primi, intesi come fatti costitutivi della domanda e dell'eccezione, debbono considerarsi preclusi dal divieto di allegazione dei relativi *nova*, onde l'inammissibilità delle prove ad essi attinenti; i secondi sono da ritenere consentiti laddove volti ad acquisire circostanze idonee alla formulazione di un giudizio sul fatto diverso da quello già espresso, circostanze utilmente essenziali alla formazione di un autonomo convinci-

---

guaggio” (A. PROTO PISANI, s.v. *Lavoro, controversie individuali*, in *NNDI, Appendice*, IV, Utet, Torino, 1983, p. 673, n. 45).

<sup>9</sup> Il testo originario del disegno di legge Vassalli del 1988 ancorava la deroga all'ammissione di nuovi mezzi di prova esclusivamente all'ipotesi in cui la parte dimostrasse di non averli potuti per causa ad essa non imputabile; nella bozza approvata dal Senato siffatta previsione fu sostituita col riferimento all'indispensabilità della prova; la stesura definitiva della disposizione ha infine cumulado le due deroghe.

<sup>10</sup> Così, B. SASSANI, *op. cit.*, p. 389.

<sup>11</sup> In tal senso, G. GIONTELLI, *op. cit.*, p. 856, conformemente L. MONTESANO-R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, III ed., p. 137.

<sup>12</sup> Così, G. GIONTELLI, *loc. ult. cit.*; in senso contrario, L. MONTESANO-R. VACCARELLA, *loc. ult. cit.*, per i quali l'indispensabilità deve essere intesa alla stregua della “decisività”.

<sup>13</sup> È questo l'intento dichiarato da G. GIONTELLI, *loc. ult. cit.*

mento del giudice d'appello" <sup>14</sup>. Altri autori hanno invece ritenuto che l'unico criterio che possa essere suggerito per valutare l'indispensabilità della prova "consiste nel sottolineare che l'esigenza di essa può scaturire dalla sentenza di primo grado: non soltanto nell'ipotesi di causa decisa sulla base di una questione preliminare che, avendo assorbito le altre questioni, si svolge, in realtà, in unico grado davanti al giudice d'appello, ma anche nell'ipotesi in cui la soluzione data dal pretore imponga come decisivi certi fatti rispetto ai quali, poiché le parti in primo grado li avevano considerati come secondari, è mancata in primo grado un'adeguata attività istruttoria" <sup>15</sup>. Per alcuni, ancora, allorché il contraddittorio non riceva nuovi temi, "appare non illogica una prescrizione programmatica da intendersi come "tendenziale" esclusione di nuovi giudizi storici che esigano apposite procedure probatorie. Allorché si esca dall'ambito dei fatti già presenti al primo grado, la restrizione perde però automaticamente senso. Se si è ammessi a dedurre un fatto per la prima volta, elementari esigenze impongono che, per ciò soltanto, si sia anche ammessi a darne la prova. Ogni altra soluzione sarebbe, oltre che ingiusta, sistematicamente insensata se si considera che, all'invocazione di un fatto non provato, consegue automaticamente l'applicazione dell'art. 2697 c.c. che impone di rigettare *tout court* l'istanza fondata su tale fatto" <sup>16</sup>.

Vi è stato, invece, chi ha rilevato che "un mezzo di prova è indispensabile allorché sia diretto a provare un fatto (ovviamente rilevante) la cui esistenza o inesistenza 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" <sup>17</sup>.

Nella non facile opera di esegesi del concetto di "indispensabilità" la

---

<sup>14</sup> Così, G. GIONTELLI, *loc. ult. cit.*

<sup>15</sup> L. MONTESANO-R. VACCARELLA, *op. cit.*, p. 335. Per alcuni autori, peraltro, ipotesi siffatte potrebbero più direttamente integrare gli estremi della "causa non imputabile" (così, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 213).

<sup>16</sup> B. SASSANI, *op. cit.*, p. 390 e ss., con riferimento però alle sole eccezioni nuove.

<sup>17</sup> A. PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 673. Siffatto orientamento è stato però criticato sul rilievo che esso vanificherebbe del tutto il sistema di preclusioni (B. SASSANI, *Sull'appello nel processo del lavoro*, in AA.VV., *Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma*, Milano, 1985, p. 273).

dottrina<sup>18</sup> non è stata di certo aiutata dalla giurisprudenza di legittimità, ferma nel ritenere meramente discrezionale il provvedimento di ammissione di nuove prove in appello<sup>19</sup>, in relazione al quale ha in taluni casi addirittura ritenuto che il giudice d'appello non sia tenuto a motivare esplicitamente in ordine all'esercizio positivo o negativo della facoltà<sup>20</sup>. Sicché, anche quelle rare pronunce in cui la Corte di cassazione si è espressa sul significato di "indispensabilità"<sup>21</sup> non possono essere utilizzate dall'interprete nel tentativo di fissare parametri di valutazione il più possibile "oggettivi", confluendo anch'esse nell'alveo del consolidato orientamento giurisprudenziale per cui l'ammissione di nuove prove costituisce comunque esercizio di una facoltà discrezionale<sup>22</sup>.

La circostanza che l'art. 345, comma 3, c.p.c. (così come l'art. 437, comma 2, c.p.c.) non fissi un regime specifico per l'ammissibilità di nuo-

---

<sup>18</sup> Per una rassegna esauriente delle opinioni degli autori, si vedano G. VERDE-G. OLIVIERI, s.v. *Processo del lavoro*, XXXVI ed., Milano, 1987, p. 261 e ss.; G. BALENA, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1992, p. 218 e ss.

<sup>19</sup> Cass. 19 maggio 1983, n. 3478; Cass. 19 maggio 1983, n. 3479, in *Prev. Soc.*, 1983, p. 1748, per le quali, se adeguatamente motivato, non è censurabile in sede di legittimità né il suo esercizio, né il suo mancato esercizio.

<sup>20</sup> Cass. 6 febbraio 1985, n. 854; Cass. 30 maggio 1989, n. 2588, in *Notiz. giur. lav.*, 1989, p. 761; ciò che sulla base del rilievo che l'omessa motivazione sulla mancata ammissione in appello di ulteriori mezzi di prova non integri il vizio di omesso esame, ma configuri solo un'implicita dichiarazione di esclusione dell'indispensabilità di essi (Cass. 13 maggio 1980, n. 3165; Cass. 6 febbraio 1985, n. 854; Cass. 29 gennaio 1983, n. 1113; Cass. 13 giugno 1995, n. 6644).

<sup>21</sup> Si veda Cass. 22 novembre 1995, n. 12059, per cui l'indispensabilità del mezzo di prova sussiste qualora senza tale mezzo non possa essere accertata la sussistenza del fatto costitutivo del diritto.

<sup>22</sup> L'unico limite fissato dalla giurisprudenza al potere istruttorio del giudice d'appello concerne i mezzi di prova per i quali sia intervenuta decadenza e che non possono perciò ritenersi nuovi, né indispensabili (Cass. 23 dicembre 1992, n. 13602; Cass. 26 gennaio 1991, n. 773; Cass. 11 febbraio 1995, n. 1509, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 132); nel mentre l'ammissibilità di mezzi di prova non nuovi, perché già dedotti in primo grado, involge unicamente quelli che per qualsiasi ragione non siano stati ammessi dal Pretore, o che, dopo essere stati ammessi, non siano stati acquisiti, sempre che – naturalmente – le parti non siano incorse in decadenza e che la relativa istanza di ammissione sia stata puntualmente riproposta con il ricorso dell'appellante o con la memoria difensiva dell'appellato (Cass. 22 marzo 1994, n. 2716; Cass. 12 luglio 1995, n. 7611, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 364).

vi documenti in appello non deve indurre a ritenere che la loro esibizione in sede di gravame sia assoggettata agli stessi limiti che incontrano gli altri mezzi di prova: e ciò proprio sulla base dell'elaborazione giurisprudenziale formatasi in sede di interpretazione del corrispondente art. 437, comma 2, c.p.c., implicitamente recepita dal legislatore, secondo quanto emerge dall'iter parlamentare di approvazione dell'art. 345 cit.

Come è noto, la giurisprudenza del lavoro ha ritenuto che il divieto di "nuovi mezzi di prova" in grado di appello si riferisca unicamente alle prove che debbano essere esperite ed assunte nel corso del procedimento, e non operi pertanto relativamente alla produzione ed acquisizione di nuovi documenti che contengano prove già costituite e non impongano ulteriore attività istruttoria<sup>23</sup>. L'obiettivo di celerità e concentrazione del processo, sotteso alla libera ammissibilità di siffatti mezzi di prova, appare invero tradito dalla stessa giurisprudenza allorquando non pone ostacoli alla produzione di nuovi documenti anche se ciò comporti l'onere istruttorio di procedere alla verifica di scrittura privata, ove richiesta da colui che sia interessato a far valere in giudizio il contenuto dei documenti prodotti, a fronte del rituale disconoscimento degli stessi effettuato *ex adverso*<sup>24</sup>: è evidente, infatti, come in tale ipotesi la controversia vada incontro ad una dilatazione dei tempi processuali neppure facilmente preventivabile.

Gli unici limiti fissati dalla giurisprudenza attengono alla necessità che la documentazione prodotta sia pertinente e rilevante rispetto al *thema decidendum*<sup>25</sup>; che abbia carattere effettivamente "nuovo"<sup>26</sup>; che la produzione sia effettuata con il ricorso dell'appellante o con la memoria difensiva dell'appellato<sup>27</sup>, salvo, trattandosi di documenti sopravvenuti,

---

<sup>23</sup> Cass. 4 maggio 1990, n. 3688; Cass. 4 febbraio 1993, n. 1359.

<sup>24</sup> Cass. 19 agosto 1995, n. 8927.

<sup>25</sup> Cass. 19 agosto 1995, n. 8927.

<sup>26</sup> Cass. 4 agosto 1994, n. 7233, ove si chiarisce che, altrimenti, si finirebbe per consentire alla parte di aggirare la disposizione di cui all'art. 414, n. 5, c.p.c., trasformando così il giudizio d'appello, da giudizio di riesame della decisione impugnata, in mera prosecuzione del giudizio di primo grado, con conseguente violazione della struttura e della logica del sistema che ispira la disciplina probatoria nel rito del lavoro.

<sup>27</sup> Cass. 17 novembre 1994, n. 9724, in *Notiz. giur. lav.*, 1995, p. 190; in alcuni casi si è richiesto soltanto che la produzione avvenga in termini utili per la garanzia del contraddittorio, fissandosi come limite temporale massimo il momento precedente l'inizio della discussione orale (Cass. 19 agosto 1995, n. 8927).

l'autorizzazione del giudice istruttore a norma dell'art. 420 c.p.c. alla loro successiva produzione in giudizio<sup>28</sup>.

L'interpretazione dell'art. 437, comma 2, c.p.c. è stata, come accennato, fatta propria anche dal legislatore della riforma, giacché dai lavori parlamentari emerge chiaramente l'intenzione di differenziare in appello il trattamento dei "nuovi mezzi di prova" (prove costituenti) dai nuovi documenti (prove precostituite): il testo originario del disegno di legge Vassalli del 1988, all'art. 184 ed all'art. 345, comma 3, assoggettava allo stesso regime processuale sia la produzione di documenti che l'indicazione di mezzi di prova; nel mentre tale accostamento è stato mantenuto nel testo definitivo dell'art. 184, nell'art. 345, comma 3, è stato del tutto eliso il riferimento ai documenti<sup>29</sup>.

La conclusione che può trarsi da queste brevi notazioni è che se, da un lato, l'impiego di una formulazione non nuova per il codice di rito potrà consentire all'interprete di avvalersi dei risultati (ancorché non appaganti) cui sono pervenute la dottrina e la giurisprudenza (nei limiti in cui quest'ultima si è espressa sul punto), dall'altro non si può però non rimanere perplessi dinanzi ad una scelta che ha dimostrato di non tenere in alcun conto le difficoltà palesatesi nel corso degli anni in sede di applicazione dell'art. 437, comma 2, c.p.c. L'idea che le norme procedurali, aventi il fine di guidare le parti nel corso del processo, possano talora addirittura ostacolarne il cammino, torna dunque ad imporsi in tutta la sua ineludibilità, anche se il grande giurista che l'aveva (provocatoriamente) espressa non poteva non avvertire come norme siffatte fissino comunque una secolare esperienza, "tutta l'esperienza di questa

---

<sup>28</sup> Cass. 19 giugno 1985, n. 3697; Cass. 15 ottobre 1992, n. 11323; Cass. 6 marzo 1995, n. 2583. È appena il caso di rilevare che per la giurisprudenza anche l'esercizio del potere di acquisizione di un nuovo documento si sottrae, per la natura discrezionale del medesimo, al sindacato di legittimità, anche quando manchi un'espressa motivazione al riguardo, dovendo ritenersi implicita nell'ammissione della produzione del documento la valutazione della sua opportunità ai fini del processo (Cass. 28 novembre 1994, n. 10127).

<sup>29</sup> Si leggano, al riguardo, le osservazioni di A. PROTO PISANI, *Appunti sull'appello civile*, cit., p. 200. È stato peraltro rilevato che "il divieto di nuove prove, più che rispondere alle suddette esigenze, è correlato al contenimento del giudizio di appello entro i limiti della *revisio prioris instantiae*, ed entro tali limiti non sembra giustificare la sua non operatività nei confronti di una particolare categoria di mezzi di prova" (G. GIONTELLI, *op. cit.*, p. 857).

povera umanità che ha affidato al giudizio le sue sorti e trema di fronte all'immane potenza di questo giudizio”<sup>30</sup>. Nulla di cui tremare, certo, dinanzi ad una norma infelicemente formulata, ma solo un po' di comprensibile rammarico per essersi perduta l'occasione (l'ennesima!) per portare un contributo di chiarezza in una fase tanto delicata del giudizio d'appello.

---

<sup>30</sup> S. SATTI, *op. cit.*, p. 30.

