

**Carlo Pisani**

## **LE PRECLUSIONI NEL RITO DEL LAVORO**

**Sommario:** 1. La nozione di preclusione e quella di decadenza 2. Le preclusioni per il ricorrente e per il convenuto nel rito del lavoro. 3. Il rigoroso sistema delle preclusioni in relazione alle tardive allegazioni dei fatti. 3.1 L'onere dell'allegazione tempestiva dei fatti 3.2 Assenza di "temperamenti" alle preclusioni delle allegazioni tardive dei fatti. 3.3 Prassi applicative dirette ad aggirare le preclusioni delle allegazioni tardive dei fatti. 4. Strumenti di temperamento al regime delle preclusioni delle prove e relativi limiti.

### **1. La nozione di preclusione e quella di decadenza**

La dottrina processualistica ha variamente tentato di specificare i contenuti della nozione di preclusione.<sup>1</sup>

Se dal punto di vista lessicale il termine evoca l'effetto di "precludere", giuridicamente esso si traduce nell'impossibilità di compiere un determinato atto o l'impedimento all'esercizio di un'attività. Tale fenomeno appare particolarmente evidente nei sistemi processuali in quanto costituisce una sorta di linea di confine che separa una fase dall'altra del processo. E' indubbio, infatti, che la determinazione cronologica dello svolgimento di quest'ultimo avviene per buona

---

<sup>1</sup> Cfr. ATTARDI, voce "Preclusione (principio di)", in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 893 ss., ID., "Per una critica del concetto di preclusione", in *Jus*, 1959, p. 1 ss.; TESORIERE, "Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile", Padova, 1983, p. 25 ss.; ANDRIOLI, voce *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 567 s.; LOZZI, voce *Preclusione, II (dir. proc. pen.)* in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXXIII, 1995, p. 1; SATTA-PUNZI, "Diritto processuale civile", Padova, 1997, p. 285 ss.; TARUFFO, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, *App. I*, in *Enc. dir.*, 1997, pp. 794-796; COMOGLIO, "Preclusioni istruttorie e diritto alla prova", in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 976 ss.; VERDE, "Profili del processo civile", Napoli, 1994, p. 329; GRASSO, "Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado", in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 639 ss.

parte attraverso la fissazione dei tempi degli atti processuali, i quali possono essere presidiati da autentiche norme imperative assistite da tecniche sanzionatorie, quali la decadenza o il termine perentorio. Sicché, la preclusione “rappresenta l’ingrediente di cui non si può fare a meno per costruire la nozione di processo inteso come serie di atti...cronologicamente ordinati in vista del provvedimento finale”.<sup>2</sup>

Nell’ampio dibattito dottrinale che si è sviluppato intorno all’inquadramento sistematico e alla definizione del concetto di preclusione, si possono, in estrema sintesi, individuare alcune differenti ricostruzioni.

Secondo la classica definizione del Chiovenda, la preclusione consiste nella “perdita o consumazione di una facoltà processuale”.<sup>3</sup>

La teoria più radicale dubita invece dell’utilità di formalizzare la preclusione in un concetto tecnico, intendendo il fenomeno quale impossibilità sopravvenuta di esercitare un diritto.<sup>4</sup>

Un’altra concezione, dopo aver distinto la preclusione in senso lato e in senso stretto, definisce quest’ultima come conseguenza dell’inattività della parte la quale, potendo esercitare un diritto, o una facoltà entro certi limiti, o modalità previste dalla legge, invece non vi ha provveduto, venendosi così a trovare nell’impossibilità di esercitare quel diritto o quella facoltà in tempi successivi o con modalità diverse.<sup>5</sup>

Accostabile a questa ricostruzione è la teoria secondo cui la preclusione non deriva dal mancato esercizio di una facoltà, ma è una conseguenza dell’inadempimento di un onere, in quanto

---

<sup>2</sup> ANDRIOLI, “Preclusione” (dir. proc. civ.), cit., p. 568

<sup>3</sup> “Cosa giudicata e preclusione”, Riv. it. scienze giur., 1933, p. 1; difende questa nozione dalle critiche mossegli dall’ATTARDI in “Per una critica del concetto di preclusione”, cit., p. 1, ANDRIOLI, “Preclusioni” (dir. proc. civ.) voce, cit. 567

<sup>4</sup> ATTARDI, voce *Preclusione (principio di)*, cit., p. 894 ss.; ID., “Per una critica del concetto di preclusione”, cit., p. 1 ss; secondo cui “La costruzione di un principio di preclusione è, in realtà, priva di fondamento”, così ATTARDI, “Preclusioni”, voce, cit. p. 910; SATTA-PUNZI, “Diritto processuale civile”, Padova, 1997, p. 285 ss.;

<sup>5</sup> TARUFFO, “Preclusioni” op. cit., p. 795

il mancato tempestivo svolgimento di un'attività non consente alla parte di conseguire un certo risultato.<sup>6</sup> E' evidente che quest'ultima teoria concepisce, su di un piano generale, l'idea di onere nel processo come generale contrassegno dell'attività riservata alle parti in questo peculiare contesto, ossia come libertà di iniziativa all'origine estranea alla nozione di obbligo.<sup>7</sup>

Contribuisce a definire la nozione di preclusione la corretta individuazione della relazione che intercorre tra essa ed il concetto di nullità: quest'ultima può presentarsi come la sanzione inflitta per l'inosservanza della prescrizione di una determinata forma,<sup>8</sup> ma che soggiace a un proprio regime, diverso da quello che concerne le regole sulla preclusione; mentre la preclusione colpisce gli atti di un processo valido e non può riguardare un processo che si è definitivamente arrestato per effetto della nullità che colpisce un suo atto. E' evidente, dunque, la differenza "ontologica" tra le due nozioni.<sup>9</sup>

In conclusione, si può definire la preclusione come la sanzione imposta all'inosservanza delle norme che regolano l'ordine e il tempo dell'attività delle parti.<sup>10</sup>

Più delicata è la questione della relazione intercorrente tra i concetti di preclusione e di decadenza.<sup>11</sup>

Si è infatti osservato che "non è facile distinguere tra decadenza e preclusione se non evidenziando l'autonoma elaborazione della nozione di preclusione nella sistematica chiovendiana imperniata sul rapporto giuridico processuale", ritenendosi invece più produttiva, rispetto alla

---

<sup>6</sup> GRASSO, "Interpretazione della preclusione", op. cit., p. 639 ss.

<sup>7</sup> BONA CIACCIA CAVALLARI, "Le preclusioni e l'istruttoria probatoria del nuovo processo civile", Riv. trim. dir. proc. civ., 2002, 896.

<sup>8</sup> MARELLI, "La trattazione della causa nel regime delle preclusioni", Padova, 1996, p. 147 ss.

<sup>9</sup> GRASSO, op. loc. ultt. citt. e TARUFFO, voce "Preclusioni", cit., p. 805

<sup>10</sup> BONA CIACCIA CAVALLARI, "Le preclusioni", op. cit., 899 897

<sup>11</sup> BALBI, "La decadenza nel processo di cognizione", Milano, 1983, p. 21 ss.; GRASSO, "Interpretazione", op. cit., p. 644

ricerca sul nesso tra decadenza e preclusione, il risalire dall'effetto alla causa, ossia all'inattività che dà luogo alla decadenza e alle sue ragioni.<sup>12</sup>

Tuttavia, per non giungere alla conclusione estrema della sinonimia tra le due figure, la decadenza, intesa nel senso di “perdita del diritto non esercitato”,<sup>13</sup> è stata vista come il profilo statico rispetto a quello dinamico rappresentato dalla preclusione, considerata come impossibilità di esercitare successivamente quel diritto.<sup>14</sup> In questo ordine di idee è stato affermato che la preclusione è l'effetto della decadenza, o più precisamente, la preclusione discende anche da una decadenza e quindi un effetto che può ricondursi a molteplici cause.<sup>15</sup>

Nello specifico contesto del processo civile le cause da cui deriva l'impedimento sono sostanzialmente il superamento dei confini che circoscrivono le diverse aree procedimentali, l'intervenuta decadenza o l'inutile decorrere del termine perentorio, anche se una parte della dottrina rinviene una sostanziale coincidenza tra il maturarsi di una decadenza e la scadenza del termine perentorio.<sup>16</sup> Entrambi questi eventi comunque, per quel che qui interessa, determinano una perdita, estinzione o consumazione di una facoltà processuale, e quindi una preclusione.

## **2. Le preclusioni per il ricorrente e per il convenuto nel rito del lavoro.**

Una delle caratteristiche fondamentali del processo del lavoro consiste in un impegno particolarmente incisivo della tecnica delle preclusioni, ritenuto strumento indispensabile, seppur

---

<sup>12</sup> MANDRIOLI, “*Diritto processuale civile*”, Torino, 2009, vol. I, p. 462.

<sup>13</sup> Cfr. TARUFFO, “*Preclusioni*”, op. cit., p. 795; COMOGGIO, “*Preclusioni istruttorie*”, op. cit., p. 976 ss.

<sup>14</sup> Cfr. MARELLI, “*La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*”, Padova, 1996, p. 11

<sup>15</sup> TESORIERE, “*Contributo allo studio delle preclusioni*”, cit., p. 75, contro, MANDRIOLI, “*Diritto processuale*”, op. cit. 462, in quanto nel concetto di decadenza è già inclusa quella “perdita” che ne dovrebbe costituire l'effetto.

<sup>16</sup> PICARDI, “*Dei termini*”, in “*Commentario del codice di procedura civile*”, diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1548; COMOGGIO, “*Preclusioni istruttorie*”, op. cit., p. 976

non sufficiente, per l'accelerazione dell'iter cognitivo, secondo i postulati chiovendiani dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza.

Ma il sistema delle preclusioni risponde anche ad un altro valore, oltre a quello della celerità, egualmente importante, che consiste nell'ordinato e leale svolgimento del processo, in cui le parti sono costrette fin dall'inizio, appunto lealmente, a "scoprire tutte le loro carte", evitando così quell'affastellamento di deduzioni e prove, udienza dopo udienza, del processo civile ordinario, (almeno prima dell'ultima riforma), secondo un inevitabile tatticismo per non avvantaggiare l'avversario, con la conseguenza che il giudice era indotto a non studiare una causa in continuo divenire.<sup>17</sup>

Ed infatti, le preclusioni nel rito del lavoro impongono ad entrambe le parti del processo di esporre nel primo scritto di primo grado tutte le rispettive domande, eccezioni, produzioni e richieste di prova. In tal modo il *thema decidendum* viene individuato in forma esauriente e chiara sulla base del solo atto introduttivo della lite;<sup>18</sup> conseguentemente il giudice è in grado di conoscere la causa prima dell'udienza, tendenzialmente unica, almeno in teoria, e quindi può espletare con cognizione il tentativo di conciliazione, l'interrogatorio delle parti, l'eventuale ammissione dei mezzi di prova, oppure la decisione della causa stessa. Proprio perché questo rigido sistema di preclusione è uno dei tratti caratterizzanti del processo del lavoro, introdotto per esigenze che trascendono l'interesse delle parti attenendo allo stesso funzionamento del processo, si ritiene che neppure l'accettazione del contraddittorio possa legittimare la loro violazione, che deve essere comunque rilevata dal giudice d'ufficio.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Cfr. VALLEBONA, "Il trionfo del processo del lavoro", in Mass. giur. lav., 2009, 566.

<sup>18</sup> Cass. 28 maggio 2008, n. 13939, Guida dir. 2008, 34, 86.

<sup>19</sup> PEZZANO, "Le controversie in materia di lavoro", Bologna-Roma, 1986, 660; TARZIA, "Manuale del processo del lavoro", Milano, 1980, 98; MONTESANO-VACCARELLA, "Manuale di diritto processuale del lavoro", Napoli, 1984, 117; FERRONI, "Mutatio ed emendatio libelli nel processo civile di rito ordinario e di rito del lavoro", in Giust. civ., 1986, p. 89

In giurisprudenza, Cass. 19 dicembre 1983, n. 7488, Giust. civ., 1984, I, 1524; Cass. 19 novembre 1985, n. 5680, Foro it. Rep. 1985, voce Lavoro e Previd. (controversie), 219; Cass. 12 novembre 1985, n. 5546, ivi, 235

Il regime delle preclusioni, nonostante che la decadenza sia espressamente prevista solo per il convenuto dall'art. 416, comma 3 cod. proc. civ., riguarda anche il ricorrente, come risulta implicitamente dal combinato disposto dagli artt. 414, n. 4 e 420, anche perché l'art. 420, commi 1 e 5, pone le parti sullo stesso piano.<sup>20</sup> Tant'è vero che la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità dell'art. 418 cod. proc. civ., che era stata sollevata sotto il profilo della disparità di trattamento del ricorrente rispetto al convenuto, proprio sul rilievo che le decadenze valessero anche per il primo.<sup>21</sup> Più in particolare, la preclusione all'allegazione di altri fatti costitutivi si desume anche dal disposto dell'art. 420, comma 1 in fine, che consente la modificazione della domanda solo in presenza di gravi motivi e previa autorizzazione del giudice.

Per quanto riguarda il ricorrente, gli elementi soggetti a preclusione, se non dedotti nel ricorso introduttivo, sono innanzitutto l'oggetto della domanda (art. 414, n. 3 cod. proc. civ.). La differenza con "la cosa oggetto della domanda" prevista dell'art. 163 cod. proc. civ. per la citazione nel giudizio di cognizione ordinario, fa propendere per la necessaria indicazione anche del *petitum* immediato, e cioè del provvedimento richiesto, oltre che del bene della vita domandato (*petitum* mediato).

Il numero 4 dell'art. 414 c.p.c. impone poi al ricorrente di dedurre nel ricorso l'esposizione dei fatti costitutivi e degli elementi di diritto sui quali "si fonda" la domanda. Si tratta della *causa petendi*, e quindi dell'indicazione, o allegazione, dei fatti costitutivi del diritto sostanziale affermato. E' discusso se l'onere dell'allegazione riguardi anche i fatti secondari; una parte della dottrina ritiene preferibile la risposta affermativa per l'assenza di riferimenti positivi che giustificano l'eventuale diverso trattamento.<sup>22</sup> In senso contrario si è sostenuto che i fatti secondari possono

---

<sup>20</sup> TARZIA, "Manuale", 3° edizione, op. cit., 68.

<sup>21</sup> Corte Cost. 14 gennaio 1977, n. 13, Foro it. 1977, I, 259.

<sup>22</sup> VALLEBONA, "L'onere della prova nel diritto del lavoro", Padova, 1988, 37; TARZIA, "Manuale", op. cit. 101; MONTESANO-VACCARELLA, "Manuale", op. cit., 129; FAZZALARI, "I poteri del giudice nel processo del lavoro", in Riv. dir. proc., 1974, 593

essere posti a fondamento della decisione in quanto provati anche se non specificatamente allegati.

23

Il n. 5 dell'art. 414 cod. proc. civ. enuncia l'onere dell'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi. Per quanto riguarda la richiesta di prova testimoniale, decade da tale prova il ricorrente che non indica nel ricorso, oltre alle circostanze, le persone da sentire come testimoni;<sup>24</sup> secondo un orientamento, ingiustificatamente più lassista, fatto proprio dalle Sezioni Unite, quest'ultima omissione darebbe luogo ad una semplice irregolarità che imporrebbe al giudice l'assegnazione di un termine per l'indicazione del nome dei testimoni.<sup>25</sup>

Inoltre il ricorrente deve indicare e depositare i documenti che intende produrre. A differenza della tardiva allegazione dei fatti, la tardività della produzione dei documenti non può essere rilevata d'ufficio ed è comunque consentita, tra l'altro (cfr. par. 4), se resa necessaria dalla domanda riconvenzionale.<sup>26</sup>

Per quanto concerne il convenuto, l'art. 416 cod. proc. civ. dispone le preclusioni simmetricamente a quanto abbia visto in relazione all'art. 414 cod. proc. civ.; esse operano fin dal momento della scadenza del termine della costituzione tempestiva, cioè dieci giorni antecedenti all'udienza di discussione. Il convenuto che si costituisce dopo tale termine all'udienza può partecipare attivamente al giudizio ma solo nei limiti delle allegazioni e delle prove offerte dell'attore.

### **3. Il rigoroso sistema delle preclusioni in relazione alle tardive allegazioni dei fatti.**

---

<sup>23</sup> GRASSO, "Dei poteri del giudice", in Commentario cod. proc. civ., diretto da Allorio, I, Torino, 1973, 1304; VERDE, "Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro", in Riv. dir. proc., 1977, 228.

<sup>24</sup> Cass. 3 luglio 1992, n. 8124, Giur. it. 1993, I, 1, 570

<sup>25</sup> Cass. S.U. 13 gennaio 1997, n. 262, Giur. it. 1998, I, 1139

<sup>26</sup> Cass. 9 febbraio 1985, n. 10777, Foro it., Rep. 1985, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 195

### 3.1 L'onere dell'allegazione tempestiva dei fatti.

L'Autore che, primo tra i giuslavoristi, ha colto l'importanza e quindi la necessità di uno studio del diritto del lavoro che non si arresti alla consueta analisi e costruzione "statica", ma proceda anche alla distinzione tra fatti costitutivi ed impeditivi, conseguentemente individuando il soggetto onerato della rispettiva prova, ha giustamente affermato che la caratteristica forse più rilevante del processo del lavoro è quella "dell'onere di allegazione immediata per entrambe le parti, con conseguente assoluta preclusione delle allegazioni tardive".<sup>27</sup>

L'allegazione, detta anche affermazione,<sup>28</sup> o deduzione dei fatti, è quell'iniziativa di parte consistente nel portare innanzi al giudice per mezzo dell'atto giudiziario fatti e ragioni e motivazioni delle conclusioni proposte.

Storicamente l'istituto processuale dell'allegazione, regolato da precise norme di condotta per le parti e gli avvocati, risulta un'innovazione del processo romano-canonico: "*Allegare est intentionem suam probationibus facti in iudicium introductis et iuribus approbare*". Già secondo questa definizione, risalente a Tancredi da Bologna nel suo trattato di procedura del 1216,<sup>29</sup> si comprendono due fondamentali caratteristiche dell'allegazione<sup>30</sup>: essa spetta solo alle parti e va tenuta distinta, in quanto momento logicamente antecedente, dalla prova dei fatti costitutivi e impeditivi.

La legge non contiene una enunciazione esplicita dell'esclusiva della parte nell'allegare i fatti. Si è autorevolmente sostenuto che manca il motivo logico per costruire un regolamento positivo dell'onere dell'affermazione, accanto e prima del regolamento dell'onere della prova, in

---

<sup>27</sup> VALLEBONA, "L'onere della prova nel diritto del lavoro", cit., 40

<sup>28</sup> "L'affermazione di un fatto è la posizione di questo come presupposto della domanda rivolta al giudice", cfr. CARNELUTTI, "La prova civile", II ed., Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, 14.

<sup>29</sup> "Ordo indicarius", cfr. FIORELLI, "Allegazioni", Encl. dir., vol. II, 1958, p. 69

<sup>30</sup> In generale sull'allegazione, L. P. COMOGGIO, "Allegazione", in Dig. disc. priv. sez. civ., I, Torino, 1987, 272; B. CACCIA CAVALLARI, "La contestazione nel processo civile", Milano, 1992, 26 e 76



quanto per il giudice il fatto non affermato non esiste, per cui per esso non può esservi alcuna incertezza, né può sorgere il problema “imbarazzante” che si presenta per il fatto affermato e non provato: “questo può essere o non essere; quello non è”<sup>31</sup>. Tuttavia, a voler rintracciare un riferimento normativo, questa esclusiva della parte risulta implicitamente dall’art. 112 cod. proc. civ.,<sup>32</sup> da cui si ricava il principio fondamentale secondo cui spetta alle parti, ed in particolare a chi propone la domanda, determinare l’ambito dell’oggetto del processo in modo vincolante per il giudice. Di qui il brocardo “*judex secundum alligata judicare debet*”: il giudice deve giudicare su tutti i fatti che sono affermati nella domanda e soltanto su quelli.<sup>33</sup> Illuminanti in proposito rimangono le parole di Carnelutti: “Per la posizione della situazione di fatto il giudice è tenuto, anziché strettamente alla *realtà, alla affermazioni delle parti*”.<sup>34</sup> In questa frase è racchiuso quello che Satta definiva “Il mistero del processo”<sup>35</sup>, e che con linguaggio di oggi potremmo definire la realtà “virtuale” o convenzionale del processo. Infatti, paradossalmente, proprio in virtù di questo potere di disposizione delle parti sul materiale di fatto del giudizio, le parti stesse potrebbero, tacendo un fatto reale o affermando concordi un fatto immaginario, costringere il giudice a porre nella sentenza una situazione di fatto palesemente diversa dalla realtà.

L’onere dell’allegazione, inteso come monopolio delle parti private per la determinazione di fatto della lite, si applica, dunque, anche al processo del lavoro<sup>36</sup> e, come vedremo, esso non è incompatibile con l’attribuzione al giudice di poteri istruttori. Nel processo del lavoro questo onere dell’allegazione presenta una caratteristica ulteriore rispetto al giudizio ordinario di cognizione, vale

---

<sup>31</sup> CARNELUTTI, “*La prova civile*”, cit., p. 15

<sup>32</sup> Cfr. per tutti MANDRIOLI, “*Diritto processuale civile*”, Giappichelli, Torino, vol. I, 2009, 109

<sup>33</sup> Questo principio nell’epoca moderna è fatto risalire al modello del processo liberale del secolo XIX nell’Europa continentale; infatti tutte le legislazioni processuali liberali hanno in comune una serie di principi tra i quali spicca, appunto, quello, risalente al processo napoleonico, della domanda intesa nel senso più rigoroso, poiché non accorda al giudice alcun potere di spontaneità, e dell’altro principio dell’allegazione inteso nel senso che le parti non ottengono alcuna collaborazione da parte del giudice nel fissare i temi di prova: cfr. G. TARELLO, “*Dottrine del processo civile*”, Bologna, 1989, 16.

<sup>34</sup> F.CARNELUTTI, “*La prova civile*”, op. cit., 15

<sup>35</sup> S. SATTA, “*Il mistero del processo*”, Adelphi, 1944.

<sup>36</sup> Cfr. per tutti e ivi bibliografia di riferimento, VALLEBONA, “*L’onere della prova*”, op. cit. 37

a dire esso deve essere assolto immediatamente dalle parti nel loro primo scritto difensivo, ricorso ex art. 414 cod. proc. civ. e memoria ex art. 416 cod. proc. civ. Pertanto le preclusioni di ogni allegazione tardiva costringe il giudice a considerare ai fini della decisione solo i fatti, pacifici o comprovati, affermati tempestivamente dalle parti, impedendogli di accertare e utilizzare altri fatti anche se in ipotesi rilevanti. Altrimenti, ammettere l'allegazione di fatti nuovi nel corso del processo significherebbe compromettere il sistema delle preclusioni sul quale il rito del lavoro si fonda e la funzione di affidare agli atti introduttivi del giudizio la cristallizzazione dei temi controversi e delle relative istanze istruttorie.<sup>37</sup>

Negli anni dal 1998 al 2008 le Sezioni Unite hanno pronunciato una serie di sentenze che “fanno sistema”<sup>38</sup> in materia di allegazioni, prove e preclusioni nel processo del lavoro.<sup>39</sup>

Innanzitutto da questa elaborazione delle Sezioni Unite esce ribadito il fondamentale principio secondo cui l'allegazione dei fatti spetta solo alle parti, essendo vietata al giudice qualsiasi integrazione per il rispetto del principio della domanda, dell'imparzialità del giudice e del divieto di utilizzazione della sua scienza privata.<sup>40</sup>

A questo punto viene in gioco la distinzione, nell'ambito della medesima fattispecie, tra i fatti costitutivi, che deve allegare e poi provare il ricorrente, e gli altri fatti, impeditivi, modificativi o estintivi, che deve allegare il convenuto, anche se, ai fini dell'allegazione, vale il principio dell'indifferenza della parte che ha introdotto il fatto perché questo può essere utilizzato anche contro la stessa parte.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Cass. 13 settembre 2003, n.13467, Mass. Giur. Lav., 2004, 1-2, 122, n.5.

<sup>38</sup> Per questa espressione A. VALLEBONA, *“Allegazioni e prove nel processo del lavoro”*, Padova, 2006, p. 49

<sup>39</sup> Cass. S.U. 20 aprile 2005, n. 8202, in Mass. giur. lav., 2005, 964; Cass. S.U. 17 giugno 2004, n. 11353, in Mass. giur. lav., 2004, 738; Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, in Mass. giur. lav., 2006, 478; Cass. S.U. 3 febbraio 1998, n. 1099, Mass. giur. lav., 1998, 2, p. 297; Cass. S.U. 23 gennaio 2002, n. 761, in Foro it., Rep. 2002, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 103.

<sup>40</sup> Cass. S.U. 1099/98, cit.; Cass. S.U. 11353/04, cit.; Cass. S.U. 8202/05 cit.

<sup>41</sup> Cass. S.U. 1099/98, cit.

Non sarebbe stato necessario, ma proprio per porre fine agli sbandamenti giurisprudenziali di cui si dirà nel paragrafo 3.3, le Sezioni Unite hanno ribadito anche l'altra fondamentale regola generale secondo cui le parti possono affermare i fatti solo nel rispettivo primo scritto difensivo di primo grado.<sup>42</sup>

Il ricorrente deve dunque dedurre tutti i fatti costitutivi della domanda nel ricorso; nella prima udienza può dedurre eventuali fatti resi necessari dalle eccezioni del convenuto, come ad esempio il fatto interruttivo della prescrizione se il convenuto la ha eccepita.

Per la posizione del convenuto occorre invece distinguere, secondo l'impostazione delle Sezioni Unite<sup>43</sup>, tra mere difese, eccezioni in senso proprio e eccezioni in senso stretto.

A) Le mere difese non sono mai precluse e sono rilevabili d'ufficio; ciò in quanto prescindono da qualsiasi allegazione perché esse non introducono fatti ulteriori ma si limitano a contestare la fondatezza della domanda.<sup>44</sup> Ad esempio, appartengono alle mere difese e non sono soggette a preclusioni, la negazione da parte del datore di lavoro di un debito per effetto di un conto di dare-avere nell'ambito dello stesso rapporto,<sup>45</sup> oppure la negazione dei requisiti per l'applicabilità del contratto collettivo post corporativo nel settore privato,<sup>46</sup> oppure il difetto di legittimazione passiva.<sup>47</sup>

B) Vi sono poi le eccezioni in senso "improprio", che possono anche essere rilevate d'ufficio dal giudice, ma devono essere basate su fatti introdotti dalle parti; in tal caso il giudice può

---

<sup>42</sup> Cass. S.U. 1099/98, cit.; 11353/04; 8202/05, cit.

<sup>43</sup> Cass. S.U. n. 1099/98, cit.

<sup>44</sup> Per tutti, PUGLIATTI, "Eccezione (teoria generale)", in Enc. dir. XIV, Milano, 1965, 159

<sup>45</sup> Cass. 30 maggio 1983; n. 3732, Foro it. Rep. 1983, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 241.

<sup>46</sup> Cfr. Cass. 15 maggio 2007, n. 11108; Mass. giur. lav., 2007, 672, n. 10; Cass. 26 gennaio 1985, n. 417, Giust. Civ., 1985, I, 1036

<sup>47</sup> Cass. 12 novembre 1985, n. 5543, Foro it. Rep. 1985, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 431

utilizzarli anche senza una formale eccezione del convenuto. Un esempio di questo tipo di eccezione può essere visto nell'eccezione di pagamento, oppure in quella relativa all'*aliunde perceptum*, cioè quanto il lavoratore abbia guadagnato altrove utilizzando il tempo reso libero dal licenziamento dichiarato invalido ex art. 18 Stat. lav., oppure all'*aliunde percipiendum*, e cioè la quantità di danno che il lavoratore, sempre nel periodo tra il licenziamento e la sentenza di reintegrazione, avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2, cod. civ.). Queste fattispecie non possono essere considerate come mere difese perché presuppongono l'acquisizione al processo di una serie di fatti; ma non sono qualificabili neppure eccezioni in senso stretto. Parte della giurisprudenza le inquadra allora nelle eccezioni improprie in quanto, in presenza della tempestiva allegazione e prova dei relativi fatti fondanti, il giudice deve tenerne conto anche d'ufficio, e cioè anche se il datore di lavoro non le abbia fatte valere, omettendo di chiederne la detrazione da quanto dovuto al lavoratore.<sup>48</sup> Poiché il lavoratore può reperire una nuova occupazione a distanza di tempo dal licenziamento, se ciò avviene dopo l'inizio del processo, il convenuto può dedurre l'*aliunde* anche nel corso del giudizio, ed anche in appello, purché ciò avvenga nel primo atto successivo alla conoscenza.<sup>49</sup>

Un'altra eccezione in senso lato è la "contro eccezione" di interruzione della prescrizione,<sup>50</sup> che quindi è rilevabile d'ufficio purché il fatto interruttivo sia stato dedotto tempestivamente da parte del ricorrente alla prima udienza, a fronte dell'eccezione di prescrizione avanzata dal convenuto nella memoria di costituzione; solo in tal modo, infatti, il fatto interruttivo risulta ritualmente acquisito al processo e conseguentemente può essere utilizzabile dal giudice.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Cass. S.U. 3 febbraio 1998, n. 1099, Foro it., 1988, I, 764; Cass. 16 aprile 2007, n. 9072, Soc. impr. Orsini c. Badini, ined.; Cass. 20 marzo 2004, n. 5655, Mass. giur. lav., 540; Cass. 9 febbraio 2001, n. 1890, ivi, 2001, 1156.

<sup>49</sup> Cass. 20 giugno 2006, n. 14131, Mass. giur. lav. 2006, 1014; Cass. 16 settembre 2002, n. 13543, Mass. giur. lav. 2002, 806; Cass. 9 febbraio 2001, n. 1890, Mass. giur. lav. 2001, 1156. Altre sentenze, non condivisibilmente, hanno ritenuto l'*aliunde* mera difesa, insuscettibile di preclusione e proponibile per la prima volta in appello: Cass. 8 marzo 1996, n. 1862, Foro it. 1996, I, 2451; Cass. 15 ottobre 2001, n. 12534, Mass. giur. lav., 2001, 1275

<sup>50</sup> Cass. S.U. 27 luglio 2005, n. 15661, Mass. giur. lav. 2007, 80

<sup>51</sup> VALLEBONA, "Eccezioni rilevabili d'ufficio e allegazione dei fatti: le Sezioni Unite si possono criticare, non travisare", in Mass. giur. lav. 2007; in giurisprudenza, oltre le Sezioni Unite sopra citate n. 15661/05, ribadiscono

C) Vi sono infine le eccezioni in senso stretto, per le quali non basta la tempestiva allegazione del fatto, ma occorre anche l'espressa tempestiva manifestazione di volontà della parte di avvalersi dell'eccezione medesima; esse sono dunque riservate alla parte e non rilevabili d'ufficio. Tipico esempio è l'eccezione di prescrizione dei crediti di lavoro, l'eccezione di decadenza dal termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento,<sup>52</sup> l'eccezione di decadenza dal termine di sei mesi per l'impugnazione della rinuncia del lavoratore ai sensi dell'art. 2113 cod. civ.<sup>53</sup>

### 3.2 Assenza di "temperamenti" alle preclusioni delle allegazioni tardive dei fatti.

Il rigido sistema ora descritto ha fatto affermare che, se si esclude l'ipotesi della deduzione dei fatti sopravvenuti nel corso del processo, purché effettuata "nella prima occasione utile", in sostanza, "la preclusione delle allegazioni tardive è insuperabile".<sup>54</sup>

Per verificare l'esattezza di questo assunto occorre esaminare se costituiscono o no deroghe o "temperamenti" al suddetto rigido sistema di preclusioni delle allegazioni, il "nuovo" art. 153, comma 2, cod. proc. civ., nonché l'art. 420, comma 1, cod. proc. civ., e financo l'art. 164, comma 4, come interpretato dalle Sezioni Unite n. 11353/2004.<sup>55</sup>

E' opportuno premettere, sul piano del metodo, che il principio costituzionale della ragionevole durata del processo ormai è diventato punto costante di riferimento nell'ermeneutica

---

questo principio Cass. 30 gennaio 2006, n. 2035 e Cass. 6 febbraio 2006, n. 2468, in Mass. giur. lav. 2007, 80; Cass. 22 febbraio 2007, n. 4135, Mass. giur. lav. 2007, 524

<sup>52</sup> Cass. 2 febbraio 1991, n. 1035, Foro it. Rep. 1991, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 152

<sup>53</sup> Cass. 20 luglio 2004, n. 13466, Mass. giur. lav., 2004, 827; Cass. 16 ottobre 1980, n. 5574, Mass. giur. lav., 1981, 178. In senso contrario, Cass. 22 luglio 1974, n. 2206, Foro it. 1975, I 101

<sup>54</sup> VALLEBONA, "Eccezioni rilevabili d'ufficio", op. cit., 94.

<sup>55</sup> Cass. S.U. 17 giugno 2004, n. 11353/2004, in Mass. giur. lav. 2004, 738.

delle norme processuali ed impone di privilegiare opzioni interpretative dirette ad evitare “appesantimenti” del processo ai fini della riduzione dei tempi della giustizia.<sup>56</sup>

A) Quanto all’art. 153, comma 2 cod. proc. civ., nel disporre che la parte che dimostra di essere incorsa in decadenza per causa ad essa non imputabile può chiedere di essere rimessa in termini, in pratica riproduce il testo dell’art. 184 bis, ora abrogato dalla legge n. 69/2009, con la differenza che tale norma “di rimessione in termini” viene collocata nel libro primo dedicato alle disposizioni generali, assurgendo così a principio generale, applicabile ai procedimenti instaurati dopo il 4 luglio del 2009.

Tale disposizione appare in controtendenza rispetto alle novità introdotte dalla legge n. 65/09 che si muovono tutte nella univoca prospettiva di un’accelerazione dei tempi del processo.

In dottrina, sia pure con riferimento al precedente, ma di testo quasi identico, art. 184 bis, c’è stato chi ha sostenuto che la disposizione in questione era applicabile anche al rito del lavoro, rendendo possibile ovviare alle decadenze concernenti anche le allegazioni nelle quali la parte sia incorsa per ragioni ad essa non imputabili.<sup>57</sup>

Questa tesi non è però condivisibile in relazione al sistema delle preclusioni delle allegazioni, soprattutto ora che la disposizione è stata collocata nella parte del codice di rito riguardante i termini processuali. Occorre, infatti, distinguere due aspetti: quello che attiene al termine in cui si deve depositare o notificare un atto processuale, a cui è applicabile la norma in questione; ed invece il differente aspetto concernente invece l’atto incompleto, ovvero le modificazioni di un atto depositato tempestivamente, a cui la norma invece rimane estranea.

---

<sup>56</sup> Cass. S.U. 30 luglio 2008, n. 20604, Mass. giur. lav., 2008, 986. In dottrina, G. VIDIRI, “L’art. 111, co. 2 Cost. e le recenti pronunzie della Cassazione sul processo”, in Mass. giur. lav., 2006, 172; VALLEBONA, “Il trionfo del processo del lavoro”, *ivi*, 2009, 566.

<sup>57</sup> MANDRIOLI, “Diritto Processuale civile”, cit., vol. II, 2009, 229; A. PROTO PISANI, “La nuova disciplina del processo civile”, Napoli, 2002, p. 10

Pertanto, per quanto concerne il ricorso ex art. 414 cod. proc. civ., il problema non si pone neppure, perché non è previsto alcun termine processuale entro il quale tale atto debba essere depositato, con la conseguenza che le eventuali decadenze in cui sia incorso il ricorrente in ordine alle allegazioni non possono certo essere sanate invocando la norma in questione.

Per quanto concerne la memoria ex art. 416 cod. proc. civ. del convenuto, poiché è previsto il termine perentorio a pena di decadenza della costituzione almeno dieci giorni prima dell'udienza, occorre distinguere due situazioni: se il convenuto non ha proprio provveduto a depositare l'atto nei termini, potrà invocare la norma in questione, tentando di dimostrare la sussistenza di una causa a lui non imputabile che gli ha impedito la costituzione tempestiva; poi il giudice provvederà ai sensi dell'art. 294, secondo e terzo comma cod. proc. civ., ammettendo la prova dell'impedimento, se lo ritiene verosimile; se invece il convenuto ha depositato tempestivamente la memoria ex art. 416 cod. proc. civ., non potrà pretendere di essere rimesso in termini in relazione alle eventuali decadenze in ordine alle allegazioni in cui sia incorso, poiché, come si è visto, l'art. 153, comma 2 cod. civ., non può essere utilizzato per sanare un atto deficitario nel suo contenuto.

La medesima distinzione vale per l'appello: potrà invocare la norma in questione l'appellante che abbia depositato fuori termini l'appello, per essere rimesso in termini, ma non per modificare o integrare un appello depositato tempestivamente.

B) Per quanto concerne la previsione contenuta nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 420 cod. proc. civ., neppure questa può essere ritenuta una norma che introduce una deroga alle preclusioni delle allegazioni dei fatti costitutivi, estintivi, modificativi non dedotti tempestivamente nel ricorso e nella memoria di costituzione.

Infatti, la modifica delle domande, eccezioni e conclusioni contenute nel ricorso o nella memoria di costituzione, consentita alla prima udienza e solo "se ricorrono gravi motivi ... previa

autorizzazione del giudice” (art. 420, comma 1 cod. proc. civ.), non riguarda le allegazioni dei fatti, la cui innovazione darebbe origine non ad una semplice modifica (*emendatio libelli*), ma ad una domanda del tutto nuova (*mutatio libelli*).<sup>58</sup> Come è noto, si ha domanda “nuova”, con riferimento alla *causa petendi*, se viene mutato il fatto storico allegato e non semplicemente il titolo giuridico, che costituisce mera *emendatio*.<sup>59</sup> Pertanto, per la prospettazione in diritto è ammessa la modifica per gravi motivi, ma per le allegazioni di fatto “non v’è nulla da fare”.<sup>60</sup>

Per quanto attiene al *petitum*, si ha *mutatio* non consentita solo se cambia il *petitum* mediato, cioè il bene della vita richiesto, mentre la semplice modifica del provvedimento richiesto, e cioè il *petitum* immediato, costituisce mera *emendatio*.<sup>61</sup>

Sono ammesse anche domande ed eccezioni nuove determinate dallo *jus superveniens*, nel quale però non rientra il mutamento dell’orientamento giurisprudenziale.<sup>62</sup>

I “gravi motivi” che consentono, con l’autorizzazione del giudice, l’*emendatio libelli*, possono essere obiettivi, ma anche subiettivi: come ad esempio la grave e comprovata, con atto di data certa, malattia che abbia impedito al convenuto persona fisica di conferire compiutamente con il proprio legale.<sup>63</sup> Si è avanzata l’ipotesi che la locuzione “gravi motivi” comprenda anche il pericolo di violazione di norme inderogabili,<sup>64</sup> giustamente criticata in quanto tali motivi sono quelli, eventualmente anche soggettivi, che non hanno consentito alla parte (lavoratore o il datore di

---

<sup>58</sup> Cass. 20 giugno 2001, n. 8423, Giur. it., 2002, 932; VALLEBONA, “L’onere della prova”, cit. 42; MANDRIOLI, “Diritto processuale civile”, vol. III, Giappichelli, 2009, 229; TARZIA, “Manuale del processo del lavoro”, 1980, 98; PEZZANO, in AAVV, “Le controversie in materia di lavoro”, BOLOGNA-ROMA, 1987, 651

<sup>59</sup> FERRONI, “Mutatio” ed “emendatio” libelli nel processo civile di rito ordinario e di rito del lavoro”, Giur. civ., 1986, II, 89; TARZIA, “Manuale”, cit. 98; MONTESANO-VACCARELLA, “Manuale”, cit., 117; PEZZANO, “Le controversie...”, cit. 280; Cass. 27 luglio 2009, n. 17457, Foro it. Rep. 2009, voce Procedimento civile, 191; Cass. 28 maggio 2008, n. 13989, Giur. al lav. 2008, 34, 86; VALLEBONA, “L’onere della prova”, cit. 42; Cass. 26 luglio 1984, n. 4422, Foro it. Rep. 1984, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 205; Cass. 28 aprile 1984, n. 2657, ivi 206; Cass. 19 dicembre 1983, n. 7448, ivi 83 voce cit. 263

<sup>60</sup> VALLEBONA, “L’onere della prova”, op. cit. 42

<sup>61</sup> FERRONI, “Mutatio”, op. cit., p. 90; PEZZANO, in AAVV, “Le controversie in materia di lavoro”, Bologna-Roma, 1987, Zanichelli, 651

<sup>62</sup> Cass. 12 aprile 1985, n. 2417, in Mass., 1985

<sup>63</sup> Cfr. PEZZANO, “Le controversie”, cit., 651

<sup>64</sup> VERDE, “Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro”, in Riv. dir. proc., 1977, 244-245



lavoro) la tempestiva formulazione, senza la possibilità di ulteriori connotazioni concernenti i diritti fatti valere nel processo, non trattandosi di norma a favore del lavoratore ricorrente.<sup>65</sup>

C) L'ultima norma da esaminare per verificare la configurabilità di deroghe al regime delle preclusioni delle allegazioni è il nuovo testo dell'art. 164 cod. proc. civ., così come interpretato dalle Sezioni Unite n. 11353/04,<sup>66</sup> che lo ha ritenuto applicabile anche al rito del lavoro.

Occorre preliminarmente osservare che già questa estensione suscita più d'una perplessità in quanto il meccanismo di rinnovazione o integrazione della domanda nulla per difetto di *causa petendi*, previsto appunto dall'art. 164, comma 4 e 5, appare incompatibile con il rito del lavoro.<sup>67</sup> Non a caso si registrano "ribellioni" dei giudici di merito che hanno appunto escluso l'applicabilità dell'art. 164, comma 5 cod. proc. civ. al rito del lavoro.<sup>68</sup>

Se, dunque, si vuole seguire l'interpretazione più condivisibile, la norma applicabile è solo l'art. 414 cod. proc. civ. anche in relazione alla nullità. Ed allora, secondo l'interpretazione più rigorosa, solo il requisito prescritto dal n. 3 dell'art. 414 (oltre quelli di cui ai nn.1 e 2) rileva ai fini della nullità, in quanto gli elementi di cui al n. 4 dell'art. 414 cod. proc. civ. attengono alla fondatezza della domanda, giacché essi vengono appunto indicati come tali dalla norma, che si riferisce letteralmente alla "esposizione dei fatti o degli elementi di diritto sui quali si *"fonda"* la domanda". Si è infatti condivisibilmente sostenuto che "l'inosservanza all'art. 414, n. 5 - indicazione specifica dei mezzi probatori - è sanzionata con la decadenza; le omissioni di quanto prescritto dal n. 4, cioè allegazioni e prospettazione giuridica, possono pregiudicare l'accoglimento della domanda. In entrambi i casi, l'atto sprovvisto delle relative indicazioni produce comunque il

---

<sup>65</sup> VALLEBONA, "L'onere della prova", cit. 42

<sup>66</sup> Cass. S.U. 17 giugno 2004, n. 11353, Mass. giur. lav. 738, con nota di MANNACIO e, poi, nel 2004, 955, di TATARELLI

<sup>67</sup> MONTESANO- VACCARELLA, "Diritto processuale del lavoro", Napoli, 1996, 126

<sup>68</sup> Trib. Venezia, 2 maggio 2006, n. 414, Giuda al lav. 2006, n. 43, 41; Trib. Velletri, 2 novembre 2005, ivi, n. 1, 37

suo effetto, generando un processo capace di prevenire ad un giudizio sulle condizioni di trattabilità e fondatezza.<sup>69</sup> In base a questa interpretazione, nel rito del lavoro la nullità della domanda sarebbe dunque configurabile quando sia del tutto assente il solo *petitum*, ovvero quando esso non sia assolutamente comprensibile, nel senso che, neppure attraverso l'esame complessivo dell'atto si riesca a comprendere "cosa vuole" l'attore.

Se invece si vuole seguire l'impostazione delle Sezioni Unite e, poco condivisibilmente, ritenere applicabile l'art. 164, comma 4 al rito del lavoro, si apre un problema delicato perché la sentenza non chiarisce la fondamentale distinzione, ai fini della nullità del ricorso, tra mancanza e insufficienza della causa *petendi*.<sup>70</sup>

Infatti l'art. 164, comma 4, per quanto riguarda la causa *petendi*, stabilisce che si ha nullità solo se "manca" l'esposizione dei fatti. Le Sezioni Unite, invece, affermano genericamente che alla "mancata specificazione" degli elementi di fatto posti a base della domanda consegue la "nullità" del ricorso. Se per "mancata specificazione" si intende la mancanza dei fatti costitutivi, *nulla quaestio*: il ricorso è nullo al pari della situazione in cui sia assente il *petitum*. Ma se quell'espressione utilizzata dalle Sezioni Unite si intende riferita anche ai casi in cui nel ricorso qualche fatto pur è stato dedotto ma esso non è sufficiente a fondare la domanda, allora la sentenza non è condivisibile, in quanto in tale ipotesi il ricorso non sarà nullo ma infondato nel merito. La differenza, ovviamente, non è di poco conto, perché nel primo caso il ricorrente potrà riproporre altro ricorso con l'aggiunta delle allegazioni mancanti, aggirando così, nella sostanza, il rigido sistema di preclusioni delle allegazioni che si è visto.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Cfr. in dottrina, CERINO-CANOVA, "Nullità del ricorso", Riv. dir. civ., 1981, I.

<sup>70</sup> VALLEBONA, "Onere di allegazione dei fatti costitutivi della domanda a nullità del ricorso", Mass. giur. lav. 2005, 306

<sup>71</sup> FRAIOLI, "Incertezza nella determinazione della domanda: inammissibilità o rigetto nel merito?", Mass. giur. lav. 2010, 668, il quale sottolinea giustamente il fortissimo interesse del convenuto ad impugnare la pronuncia di nullità erroneamente dichiarata al posto del rigetto nel merito; interesse invece, inspiegabilmente negato da Cass. 7 settembre 1993, n. 9389, Dir. Prat. Lav., n. 4593, 2978 e da Cass. 25 marzo 1997, n. 2625, ivi, 28, 1997, 2013. Più corretto è invece l'orientamento che, svincolando l'interesse ad impugnare dalla soccombenza formale, ammette la proponibilità del gravame ogni qual volta dalla riforma della sentenza di primo grado possa sortire per la parte un *quid pluris* rispetto a quanto derivatogli dalla sentenza stessa; in questo senso, cfr. Cass. 28 novembre 1992, n. 12750, Dir. Prat. Lav. 1993,

Occorre dunque ribadire chiaramente che si ha nullità per quanto riguarda la *causa petendi* soltanto nell'ipotesi di totale mancanza di fatti costitutivi della domanda. Invece l'insufficienza o l'inidoneità dei fatti dedotti a sostegno della domanda non conduce ad una pronuncia di nullità del ricorso ma ad una sentenza di infondatezza. In sostanza se i fatti allegati, anche ove in ipotesi tutti veri, fossero insufficienti a fondare la domanda, non si potrebbe procedere ad una inutile istruttoria, ma il giudice dovrebbe pronunciare immediatamente una sentenza di rigetto nel merito in punto di diritto per la non corrispondenza tra la fattispecie concreta dedotta in ricorso e la fattispecie normativa astratta costitutiva del diritto oggetto della domanda.<sup>72</sup>

Del resto, è stato giustamente rilevato che, se la nullità con facoltà di integrazione della domanda, fosse riferita non solo alla mancanza ma anche erroneamente alla mera insufficienza della *causa petendi*, finirebbero per sparire dall'ordinamento le sentenze di rigetto in punto di diritto per la non corrispondenza dei fatti allegati alla fattispecie normativa astratta costitutiva del diritto azionato, con giudicato che copre il dedotto e il deducibile. Sarebbe come dire che o la causa *petendi* è, almeno astrattamente e salvo l'esito delle prove, fondata, oppure il ricorso è nullo, poiché non potrebbe esistere una causa *petendi* infondata in diritto. "Il che, francamente, sarebbe una follia".<sup>73</sup> Ad esempio, in un ricorso in cui si chiede l'accertamento del rapporto di lavoro subordinato, se i fatti allegati, ove fossero ritenuti veri, tutt'al più fossero sufficienti ad avvalorare l'esistenza di un rapporto di lavoro autonomo coordinato e continuativo ex art. 409, n. 3 cod. proc. civ., come si può affermare che per tale ragione il ricorso sia nullo? In altri termini, se i fatti costitutivi del diritto sono A, B, C, D, l'omessa allegazione del fatto "B", così come l'allegazione

---

5, 317; Cass. 4 aprile 1986, n. 2361, ivi, 1986, 31; MONTESANO-VACCARELLA, "Manuale di diritto processuale del lavoro", Napoli, 1996, p. 134. Naturalmente se il convenuto in primo grado ha eccepito la nullità e non la infondatezza nel merito, non può poi dolersi della sentenza che abbia omissa di pronunciare l'infondatezza del ricorso: Cass. 28 novembre 1992, n. 12750, Dir. Prat. Lav. 1993, 5, 317.

<sup>72</sup> VALLEBONA, "Onere di allegazione dei fatti costitutivi della domanda e nullità del ricorso", op. cit. 306; C. PISANI, "Lavoro subordinato e oggetto dell'onere della prova", Riv. it. dir. lav. 2000, II, 285.

<sup>73</sup> Così per tutti, VALLEBONA, "Allegazioni e prove nel processo del lavoro", Padova, 2006, p. 72

del fatto inconferente “E”, non conduce certo alla nullità del ricorso bensì all’infondatezza nel merito dello stesso.

Al di là dell’aspetto appena esaminato, per il resto, in materia di nullità, la giurisprudenza non presenta incertezze nell’affermare che l’omessa indicazione dei mezzi di prova di cui all’art. 414, n. 5 cod. proc. civ. non comporta nullità ma la decadenza dalla possibilità di successiva deduzione delle prove nel corso del processo.<sup>74</sup>

### *3.3 Prassi applicative dirette ad aggirare le preclusioni delle allegazioni tardive dei fatti*

Questo rigido sistema di preclusioni delle allegazioni tardive ha generato in una parte della giurisprudenza atteggiamenti di insofferenza diretti ad alleviare l’onere dell’allegazione tempestiva soprattutto a vantaggio del lavoratore-ricorrente, ritenuto, anche nel processo, la parte più debole, sulla base dell’idea secondo cui il processo del lavoro è teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti inderogabili del lavoratore che nel processo devono trovare riconoscimento;<sup>75</sup> idea, questa, da cui deriva, a sua volta, l’assunto secondo cui l’esercizio dei poteri istruttori del giudice dovrebbe essere finalizzato alla tutela della parte socialmente più debole<sup>76</sup>.

Ciò ha prodotto distorte prassi applicative o discutibili proposte interpretative<sup>77</sup> che, enfatizzando l’argomento della esigenza della ricerca della c.d. “verità materiale”, tendono ad estendere gli strumenti di temperamento previsti esclusivamente per il regime delle preclusioni delle prove anche a quello delle allegazioni tardive.

---

<sup>74</sup> Cfr. Cass. 24 ottobre 2008, n. 22305, in Mass. giur. lav., 2008; Cass. 22 luglio 2009, n. 17102, Foro it. Rep. 2009, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 54

<sup>75</sup> Cfr. da ultimo, Cass. 2 febbraio 2009, n. 2577, Foro it., Rep. 2009, voce Lavoro e Previdenza (controversie), n. 63.

<sup>76</sup> Cass. 22 giugno 1982, n. 3807, Foro it. Rep. 1982, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 239. In dottrina, DENTI, “Processo civile e giustizia sociale”, Milano, 1971, 65; CARUSO, “Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo”, Riv. giur. lav. 1982, I, 196.

<sup>77</sup> Denunziate fin dal 1988, da VALLEBONA, in “L’onere della prova nel diritto del lavoro”, Padova, 1988, 43 ss.

Queste impostazioni non possono essere condivise. La stessa Corte costituzionale ha riconosciuto la piena legittimità costituzionale dell'imparziale sistema delle preclusioni in quanto considerato in se inidoneo a pregiudicare il lavoratore quale parte debole del rapporto sostanziale.<sup>78</sup> Anche in dottrina si è giustamente sottolineata l'oggettiva neutralità di regole processuali prive di qualsiasi appiglio che consenta di differenziare il trattamento delle parti in lite in base alla rispettiva posizione economico-sociale, con esclusione quindi di qualsiasi privilegio processuale del lavoratore rispetto al datore di lavoro, che si porrebbe in contrasto con il principio della parità delle armi nel processo e della necessaria imparzialità della magistratura (artt. 3 e 24 Cost.)<sup>79</sup>

Per la verità, dopo gli interventi delle Sezioni Unite che abbiamo ricordato nel par. 3.1, è dato notare una regressione di queste prassi; però esse non possono dirsi del tutto superate, in quanto ancora è dato trovare giudici di merito i quali, invocando inconfertemente l'art. 421 cod. proc. civ., in primo grado, o l'art. 437 cod. proc. civ., in appello, consentono l'introduzione tardiva, o tramite i testimoni, o tramite i documenti, o tramite la CTU, di fatti non tempestivamente allegati nel ricorso o nella memoria di costituzione;<sup>80</sup> sicché è ancora opportuno passarle in rassegna criticamente.

Il principio fondamentale da tener fermo e che deve guidare l'interprete in questa materia è quello più volte ribadito dalle Sezioni Unite, e cioè che le prove d'ufficio, sia ex art. 421, che ex art. 437 cod. proc. civ., possono riguardare soltanto fatti tempestivamente allegati dalle parti.<sup>81</sup> Come si

---

<sup>78</sup> Corte Cost. 14 gennaio 1977, n. 13, Mass. giur. lav., 1977, 25; Corte Cost. 20 gennaio 1988, n. 104 (ord.), Mass. Giur. lav. 1988, 459.

<sup>79</sup> Così, VALLEBONA, "Allegazioni e prove nel processo del lavoro", cit., 16; MONTESANO, "Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile", Riv. trim. dir. proc. civ. 1978, 189.

<sup>80</sup> Al riguardo è interessante la "testimonianza personale" di VALLEBONA riportata nel, "Il trionfo del processo del lavoro", in MGL, 2009, 566: "Personalmente ricordo di essere stato una volta perfino costretto, di fronte a domande del giudice al teste su fatti mai dedotti dal ricorrente, a minacciare di abbandonare la difesa del convenuto perché non ero in grado di svolgere il mio ruolo di avvocato su fatti a me sconosciuti. Per sentirmi rispondere dal giudice che potevo brevemente consultarmi con il mio assistito, il che avrebbe garantito il contraddittorio. Al che dovetti spiegare al giudice che i fatti avevo diritto di leggerli tutti nel ricorso, al fine della scelta della linea difensiva incorporata nella memoria di costituzione, che certo non potevo più modificare nel bel mezzo del processo".

<sup>81</sup> Cass. S.U. 3 febbraio 1998, n. 1099, Foro it., 1998, I, 764; Cass. S.U. 20 aprile 2005, n. 8202, Mass. giur. lav., 2005 n. 12, 964; Cass. 17 giugno 2004, n. 11535, in Foro it., 2005, I, 1135; Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, Mass. giur. lav., 2006, 478; Cass. 1 luglio 2010, n. 15653, Guida lav., 2010, n. 32-33, 23; Cass. 2 febbraio 2009, n. 2577, Mass. giur.

è visto, vige, infatti, anche nel processo del lavoro, l'onere dell'allegazione, inteso come monopolio delle parti private per la delimitazione dell'ambito di fatto della lite, quale proiezione dei fondamentali principi della domanda (art. 99 cod. proc. civ) e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 cod. proc. civ.).<sup>82</sup> L'onere dell'allegazione non è affatto incompatibile con l'attribuzione al giudice del lavoro di poteri istruttori, poiché questa scelta determina un processo semplicemente a metodo inquisitorio e non inquisitorio in senso sostanziale, investendo il problema delle modalità di accertamento dei fatti che è logicamente successivo e distinto rispetto a quello della introduzione dei fatti nel giudizio.<sup>83</sup>

A) Da questa premessa è agevole allora dedurre che, per quanto concerne la prova per testimoni, è inammissibile la prassi di rivolgere ai testi domande generiche, oppure addirittura non capitolate esorbitanti dalla allegazione originaria, per poi, mediante le risposte, introdurre in giudizio fatti non allegati.<sup>84</sup>

Né può essere invocato in senso contrario l'art. 253, comma 1, cod. proc. civ., giacché tale norma riguarda solo i "chiarimenti", riferendosi espressamente a "fatti" già introdotti, ma non autorizza certo l'introduzione di fatti nuovi. Afferma infatti la Suprema Corte che la rilevanza della prova testimoniale va valutata con riguardo alla formulazione ed al contenuto dei capitoli di prova articolati dalla parte e non già nella prospettiva di eventuali domande integrative da rivolgere ai testi durante la loro escussione, atteso che tali domande sono dirette soltanto a chiarire i fatti e non

---

lav., 2009, n. 12, 935, n. 9; Cass. 13 settembre 2003, n. 13467, Mass. giur. lav., 2004, n. 1-2, 122, n. 5; Cass. 6 marzo 2001, n. 3228, Mass. giur. lav., 2001, 535.

<sup>82</sup> VALLEBONA, *L'onore della prova*, op. cit. 40 G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1980, p. 100; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in Riv. dir. proc., 1977, p. 220 e ss.

<sup>83</sup> G. VERDE, *Norme*, op. cit., p. 214, 224; MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale*, op. cit., p. 191, i quali rilevano anche che il giudice del lavoro ha la disponibilità del mezzo e non della fonte materiale di prova (p. 188 e ss.).

<sup>84</sup> Cfr. Tribunale di Roma (appello), 11 aprile 1996, Riv. it. dir. lav., 1997, 444; che ha correttamente affermato che la genericità delle allegazioni e delle richieste di prove del soggetto onerato della prova (nella specie l'Ente previdenziale), comporta la loro inammissibilità, perché altrimenti, "la loro ammissione si risolverebbe in una libera narrazione dei fatti ad opera del testimone".

possono supplire alle deficienze della prova dedotta.<sup>85</sup> Il giudice può, applicando l'art. 421 cod. proc. civ., tutt'al più superare la norma di cui all'art. 244 cod. proc. civ., e non rigettare la richiesta di prova testimoniale solo perché i fatti non sono formulati in articoli separati sui quali ciascuna persona deve essere interrogata, ma solo, e sempre, quando i fatti materiali siano stati comunque enunciati nel primo atto del giudizio.<sup>86</sup>

Questa prassi errata si riscontra con una certa frequenza, ad esempio, nelle cause di accertamento del rapporto di lavoro subordinato, nei casi in cui il ricorrente si limiti a dedurre genericamente di aver lavorato “alle dipendenze”, ovvero di aver ricevuto non meglio specificati “ordini” o “direttive”. Queste espressioni, così come formulate, non sono sufficienti, neppure se confermate dal testimone, ad integrare gli estremi della fattispecie astratta del rapporto di lavoro subordinato, occorrendo invece l'allegazione di tutte quelle circostanze di fatto da cui evincere l'effettivo esercizio del potere direttivo tipico del rapporto di lavoro subordinato, che consiste, come è noto, in un potere gerarchico e direttivo che non può esplicarsi in semplici direttive di carattere generale, compatibili con altri tipi di rapporto, ma in direttive concrete sull'espletamento del lavoro, con la conseguente necessità dell'allegazione di tutte quelle circostanze di fatto relative al concreto assoggettamento del lavoratore a direttive di questo tipo.<sup>87</sup>

B) Un altro esempio di distorto uso dei poteri istruttori del giudice del lavoro per introdurre in giudizio fatti non allegati, può essere visto nello scorretto utilizzo delle prove documentali come fonti di allegazione non contenute negli atti introduttivi del giudizio. Al riguardo le Sezioni Unite hanno ribadito che la produzione documentale è utile soltanto a provare fatti già allegati e non ad

---

<sup>85</sup> Cass. 22 febbraio 1990, n. 1312, Foro it. Rep. 2000, voce Prova Testimoniale, 24.

<sup>86</sup> Cass. 21 marzo 2003, n. 4180, Mass. giur. lav., 2003, 794, n. 26

<sup>87</sup> Cfr. PISANI, “*Lavoro subordinato e oggetto dell'onere della prova*”, Riv. it. dir. lav., 2000, II, 284. Cfr. ad esempio l'interessante sentenza di Pret. Roma 12 agosto 1998, Riv. It. dir. lav. 1998, II, 688, secondo cui “... le allegazioni di cui al ricorso non hanno ad oggetto alcuna specifica circostanza di fatto atta ad evidenziare l'esercizio del potere direttivo da parte degli organi della società resistente ... Invero, pur deducendosi che il ricorrente riceveva ordini e direttive in merito ai compiti affidatigli manca qualsivoglia ulteriore specificazione in merito a ciò in cui tali «ordini» e «direttive» sarebbero consistiti, alle specifiche circostanze ed alle modalità secondo cui essi sarebbero stati impartiti...”.

introdurre di nuovi.<sup>88</sup> Pertanto, se il fatto che il documento intenderebbe comprovare non è stato allegato nel ricorso, il fatto medesimo non può essere surrettiziamente introdotto in giudizio attraverso il solo documento: “affinché il giudice decida *iuxta alligata et probata*, non è sufficiente che una determinata circostanza sia acquisita al processo attraverso la produzione di un documento di una delle parti in causa perché il giudice possa utilizzarla come base del suo convincimento, ma è necessario che la parte –che è interessata a far valere la circostanza- ne faccia oggetto della propria tesi difensiva, oltretutto in tempo utile ad evitar preclusioni”.<sup>89</sup> E’ dunque sicuramente inammissibile l’utilizzo delle prove documentali come fonti di allegazioni non contenute nell’atto difensivo, quasi che la controparte fosse tenuta a compulsare i documenti prodotti dall’avversario alla ricerca di ipotetico fondamento della *causa petendi* non indicata nell’atto.<sup>90</sup>

L’errore di far diventare il documento depositato, da fonte di prova qual è, a fonte anche dell’allegazione del fatto, è riscontrabile con una certa frequenza nei giudizi in cui l’INPS chiede la condanna del datore di lavoro al pagamento di contributi previdenziali sul presupposto di un verbale ispettivo che l’Ente si limita a depositare in giudizio, senza allegare nel suo primo scritto difensivo i fatti costitutivi della pretesa contributiva, ma limitandosi a rinviare per essi al verbale. Da quanto si è affermato prima risulta evidente l’inammissibilità di un simile tentativo di eterointegrazione dell’atto giudiziario, proprio perché, come si è visto, la *causa petendi* deve essere chiaramente esplicitata nell’atto difensivo, non potendosi costringere l’altra parte ed il giudice a ricercare altrove

---

<sup>88</sup> Cass. S.U. n. 8202/05, cit.

<sup>89</sup> Cass. 24 agosto 1981, n. 4993, in Foro it. Rep. 1981, voce Prova civile in generale, 22 ; Cass. 1° luglio 1999, n. 6714, in Mass. giur. lav., 1999, 1117. Tra i giudici di merito (il che smentisce la diceria che si tratti di formalismi adottati solo dal giudice di legittimità e non seguiti invece dai giudici di prime cure), si veda: Trib. Milano 4 novembre 1989 (in Giust. civ., 1990, I, 1642) secondo cui la parte “non ottempera all’onere di allegazione dei fatti rilevanti mediante un generico e totalizzante rinvio ai documenti, così dimenticando che un documento è un mezzo di prova idoneo ad assolvere all’onere di allegazione e che non spetta al giudice trarre dai documenti le allegazioni su cui si fonda la pretesa”; Trib. Bari 21 maggio 2009 (in Guid. Lav. 2009, n. 43, p. 37), secondo cui, “premesso che gli elementi di fatto posti a base delle domande devono essere specificati nei rispettivi atti iniziali della controversia, ne consegue che non è consentito supplire alle carenze del ricorso riguardanti l’oggetto della domanda ed i suoi elementi costitutivi tramite un’integrazione del ricorso stesso ad opera dei documenti allegati, cui deve assegnarsi solo la funzione probatoria di attestare la veridicità degli assunti riportati nell’atto introduttivo”.

<sup>90</sup> Così VALLEBONA, “L’onere della prova”, cit., p. 43



i fatti costitutivi del diritto azionato.<sup>91</sup> Il verbale ispettivo non fa eccezione trattandosi di documento che dovrebbe provare fatti allegati dall'INPS nel suo primo scritto difensivo. Solo una volta assolto questo onere dell'allegazione, si pone l'ulteriore problema del valore probatorio dei verbali ispettivi.<sup>92</sup>

C) Per le stesse ragioni è inammissibile anche la prassi di utilizzare la consulenza tecnica d'ufficio per esonerare le parti dagli oneri loro incombenti di allegazione, prima, e probatori, dopo, sicché non può essere disposta al fine di raccogliere fatti o modalità storiche.<sup>93</sup>

D) Quanto fin qui esposto a proposito del distorto uso dei poteri officiosi del giudice del lavoro vale anche in relazione a quanto previsto dall'art. 437 cod. proc. civ. per il grado d'appello. La disposizione, infatti, riguarda la prova di fatti già dedotti in primo grado e non l'introduzione in giudizio di fatti nuovi, che è assolutamente vietata ("non sono ammesse nuove domande ed eccezioni"). Pertanto il limite invalicabile dei poteri d'ufficio ai sensi dell'art. 437, comma 2, che non può essere superato neppure invocando l'indispensabilità ai fini della decisione della causa di una determinata prova, è costituito pur sempre dai fatti tempestivamente allegati dalle parti.<sup>94</sup>

E) Alle volte si assiste al tentativo di aggirare le preclusioni in cui la parte è incorsa in ordine all'allegazione dei fatti, mediante il deposito di un secondo ricorso in cui sia contenuto il fatto costitutivo omesso, ma con il medesimo *petitum* del primo. Anche questo tentativo deve ritenersi inammissibile, poiché il giudice deve sì procedere alla riunione obbligatoria delle due

<sup>91</sup> Così VALLEBONA, "Allegazioni e prove nel processo del lavoro", Padova, 2006, 90.

<sup>92</sup> Cfr. per tutti, AA.VV. "Il valore probatorio dei verbali ispettivi", in Colloqui Giuridici sul Lavoro, n. 1, 2007

<sup>93</sup> Si oppongono a questa prassi Cass. 12 febbraio 1982, n. 888, Riv. inf., 1982, II, 60; Cass. 8 ottobre 1983, n. 5849, Foro it. Rep. 1983, voce Agenzia, 19

<sup>94</sup> Cass. S.U. 20 aprile 2005, n. 8202, Mass. giur. lav., 2005, 964; Cass. 1 luglio 2010, n. 15653, in Giuda al lav., 2010; Cass. 2 febbraio 2009, n. 2577, Mass. giur. lav., 2009, 935, n. 8; Cass. 16 giugno 2003, n. 9684, Mass. giur. lav., 2003, 798, n. 49; in dottrina in questo senso, U. MORCAVALLO, "Riflessioni sulla giurisprudenza di legittimità in materia di produzione documentale e nuovi mezzi di prova nel processo del lavoro", in Arg. dir. lav., 2006, 4-5, 1220-1221; G. DONDI - A. MISCIONE, "La produzione di nuovi documenti in appello", Arg. dir. lav., 2006, n. 2, 677.

cause, ai sensi dell'art. 273 cod. proc. civ., ma poi, deve trattare solo la prima causa, mentre la seconda deve essere ignorata o assorbita.<sup>95</sup> Qui gli effetti sostanziali sono gli stessi dettati dalla regola per la litispendenza innanzi a giudici diversi, in base alla quale la causa proposta successivamente viene cancellata dal ruolo, anche se in quel caso non si trasferisce al giudice preventivamente adito (art. 39 comma 1, cod. proc. civ.)<sup>96</sup>

#### **4. Strumenti di temperamento al regime delle preclusioni delle prove e relativi limiti.**

Gli strumenti di temperamento alle rigidità delle preclusioni del processo del lavoro sono previsti in relazione alle prove, e consistono essenzialmente nei poteri attribuiti al giudice dagli artt. 420, comma 5, 421, comma 2 cod. proc. civ., in primo grado, e ex art. 437 cod. proc. civ., in appello. Nel paragrafo 3.2 abbiamo visto le ragioni per cui la rimessione in termini di cui al nuovo art. 153, comma 3 cod. proc. civ. non è applicabile alle decadenze "interne" all'atto depositato o notificato tempestivamente.

E' dunque in relazione alle prove tardive, tendenti a dimostrare un fatto comunque già tempestivamente allegato, che si realizza il contemperamento tra celerità del processo e ricerca della verità materiale.

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 420, comma 5 cod. proc. civ., il giudice può alla prima udienza ammettere i mezzi di prova "che le parti non abbiano potuto proporre prima", precisando la norma, del tutto superfluamente, "se ritiene che siano rilevanti". Qui è la parte che chiede di ammettere una prova non articolata nel primo atto. Il potere del giudice di derogare alle preclusioni passa attraverso il criterio alquanto vago dell'"impossibilità"; queste ragioni di impossibilità non

---

<sup>95</sup> Cfr. Pret. Roma, 11 marzo 1992, Giust. Civ., 1993, I, 809.

<sup>96</sup> VALLEBONA, "Allegazioni e prove nel processo del lavoro", Padova, 2006, 18

sono necessariamente obiettive ma eventualmente anche subiettive;<sup>97</sup> possono anche riguardare le prove che si siano rese necessarie per lo sviluppo e le esigenze del contraddittorio.<sup>98</sup>

Ma il potere più incisivo in materia è quello attribuito al giudice dall'art. 421, comma 2, perché è esercitabile in qualsiasi momento anche senza la sollecitazione della parte<sup>99</sup> e si estende ad ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile,<sup>100</sup> con l'unica eccezione del giuramento decisorio.<sup>101</sup>

In forza di questa disposizione il giudice del lavoro può, dunque, entro certi limiti, sostituirsi al soggetto onerato della prova ammettendo d'ufficio mezzi di prova non richiesti. Questi poteri istruttori, pur non escludendo in astratto l'operatività della regola dell'onere della prova,<sup>102</sup> tendono comunque a ridurne in concreto l'applicazione, aumentando la possibilità dell'accertamento della verità dei fatti.<sup>103</sup>

Al riguardo le Sezioni Unite hanno affermato che il potere officioso è un potere-dovere che va esercitato al fine di evitare, ove possibile, l'applicazione "meccanica" della regola finale di giudizio dell'onere della prova; però hanno precisato che il potere officioso non può riguardare i fatti pacifici, sottratti, come tali, all'istruttoria di parte e d'ufficio, così come non può esplicarsi mediante una prova atipica o non voluta dalle parti, né per sminuire una prova già espletata.<sup>104</sup>

---

<sup>97</sup> TARZIA, "Manuale", cit. 108

<sup>98</sup> FAZZALARI, "Appunti sul rito del lavoro", cit. p. 5; Cass. 11 febbraio 1995, n. 1509, Giur. it. 1996, I, 1, 132.

<sup>99</sup> Secondo Cass. 12 marzo 2009, 6023, Foro it. Rep. 2009, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 88, il mancato esercizio da parte del giudice dei poteri officiosi ex art. 421 cod. proc. civ., non è censurabile in Cassazione ove la parte non abbia investito lo stesso giudice una specifica richiesta in tal senso indicando anche i mezzi istruttori.

<sup>100</sup> Ad esempio, ammettendo la prova testimoniale della simulazione al di fuori dei limiti di cui all'art. 1417 cod. civ.; Cass. 21 maggio 2002, n. 7465, in Mass., 2002. Questo potere non si riferisce ovviamente ai requisiti di forma previsti dal codice per alcuni tipi di contratto, sia *ad substantiam che ad probationem*: Cass. 29 luglio 2009, n. 17614, Foro it. Rep. 2009, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 84.

<sup>101</sup> Cfr. in dottrina, MONTESANO, "Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice", Riv. trim. dir. e proc. civ., 1978, 189

<sup>102</sup> VERDE, "La disciplina delle prove nei processi del lavoro e del pubblico impiego", Riv. dir. proc. 1986, 72.

<sup>103</sup> PROTO PISANI, "Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro", in Studi di diritto processuale del lavoro, Milano, 1976, 120-121; COMOGLIO, "Le prove", in Trattato di diritto privato, diretto da Rescigno, vol. 19, Torino, 1985, 219-221; PATTI, "Prove", in Commentario al codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987, 143

<sup>104</sup> Cass. S.U. n. 11353/04 e 8202/05 cit.

Ma l'interrogativo più delicato che solleva la norma in questione è se il potere officioso possa o no riguardare una prova da cui le parti siano decadute.

A ben vedere il problema concerne soprattutto la prova documentale; è evidente infatti che, non essendo ammissibile, come si è visto nei paragrafi precedenti, l'introduzione di fatti non tempestivamente allegati neppure ex art. 421 o 437 cod. proc. civ., per la prova testimoniale il problema si riduce solo alla possibilità di escutere un teste non tempestivamente indicato nel primo atto.

All'interrogativo di cui sopra le Sezioni Unite del 2004 e del 2005 hanno dato risposta affermativa,<sup>105</sup> ma non sono mancati i distinguo e i dissensi.

La prima, quasi ovvia (ma alle volte dimenticata), precisazione, è che l'applicazione della norma deve avvenire con la prudenza che la rende compatibile con l'imparzialità del giudice.<sup>106</sup> Sicché se il giudice ammettesse le prove dalle quali le parti siano decadute, finirebbe per surrogare le deficienze di iniziativa delle parti medesime.<sup>107</sup> Molto chiara in questo senso è una recente sentenza della Cassazione, sezione lavoro, quindi successiva alle Sezioni Unite prima citate, secondo cui i poteri istruttori officiosi di cui all'art. 421 cod. proc. civ., "non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti, così da porre il giudice in funzione sostitutiva degli oneri delle parti medesime"; in quel caso vi era stata la mancata specifica richiesta nel ricorso dell'esperimento probatorio in ordine ai fatti e accadimenti pur dedotti come indici della subordinazione e, correlativamente, della formulazione in capitoli separati e dei testi da escutere su di essi.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> Cfr. in particolare Cass. S.U. n. 11353/04 cit., che enfatizza alquanto tale discrezionalità, con nota critica di FABIANI, in Foro it., 2005, I, 1142.

<sup>106</sup> MANDRIOLI, "Diritto processuale civile", II, Torino, 2009, 234; MONTESANO, "Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice", Riv. trim. dir. proc. civ. 1978, 189.

<sup>107</sup> VERDE, "Norme inderogabili", op. cit., 250; VALLEBONA, "Onere della prova", cit. p. 44; Cass. 4 aprile 1980, n. 2231, in Mass. 1980; Cass. 22 febbraio 1985, n. 1583, in Giust. civ. 1985, I, 1646.

<sup>108</sup> Cass. 22 luglio 2009, n. 17102, Foro it. Rep. 2009, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 85.

Pertanto il giudice non può utilizzare i suoi poteri istruttori per sopperire alla totale e ingiustificata inerzia della parte ormai decaduta,<sup>109</sup> bensì solo per risolvere un dubbio residuo dopo l'istruttoria di parte e non per capovolgerne l'esito.<sup>110</sup> Sempre in questa direzione è stato giustamente sottolineato in dottrina che "ogni ammissione di prova d'ufficio costituisce un *vulnus* alla regola dell'onere della prova, ciò che si ripercuote sul principio di disponibilità della tutela giurisdizionale a domanda di parte e attribuisce al giudice un ruolo che contrasta con la sua imparzialità".<sup>111</sup>

Ma su questo punto è dato registrare orientamenti che tendono ad essere più permissivi. Si sostiene, infatti, che, pur in presenza di già verificatasi decadenza o preclusione, ed anche in mancanza di richiesta delle parti, il giudice ha il potere-dovere di esercitare i poteri di cui agli artt. 421 e 437 cod. proc. civ.<sup>112</sup> Addirittura si è affermato, non condivisibilmente, che non decade dalla prova la parte che abbia ommesso di dedurre il mezzo di prova su di una circostanza che, al momento del deposito dell'atto, fosse da ritenere superflua sulla base di una ragionevole presunzione di non contestazione del fatto.<sup>113</sup>

Nell'ambito di questo orientamento più permissivo è dato poi individuare un consistente filone che quantomeno subordina l'esercizio di tale potere alla emersione nella espletata istruttoria

---

<sup>109</sup> Cfr. MONTESANO, "Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile", in Riv. trim. dir. proc. civ., 1978, 189; MONTESANO-VACCARELLA, "Manuale di diritto processuale del lavoro", Napoli, 1984, 133-134; FABBRINI, "Diritto processuale del lavoro", Milano, 1975, 152. Cass. 11 agosto 1981, n. 4896, Riv. it. dir. lav. 1982, 587, secondo cui il potere di disporre d'ufficio dei mezzi di prova non può sopravvivere alle decadenze in cui sia incorsa la parte, ove non sussistano "gravi motivi". Cass. 9 novembre 1983, n. 6658, in Foro it. Rep., 1983, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 298; Cass. 1° marzo 1983, n. 1522, in Foro it. Rep., 1983, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 293; Cass. 26 febbraio 1983, n. 1489, in Foro it. Rep., 1983, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 261; Cass. 13 maggio 1982, n. 2994, in Foro it. Rep., 1982, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 241; Cass. 11 agosto 1981, n. 4896, in Foro it., 1982, I, 448.

<sup>110</sup> VALLEBONA, "Il trionfo del processo del lavoro", MGL, 2009, 566.

<sup>111</sup> MANDRIOLI, "Diritto processuale civile", cit., p. 236; G. MONTELEONE, "Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile (Cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)", in Riv. dir. proc. 2007, 866.

<sup>112</sup> Cfr. PROTO-PISANI, "Le controversie in materia di lavoro", a cura di Proto Pisani, Pezzano, Barone, Andrioli, Bologna-Roma, 1974, 313 (ed ora nella seconda edizione del 1987, 712-715) e "Lavoro (controversie individuali in materia di)", in Noviss. dig. it., Appendice, IV, Torino, 1983, 651 e 663; FAZZALARI, "I poteri del giudice nel processo del lavoro", in Riv. dir. proc. 1974, 594, VERDE, "Norme", cit. 251; CARUSO, "Tutela", cit., 209; Cass. 13 ottobre 1984, n. 5123, in Giut. civ., 1985, I, 783; Cass. 6 febbraio 1985, n. 860, in Foro it. Rep., 1985, voce cit., 259. Cass. 14 agosto 2008, n. 2167, Informazione prev. 2008, 1020.

<sup>113</sup> Cass. 30 agosto 2005, n. 17513, Mass. Giur. lav., 2006, 387, n. 9.

di risultanze che offrono già dati di indagine significativi ma che in relazione ad essi il giudice reputi insufficienti le prove già acquisite<sup>114</sup> Si tratta della c.d. teoria delle “piste probatorie”,<sup>115</sup> fatta propria dalle Sezioni Unite del 2005,<sup>116</sup> secondo cui la condizione per l’ammissibilità, anche in appello, di prove indispensabili per la dimostrazione o negazione di fatti allegati, è pur sempre la preesistenza di altri mezzi istruttori, ritualmente dedotti ed acquisiti, meritevoli di approfondimento, con esclusione, quindi, dell’ammissibilità dei medesimi mezzi di prova, orale o scritta, che per le parti siano definitivamente preclusi. In sostanza il *discrimen* è costituito dalla meritevolezza dell’integrazione di preesistenti mezzi di prova ritualmente acquisiti.<sup>117</sup>

Per quanto riguarda più specificatamente la prova documentale, vi è da aggiungere che, sempre le Sezioni Unite n. 8202/2005, hanno posto fine a quel discutibile privilegio invalso a partire dalle Sezioni Unite n. 9199/1990,<sup>118</sup> a favore della ammissibilità tardiva della prova documentale, la quale, in quanto costituita, non sortirebbe l’effetto, a differenza delle prove c.d. costituente, come quella testimoniale, di ritardare i tempi del giudizio. Le Sezioni Unite del 2005 hanno sfatato questo assunto, sia perché ingiustificato alla stregua del tenore letterale delle disposizioni, sia comunque perché anche la produzione tardiva di documenti può determinare la protrazione del processo in dipendenza di istanze di verificazioni, oppure della proposizione di querele di falso o della deduzione di mezzi di prova ulteriori connessi alla documentazione prodotta *ex novo*.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Cass. 14 agosto 2008, n. 21671, Foro it., Rep. 2009, voce Lavoro e Previdenza (controversie), 89; Cass. 24 ottobre 2008, n. 22305, Mass. giur. lav., 2008, 109, n. 3; Cass. 8 novembre 1991, n. 11915, Giust. civ., 1992, II, 2143; Cass. 24 marzo 1993, n. 3537, Dir. e prat. lav., 1993, 1403; secondo cui il potere del giudice resta comunque escluso in presenza di una precisa volontà della parte di non esperire una determinata prova.

<sup>115</sup> Cfr. MORCAVALLO, “Riflessioni sulla giurisprudenza di legittimità in materia di produzione documentale”, op. cit., 1229

<sup>116</sup> Cass. S.U. 8202/05, cit.

<sup>117</sup> Cass. 27 luglio 2006, n. 17178, Mass. giur. lav., 2007, 524, n. 3.

<sup>118</sup> Cass. S.U. 6 settembre 1990, n. 9199, in Giust. civ., 1990, I, 2255.

<sup>119</sup> Cass. S.U. n. 8202/2005, cit.; in senso conforme Cass. 22 maggio 2006, n. 11922, in Mass. giur. lav. 2006, 1013, n. 28.

Inoltre, sempre per quanto concerne la prova documentale, le Sezioni Unite del 2005<sup>120</sup> hanno affermato che l'omessa indicazione nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado dei documenti e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto non determinano comunque la decadenza se la produzione sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso e alla memoria di costituzione.

Il concetto di "indisponibilità" che consente la produzione tardiva del documento suppone che, al momento fissato, a pena di decadenza, per la loro produzione fosse oggettivamente impossibile disporne, trattandosi di documenti la cui formazione risulti, necessariamente, successiva a quel momento.<sup>121</sup> Pertanto, il problema che si è visto sopra dell'esercizio dei poteri officiosi del giudice evidentemente si pone solo per quei documenti la cui produzione tardiva non presenti neppure le anzidette giustificazioni.

Ciò dovrebbe valere anche in appello, nonostante che l'art. 437 cod. proc. civ. preveda l'ulteriore requisito dell'indispensabilità ai fini dell'ammissione ex ufficio della prova tardiva. Infatti, questo requisito non dovrebbe essere necessario per quelle prove documentali la cui produzione, come si è visto sopra, sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale. Tuttavia non sono mancate sentenze della Cassazione che invece, ancora più restrittivamente, hanno ritenuto che per l'ammissione della prova tardiva debbano sussistere entrambi i requisiti: quello della formazione o rilevanza successiva della prova e quello della sua indispensabilità ai fini della decisione.<sup>122</sup>

In ogni caso, non è sufficiente la semplice rilevanza della prova tardiva perché possa essere esercitato il potere officioso ex art. 437 cod. proc. civ. da parte del Collegio, occorrendo invece un

---

<sup>120</sup> Cass. S.U. n. 8202/2005, cit.; conformi, Cass. 1° luglio 2010, n. 15653, Guida al lav., 2010, n. 32-33, 23

<sup>121</sup> Cfr. in questo senso anche Cass. 27 luglio 2006, n. 17178, Mass. giur. lav., 2007, 524, n. 3.

<sup>122</sup> Cfr. Cass. 1 luglio 2010, n. 15653, cit., laddove afferma che "i documenti possono ammettersi solo se ritenuti indispensabili ai fini della decisione, qualora la produzione sia giustificata dal tempo della formazione (successiva) o dallo sviluppo del processo"; conforme Cass. 20 gennaio 2003, n. 775, Guida al lav., 2033, n. 11, 12

*quid pluris*, in quanto il requisito della rilevanza deve sussistere per l'ammissione di qualunque prova, anche di quella tempestivamente richiesta.

Le posizioni dottrinali sulla nozione di indispensabilità della prova sono le più varie.<sup>123</sup> Nella giurisprudenza di legittimità si è tentato di individuare alcuni criteri, più o meno vaghi, per l'esercizio di tale potere da parte del giudice di merito: e così, si è affermato che il giudizio di indispensabilità implica la valutazione della prova a dissipare un perdurante stato di incertezza su fatti controversi,<sup>124</sup> oppure presuppone che le risultanze di causa offrano già significativi dati di indagine, in quanto la prova disposta in appello è solo un approfondimento, ovviamente ritenuto indispensabile ai fini della decisione, di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo.<sup>125</sup> Non sono mancate pronunce che invece hanno ritenuto insuperabile la decadenza della prova formalmente dichiarata in primo grado “atteso che la natura della decadenza legale è inconciliabile con il concetto di revocabilità, soprattutto nel processo del lavoro”.<sup>126</sup>

Infine, per quanto concerne la consulenza tecnica d'ufficio è invalsa una opinabile giurisprudenza secondo cui essa può essere disposta anche d'ufficio senza incontrare limite alcuno al regime delle preclusioni previsto dal rito del lavoro.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> Cfr. la rassegna di G. DONDI e A. MISCIONE, “La produzione di nuovi documenti in appello”, Arg. dir. lav., 2/2006, 675.

<sup>124</sup> Cass. 20 giugno 2006, n. 14133, Mass. giur. lav., 2006, 1014, n. 32.

<sup>125</sup> Cass. 10 gennaio 2005, n. 278, in Mass. giur. lav., 2005, n. 23.

<sup>126</sup> Cass. 6 agosto 2003, n. 11873, in Mass. giur. lav., 2003, 963, n. 56.

<sup>127</sup> Cass. 12 novembre 1993, n. 11169, Dir. e prat. lav. 1994, 305.