



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Diritto del Lavoro**

**I POTERI ISTRUTTORI NEL PRIMO GRADO  
DEL RITO DEL LAVORO**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

**Roberto Pessi**

CANDIDATO

Marco Cifani

Matr.126713

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

**Andrea Panzarola**

Anno Accademico 2017-2018

## INDICE

|                   |        |
|-------------------|--------|
| INTRODUZIONE..... | pag. 1 |
|-------------------|--------|

### CAPITOLO I

#### DALLE ORIGINI DEL RITO DEL LAVORO ALLA RIFORMA FORNERO

|   |         |
|---|---------|
| 1. Il collegio dei probiviri.....   | pag. 6  |
| 2. Il periodo corporativo .....   | pag. 12 |
| 3. Dall’emanazione del codice di procedura civile del 1940 alla<br>Costituzione del 1948..... | pag. 19 |
| 4. Le riforme della seconda metà del ‘900.....  | pag. 23 |
| 4.1 La legge sui licenziamenti individuali e lo Statuto dei<br>lavoratori.....                | pag. 24 |
| 4.2 Dalla legge n. 533/1973 alle riforme degli anni 2000.....                                 | pag. 25 |
| 5. Le modifiche processuali dovute al Collegato Lavoro.....                                   | pag. 30 |
| 6. La c.d. “Riforma Fornero” e il “ <i>Jobs Act</i> ”.....                                    | pag. 33 |

### CAPITOLO II

#### RITO ORDINARIO DEL LAVORO: TRATTAZIONE DELLA CAUSA IN PRIMO GRADO

|  |         |
|--|---------|
| 1. I principali elementi caratterizzanti il rito del lavoro: specialità e<br>ambito d’applicazione ..... | pag. 47 |
| 1.1. L’individuazione del giudice competente .....   | pag. 51 |

|  |         |
|--|---------|
| 1.2. L'atto introduttivo: i poteri-doveri delle parti .....          | pag. 59 |
| 2. Le preclusioni .....  | pag. 66 |
| 3. Il principio dispositivo: inquadramento della questione .....     | pag. 74 |
| 3.1. Disponibilità delle prove.....                                  | pag. 77 |
| 4. Principio dell'onere della prova e principio di acquisizione..... | pag. 81 |

### **CAPITOLO III**

#### **I POTERI ISTRUTTORI NEL RITO DEL LAVORO**

|  |          |
|--|----------|
| 1. Il ruolo attivo del giudice del lavoro. Confine tra la discrezionalità e il “potere-dovere” dell’art.421 c.p.c.....                   | pag. 87  |
| 2. L’istruzione probatoria: la prova in generale .....   | pag. 95  |
| 3. I poteri del giudice <i>ex art. 421 c.p.c.</i> : potere di sanatoria degli atti irregolari.....                                       | pag. 104 |
| 4. I poteri del giudice <i>ex art. 421 c.p.c.</i> : il potere di disporre in qualsiasi momento l’ammissione di ogni mezzo di prova ..... | pag. 108 |
| 4.1. Le prove c.d. atipiche: contrasti dottrinali.....   | pag. 110 |
| 4.2. Le prove c.d. atipiche: l’interpretazione giurisprudenziale.....  | pag. 117 |
| 5. I poteri del giudice <i>ex art. 421 c.p.c.</i> di superare i limiti del codice civile .....   | pag. 119 |
| 5.1. La Confessione .....  | pag. 121 |
| 5.2. Il Giuramento.....  | pag. 123 |
| 5.3. Il superamento dei limiti del codice civile: la testimonianza.....  | pag. 126 |
| 6. L’interrogatorio libero <i>ex art. 421 ultimo comma c.p.c.</i> .....  | pag. 132 |
| 7. Il potere di richiedere informazioni ed osservazioni alle organizzazioni sindacali: inquadramento generale.....                       | pag. 139 |
| 7.1. Il ruolo dei sindacati all’interno dell’ordinamento processual-lavoristico.....   | pag. 140 |

|  |          |
|--|----------|
| 7.2. Il potere di richiedere informazioni e osservazioni alle<br>organizzazioni sindacali: disciplina processuale <i>ex art.</i> 421<br>comma secondo e 425 c.p.c..... | pag. 142 |
| 8. Il potere di disporre l'accesso sui luoghi di lavoro.....   | pag. 144 |
| <br>   |          |
| <b>CONCLUSIONI</b> .....   | pag. 148 |
| <br>   |          |
| <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....  | pag. 156 |

## INTRODUZIONE

L'oggetto di questo lavoro è l'analisi dei poteri istruttori del giudice del lavoro, che trovano dimora nell'attuale art. 421 del codice di rito.

La prima osservazione sulla quale soffermarsi non è di natura accademica, intendendosi per quest'ultima l'esposizione della disciplina dell'istituto oggetto di quest'opera, ma di carattere metodologico. Infatti, si ritiene di voler spiegare la ragione per cui la materia qui esaminata ha come cattedra di riferimento quella di "Diritto del Lavoro", nonostante quanto di seguito esposto sia per la maggior parte – ma non completamente – di carattere procedurale. Orbene, occorre riflettere sul rapporto che intercorre tra il diritto sostanziale – nel caso di specie il diritto del lavoro – e il diritto processuale – nel caso di specie il diritto processuale civile, in particolare il rito del lavoro.

Si insegna fin dal primo anno di giurisprudenza, che le diverse discipline che compongono il diritto sostanziale, si pensi *in primis* al diritto privato e quello del lavoro, hanno ad oggetto l'esistenza, l'*an*, del diritto. Ciò significa che sono le materie di diritto del lavoro e del diritto privato che disciplinano cosa debba intendersi per diritto alla retribuzione, per contratto di lavoro, per diritto di proprietà ed in generale sanciscono le definizioni e le caratteristiche di tutti quei diritti che ogni giorno si trovano alla base di una civiltà evoluta facente parte di uno Stato di diritto. Solo dopo l'affermazione dei singoli diritti, si pone il problema di come garantirne il loro rispetto in caso di violazione. La società avverte in tal modo l'esigenza di servirsi di un terzo che in qualità di *super-partes* ristabilisca l'ordine precostituito dal diritto sostanziale. Terzo che riattribuisca il diritto che, originariamente l'ordinamento aveva riconosciuto in capo ad un soggetto, ma che a causa di un atto illecito commesso da un

altro individuo, è venuto meno. Ma il ruolo del terzo, oggi personificato nella figura del Giudice, non è sufficiente. Sono infatti necessarie delle regole, conosciute e dalla maggior parte dei consociati condivise, che il Giudice deve seguire per riaffermare il diritto sostanziale violato, e per realizzare quell'idea che prende il nome di Giustizia. Dunque, è proprio grazie al ruolo del diritto sostanziale di volere “creare” situazioni giuridiche in capo ai singoli, che la maggior parte dei giuristi, per non dire la totalità, gli attribuisce il titolo di diritto primario. Conseguentemente, al diritto processuale sono attribuite funzioni secondarie, ancillari rispetto al diritto sostanziale. Funzioni quest'ultime che si concretizzano solo in caso di violazione del diritto sostanziale.

Questo è “il disegno” che si trova alla base del rapporto intercorrente tra diritto sostanziale e diritto procedurale.

Se trasponessimo il rapporto descritto in una “dialettica hegeliana” il diritto sostanziale svolgerebbe le funzioni di “un padrone”, mentre il processuale quello di “un servo”.

Ma è proprio a questo punto del rapporto che occorre effettuare una riflessione.

Infatti, il padrone è tale perché esiste un servo, senza il quale non potrebbe distinguersi il ruolo del servo rispetto a quello del padrone. Dunque, trasponendo di nuovo questo concetto su di un piano giuridico, è proprio grazie alla presenza di un diritto processuale (il servo), cioè di un giudice e delle regole procedurali che premettono di riaffermare il diritto sostanziale, che quest'ultimo (il padrone) può tornare a svolgere la sua funzione primaria, ossia quella di riconoscere situazioni giuridiche (diritti o interessi legittimi) in capo ai singoli. Volendo utilizzare altri esempi, si pensi ad una Società in cui siano consacrati sulla carta di una legge o di una costituzione, il diritto di proprietà o il diritto ad una giusta retribuzione in costanza di rapporto di lavoro, ma nella stessa Società non esista il modo di far rispettare – se non con la violenza – tali diritti nel caso in cui non siano

rispettati o del tutto violati. Non esisterebbe l'azione giudiziale, ossia la possibilità, riconosciuta a tutti i consociati, di adire un giudice, che faccia rispettare i diritti violati. Sarebbe il caso di una Società in cui il ruolo del diritto sostanziale, che afferma il diritto di proprietà e il diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente alla qualità e quantità del lavoro svolto, rimarrebbe solo sulla carta. Sarebbe una società in cui il diritto sostanziale, "incensato" dal titolo di diritto primario, non riuscirebbe a garantire ciò che afferma. Dunque, è proprio la necessaria esistenza di un diritto ancillare e secondario – quale il diritto processuale – che permette di mantenere in capo al diritto sostanziale il titolo di diritto primario.

Quanto appena descritto è ciò che mi ha convinto a ritenere che lo studio del diritto del lavoro – sostanziale e primario – non sarebbe completo se non fosse accostato ad uno studio sulle regole procedurali, che permettono di far rispettare il diritto del lavoro in caso di violazione. Regole procedurali che si concretizzano con la disciplina del rito del lavoro. Pertanto, il nostro percorso di studi accademici non prevede una cattedra di diritto processuale del lavoro, per questo motivo la scelta di una cattedra di diritto sostanziale, in ragione del "gioco di ruoli" sopra descritto, è risultata la cattedra più indicata.

Così individuato l'argomento generale dal quale partire, è innegabile che i poteri istruttori ufficiosi siano uno degli elementi caratterizzanti il rito *de quo*, che lo distingue dal rito ordinario di cognizione.

In secondo luogo, non si può non notare che i poteri istruttori sono ciò che hanno permesso ai giudici di svincolarsi, nel limite del possibile, dai rigidi canoni processuali al fine di ricercare la verità materiale.

Si deve inoltre constatare che, attraverso i poteri istruttori, i magistrati del lavoro, a volte perseguendo delle ideologie politiche, abbiano interpretato la norma in modo da poter andare oltre i limiti dei poteri attribuitigli. Si pensi alla figura degli allora pretori d'assalto, che all'indomani dell'autunno caldo, dell'emanazione dello Statuto dei

lavoratori e della Riforma del rito del lavoro, hanno, perseguendo quell'idea di Giustizia, abusato dell'art. 421 c.p.c., come nel caso di una pronuncia di una sentenza nei locali d'azienda. L'idea di seguire una verità materiale per mezzo dei poteri istruttori e delle deroghe che comportano ai principi ad es. delle preclusioni e soprattutto del dispositivo, richiama gli studiosi di diritto ad analizzare in che rapporto si pongono questi poteri con l'intera "impalcatura" processuale. È infatti vero che, il processo è un luogo di pesi e contrappesi, in cui tutte "le mosse" delle parti e del Giudice hanno delle ripercussioni sull'intero sistema processuale. Si potrebbe utilizzare un'espressione scientifica che concretizzi quell'idea del processo come un luogo in cui ogni cosa ha un suo legittimo posto e in cui ad ogni "azione corrisponde una reazione uguale e contraria", pertanto, occorre trovare un giusto posto ai poteri istruttori d'ufficio.

Ammettere deroghe al fine di perseguire la ricerca della "verità" e comprendere fino a quando è possibile spingersi è l'obiettivo di questo lavoro.

Pertanto, saranno dapprima analizzate le caratteristiche e le ragioni storiche che dal 1893, anno in cui in Italia iniziò ufficialmente la "giustizia del lavoro" per mezzo della legge n. 295 del 1893, ad oggi hanno sempre distinto il processo del lavoro da quello civile.

In seguito sarà esposta la disciplina processuale di tutti quegli istituti, che coinvolgono il primo grado di giudizio. Saranno descritti i principi cardine dell'intero processo civile al fine di comprendere la funzione di detti principi e limite fino al quale i poteri istruttori potranno spingersi. Utilizzando un'espressione a-technica, la seconda parte di questo lavoro analizza quegli "elementi" processuali "prodromici", pertanto, indispensabili, ai poteri istruttori ufficiosi nel rito del lavoro.

Da ultimo, ma certamente non per importanza, saranno descritti i poteri che concretamente il giudice può esercitare in modo da non stravolgere i principi di cui alla parte precedente. Sarà quindi necessaria

un'analisi di detti poteri sempre in riferimento alle parole del codice, in particolare all'art. 421 c.p.c.

# CAPITOLO I

## DALLE ORIGINI DEL RITO DEL LAVORO ALLA RIFORMA FORNERO

SOMMARIO: 1. Il collegio dei probiviri – 2. Il periodo corporativo – 3. Dall’emanazione del codice di procedura civile del 1940 alla Costituzione del 1948 – 4. Le riforme della seconda metà del ‘900 – 4.1 La legge sui licenziamenti individuali e lo Statuto dei lavoratori – 4.2 Dalla legge n. 533/1973 alle riforme degli anni 2000 – 5. Le modifiche processuali dovute al Collegato Lavoro – 6. La c.d. “Riforma Fornero” e il “*Jobs Act*”

### 1. Il collegio dei probiviri

Nel 1893<sup>1</sup>, in Italia inizia ufficialmente la storia della giustizia del lavoro.

La legge del 15 giugno del 1893, n. 295 istituì il collegio dei probiviri<sup>2</sup> per la soluzione delle controversie di lavoro.

La soluzione poteva essere raggiunta secondo due modalità: l’una in via amichevole, sottoscrivendo un accordo conciliativo, l’altra in via giudiziale, con la pronuncia del collegio.

---

<sup>1</sup> Prima era presente la giurisdizione speciale commerciale Cod. comm. art. 876, poi fu abolita con la legge 25 gennaio 1888.

In particolare, “il codice del 1865 aveva interrotto la tradizione risalente al diritto comune, e dovuta ad una sorta di spirito caritativo nei confronti del lavoratore, che prevedeva il rito sommario per le cause di mercedi, ed aveva sottoposto le controversie di lavoro alle regole comuni. L’industrializzazione e l’emersione dei conflitti di lavoro hanno riportato alla ribalta il problema della giustizia del lavoro; problemi non più affrontabili con le soluzioni adottate dal codice del 1865, né con il puro e semplice recupero del rito sommario” in M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal ‘700 a oggi*, Bologna, 1980, 160.

<sup>2</sup> “I probiviri sono persone che, godendo di particolare stima e prestigio per le loro capacità e provata onestà, sono chiamate a far parte di organi collegiali, enti pubblici, associazioni, partiti, col compito di dare pareri, giudicare sull’andamento dell’istituzione, esercitare funzioni conciliative tra le parti in contrasto, o funzioni di natura disciplinare” *ad vocem* “probiviri” *Enc. Treccani*, Vol. IX, 634.

Ai fini di conoscere in che luogo potessero essere istituiti i collegi dei probiviri e la ragione alla base della quale fosse risultato utile istituirli, sovviene l'art. 1 della citata legge che prevedeva: *“nei luoghi, nei quali esistono fabbriche o imprese industriali, possono istituirsi, riguardo ad una determinata specie d'industria o a gruppi di industria affini, Collegi di probi-viri per la conciliazione delle controversie, che per l'esercizio delle stesse industrie sorgano fra gl'intraprenditori e gli operai o apprendisti, o anche fra operai, in dipendenza dei rapporti di operaio o apprendista.*

*Spetta altresì ai Collegi stessi il definire, in via giudiziaria e nei limiti stabiliti con l'articolo 9 di questa legge, le controversie determinate nella prima parte di questo articolo”.*

I collegi, organi dello Stato, costituiti in modo paritetico da rappresentanti degli industriali e degli operai, erano presieduti da persone estranee alle imprese interessate. Infatti, i Presidenti<sup>3</sup>, uno effettivo e uno supplente, erano nominati con decreto reale, su proposta dei ministri di Grazia e Giustizia e dell'Agricoltura, Industria e Commercio, e ai sensi dell'art. 3, erano scelti *“fra i funzionari dell'ordine giudiziario e fra coloro che [potevano]... essere nominati conciliatori”.*

La legge escludeva l'obbligatorietà della costituzione dei collegi sia sul territorio nazionale, che per tutte le specie d'industria. Ai sensi dell'art. 2, i collegi venivano costituiti per decreto reale che doveva stabilire *“l'industria o le industrie per le quali si istitui[va] il Collegio, la sua sede, la sua circoscrizione e il numero dei componenti”.*

L'organo collegiale era composto da un Ufficio di conciliazione e da una Giuria, alla quale era demandata la funzione di decidere le controversie secondo equità<sup>4</sup> nel caso in cui fosse risultato impossibile risolvere la controversia con un accordo conciliativo.

---

<sup>3</sup> “Il presidente veniva generalmente scelto tra i magistrati onorari o togati” R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, VI ed., Torino, 2014, 9.

<sup>4</sup> “Le decisioni secondo equità avvenivano sulla base di regole collettive ricavabili dalla prassi” *ibidem*.

Ai fini dell'attribuzione delle controversie ai collegi, la legge indicava criteri di competenza e quest'ultima era limitata per valore e per materia.

Per le controversie che dovevano essere risolte in via conciliativa, non sussistevano limiti di competenza per valore; al contrario, nelle stesse materie che in via conciliativa non subivano alcun limite di valore, la legge prevedeva una competenza per valore – pari £ 200<sup>5</sup> - ai fini di una decisione giurisdizionale delle controversie. In altri termini, il collegio poteva essere adito per tutte le controversie di lavoro al di là di qualsiasi valore della causa, solo se la controversia fosse stata risolta in via conciliativa; diversamente, il legislatore pose il limite di competenza per valore, nelle ipotesi in cui il collegio si sarebbe dovuto esprimere in via giudiziale.

Ove il collegio dei probiviri non fosse stato istituito o la controversia avesse superato i limiti di competenza, restava ferma la giurisdizione del giudice ordinario.

I motivi per i quali il legislatore aveva sottratto alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione di tali controversie, erano: “la sfiducia della classe operaia nei giudici e nei giudizi borghesi”<sup>6</sup> e l'inadeguatezza del processo ordinario disciplinato dal codice di procedura civile del 1865.

La necessità di istituire un giudice specializzato, quale il collegio dei probiviri, per risolvere le controversie di lavoro, affonda le sue radici nell'esigenza di tutela che la classe operaia richiedeva; tutela maggiore ed efficace, rispetto a quella che avrebbe potuto ottenere instaurando un

---

<sup>5</sup> Il limite venne esteso £1.000 dopo il 1921 in *ad vocem* “probiviri” *Enc. Treccani*, Vol. IX, 634. La competenza per valore era stabilita dall'art. 9, mentre quella per materia dall'art. 8 P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Milano, 2016, 6.

<sup>6</sup> G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno (1907)*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Vol. I, Roma, 1930, 389.

Di parere contrario, “tale opinione è viziata per il semplice fatto che il presidente dei probi-viri veniva individuato tra i magistrati, e il presidente aveva un rilievo preminente nel collegio per la sua imparzialità e per la sua competenza tecnica, era l'unico in grado di tradurre in termini giuridici la controversia che si svolgeva senza difensori e oralmente. Conseguentemente non si poteva parlare all'epoca di sfiducia nei giudici e nei giudizi” P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *ivi*, 8, nota 11.

giudizio di fronte al giudice ordinario<sup>7</sup>. All'epoca dei fatti in cui la legge fu varata, non sussisteva un'organica disciplina del rapporto di lavoro, non erano stati codificati criteri di giudizio riguardanti le controversie di lavoro ma, al contrario, tali criteri dovevano essere rintracciati da accertamenti e conoscenze di fatto, rispetto ai quali la comune esperienza del giudice togato era inadeguata.

Il tratto più caratteristico dell'esperienza probivirale era in ciò che poteva utilizzare il giudice per risolvere la controversia.

Ai fini dell'accertamento sia dei fatti che dei diritti controversi, al giudice la legge riconosceva l'uso sia di mezzi di prova d'ufficio, che di massime di comune esperienza attinenti al rapporto di lavoro.

Il giudice togato, dovendo applicare la tradizionale regola dell'onere della prova, avrebbe dovuto rigettare la domanda.

Pertanto, risulta evidente sostenere che le caratteristiche dell'attuale rito del lavoro affondano le radici nella lontana legge del 1893, seppure ancora allo stato embrionale. Infatti, sono chiare alcune disposizioni normative, che permettono di cogliere le peculiarità del processo del lavoro, già nella sua fase di primogenitura.

Per realizzare un processo orale, ispirato ai principi di concentrazione ed immediatezza, il legislatore statuiva che: *“le parti non*

---

<sup>7</sup> Osservava G. CHIOVENDA: “La necessità di dettare norme particolari per giudizi che interessano persone umili e normalmente incolte (...) in lotta contro avversari potenti (...), per la definizione di questioni richiedenti una pronta liquidazione, doveva naturalmente essere smentita in un paese come il nostro, in cui il processo ordinario è così inadeguato a questo genere di conflitti. Le particolarità riguardano specialmente la conformazione del giudice, l'ordinamento della difesa e il procedimento” in *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 1323. A conferma E. REDENTI osservava: “in verità alle controversie in materia di contratto di lavoro, controversie di limitato valore, in cui una e una sola delle parti è normalmente ignorante e senza mezzi, è effettivamente inadeguato il processo civile ordinario, così favorevole alla parte più facoltosa, lento, fatalmente aperto alle interminabili questioni *de jure apicibus*, appesantito ancor più dal sistema dei gravami, incomprensibile e pertanto ripugnante, per cui soltanto tali controversie hanno, di solito, una urgente importanza. La prova dei fatti e la dimostrazione del diritto riescono in questa sede irraggiungibili per essa (che, di solito, perché oppressa, è attrice), per ciò che il contratto di lavoro è sempre sprovvisto di prove precostituite, spesso di qualsiasi prova ed è di solito rudimentale e non trova nel diritto scritto alcun regolamento speciale; mentre il giudice togato d'altra parte è di solito digiuno di ogni nozione tecnica e di ogni conoscenza dell'ambiente”, in *Sulla funzione delle magistrature industriali*, 1906, 618.

*sono ammesse a chiedere rinvii. In casi eccezionali [il giudice] può ordinare un solo rinvio a breve termine utilizzando l'intervallo per esaurire le indagini che ha ritenuto necessarie”.*

Il legislatore ha voluto ridurre i tempi del processo che, con maggior riguardo alle controversie di lavoro, generano pregiudizi, volti a sminuire o addirittura estinguere l'interesse di colui che è ricorso in giudizio.

Il principio di concentrazione consegue la finalità di ridurre l'arco temporale entro cui vengono svolte le diverse attività processuali necessarie per giungere alla decisione.

In ossequio al principio dell'oralità, l'articolo 32 della legge prevedeva: *“le parti debbono comparire personalmente”, “non sono permesse memorie a difesa”*; mentre da ultimo, l'art. 41 disponeva che la sentenza di primo grado è sempre immediatamente esecutiva.

Proprio quest'ultimo inciso dell'immediata esecutività della sentenza di primo grado, caratteristica vigente delle sentenze di cui all'attuale articolo 431 c.p.c., è una conferma che il rito del lavoro trae le proprie origini nella legge n. 295 del 1893.

La *ratio*, che ha condotto il legislatore sia del 1893 che quello recente ad attribuire al giudice del lavoro poteri maggiori rispetto a quelli del giudice ordinario civile, si è basata sulla avvenuta consapevolezza della “delicatezza” e dell'impatto che le controversie di lavoro hanno storicamente nella vita dei singoli. Nelle controversie di lavoro, gli ampi poteri d'ufficio, riconosciuti al giudice per l'acquisizione dei mezzi di prova, trovano la loro giustificazione nella rilevanza dei fatti posti alla base della causa instaurata.

I principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza hanno condotto alla conseguenza che il giudice che raccoglieva le prove fosse lo stesso giudice che avrebbe dovuto decidere la controversia.

Ancora l'articolo 38 prevedeva espressamente: *“per le controversie portate avanti la giuria, il presidente, all'udienza fissata, sentite le ragioni*

*delle parti, e preso atto, che non riuscì la conciliazione avanti l'ufficio competente, tenta nuovamente di conciliare, facendo redigere in caso di conciliazione il processo verbale.*

*Se il componimento non avviene, la Giuria, esaminati i documenti presentati dai contendenti e tenuto conto delle consuetudini locali, può, ove lo creda necessario, ordinare la esibizione di libretti di lavoro, di libri di maestranza, di registri o di altri documenti, sentire i testimoni proposti dalle parti o chiamarne d'ufficio, interrogare persone pratiche della materia controversa e, ove occorra, procedere a qualche verifica sul luogo, delegare il presidente ad accedervi solo o accompagnato da due giudicanti, uno industriale, l'altro operaio, affine di verificare con processo verbale lo stato delle cose”.*

Con l'articolo 38, il legislatore del 1893 ha sottolineato in modo esplicito l'ampiezza dei poteri istruttori riconosciuti al collegio. In primo luogo, la Giuria, esaminati i documenti prodotti, poteva ordinare alle parti di esibire quei documenti che oggi avremmo definito: scritture contabili e Libro Unico del Lavoro. In secondo luogo, eventualmente escussi i testi citati dalle parti, la Giuria poteva ordinare la comparizione di persone informate sui fatti ed attraverso la consulenza tecnica d'ufficio, avvalersi delle conoscenze di persone esperte sull'argomento. Infine, per verificare lo stato dei luoghi, il Presidente poteva effettuare un'ispezione ad esempio: accesso sul luogo di lavoro<sup>8</sup>.

A conferma di quanto sopra esposto, le massime del 16 ottobre e 3 dicembre del 1903 – “Cena c. Perona, Edilizie, Torino” – sono la prova tangibile dell'ampiezza dei poteri istruttori del collegio. Infatti le massime citate insegnano che “*ove dalle prove addotte non risulti il fondamento in fatto di un'azione od eccezione proposta in giudizio, la Giuria può ordinare d'ufficio la citazione dei testimoni, che possono attestare il fatto*”<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. M. TARUFFO, *op. cit.*, 163; Cfr. Cap III, par. 8.

<sup>9</sup> E. REDENTI, *Massimario della Giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906.

L'esperienza probivirale in materia di controversie individuali presenta gli elementi caratterizzanti la "giustizia del lavoro"<sup>10</sup> che, attraverso i paragrafi di seguito riportati, condurrà alla riforma del rito del lavoro del 1973<sup>11</sup>.

Il Regio Decreto n. 471/1928 pose fine all'esperienza probivirale devolvendo le controversie di lavoro ai Pretori e ai Tribunali nei limiti della rispettiva competenza per valore.

## **2. Il periodo corporativo**

L'instaurazione del regime dittatoriale<sup>12</sup> ebbe ripercussioni rilevanti sull'intero ordinamento giuridico italiano; tuttavia, ai fini di questa trattazione, saranno esaminati sinteticamente solo le modifiche normative che hanno coinvolto il processo del lavoro.

In via preliminare, si deve ricordare che l'ordinamento sindacale e corporativo ha la sua base nella legge 3 aprile 1926, n. 563 la quale sancì la fine del pluralismo sindacale e l'istituzione di un sindacato per ogni

---

<sup>10</sup> In sintesi:

- Oralità, immediatezza e concentrazione;
- Comparizione personale delle parti;
- Poteri istruttori d'ufficio;
- Tentativo di conciliazione obbligatorio;
- Pubblicità delle udienze;
- Esenzione degli atti da tasse di bollo e registro.

<sup>11</sup> Con gli artt.13 e ss. del T.U. 31 gennaio 1904, n.51, la competenza delle giurie dei probiviri fu estesa alle controversie relative ad infortuni sul lavoro industriale. Sulla falsariga della legge del 1893 con d.l. 1 maggio 1916, n. 420 furono istituite le Commissioni arbitrali per l'impiego privato, mentre con il d.l. 23 agosto 1917, n.1450 furono istituite le Commissioni compartimentali arbitrali per gli infortuni sul lavoro in agricoltura. Meritano di essere ricordate anche le Commissioni di conciliazione per il lavoro nelle risaie, istituite con T.U. 1 agosto 1907 n.636, e le Commissioni inter-provinciali (d.l. 19 ottobre 1923 n.2311) per la decisione delle controversie sull'equo trattamento insorgenti tra personale ed aziende esercenti pubblici servizi di trasporto in concessione.

<sup>12</sup> Convenzionalmente avvenuto il 29 ottobre 1922, all'indomani della "Marcia su Roma", sino alla sua fine avvenuta formalmente il 25 luglio 1943, giorno in cui si ebbe la riunione del Gran Consiglio del Fascismo con votazione di sfiducia contro Benito Mussolini, e successivo cambiamento del Governo Italiano.

categoria produttiva, pose il divieto dello sciopero e della serrata<sup>13</sup> ed istituì la Magistratura del lavoro. Con il patto di palazzo Vidoni del 1925, la Confederazione generale dell'industria e la Confederazione delle corporazioni fasciste si riconobbero reciprocamente come le rappresentanze esclusive dei datori di lavoro e dei lavoratori, con la conseguente abolizione delle commissioni interne di fabbrica.

Passando ad analizzare le sorti del processo del lavoro, si nota che l'articolo 13 della legge del 1926<sup>14</sup>, da un lato introdusse la Magistratura del lavoro "nelle vesti" della Corte d'Appello, dall'altro mantenne ancora in vigore i Collegi dei probiviri.

Infatti, le ipotesi di controversia verificatesi si possono distinguere in due categorie: le controversie collettive e le controversie individuali.

L'estensione del conflitto tra datori di lavoro e lavoratori, "malgrado lo spirito intenso di armonia e di collaborazione che pervas[se] l'ordinamento sindacale e corporativo"<sup>15</sup> è delimitato da controversie tra membri appartenenti ad una stessa categoria, e quelle tra membri di due categorie differenti.

---

<sup>13</sup> L'art. 18 del capo III rubricato "della serrata e dello sciopero" prevedeva: "i datori di lavoro, che senza giustificato motivo e al solo scopo di ottenere dai loro dipendenti modificazioni ai patti di lavoro vigenti, sospendono il lavoro nei loro stabilimenti, aziende od uffici, sono puniti con la multa da lire diecimila a centomila.

*Gli impiegati ed operai, che in numero di tre o più, previo concerto, abbandonano il lavoro, o lo prestano in modo da turbare la continuità o la regolarità, per ottenere diversi patti di lavoro dai loro principali, sono puniti con la multa da lire cento a mille. al procedimento si applicano le norme degli articoli 298 e seguenti del codice di procedura penale.*

*Quando gli autori dei reati preveduti nei precedenti comma siano più, i capi, promotori ed organizzatori sono puniti con la detenzione non inferiore ad un anno, né superiore a due, oltre la multa nei medesimi comma stabilita".*

<sup>14</sup> L'art. 13 legge 563/1926: "Tutte le controversie relative alla disciplina dei rapporti collettivi del lavoro, che concernono, sia l'applicazione dei contratti collettivi o di altre norme esistenti, sia la richiesta di nuove condizioni di lavoro, sono di competenza delle corti di appello funzionanti come magistrature del lavoro. Prima della decisione è obbligatorio il tentativo di conciliazione da parte del Presidente della corte. Le controversie, di cui alle precedenti disposizioni, si possono compromettere in arbitri, a norma degli articoli 8 e seguenti del codice di procedura civile. Nulla è innovato circa la competenza dei collegi dei probiviri e delle commissioni arbitrali provinciali per l'impiego privato, ai sensi rispettivamente della legge 15 giugno 1893, n. 295 e del regio decreto-legge 2 dicembre 1923, n. 2686. L'appello contro le decisioni di tali collegi e commissioni e di altri organi giurisdizionali in materia di contratti individuali di lavoro, in quanto siano appellabili secondo le leggi vigenti, è devoluto alla corte di appello funzionante come magistratura del lavoro".

<sup>15</sup> L. BARASSI, *Diritto corporativo e diritto del lavoro*, 1939, Milano, 285.

Nella prima ipotesi, a seguito di una violazione di un dovere di solidarietà professionale, la controversia poteva essere collettiva o individuale, come nel caso di un datore di lavoro che abbia fatto lavorare un dipendente a condizioni più onerose di quelle stabilite in un contratto collettivo.

Nella seconda ipotesi – controversia tra membri di due categorie differenti – nasceva una controversia collettiva che aveva ad oggetto la tutela di un interesse professionale collettivo.

Questa è l'ipotesi in cui la controversia si verificava tra una o più aziende contro un gruppo più o meno grande di lavoratori accomunati da un interesse collettivo – appunto definito interesse professionale collettivo.

La dottrina corporativa, nel tracciare una definizione di interessi collettivi, escludeva che all'interno di quest'ultima potessero rientrare sia interessi riguardanti associazioni sindacali riconosciute – definiti interessi intersindacali - sia conflitti tra individui. In questa sede, gli *interessi collettivi* coincidevano con gli *interessi di categoria*.

Le controversie collettive potevano essere giuridiche, se vertevano sull'interpretazione di contratti collettivi o norme corporative oppure economiche, se riguardavano un mancato accordo per la stipulazione di un contratto di lavoro o più in generale la richiesta di nuove condizioni di lavoro.

Tuttavia, un conflitto nato per invocare una nuova disciplina del rapporto di lavoro non si sarebbe potuto risolvere di fronte alla Magistratura del lavoro<sup>16</sup>, ma sarebbero dovuti intervenire propri organismi corporativi.

Illustrate le controversie che potevano sorgere all'interno dell'ordinamento corporativo, si ricorda che la Corte d'Appello era competente per le controversie collettive, mentre il collegio dei probiviri per le controversie individuali, con la specificità che per le impugnazioni

---

<sup>16</sup> Vedi nota 14

delle decisioni del collegio era competente la Corte d'Appello in funzione della Magistratura del lavoro.

A tutela della specialità della controversia, risultante dalla natura dei diritti sui quali si controverteva, la corte era composta da tre magistrati e due cittadini esperti in materia di produzione e lavoro.

L'ultimo comma dell'articolo 16 della legge del 1926 rimandava ad un regolamento per individuare delle disposizioni "*speciali per il procedimento di cognizione e di esecuzione, anche in deroga alle norme ordinarie del codice di procedura civile*". Quest'ultimo fu emanato con il Regio Decreto 1° luglio 1926, n.1130, recante "*Norme per l'attuazione della legge 3 aprile 1926 n. 563 sulla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro*".

Suddetta fonte normativa ha disciplinato sia le associazioni sindacali<sup>17</sup>, sia l'efficacia del contratto collettivo, sia norme prettamente processuali.

Considerando quest'ultimo aspetto, si nota, ancora una volta, come i tratti caratterizzanti l'attuale rito del lavoro nascono ben prima della riforma del 1973.

---

<sup>17</sup> A solo titolo esemplificativo si riportano alcune disposizioni volte a stigmatizzare la compressione della libertà sindacale:

Articolo 1: "*possono appartenere alle associazioni sindacali i cittadini italiani di ambo i sessi, maggiori di 18 anni, che siano di buona condotta morale e politica, dal punto di vista nazionale, e che posseggano gli altri requisiti richiesti dalla legge e dagli statuti delle associazioni. Possono far parte delle associazioni sindacali anche le società commerciali legalmente costituite e le altre persone giuridiche di nazionalità italiana, i cui dirigenti ed amministratori siano di buona condotta morale e politica dal punto di vista nazionale*".

Articolo 13: "*il riconoscimento di qualsiasi associazione sindacale deve essere negato non solo quando manchino le condizioni prescritte dalla legge, ma anche quando il riconoscimento sia, per ragioni di indole politica, economica o sociale, non opportuno. Il riconoscimento può anche essere subordinato a determinate modificazioni da introdurre nello statuto.*"

Articolo 29: "*il prefetto, quando si tratta di associazioni che operano nell'ambito della provincia, e il ministro, quando si tratta di associazioni che operano in due o più provincie, possono richiedere documenti e notizie e ordinarie ispezioni ed indagini sull'andamento delle associazioni. Il ministro per le corporazioni può, in qualunque tempo, su denuncia o d'ufficio, annullare le deliberazioni degli organi delle associazioni sindacali legalmente riconosciute, quando siano contrarie alle leggi, ai regolamenti, agli statuti e alle finalità essenziali degli enti*".

Infatti, il regolamento prevedeva la proposizione della domanda tramite ricorso, la disciplina della prima udienza regolata sul modello dagli attuali artt. 180 e 183 c.p.c.; per quanto riguarda i poteri istruttori del giudice, al collegio fu riconosciuto il potere di ammettere prove d'ufficio, con il solo limite della ritenuta necessità delle stesse.

Più nel dettaglio si legge all'articolo 68 che *“l'azione per le controversie relative ai rapporti collettivi del lavoro è esercitata dalle associazioni legalmente riconosciute di primo grado e di grado superiore. Quando l'interesse pubblico lo esiga, l'azione può anche essere esercitata dal pubblico ministero. In tal caso, l'associazione sindacale interessata può intervenire nel giudizio. L'associazione sindacale di grado superiore interessata può intervenire nel giudizio intentato dall'associazione di grado inferiore o contro quest'ultima, e viceversa”*.

Ancora attuale, era la disciplina della prima udienza fissata all'articolo 79 del citato regolamento: *“nel giorno fissato per l'udienza le parti compariscono avanti il presidente, con l'intervento del pubblico ministero. Ivi la parte convenuta deve anzitutto:*

*a) dichiarare se aderisce alla domanda attrice, o se ne chiede la relazione;*

*b) proporre le questioni intorno alla competenza del magistrato alla legittimazione della parte attrice, alla procedibilità dell'azione e ogni altra questione pregiudiziale.*

*A sua volta la parte attrice deve:*

*a) dichiarare se insiste nella sua domanda o se vi si rinuncia;*

*b) proporre le questioni intorno alla legittimazione della parte convenuta e ogni altra questione pregiudiziale.*

*L'interveniente o gli intervenienti, se vi sono, dichiarano se insistono nella domanda presentata e propongono le questioni indicate alla lettera b) dei precedenti commi. Se le questioni indicate nella lettera b) non sono proposte nella prima udienza, la parte decade dal diritto di proporle in*

*seguito, quando non si tratti di questioni che il giudice possa sollevare d'ufficio.”*

Dalla lettura della disposizione normativa si nota che gli articoli 180 e 183 dell'attuale codice di procedura civile, emanati circa 60 anni dopo, non si discostano di molto dalla disciplina un tempo prevista.

Durante il regime, altri provvedimenti normativi hanno coinvolto il mondo del diritto del lavoro.

La Carta del Lavoro<sup>18</sup>, redatta da Carlo Costamagna riveduta e corretta da Alfredo Rocco, fu approvata dal Gran consiglio del fascismo il 21 aprile 1927. Sebbene non avesse valore di legge o di decreto e non essendo allora il Gran consiglio organo di Stato ma di partito, la Carta del Lavoro fu pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 100 del 30 aprile 1927.

La “V” dichiarazione affermava che *“la Magistratura del lavoro è l'organo con cui lo Stato interviene a regolare le controversie del lavoro, sia che vertano sulla osservanza dei patti e delle altre norme esistenti, sia che vertano sulla determinazione di nuove condizioni di lavoro”*, mentre la “X” dichiarazione affermava che *“nelle controversie collettive di lavoro l'azione giudiziaria non può essere intentata se l'organo corporativo non ha prima esperito il tentativo di conciliazione. Nelle controversie individuali concernenti l'interpretazione e l'applicazione dei contratti collettivi di lavoro, le associazioni professionali hanno facoltà di interporre i loro uffici per la conciliazione. La competenza per tali controversie è devoluta alla magistratura ordinaria, con l'aggiunta di assessori designati dalle associazioni professionali interessate”*.

---

<sup>18</sup> *“Nessun documento ufficiale ha mai affermato così chiaramente questa natura etica dello Stato in generale ed in specie rispetto all'attività economica, come la Carta del Lavoro nelle sue premesse fondamentali e in tutto lo spirito che la governa. La Nazione è una unità morale, politica ed economica” [...]. Noi crediamo di poter liberamente commentare aggiungendo: Unità politica ed economica, in quanto unità morale” (...). Così si integra e si illumina il concetto dello Stato...; così pure si integra e si illumina la figura del cittadino... che non è più una entità statica e uniforme..., ma agisce e nel lavoro trova la sua concreta funzione e il suo posto nella vita, l'uomo è cittadino: al cospetto di quello stesso valore morale in cui consiste la sua unità” G. GENTILE, in Educazione Fascista, in Riv. Giur., 1927-1933.*

Con queste dichiarazioni, con una finalità deflattiva del contenzioso nelle controversie collettive, il legislatore pose l'obbligo di svolgere un tentativo di conciliazione di fronte ad un organo corporativo, prima di adire il giudice. Ugualmente per le controversie individuali di lavoro, riguardanti l'interpretazione e l'applicazione dei contratti collettivi il legislatore, stabilì che per agevolare la conciliazione, potevano intervenire le associazioni sindacali.

Infine, l'ultimo periodo della "X" dichiarazione stabilì che le controversie individuali e collettive erano devolute alla magistratura ordinaria con l'aggiunta di persone esperte sulla materia del lavoro.

Volgeva al tramonto l'esperienza probivirale e delle giurisdizioni speciali in materia di lavoro, le quali videro decretata la fine con il Regio Decreto 26 febbraio 1928, n. 471. L'articolo 1 abolì i collegi dei probiviri devolvendo al pretore ed al tribunale, nei limiti della loro competenza per valore, la giurisdizione per controversie individuali di lavoro.

Tutte le caratteristiche del processo del lavoro sino a quel momento raggiunte furono mantenute e confermate nel successivo Regio Decreto 21 maggio 1934, n. 1073. In sintesi, l'atto introduttivo del processo era il ricorso; era stabilita l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione; alcune attività ed eccezioni dovevano essere proposte a pena di decadenza alla prima udienza; il giudice poteva ammettere d'ufficio i mezzi di prova che fossero ritenuti necessari; era posto il divieto di udienze di mero rinvio; le parti erano obbligate a comparire personalmente, con la conseguenza che il procedimento era disciplinato in modo da potersi svolgere in tempi rapidi.

È ragionevole quindi concludere che durante il periodo corporativo il rito del lavoro si differenziava in maniera netta dal rito ordinario civile, che si svolgeva senza preclusioni in forma scritta e farraginoso. Può quindi parlarsi di "*distanza massima storica*" tra i due processi<sup>19</sup>, poiché mentre il

---

<sup>19</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 12; G. FABBRINI, *A proposito di un progetto di riforma del processo individuale del lavoro*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1971, 370.

sistema probivirale e quello delle leggi del 1928 e del 1934 avevano delineato un tipo di processo diverso da quello ordinario e decisamente più rapido, l'emanazione del codice di procedura civile del 1942 ha legato le sorti del processo del lavoro a quelle del processo ordinario di cognizione; almeno fino al 1973.

### **3. Dall'emanazione del codice di procedura civile del 1940 alla Costituzione del 1948**

Il Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 ha approvato l'attuale codice di procedura civile<sup>20</sup>, nel cui interno il legislatore ha inserito la disciplina del rito del lavoro.

Nel corso degli anni, il codice ha subito diverse modifiche, di seguito riportate, che hanno inciso sulle norme del processo del lavoro.

Il citato decreto ha abolito la figura degli esperti che affiancavano i giudici per la risoluzione delle controversie di lavoro<sup>21</sup>, ha recepito le regole processuali del lavoro del r.d. n. 1130/1926, r.d. n. 471/1928 e r.d. n. 1073/1934, con la conseguenza che il "nuovo" codice di procedura civile ha un ruolo centrale per l'individuazione della disciplina processuale applicabile alle controversie di lavoro. In altri termini, il punto saliente del "nuovo" codice di procedura civile è individuare la disciplina del processo del lavoro all'interno del codice stesso e non più, come in passato, in leggi

---

<sup>20</sup> Particolari sono le vicende legate alla sua entrata in vigore. Infatti, il codice di procedura civile chiamato codice Grandi o codice Grandi-Calamandrei dai nomi dell'allora guardasigilli Dino Grandi e del giurista Piero Calamandrei, fu approvato con il Regio decreto 28 ottobre 1940, n. 1443, e successivamente pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia n. 253 del 28-10-1940. Tuttavia, la "*vacatio legis*" fu prolungata: il testo entrò ufficialmente in vigore il 21 aprile 1942.

<sup>21</sup> Vedi paragrafi 2 e 3 di questo capitolo.

speciali; con la conseguenza che, “da questo momento in poi, il processo del lavoro partecipa a tutte le vicende modificative del codice<sup>22</sup>”.

Con l’emanazione di tale codice, il rito del lavoro e il rito civile ridussero le loro differenze, tuttavia alcune caratteristiche tipiche del primo rito rimasero in vita<sup>23</sup>.

La più importante delle differenze tra i due riti, anche ai fini di questa trattazione, era nell’artico 439 c.p.c. in cui continuavano ad essere riconosciuti ampi poteri istruttori al giudice, come risultava e ancora risulta dalla lettura delle disposizioni seguenti: *“il giudice può disporre d’ufficio tutti i mezzi di prova che ritiene opportuni. Può disporre la prova testimoniale anche fuori dai limiti [2721, 2722 c.] stabiliti dal codice civile. Si applica anche davanti al tribunale la disposizione dell’articolo 316”*<sup>24</sup>.

A sua volta l’articolo 316 c.p.c. rubricato *“Rettificazione o integrazione di atti”* prevedeva che: *“il pretore o conciliatore può indicare alle parti in ogni momento le lacune che ravvisa nell’istruzione e le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere riparate, assegnando un termine per provvedervi, salvi a ciascuna parte gli eventuali diritti quesiti”*.

I poteri istruttori ufficiosi del giudice sono stati, e tuttora sono, un aspetto tipico del rito *de quo*, che lo distinguono dal rito ordinario di cognizione.

In particolare, la disciplina delle controversie di lavoro, che originariamente era rubricata con l’espressione: *“norme per le controversie in materia corporativa”*, trovava dimora nel Titolo IV del Libro II del Codice di Procedura Civile. Il Titolo IV era a sua volta suddiviso in quattro Capi: il primo dedicato alle controversie collettive; il secondo alle

---

<sup>22</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e Processo del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2014, 2819, a cura di P. Sandulli

<sup>23</sup> Oltre all’art. 439 c.p.c., si ricorda l’art. 443 c.p.c.: la possibilità d’intervento delle associazioni sindacali, il tentativo obbligatorio di conciliazione e la competenza della Corte d’appello per il secondo grado, con l’intervento obbligatorio del P.M. in appello (artt. 72 e 450).

<sup>24</sup> Versione così modificata dalla legge 14 luglio 1950, n. 581.

controversie individuali di lavoro; il terzo a quelle in materia di previdenza e assistenza obbligatoria; ed infine, il quarto dedicato alle controversie regolate da norme corporative.

Con la soppressione dell'ordinamento corporativo<sup>25</sup>, il Capo I è stato implicitamente abrogato, il campo d'applicazione del Capo IV si è notevolmente ridotto, delimitato dalle sole disposizioni corporative già entrate in vigore e comunque destinato ad esaurirsi.

Diversamente, il Capo II e il Capo III sono stati organicamente modificati con la legge n. 533/1973, che ha sostituito l'intero Titolo IV del Libro II del codice di rito.

L'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica ha radicalmente mutato il quadro del processo del lavoro, ponendosi in rottura con il passato nel non riconoscere, e addirittura vietare l'istituzione di giudici speciali. Specialità, che in senso lato, ha fino a quel momento caratterizzato il rito del lavoro del collegio dei probiviri e della magistratura del lavoro del periodo corporativo.

Infatti, l'articolo 102 della Costituzione<sup>26</sup> vieta l'istituzione di giudici speciali e, pertanto, la specialità del rito del lavoro non poté trovare riconoscimento nella creazione di un giudice speciale; non fu seguita nemmeno l'altra strada praticabile, prevista dal comma 2 dell'art. 102, attraverso la previsione di sezioni specializzate con la partecipazione di cittadini esperti.<sup>27</sup>

Il codice di rito vigente, nonostante sia il frutto tardivo di un regime autoritario ormai agonizzante, non risente in modo rilevante dell'ideologia del periodo corporativo. Il codice risulta essere il prodotto degli studiosi più

---

<sup>25</sup> R.D.L. 3 agosto 1943, n.721

<sup>26</sup> Art. 102 Cost.: *“La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia”*.

<sup>27</sup> Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 2819.

qualificati e delle personalità più incisive della scuola processual-civilistica italiana che, allora, viveva il suo momento più felice, impegnata in una feconda ed originale rielaborazione dei risultati acquisiti dai maestri germanici di alcuni decenni prima<sup>28</sup>.

Nonostante il codice rappresentasse il prodotto delle idee di G. Chiovenda, maggior processualista italiano, e di altri quali F. Carnelutti, P. Calamandrei, E. Redenti, - per citarne alcuni - ebbe la sfortuna di entrare in vigore nel momento meno propizio, nel mezzo delle tragiche vicende del conflitto mondiale. Infatti, “un codice molto esigente sul piano dell’impegno dei magistrati e degli avvocati, e che perciò richiedeva adesione convinta e disponibilità di mezzi, ebbe la sua prima applicazione in un’atmosfera di sfiducia e rassegnazione e in estrema carenza di mezzi”<sup>29</sup>.

Di conseguenza all’indomani dell’entrata in vigore del codice, le disfunzioni, le carenze presto registrate, sono state ad esso imputate e, come spesso accade in un Paese quale il nostro, è stato più facile modificare la legge, che avere la consapevolezza che gli esiti non sperati fossero il risultato di un insufficiente impegno degli uomini e dei loro mezzi.

Nacque così la riforma del 14 luglio 1950, n. 581 che ha modificato alcune delle norme chiave del codice e ne ha snaturato i caratteri più salienti<sup>30</sup>.

La “*controriforma* ‘50”, come venne da alcuni definita, ha determinato un ulteriore avvicinamento tra il rito ordinario di cognizione e il rito del lavoro, in quanto incidendo sul codice di procedura, di conseguenza incise sul rito del lavoro, in ragione della collocazione di quest’ultimo all’interno del codice stesso.

Nella redazione del codice *de quo*, il legislatore si era infatti ispirato ai principi del lavoro citati *supra* (concentrazione, oralità, immediatezza),

---

<sup>28</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. I, 2009, 523.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 2819.

ma con la riforma degli anni '50, il processo tornò ad essere scritto e privo di decadenze.

La conseguenza di questa riforma legislativa determinò la quasi totale uniformità del rito del lavoro a quello civile.

#### **4. Le riforme della seconda metà del '900**

All'indomani del varo della Carta Costituzionale, nei primi decenni della Prima Repubblica, l'Italia ha vissuto una forte crescita economica e di sviluppo tecnologico, periodo passato alla storia come il miracolo economico italiano. L'eccezionale sviluppo industriale tra il '59 ed il '63 aveva determinato una forte crescita di produttività dell'industria manifatturiera con un incremento dei consumi ed una crescita dei salari. Il clima sociale ha favorito l'emanazione di importanti leggi a tutela dei lavoratori<sup>31</sup>. A seguito della grave crisi congiunturale che ha investito l'economia italiana determinando, negli anni seguenti, un calo dell'occupazione<sup>32</sup>, si è posto al centro del dibattito socio-politico il tema dei licenziamenti.

L'emanazione della legge n. 604/1966 sui licenziamenti individuali, con i successi delle confederazioni generali dei lavoratori registrati durante l'autunno caldo tra il '68 e il '69, culminando con l'emanazione dello Statuto dei Lavoratori, rappresentano un notevole progresso del diritto sostanziale del lavoro. L'espansione di una legislazione protettiva del lavoro non era stata accompagnata da uno sviluppo del diritto del lavoro processuale. Pertanto, si registrava una discrasia tra le tutele raggiunte

---

<sup>31</sup> Nei primi anni '60 con la legge n. 230/1962 viene emanata una disciplina fortemente limitativa del contratto a termine; con la legge n. 7/1963 viene rafforzata la disciplina di tutela del lavoro femminile con il divieto delle clausole di nubilito e di licenziamento per causa di matrimonio.

<sup>32</sup> La recessione dell'industria ha determinato un sensibile calo dell'occupazione che sarebbe ritornato solo nel '69 ai livelli del '63 in R. PESSI, *op. cit.*, VII ed., 2016, 41.

nell'ambito sostanziale del lavoro con la persistenza di un rito del lavoro non adatto ad assicurare la dovuta tutela richiesta da colui che ricorre in giudizio.

Nacque così nel 1973 la riforma organica del rito del lavoro volto a mantenere il passo sia con l'evoluzione normativa sostanziale della materia del lavoro, che con i cambiamenti socio-economici che il nostro Paese stava attraversando.

#### **4.1. La legge sui licenziamenti individuali e lo Statuto dei lavoratori**

Nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, le riforme degli anni '60 e '70 hanno segnato una nuova fase del diritto del lavoro, sia dal lato sostanziale che procedurale.

La legge 15 luglio 1966, n. 604 sui licenziamenti individuali, ha interessato anche il processo del lavoro, in quanto l'art. 6 ha individuato la competenza del pretore, oggi giudice monocratico, per le controversie derivanti dall'applicazione della presente legge.

Lo Statuto dei lavoratori, legge 20 maggio 1970, n. 300 rappresenta una delle leggi più importanti nel diritto del lavoro, in quanto è un insieme di *“norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento”*, che oltre ad incidere sul diritto del lavoro sostanziale, ha inciso anche sull'aspetto procedurale, in quanto detta legge conferma la figura del giudice unico, l'allora pretore, per le controversie di lavoro. Si pensi inoltre che l'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori individua lo strumento per la repressione della condotta antisindacale, nonché

l'applicazione del rito del lavoro in caso di opposizione al decreto di inibizione della condotta antisindacale<sup>33</sup>.

La conferma dell'impatto che tali riforme hanno avuto nell'intero mondo del diritto del lavoro si coglie se si pensa ai c.d. "pretori d'assalto".

Quest'ultima espressione, coniata dalla stampa, è volta a stigmatizzare i numerosi interventi della giurisprudenza pretorile, che hanno rivoluzionato l'emisfero della giustizia giuslavoristica, talvolta superando anche i limiti intrinseci della figura del giudice terzo ed imparziale.

Si potrebbe sostenere che una delle cause che ha contribuito alle decisioni dei "pretori d'assalto" sia il riconoscimento nel codice di rito di ampi poteri istruttori ufficiosi.

#### **4.2. Dalla legge n. 533/1973 alle riforme degli anni 2000**

La legge 11 agosto 1973, n. 533 incidendo sul codice di procedura civile, ha riformato in modo organico la disciplina del rito del lavoro, che viene racchiusa nel Titolo IV del Libro II del codice di rito, negli articoli dal 409 al 447 *bis*.

---

<sup>33</sup> Art. 28 "Repressione della condotta antisindacale": "Qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore in funzione di giudice del lavoro definisce il giudizio instaurato a norma del comma successivo. Contro il decreto che decide sul ricorso è ammessa, entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto alle parti, opposizione davanti al pretore in funzione di giudice del lavoro che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile. Il datore di lavoro che non ottempera al decreto, di cui al primo comma, o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale. L'autorità giudiziaria ordina la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'articolo 36 del codice penale".

La riforma ha ripreso gli elementi che, come spiegato nei paragrafi precedenti, storicamente hanno caratterizzato “la giustizia del lavoro”. La dottrina<sup>34</sup> ha quindi parlato di “nuovo” rito del lavoro, che si pone come processo a cognizione piena accanto al processo ordinario disciplinato dagli artt. 163 ss. del codice.

La riforma, ispirandosi ai principi di oralità, concentrazione ed immediatezza, come già sperimentati in passato, ed incidendo su determinati aspetti processuali, ha messo in luce un “nuovo” rito le cui peculiarità sono: la competenza<sup>35</sup>; l’atto introduttivo del giudizio<sup>36</sup>; il tentativo obbligatorio di conciliazione; il sistema di preclusioni<sup>37</sup>; i poteri istruttori del giudice<sup>38</sup>; la lettura del dispositivo in udienza o pronuncia immediata della decisione; l’esecutorietà della sentenza di primo grado, che pronuncia condanna al pagamento di una somma di denaro in favore del lavoratore.

Il risultato è stato che il rito *de quo*, in ragione delle sue peculiarità, si distingueva nettamente dal rito ordinario civile. Nel corso degli anni ‘70 e ‘80 il rito del lavoro ha esteso il suo campo d’applicazione portando al suo interno con legge n. 392/1978 alcune controversie sull’equo canone; con legge n. 689/1981 le controversie risultanti dall’opposizione alle ordinanze di ingiunzione e con legge n. 203/1982 le controversie agrarie.

Con la legge n. 353/1990 l’ambito di applicazione del rito del lavoro viene ulteriormente esteso alle controversie in materia di locazione come si ricava dall’articolo 447-*bis* c.p.c., con la conseguenza che la distanza tra i due riti si è ridotta.

---

<sup>34</sup> E. VULLO, *Il nuovo processo del lavoro*, Torino, 2015, 2; R. TISCINI, *Il processo del lavoro quarant’anni dopo. Bilanci e Prospettive*, Napoli, 2015, 1.

<sup>35</sup> In origine la legge del 1973 aveva riconosciuto la competenza di conoscere delle controversie di lavoro al pretore. Il d.lgs. n. 51/1998 ha soppresso l’ufficio del pretore, con la conseguenza che, oggi, il tribunale in composizione monocratica è sempre competente per materia per le controversie di lavoro. Ai fini di un maggior approfondimento si rinvia al Cap. II, par. 1.1.

<sup>36</sup> La domanda si propone con ricorso ex art. 414 c.p.c.. Ai fini di un maggior approfondimento si rinvia al Cap. II, par. 1.2.

<sup>37</sup> Vedi Cap. II, par. 2.

<sup>38</sup> Vedi Cap. III.

Tale *vis expansiva* del processo del lavoro tocca anche alcune categorie di lavoratori del pubblico impiego.

Infatti, a seguito della contrattualizzazione del pubblico impiego, che si compone di quattro “turnate” di riforme<sup>39</sup>, l’articolo 63 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001 prevede che *“sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4,[...]”*.

Ciò ha determinato l’assoggettamento al giudice del lavoro delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con la peculiarità che non tutto il “mondo del lavoro pubblico” è stato rivoluzionato dalla “contrattualizzazione del pubblico impiego”. Infatti, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti, con la conseguenza che la giurisdizione è riconosciuta al giudice amministrativo, i magistrati ordinari amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le Forze di Polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall’articolo 1 del d.lgs. n. 691/1947, e dalle leggi n. 281/1985 e n. 287/1990.

Con l’avvento del nuovo millennio, una delle più importanti modifiche al codice di procedure civile si è avuta con l’introduzione del procedimento sommario di cognizione.

---

<sup>39</sup> Il processo riformatore si avvia con la prima legge delega (art.2, l. 23.10.1992, n.421/1992), attuata con il d.lgs. n.29/1993, seguita da una seconda legge delega (l.15.3.1997, n.59) e tre decreti legislativi di attuazione, che poi ha trovato un organico punto di riferimento nel d.lgs. 30.3.2001, n.165. Nel 2009 è stata emanata una terza legge delega (l. 4.3.2009, n. 15) cui ha fatto seguito il d.lgs. 27.10.2009, n.150 di attuazione. Nel 2015, infine è stata promulgata una quarta legge delega (l. 7.8.2015, n. 124) il cui contenuto è stato parzialmente realizzato con una serie di decreti legislativi due dei quali (d.lgs. n. 74 e 75/2017) investono direttamente sia il d.lgs. n. 165/2001 che il d.lgs. n. 150/2009. Cfr. L. FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, 2017.

Il Capo III *bis*, comprendente gli articoli da 702 *bis* a 702 *quater*, è stato inserito nel Libro IV del codice – dedicato ai procedimenti speciali – dall’articolo 51 comma 1 della legge 18 giugno 2009, n. 69. L’ideale del legislatore è stato quello di introdurre un altro rito di cognizione piena accanto al rito ordinario di cognizione e il rito del lavoro, fornendo la possibilità all’attore, per le cause meno complesse, di adire il giudice con un procedimento più snello e semplificato rispetto a quello ordinario, ma al tempo stesso pienamente idoneo a far acquisire al provvedimento che conclude il procedimento l’autorità di cosa giudicata.

Premesso che l’ambito di applicazione del rito sommario di cognizione non è delimitato in ragione di una specifica materia, si pone l’interrogativo di delimitarne i confini ed analizzare il rapporto tra il rito sommario di cognizione, da un lato, e il rito del lavoro e quello ordinario, dall’altro.

L’art. 702 *bis* c.p.c. non identifica un elenco di materie per le quali l’attore può proporre ricorso ma stabilisce che, nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, la domanda può essere proposta al tribunale competente. Da ciò si deduce che tale rito può essere liberamente scelto dall’attore, salvo il successivo controllo del giudice, che potrebbe decidere di far proseguire il giudizio con il rito ordinario. Non può essere condivisa l’opinione che la libertà del ricorrente nella scelta del rito sia senza limiti. Infatti, la possibilità di intraprendere tale procedimento per cause che siano assoggettate ad un rito a cognizione piena che sia diverso da quello ordinario, quali ad esempio cause di lavoro o previdenziali, sembra essere esclusa.<sup>40</sup> Non mancano tuttavia orientamenti giurisprudenziali che hanno affermato il contrario.<sup>41</sup>

Più in generale la legge n. 69/2009 e l’antecedente legge n. 353/1990 hanno modificato il processo civile e conseguentemente hanno riguardato il

---

<sup>40</sup> G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. III, Bari, 2016, 16 ss.

<sup>41</sup> Corte d’App. Lecce 16 marzo 2011; Trib. Latina 3 marzo 2011; Trib. Napoli 25 maggio 2010.

processo del lavoro. Dapprima la legge n. 353/1990 recante “*provvedimenti urgenti per il processo civile*” si è ispirata al processo del lavoro come modello per modificare i tratti fondamentali del nuovo processo civile ordinario. Tuttavia, la novella del 1990 ha colto soltanto alcune delle linee fondamentali del rito del lavoro, discostandosi in altri punti e provvedendo a ridisciplinare numerosi istituti delle disposizioni generali e del processo di cognizione.

In merito, si deve ricordare che nel momento in cui si incide sul processo civile ordinario, come è accaduto con la legge del 1990, gli effetti si riverberano anche sul processo del lavoro, poiché quest’ultimo non ha una regolamentazione autonoma.

Si applicano le norme del Libro I del codice di procedura civile, relativo alle Disposizioni generali, nonché quelle del procedimento dinnanzi al tribunale, quando manca una disciplina precisa del rito del lavoro e sussiste compatibilità tra quest’ultimo e le norme del processo civile.

Pertanto alla luce delle due riforme adesso citate, la distanza tra il rito civile e il rito del lavoro si è ulteriormente ridotta. Al riguardo occorre passare in rassegna le analogie e differenze tra i due processi.

Il processo ordinario di cognizione, a seguito delle riforme, ha recepito dal rito del lavoro le seguenti caratteristiche:

1. il principio delle preclusioni, anche se attenuato e differito ad una fase successiva rispetto agli atti introduttivi (art. 183 c.p.c.);
2. la monocraticità del giudice di primo grado;
3. la provvisoria esecutività della sentenza di primo grado;
4. l’anticipazione della decisione con provvedimenti anticipatori di condanna (artt. 186 *bis*, 186 *ter* e 186 *quater*);

5. appello a trattazione e decisione collegiale con divieto seppur limitato di nuove prove ed eccezioni.

Tuttavia, permangono delle differenze quali:

a. al giudice civile non sono riconosciuti gli ampi poteri istruttori riconosciuti ai sensi dell'art. 421 c.p.c. al giudice del lavoro;

b. il regime delle preclusioni nel rito del lavoro è legato alla fase degli atti introduttivi del processo, diversamente nel rito ordinario;

c. l'atto introduttivo è l'atto di citazione e non il ricorso come nel rito del lavoro;

d. per il lavoratore è possibile iniziare l'esecuzione solo con il dispositivo della sentenza;

e. in caso di appello l'inibitoria dell'esecuzione è consentita per gravi motivi nel rito civile, per gravissimo danno nel rito del lavoro; quindi, in caso di sentenza favorevole al lavoratore, la forza esecutiva è maggiore rispetto ad una sentenza pronunciata con il rito ordinario di cognizione.

La differenza tra i due processi permane seppur in maniera ridotta rispetto al passato, differenza dovuta dalla specialità della materia del lavoro, che in ragione dell'importante ruolo che la ricostruzione dei fatti assume per il giudizio e strettamente collegati alle questioni di diritto, rende unica la materia del lavoro. Si pensi infine che, sebbene la materia del lavoro sia disciplinata da molte leggi speciali e contratti collettivi, il ruolo della giurisprudenza rimane centrale e necessario per la valutazione ed analisi degli aspetti del rapporto di lavoro.

## **5. Le modifiche processuali dovute al c.d. “Collegato Lavoro”**

Merita di essere citata la legge 4 novembre 2010, n. 183 c.d. “Collegato Lavoro” contenente le *“deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro”*, che ha inciso sul diritto del lavoro sostanziale e in parte anche sul lato processuale.

L'art. 31 di detta legge ridisegna la Sezione I in materia di *“Disposizioni Generali”* di conciliazione e arbitrato nelle controversie individuali di lavoro.

Più analiticamente, l'art. 31 ha sostituito integralmente l'art. 410 c.p.c. reintroducendo il carattere facoltativo del tentativo stragiudiziale di conciliazione, rimasto obbligatorio per i soli rapporti certificati ai sensi del d.lgs. n. 276/2003.

L'articolo in esame ha inciso anche sull'art. 420 c.p.c. e, riformulando parte dell'articolo, ha previsto che il giudice nell'udienza di discussione deve obbligatoriamente tentare la conciliazione tra le parti con una proposta transattiva. Il mancato accoglimento della proposta senza giustificato motivo potrà essere tenuto in considerazione dal giudice ai fini della condanna alle spese di lite.

Il legislatore ha inciso anche su una materia che si pone a metà strada tra il diritto processuale e quello sostanziale, in particolare sull'istituto della decadenza.

Infatti, l'art. 32 ha modificato il secondo comma dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, sostituendo i termini previsti a pena di decadenza per impugnare un licenziamento. Una volta che il datore di lavoro abbia intimato il licenziamento, questo deve essere impugnato a pena

di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione in forma scritta, o dalla comunicazione dei motivi ove non contestuali. L'impugnazione deve avvenire con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore che rivendica l'invalidità del licenziamento. L'impugnazione del licenziamento può avvenire anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale a cui il lavoratore ha conferito mandato.

Inoltre, l'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di duecentosettanta giorni dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato.

Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

Per cogliere la portata della modifica avvenuta con il Collegato Lavoro, da un lato si pensi che la disciplina previgente in materia di impugnazione del licenziamento prevedeva che entro sessanta giorni dalla data di comunicazione scritta del licenziamento, il lavoratore doveva impugnare il licenziamento – tuttavia questo primo termine è rimasto invariato – poi, una volta impugnato legittimamente il licenziamento, il lavoratore aveva cinque anni di tempo per proporre ricorso al giudice contro il licenziamento.

Dall'altro lato, prima della riforma del 2010, sussistendo un generale obbligo di conciliazione stragiudiziale, il ricorso al giudice doveva obbligatoriamente essere preceduto dal tentativo di conciliazione, la cui obbligatorietà è venuta meno per la maggior parte dei rapporti di lavoro<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Si ricorda che nella disciplina precedente in assenza di tale tentativo, o nel caso in cui il ricorso fosse stato presentato al giudice prima di sessanta giorni dalla richiesta del tentativo stesso, il

In sintesi, l'attuale disciplina prevede un *iter* procedurale per l'impugnazione del licenziamento, che consta di:

- un termine di sessanta giorni dalla data della comunicazione scritta del licenziamento per impugnarlo;
- un successivo termine di centottanta giorni (duecentosettanta giorni per i licenziamenti intimati prima dell'entrata in vigore della riforma del 2012) per depositare il ricorso in tribunale oppure comunicare al datore di lavoro la richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato;
- in questo secondo caso, se la richiesta di conciliazione o arbitrato viene rifiutata oppure non si raggiunge l'accordo, il lavoratore ha sessanta giorni per depositare il ricorso in tribunale.

Per completezza, si deve ricordare che i termini decadenziali così previsti sono estesi a: tutti i casi di invalidità del licenziamento; i licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto; il recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa; il trasferimento del lavoratore con decorso del termine dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento; l'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro; la cessione di contratto di lavoro nell'ambito di un trasferimento d'azienda; la somministrazione irregolare e tutti gli altri casi in cui si chiedi la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto ed infine nei contratti di lavoro a termine.

---

giudice avrebbe dovuto sospendere il giudizio e assegnare alle parti un termine di sessanta giorni per proporre il tentativo di conciliazione.

## 6. La c.d. “Riforma Fornero” e il “Jobs Act”

Il processo del lavoro ha subito un’importante modifica con la legge 28 giugno 2012, n. 92, recante “*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*”, conosciuta come Riforma Fornero, dal nome del ministro che l’ha varata.

La legge in questione ha inciso in modo determinante sull’intero “mondo del diritto del lavoro” modificandone sia aspetti sostanziali<sup>43</sup>, sia processuali, sia previdenziali. Ai fini di questa trattazione non si ritiene opportuno approfondire gli aspetti sostanziali<sup>44</sup> e previdenziali, in quanto non attinenti alla trattazione, ma senza pretese di completezza, saranno ripercorse le caratteristiche principali del Rito Fornero e la sua successiva abrogazione da parte del “Jobs Act”.

Il legislatore del 2012 ha introdotto un rito, differenziato dall’ordinario rito del lavoro *ex art. 409 c.p.c.*, per la definizione delle controversie aventi ad oggetto l’impugnazione dei licenziamenti<sup>45</sup>.

L’obiettivo proclamato dall’art.1 della legge era quello “*di realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione*”,

---

<sup>43</sup> La riforma Fornero ha inciso in modo determinante sulle conseguenze della illegittimità di un licenziamento. Infatti, per la prima volta dal varo dello Statuto dei lavoratori il legislatore ha posto come regola generale il risarcimento economico e come eccezione la reintegrazione nel luogo di lavoro, nel caso in cui il giudice abbia dichiarato illegittimo un licenziamento. Si è così determinata una inversione di ciò che in passato rappresentava la regola (la reintegrazione, c.d. tutela reale) con ciò che rappresentava l’eccezione (l’indennizzo economico, c.d. tutela obbligatoria) quando il giudice abbia dichiarato l’illegittimità del licenziamento.

<sup>44</sup> La legge n. 92/2012 ha articolato la precedente tutela prevista dall’articolo 18, legge n. 300/1970 in quattro diverse tipologie: a) reintegratoria piena conservata per i licenziamenti discriminatori o nulli; b) reintegratoria con indennità limitata a dodici mensilità; c) risarcitoria “forte” con un’indennità da un minimo di dodici mensilità ad un massimo di ventiquattro; d) risarcitoria “ridotta” con un’indennità da un minimo di sei ad un massimo di dodici mensilità in R. PESSI, *op. cit.*, VII ed., 2016, 416.

<sup>45</sup> Il comma 47 dell’art.1 della legge n. 92/2012 prevede: “Le disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l’impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall’articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro”.

nonché, con l'istituzione di un nuovo rito del lavoro per certe controversie, accelerare i tempi della "giustizia" per far fronte ad un'esigenza di ordine pubblico.

La legge n. 92/2012 all'art. 1 dal comma 47 al comma 68 ha previsto un rito speciale dei licenziamenti, che il legislatore dell'ultima riforma 2014-2015 ha progressivamente abrogato.

Alla luce delle novelle legislative, occorre preliminarmente individuare la portata applicativa *ratione temporis* del rito speciale dei licenziamenti. Al riguardo, la legge quadro 10 dicembre 2014, n. 183 c.d. "Jobs Act" ed i successivi decreti di attuazione, in particolare il d.lgs. n. 23 del 2015 ha ridefinito il campo di applicazione del rito Fornero prevedendo che: "ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge 28 giugno 2012, n. 92". Ciò determina una progressiva abrogazione del rito Fornero, che continuerà a trovare applicazione per tutte le controversie (anche instaurate dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015), aventi ad oggetto l'impugnazione del licenziamento di lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015. Il legislatore del 2015, dunque, ai fini di individuare la disciplina processuale applicabile, non ha più fatto riferimento al momento in cui il licenziamento viene intimato, ma al momento dell'instaurazione del rapporto (se anteriore o successiva al 7 marzo 2015).

Così individuato l'ambito di applicazione temporale in ragione della successione delle leggi citate che hanno inciso sul processo del lavoro, si riportano le caratteristiche e le problematiche del "nuovo rito speciale".

Il rito Fornero si articola in due fasi: una prima, necessaria, a cognizione sommaria improntata sul modello dell'art. 700 c.p.c., che si conclude con un'ordinanza idonea, se non impugnata, a passare in giudicato; l'altra eventuale, introdotta dalla parte ritenuta soccombente ad esito della prima fase, proponendo opposizione avverso la citata ordinanza, ed instaurando, con ricorso *ex art. 414 c.p.c.*, un giudizio a cognizione

piena. Entrambe le fasi si celebrano dinnanzi al Tribunale, in composizione monocratica, in funzione del giudice di lavoro.

Si precisa che, la fase di opposizione di fronte al Tribunale non può essere equiparata ad un'impugnazione, in quanto l'oggetto della seconda fase non è circoscritto alla cognizione di *errores in procedendo* o in *iudicando* eventualmente commessi dal giudice di prima fase. Infatti, il giudizio di opposizione può avere profili soggettivi ed oggettivi diversi rispetto alla cognizione sommaria, pertanto è ammissibile sia la chiamata in causa di terzi che la formulazione di nuove domande anche in via riconvenzionale, purché fondate sui medesimi fatti costitutivi. In tale giudizio possono essere effettuate attività processuali che solo alla presenza di certi requisiti possono essere svolte in un procedimento di impugnazione di fronte ai Giudici del gravame. Le parti possono introdurre circostanze di fatto, possono allegare argomenti giuridici anche differenti da quelli già adottati nella fase sommaria e, far ricorso ad ulteriori prove<sup>46</sup>.

La sentenza emessa all'esito della fase di opposizione può essere impugnata con reclamo<sup>47</sup> alla Corte d'Appello e, all'esito del giudizio di secondo grado, la parte soccombente potrà eventualmente proporre ricorso in Cassazione per i motivi di cui all'art. 360 c.p.c..

---

<sup>46</sup> “Il giudice della nomofilachia ha chiarito, infatti, che il carattere peculiare del rito impugnatorio dei licenziamenti, ridisegnato dal legislatore del 2012, sta nell'articolazione in due fasi del giudizio di primo grado. Nel contesto del quale, «Quindi, dopo una fase iniziale concentrata e deformalizzata — mirata a riconoscere, sussistendone i presupposti, al lavoratore ricorrente una tutela rapida ed immediata e ad assegnargli un vantaggio processuale [...] ove il fondamento della sua domanda risulti *prima facie* sussistere alla luce dei soli atti di istruzione indispensabili —, il procedimento si riespande, nella fase dell'opposizione, alla dimensione ordinaria della cognizione piena con accesso per le parti a tutti gli atti di istruzione ammissibili e rilevanti» (ordinanza n. 19674 del 2014, cit.). Dal che la conclusione che la fase di opposizione — non costituendo una *revisio prioris instantiae* della fase precedente ma solo «una prosecuzione del giudizio di primo grado» — non postula l'obbligo di astensione (del giudice che abbia pronunciato l'ordinanza opposta), previsto dall'art. 51, 1° comma, n. 4, c.p.c. con (tassativo) riferimento al magistrato che abbia conosciuto della controversia «in altro [e non, dunque, nel medesimo] grado del processo»”. CORTE COSTITUZIONALE N. 78/2015.

<sup>47</sup> Invero non si comprende la scelta del termine “reclamo”, giacché trattandosi di un normale atto di appello da proporsi con ricorso, tale scelta infelice rischia solo di ingenerare confusione. Così espressamente G. SANTORO PASSARELLI, *op.cit.*, cap. LXVI a cura di P. Sandulli.

Proprio in ragione delle finalità di ordine pubblico, che hanno condotto il legislatore del 2012 ad istituire il rito speciale, quest'ultimo non rientra nella disponibilità delle parti, poiché, a differenza di quanto la giurisprudenza ha sostenuto per il rito previsto dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori affermando la facoltatività dell'azione ed ammettendo il sindacato ad impugnare il comportamento antisindacale sia con l'azione *ex art. 28*, sia con azione ordinaria davanti al giudice del lavoro, la giurisprudenza ne ha sancito l'obbligatorietà e non rinunciabilità da parte del lavoratore<sup>48</sup>.

Una prima questione ermeneutica, posta dalla riforma del 2012, è legata all'individuazione dell'ambito oggettivo delle controversie devolute al "nuovo rito speciale", che, secondo il disposto del legislatore, trova applicazione per le "*controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300*".

A tal riguardo, il rito Fornero deve trovare applicazione, rispetto a tutte le controversie nelle quali si invochi la tutela dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nei limiti dunque del requisito dimensionale previsto dalla legge, cioè laddove il datore di lavoro abbia almeno quindici dipendenti nell'unità produttiva o almeno sessanta sul territorio nazionale.

Ciò posto, il predetto requisito dimensionale non risulta esaustivo al fine di circoscrivere l'ambito di applicazione del rito speciale dei licenziamenti.

Invero, laddove venga invocata la tutela dell'art. 18 comma 1 della legge n. 300/1970 e quindi venga impugnato il licenziamento in quanto

---

<sup>48</sup> "Il lavoratore licenziato non può rinunciare al procedimento specifico introdotto dall'art. 1, comma 47 e seguenti, della l. n. 92 del 2012, che ha carattere obbligatorio, non essendo prevista la specialità nel suo esclusivo interesse ma anche per finalità di carattere pubblicistico, sicché rientra nei poteri esclusivi del giudice qualificare la domanda e individuare il rito applicabile, mentre non incombe sul lavoratore, attesa la natura sommaria della prima fase, l'onere della specifica allegazione del requisito dimensionale, peraltro desumibile dal tipo di tutela richiesta salva la necessità della prova in ragione della condotta processuale dell'altra parte" CASS. N. 23073/2015.

discriminatorio e/o nullo, la relativa controversia andrà necessariamente introdotta nelle forme e nei modi di cui all'art. 1 commi 47 - 68 della legge n. 92/2012 pur in assenza dei requisiti dimensionali<sup>49</sup>.

Ancora merita approfondimento l'ulteriore ipotesi in cui il ricorrente, chiedendo la tutela di cui all'art. 18 della legge n. 300/1970, instauri la causa secondo il rito Fornero, ma all'esito del giudizio emerga l'applicabilità della sola tutela obbligatoria di cui alla legge n. 604 del 1966.

In tal caso, il giudice dovrà pronunciarsi sull'intera domanda senza che a ciò osti il tipo di tutela conseguente alla illegittimità del licenziamento. Infatti, diversamente opinando, se il giudice dovesse rigettare la domanda di reintegra nel posto di lavoro in virtù della legittimità del licenziamento, il lavoratore potrebbe nuovamente adire il giudice impugnando lo stesso recesso già giudicato fra le medesime parti come legittimo, ma chiedendo la sola tutela obbligatoria<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> In altri termini, ciò che permette di comprendere in quali casi deve essere applicato il rito Fornero non è solo e sempre il requisito dimensionale del datore di lavoro. In quanto, seppur è vero che al datore di lavoro con almeno quindici dipendenti nell'unità produttiva, o almeno sessanta sul territorio nazionale si applica l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, non è sempre vero che la tutela reale si applica solo ai datori di lavoro che hanno i citati requisiti dimensionali. Infatti, nel caso in cui un datore di lavoro con meno di quindici dipendenti abbia irrogato un licenziamento ritenuto dal lavoratore discriminatorio o nullo, quest'ultimo ricorrendo in giudizio dovrà instaurare la causa secondo il rito Fornero, in quanto chiede al giudice di applicare la tutela di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

<sup>50</sup> *“Come avviene per ogni questione di rito o di competenza, anche l'individuazione dell'applicabilità o meno del rito di cui alla L. n. 92 del 2012, art. 1, commi 48 e ss., non è secundum eventum litis, ossia non dipende dall'esito dell'istruttoria e dalla decisione, ma deriva dalla domanda, di guisa che, ove il lavoratore impugni un licenziamento chiedendo l'applicazione della tutela di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 18, il rito sarà quello cd. Fornero. E se all'esito dell'istruttoria dovesse emergere l'applicabilità della sola tutela c.d. obbligatoria di cui alla L. n. 604 del 1966, art. 8, il giudice dovrà pronunciarsi su di essa, senza che a ciò ostino le caratteristiche di celerità del rito (che, anzi, verrebbero frustrate se si dovesse celebrare nuovo separato giudizio per applicare la tutela obbligatoria). In tal senso milita altresì il principio generale di unicità della domanda di impugnazione del licenziamento, nel senso che essa è pur sempre unica e inscindibile, a prescindere dal tipo di tutela che, all'esito del giudizio, il giudice riterrà di accordare. Infatti unico ne è l'oggetto, ossia il bene della vita che si vuole soddisfare, unico è il fatto costitutivo invocato a sostegno della domanda, identiche sono le parti. E se la domanda è unica, essa non può essere oggetto di differenti giudizi a seconda del tipo di provvedimento giurisdizionale richiesto. Diversamente opinando, rigettata la domanda di reintegra nel posto di lavoro a cagione della ravvisata legittimità del licenziamento, il lavoratore potrebbe nuovamente adire il giudice impugnando lo stesso recesso già giudicato fra le medesime parti come legittimo, ma chiedendo la sola tutela obbligatoria (o, nell'ambito del nuovo testo dell'art. 18 come novellato L. n. 92 del 2012, ex art. 1, chiedendo una tutela meramente*

Ne consegue, pertanto, che al giudice “del Fornero” è devoluta in ogni caso la cognizione di controversie non rientranti nel perimetro dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori ove correttamente qualificate dal giudicante all’esito del giudizio.

Così analizzata la problematica, prima di procedere alla successiva questione esegetica, si passa alla rassegna delle domande direttamente e principalmente da proporsi con il rito “Fornero”, che ruotano intorno alla tutela dell’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Come precedentemente spiegato, tale rito speciale non si applica ai ricorsi diretti ad ottenere delle tutele diverse rispetto a quelle previste dall’articolo 18 cit. – deve farsi riferimento sia alla formulazione anteriore che successiva alla riforma del 2012 – in particolare, nell’ipotesi in cui il ricorrente invochi in via principale ed esclusiva la tutela dell’articolo 8, legge n. 604/1966; oppure quella regolata dai contratti collettivi per il licenziamento ingiustificato del dirigente; ancora, quella che si concretizza nella concessione dell’indennità sostitutiva del preavviso, in caso di licenziamento in tronco intimato nell’area di recedibilità *ad nutum* rispetto al quale si accerta l’insussistenza della giusta causa<sup>51</sup>.

Il legislatore ha stabilito che il rito speciale dei licenziamenti si applica oltre che alle controversie aventi ad oggetto l’impugnazione dei licenziamenti rientranti nell’art. 18, legge n. 300/1970, anche nell’ipotesi in cui devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro. Ancora, il legislatore ha aggiunto che non possono essere proposte domande diverse da quelle citate, salvo che siano fondate su identici fatti costitutivi. Quindi, la seconda questione ermeneutica, posta dalla riforma del 2012, che rappresenta l’aspetto maggiormente problematico del rito Fornero, è l’esatta individuazione dell’ambito della cognizione della fase sommaria. In altre parole, la questione consiste nel

---

*indennitaria in luogo della quella reintegratoria invocata nel primo processo)*” CASS., N. 19557/2016.

<sup>51</sup> R. TISCINI, *op.cit.*, 38.

determinare quali controversie siano assoggettate al rito *de quo*, dal momento che il legislatore ha fornito come unici dati letterali per la risoluzione di tale problema i commi 47 e 48 dell'art. 1 della legge n. 92/2012.

Il problema consiste nell'individuare un ampliamento della cognizione del giudice nella fase sommaria sia riguardo "*alle questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*", che alle domande "*fondate su identici fatti costitutivi*" (rispetto alla impugnazione del licenziamento).

In ordine al primo ampliamento – riguardo le questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro – deve senz'altro ammettersi la trattazione di quelle questioni volte a dimostrare la sussistenza dei requisiti di accesso al rito "Fornero" per far ottenere al ricorrente la tutela "forte" dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori; con ciò determinando una cognizione almeno incidentale da parte del giudice. Nella pratica tuttavia, non è così semplice.

Infatti, si pensi al caso in cui il ricorrente deduca l'esistenza di un Gruppo di imprese o di un unico centro di imputazione di rapporti giuridici, con un utilizzo promiscuo della sua forza lavoro, e la conseguente necessità di individuare un datore di lavoro sostanziale diverso da quello formale (colui che lo aveva formalmente assunto) con un eventuale variazione dei requisiti dimensionali dell'impresa. Seppur è vero che la prevalente giurisprudenza è orientata in senso favorevole all'estensione della cognizione a tali questioni pregiudiziali, è anche vero che, non mancano pronunce di giudici di merito che hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso nell'ipotesi in cui le questioni pregiudiziali avrebbero comportato una cognizione nel merito da non conciliarsi con le caratteristiche di celerità e sommarietà della prima fase "del Fornero".

Infatti, in riferimento alla necessità di individuare un datore di lavoro sostanziale diverso da quello formale, non mancano pronunce di

inammissibilità del ricorso giustificate dal fatto che una pronuncia del giudicante relativa alla qualificazione del rapporto di lavoro non può ricomprendere al suo interno l'individuazione di un datore di lavoro effettivo diverso da quello formale. A sostegno di tale orientamento sovviene l'interpretazione che talvolta alcuni giudici hanno effettuato in ordine "*alle questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*". Interpretazione che considera l'espressione "*qualificazione*" riferirsi al solo "tipo" di rapporto di lavoro sia esso di natura subordinata o autonoma, oppure sia a tempo indeterminato o determinato<sup>52</sup>. È dal pari inammissibile quel ricorso in cui le questioni di qualificazione assurgano ad autonomo capo di domanda, con la conseguenza sarebbe violato l'art. 1 comma 47 della legge n. 92/2012. D'altronde la specifica disposizione citata deve essere interpretata, da un lato, con l'attività istruttoria consentita, che inevitabilmente ha un carattere sommario; dall'altro con la scelta univoca del legislatore di non appesantire il processo con complessi accertamenti, come, nel caso di specie, quello della dissociazione tra titolarità formale del rapporto di lavoro e destinazione effettiva della prestazione<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Si riporta la motivazione di un'ordinanza inedita depositata nella cancelleria del Tribunale di Roma il giorno 27 marzo 2018 che, dichiarando il ricorso inammissibile, testualmente prevede: "*Non può sostenersi la tesi che sia ravvisabile nel caso di specie una questione relativa alla qualificazione del rapporto di lavoro*". Infatti "*l'espressione qualificazione non può che riferirsi al tipo di rapporto di lavoro, ovvero se lo stesso abbia natura autonoma oppure subordinata, sia a tempo determinato oppure indeterminato, mentre non appare lessicalmente corretto interpretare la locuzione come individuazione di un datore di lavoro effettivo diverso da quello formale*".

<sup>53</sup> Tribunale di Bologna con ordinanza n. 2438/2018 ha motivato stabilendo che: "*le domande formulate dai ricorrenti sono inammissibili. Le questioni di qualificazione non possono formare oggetto di autonomo capo di domanda, atteso che, dal tenore dell'art. 47 l. n. 92/2012 è desumibile che non possono essere proposte e decise in via principale nel relativo procedimento domande relative alla qualificazione giuridica del rapporto: tale disposizione parla infatti di questioni e non di domande. La volontà del legislatore è quella di consentire un mero accertamento incidentale sulla qualificazione del rapporto, solo in quanto costituisce un indispensabile presupposto per valutare la fondatezza nel merito delle domande ex art. 18 l. n. 300/1970. Si ritiene che le domande di accertamento della natura illecita dell'appalto non possano avere natura incidentale e non richiedere, invece, una pronuncia costitutiva del Giudice adito. Al riguardo, infatti, sia in ipotesi di somministrazione irregolare, sia in ipotesi di appalto e di distacco illecito, il d.lgs. 276 del 2003, nell'utilizzare la locuzione costituzione di un rapporto di lavoro ad opera del giudice, prefigura una pronuncia di carattere costitutivo da parte del giudicante investito della controversia. Non si potrà al contrario vertere in una fattispecie meramente qualificatoria, in quanto ai fini della diversa imputazione del rapporto di lavoro, si richiede una sentenza costitutiva del giudice, con la conseguenza che, al di là della modalità di prospettazione, la controversia non può essere trattata con il rito Fornero*".

Tuttavia, autorevole dottrina<sup>54</sup> e prevalente giurisprudenza<sup>55</sup> sono orientate in senso favorevole nell'ammettere un accertamento quanto meno incidentale su dette questioni pregiudiziali, poiché se l'accertamento fosse negato sarebbero ingiustamente compromesse le tutele sostanziali collegate al rito "Fornero".

Non potranno comunque rientrare nell'accertamento – neanche incidentale – del giudice tutte quelle questioni che pur connesse logicamente con il licenziamento, non sono pregiudiziali all'accertamento dell'illegittimità del recesso datoriale, quali ad esempio: questioni relative alla nullità di una clausola contrattuale di un rapporto di lavoro subordinato o ancora la legittimità di un termine apposto in un contratto di lavoro<sup>56</sup>.

In conclusione, la giurisprudenza in materia è tripartita, infatti sono presenti corti che si sono pronunciate su determinate questioni pregiudiziali effettuando su di esse un accertamento *incideter tantum*; altre si sono pronunciate effettuando un accertamento con efficacia di giudicato; e da ultimo non sono mancate pronunce che hanno dichiarato l'inammissibilità

---

<sup>54</sup> A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 72; R. TISCINI, *op.cit.*, 46.

<sup>55</sup> Orientamento divenuto maggioritario nelle corti di merito di Roma; espressione di tale indirizzo è la sentenza della Corte d'appello di Roma, sez. lav., n. 11199/2013, la quale ha affermato che: "è ammissibile il ricorso al procedimento speciale anche nei casi in cui il ricorrente nell'impugnare l'atto espulsivo, invochi le tutele previste dall'art. 18 nei confronti di più soggetti, sul presupposto che gli stessi costituiscano un unico centro d'imputazione e interessi, e quindi, un unico datore di lavoro. In detta fattispecie l'unicità del rapporto concorre a formare, unitamente all'illegittimità del recesso, la causa petendi della domanda volta ad ottenere la tutela reintegratoria, sicché il ricorso così formulato non esula dai limiti posti dai commi 47 e 48 che come già detto vanno interpretati considerando che il legislatore ha ritenuto determinante ai fini dell'individuazione del rito il tipo di tutele invocato, imponendo la procedura speciale nell'ipotesi, in cui venga prospettata, quale conseguente dell'illegittimità del licenziamento, l'applicazione del richiamato articolo 18".

<sup>56</sup> "L'estromissione di un lavoratore dall'organizzazione aziendale per scadenza di un termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro non è da equiparare al licenziamento ingiustificato e non configura una fattispecie di recesso [fatta eccezione per i casi di manifestazione di volontà del datore di lavoro di interrompere il rapporto nella consapevolezza della sua permanenza], e l'azione del lavoratore volta a far valere la continuità del rapporto ha natura di mero accertamento dell'effettiva situazione giuridica derivante dalla nullità del termine non soggetta ad alcuna decadenza, mentre, in riferimento all'azione volta a far valere i diritti patrimoniali consequenziali all'accertamento della permanenza in vita del rapporto, il lavoratore può ottenere soltanto il risarcimento del danno subito a causa della impossibilità della prestazione cagionata dal rifiuto ingiustificato del datore di lavoro, e a tale scopo deve attivarsi per offrire l'esecuzione della propria prestazione lavorativa, costituendo in mora il datore di lavoro ex art. 1217 c.c. CASS. N. 15827/2003.

del ricorso *ex art.* 1 commi 48 – 68, legge n. 92/2012, ritendo che, in virtù della complessità della causa e delle pregiudiziali, il giudice “del Fornero” non avesse con tale rito i mezzi necessari per adottare un’ordinanza risolutiva della controversia.

Passando ad analizzare un ampliamento della cognizione del giudice in ragione di domande cumulabili all’impugnativa del licenziamento, perché fondate su identici fatti costitutivi si registrano soluzioni non univoche sia in dottrina, che in giurisprudenza. In ragione del generico riferimento alle “controversie” l’interrogativo è comprendere se risulta ammissibile cumulare domande differenti, ma basate su identici fatti costitutivi – insieme alla domanda di illegittimità del licenziamento – al fine di evitare un eventuale conflitto di giudicati, e di permettere ad un unico giudice di conoscere sia della legittimità del licenziamento, che delle domande ad essa cumulate.

Al riguardo, la dottrina e la giurisprudenza sono divise tra due orientamenti: un primo, quello restrittivo, che ammette la cumulabilità delle domande (sia in via subordinata che in via principale) purché l’identità sia rinvenibile su tutti i fatti costitutivi delle domande; e un secondo orientamento, meno restrittivo, che consente la cumulabilità delle domande su un’identità parziale dei fatti costitutivi.

Una maggiore unicità di vedute si rinviene nella cumulabilità di domande tra quelle della tutela “forte” di cui all’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e quelle di cui all’articolo 8 della legge n. 604/1966. Sarebbe presente una maggior avvicinamento di riflessioni, sia tra coloro che sono sostenitori di una tesi restrittiva che, coloro i quali ammettono una interpretazione più ampia della norma, in ordine ad uno dei casi più frequenti nella pratica, quello in cui il ricorrente chieda in via principale la tutela “forte” di cui all’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, ed in via subordinata la tutela indennitaria di cui all’articolo 8 della legge n. 604/1966. Infatti, a favore dell’ammissibilità di tale azione militano diversi

argomenti. In primo luogo, si pensi che, alla base della richiesta sia della tutela reale, che obbligatoria sottostanno gli stessi fatti costitutivi dell'azione di impugnazione del licenziamento, quali: l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato, e l'illegittimità dell'atto espulsivo<sup>57</sup>. Al riguardo la stessa giurisprudenza di Cassazione, in più occasioni, ha chiarito che tra le due domande citate si configura un concorso di norme e non di diritti<sup>58</sup>. Un ulteriore argomento a sostegno della cumulabilità delle domande in oggetto è rappresentato dal fatto che il requisito dimensionale del datore di lavoro nella struttura del processo si configura come un fatto impeditivo, il cui onere della prova ricade sul datore di lavoro, e non già come fatto costitutivo, i quali devono essere allegati e provati dal lavoratore-ricorrente<sup>59</sup>.

Tornando a descrivere le ragioni poste alla base dei due orientamenti, sia dottrinali che giurisprudenziali sopra citati, si registra che a favore dell'interpretazione restrittiva, in primo luogo, sovvienne il dato letterale della norma, che riferendosi ai medesimi fatti costitutivi, non dovrebbe lasciare spazio alla possibilità di cumulo delle domande allor quando sussista solo una parziale coincidenza tra i fatti costitutivi.

In linea con tale orientamento, non è possibile cumulare alla domanda d'impugnazione del licenziamento altra domanda che abbia una parziale connessione per *causa petendi*.

Infatti, quest'ultima costituisce le ragioni della domanda o, per esser più precisi, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della domanda. La *causa petendi* all'interno del processo del lavoro riveste un ruolo particolare in ragione della natura dei

---

<sup>57</sup> “La domanda subordinata proposta nella fase sommaria in quanto diretta ad ottenere, in caso di mancato accertamento del dedotto requisito dimensionale, l'applicazione dell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966” deve necessariamente ritenersi ammissibile “giacché consente di evitare un inutile dispendio di attività processuale” pur “mantenendo [...] ferma la finalità del nuovo rito”. Corte d'Appello di Roma 27 – 06 – 2014.

<sup>58</sup> CASS. N. 11777/2011; CASS. N. 13375/2003; CASS. N. 14486/2001.

<sup>59</sup> Dello stesso avviso R. TISCINI, *op.cit.*; D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, 363.

diritti che si fanno valere quali diritti eteroindividuati. In tal caso, tali diritti si identificano attraverso la fattispecie costitutiva, con la conseguenza che, al moltiplicarsi delle fattispecie costitutive, si moltiplicano i diritti. Ciò determina una doppia funzione della *causa petendi*: la prima rileva come elemento della domanda giudiziale, volta quindi ad individuare il diritto; la seconda rileva come elemento della trattazione determinante per l'accoglimento o rigetto della domanda nel merito.

Orbene, alla luce di quanto esposto, l'orientamento restrittivo ammette il cumolo di domande solo in caso di totale coincidenza di fatti costitutivi al fine di evitare un moltiplicarsi di domande. Infatti, *a contrario*, in caso di una parziale identità di fatti costitutivi, trattandosi di diritti eteroindividuati, conseguirebbe un eccessivo cumolo oggettivo, facendo venir meno la celerità tipica della prima fase sommaria "del Fornero".

L'altro orientamento, meno restrittivo, che consente la cumulabilità delle domande su un'identità parziale dei fatti costitutivi, presuppone un'interpretazione che discenderebbe da una necessità logica di ipotizzare una identità parziale di fatti costitutivi. Infatti, sarebbe difficile concepire altre e diverse domande – rispetto alla domanda di impugnazione del licenziamento – fondate su fattispecie costitutive totalmente sovrapponibili. Da qui la necessità di parlare di identità parziale. Inoltre, al fine di interpretare *cum grano salis* tale identità parziale ed in un'ottica di sistematicità della disposizione rispetto alla legge ed agli obiettivi dalla stessa perseguiti, si potrebbe pensare ad un correttivo volto "a scremare" la cumulabilità oggettiva fondata su una parziale identità di fatti costitutivi. Il correttivo potrebbe essere dato da una valutazione a monte delle domande, al fine di valutare se l'ammissibilità di tali domande comporti appesantimenti dell'istruttoria, in quanto potrebbero coinvolgere fatti

ulteriori e diversi rispetto a quelli rilevanti per la decisione della domanda dedotta in via principale<sup>60</sup>.

Riassunti brevemente i problemi interpretativi e le caratteristiche del rito Fornero, si deve evidenziare che la complessità dei problemi solo in parte riportati hanno finito per appesantire, invece che semplificare, il ruolo dei magistrati impegnati sul fronte delle cause di lavoro. Pertanto, a causa di un generale disfavore, il Governo successivo ha deciso di abrogare il rito abbreviato per tutti coloro che sono stati assunti dopo il 7 marzo 2015, ai quali tornerà, dunque, ad applicarsi l'ordinario processo del lavoro anche per le controversie relative all'impugnazione dei licenziamenti.

---

<sup>60</sup> Cfr. R. TISCINI, *op.cit.*, Cap.: *le controversie di lavoro senza il rito del lavoro: l'impugnativa dei licenziamenti assoggettati al regime di tutela reale (c.d.rito Fornero) della legge l.n. 92/2012.*

## CAPITOLO II

### RITO ORDINARIO DEL LAVORO: TRATTAZIONE DELLA CAUSA IN PRIMO GRADO

SOMMARIO: 1. I principali elementi caratterizzanti il rito del lavoro: specialità e ambito d'applicazione – 1.1. L'individuazione del giudice competente – 1.2. L'atto introduttivo: i poteri-doveri delle parti – 2. Le preclusioni – 3. Il principio dispositivo: inquadramento della questione – 3.1. Disponibilità delle prove – 4. Principio dell'onere della prova e principio di acquisizione

#### **1. Il rito del lavoro: specialità e ambito d'applicazione**

Il rito del lavoro costituisce un processo a cognizione piena, al pari del rito ordinario di cognizione di cui agli artt. 163 e ss. c.p.c., e – stando all'interpretazione dominante – il rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* e ss. c.p.c.. Nel primo articolo del d.lgs. n. 150/2011 si individuano i tre riti come “modelli”, ai quali gli altri procedimenti devono ispirarsi<sup>61</sup>. Il legislatore pone accanto al “tradizionale” rito di cognizione altri due procedimenti – denominati “modelli” – caratterizzati dalla cognizione piena.

Un processo a cognizione piena ha come elemento centrale e necessario la realizzazione piena del principio del contraddittorio, vuoi in

---

<sup>61</sup> Per una analisi completa Cfr. R. TISCINI, *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e Prospettive*, Cap. I, Napoli, 2015.

punto di allegazioni in fatto, vuoi relativamente alle deduzioni istruttorie e produzioni documentali, con la conseguenza che il provvedimento del giudice è emanato dopo che alle parti è stato consentito di far valere tutte le loro difese. La giurisdizione di cognizione ha la funzione di assolvere la tutela dichiarativa, ossia risolvere le controversie. Pertanto, il giudice ha il compito di accertare l'esistenza della situazione sostanziale, accertare la lesione della stessa subito a causa di un illecito, individuare quali effetti siano necessari e quali conseguenze giuridiche debbano prodursi per eliminare la lesione che l'illecito ha prodotto<sup>62</sup>.

La tutela dichiarativa si articola in tre categorie di provvedimenti giudiziali aventi natura di accertamento, di condanna o costitutiva. A titolo esemplificativo nella prima categoria rientrano le pronunce di nullità del contratto, nella seconda i provvedimenti di condanna al pagamento di un credito e, sono pronunce costitutive quelle che annullano un contratto. La tutela dichiarativa ha la finalità di tutelare una situazione sostanziale mediante la determinazione dei comportamenti, che le parti devono tenere in riferimento alla situazione sostanziale dedotta in giudizio; regole di condotta che, se ricavate dalla realtà sostanziale preesistente, saranno stabilite in una sentenza di mero accertamento, se invece saranno ricavate da una realtà sostanziale modificata dalla pronuncia, saranno prescritte in una sentenza costitutiva.

Da ciò ne consegue che, il rito del lavoro, essendo un processo a cognizione piena e volto a realizzare una tutela dichiarativa, è ontologicamente simile al rito ordinario; tuttavia, avendo delle proprie caratteristiche, che lo discostano dal rito ordinario, è annoverato all'interno dei riti speciali.

La specialità di tale rito non deve essere confusa con quella dei processi – anch'essi speciali (come il processo d'ingiunzione) – caratterizzati da una cognizione sommaria e non piena. Infatti, la prima

---

<sup>62</sup> F. P. LUISO, *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Milano, 2015, 11 ss.

differenza all'interno dei "variegati" processi speciali, consiste che alcuni procedimenti speciali non conoscono una cognizione piena ed hanno un carattere di alternatività con il rito ordinario. Differentemente il rito del lavoro, pur essendo un rito speciale, ma a cognizione piena ed esauriente, è caratterizzato dall'esclusività per le materie previste<sup>63</sup>, rispetto al rito ordinario. In ultima analisi, come predisposto dalla legge, la sommarietà o la cognizione piena del giudizio qualificano l'alternatività o l'esclusività del rito.

La specialità propria del rito del lavoro è data dalla necessità di plasmare uno strumento processuale, attento alle particolarità dei diritti di cui si chiede tutela, i quali necessitano di una accelerazione del processo, conseguita da caratteristiche che investono l'intero svolgimento dello stesso, ma che possono tutte ricondursi ad un impiego particolarmente incisivo della tecnica delle preclusioni e dei poteri istruttori del giudice. La specialità è dovuta alla presenza di regole processuali che si discostano dal rito ordinario.

Nell'ambito dei principi ispiratori del rito *de quo* di chiovendiana memoria – oralità, concentrazione ed immediatezza – la riduzione dei tempi del giudizio dovrebbe emergere: dalla possibilità che il processo potrebbe esaurirsi nella stessa prima udienza di discussione; dall'assunzione delle prove che dovrebbe essere esaurita in una sola udienza o, in caso di necessità, in un'udienza da tenersi nei giorni feriali immediatamente

---

<sup>63</sup> L'art. 409 c.p.c., rubricato "*controversie individuali di lavoro*", prevedendo l'ambito di applicazione del rito del lavoro, si applica nelle controversie relative a:

- 1) rapporti di lavoro subordinato privato, anche se non inerenti all'esercizio di una impresa;
- 2) rapporti di mezzadria, di colonia parziaria, di compartecipazione agraria, di affitto a coltivatore diretto, nonché rapporti derivanti da altri contratti agrari, salva la competenza delle sezioni specializzate agrarie;
- 3) rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato. La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa;
- 4) rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica;
- 5) rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico, sempreché non siano devoluti dalla legge ad altro giudice.

successivi; dal divieto di udienze di mero rinvio in quanto, gli unici rinvii ammessi sono quelli imposti dalla esigenza del rispetto del diritto di difesa o dalla impossibilità materiale di assumere o completare l'assunzione delle prove nella stessa udienza.

Il legislatore ha perseguito l'immediatezza del giudizio, inserendo nel codice di rito delle disposizioni che permettono di ridurre ulteriormente i tempi del processo. Ha attribuito al tribunale, in composizione monocratica e in funzione di giudice del lavoro, la competenza del giudizio di primo grado; ha previsto che l'udienza di discussione in appello debba avvenire alla presenza del collegio ed ha stabilito l'obbligatorietà della comparizione personale delle parti nel giudizio di primo grado.

Rimanendo in materia di principi, si potrebbe sostenere – forse estremizzando – che il rito speciale del lavoro, pur lasciando inalterato il principio della domanda, sottrae la disciplina dello strumento-processo alla disponibilità delle parti. Infatti, soggetto centrale nel rito del lavoro è il giudice che guida i tempi ed i ritmi del processo perché, in ragione del regime di preclusioni, le parti devono aver svolto la quasi totalità delle loro attività nel ricorso e nella memoria difensiva. In merito, il principio delle preclusioni, disciplinando accuratamente la fase preparatoria della prima udienza ed imponendo alle parti, a pena di decadenza di specificare sin dagli atti introduttivi del giudizio l'oggetto della domanda e/o delle eccezioni, unitamente alla specifica indicazione dei mezzi di prova, di cui ci si intende avvalere, impone alle parti di svolgere un'enorme attività preparatoria. La centralità del giudice emerge anche nelle disposizioni, che gli conferiscono poteri istruttori d'ufficio sia per quanto riguarda l'acquisizione delle prove al giudizio, che per il numero delle prove acquisibili e valutabili nel processo.

Pertanto, il processo termina di essere considerato un "affare privato delle parti", le quali comunque conservano il potere monopolistico in ordine

alla sua introduzione e alla determinazione dell'oggetto del processo e dei fatti costitutivi, impeditivi ed estintivi<sup>64</sup>.

Nei paragrafi successivi, percorrendo le fasi del processo, saranno analizzate le maggiori caratteristiche del rito e, giunti a trattare sui poteri istruttori, si potrà cogliere il momento ove è possibile ricorrere ad essi, in un'ottica il più possibile vicina alle attività che le parti possono o devono svolgere prima e durante il processo del lavoro.

### **1.1. L'individuazione del giudice competente**

Premessa la giurisdizione del magistrato ordinario della causa *instauranda*, il ricorrente deve individuare il giudice, al quale rivolgersi per chiedere la tutela della propria situazione sostanziale. Considerata la numerosità dei giudici ordinari, occorre stabilire a quale tra i diversi giudici spetta decidere quella determinata causa.

È questo il problema della competenza, un problema di distribuzione del potere di decidere; più precisamente, un problema di ripartizione della giurisdizione<sup>65</sup>.

L'individuazione dell'Ufficio giudiziario e, quindi del giudice competente, deve avvenire su due profili diversi.

Il primo profilo di indagine è volto ad individuare quale Ufficio giudiziario è competente in prima istanza. In tal caso è necessaria una

---

<sup>64</sup> In merito A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 23. Il processo del codice del 1865 risulta essere un "affare tra privati"; dal codice del 1940, anche in ragione delle ideologie corporative e nella convinzione che il processo dovesse svolgere una funzione pubblicistica, il processo è "il frutto dell'accentuazione del carattere pubblicistico della giurisdizione e della necessità di rendere più rapidi i procedimenti". Cfr. R. CAPONI, *In tema di autonomia e certezza del processo civile*, in *Foro it.*, 2006, I, 136.

<sup>65</sup> "La competenza è quella frazione di giurisdizione che in concreto spetta ad un determinato giudice rispetto ad una determinata causa"; nozione di G. CHIOVENDA accolta da tutta la dottrina; v. per tutti E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, 47; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. I, 2009, 246.

distinzione verticale degli Uffici in questione. Iniziando dall'Ufficio di vertice: la Suprema Corte di Cassazione mai è giudice di primo grado; la Corte d'Appello è giudice di primo ed unico grado per un ristretto numero di controversie (in tutti gli altri casi è giudice di secondo grado); il Tribunale è l'unico Ufficio sia di prima istanza, che di secondo grado per l'impugnazione delle pronunce emesse dal giudice di pace e, il Giudice di Pace assolve il compito di giudice di primo grado per un determinato numero di controversie.

Così rappresentati gli Uffici giudiziari, il primo problema del ricorrente è individuare quale tra i giudici di prima istanza – essenzialmente il Tribunale e il Giudice di Pace – è competente a conoscere della controversia che dovrà essere instaurata.

Al fine di stabilire il tipo di ufficio competente, il codice di rito prevede come criteri di competenza verticale quello per materia e quello per valore.

Il criterio per materia si utilizza con precedenza rispetto a quello per valore, poiché nel caso in cui non si riesca ad attribuire la competenza attraverso il primo, si passa al criterio per valore. Il criterio per materia consiste nel far riferimento alla natura o al tipo di diritto su cui si controverte. Il criterio per valore fa, invece, riferimento al valore economico della controversia<sup>66</sup>.

Applicando gli esposti criteri, il ricorrente dovrà adire il Tribunale, in quanto, ai sensi dell'art. 413, comma 1 c.p.c. *“le controversie previste dall'art. 409 c.p.c. sono in primo grado di competenza del tribunale in funzione del giudice del lavoro”*, con la conseguenza che il giudice di pace non è mai competente per tali controversie. La competenza per materia e

---

<sup>66</sup> Talora il parametro per valore si coordina con quello per materia; infatti, nell'ambito di una stessa materia, le controversie possono essere attribuite all'uno o all'altro giudice in base ad una particolare soglia di valore. Ad es., le controversie di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli o natanti sono ripartite tra il giudice di pace e il tribunale secondoché il valore sia inferiore o superiore ad un determinato valore. Così espressamente in N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 88.

per territorio si determina sulla base della domanda, ossia di quanto affermato dal ricorrente nel ricorso.

Così identificato il tipo di ufficio competente in prima istanza, il ricorrente ha il compito di individuare quale tribunale sul territorio nazionale può conoscere la causa. Si è giunti così al secondo profilo della competenza: la competenza per territorio.

Al riguardo, il codice di rito prevede alcune regole volte ad individuare il foro competente. L'art. 413 c.p.c. contempla quattro fori, di cui tre speciali, ma alternativi tra loro e, un quarto residuale, al quale si ricorre solo quando non sia possibile servirsi dei tre alternativi. Sono definiti speciali perché il legislatore per le controversie in questione prevede dei fori diversi da quelli posti dagli artt. 18 e ss. c.p.c. applicabili al rito ordinario. L'alternatività significa che i primi tre fori sono concorrenti tra loro e, quindi, il ricorrente può scegliere quale tribunale adire<sup>67</sup>.

L'individuazione del giudice territoriale competente deve essere diversificata a seconda della natura subordinata o parasubordinata del rapporto, nonché per quanto riguarda l'ambito della subordinazione occorre distinguere in ordine al carattere privato o pubblico del rapporto stesso.

Analizzando i tre fori alternativi, il codice prevede: *in primis* il c.d. *foro contractus*, quello del luogo in cui è stato perfezionato il contratto, con la conseguenza che sarà competente il tribunale nella cui circoscrizione è sorto il rapporto di lavoro; *in secundis*, quello in cui si trova l'azienda, che non coincide con quello previsto in via generale dal comma 1 dell'art. 19 c.p.c. ossia con il luogo della sede legale della azienda ma, fa riferimento

---

<sup>67</sup> “Nel rito del lavoro, si applica anche alle controversie introdotte dal datore di lavoro il principio secondo il quale i fori speciali esclusivi, alternativamente concorrenti tra loro, indicati dall'art. 413, secondo e terzo comma, cod. proc. civ., per individuare il giudice territorialmente competente in una controversia individuale di lavoro subordinato, sono tre, e cioè quello ove è sorto il rapporto, quello ove si trova l'azienda e quello della dipendenza ove il lavoratore è addetto (o prestava la sua attività lavorativa alla fine del rapporto), non consentendo la lettera della legge l'unificazione dei fori nel luogo di svolgimento dell'attività lavorativa; né della legittimità costituzionale della disciplina può dubitarsi, attesa la discrezionalità del legislatore (v. Corte cost. n. 362 del 1985 e 241 del 1993) nella fissazione dei criteri di competenza territoriale. (Regola competenza)” CASS. N. 13530/2012.

alla sede effettiva della stessa, luogo in cui si accentrano i poteri di direzione e amministrazione, con la conseguenza che sarà competente il tribunale nella cui circoscrizione si trova l'azienda; in ultimo il foro del luogo in cui si trova una dipendenza dell'azienda alla quale era addetto il lavoratore o presso la quale prestava la sua opera al momento della fine del rapporto<sup>68</sup>.

Se da un lato i tre fori sono alternativi tra loro, dall'altro sono esclusivi rispetto ai fori generali previsti dagli artt. 18 e ss. c.p.c.. A tale conclusione si perviene in ragione di quanto disposto nel settimo comma dell'art. 413 c.p.c., che prevede l'applicazione del foro generale di cui all'art. 18 c.p.c. nel caso in cui i tre fori citati non permettano di individuare il giudice territoriale competente. Ciò determina che il ricorrente, ove non abbia potuto identificare il tribunale competente in base ai tre criteri, se il convenuto-resistente è una persona fisica, dovrà adire il giudice del luogo in cui il convenuto ha la residenza o il domicilio e, se questi sono sconosciuti, quello del luogo in cui il convenuto ha dimora. Se il convenuto non ha né residenza, né domicilio, né dimora nello Stato o se la dimora è sconosciuta, è competente il giudice del luogo in cui risiede il ricorrente. Nel caso in cui il convenuto-resistente sia una persona giuridica, *ex art. 19 c.p.c.* sarà competente il tribunale dove essa ha la propria sede legale<sup>69</sup> o, il giudice del luogo in cui la persona giuridica abbia uno stabilimento e un rappresentante autorizzato a stare in giudizio. Quest'ultimo caso si potrebbe verificare nell'ipotesi in cui il ricorrente voglia adire in giudizio una società, che abbia la sede legale all'estero, ma abbia il suo rappresentante autorizzato a stare in giudizio in una sede secondaria sul territorio nazionale. In tal caso il

---

<sup>68</sup> *Ex art. 413, comma 3, c.p.c.* la competenza del tribunale così come individuata dal secondo e dal terzo foro permane anche dopo il trasferimento d'azienda o la sua cessione, purché la domanda sia proposta entro sei mesi dal trasferimento o dalla cessione della stessa.

<sup>69</sup> Nel caso in cui la persona giuridica sia un soggetto di diritto pubblico si intende per sede legale quella stabilita nella legge o nel decreto istitutivo; nel caso in cui la persona giuridica sia un soggetto di diritto privato la sede legale risulterà dall'atto costitutivo o dallo statuto. Nel caso in cui la sede legale non sia individuata o sia all'estero è competente il giudice del luogo in cui si trova la sede effettiva.

ricorrente potrà adire il giudice della circoscrizione in cui è sita codesta sede.

La legge n. 128/1992 ha inserito una disposizione di favore per i rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale, di collaborazione coordinata continuativa e, in generale per tutti quei rapporti che possono definirsi parasubordinati, ai fini della determinazione della competenza per territorio. Infatti, ai sensi dell'art. 413, comma 4, c.p.c. la competenza per territorio si individua in modo esclusivo in relazione al domicilio del lavoratore, con la conseguenza che è competente il tribunale del luogo nella cui circoscrizione si trova il domicilio del lavoratore parasubordinato. Detto criterio di competenza è esclusivo rispetto ai fori alternativi previsti per il lavoro subordinato.

In ragione della “contrattualizzazione del pubblico impiego<sup>70</sup>”, il legislatore ha modificato l'art. 413 c.p.c. introducendo i commi 5 e 6, che disciplinano la competenza per territorio relativa a tali controversie. Per tali controversie è competente il giudice nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio al quale il dipendente è addetto. L'articolo in questione, inoltre, precisa che nel caso in cui sia parte una amministrazione dello Stato, non applicandosi l'art. 6 del regio decreto n. 1611/1933, viene meno la regola relativa alla rappresentanza in giudizio dello Stato, secondo cui la competenza territoriale si determina con riferimento alla circoscrizione del tribunale ove ha sede l'Avvocatura distrettuale dello Stato (c.d. foro erariale).

Analogamente a quanto previsto nell'ipotesi della parasubordinazione, il foro competente per le cause di pubblico impiego è un foro speciale, esclusivo e non concorrente con quelli indicati nell'art. 413, comma 2, c.p.c..

Come già riportato, la competenza si determina in base al contenuto della domanda introduttiva del giudizio e non secondo l'oggetto di indagine

---

<sup>70</sup> Vedi Cap. I, par. 4.2.

nel merito che il giudice deve compiere per la decisione della controversia; tuttavia, alla luce di quanto esposto è doverosa una precisazione sul punto.

Determinare la competenza in base all'oggetto della domanda proposta dal ricorrente significa, in primo luogo, sia considerare il diritto che risulta essere leso e la tutela richiesta, che l'esposizione dei fatti posti a fondamento della domanda, rimanendo irrilevanti le contestazioni formulate dal resistente, anche riguardo contrarie prospettazioni dei fatti. In secondo luogo, ove il ricorrente deduca la simulazione di un contratto ad es. un rapporto di para-subordinazione dissimulante un rapporto di lavoro subordinato e chiedi la condanna del datore di lavoro al versamento delle differenze retributive e contributive, maturate in ragione del rapporto che correttamente dovrebbe essere definito subordinato, si fa riferimento ai criteri di competenza per territorio tipici della tipologia di contratto rivendicato – nel nostro esempio: lavoro subordinato – e non alla tipologia di contratto simulato – lavoro para-subordinato, con la conseguenza che i criteri applicabili sono quelli del secondo comma dell'art. 413 c.p.c. e non del quarto<sup>71</sup>.

Così descritta la competenza nel suo complesso, una delle caratteristiche del rito del lavoro rispetto alle regole generali della competenza previste per il rito ordinario, è nella derogabilità ad opera delle parti di tali regole. In generale, il codice di rito ammette una derogabilità delle regole della competenza territoriale e, non anche quella per materia e per valore, previo accordo tra le parti. L'art. 28 c.p.c. stabilisce, come regola generale, che la competenza per territorio può essere

---

<sup>71</sup> “La competenza si determina in base al contenuto della domanda introduttiva del giudizio - e, in caso di più domande l'una all'altra subordinata, in base al contenuto della domanda principale - e non già secondo l'oggetto dell'indagine di merito che il giudice deve compiere per la decisione della controversia; pertanto, ove l'attore deduca la simulazione di un contratto di agenzia, in quanto dissimulante un rapporto di lavoro subordinato, e chiedi la condanna del datore di lavoro al pagamento delle differenze retributive inerenti al contratto dissimulato, deve farsi riferimento - ai fini dei criteri determinativi della competenza per territorio - al 2° comma dell'art. 413 c.p.c., che riguarda i rapporti di lavoro subordinato, e non al successivo 4° comma (nel testo introdotto dalla l. 11 febbraio 1992 n. 128, inerente ai rapporti di agenzia o rappresentanza commerciale o di collaborazione di cui al 3° comma dell'art. 409 n. 3 c.p.c.” CASS. N. 9929/1993.

convenzionalmente derogata, tranne in una serie di casi, di cui i più importanti sono quelli stabiliti dall'art. 70 c.p.c.<sup>72</sup>. La specialità del rito del lavoro si manifesta anche in questo caso, dal momento che le disposizioni in materia di competenza per territorio sono una delle ipotesi in cui la legge dispone espressamente l'inderogabilità delle stesse; infatti, l'ultimo comma dell'art. 413 c.p.c. testualmente prevede: “*sono nulle le clausole derogative della competenza per territorio*”. L'inderogabilità della stessa pone il concetto di funzionalità. Pertanto, in ragione dell'inderogabilità della competenza territoriale, il tribunale, che decide sulle controversie di lavoro, è definito “in funzione” del giudice del lavoro. Ciò determina risolutivamente che la competenza territoriale, come individuata dal ricorrente in ragione dei criteri legali esposti, è inderogabile.

Autorevole dottrina<sup>73</sup>, seppur minoritaria, osserva che la disposizione da ultimo trattata deve essere interpretata in un'ottica sistematica con le disposizioni del codice di rito, anche alla luce della riforma dell'art. 38 c.p.c., dovuta alla legge n. 69/2009 e alla legge n. 218/1995<sup>74</sup> che permette un accordo tra le parti derogativo della giurisdizione. Infatti, la *ratio* della norma è quella di voler impedire la stipulazione di clausole in deroga alla competenza per territorio che siano vessatorie per il lavoratore, in un'ottica di tutela del contraente debole<sup>75</sup>; tuttavia non è sufficiente fermarsi a tale lettura. In realtà, la lettura proposta dalla dottrina minoritaria considera invalide le clausole derogative della competenza territoriale solo se extraprocessuali, in particolare, le clausole contrattuali di cui al comma secondo dell'art. 1341 c.c.. Essendo la clausola una proposizione di

---

<sup>72</sup> L'art. 70 c.p.c. è la norma che regola le ipotesi in cui il pubblico ministero deve obbligatoriamente essere avvertito della pendenza del processo civile, in quanto oggetto del processo sono diritti indisponibili, cioè quei diritti, rispetto ai quali non ha efficacia la volontà negoziale delle parti. F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol I, 117.

L'inciso non è del tutto avulso dal rito del lavoro, dal momento che una delle ipotesi di intervento in causa del pubblico ministero, prima della riforma del 1973, era prevista nelle cause collettive e in quelle individuali di lavoro in grado di appello.

<sup>73</sup> F. P. LUISO, *op. cit.* Vol. IV, 2017, 17; P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Milano, 2016, 133.

<sup>74</sup> Legge 31 maggio 1995, n. 218 “*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*”.

<sup>75</sup> G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, V ed., Milano, 2008, 92.

contenuto autonomo, inserita per volontà delle parti o della legge in un atto negoziale, l'art. 413, ultimo comma, c.p.c. non può che riferirsi ad essa e, non all'acquiescenza o all'accordo processuale.

La *ratio* della norma è rendere invalide le clausole, relative alla competenza, stipulate prima del processo da parte del lavoratore, in una situazione in cui non c'è garanzia della sua libera volontà, ma non rendere inderogabile *tout court* la competenza territoriale. Orbene, tale orientamento ammette la possibilità di una deroga alla competenza territoriale, solo nel caso in cui una parte abbia prestato acquiescenza; pertanto, il giudice non potrebbe rilevare d'ufficio l'incompetenza territoriale.

Così descritti i profili statici della competenza, si espone brevemente l'ipotesi in cui il ricorrente abbia erroneamente individuato il giudice competente. In tal caso ai sensi dell'art. 428 c.p.c. l'incompetenza potrà essere eccepita dal resistente nella memoria difensiva di cui all'art. 416 c.p.c., mentre potrà rilevarla d'ufficio il giudice entro e non oltre l'udienza di cui all'art. 420 c.p.c., ossia l'udienza di discussione. Tuttavia, la norma in esame ha posto dei problemi interpretativi, dal momento che il legislatore non specifica a quale tipo di incompetenza si riferisce. Per alcuni si riferisce all'incompetenza per territorio, per altri a tutti i tipi di incompetenza. In seguito alla riforma, il regime di incompetenza dell'art. 38 c.p.c., non differisce di molto da quello descritto all'art. 428 c.p.c., pertanto deve ritenersi applicabile sia all'incompetenza per territorio che a quella per materia<sup>76</sup> (ad esclusione di quella per valore di cui il rito del lavoro non si avvale). Infatti, ai sensi dell'art. 38 c.p.c. l'incompetenza per materia al pari di quella per valore e per territorio nei casi previsti dall'art. 28 c.p.c., è rilevata, anche d'ufficio, non oltre la prima udienza di trattazione, che nel rito ordinario è l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. e, nel rito del lavoro, deve essere intesa la prima udienza di discussione fissata con decreto di cui

---

<sup>76</sup> G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. III, 2016, 23.

all'art. 415 c.p.c.. Quando l'incompetenza sia stata eccepita o rilevata, il giudice rimette la causa al tribunale in funzione di giudice del lavoro, fissando un termine perentorio non superiore a trenta giorni per la riassunzione con rito speciale.

Individuato il giudice competente, il ricorrente dovrà redigere l'atto introduttivo, che conterrà la domanda rivolta al giudice. Il paragrafo successivo esporrà le caratteristiche dell'atto introduttivo, per analizzare le fasi del processo sino all'udienza di cui all'art. 420 c.p.c., sede in cui il giudice potrà far uso dei poteri istruttori riconosciutigli dalla legge.

## **1.2. L'atto introduttivo: i poteri-doveri delle parti**

In ogni processo di cognizione, si riscontrano degli elementi costanti; primo fra tutti la proposizione di una domanda, atto con il quale si individua la situazione sostanziale della quale si richiede la tutela dichiarativa. L'ordinamento prevede due differenti tipi di atti introduttivi – l'atto di citazione e il ricorso – al cui interno la parte inserisce le domande di richiesta di tutela. L'atto di citazione, tipico del processo ordinario, e il ricorso, tipico del processo del lavoro, rappresentano il “contenitore” al cui interno sono contenute una o più domande giudiziali.

Dalla lettura degli artt. 163<sup>77</sup> e 414<sup>78</sup> c.p.c. che rispettivamente dispongono il contenuto dell'atto di citazione e del ricorso, si nota in *prima*

---

<sup>77</sup> “La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa. Il presidente del tribunale stabilisce al principio dell'anno giudiziario, con decreto approvato dal primo presidente della corte di appello, i giorni della settimana e le ore delle udienze destinate esclusivamente alla prima comparizione delle parti. L'atto di citazione deve contenere: 1) l'indicazione del tribunale davanti al quale la domanda è proposta; 2) il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, il codice fiscale, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono. Se attore o convenuto è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, la citazione deve contenere la denominazione o la ditta, con l'indicazione dell'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio; 3) la determinazione della cosa oggetto della domanda; 4)

*facie* la prima peculiarità rappresentata dalla mancanza nel ricorso degli elementi concernenti la *vocatio in ius* del convenuto-resistente. Al riguardo occorre distinguere *la vocatio in ius* dall'*editio actionis*, due profili dell'atto introduttivo.

La prima assolve alla funzione di portare a conoscenza della domanda gli altri soggetti del processo: il convenuto-resistente e il giudice. Nella struttura dell'atto di citazione, la *vocatio in ius* si identifica negli elementi di cui ai nn. 1, 2 (nei limiti entro cui sono funzionali alla mera individuazione di attore e convenuto) e 7 artt. 163 e 163 *bis* c.p.c., nella misura in cui tali requisiti necessitano a consentire al convenuto l'esercizio dei suoi poteri difensivi. Pertanto, la differenza consiste che nel rito ordinario, l'attore deve prima mettere a conoscenza il convenuto attraverso la notificazione della citazione e, poi depositare tale atto nella cancelleria del giudice, il quale ne prende cognizione dopo la controparte. In altri termini, l'atto di citazione si porta prima a conoscenza del convenuto, attraverso la notificazione dello stesso, e successivamente si pone a conoscenza del giudice.

Diversamente, nel rito del lavoro il ricorrente prima deposita il ricorso nella cancelleria del giudice e, dopo che quest'ultimo ha fissato con

---

*l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni; 5) l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione; 6) il nome e il cognome del procuratore e l'indicazione della procura, qualora questa sia stata già rilasciata; 7) l'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione; l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza indicata ai sensi e nelle forme stabilite dall'articolo 166, ovvero di dieci giorni prima in caso di abbreviazione dei termini, e a comparire, nell'udienza indicata, dinanzi al giudice designato ai sensi dell'articolo 168bis, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167. L'atto di citazione, sottoscritto a norma dell'articolo 125, è consegnato dalla parte o dal procuratore all'ufficiale giudiziario, il quale lo notifica a norma degli articoli 137 e seguenti”.*

<sup>78</sup> *“La domanda si propone con ricorso, il quale deve contenere: 1) l'indicazione del giudice; 2) il nome, il cognome, nonché la residenza o il domicilio eletto del ricorrente nel comune in cui ha sede il giudice adito, il nome, il cognome e la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto; se ricorrente o convenuto è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, il ricorso deve indicare la denominazione o ditta nonché la sede del ricorrente o del convenuto; 3) la determinazione dell'oggetto della domanda; 4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda con le relative conclusioni; 5) l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e in particolare dei documenti che si offrono in comunicazione”.*

decreto la prima udienza di comparizione, il ricorrente deve notificarlo alla controparte unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, con la conseguenza che la *vocatio in ius* opererebbe d'ufficio. In via esemplificativa, nel rito ordinario l'attore chiama in giudizio il convenuto, mentre nel rito del lavoro quest'ultimo è chiamato in giudizio dal giudice.

Quando il ricorso, completo e sottoscritto, è depositato in cancelleria, si determina la litispendenza, nonché ogni effetto processuale e sostanziale della domanda (ad esclusione di quegli effetti, come l'interruzione della prescrizione, che sorgono in ragione di un atto recettizio).

Per concludere sulla *vocatio in ius*, occorre effettuare una riflessione.

È fattuale che l'art. 414 c.p.c. non prevede l'avvertimento di cui all'art. 163, comma 3, n. 7 c.p.c.: "...l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza indicata [...] con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167", la cui omissione nell'atto di citazione ne determina la nullità; invito viceversa contenuto nel ricorso del rito sommario *ex 702-bis*. La mancanza di tale previsione è dovuta dalla circostanza che, nel rito del lavoro, l'udienza è fissata dal giudice con decreto. Conseguentemente, la *vocatio in ius* si perfezionerebbe in ragione di due momenti: il primo dovuto ad opera del decreto del giudice, ed il secondo, successivo, dovuto ad opera del ricorrente. La dottrina si è divisa tra coloro che sostengono che la *vocatio in ius* operi d'ufficio e, pertanto ne escludono la presenza nel ricorso<sup>79</sup>; e coloro che sostengono che, nonostante il perfezionamento della *vocatio in ius* avvenga successivamente con la notifica del decreto e del ricorso, quest'ultimo assolva comunque a detta funzione<sup>80</sup>.

Il secondo profilo concernente l'*editio actionis*, ossia la domanda in senso stretto, ha la funzione di individuare l'oggetto del processo. Non sussiste una rilevante differenza terminologica tra il ricorso e l'atto di

---

<sup>79</sup> L. MONTESANO – R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 104; F. P. LUISSO *op. cit.*, Vol. IV, 2017, 36.

<sup>80</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 170.

citazione in ordine a tale funzione; infatti, i nn. 3 e 4 sia dell'art. 163, che dell'art. 414 c.p.c. prevedono: “*la determinazione dell’oggetto (o della cosa oggetto) della domanda e l’esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni*”.

L’indicazione della cosa oggetto della domanda (n. 3) integra il c.d. *petitum*, ossia ciò che il ricorrente richiede al giudice. L’oggetto della domanda si individua sia con riguardo al tipo di provvedimento richiesto al giudice, c.d. *petitum immediato* (ad es. la richiesta di un provvedimento di condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro), che con riguardo al bene giuridico cui il provvedimento dovrà riferirsi, c.d. *petitum mediato* (ad es. il diritto alla reintegra).

L’indicazione dei motivi che sorreggono la domanda, ossia gli elementi di fatto e di diritto costituenti le ragioni della stessa (n. 4), integra la c.d. *causa petendi*. La *causa petendi* corrisponde al titolo posto alla base dell’oggetto della domanda (ad es. il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato).

Nel rito del lavoro, il ricorso oltre a contenere la domanda giudiziale, ha anche degli elementi propri della trattazione<sup>81</sup>.

Analizzando il contenuto del ricorso, in particolare in riferimento agli elementi tipici della trattazione, si deve distinguere tra *questio facti* e *questio iuris*. La distinzione ha una conseguenza in ordine ai poteri riconosciuti sia al giudice che alle parti.

La *questio facti* è un’attività di spettanza esclusiva delle parti, nella quale quest’ultime introducono nel processo fatti storici, che concorreranno ad individuare l’oggetto del processo. Detta attività, definita allegazione, non può mai essere esercitata dal giudice, al quale nonostante il codice riconosca ampi poteri istruttori, all’interno di questi non può rientrare l’allegazione di un fatto.

---

<sup>81</sup> Quando l’atto contenente la domanda contiene anche elementi propri della trattazione, esso svolge un doppio ruolo: di atto contenente la domanda e di scrittura preparatoria alla trattazione della causa. F. P. LUIISO, *op.cit.*, Vol. I, 2015, 235.

Il monopolio delle parti sull'allegazione dei fatti risulta implicitamente dall'art. 112 c.p.c., inserito non a caso, nel Titolo V del Libro I, dedicato ai poteri del giudice. Dal dettato normativo si enunciano due principi basilari: il giudice ha l'obbligo di decidere, cioè non può esimersi dal decidere una controversia e il contenuto di tale pronuncia è condizionato dalla domanda proposta delle parti. Di qui la necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato secondo il brocardo *judex secundum alligata judicare debet*: il giudice deve giudicare su tutti i fatti che sono affermati nella domanda e soltanto su quelli.

Il ricorrente, dopo aver allegato il fatto storico, deve contestualmente svolgere un'attività istruttoria volta a richiedere il mezzo di prova in ordine al fatto allegato. Infatti, un'altra diversità tra l'atto di citazione e il ricorso consiste nella circostanza che nel processo del lavoro, le allegazioni e le richieste istruttorie devono essere condotte congiuntamente, determinando così un'unione tra la fase di allegazione e quella di richieste istruttorie. Il ricorrente deve quindi richiedere la prova dei fatti allegati ancor prima che sappia se tali fatti verranno contestati dalla controparte.

Contrariamente, nel rito ordinario la fase dell'allegazione dei fatti è separata da quella istruttoria; se i fatti allegati dall'attore non saranno contestati dal convenuto, divenuti pacifici, non sarà necessaria alcuna attività istruttoria.

*Ex art. 2697 c.c.* i fatti da allegare si distinguono in quattro categorie: costitutivi, impeditivi, estintivi e modificativi.

In merito alla prima categoria, si definiscono fatti costitutivi quelli volti a provare l'esistenza del diritto che si fa valere in giudizio. Infatti, ai sensi del comma primo dell'art. 2697 c.c., chiunque vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Tale categoria ha un significato diverso a seconda della natura del diritto

fatto valere nel processo: eteroindividuato o autoindividuato<sup>82</sup>. Premesso che i diritti eteroindividuati si moltiplicano al moltiplicarsi dei fatti costitutivi, la mancanza o l'incertezza dell'allegazione dei fatti costitutivi determina la nullità del ricorso. Diversamente, non è comminata la nullità del ricorso per parziale mancanza o incertezza di allegazione dei fatti costitutivi di diritti autoindividuati, salvo una assoluta mancanza degli stessi.

I fatti impeditivi sono quelli volti a dimostrare l'inefficacia dei fatti costitutivi. Di regola, sono eccepiti dal resistente al fine di far rigettare il ricorso avverso. Anche tali fatti devono essere allegati, e se necessario, richiesto il mezzo di prova nella memoria di costituzione.

I fatti estintivi e modificativi vanno allegati e provati da colui che li eccepisce, di regola, colui che resiste alla domanda e, sono volti a dimostrare che il diritto si è estinto o che il contenuto dello stesso non è più quello originario.

Da ultimo, in merito all'allegazione dei fatti, si deve distinguere se i fatti rientrano nella categoria di fatti semplici o secondari, oppure rientrano in quelli giuridici o principali. La differenza tra le categorie assume una particolare importanza sia in merito al momento in cui debbono essere allegati, che in ordine al principio di onere della prova.

Sono fatti giuridici o principali i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi, che pertanto seguono le regole sopra riportate. Sono, invece, fatti semplici o secondari quelli che, seppur non idonei a provare un diritto alla stregua di quelli principali, possono servire a provare l'esistenza di un fatto giuridico. I fatti secondari sono quindi connessi alla prova critica, per presunzioni o indiziaria di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., con la conseguenza che, in base ad un ragionamento logico-giuridico, un fatto principale ignoto può essere desunto da uno o più fatti secondari noti. I

---

<sup>82</sup> Cfr. Cap. I, par 6.

fatti secondari possono a certe condizioni essere allegati anche successivamente nel corso del processo.

La *questio iuris* concerne le motivazioni in diritto che concorrono ad individuare l'oggetto del giudizio. L'esposizione degli elementi di diritto ha un rilievo inferiore rispetto allegazione dei fatti, invero non è comminata la sanzione della nullità del ricorso per la loro mancanza. In ragione del principio *iura novit curia* il giudice è tenuto a conoscere la legge, pertanto, non sarà vincolato dall'esposizione degli elementi di diritto delle parti. In linea puramente teorica gli atti introduttivi potrebbero non contenere alcun riferimento alla legge.

Infine, è opportuno concludere con delle precisazioni<sup>83</sup>.

Per quanto concerne il ricorso, questo può essere definito polifunzionale, poiché assolve la funzione sia di individuare l'oggetto del processo, sia di contenere l'allegazione dei fatti costitutivi del diritto di cui si chiede tutela, sia di richiedere i mezzi di prova relativi ai fatti allegati.

Per quanto riguarda le allegazioni, si deve distinguere a seconda che esse siano funzionali all'individuazione del diritto, in tal caso la mancata allegazione dei fatti costitutivi determina un vizio dell'*editio actionis* e porta alla necessità di integrare il ricorso con una sanatoria non retroattiva del vizio; se invece, tali allegazioni non sono funzionali all'individuazione dell'oggetto del processo, la mancanza integra la decadenza dal potere di allegare tali fatti nel corso del processo, salvo che si verificano condizioni in presenza delle quali venga meno il principio delle preclusioni collegate al deposito del ricorso introduttivo<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Si ricorda per completezza che l'atto con il quale il convenuto-resistente si difende è la comparsa di risposta nel rito ordinario, e la memoria di costituzione nel rito del lavoro. Sono atti la cui struttura è speculare ai rispettivi atti introduttivi, tuttavia mancano della *vocatio in ius*. Se gli atti difensivi contengono o una domanda riconvenzionale o la chiamata in causa del terzo, assolvono alla funzione di *editio actionis*, altrimenti sono atti che appartengono alla trattazione.

<sup>84</sup> La nullità del ricorso si può avere solo se le lacune dello stesso incidono sulla sua funzione di domanda, cioè di atto che individua l'oggetto del processo. Pertanto, se si fa valere in giudizio un diritto eteroindividuato, la mancata allegazione di fatti costitutivi produce la nullità del ricorso. Se invece si tratta di diritto autoindividuato, o di fatti costitutivi non identificatori del diritto eteroindividuato, la lacuna nelle allegazioni non produce la nullità del ricorso, ma l'applicazione

## 2. Le preclusioni

Come esposto nel paragrafo precedente, tutte le principali attività difensive, incluse la richiesta dei mezzi di prova e la produzione dei documenti, sono ancorate in linea di principio, ai primi atti rispettivi delle parti, in ragione del rigido principio delle preclusioni, che caratterizza il rito del lavoro. L'art. 414, comma 1, n. 5, c.p.c. prevede che il ricorso debba contenere *“l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e in particolare dei documenti che si offrono in comunicazione”*, limitando in tal modo, ad un certo momento dell'iter processuale, le relative richieste probatorie con la sanzione della decadenza per la parte inadempiente. Corrispondentemente, il convenuto-resistente ex art. 416 c.p.c. nella stessa memoria di costituzione deve prendere posizione, *“in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione”*, sui fatti affermati dall'attore, posti a fondamento della domanda, deve inoltre proporre tutte le difese in fatto e in diritto ed indicare specificatamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova e depositare i documenti a sostegno della propria memoria difensiva. In forza degli articoli citati, il principio delle preclusioni si applica simmetricamente sia per il ricorrente che per il convenuto, con l'avvertimento che quest'ultimo dovrà svolgere le attività richieste non più tardi della scadenza del termine di costituzione, cioè dieci giorni prima dell'udienza di discussione.

Il rigido sistema di preclusioni e decadenze è attenuato dal potere concesso al giudice di introdurre le prove<sup>85</sup> ex art. 421 c.p.c., ed in certi casi, dalla possibilità riconosciuta alle parti di introdurre nuove allegazioni e nuove richieste istruttorie ex art. 420 comma 5 e 7.

---

dell'art. 420 comma 1 c.p.c. (ulteriori allegazioni possibili sulla base di gravi motivi e previa autorizzazione del giudice). Pensiero pressoché unanime in dottrina; v. tra tutti F. P. LUISO, *op.cit.*, Vol. IV, 2017, 37.

<sup>85</sup> L. P. COMOGLIO, *I poteri d'ufficio del giudice del lavoro*, in *Quaderni del diritto del lavoro*, n. 3, 2006, 219.

In tal modo, depositati i rispettivi atti introduttivi alla cancelleria del giudice, quest'ultimo è in grado di conoscere la causa prima dell'udienza, e quindi può espletare il tentativo di conciliazione, l'interrogatorio delle parti, l'eventuale ammissione dei mezzi di prova, oppure la decisione della causa.

È quindi prodromico, prima di trattare dei poteri istruttori in senso stretto, soffermarsi sul principio di preclusione o eventualità, poiché una delle motivazioni giustificatrici degli ampi poteri istruttori d'ufficio risiede nella presenza di un rigido sistema di preclusioni.

Il principio delle preclusioni scandisce le fasi del processo, determinando cronologicamente i tempi degli atti processuali. La nozione di preclusione si traduce giuridicamente nell'impossibilità di compiere un determinato atto o nell'impedimento all'esercizio di un'attività<sup>86</sup>.

Occorre precisare che l'art. 183 c.p.c. reintroduce nel processo civile le preclusioni, che caratterizzavano il rito originario del codice del 1940<sup>87</sup>, che erano state eliminate con la riforma del 1950, che sono state richiamate in vita dalla riforma del rito del lavoro del 1973 e, che oggi rappresentano "una delle ragioni del successo del rito del lavoro"<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> M. PERSIANI – F. CARINCI – AA. VV., *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. IX, Padova, 2011, 138, a cura di C. PISANI.

<sup>87</sup> Vedi Cap. I, parr 3 e ss.

<sup>88</sup> "Le ragioni del successo del rito del lavoro sono le preclusioni. Queste non significano solo celerità, che pure è ormai un valore costituzionalizzato e perciò esaltato dalle Sezioni Unite. Ma significano anche ordine e leale svolgimento del processo, che sono anch'essi valori fondamentali. Mentre la constatazione per cui le preclusioni non sono da sole sufficienti a garantire la celerità laddove il giudice è oberato di cause impone l'adozione di efficaci strumenti di riduzione del contenzioso giudiziario, ma certo non esclude l'utilità delle preclusioni, senza le quali il processo sarebbe comunque più lungo, più disordinato e meno leale e finirebbe per non funzionare neppure nelle sedi con carichi di lavoro ragionevoli dove funziona benissimo. A ben vedere a proposito del processo con preclusioni immediate si fronteggiano due concezioni del mondo. Da un lato gli amanti dell'ordine, che si assicurano e assicurano riducendo la vita passata nell'universo chiuso del processo, i cui elementi sono scelti dagli avvocati con scienza e coscienza una volta per tutte all'inizio della contesa. Dall'altro gli idealisti della giustizia "giusta", che non si accontentano del giusto processo secondo regole prestabilite, ma vorrebbero che questo restasse aperto il più a lungo possibile alla introduzione di nuovi fatti e nuove prove e che in appello si ricominciasse tutto daccapo in una inesausta illuministica ricerca di verità. Questi ultimi non considerano che il diritto (*actio sub lege*) è diverso dalla storia e dalle altre scienze sociali, sicché nel processo non devono entrare tutti i fatti passati, ma solo quelli rilevanti per la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta. La selezione dei fatti è, dunque, inevitabile ed essendo note fin dall'inizio le regole di diritto non è affatto strano, anzi è fisiologico, che tale selezione avvenga subito una volta per tutte ad opera di ciascuna parte interessata. Salvo a voler abbandonare il modello del processo civile dispositivo su diritti soggettivi dei privati per sostituirlo con il modello del processo

Un processo caratterizzato dalle preclusioni è un processo strutturato in fasi. La fase di trattazione, dedicata all'allegazione dei fatti ed alle richieste istruttorie, è divisa dalla fase dedicata a provare i fatti allegati contestati. Il principio di preclusioni può essere attuato in modo più o meno elastico; sicuramente il processo del lavoro realizza la versione più rigida di tale principio. Come esposto precedentemente, le allegazioni e le richieste istruttorie devono essere effettuate contemporaneamente, in linea di massima negli atti introduttivi, non essendo ammesso lo *ius poenitendi*.

Quest'ultimo, tipico del processo ordinario, previsto nell'ultima parte del comma 5 dell'art. 183 c.p.c., permette alle parti di precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate. Tale attività è del tutto sganciata dallo svolgimento dialettico del processo, consentendo alle parti di introdurre delle "novità" non giustificate né dalle difese della controparte, né dai rilievi ufficiosi del giudice. Pertanto, la rigidità di tale principio è volta ad evitare che, svolta la trattazione ed assunte le prove, sia possibile, in linea di principio, effettuare ulteriori allegazioni di altri fatti, avanzare richieste istruttorie in relazione a quest'ultimi fatti, assumere le prove; e poi di nuovo ricominciare con altre allegazioni, altre richieste istruttorie, altre assunzioni di prove e così via, creando un circolo vizioso<sup>89</sup>. L'assenza dell'*ius poenitendi* trova una diretta conferma nel primo comma dell'art. 420 c.p.c., che consente la modificazione della domanda solo in presenza di gravi motivi e previa autorizzazione del giudice.

Il rigoroso sistema delle preclusioni in relazione alle tardive allegazioni è una delle caratteristiche più importanti del rito del lavoro,

---

inquisitorio in senso sostanziale nell'interesse pubblico, in cui è il giudice a condurre senza limiti la ricerca dei fatti utili alla decisione come e fino a quando si ritenga soddisfatto. Ma nessuno, per fortuna, osa arrivare a tanto" in A. VALLEBONA, *Il Trionfo del processo del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, n.7, 566.

<sup>89</sup> F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II, 31.

poiché il venir meno dell'onere di allegazione immediata per entrambe le parti, determina una assoluta preclusione delle allegazioni tardive<sup>90</sup>.

Nel decennio tra il 1998 e il 2008 le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno pronunciato una serie di sentenze<sup>91</sup>, in materia di allegazioni, prove e preclusioni nel processo del lavoro, creando un orientamento dominante – da alcuni definito “sistema<sup>92</sup>” – per le materie trattate. Le Sezioni Unite hanno ribadito dei principi fondamentali sui quali occorre soffermarsi.

---

<sup>90</sup> A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, 40.

<sup>91</sup> CASS., S. U., N. 1099/1998; N. 11353/2004; in particolare N. 8202/ 2005: “*Il combinato disposto dell'art. 416, comma 3, e dell'art. 437, comma 2, c.p.c., va interpretato nel senso che nel rito del lavoro l'omessa indicazione nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, ovvero nella comparsa di risposta, dei documenti, nonché il loro mancato deposito insieme a detti atti, anche se in questi espressamente indicati, determinano la decadenza dal diritto alla produzione dei documenti stessi, con impossibilità della sua reviviscenza in un successivo grado di giudizio, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione.*

*Nel rito del lavoro, l'art. 437, comma 2, c.p.c. attribuisce al giudice di appello incisivi poteri istruttori in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della controversia, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti e pur in assenza di una specifica richiesta delle parti in causa. Ne consegue che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, anche il giudice di appello, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione.*

*Nel rito del lavoro, in base al combinato disposto dell'art. 416 c.p.c., terzo comma, che stabilisce che il convenuto deve indicare a pena di decadenza i mezzi di prova dei quali intende avvalersi, ed in particolar modo i documenti, che deve contestualmente depositare - onere probatorio gravante anche sull'attore per il principio di reciprocità fissato dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 13 del 1977 - e dell'art. 437 c.p.c., secondo comma, che, a sua volta, pone il divieto di ammissione in grado di appello di nuovi mezzi di prova - fra i quali devono annoverarsi anche i documenti -, l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti, e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione (ad esempio, a seguito di riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa del terzo); e la irreversibilità della estinzione del diritto di produrre i documenti, dovuta al mancato rispetto di termini perentori e decadenziali, rende il diritto stesso insuscettibile di reviviscenza in grado di appello. Tale rigoroso sistema di preclusioni trova un contemperamento - ispirato alla esigenza della ricerca della "verità materiale", cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro, teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti che nel giudizio devono trovare riconoscimento - nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ai sensi del citato art. 437 c.p.c., secondo comma, ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, poteri, peraltro, da esercitare pur sempre con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse”.*

<sup>92</sup> A. VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Padova, 2006, 49.

In primo luogo, nel rispetto del principio della domanda *ex art. 99 c.p.c.* è vietata al giudice qualsiasi integrazione dell'allegazioni dei fatti, essendo tale attività di spettanza esclusiva delle parti.

I fatti allegati, seppur inquadrabili nelle categorie di fatti costitutivi, impeditivi, estintivi e modificativi, con il conseguente onere della prova vuoi del ricorrente, vuoi del convenuto a seconda del tipo di fatto allegato, una volta entrati nel processo possono essere utilizzati anche contro la stessa parte che li ha allegati, in ragione del principio dell'indifferenza della parte che ha introdotto il fatto.

Infine, la Suprema Corte ha ribadito il principio in forza del quale le parti possono affermare i fatti solo nei rispettivi atti introduttivi.

Alla luce degli insegnamenti riportati, il principio delle preclusioni opera, come sopra esposto, simmetricamente per entrambe le parti, tuttavia assume dei lineamenti diversi a seconda del tipo di difese proposte dal convenuto. Tradizionalmente le difese si dividono in tre macro-categorie: le difese semplici, le eccezioni, le domande. È quindi necessario analizzare “se” e “come” il principio delle preclusioni opera in riferimento al tipo di difesa.

Per le difese semplici o mere difese, non opera alcuna preclusione. Infatti, questa attività consiste nella contestazione – o meglio, nella negazione – della fondatezza dell'avversa domanda in fatto e in diritto. La semplice negazione di un fatto, seppur di particolare importanza, in quanto se non venisse eseguita, il fatto allegato dalla controparte diventerebbe pacifico e non necessiterebbe di essere provato, non aggiunge nulla di “nuovo” nel processo. Invero, il resistente non allega fatti impeditivi, modificativi o estintivi, ma cerca di provare il contrario di quanto affermato dal ricorrente, non arricchendo il processo di questioni nuove. Il senso della mera difesa in fatto, quindi, è quello di svolgere attività istruttoria sui fatti allegati dal ricorrente, per cercare di giungere ad accertare fatti diversi da quelli allegati dalla controparte, attraverso mezzi istruttori che riescano a

convincere il giudice di una realtà diversa<sup>93</sup>. Conseguentemente il principio delle preclusioni non opera per tale categoria di difese.

Le eccezioni si distinguono in quelle in senso lato, rilevabili anche d'ufficio, e quelle in senso stretto, rilevabili solo su istanza di parte. La distinzione ha una particolare importanza in riferimento ai poteri del giudice, infatti solo alcune eccezioni, quelle in senso lato, possono essere rilevate dal giudice<sup>94</sup>. Orbene, entrambe le tipologie di eccezioni si basano su fatti che la parte deve allegare nel processo. Tuttavia, mentre per le prime il principio delle preclusioni opera in ordine al momento in cui deve essere allegato il fatto, per le seconde tale principio opera anche in ordine alla manifestazione della volontà della parte di servirsi dell'eccezione. In altri termini, mentre per le eccezioni rilevabili d'ufficio, in presenza della tempestiva allegazione e prova dei relativi fatti fondanti, il giudice deve tenerne conto anche d'ufficio anche se la parte non le ha fatte valere; per le eccezioni in senso stretto, non basta la tempestiva allegazione del fatto, ma anche la tempestiva manifestazione della volontà di avvalersene, pena la decadenza per il principio delle preclusioni.

Per completezza si riportano due esempi che nella pratica sono molto frequenti.

Un primo esempio, volto ad analizzare il rapporto tra il principio trattato e le eccezioni in senso lato, è l'eccezione dell'*aliunde perceptum*. In una controversia con oggetto la legittimità di un licenziamento, il datore di lavoro, nell'ipotesi in cui il giudice dichiari l'illegittimità dello stesso, può

---

<sup>93</sup> Così espressamente F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. I, 256.

<sup>94</sup> Al fine di sapere se un'eccezione rientri nell'una o nell'altra categoria, certe volte è lo stesso legislatore a definire la rilevanza d'ufficio della stessa. Ad es. l'art. 2939 c.c. in tema di prescrizione prevede che: "*il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta*". Pertanto, l'eccezione di prescrizione può essere fatta valere solo dalla parte. Nel silenzio del legislatore è necessario individuare un criterio che consenta di qualificare l'eccezione. La dottrina è unanime nel rintracciare la soluzione nell'art. 112 c.p.c.. La seconda parte della norma dispone che: "*il giudice non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti*", con la conseguenza che il giudice può pronunciare d'ufficio su tutte le eccezioni tranne quelle che sono riservate alle parti. Ciò significa che il legislatore ha valutato a priori quando riconoscere alle parti il potere dispositivo di avvalersi o meno dell'eccezione. È, quindi, naturale che tale potere vi sia quando è previsto dal legislatore, conseguentemente, le eccezioni sono in senso stretto quando è stabilito dal codice.

eccepire l'*aliunde perceptum*, ossia quanto il lavoratore abbia guadagnato altrove utilizzando il tempo reso libero dal licenziamento, al fine di vedersi detratta tale somma da quella risarcitoria. Dal momento che il lavoratore può trovare occupazione a distanza di tempo dal licenziamento e in un periodo successivo all'instaurazione della causa, se operasse rigorosamente il principio delle preclusioni, essendo superata la fase introduttiva del processo, al datore di lavoro sarebbe ingiustamente precluso proporre tale eccezione. In tal caso il principio delle preclusioni viene superato dalla possibilità riconosciuta al convenuto di dedurre l'*aliunde* anche nel corso del giudizio, ed anche in appello, purché ciò avvenga nel primo atto successivo alla conoscenza<sup>95</sup>.

Altri esempi dimostrano la rigorosa operatività del principio in questione. L'eccezione di prescrizione dei crediti di lavoro, l'eccezione di decadenza dal termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento e l'eccezione di decadenza del termine di sei mesi per l'impugnazione della rinuncia del lavoratore ai sensi dell'art. 2113 c.c., sono precluse al datore di lavoro, se non allega tempestivamente i fatti e

---

<sup>95</sup> *"In tema di conseguenze patrimoniali derivanti dal licenziamento illegittimo, il datore di lavoro, per poter essere ammesso a dedurre e a provare tardivamente circostanze idonee a dimostrare l'"aliunde perceptum" da parte del lavoratore, è tenuto a provare anche di non aver avuto conoscenza delle stesse e di avere, una volta acquisita tale cognizione, formulato le relative deduzioni nell'osservanza del principio, desumibile dagli artt. 414, 416 e 420 cod. proc. civ., della tempestività di allegazione dei fatti sopravvenuti, attraverso il necessario impiego, a questo fine, sotto pena di decadenza, del primo atto difensivo utile successivo. (Nella specie, la S.C., alla stregua dell'enunciato principio, ha rigettato il ricorso del datore di lavoro e confermato l'impugnata sentenza, con la quale era stata rilevata la tardività dell'allegazione, ad istanza dello stesso datore di lavoro, delle circostanze attestanti l' "aliunde perceptum" da parte del lavoratore, siccome non allegate, nel corso del giudizio di impugnazione del licenziamento, nel primo atto difensivo utile posteriore all'avvenuta conoscenza di tali fatti, senza la prospettazione di alcuna valida giustificazione al riguardo)". CASS. N. 14131/2006.*

Non sono mancate pronunce che hanno ritenuto l'*aliunde perceptum* una mera difesa, insuscettibile di preclusione, pertanto *"l'obbligazione relativa alla corresponsione di una somma di danaro in favore del lavoratore licenziato senza giusta causa e successivamente reintegrato, che l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, anche nel testo modificato dalla legge n. 108 del 1990, pone a carico del datore di lavoro, ha natura risarcitoria. Ne consegue che la eccezione con la quale il datore di lavoro, al fine di vedere ridotto al limite minimo legale delle cinque mensilità di retribuzione l'ammontare del suddetto risarcimento, deduca che il dipendente licenziato ha percepito un altro reddito per effetto di una nuova occupazione nel periodo intercorrente tra il licenziamento e la reintegrazione nel precedente posto di lavoro, ha carattere di mera difesa, e può essere, pertanto, proposta in appello, non comportando un allargamento dell'oggetto del giudizio con allegazione di un fatto nuovo e diverso"*. CASS. N. 12534/2001.

non manifesta tempestivamente la volontà di eccepirle nella memoria costitutiva.

Se le eccezioni subiscono gli effetti del principio delle preclusioni, a maggior ragione questi effetti valgono anche nel caso in cui il convenuto proponga una domanda riconvenzionale. La domanda riconvenzionale è l'azione che il convenuto può proporre nello stesso giudizio contro il ricorrente, affinché entrambe siano trattate in concomitanza. L'ammissibilità di un'azione riconvenzionale è soggetta ai criteri di connessione previsti dall'art. 36 c.p.c. ed in base al principio trattato, l'art. 416 comma 2, c.p.c., prevede a pena di decadenza la proposizione delle domande riconvenzionali con la memoria costitutiva<sup>96</sup>.

Così descritta l'operatività del principio delle preclusioni con riguardo all'allegazione dei fatti delle parti, è necessario analizzare l'operatività di tale principio riguardo l'indicazione specifica dei mezzi di prova e della produzione dei documenti, di cui le parti intendono avvalersi. In riferimento al regime delle preclusioni delle prove esistono degli strumenti di temperamento, sia individuati dal legislatore, che introdotti dalla giurisprudenza.

La giurisprudenza ha introdotto numerose deroghe al principio in questione, a volte permettendo – forse anche in modo discutibile – la possibilità di aggirare le preclusioni sui fatti, attraverso l'assunzione di mezzi di prova, che contestualmente introducevano nel processo fatti non allegati nell'atto introduttivo.

In tale sede preme evidenziare il concetto giurisprudenziale di ragionevole presunzione di non contestazione<sup>97</sup>. Al riguardo la Suprema

---

<sup>96</sup> In tal caso il convenuto dovrà, a pena di decadenza, formulare un'istanza al giudice, affinché emetta un successivo decreto di fissazione dell'udienza, modificando l'originario provvedimento, in modo tale da consentire al ricorrente – convenuto in via riconvenzionale – di svolgere le proprie difese in ordine al nuovo *thema decidendum*.

<sup>97</sup> CASS. S. U. N. 8202/2005 cit.; N. 17513/2005; in particolare CASS. N. 1509/1995: “*Nel rito del lavoro la parte ha facoltà di proporre, alla prima udienza, quei nuovi mezzi di prova che si rendano necessari in relazione all'inaspettata contestazione sollevata dall'avversario su un fatto che poteva ragionevolmente considerarsi pacifico (nella specie, l'attore è stato ammesso a*

Corte ha escluso la decadenza della parte che, nel proprio atto introduttivo, abbia ommesso di dedurre il mezzo di prova di una circostanza, “*anche se di valore determinante*”, che al momento del deposito degli atti, tale circostanza era stata ritenuta superflua sulla base di “*una ragionevole presunzione di non contestazione del fatto*”. Il concetto giurisprudenziale è una rilevante novità in materia, che consente al ricorrente di sanare le omesse richieste probatorie, sulla base delle effettive contestazioni del convenuto<sup>98</sup>. Il problema dell’uso di questo concetto è nell’impossibilità di riempirlo di contenuti certi; infatti, utilizzato con “disinvoltura” e “senza controllo” può salvare chiunque dalla decadenza di richieste istruttorie.

Gli strumenti previsti dal legislatore consistono nei poteri attribuiti al giudice ai sensi dell’art. 420 comma 5, nella parte in cui: “*nella stessa udienza [il giudice] ammette i mezzi di prova già proposti dalle parti e quelli che le parti non abbiano potuto proporre prima, se ritiene che siano rilevanti, disponendo, con ordinanza resa nell’udienza, per la loro immediata assunzione*”; e nei poteri istruttori d’ufficio *ex art. 421 c.p.c.*

Prima di soffermarsi sull’analisi di tali norme, è necessario evidenziare il principio, in base al quale le parti hanno il potere di iniziativa nel raccogliere le prove. Infatti, principio generale del processo civile, che pacificamente si applica al rito del lavoro, è quello della disponibilità delle prove di all’art. 115 c.p.c..

---

*dimostrare, ex art. 420, comma 5, c.p.c., uno dei fatti costitutivi della propria pretesa, in ordine al quale non aveva indicato prove nell’ambito del ricorso, facendo affidamento sull’atteggiamento di implicita ammissione tenuto stragiudizialmente dal convenuto).*

*Nel rito del lavoro il giudice d’appello non può disporre d’ufficio l’assunzione dei mezzi di prova in ordine ai quali si sia verificata per le parti una decadenza nel pregresso grado di giudizio”.*

<sup>98</sup> “Ad es. nessuno contesta mai l’esistenza in vita del ricorrente, il fatto integra una ragionevole presunzione di non contestazione, ma se il convenuto eccepisse l’esistenza in vita del ricorrente, nessuno potrebbe negare allo stesso di chiederne la prova, anche se non vi era nel ricorso introduttivo nessuna richiesta in tal senso” in P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 194.

### 3. Il principio dispositivo: inquadramento della questione

Riassumendo le fasi del processo, sin qui trattate, si comprendono in modo chiaro le circostanze nelle quali si calano i poteri istruttori del giudice. Infatti, in una controversia *ex art. 409 c.p.c.*, il ricorrente, dopo aver individuato il giudice competente, redatto l'atto introduttivo (completo di allegazione di fatti e richieste istruttorie) ed assolti i relativi adempimenti (notificazione e costituzione in giudizio), compare alla prima udienza di discussione (art. 420 c.p.c.), quando il giudice, assolti gli adempimenti richiesti, può far uso dei poteri istruttori d'ufficio. Nel processo del lavoro, per affrontare la disciplina di tali poteri o più in generale il problema dell'istruzione probatoria, è necessario individuare il rapporto dei poteri del giudice con il potere delle parti di raccogliere le prove, nel rispetto dell'art 115 c.p.c..

A seconda dell'intensità in cui sono utilizzati i poteri riconosciuti al giudice, la dottrina<sup>99</sup> distingue tre tipologie di processi.

Il primo, in cui le prove sono acquisite solo su iniziativa delle parti, garantisce una totale imparzialità dell'organo giudicante. In tal caso netta è la distinzione tra coloro che sono chiamati a reperire le prove – le parti – e colui che le valuta – il giudice. Un processo così caratterizzato è ispirato al principio di disponibilità delle prove nella sua completa attuazione.

La seconda tipologia di processo è caratterizzata da un uso rilevante dei poteri istruttori del giudice. Oltre che su iniziativa delle parti, le prove sono acquisite d'ufficio dal giudice, al quale sono attribuiti autonomi poteri di ricerca sia delle fonti di prova che dei fatti. Un processo caratterizzato dal potere del giudice di svolgere l'indagine, o meglio l'istruttoria, su fatti e prove che lui stesso raccoglie e valuta, è ispirato al principio inquisitorio.

---

<sup>99</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 279; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. I, 120 ss G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II; F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II; C. MANDRIOLI, *op. cit.*, Vol. II; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, 1991, Padova.

Infine, l'ultima tipologia è caratterizzata sia dall'iniziativa delle parti di acquisire le prove, che da poteri istruttori esercitabili d'ufficio.

Diversamente da un processo inquisitorio, il potere di iniziativa del giudice può riguardare solo fatti notori o fatti introdotti nel processo in ragione dell'allegazione delle parti o fatti emersi in contraddittorio, non essendo ammessa un'indagine d'ufficio. Questa tipologia di processo si pone a metà strada tra quelli precedentemente esposti. L'operatività del principio del dispositivo, non è completa come nella prima tipologia, tuttavia l'imparzialità e terzietà del giudice rimangono salvaguardate. Il processo del lavoro è quindi ispirato sia al principio dispositivo *ex art. 115 c.p.c.*, che al principio dei poteri istruttori d'ufficio; pertanto, può definirsi un processo semidispositivo.

La scienza giuridica da sempre si è concentrata sull'analisi dei modelli o "tipi" di processi sopra esposti; interrogandosi su quale principio il processo civile e conseguentemente quello del lavoro siano ispirati. Il dibattito accademico si concentra sull'interpretazione del binomio: principio del dispositivo e poteri del giudice. Infatti, all'interno dell'attuale codice di procedura civile, l'art. 115 strettamente connesso con il principio trattato, è collocato all'interno del gruppo di norme concernenti i poteri del giudice. In ragione della collocazione, la dottrina classica ha ritenuto che l'intero processo civile fosse retto dalla regola, secondo cui è riconosciuto in capo alle parti il potere di ricercare le prove, che costituiranno il fondamento della decisione del giudice. In altri termini, la dottrina tradizionale, in linea con una concezione classica e pura del principio dispositivo, afferma che le "informazioni" rilevanti ai fini della decisione devono essere rese dalle parti, in quanto l'organo giudicante non gode di autonomi poteri istruttori d'ufficio. Il principio del dispositivo sarebbe volto a garantire l'autonomia privata all'interno del processo, permettendo alla stessa di manifestarsi in sede processuale. Tuttavia, come sarà analiticamente esposto nei paragrafi successivi, l'art 115 c.p.c. riconosce

delle eccezioni al principio *de quo*. Eccezioni che trovano dimora già nell'inciso iniziale del citato articolo, nella parte in cui prevede “*salvi i casi previsti dalla legge*”<sup>100</sup>. Al fine di evitare che “il manto dell'autonomia contrattuale serva a nascondere gli abusi della parte più forte e che il processo divenga lo strumento per conseguire vantaggi ingiusti piuttosto che rappresentare la sede ove la parte che ha ragione, soprattutto se debole, possa trovare tutela<sup>101</sup>”, è necessario un corretto accertamento dei fatti il più vicino possibile alla verità materiale. Solo cercando di diminuire lo spazio tra le lame – verità processuale e verità sostanziale – di una stessa forbice, e perseguendo l'utopistica sovrapposizione delle stesse, il processo raggiunge il suo fine ultimo: risolvere una controversia con una “giusta” decisione.

### 3.1. Disponibilità delle prove

L'art. 115 c.p.c. pone la fondamentale regola in base alla quale l'organo giudicante, ai fini della decisione, deve tener conto delle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. La norma rubricata “*Disponibilità delle prove*” è un pilastro per l'intero processo civile, poiché sancisce il potere delle parti sia di dare avvio al procedimento, che di raccogliere le prove in base alle quali il giudice fonderà la sua decisione. La prova dei fatti allegati si configura come un vero e proprio diritto di natura processuale, strumentale all'attuazione dei diritti di azione e difesa garantiti dall'art. 24 della Costituzione<sup>102</sup>. Tuttavia, l'art. 115 c.p.c. prevede delle

---

<sup>100</sup> La dottrina maggioritaria afferma che i casi configurabili come eccezionali non inficerebbero la natura prevalentemente dispositiva del processo. Il principio dispositivo residuerebbe l'unico criterio ermeneutico da applicare nei casi di maggiore dubbio. Cfr. per tutti G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II; F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II; C. MANDRIOLI, *op. cit.*, Vol. II

<sup>101</sup> S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, 77

<sup>102</sup> Così espressamente G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II, 97. Sul punto parte della dottrina ha criticato che l'art. 115 cit. configuri un diritto processuale alla prova. La dottrina ha evidenziato come il legislatore del 1940 non avrebbe potuto avere nel suo “bagaglio culturale” e nella tradizione l'idea

eccezioni, giustificate dall'inciso iniziale dello stesso<sup>103</sup>, in cui il giudice è abilitato a disporre di propria iniziativa i mezzi di prova.

Al riguardo, è necessario distinguere le ipotesi di eccezione, che rientrano nell'inciso “*salvo i casi previsti dalla legge*”.

Da un lato, sicuramente, i poteri istruttori del giudice del lavoro rappresentano una delle ipotesi previste dalla legge; dall'altro, nel testo della norma, rientrano i casi in cui il giudice civile può disporre l'assunzione di alcuni mezzi di prova *ex officio*. Quest'ultimi sono: l'interrogatorio non formale o libero delle parti; l'ispezione di persone e di cose; la richiesta di informazioni alla P.A.; il giuramento suppletorio e in termini assai ristretti, nonché nei soli giudizi dinnanzi al tribunale in composizione monocratica, la prova testimoniale. Un'altra eccezione è disciplinata dal secondo comma dell'art. 115 c.p.c. ove si dice che il giudice può porre a fondamento della sua decisione le nozioni che rientrano nella comune esperienza. Discussa è l'interpretazione delle nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza, tuttavia parte della dottrina è d'accordo nel ritenere che corrispondano ai c.d. fatti notori. In ossequio al principio *notoria non egent probatione*, la norma prevede che il giudice possa fondare la sua decisione sulle nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza.

I fatti notori rientrano nel patrimonio culturale comune a tutti i soggetti di una determinata società in un determinato momento storico. Ad es. è un fatto notorio che dal 1939 al 1945 si è combattuta la Seconda

---

del diritto alla prova, d'altronde l'art. 24 della Costituzione è temporalmente successivo. Si è quindi sostenuto che l'articolo in questione prevedesse la sola “acquisizione al processo” di ciò che le parti produrranno e non la sua necessaria valutazione; così in B. CAVALLONE, *op. cit.*, 141 ss.

Orbene, la Corte Costituzionale ha iniziato a delineare un concetto di diritto alla prova solo a partire negli Settanta in M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, 69 ss.

<sup>103</sup> Art. 115 c.p.c. “Disponibilità delle prove”: “*Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza*”.

Guerra Mondiale. L'opinione prevalente ritiene che il giudice gode di un potere discrezionale nel porre un fatto notorio a base della sua decisione, tuttavia quest'ultimo può essere preso in considerazione dall'organo giudicante solo se allegato da una delle parti.

Parte della dottrina<sup>104</sup> richiama all'interno del secondo comma dell'art. 115 c.p.c. anche le massime di comune esperienza. Al riguardo non bisogna confondere le massime d'esperienza con i fatti notori. Quest'ultimi, come sopra esposto, sono accadimenti reali, fatti storici. Le massime d'esperienza sono regole e principi di carattere tendenzialmente generale, canoni di ragionamento che il giudice dispone per la valutazione delle prove dedotte dalle parti e ai fini della formazione del suo personale convincimento.

I fatti notori devono essere distinti dai fatti pacifici, cioè quei fatti che le parti ammettono esistenti concordemente. Soffermandosi sulla differenza tra fatti notori e fatti pacifici, il legislatore del 2009 è intervenuto sull'art. 115 c.p.c. sancendo la regola in base alla quale, la non contestazione dei fatti allegati dalla controparte vale per il deducente come *relevatio ab onere probandi*, ossia determina che il fatto allegato diviene pacifico, quindi non necessitante di essere provato. In altri termini, la modifica apportata dalla riforma all'articolo in oggetto, stabilisce che il giudice deve porre a fondamento della decisione (anche) i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita.

La disposizione processuale pone un onere in capo alle parti di contestare specificamente ed esplicitamente i fatti allegati da controparte, per evitare che siano in seguito considerati come implicitamente riconosciuti. L'obiettivo dell'intervento legislativo è quello di escludere dal *thema probandum* i fatti non specificatamente contestati dall'altra parte, con conseguente relativo alleggerimento dell'istruttoria processuale. La norma

---

<sup>104</sup> A. CARRATTA – M. TARUFFO, *Poteri del giudice, Commentario del codice di procedura civile* artt. 112 – 120, 2011, 478.

riguarda sia la mancata contestazione da parte del convenuto dei fatti allegati dall'attore, sia la non contestazione da parte dell'attore dei fatti allegati dal convenuto in via di eccezione o domanda riconvenzionale.

L'art. 115 c.p.c. ha ad oggetto la mancata contestazione ad opera della “*parte costituita*”. Il dettato legislativo conferma, quindi, la tesi secondo la quale non può configurarsi la mancata contestazione nel caso di contumacia della parte, escludendo che la contumacia equivalga a mancata contestazione. Premesso che non è questa la sede di analizzare il regime di contumacia nel processo, non si può non evidenziare, come ancora una volta, la posizione di chi è contumace – e quindi di chi non si interessa del processo – è più favorevole rispetto alla parte che, a volte per un errore dovuto all'inesperienza, non contesta in modo adeguato le allegazioni altrui<sup>105</sup>.

La presenza dell'avverbio “*specificatamente*” volto ad individuare il modo in cui deve essere redatta la contestazione dei fatti, trova la sua ispirazione nell'art. 416 c.p.c. ove si fa riferimento ad una contestazione specifica e non generica dei fatti allegati dall'attore. Ponendo l'attenzione su entrambe le norme citate e sul significato da attribuire all'avverbio specificatamente, si ritiene che il *modus* della contestazione richiesto dall'art. 115 c.p.c. non possa risolversi in una semplice negazione formale della verità dell'allegazione altrui, ma richieda una diversa versione dei fatti della parte da cui proviene.

Parte della dottrina e della giurisprudenza affermano che la specificità della contestazione debba essere direttamente proporzionale alla specificità dell'allegazione che si intende respingere<sup>106</sup>, considerandosi irrilevante una contestazione generica in cui si espongono mere formule di

---

<sup>105</sup> Parte della dottrina ravvisa la necessità di rivedere la disciplina della contumacia, considerata eccessivamente favorevole per colui che si disinteressa del processo Cfr. B. SASSANI – R. TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>106</sup> Cfr. G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II, 105.

stile. La valutazione sulla specificità della contestazione è rimessa al sindacato discrezionale del giudice.

La norma in esame, infine, enuncia il divieto, per l'organo giudicante, di ricorrere alla sua scienza privata, ossia alla diretta e personale conoscenza dei fatti oggetto di causa. Il divieto corrisponde al significato dell'antico brocardo latino *judex juxta allegata et probata partium decidere debet*, secondo cui il giudice era tenuto a decidere *secundum probata* e non *secundum conscientiam*, utilizzando le informazioni acquisite *uti iudex* durante processo.

#### **4. Principio dell'onere della prova e principio di acquisizione**

Il principio della disponibilità della prova deve essere coordinato da un lato, con il principio di acquisizione della prova, dall'altro, con quello dell'onere della prova<sup>107</sup>. Premesso che, in base al principio da ultimo citato, chi vuole far valere un diritto nel processo deve dare prova dei fatti che ne sono a fondamento e, che il giudice, nel rispetto dell'art. 115 c.p.c., deve porre a fondamento della decisione le prove dalle parti richieste; l'onere della prova costituisce una regola di giudizio, costituendo “un ponte tra diritto sostanziale e processo<sup>108</sup>”.

Per cogliere il significato di “regola di giudizio” si pensi alla circostanza in cui, relativamente ad un fatto, le parti abbiano fornito opposte versioni; o manchi del tutto la prova; o dalle prove raccolte risulti

---

<sup>107</sup> L'onere della prova è collocato all'interno del VI Libro del Codice Civile all'art. 2697: “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”; e all'art. 2698: “Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto”.

<sup>108</sup> A. VALLEBONA, *op.cit.*, 10.

contraddittorio il fatto stesso. In tal caso, se il giudice non ritiene di avere elementi sufficienti per decidere, quale tra le due versioni in conflitto sul “*vexato*” fatto dovrà scegliere, non essendo possibile la facoltà di astenersi dal pronunciare una decisione, in ossequio al principio “*non liquet*”?

Il giudice dovrà applicare la regola dell’onere della prova, secondo cui il rischio della mancanza o insufficienza o contraddittorietà della prova di un fatto controverso, ricade sulla parte su cui grava l’onere di provarlo<sup>109</sup>. Nell’esempio proposto, il giudice dovrà scegliere la versione del fatto prospettata dalla parte su cui non grava l’onere della prova.

È necessario precisare che il libero convincimento del giudice di cui all’art. 116 c.p.c. si deve basare su tutte le prove esperite o acquisite, di chiunque sia stata l’iniziativa, senza dar rilievo a quale parte nel processo abbia offerto il mezzo di prova.

Infatti, in ossequio al principio di acquisizione della prova, quest’ultima una volta entrata nel processo, esce dalla disponibilità della parte che l’ha richiesta o comunque offerta, con la conseguenza che, i risultati della prova raggiunti, possono essere utilizzati sia a favore, che contro la parte che aveva richiesto il suddetto mezzo di prova. In altri termini, la prova può giovare ad una qualunque delle parti, e non soltanto a quella che l’aveva richiesta.

Un’ulteriore conseguenza del principio di acquisizione è nella circostanza in cui, una volta richiesta la prova, la parte non può rinunciare alla sua assunzione o produzione (a seconda che si tratti di prova costituenda o precostituita<sup>110</sup>), salvo che vi sia il consenso delle altre parti e l’autorizzazione del giudice. A riprova di ciò si pensi all’ipotesi, prevista dal primo comma dell’art. 208 c.p.c., in cui se la parte che ha fatto la richiesta di assunzione della prova non si presenta in udienza, il giudice con ordinanza la dichiara decaduta dal diritto di assumere la prova, salvo, il

---

<sup>109</sup> Cfr. A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, 234 ss.

<sup>110</sup> Cfr. Cap III, par. 2.

caso in cui l'altra parte, intervenuta, chieda l'assunzione della prova medesima. Ancora, l'art. 245, comma secondo, c.p.c. prevede l'inefficacia della rinuncia della parte all'audizione dei testimoni dalla stessa indicati, salvo che le altre parti e il giudice vi consentano.

Da quanto esposto ne consegue che, il giudice non deve far ricorso alla regola dell'onere della prova, quando la prova di un fatto risulti comunque fornita dagli atti di causa.

Dagli effetti combinati dei principi descritti, è chiaro che la regola dell'onere della prova ha un "carattere residuale", in quanto il giudice ne dovrà fare applicazione solo nei casi in cui un fatto contestato, rilevante ai fini del decidere, rimanga sfornito di prova sufficiente<sup>111</sup>. "La sentenza fondata sulla regola dell'onere della prova costituisce una sorta di *extrema ratio*, per le ipotesi in cui il giudice non abbia potuto accertare i fatti rilevanti né mediante il prudente apprezzamento delle prove libere, né attraverso le rigidità formali delle eventuali prove legali<sup>112</sup>".

Nelle aule giudiziarie il problema più delicato è accertare, rispetto a ciascun fatto allegato, su quale delle parti ricada il relativo onere probatorio. In linea con il principio *onus probandi incumbit ei qui dicit*, l'art. 2697 citato risponde al problema; in quanto chi vuole far valere un diritto ha l'onere di provarne i fatti costitutivi, e chi vuole contestarne la rilevanza, ha l'onere di provarne l'inefficacia, o di provare altri fatti che lo abbiano modificato o estinto.

La risposta fornita non può essere soddisfacente, in quanto nella pratica non è sempre agevole qualificare un fatto come: costitutivo, impeditivo, modificativo o estintivo. La qualificazione di un fatto all'interno di una delle categorie descritte dipende dalla specifica pretesa dedotta in giudizio, essendo le norme di diritto sostanziale che di volta in volta danno contenuto concreto alla regola generale di cui all'art. 2697 c. c..

---

<sup>111</sup> Cfr. A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 235.

<sup>112</sup> Così espressamente A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, cit., 7.

Alle volte è la stessa legge che sovviene in aiuto, considerando a priori se il fatto debba essere qualificato come costitutivo o impeditivo. Ad es. l'art. 1147, terzo comma, c. c. dispone che “*la buona fede è presunta*”, conseguentemente chi vuole contestare la buona fede ha l'onere di provare i fatti attraverso i quali scaturisca la mala fede dell'altra parte.

Nel silenzio del legislatore, la Suprema Corte – con una interpretazione costituzionalmente orientata del diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione e del divieto di interpretare le disposizioni del codice in modo tale da rendere impossibile il diritto di difesa in giudizio – ha introdotto il principio della vicinanza della prova, secondo cui il relativo onere della prova può gravare sulla parte che più facilmente è in grado di assolverlo. Per cogliere la portata di tale principio, si pensi al caso in cui, nel giudizio, il lavoratore richieda il riconoscimento di un premio di produttività in relazione ai risultati economici positivi realizzati dall'impresa. In base all'art. 2697, il lavoratore che richiede l'accertamento del diritto al premio di produttività e la condanna del datore di lavoro al pagamento dello stesso, ha l'onere di provare il fatto costitutivo dell'avvenuto incremento di produttività dell'azienda, tuttavia la prova di tale fatto per il lavoratore potrebbe risultare una *probatio diabolica*, con la conseguenza che sovviene in aiuto il principio giurisprudenziale citato. Al riguardo, graverà sull'impresa l'onere di dimostrare il mancato raggiungimento di detti risultati, e non già sul lavoratore l'onere di dimostrare il contrario, in quanto gli elementi atti a provare il raggiungimento o meno di detti risultati sono nella disponibilità esclusiva dell'impresa<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> “*La ripartizione dell'onere della prova tra lavoratore, titolare del credito, e datore di lavoro, deve tenere conto, oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio - riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio - della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova; conseguentemente ove i fatti possano essere noti solo all'imprenditore e non anche al lavoratore, incombe sul primo l'onere della prova negativa (nel caso di specie, relativo al riconoscimento del premio di produttività in relazione ai positivi risultati economici dell'impresa, la S.C., nel rigettare il*

Per soli fini di completezza, si ricorda che le parti possono porre in essere patti volti ad invertire o modificare l'onere della prova, salvo si tratti *“di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto”*.

Il principio dell'onere della prova opera chiaramente anche nel processo del lavoro, in cui al giudice sono attribuiti poteri di iniziativa probatoria più ampi che nel processo civile ordinario. Tali poteri, pur non escludendo in astratto l'operatività della regola dell'onere della prova, tendono in concreto a comprimerne l'applicazione, sicché è ormai necessario analizzare i poteri istruttori nel rito del lavoro.

---

*ricorso, ha ritenuto che, correttamente, il giudice di merito aveva valutato che l'andamento dell'azienda rientrava tra gli elementi suscettibili di conoscenza solo da parte dell'imprenditore, sul quale, pertanto, incombeva il relativo onere probatorio)”* CASS. N. 20484/2008.

## CAPITOLO III

### I POTERI ISTRUTTORI NEL RITO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Il ruolo attivo del giudice del lavoro. Confine tra la discrezionalità e il “potere-dovere” dell’art.421 c.p.c. – 2. L’istruzione probatoria: la prova in generale – 3. I poteri del giudice *ex art. 421 c.p.c.*: potere di sanatoria degli atti irregolari – 4. I poteri del giudice *ex art. 421 c.p.c.*: il potere di disporre in qualsiasi momento l’ammissione di ogni mezzo di prova – 4.1. Le prove c.d. atipiche: contrasti dottrinali – 4.2. Le prove c.d. atipiche: l’interpretazione giurisprudenziale – 5. I poteri del giudice *ex art. 421 c.p.c.* di superare i limiti del codice civile – 5.1. La Confessione – 5.2. Il Giuramento – 5.3. Il superamento dei limiti del codice civile: la testimonianza – 6. L’interrogatorio libero *ex art. 421 ultimo comma c.p.c.* – 7. Il potere di richiedere informazioni ed osservazioni alle organizzazioni sindacali: inquadramento generale – 7.1. Il ruolo dei sindacati all’interno dell’ordinamento processual-lavoristico – 7.2. Il potere di richiedere informazioni e osservazioni alle organizzazioni sindacali: disciplina processuale *ex art. 421 comma secondo e 425 c.p.c.* – 8. Il potere di disporre l’accesso sui luoghi di lavoro

## **1. Il ruolo attivo del giudice del lavoro. Confine tra la discrezionalità e il “potere-dovere” dell’art.421 c.p.c.**

“È caratteristica precipua del rito del lavoro il contemperamento del principio dispositivo<sup>114</sup> con le esigenze della ricerca della verità materiale<sup>115</sup> di guisa che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova<sup>116</sup>, ma ha il potere-dovere<sup>117</sup> di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni<sup>118</sup> o decadenze in danno delle parti”. Così si è espressa la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite il 17 giugno 2004 con sentenza n. 11353, contestualizzando i poteri in esame nella fase istruttoria in riferimento ai principi esposti nel capitolo precedente. È chiaro che i poteri dell'organo giudicante si inseriscono in un sistema processuale, nel quale determinano, in primo luogo, ripercussioni sui principi dell'onere della prova e delle preclusioni, che risultano compresi in ragione dell'utilizzo degli stessi. In secondo luogo, la Corte

---

<sup>114</sup> Vedi Cap. II, parr. 3, 3.1.

<sup>115</sup> Il rito del lavoro a cognizione piena, pur non attuando un sistema inquisitorio e, al fine di rispettare l'art. 115 c.p.c., contempera il principio del dispositivo con le esigenze della ricerca della verità materiale. Cfr. R. FOGLIA, *“Il processo del lavoro privato e pubblico”*, Milano, 2001.

<sup>116</sup> Vedi Cap. II, par. 4.

<sup>117</sup> Sul concetto di potere-dovere si ricorda la stessa Relazione presentata al Senato dai Sen. Martinazzoli e Torelli evidenziava il ruolo che il giudice del lavoro dovuto assumere, così esprimendosi testualmente: “Le Commissioni del Senato, come aveva già fatto la Camera, hanno inteso rifiutare la tradizionale concezione agonistica del processo civile che tende a permettere e praticamente a premiare una condotta essenzialmente individualistica ed agonistica delle parti. Il progetto afferma al contrario l'idea che è propria, oltre che del grande insegnamento chiovendiano, delle principali riforme processuali europee a partire dalla fine del secolo scorso-di una moralizzazione o socializzazione del processo, fondata su un dovere reciproco di collaborazione delle parti e sul dovere del giudice di esercitare una funzione attiva sulla condotta del procedimento e nella determinazione degli elementi di giudizio”. Relazione in V. DENTI – G. SIMONESCHI, *“Il nuovo processo del lavoro”*, Milano, 1974.

<sup>118</sup> Vedi Cap. II, par. 2.

ricorda la qualificazione degli stessi non solo come “poteri”, ma anche “doveri”.

La dimensione “del dovere”, rispetto “al potere”, deve essere inquadrata in relazione alla natura del potere stesso, se meramente discrezionale o collegato ad un dovere. In altri termini, occorre chiedersi se il giudice è totalmente svincolato o deve seguire dei canoni di comportamento per l’uso del potere riconosciutogli e, *a contrariis*, il mancato esercizio del citato potere deve essere motivato?

Preliminarmente è necessario precisare che essendo un potere proveniente dall’organo giudicante, nel rispetto dell’imparzialità e terzietà dello stesso, deve essere esercitato in favore di tutte le parti processuali e non solo nei confronti del ricorrente-lavoratore. Al riguardo, la Corte Costituzionale è stata chiamata a decidere se sia, o meno, costituzionalmente illegittimo – per contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione – l’articolo 421, secondo comma, c.p.c., nella parte in cui prevede che il giudice possa disporre d’ufficio, in qualsiasi momento, l’ammissione di ogni mezzo di prova, dubitandosi che la norma denunziata:

a) costituisca una norma prevista ad esclusivo favore dell’attore, la cui posizione processuale verrebbe così ad essere ulteriormente privilegiata rispetto a quella del convenuto;

b) incida sull’imparzialità dell’organo giudicante.

La Corte con sentenza n. 10/1979 ha dichiarato l’infondatezza dell’incostituzionalità della norma oggetto di questo lavoro.

All’interrogativo sopra esposto, sovviene l’art. 421, secondo comma, c.p.c., che esordendo con “*può*”, indica la discrezionalità dell’iniziativa del giudice per l’esercizio dei suoi poteri istruttori. Discrezionalità che chiaramente non autorizza ad un uso arbitrario degli stessi.

Nel confine tra la discrezionalità e il “potere-dovere”, può annidarsi l’illegittimità nell’uso dei poteri istruttori, in quanto seppur è vero che, se dalle risultanze istruttorie emergono significativi dati e spunti di prova, ma

insufficienti per la decisione, il giudice non può limitarsi alla meccanica applicazione della regola dell'onere della prova, ma ha un potere-dovere di provvedere agli atti istruttori; è anche vero che, la tipizzazione di tale potere risulta ardua, per cui la violazione del confine deve essere registrata a seconda dei singoli casi.

Identificare e circoscrivere “il dovere” all'interno di quelli deontologici o, viceversa, in quelli strettamente giuridici, ha delle conseguenze in ordine al sindacato di legittimità in Cassazione dell'uso, o mancato uso dei poteri istruttori.

In altri termini, il primo problema, legato alla discrezionalità di tali poteri, è nel chiedersi se il mancato uso degli stessi possa essere oggetto di censura.

Si evidenzia un orientamento giurisprudenziale e dottrinario<sup>119</sup> che ritiene sindacabile in Cassazione il potere *ex art. 421 c.p.c.*. Infatti, l'esercizio di poteri istruttori d'ufficio deve essere inquadrato nell'ambito del contemperamento del principio dispositivo con quello della ricerca della verità, coinvolgendo un giudizio di opportunità rimesso ad un apprezzamento meramente discrezionale, che può essere sottoposto al sindacato di legittimità soltanto come vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c., qualora la sentenza di merito non adduca un'adeguata spiegazione per disattendere la richiesta di mezzi istruttori relativi ad un punto della controversia che, se esaurientemente istruito, avrebbe potuto condurre ad una diversa decisione. In caso di “*semiplena probatio*”, in cui soltanto l'esercizio dei poteri di ufficio può rimediare alla lacuna istruttoria, per la pronuncia di una sentenza con piena cognizione di

---

<sup>119</sup> Già pochi anni dopo l'entrata in vigore della legge n. 533/1973, parte della dottrina “auspicava che la Corte di Cassazione abbandonasse il comodo andazzo di dichiarare incensurabile in Cassazione il mancato esercizio dei poteri istruttori d'ufficio” in V. ANDRIOLI – C. M. BARONE – G. PEZZANO – A. PROTO PISANI, “*Le controversie in materia di lavoro. Legge 1 agosto 1973, n. 533 e norme connesse*”, Bologna-Roma, 1987, 714.

causa, il mancato esercizio dei poteri di cui all'art. 421 c.p.c, deve essere motivato dal giudice di merito<sup>120</sup>.

Un simile orientamento considera un “dovere” del giudice, l'esercizio dei poteri d'ufficio. Tuttavia, si potrebbe obiettare che con tale orientamento, si tradirebbe il tenore letterale della norma, che come precedentemente esposto, esordisce con “Può” e non “deve”.

Parte della giurisprudenza<sup>121</sup> sostiene, che il mancato esercizio dei poteri ufficiosi non è censurabile in Cassazione, ove la parte non abbia investito lo stesso giudice di una specifica richiesta istruttoria, indicando anche i relativi mezzi di prova. Tale orientamento trova fondamento nel principio dell'onere della prova, per cui se la parte non ha adempiuto all'onere della prova e risulta essere soccombente, non può in sede di legittimità, lamentare l'ingiustizia della decisione per il mancato esercizio dei poteri *ex art. 421 c.p.c.*

Altro orientamento<sup>122</sup> – che può essere definito estremo ed opposto rispetto al primo – considera meramente discrezionali i poteri trattati, non sussistendo un obbligo nell'esercitarli, poiché il giudice non può sostituirsi

---

<sup>120</sup> CASS. N. 8752/2017; CASS. S.U. N. 11353/2004; in particolare CASS. N. 29006/2008: “*si deve dare atto come la Corte di Appello non abbia motivato in ordine all'implicito rigetto dell'istanze istruttorie di Poste Italiane: la società chiedeva fino dal primo grado l'acquisizione del fascicolo penale e reiterava la richiesta in udienza di appello. Trattasi di sollecitazione dei poteri di ufficio del giudice, la quale non trova preclusioni temporali. Orbene, in un caso in cui la parte, attesa l'esistenza di documenti contenuti in un fascicolo di indagine penale dei quali non sia stata in grado di procurarsi la copia, solleciti il potere-dovere del giudice di acquisire di ufficio le copie relative, si versa ad avviso di questa Corte di Cassazione in un caso in cui, essendo difficile l'assolvimento dell'onere probatorio (non risulta che Poste Italiane sia parte nel processo penale) a cura della parte, trova giustificazione la sollecitazione del potere di acquisizione officiosa dei documenti stessi. Si tratta di un caso di “semiplena probatio”, in cui soltanto l'esercizio dei poteri di ufficio può rimediare alla lacuna istruttoria onde poter emettere una sentenza con piena cognizione di causa. Quanto meno, era necessario che il giudice di merito motivasse (Cass. SU n. 11353.2004) sul perché l'istanza non appariva rilevante ai fini della decisione”.*

<sup>121</sup> “*Nel rito del lavoro, il mancato esercizio da parte del giudice dei poteri ufficiosi ex art. 421 c.p.c., preordinato al superamento di una meccanica applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova, non è censurabile con ricorso per cassazione ove la parte non abbia investito lo stesso giudice di una specifica richiesta in tal senso, indicando anche i relativi mezzi istruttori*”. CASS. N. 6023/2009.

<sup>122</sup> “*Nel rito del lavoro, i poteri istruttori officiosi di cui all'art. 421 c.p.c. non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti (nella specie, mancata indicazione nel ricorso dei capitoli di prova testimoniale), così da porre il giudice in funzione sostitutiva degli oneri delle parti medesime e da tradurre i poteri officiosi anzidetti in poteri d'indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale*”. CASS. N. 11847/2009.

alle parti, sollevandole dai rispettivi oneri probatori, traducendo i poteri istruttori in poteri d'indagine tipici di un processo penale inquisitorio.

A modesto parere di scrive, occorre soffermarsi sulla necessarietà della motivazione, in caso di mancato uso dei poteri di cui all'art. 421 c.p.c.. Infatti, la presenza della motivazione determina la sindacabilità da parte della Corte di Cassazione del mancato uso dei citati poteri, oggi però difficilissima vista la riforma del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., il cui testo attuale recita: *“per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”*<sup>123</sup>.

Tuttavia, quello che contrasta all'eventuale controllo in sede di legittimità, non solo è la stessa formulazione dell'articolo in questione – che come esposto, esordisce con *“Può”* - ma la considerazione che, il potere riconosciuto al giudice del lavoro è un potere tipico dei giudizi di merito, non compatibile con un giudizio di legittimità. A sostegno si riportano le parole della Corte di Cassazione a Sezioni Unite della sentenza sopra citata, che riprendendo la pronuncia n. 7881 del 1997, testualmente prevede: *“nel rito del lavoro, la mancanza di documenti o la loro inidoneità a rappresentare i fatti allegati può indurre il giudice ad ammettere d'ufficio in qualsiasi momento ogni altro mezzo di prova ai sensi dell'art. 421 c.p.c., ma tale ammissione costituisce oggetto di una facoltà discrezionale incensurabile in sede di legittimità, che deve essere espressamente motivata solo se la parte la solleciti specificamente”*.

Condividendo quest'ultimo orientamento, sembra essere conciliato l'esercizio del potere discrezionale ufficioso, con il controllo di legittimità, proposto ai sensi del n. 5 comma primo, dell'art. 360 c.p.c., solo nell'ipotesi in cui la sentenza di merito non adduca una adeguata spiegazione per disattendere una richiesta dei mezzi istruttori relativi a un punto della

---

<sup>123</sup> Numero così sostituito dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 54, decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134. Per i termini di applicabilità delle disposizioni del presente numero vedi il comma 3 del citato articolo 54. Il testo precedentemente in vigore era il seguente: *“5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio”*.

controversia che, se esaurientemente istruito, avrebbe potuto condurre ad una diversa motivazione<sup>124</sup>.

Tale interpretazione, da un lato, comporterebbe il rispetto dell'onere della prova, poiché colui il quale non abbia adempito al citato onere, non potrebbe lamentare direttamente alla Suprema Corte l'ingiustizia della decisione a causa del mancato uso dei poteri ufficiosi, dall'altro garantirebbe una sindacabilità in sede di legittimità della sentenza di merito, nella parte in cui il giudice non abbia (adeguatamente) motivato il mancato uso dei poteri ufficiosi, tempestivamente sollecitato e alla presenza di una “*semiplena probatio*”.

Dunque, si può affermare che l'obbligo di motivazione sussiste solo quando risulti che l'esercizio dei poteri istruttori *ex officio* sia stato sollecitato dalle parti<sup>125</sup>.

L'esigenza primaria di far sì che il processo del lavoro giunga ad una decisione “giusta”, fondata su un accertamento dei fatti che sia il più possibile vicino alla realtà della situazione concreta da cui trae origine la controversia, ha indotto a configurare in termini peculiari la figura del giudice attribuendogli ampi poteri per l'accertamento della verità materiale. Esigenza rafforzata dal convincimento che in ragione dello squilibrio difensivo e della “debolezza istituzionale” del lavoratore, la disparità di forza tra le parti si traduce in lacune del giudizio di fatto o in possibili deformazioni della realtà; pertanto, si è “disegnata” la figura attiva del giudice del lavoro<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> A sostegno di tale soluzione CASS. N. 10662/2014: “*In ordine al rito del lavoro, il giudizio di opportunità riguardante l'esercizio di poteri istruttori di ufficio, rimesso ad un apprezzamento meramente discrezionale del giudice del merito, da effettuare nell'ambito del contemperamento del principio dispositivo con quello della ricerca della verità, può essere sottoposto al sindacato di legittimità soltanto come vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., allorché la sentenza di merito non adduca un'adeguata spiegazione per disattendere la richiesta di mezzi istruttori relativi ad un punto della controversia che, se esaurientemente istruito, avrebbe potuto condurre ad una diversa decisione*”.

<sup>125</sup> R. TISCINI, “*Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e Prospettive*”, Napoli, 2015, 163.

<sup>126</sup> L. P. COMIGLIO, “*I poteri d'ufficio del giudice del lavoro*”, in “*Quaderni di diritto del lavoro*”, n. 3, 2006.

L'utilizzo dei poteri ufficiosi di cognizione e di istruzione determina il conseguente ruolo attivo del giudice, al quale è certamente riconosciuto, alla stregua del giudice civile, da un lato, il generale potere di conduzione del procedimento, dall'altro, il potere di sollecitare la regolarizzazione degli atti manchevoli.

In ordine al generale potere di conduzione del processo di cui all'art. 175 c.p.c., si sottolinea che seppur rubricato nella Sezione I intitolata "*Dei poteri del giudice istruttore in generale*", non può essere collocato all'interno dei poteri istruttori d'ufficio *stricto sensu* di cui all'art. 421 c.p.c.; pertanto con l'espressione di cui all'articolo da ultimo citato, non si allude al generale potere di direzione del procedimento<sup>127</sup>. A conferma si pensi che i poteri di direzione sono esercitati anche prima dell'instaurazione del contraddittorio, ad es. con il decreto che fissa l'udienza, mentre i poteri istruttori *ex officio* vanno esercitati dopo l'instaurazione del contraddittorio con il convenuto<sup>128</sup>.

Anche al giudice del lavoro è riconosciuto il potere di indicare alle parti i vizi sanabili degli atti e dei documenti, assegnando un termine *ad hoc* per provvedervi. Il potere da ultimo descritto è sancito nel primo comma dell'art. 421 c.p.c. e prevede come unico limite alla sanatoria l'esistenza di diritti quesiti che siano sorti in capo ai terzi, a seguito della nullità e della decadenza degli atti.

Il giudice civile, ai sensi dell'art. 183, comma quarto, c.p.c., è tenuto a indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, in quanto egli non può decidere la lite sulla base di questioni di tale tipo che non siano state previamente sottoposte all'attenzione delle parti. Alcune questioni rilevabili d'ufficio sono il difetto di giurisdizione (art. 37 c.p.c.); la litispendenza (art. 39 c.p.c.); la connessione (art. 40

---

<sup>127</sup> Il potere di direzione del procedimento si concretizza nel potere di fissare l'udienza nel rispetto del termine di sessanta giorni di cui al secondo comma dell'art. 415 c.p.c.,

<sup>128</sup> V. ANDRIOLI – V. COLESANTI – V. DENTI – E. FAZZALARI – G. F. MANCINI – L. MONTESANO – F. SANTORO-PASSARELLI, "*Il nuovo processo del lavoro*", Padova, 1975, 111.

c.p.c.). Sembra potersi sostenere che non esiste una sostanziale differenza tra il potere del giudice civile e di quello del lavoro in ordine alla indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio.

Inoltre un'altra analogia può essere riscontrata in sede di prima udienza, vuoi *ex art. 183 c.p.c.* nell'ambito del rito ordinario di cognizione, vuoi *ex art. 420 c.p.c.* nell'ambito del rito "ordinario" del lavoro. Infatti, nell'ambito del rito ordinario, il giudice "*provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti. Se provvede mediante ordinanza emanata fuori udienza, questa deve essere pronunciata entro trenta giorni; mentre ai sensi del 420 c.p.c. alla prima udienza ammette "i mezzi di prova già proposti dalle parti e quelli che le parti non abbiano potuto proporre prima, se ritiene che siano rilevanti, disponendo, con ordinanza resa nell'udienza, per la loro immediata assunzione. Qualora ciò non sia possibile, fissa altra udienza, non oltre dieci giorni dalla prima concedendo alle parti ove ricorrano giusti motivi, un termine perentorio non superiore a cinque giorni prima dell'udienza di rinvio per il deposito in cancelleria di note difensive"*.

L'ultima parte del quinto comma della norma in esame, consente alle parti di proporre mezzi di prova anche durante l'udienza di discussione, superando il principio delle preclusioni<sup>129</sup>. La rigidità di quest'ultimo viene meno, solo nell'ipotesi in cui, si tratti di mezzi di prova che le parti non abbiano potuto promuovere prima per causa di forza maggiore o per caso fortuito, o perché l'esigenza di tale richiesta sia scaturita dalle difese della controparte o dall'esito dell'interrogatorio libero.

Nel caso in cui vengano ammessi nuovi mezzi di prova, ai sensi dell'ultima disposizione riportata, la controparte può dedurre i mezzi di prova che si rendano necessari in relazione a quelli ammessi, con assegnazione di un termine perentorio di cinque giorni. In tal caso, il

---

<sup>129</sup> Cfr. Cap II, par. 2.

giudice ammette, se rilevanti, i nuovi mezzi di prova dedotti dalla controparte e provvede alla loro assunzione. L'assunzione delle prove deve essere esaurita nella stessa udienza o, in caso di necessità, in udienza da tenersi nei giorni feriali immediatamente successivi.

In ragione delle disposizioni descritte, è necessario soffermarsi sui principi generali dell'istruzione probatoria.

## **2. L'istruzione probatoria: le prove in generale**

Tornando ad analizzare le fasi del processo in una dimensione dinamica dello stesso, si ricorda che – come esposto nel capitolo precedente – le parti, oltre ad allegare i fatti a fondamento delle loro domande, eccezioni ed eventuali domande riconvenzionali, hanno l'onere di indicare specificamente i mezzi di prova di cui intendono avvalersi e, in particolare, i documenti che offrono in comunicazione. Tale attività, definita istruttoria, serve per provare i fatti storici allegati<sup>130</sup> e si estrinseca nell'esecuzione dei singoli “passaggi”, differenti tra loro a seconda del tipo di mezzo di prova che si intende esperire. Tuttavia, è vero che, il mezzo di prova documentale si acquista al processo con la semplice produzione del documento, quindi per acquisirlo non occorre svolgere una particolare attività istruttoria. Le prove trovano la loro regolamentazione sia nel codice civile che in quello di rito, in quanto “rappresentano l'anello di congiunzione tra il mondo delle cose concrete e il processo<sup>131</sup>”. Pertanto, si ricorda che, al processo del lavoro si applicano sia le disposizioni del codice civile dall'art. 2697 a

---

<sup>130</sup> È necessario specificare che l'attività istruttoria non luogo sempre e comunque in ogni tipo di controversia. Infatti tale attività viene posta in essere se le parti non danno, implicitamente o esplicitamente, una comune versione dei fatti storici allegati, oppure se si tratta di diritti indisponibili, o infine se la causa non è documentalmente istruita. Cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Milano, 2015, 76.

<sup>131</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Milano, 2016, 316.

2739, che le disposizioni generali in materia di istruzione probatoria del Libro I del codice di procedura civile.

Prima di calarsi nella materia, si deve distinguere tra “mezzi di prova” e “prove”, poi, all’interno di quest’ultima categoria, tra prove costituite e prove costituende.

La distinzione terminologica tra “prova in senso stretto” e “mezzo di prova” non sembra essere seguita dal legislatore, dal momento che il più delle volte il legislatore utilizza il termine “prova” come sinonimo di “mezzo di prova”. Orbene, per “mezzo di prova” si intende l’insieme degli strumenti e dei procedimenti per la formazione del convincimento del giudice circa l’esistenza o l’inesistenza dei fatti di causa. Per “prova” si intende il risultato raggiunto a seguito di un *iter* logico-intellettivo, per mezzo del quale il giudice si convince della verità dei fatti allegati<sup>132</sup>.

In ordine alla distinzione da operare all’interno delle “prove”, dottrina e giurisprudenza sono da sempre granitiche nel suddividere tra prove precostituite e prove costituende.

Le prove precostituite si formano prima del processo, esse già (pre)esistono ed entrano nel giudizio mediante produzione o esibizione. Le prove costituende devono essere formate all’interno del processo. Nella prima ipotesi l’attività richiesta è minima, in quanto la prova preesiste fuori dal processo; mentre per le seconde, si tratta di costituire nel processo una prova che non esiste al di fuori dello stesso, pertanto l’attività processuale sarà maggiore rispetto alle prime. Esempio tipico delle prove precostituite è il documento, il quale una volta prodotto in giudizio sarà sottoposto alla valutazione del giudice. Esempi tipici di prove costituende sono il giuramento, la testimonianza e la confessione. Tuttavia, rispetto alle prime, le prove costituende sono soggette ad un *iter* processuale, attraverso il quale prendono forma nel processo. Infatti, occorre un’istanza di parte con la quale si chiede al giudice l’espletamento dell’attività istruttoria, che la parte

---

<sup>132</sup> G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. II, Bari, 2016, 98.

ritiene utile ai fini della decisione; seguirà un eventuale provvedimento di ammissione con forma di ordinanza; ed infine, si avrà l'esperienza del mezzo di prova.

Gli strumenti probatori hanno la caratteristica della "tipicità", ossia i mezzi di prova sono quelli previsti dal legislatore. È importante precisare che il principio di tipicità delle prove non esclude strumenti probatori che potrebbero essere utilmente utilizzati, ma esclude quei mezzi di prova che, secondo la *communis opinio*, non sono attendibili<sup>133</sup>. Infatti, nel processo del lavoro, come in quello ordinario, deve ammettersi la c.d. "prova atipica", liberamente valutabile dal giudice, non esistendo nel nostro ordinamento, il principio di gerarchia delle prove<sup>134</sup>. I mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nella Sezione "*Dell'istruzione probatoria*" sono: la prova documentale, tra le quali rientrano l'atto pubblico, la scrittura privata, i documenti informatici, la richiesta di informazioni alla Pubblica Amministrazione; la prova testimoniale; la confessione; il giuramento; l'ispezione; l'esperienza giudiziale; il rendiconto e; in senso lato l'interrogatorio libero e la consulenza tecnica. Oltre che i mezzi di prova previsti in via generale, il rito del lavoro contiene regole particolari specifiche connesse all'esercizio dei poteri istruttori, che consentono al giudice di richiedere d'ufficio informazioni ed osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali; di disporre, su istanza di parte, l'accesso sul luogo di lavoro e, se il giudice ne ravvisa la necessità, di disporre l'esame dei testimoni nel medesimo luogo di lavoro; ed infine il giudice può disporre la comparizione delle persone incapaci a testimoniare a norma dell'art. 246 c.p.c., per interrogarle liberamente.

Le prove si distinguono in tre categorie a seconda del modo in cui il fatto – per il quale è stato richiesto il mezzo di prova – viene provato. In altri termini, il modo in cui un mezzo di prova dimostra la veridicità del

---

<sup>133</sup> Ad es. la chiromanzia non è attualmente ritenuta una prova attendibile in F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II, 77.

<sup>134</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 317; Cfr. parr. 4.1 e 4.2. di questo capitolo.

fatto, determina la catalogazione in: prove dirette; prove indirette o rappresentative; ed infine prove critiche o presuntive o indiziarie.

Si definiscono “dirette” quelle prove che permettono al giudice con l'utilizzo solo dei sensi la percezione diretta del fatto allegato. Ad es. attraverso l'ispezione il giudice percepisce l'esistenza o meno di un macchinario aziendale.

Sono prove “rappresentative o indirette” quelle che permettono al giudice la percezione del fatto, non in modo diretto, ma attraverso un intermediario, senza il quale, il giudice non potrebbe accertare la veridicità dei fatti. Esempi di intermediari possono essere: dei documenti, nei quali è scritto di un fatto; una testimonianza, per mezzo della quale il giudice percepisce il fatto allegato con il racconto dei terzi; o le dichiarazioni delle parti.

Conseguenza dell'esperimento di tali prove è l'attendibilità (di ciò che è scritto nel documento o nelle parole del teste) in riferimento ai fatti da provare. Il giudizio di attendibilità, c.d. autonomia di giudizio, è disciplinato dall'art. 116 c.p.c.<sup>135</sup>, il quale, in linea con il principio di libera valutazione delle prove, stabilisce il libero e prudente apprezzamento del giudice in merito sia alle risultanze delle prove, che sull'attendibilità delle prove rappresentative.

Infatti, nel caso di prova testimoniale in aggiunta alle varie risultanze probatorie, è il giudice di merito che ritiene quali siano le più idonee; in quanto essendo la valutazione della materia probatoria rimessa al prudente apprezzamento del giudice, quest'ultimo è libero di attingere il proprio convincimento da quelle prove che ritenga più attendibili, senza essere tenuto ad un'esplicita confutazione degli altri elementi probatori non accolti, anche se allegati dalle parti. Merita attenzione – sia per il giudizio

---

<sup>135</sup> Art. 116 c.p.c. “Valutazione delle prove”: “Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”.

di attendibilità, che di ammissione – la pronuncia di un giudice di merito<sup>136</sup> che, seppure ritiene ammissibile in linea di principio, in una causa tra lavoratore e datore, la prova testimoniale di un collega, che è parte di un'altra e diversa causa contro lo stesso datore, non reputa attendibili le parole del teste, non già perché collega della parte e, contestualmente parte processuale contro lo stesso datore di lavoro, ma perché le dichiarazioni del teste sono in contraddizione con l'altro materiale probatorio. Pertanto, la valutazione della attendibilità della prova rappresentativa viene affidata al giudice di merito e va effettuata tanto con riferimento alla credibilità del testimone (ai suoi rapporti con le parti e alle sue qualità personali nonché ai comportamenti passati), quanto con riferimento alle dichiarazioni rese in giudizio, verificandone la precisione, la completezza e le eventuali contraddizioni.

“Valutazione secondo prudente apprezzamento significa dunque valutare l'attendibilità della prova secondo regole tratte dalla società civile, cioè secondo le massime d'esperienza<sup>137</sup>”.

Il principio della prova liberamente valutabile è limitato dallo stesso articolo trattato, che testualmente prevede “*salvo che la legge disponga altrimenti*”. Posta come clausola di salvezza, è il legislatore che *a priori* ha valutato l'attendibilità del mezzo di prova. In tal caso, le prove – che prendono il nome di “legali” – vincolano pienamente il giudice. Infatti, il legislatore stabilisce che al verificarsi di un determinato evento, il giudizio non può che essere di attendibilità della prova; ad es. il giudice deve reputare attendibile il fatto storico attestato in un atto pubblico alla presenza di un pubblico ufficiale.

La differenza tra prova legale e prova libera non è nella maggiore efficacia della prima rispetto alla seconda, ma nel vincolo di attendibilità che pone il legislatore sulle prime rispetto alle seconde. Ciò significa che, le

---

<sup>136</sup> Trib. Bari 30 giugno 2017.

<sup>137</sup> Così espressamente F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II, 81.

prove libere, superato il giudizio di attendibilità, hanno lo stesso “rango” ed efficacia di quelle legali.

La libera valutazione delle prove è strettamente collegata alla prova indiziaria o critica, dove maggiormente è avvertita l’esigenza di un uso prudente del principio dell’autonomia di giudizio.

La prova “critica o indiziaria” è costituita da un ragionamento del giudice che attraverso la prova di fatti secondari risale a dedurre l’esistenza o meno dei fatti primari. Quindi, la prova critica non integra un *tertium genus*, ma ha la caratteristica di unire la prova di un fatto, raggiunta con i normali mezzi di prova diretti o rappresentativi, con un ragionamento del giudice che consente di affermare l’esistenza o meno di un fatto primario, rilevante per la decisione; dall’esistenza di un fatto secondario, provato, ma di per sé irrilevante<sup>138</sup>. Le prove in questione danno vita a delle presunzioni di prova; infatti, il giudice, dall’esistenza di alcuni fatti secondari noti o comunque provati, presume l’esistenza di un fatto principale, rilevante ai fini della decisione.

Le presunzioni, prove critiche o indiziarie, si dividono, da un lato, in presunzioni legali, che a sua volta si suddividono in assolute e relative, dall’altro in presunzioni semplici.

L’art. 2727 c.c.<sup>139</sup> nel definire le presunzioni, equipara in unico concetto le presunzioni semplici a quelle legali, consentendo, attraverso un procedimento logico-conoscitivo, di risalire da un fatto noto ad un fatto ignoto. La differenza tra le presunzioni semplici e quelle legali dovrebbe individuarsi nel soggetto che adotta tale procedimento inferenziale: nel primo caso è il giudice che, nel caso concreto, trae le conseguenze dal fatto noto per conoscere quello ignorato, mentre nell’ipotesi di presunzione legale è il legislatore che, in termini generali ed astratti, formula la conseguenza presuntiva del fatto noto.

---

<sup>138</sup> Cfr. F. P. LUIISO, *op. cit.*, Vol. II, 79.

<sup>139</sup> Art. 2727 c.c. “Nozione”: “Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato”.

La dottrina pressoché unanime<sup>140</sup> ha contestato tale equiparazione, sottolineando che, l'art. 2727 c.c., descrivendo un ragionamento deduttivo, si riferisca esclusivamente all'*iter* logico-inferenziale del giudice; e di conseguenza la norma in esame si riferisce solo alle presunzioni semplici. Premessa una differenza sia strutturale che funzionale tra le due tipologie di presunzioni, in quelle legali manca la struttura inferenziale del ragionamento presuntivo prevista dalla norma.

Solo le presunzioni semplici possono dunque considerarsi mezzi di prova in senso proprio operando come strumenti conoscitivi per l'accertamento di fatti controversi.

È proprio nelle presunzioni semplici il modo di ragionare tramite un procedimento logico, che potrebbe definirsi induttivo al quale il giudice ricorre nella formazione del proprio convincimento sia per fatti rilevanti per la decisione sia per la valutazione stessa delle prove. In ragione dell'antico principio *praesuntum de praesunto non admittitur*, l'art. 2727 c.c., in connessione col successivo art. 2729<sup>141</sup> limita esclusivamente al "fatto noto" la fonte da cui è possibile inferire la conoscenza in ordine al fatto ignoto, ed esclude in tal modo che, alla base del ragionamento inferenziale, il giudice possa porre fatti la cui conoscenza è, a sua volta, risultato di un procedimento presuntivo.

Il fatto noto posto a base della presunzione deve essere un fatto conosciuto dal giudice in quanto notorio, pacifico o già accertato in giudizio mediante altri mezzi di prova; la sua individuazione e valorizzazione come fonte di presunzione è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. Come previsto dall'art. 2729 c.c., il giudice non può affidarsi arbitrariamente alle presunzioni semplici, ma potrà ammettere solo quelle

---

<sup>140</sup> Cfr. fra tutti L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, IV ed., Cap. III, Bologna, 2006.

<sup>141</sup> Art. 2729 c.c. "*Presunzioni semplici*": "*Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni*".

“*gravi, precise e concordanti*”. Per “grave” si intende un fatto dotato di elevata persuasività, per “preciso” un fatto non suscettibile di diverse interpretazioni; e si definiscono concordanti quelle presunzioni che confluiscono nella stessa direzione di altri elementi di prova.

La regola da seguire è quindi quella dell’*id quod plerumque accidit*, ossia, di ciò che accade normalmente nella maggior parte dei casi. Si pensi al caso di un rapporto di lavoro dipendente, che se svolto alle dipendenze di estranei si presuppone, nella maggior parte delle ipotesi, oneroso. Infatti, la normalità di un descritto rapporto di lavoro è che la prestazione lavorativa sia offerta dietro corrispettivo, essendo anormale che vi sia una prestazione lavorativa a titolo gratuito. Ebbene, quando in causa è provata la prestazione lavorativa a favore di estranei, si presume – secondo l’*id quod plerumque accidit* – che essa sia a titolo oneroso.

Le presunzioni legali assolute, c.d. *iuris et de iure*, disciplinate dall’art. 2728 c.c.<sup>142</sup>, non ammettono prova contraria, salvo che in determinati e rari casi, in cui la legge consenta di superare anche la presunzione legale assoluta<sup>143</sup>. Gli esempi di presunzioni legali assolute non sono molti, ma in passato, secondo la dottrina<sup>144</sup>, la *culpa in eligendo* del datore di lavoro, poteva rappresentare l’esempio-tipo delle presunzioni assolute. Il datore di lavoro risponde dell’operato del dipendente, da lui stesso scelto, ai sensi dell’art. 2049 c.c.; infatti, in ragione di un rapporto di lavoro subordinato, che attribuisce il potere direzionale e decisionale “*a padroni e committenti*”, il datore di lavoro risponde degli illeciti civili

---

<sup>142</sup> Art. 2728 c.c. “*Prova contro le presunzioni legali*”: “*Le presunzioni legali dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite. Contro le presunzioni sul fondamento delle quali la legge dichiara nulli certi atti o non ammette l’azione in giudizio non può essere data prova contraria, salvo che questa sia consentita dalla legge stessa*”.

<sup>143</sup> Le presunzioni legali assolute, eccezionalmente, solo se la legge lo dispone possono essere contrastate solo con alcune prove o solo in via di domanda giudiziale. Cfr. F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II, 85.

<sup>144</sup> Cfr. F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II, 84. L’autore sostiene che “la dottrina voleva necessariamente ricollegare la responsabilità civile al principio generale della colpa: laddove della colpa non vi era traccia nella legge, si inseriva come presunta e senza possibilità di prova contraria la “*culpa in eligendo*”.

commessi dal proprio dipendente nei confronti di terzi, durante lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Le presunzioni legali relative, c.d. *iuris tantum*, disciplinate anch'esse dall'art. 2728 c.c. “*dispensano da qualunque tipo di prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite*”. Si effettua quindi un'inversione dell'onere della prova: quello che normalmente è un fatto costitutivo, diventa un'eccezione; quella che è un'eccezione diventa un fatto costitutivo. Dunque, la trasposizione del fatto da una parte all'altra incide necessariamente sull'onere della prova<sup>145</sup>.

Quanto alle presunzioni legali in generale (sia assolute che relative), si deve concludere che non possono rientrare propriamente nella definizione di mezzi di prova, poiché si ritiene più opportuno ricondurle ad un meccanismo normativo, volto ad incidere sul regime di distribuzione dell'onere della prova, escludendo la necessità, per la parte a favore della quale operano, di fornire la prova di un fatto che rientra nella fattispecie da essa dedotta in giudizio.

Infine accanto alle prove, l'art. 116 c.p.c. conosce delle c.d. prove minori o argomenti di prova, che possono essere desunti dalle risposte delle parti all'interrogatorio libero. Da soli non sono idonei a ritenere provato un determinato fatto, ma sono usati per integrare i mezzi di prova in senso proprio, anche in merito all'attendibilità dei mezzi di prova rappresentativi. L'argomento di prova può essere definito uno “strumento di contorno<sup>146</sup>”.

Così esposta, la disciplina dell'istruzione probatoria passiamo ad analizzare i poteri istruttori in merito alle prove.

---

<sup>145</sup> Ad es. l'art. 2054 c.c. stabilisce che il conducente di un veicolo (senza guida di rotaie) è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per aver evitato il danno.

<sup>146</sup> F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II, 83.

### **3. I Poteri del giudice ex art. 421 c.p.c.: potere di sanatoria degli atti irregolari**

Al fine di avere una visione completa dei poteri oggetto di questo lavoro, si ritiene necessaria l'enunciazione del testo della norma cardine, pertanto, si espone quanto segue:

*“Il giudice indica alle parti in ogni momento le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere sanate assegnando un termine per provvedervi, salvo gli eventuali diritti quesiti.*

*Può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta di informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti. Si osserva la disposizione del comma sesto dell'articolo precedente.*

*Dispone, su istanza di parte, l'accesso sul luogo di lavoro, purché necessario al fine dell'accertamento dei fatti, e dispone altresì, se ne ravvisa l'utilità, l'esame dei testimoni sul luogo stesso.*

*Il giudice, ove lo ritenga necessario, può ordinare la comparizione, per interrogarle liberamente sui fatti della causa, anche di quelle persone che siano incapaci di testimoniare a norma dell'articolo 246 o a cui sia vietato a norma dell'articolo 247”.*

La norma esordisce riconoscendo al giudice “il primo e più l'innocuo”<sup>147</sup> dei poteri-doveri di indicare in ogni momento alle parti le irregolarità degli atti e dei documenti che potrebbero essere sanate previa concessione di un termine per provvedervi, facendo salvi gli eventuali diritti quesiti.

L'esercizio del potere di segnalare le irregolarità degli atti al fine di sanarle deve essere collegato alla invalidità degli atti e andrebbe effettuato

---

<sup>147</sup> G. BALENA, *op. cit.*, Vol. III, 37.

all'inizio dell'udienza<sup>148</sup>. Detta disposizione, nello stabilire che il giudice indica alle parti le irregolarità degli atti e dei documenti suscettibili di essere sanate, assegnando un termine per provvedervi, persegue obiettivi di “giustizia sostanziale”, mirando ad evitare che vizi di forma, di tipo emendabile, possono tradursi in preclusioni all’esame nel merito, senza che la parte sia avvertita dall’esistenza dei vizi stessi e della possibilità di ovviarvi.

Un uso legittimo e generale di tale potere si riscontra nel caso di mancato deposito della procura generale alle liti per atto notarile, che sia stata richiamata nei suoi estremi essenziali in atti difensivi della parte, determina l’invalidità della costituzione della medesima soltanto nel caso in cui sia rimasto infruttuoso l’invito del giudice a regolarizzare la costituzione medesima.

Il potere di cui al primo comma è stato utilizzato per mitigare la rigidità dei principi in materia di oneri probatori delle parti. Infatti, per cogliere l’operatività pratica del potere di indicare alle parti le irregolarità degli atti da sanare, si riporta un orientamento risalente della Suprema Corte<sup>149</sup> in materia di prova testimoniale, da ultimo messo in discussione.

La Corte riteneva che, qualora la parte abbia, con l'atto introduttivo del giudizio, proposto capitoli di prova testimoniale, specificamente indicando di volersi avvalere del relativo mezzo in ordine alle circostanze di fatto ivi allegate, ma omettendo l’enunciazione delle generalità delle persone da interrogare, tale omissione non determina decadenza dalla relativa istanza istruttoria, ma concreta una mera irregolarità, che abilita il giudice all’esercizio del potere-dovere di cui all’art. 421 c.p.c., comma 1°.

---

<sup>148</sup> G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, V ed., Milano, 2008, 140.

<sup>149</sup> V. CASS. N. 11505/2006; CASS. N. 16529/2004; CASS. N. 14465/2000; CASS. N. 3343/2001; CASS. S.U. N. 262/1997; CASS. N. 1978/1981.

Da ultimo si registra una pronuncia della Cassazione contraria<sup>150</sup> all'orientamento esposto, che ritiene non sanabile ai sensi del 421 comma primo, l'omissione dell'enunciazione delle generalità delle persone da interrogare, in quanto la parte incorre nella decadenza della relativa istanza istruttoria, con la conseguenza che il giudice non può fissare un termine per sanare la carente formulazione.

La Corte ha affermato che la prima volta in cui il giudice del lavoro fissò un termine "di grazia" ex art. 421 c.p.c. alla parte che avesse chiesto una prova testimoniale senza indicare i testimoni, era in vigore l'art. 244 c.p.c., comma 3, il quale consentiva sempre e comunque la fissazione di un termine per tale sanatoria. Fu dunque giocoforza, per la giurisprudenza lavoristica d'allora, concludere che l'art. 244 c.p.c., comma 3, fosse espressione di un principio generale e come tale applicabile anche al rito del lavoro (così appunto Cass. 2698/83, cit.). Oggi, tuttavia, l'art. 244 c.p.c., comma 3, non esiste più: e l'abrogazione di tale norma, letta unitariamente con il principio di ragionevole durata del processo di rilievo comunitario e

---

<sup>150</sup> CASS. N. 5950/2014: "La [...] ragione per la quale il primo motivo di ricorso sarebbe comunque infondato nel merito è che la prova per testimoni, tanto nel rito ordinario quanto in quelli speciali, va richiesta con le modalità prescritte dall'art. 244 c.p.c., il quale costituisce un precetto generale applicabile a qualsiasi forma processuale. Tale norma prescrive che la richiesta di prova per testimoni sia formulata "mediante indicazione specifica dette persone da interrogare e dei fatti, formulati in articoli separati, sui quali ciascuna di esse deve essere interrogata".

L'uso della congiunzione "e" rende palese che persone da interrogare e fatti da domandare debbono necessariamente essere compresenti, a pena di difformità della richiesta dal suo modello legale, e dunque di inammissibilità. La conclusione è corroborata dal rilievo che l'art. 244 c.p.c., nella sua originaria stesura, prevedeva espressamente la possibilità per il giudice di fissare alle parti un termine perentorio per integrare la propria istanza di prova testimoniale (comma 3). Tale previsione venne tuttavia abrogata dalla L. 26 novembre 1990, n. 353, art. 89: e la soppressa possibilità di fissare termini per integrare le richieste istruttorie carenti rende evidenti che tali richieste debbano essere oggi sempre formulate in modo completo.

Questi principi trovano applicazione tanto nel rito ordinario, quanto nel rito c.d. del lavoro. L'art. 421 c.p.c., comma 1, infatti, con riferimento a quest'ultimo tipo di processo consente al giudice di assegnare alle parti un termine per emendare le irregolarità "che possono essere sanate".

Ma una volta stabilito che, per effetto della soppressione dell'art. 244 c.p.c., comma 3, le parti hanno l'onere di formulare le richieste istruttorie in modo completo ab initio; ed alla luce della considerazione che tanto nel rito ordinario, quanto in quello speciale, le richieste istruttorie debbono essere formulate entro termini perentori a pena di nullità (termini perentori che, giova ricordare, sono di ordine pubblico, e la cui violazione è pertanto rilevabile d'ufficio e non sanabile dell'acquiescenza delle parti), nessuna sanatoria è più concepibile nel caso di richieste istruttorie incomplete".

costituzionale, impedisce di continuare a ritenere sanabile la carente formulazione delle istanze istruttorie, ivi formulate quelle proposte nei giudizi soggetti al rito del lavoro.

Dal combinato disposto di cui all'art. 420, comma 5°, c.p.c., – che riconosce al giudice, nella stessa udienza di discussione, di ammettere i mezzi di prova già proposti dalle parti e quelli che le parti non abbiano potuto proporre prima, se ritiene che siano rilevanti – e il potere di cui al primo comma dell'art. 421 c.p.c. può leggersi un potere “rafforzato” del giudice di indicare alla parte istante la riscontrata irregolarità, che allo stato non consente l'ammissione della prova, assegnandole un termine per porvi rimedio<sup>151</sup>. Tale potere “rafforzato” potrebbe essere esercitato solo per sanare le irregolarità degli atti di ammissioni di prova. Chiaramente, l'inottemperanza del termine fissato ai sensi del 421 c.p.c. comporta, in applicazione della particolare disciplina del quinto e sesto comma dell'art.420 c.p.c., la decadenza insanabile della parte dal diritto di assumere la prova.

L'art. 421 c.p.c. stabilendo che il giudice indica alla parte l'eventuale irregolarità di atti e documenti suscettibile di essere sanata, assegnando un termine per provvedervi, non può trovare applicazione quando detta irregolarità sia stata già espressamente eccepita tempestivamente dall'avversario. Infatti, in ragione della tempestività dell'eccezione, la parte interessata ha tempo utile per porvi rimedio. L'inerzia della parte determina che la relativa questione resta acquisita al dibattito e rimane di conseguenza

---

<sup>151</sup> *“In sede di pronuncia dei provvedimenti istruttori di cui all'art. 420 stesso codice, il giudice ove ritenga l'esperimento del detto mezzo pertinente e rilevante ai fini del decidere, deve indicare alla parte istante la riscontrata irregolarità, che allo stato non consente l'ammissione della prova, assegnandole un termine per porvi rimedio ed applicando, a tal fine, la particolare disciplina prevista dal comma quinto della norma da ultimo citata, col corollario della decadenza nella sola ipotesi di mancata ottemperanza allo spirare di questo termine, espressamente dichiarato perentorio dal medesimo comma”*. CASS. N. 17649/2010.

superata la necessità od opportunità di dell'invito ufficioso del giudice di rimediarvi<sup>152</sup>.

Se come precedentemente esposto la norma ha la finalità di avvertire la parte sia dall'esistenza dei vizi stessi che della possibilità di porvi rimedio, la successiva e tempestiva assolve a tale finalità; pertanto, in tale ipotesi, l'iniziativa *ex officio* del giudice risulterebbe inopportuna.

#### **4. I Poteri del giudice *ex art. 421 c.p.c.*: il potere di disporre in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova**

Elemento centrale e caratterizzante i poteri istruttori di cui all'art. 421 c.p.c., è il secondo comma dell'articolo oggetto di questa trattazione. Infatti, come esposto nel capitolo primo, a cui si rimanda al fine di non appesantire e non sviare dall'argomento in questione, le leggi speciali fin dal 1893 e le disposizioni del codice di rito anteriori alla riforma del 1973 hanno sempre attribuito all'organo giudicante ampie prerogative istruttorie.

L'attuale secondo comma, nella prima parte, legittima il giudice a disporre su propria iniziativa ed in qualsiasi momento, l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio. Inoltre, la seconda parte del comma legittima il giudice a richiedere informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti. Pertanto, ai fini di una chiara esposizione, sarà dapprima trattata la prima parte del secondo comma

---

<sup>152</sup>«L'art. 421 c.p.c., il quale, per le cause soggette al rito del lavoro, stabilisce che il giudice indica alla parte l'eventuale irregolarità di atti e documenti suscettibile di essere sanata, assegnando un termine per provvedervi, non trova applicazione quando detta irregolarità sia stata già espressamente eccepita dall'avversario, in tempo utile a che l'interessato possa porvi rimedio, dato che, in tale ipotesi, la relativa questione resta acquisita al dibattito e rimane di conseguenza superata la necessità od opportunità di quell'invito d'ufficio». CASS. N. 9192/1993.

e, nei paragrafi successivi, la richiesta di informazioni alle associazioni sindacali.

La prima peculiarità da analizzare è la mancanza di limiti cronologici e vincoli temporali per l'ammissione ufficiosa dei mezzi di prova. Il giudice è, dunque, svincolato dall'osservanza dei termini perentori, che, nel rispetto del principio delle preclusioni, le parti devono osservare per la richiesta delle prove. Invero, l'ammissione in "*qualsiasi momento*" trova la sua *ratio* nel fine che la stessa norma persegue; ossia quello della ricerca della verità materiale. È ragionevole ritenere, quindi, che il potere d'ufficio debba essere diretto a vincere dubbi istruttori residuati anche dopo l'assunzione delle prove indicate dalle parti<sup>153</sup>. Ragione quest'ultima che non può non permettere l'esercizio di poteri ufficiosi oltre i limiti posti dal principio delle preclusioni.

L'ammissione delle prove in qualsiasi momento non legittima ad un uso arbitrario dei mezzi prova ufficiosi; infatti, le fasi del procedimento devono essere rispettate. Pertanto, nel rispetto del principio del contraddittorio il giudice non può disporre l'ammissione di nessuna prova (sia su istanza di parte, che *ex officio*) prima dell'udienza di discussione *ex art. 420 c.p.c.*. Tuttavia nella pratica, accade che il giudice con decreto di fissazione dell'udienza di discussione, contestualmente, ammette dei mezzi di prova ufficiosi. L'ammissione della prove d'ufficio, prima del contraddittorio, comporta una nullità relativa, sanabile se non eccipita alla prima udienza<sup>154</sup>.

Si pensi al caso in cui, per abbreviare i tempi del procedimento, il giudice con un unico provvedimento abbia fissato sia l'udienza di discussione, che un'udienza preliminare per l'inizio delle operazioni peritali da parte del consulente nominato con lo stesso provvedimento. In tal caso l'udienza in rapporto alla quale va valutata la tempestività o meno delle

---

<sup>153</sup> G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987, pag. 113. F. DANOVI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014, 200 ss.

<sup>154</sup> Così espressamente P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, pag. 287.

eccezioni proposte dal convenuto rimane quella di discussione, definita dallo stesso provvedimento del giudice; e l'anomala nomina del consulente tecnico prima che venga instaurato il contraddittorio determina la nullità della disposta consulenza, la quale, essendo di carattere relativo, è sanata se non dedotta nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione tecnica<sup>155</sup>.

Quindi, una volta costituito il contraddittorio il giudice può ammettere qualsiasi mezzo di prova d'ufficio prima dell'ammissione di quelli di parte, con conseguente carattere "non residuale" dei poteri trattati.

Descritta l'assenza di limiti temporali all'ammissione delle prove ufficiose, si deve porre attenzione sull'inciso "*ogni mezzo di prova, anche fuori dai limiti stabiliti dal codice civile*", che richiama il discusso tema dell'ammissione delle prove c.d. atipiche.

#### **4.1. Le prove c.d. atipiche: contrasti dottrinali**

Si definiscono prove "atipiche" o "innominate" quelle non presenti né nel codice civile né nel codice di rito. Nell'ordinamento processual-civilistico vigente (e nel c.p.p.: v. infra), non sussiste una norma di chiusura, che sancisca la tassatività tipologica dei mezzi di prova; pertanto,

---

<sup>155</sup> "*Nelle controversie previdenziali per abbreviare i tempi del procedimento il giudice può con un unico provvedimento fissare sia l'udienza di discussione che un'udienza preliminare per l'inizio delle operazioni peritali da parte del consulente nominato con lo stesso provvedimento; in tal caso l'udienza in rapporto alla quale va valutata la tempestività o meno delle eccezioni proposte dal convenuto rimane quella di discussione, definita dallo stesso provvedimento del giudice; e l'anomala nomina del consulente tecnico prima che venga instaurato il contraddittorio determina soltanto la nullità della disposta consulenza, la quale, essendo di carattere relativo, è sanata se non dedotta nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione tecnica*". CASS. N. 1650/1982.

il giudice potrebbe legittimamente porre a base del proprio libero convincimento anche le prove atipiche<sup>156</sup>.

In altri termini, il primo interrogativo al quale rispondere, è chiedersi se è possibile ricorrere ai mezzi di prova al di fuori di quelli previsti dalla legge; poiché né il codice di rito, né il codice civile specificano la tassatività degli stessi. Se la risposta è affermativa, nel senso di un uso seppur limitato delle prove trattate, occorre soffermarsi sul rapporto tra l'art. 421 c.p.c. e le prove atipiche. Se la risposta è negativa, nel senso di un totale divieto dell'uso delle prove atipiche del processo ordinario, dobbiamo chiederci se i poteri ufficiosi consentono, a certe condizioni, l'ammissibilità delle stesse nel rito del lavoro.

Superati tali interrogativi, ci si chiede se per prova atipica debba considerarsi un mezzo di prova non ontologicamente disciplinato dal legislatore nella sua natura e totalità, ad esempio il test sul DNA; oppure debba considerarsi atipico il mezzo di prova previsto dal legislatore eseguito con *iter* diverso da quello disciplinato: ad es. considerare come prova atipica le dichiarazioni dell'escussione dei testi, avvenute in altro giudizio con parti diverse.

Sgombrato il campo da tali quesiti, occorre riflettere sul ruolo trasversale che le prove atipiche hanno nel processo. Infatti, ponendo l'attenzione al solo rito del lavoro, le prove atipiche possono essere sia richieste dalle parti, che assunte *ex officio* dal giudice.

---

<sup>156</sup> Cfr. M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, 270 e ss.

L'autore espressamente scriveva: "è proprio nell'ammissibilità o meno di queste prove, che va individuato il più sicuro criterio per decidere se un dato ordinamento sia o non sia impostato sul libero convincimento del giudice [...], in un ordinamento nel quale sia configurato un sistema probatorio chiuso – un *numerus clausus* di (tipici) mezzi di prova – la norma che assume valore fondamentale e determinante è quella che pone, appunto, quella chiusura, escludendo a priori ogni effetto probatorio di quegli atti, fatti, cose o argomenti, che pur non essendo specificamente configurati come prove dalla legge, potrebbero tuttavia, nel caso concreto, essere in grado di esplicitare un più o meno penetrante influsso sul convincimento giudiziale. Nel nostro ordinamento non esiste una tale norma, in ragione della presenza oltreché da altre e più specifiche disposizioni e in particolare da quella, assai importante, dell'art. 2729 cod. civ., dall'affermazione stessa di principio contenuta nell'art. 116 del codice di procedura".

Da ultimo, nel caso di ammissione nel rito del lavoro delle prove citate, è necessario individuare l'efficacia probatoria che hanno.

Dai molti interrogativi posti, si deduce che la materia è ancora al centro di un forte dibattito accademico e giurisprudenziale, con opinioni a volte divergenti tra loro; pertanto, è doveroso procedere con ordine.

In merito al primo interrogativo – cioè alla possibilità di ricorrere ai mezzi di prova al di fuori di quelli previsti dalla legge – si evidenzia che, nell'ordinamento processual-civilistico, mancano delle norme, presenti nel codice di procedura penale, che ammettono l'uso di prove atipiche *ex art.* 189 c.p.p.<sup>157</sup> e l'inutilizzabilità delle prove illegittime o illegittimamente acquisite *ex art.* 191 c.p.p.<sup>158</sup>; determinando, da un lato, uno scontro in dottrina tra coloro che ammettono il ricorso alle prove atipiche sia nel processo ordinario, che in quello del lavoro e coloro che ne sono contrari e, dall'altro lato, un orientamento giurisprudenziale di tendenziale ammissibilità del stesse.

Calandosi all'interno di tale primo problema, per una semplificazione dello stesso si individuano due indirizzi dottrinali.

Il primo indirizzo assume un posizione di radicale chiusura in materia<sup>159</sup>; sancendo l'inammissibilità dell'uso delle prove atipiche per l'intero processo civile. Alla base di tale chiusura la dottrina pone il principio della tassatività delle previsioni legali, in forza del quale, solo i mezzi di prova espressamente previsti e disciplinati dal legislatore possono essere ammessi. Pertanto, pur non sussistendo una norma di chiusura che

---

<sup>157</sup> Art. 189 c.p.p. “*Prove non disciplinate dalla legge*”: “1. Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova”.

<sup>158</sup> Art 191 c.p.p. “*Prove illegittimamente acquisite*”: “1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento. 2-bis. Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale.

<sup>159</sup> Per una critica alla teoria delle prove atipiche cfr. B. CAVALLONE, *op. cit.*, Cap VII; A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 46 ss.

statuisca la tassatività dei mezzi di prova, non sussiste neanche un esplicito ricorso alle prove atipiche. Al di là di tale interpretazione restrittiva della legge, questa dottrina sostiene che l'ammissione delle prove trattate determinerebbe una violazione del principio del contraddittorio. Infatti, si pensi all'esempio dell'ammissione di dichiarazioni rese da testimoni in un altro processo tra parti diverse, rispetto a quello che si sta celebrando. In tal caso, dette dichiarazioni entrerebbero, nel successivo processo rispetto a quello in cui furono escussi i testimoni, attraverso la produzione della sentenza contenente nelle motivazioni le dichiarazioni suddette. Dunque, pur se fosse stato rispettato il contraddittorio tra le parti nel primo processo in cui sono state rese, non potrà essere rispettato il contraddittorio nella formazione della prova nella successiva causa instaurata, in ragione della diversità delle parti tra il processo, nel quale si sono escussi i testi, e quello in cui è stata prodotta la sentenza attestate le loro dichiarazioni. In sintesi, in rispetto dei principi fondamentali del processo civile – o addirittura della Costituzione<sup>160</sup> –, in una logica di non alterazione dei “pesi e contrappesi” tra le parti e, tra il giudice e le parti, il primo indirizzo pone un divieto<sup>161</sup> all'uso delle prove atipiche. Un divieto all'uso di prove atipiche non permette di considerare gli ulteriori interrogativi precedentemente descritti

---

<sup>160</sup> Alla luce sia della grave crisi economica mondiale e, in particolare nazionale, che si è manifestata dal 2008 per tutto il decennio successivo, che delle recenti modifiche al diritto del lavoro sostanziale apportate dalle legge n. 92/2012 e dai decreti attuativi del “*Jobs Act*”, sono ancora attuali le parole di seguito riportate: “Andrebbe duramente combattuto, in nome di principi essenziali del nostro ordinamento processuale, e prima ancora, costituzionale, ogni tentativo di utilizzare – sotto il pretesto dell’anti-formalismo o, peggio, in ossequio a ideologie, oggi purtroppo diffuse, che spingono il giudice a sottrarsi all’imparzialità, che gli è propria, per trasformarsi, dicono, in difensore della parte più debole, ma, in sostanza, in distruttore di garanzie fondamentali per ogni cittadino – di utilizzare, dicevamo, la norma in esame per introdurre, in un delicato e fondamentale settore del nostro processo, mezzi di prova c.d. atipici, cioè difformi da quelli descritti nelle apposite norme del c.p.c. e del c.c. sulla tutela dei diritti, e foggiate a discrezione, o meglio, ad arbitrio del giudice”. L. MONTESANO – R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 184.

<sup>161</sup> Contrastare l'uso delle prove atipiche ha la finalità di porre un divieto ad un “uso improprio di strumenti che non hanno funzione probatoria (quali l’interrogatorio libero o il comportamento processuale delle parti) o – porre un divieto – a dei tentativi di acquisire prove con strumenti diversi da quelli appositamente previsti dalla legge (dichiarazioni o scritti di terzi acquisiti al fascicolo o prodotti dalle parti nell’intento di surrogare la prova testimoniale”. R. TISCINI, *op. cit.*; 165.

sia in merito a chi possa proporre simili prove, che in merito al valore probatorio che possono avere nel processo.

Un secondo indirizzo, nel cui interno le varie correnti dottrinali hanno posizioni diverse, che a volte possono essere definite estreme ed opposte al precedente, ammette in linea di principio la utilizzabilità delle prove atipiche sia nel processo civile ordinario, che nel processo del lavoro. Tale orientamento parte dal presupposto che nell'ordinamento processual-civilistico non sussiste una norma di chiusura che statuisca la tassatività dei mezzi di prova disposti dal legislatore. L'ammissione di tali prove deve comunque avvenire nel contraddittorio delle parti, le quali hanno il diritto – nel caso di assunzione di prova atipica – di richiedere mezzi di prova contrari, ed esporre dubbi in merito all'attendibilità delle stesse. Pertanto, a seconda del tipo di mezzo di prova atipico, il principio del contraddittorio può subire delle compressioni, per cui è necessario un contraddittorio sostanziale nella fase di assunzione. Al riguardo, parte della dottrina<sup>162</sup>, in virtù di detta compressione, dubita dell'utilizzabilità delle prove costituite raccolte in altri processi riguardanti parti diverse. Si pensi, “sia alla c.d. testimonianza stragiudiziale, ossia alla dichiarazione di scienza contenuta da uno scritto proveniente da un terzo (ovviamente al di fuori del procedimento specificatamente regolato dall'art. 257-bis), sia alla perizia stragiudiziale, per la parte in cui essa contenga la rappresentazione di fatti percepiti dal perito, già in entrambi i casi si tratterebbe di eludere le precise e rigorose formalità dettate per la prova testimoniale<sup>163</sup>”

In ragione del combinato disposto dell'art. 116 c.p.c. e della disciplina in materia di presunzioni semplici, è consentito al giudice individuare, all'interno dei risultati istruttori in qualunque modo acquisiti al giudizio, le prove atipiche, per corroborare il proprio convincimento<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II, 189.

<sup>163</sup> Così espressamente G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II, 189.

<sup>164</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1973, 389.

Si presuppone che indirizzo fin qui descritto, non ammetta “nelle vesti” di prova atipica né l’acquisizione al processo di prove tipiche illegittimamente acquisite, si pensi ad esempio ad una totale violazione delle regole sulla testimonianza; né l’acquisizione di prove illecite come nel caso di intercettazioni telefoniche disposte in violazione della disciplina sulla tutela della “privacy”<sup>165</sup>.

Sul tema delle prove illegittime e illecite è aperto da sempre un acceso scontro dottrinale, sia nell’individuazione delle stesse, che in riferimento alle prove atipiche<sup>166</sup>. Infatti, la recente dottrina ha evidenziato il pericolo che potrebbe scaturire dalla sovrapposizione dei concetti di prova illecita o illegittima da un lato, e quello di prova atipica dall’altro. Pericolo che si concretizza nel momento in cui si potrebbe arrivare a dire che “quando la prova non è contemplata dall’ordinamento essa è quantomeno illegittima o addirittura illecita”<sup>167</sup>.

Rimanendo all’interno del rito lavoristico, si riscontra un’ulteriore divergenza di opinioni tra coloro che ammettono, tramite l’esercizio dei poteri istruttori, l’ingresso nel processo delle prove atipiche, e coloro che sono fermi nel ritenere che il giudice non può ricorrere a mezzi di prova atipici<sup>168</sup>.

In riferimento a quella parte della dottrina<sup>169</sup> che consente l’ingresso delle prove atipiche attraverso l’esercizio dei poteri istruttori, si evidenzia che il tenore testuale dell’art. 421, comma secondo, c.p.c. non pone limiti all’ammissione. Al riguardo, tale orientamento sostiene, che per prova atipica si debba intendere la possibilità di seguire un procedimento e delle

---

<sup>165</sup> N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 313.

<sup>166</sup> Per un esame approfondito Cfr. L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, 155 ss.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

<sup>168</sup> E. FABIANI, *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d’ufficio del giudice del lavoro*, in *FI*, 2005, 1141, il quale esclude anche la possibilità di ricorrere alle c.d. prove illecite; G. IANNIRUBERTO, *Il processo del lavoro rinnovato*, Padova, 1999, 157; F. P. LUISO, *Il processo del lavoro*, 1992, Torino, 191; Id., *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2009, 59; G. TESORIERE, *Diritto processuale del lavoro*, Padova, 2004, 214.

<sup>169</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 288.

modalità diverse da quelle previste dal legislatore. L'atipicità non può investire la natura e l'oggetto delle stesse, ma la modalità di acquisizione delle prove al processo. La ricerca di una verità materiale e l'assenza di un principio di gerarchia delle prove – ad eccezioni di quelle legali – consentono al giudice del lavoro, con l'esercizio dei suoi poteri, di ammettere d'ufficio non solo le prove atipiche, ma ogni elemento dotato di una potenziale efficacia probatoria. In merito al valore da assegnarle, questo orientamento le considera prove “a tutti gli effetti”, poiché non condivide l'opinione di accostarle alle presunzioni, rigettando l'idea che le prove atipiche possano avere un valore indiziario.

Quest'ultimo inciso, permette di porre l'attenzione sull'ultimo interrogativo sopra esposto: quello dell'efficacia probatoria delle prove atipiche. In materia di efficacia della prova atipica, poiché l'ammissibilità della stessa deriva dall'art. 2729 c.c., è opinione diffusa<sup>170</sup> che, il valore da attribuirle non sia di un'efficacia probatoria piena, ma essenzialmente indiziare; precisando che il “peso” di tali prove varia a seconda del grado di attendibilità. A sostegno dell'efficacia indiziaria, la dottrina sostiene che nel caso limite in cui una causa fosse totalmente istruita con prove “atipiche”, le parti troverebbero una oggettiva difficoltà nell'influire e contraddire le prove atipiche; prefigurando una possibile violazione del diritto di difesa, nella sua dimensione in cui devono essere garantite “le stesse armi” alle parti. Da ultimo, in ragione dello stretto legame tra l'art. 2729 c.c. e le prove trattate, si ritiene che due o più prove atipiche non possono essere sufficienti a dimostrare un fatto allegato. In sintesi, la parte della dottrina<sup>171</sup> che ritiene legittimo il ricorso del giudice a fondare il proprio convincimento (anche) su prove c.d. atipiche, tende per lo più a riconoscere

---

<sup>170</sup> G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II, 189; R. TISCINI, *op. cit.*, 165.

<sup>171</sup> G. VERDE, *ad vocem* “Prova”, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 606; M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1973, 395 ss.

a queste ultime un valore indiziario. Altri<sup>172</sup> le attribuiscono una valenza probatoria propria dell'argomento di prova o, ritenendo che costituisca, di per sé, una *probatio inferior* rispetto alle prove tipiche.

Così esposte le principali problematiche e “tentativi” di soluzione da parte della dottrina, si rinvia al paragrafo successivo per ciò che concerne l'uso pratico delle prove atipiche e il relativo orientamento della giurisprudenza.

## **4.2. Le prove c.d. atipiche: l'interpretazione giurisprudenziale**

Per inquadrare concretamente cosa si intende per prove atipiche, si ritiene necessario un breve elenco di quelle prove che nella pratica risultano essere più utilizzate; dunque sono considerate prove atipiche:

1. certificazioni amministrative;
2. scritture provenienti da terzi;
3. perizia stragiudiziale;
4. testimonianze raccolte dal consulente tecnico;
5. prove orali assunti in altro giudizio, o comunque del giudizio ove si vuole utilizzare;
6. atti notori;
7. verbali di polizia giudiziaria;
8. nuove prove create dal progresso scientifico e tecnologico<sup>173</sup>.

L'ammissione delle stesse è limitata alla possibilità di fornire ulteriori elementi di giudizio per la decisione, purché “non smentite dal raffronto critico – riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di

---

<sup>172</sup> L. MONTESANO, *Le “prove atipiche” nelle “presunzioni” e negli “argomenti” del giudice civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1980, p. 233 ss.

<sup>173</sup> Si pensi alle prove ematologiche e del DNA. Cfr. G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II, 188.

legittimità, se congruamente motivato – con le altre risultanze del processo<sup>174</sup>». Al riguardo, anche la Suprema Corte si è recentemente espressa stabilendo che: “il giudice civile, in assenza di divieti di legge, può formare il proprio convincimento anche in base a prove atipiche come quelle raccolte in un altro giudizio tra le stesse o tra altre parti, delle quali la sentenza ivi pronunciata costituisce documentazione, fornendo adeguata motivazione della relativa utilizzazione, senza che rilevi la divergenza delle regole, proprie di quel procedimento, relative all’ammissione e all’assunzione della prova (costituita, nella specie, da una deposizione testimoniale resa in assenza del contraddittorio nel corso di un procedimento disciplinare a carico di un avvocato nella fase svoltasi dinanzi al consiglio dell’ordine locale, culminato poi nella decisione del Consiglio Nazionale Forense, giudice speciale istituito con il *d.lgs.lgt.* 23 novembre 1944, n. 382)<sup>175</sup>».

Da ultimo si evidenzia una tendenziale uniformità della giurisprudenza<sup>176</sup> di ammettere le prove atipiche, a maggior ragione nel rito

---

<sup>174</sup>«*Nell'ordinamento processuale vigente manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova. Ne consegue che il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico - riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato - con le altre risultanze del processo. In particolare, il giudice del merito può trarre elementi di convincimento anche dalla parte della consulenza d'ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non sostanzialmente estranea all'oggetto dell'indagine in funzione della quale è stata disposta*». CASS. N. 5965/2004.

<sup>175</sup> CASS. N. 840/2015.

<sup>176</sup> “*Va ribadito che nel vigente ordinamento processuale, improntato al principio del libero convincimento del giudice, è ammessa la possibilità che egli ponga a fondamento della decisione anche prove non espressamente previste dal codice di rito, purché sia fornita adeguata motivazione della relativa utilizzazione (Cass. 5 marzo 2010, n. 5440; Cass. 8 maggio 2006, n. 10499): in altri termini, nell'ordinamento processuale vigente manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova. Deriva da quanto precede che il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico - riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato - con le altre risultanze del processo (Cass. 25 marzo 2004, n. 5965).*

*Sul punto, la corte territoriale correttamente valorizza, ai fini dell'affermazione di piena responsabilità della L. (la quale è il fondamento, per quanto visto, di quella del F.) e con una valutazione evidentemente complessiva, il patteggiamento per le numerose imputazioni penali, ventitrè delle cui totali settantadue relative alle vicende con gli originari attori, l'accertamento in sede penale della falsità delle polizze relative e di importo corrispondente a quello richiesto da costoro, in uno alla condotta serbata dalla convenuta proprio nel processo civile, con la sua mancata comparizione a rendere l'interrogatorio formale pure a lei deferito.*

del lavoro, in cui è prioritaria la ricerca della verità materiale. Allo stesso modo la giurisprudenza attribuisce nelle maggior parte dei casi un valore indiziario alle prove atipiche.

## **5. I Poteri del giudice *ex art. 421 c.p.c.* di superare i limiti del codice civile**

L'art. 421, comma 2, c.p.c. dispone che “*ogni mezzo di prova*” può essere assunto “*anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile*”; conseguentemente, sarebbe consentito superare le limitazioni previste dal codice civile per ogni mezzo di prova ad esclusione del giuramento decisorio. Il superamento dei limiti non può legittimare il giudice ad “inventarsi” delle prove diverse da quelle previste dal legislatore, se non nei limiti delle prove atipiche, precedentemente esposte, e non può attribuire un potere volto a sconvolgere i principi dell'istruzione probatoria e delle prove, nel senso di disporre una prova testimoniale volta a smentire i fatti attestati in un atto pubblico alla presenza di un pubblico ufficiale.

Pertanto, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel circoscrivere la dimensione di questo potere ai limiti oggettivi della prova testimoniale<sup>177</sup> e delle presunzioni<sup>178</sup>.

---

*È evidentemente da escludere, così, qualsiasi vizio motivazionale della sentenza gravata per avere questa ritenuto provato il danno subito dagli originari attori a causa del comportamento della subagente*”. CASS. N. 13229/2015.

<sup>177</sup> La testimonianza è disciplinata nel Libro VI del Codice Civile dagli artt. 2721 – 2726.

In particolare: l'art. 2721 “*Ammissibilità: limiti di valore*” stabilisce: “*La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede euro 2,58. Tuttavia l'autorità giudiziaria può consentire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza*”; l'art. 2722 “*Patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento*” stabilisce: “*La prova per testimoni non è ammessa se ha per oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, per i quali si alleggi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea*”; l'art. 2723 “*Patti posteriori alla formazione del documento*” stabilisce: “*Qualora si alleggi che, dopo la formazione di un documento, è stato stipulato un patto aggiunto o contrario al contenuto di esso, l'autorità giudiziaria può consentire la prova per*

La Suprema Corte ha ritenuto sussistente “il principio per cui, nelle controversie assoggettate al rito del lavoro, ai sensi dell’art. 421 c.p.c., sono ammesse le prove anche al di fuori dei limiti stabiliti dagli art. 2721, 2722 e 2723 c.c., nonché in tema di simulazione, dall’art. 1417 c.c., – ed ha aggiunto che tale principio – si applica anche alle presunzioni, le quali, a norma dell’art. 2729 c.c., incontrano gli stessi limiti previsti per la prova per testi<sup>179</sup>”. Dalle parole della Corte si deduce un ulteriore limite ai poteri officiosi all’interno della stessa prova testimoniale. Infatti, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che per superamento dei limiti posti dal codice civile, non rientrano i limiti di forma dell’atto, se *ad substantiam* o *ad probationem*. In altri termini, i requisiti di forma previsti dal codice del 1942 per alcuni tipi di contratto non possono essere violati, nella convinzione che l’eventuale violazione non determini una illegittimità dell’atto perché “coperta” o “aggirabile” attraverso i poteri di cui all’art. 421 c.p.c..

L’art. 2725 c.c. trovando applicazione nel rito *de quo*, prevede l’ammissibilità della prova testimoniale volta a dimostrare l’esistenza e il contenuto dell’atto per il quale la legge dispone la forma scritta – non importa se *ad substantiam* o *ad probationem* – solo in caso di perdita incolpevole del documento.

In sostanza, l’articolo cardine dei poteri istruttori officiosi consente il superamento dei soli limiti “processuali” e non anche “sostanziali<sup>180</sup>”. Il

---

*testimoni soltanto se, avuto riguardo alla qualità delle parti, alla natura del contratto e a ogni altra circostanza, appare verosimile che siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali”.*

<sup>178</sup> Le presunzioni sono disciplinate nel Libro VI del Codice Civile dagli artt. 2727 – 2729, pertanto, si rinvia al par. 2 di questo capitolo.

<sup>179</sup> “Il principio per cui, nelle controversie assoggettate al rito del lavoro, ai sensi dell’art. 421 c.p.c., sono ammesse le prove anche al di fuori dei limiti stabiliti dagli art. 2721, 2722 e 2723 c.c., nonché in tema di simulazione, dall’art. 1417 c.c., si applica anche alle presunzioni, le quali, a norma dell’art. 2729 c.c., incontrano gli stessi limiti previsti per la prova per testi”. CASS. N. 6828/1995.

<sup>180</sup> F. P. LUIISO, *op. cit.*, Vol. IV, 54. “Non si vorrà certo pensare, per ossequio alla lettera dell’art. 421, che simili atti possano provenire da soggetti non capaci di disporre dei diritti oggetto del giudizio o riguardare diritti oggettivamente indisponibili” così G. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, 145.

significato di simile espressione può essere letto nel limite che i poteri trattati incontrano in riferimento alla confessione e al giuramento.

## 5.1. La Confessione

L'art. 2730 c.c. fornisce la nozione di confessione come “*la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte. La confessione è giudiziale o stragiudiziale*<sup>181</sup>”.

La confessione integra una dichiarazione di scienza, avente ad oggetto sempre fatti e mai diritti – altrimenti avremmo una ricognizione di debito o promessa di pagamento<sup>182</sup> – e qualificata, concordemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come atto giuridico non negoziale con efficacia probatoria<sup>183</sup>.

Per riscontrare se concretamente si è in presenza di una confessione della parte, occorre collocare il fatto sul quale la parte ha confessato in riferimento ai diritti oggetto della causa. In altri termini, occorre analizzare su il fatto dichiarato integri l'esistenza o meno di un fatto costitutivo o di una eccezione. Conseguentemente, se il ricorrente dichiara l'esistenza di un

---

<sup>181</sup> Si definisce giudiziale, la confessione resa durante il processo che può essere spontanea o provocata mediante interrogatorio formale. All'interno di quelle giudiziali, si definiscono confessioni complesse quelle che hanno ad oggetto, oltre alla dichiarazione *contra se* (del confitente), una aggiunta di fatti che “*tendono ad infirmare (o indebolire) l'efficacia del fatto confessato, ovvero a modificarne o estinguerne gli effetti*” del tutto distinti dal fatto confessato (v. art. 2734 c.c.). Si è in presenza di una confessione qualificata quando la dichiarazione precedentemente esposta è strettamente connessa al fatto confessato.

Non esiste un perimetro definito di confessione stragiudiziale, che viene resa fuori dal processo, infatti “è piuttosto varia: può trattarsi di una prova precostituita, quando la dichiarazione *contra se* sia contenuta in un documento, di cui allora sarà sufficiente l'acquisizione nel processo; oppure – la confessione stragiudiziale – può richiedere l'assunzione di prove costituende, quando sia stata resa oralmente e debba, ad esempio, provarsi tramite testimoni”. G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II, 138.

<sup>182</sup> La promessa di pagamento e il riconoscimento di debito sono dichiarazioni negoziali non di scienza, strutturalmente e funzionalmente distinte dalla confessione. L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 495.

<sup>183</sup> In passato parte della dottrina attribuiva valore negoziale, tuttavia si riconosce la confessione come atto giuridico in senso stretto avente natura probatoria qualificata. Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, 105.

fatto costitutivo (ovviamente del diritto di cui chiede la tutela dichiarativa), essendo a se favorevole, in quanto volto a corroborare i fatti allegati, posti a fondamento della sua pretesa, non costituisce una confessione. Diversamente, esiste una confessione, nel caso in cui il ricorrente neghi l'esistenza di un fatto costitutivo o affermi l'esistenza di fatto (impeditivo, modificativo o estintivo), che rappresenti un'eccezione a lui sfavorevole.

In ragione del valore di prova legale<sup>184</sup>, per aversi la confessione sono necessari requisiti di disponibilità oggettiva e soggettiva. I primi si riferiscono alla disponibilità del diritto, nel senso che, *ex art. 2733 c.c.*, i fatti confessati devono riguardare diritti oggettivamente disponibili; mentre il requisito della soggettività è nella capacità di disporre personalmente del diritto, cui si riferiscono i fatti confessati.

Alla luce di quanto esposto, i poteri ufficiosi non possono superare i limiti civilistici sopra descritti, in quanto se con la confessione la parte dispone del proprio diritto, e il giudice è vincolato a ritenere sussistente il fatto confessato, si possono aprire due scenari. L'uno, in cui, in ragione della genuinità della confessione, il giudice è tenuto a riconoscerle un valore di piena prova; l'altro – il più rilevante – laddove il diritto non sia disponibile, con conseguente carenza del requisito oggettivo, o la parte non abbia la capacità di disporre, con conseguente mancanza del requisito soggettivo, la confessione non può avere efficacia. In sintesi, il superamento dei limiti oggettivi del codice civile per la testimonianza, da parte dei poteri ufficiosi, non può verificarsi per la confessione, la quale in assenza dei requisiti necessari, viene essa stessa meno.

---

<sup>184</sup> Si ricorda che in presenza di prova legale il giudice non effettua il giudizio di attendibilità, poiché effettuato *ex ante* da legislatore. Cfr. par. 2 di questo capitolo.

## 5.2. Il Giuramento

Altra prova costituenda è il giuramento, che consta di tre tipologie: decisorio, suppletorio ed estimatorio. Tuttavia, la norma 2736 c.c. lo suddivide in due specie: quello decisorio, “*che una parte deferisce all’altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa*”; e quello suppletorio<sup>185</sup>, “*che è deferito d’ufficio dal giudice a una delle parti al fine di decidere la causa quando la domanda o le eccezioni non sono pienamente provate, ma non sono del tutto sformite di prova, ovvero quello che è deferito al fine di stabilire il valore della cosa domandata, se non si può accertarlo altrimenti*”.

Dalla norma si ricava sia il giuramento estimatorio<sup>186</sup>, che la presenza di due atti distinti provenienti da due parti diverse, i quali concorrono a formare il giuramento. Il primo atto è il deferimento del giuramento, con il quale una parte invita l’altra a prestare il giuramento. Il secondo atto è la prestazione del giuramento, che in senso stretto costituisce la prova, con il quale la parte destinataria dell’invito, offre la dichiarazione giurata. Se manca il preventivo atto di invito, la dichiarazione seguente non ha valore di prova. Al riguardo, la Suprema Corte<sup>187</sup> ha statuito che “la formula del giuramento decisorio – attese le finalità di questo speciale mezzo di prova – deve essere tale che, a seguito della prestazione del giuramento stesso, altro non resta al giudice che verificare l’*an iuratum sit*,

---

<sup>185</sup> “Il giuramento suppletorio è uno strumento rimesso alla discrezionalità del giudice di merito, le cui valutazioni in ordine alla sussistenza del requisito della *cd. semiplena probatio* ed alla scelta della parte alla quale deferirlo, costituiscono apprezzamenti di fatto non sindacabili in sede di legittimità, se non sotto il profilo dell’adeguatezza della motivazione”. CASS. N. 4685/2017; “Anche nel rito del lavoro è ammissibile il giuramento suppletorio deferito dal giudice (*ex art. 240 c. p. c.*) quando ne ricorrano i presupposti indicati in generale dall’art. 2736, n. 2. c. c., atteso che l’art. 421 c. p. c. consente al giudice del lavoro di disporre di qualsiasi mezzo di prova ad eccezione del solo giuramento decisorio”. CASS. N. 4732/1989.

<sup>186</sup> Il giuramento d’estimazione sembra rappresentare una sottospecie del suppletorio, con cui è accomunato dalla deferibilità *ex officio*. Particolare presupposto consiste nell’impossibilità di accertare in altro modo il valore della cosa domandata. Per aversi tale giuramento, è necessario che sia stata preventivamente raggiunta la certezza dell’*an debeatur* e che rimanga da stabilire di conseguenza solo il valore della cosa domandata. Cfr. G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II, 171-172.

<sup>187</sup> CASS. N. 9831/2014.

onde accogliere o respingere la domanda sul punto che ne ha formato oggetto. La valutazione (positiva o negativa) della decisorietà della formula del giuramento è rimessa all'apprezzamento del giudice del merito, il cui giudizio circa l'idoneità della formula a definire la lite è sindacabile in sede di legittimità con esclusivo riferimento alla sussistenza di vizi logici o giuridici attinenti all'apprezzamento espresso dal predetto giudice”.

Dalle parole della Corte risulta comunque confermata l'interpretazione tradizionale dell'articolo, che in merito alle condizioni di ammissibilità del giuramento decisorio, presuppone che dalla sola proposizione dello stesso venga definita in modo totale o parziale la causa<sup>188</sup>.

Il giuramento decisorio ha inevitabilmente una “una forza” maggiore rispetto a tutti gli altri mezzi di prova, poiché pur avendo ad oggetto fatti, in realtà è un mezzo sostitutivo della decisione che determina la chiusura della causa, “spazzando via” qualsiasi altra questione<sup>189</sup>. Pertanto, ancor più che nella confessione, per l'ammissibilità del giuramento è necessaria la presenza di requisiti di disponibilità oggettiva e soggettiva.

Per individuare il requisito soggettivo, l'art 2737 c.c. che prevede: “*per deferire o riferire il giuramento si richiedono le condizioni indicate dall'articolo 2731*”, rinvia al requisito soggettivo della confessione; di conseguenza è richiesta la capacità soggettiva di disporre del diritto. Tuttavia, a differenza della confessione, che, essendo un atto unilaterale, la

---

<sup>188</sup> “La natura di prova legale attribuita dall'art. 2736, n. 1) c.c., al giuramento decisorio, in quanto volto a far dipendere dalla sua prestazione la decisione della causa, comporta l'impossibilità di svolgere alcun ulteriore apprezzamento nel merito: secondo quanto disposto dall'art. 2738 c.c., invero, una volta che il giuramento sia stato prestato, la controparte non è neppure ammessa a provare il contrario”. Trib. Pordenone 02-03-2018.

<sup>189</sup> “La sua efficacia è tale che qualunque altro elemento di fatto o di diritto che valga a contrapporsi a ciò che si accerta con il giuramento non è più rilevante nel processo” così espressamente F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II, 154-155; “In effetti siamo in presenza di una prova legale, dalla quale dipende la decisione della causa nel merito (art. 2738 c.c.), senza possibilità di integrazione con altre fonti di prova e di diverso apprezzamento dei fatti ad opera del giudice al quale – secondo un antico ditterio, usato ancora oggi, dalla giurisprudenza – spetta soltanto di stabilire *an iuratum sit* (se il giuramento sia stato prestato)” così espressamente N. PICARDI, *op. cit.*, 335; “L'efficacia probatoria del giuramento è massima, perfino superiore a quella della confessione” così espressamente G. BALENA, *op. cit.*, Vol. II, 166.

capacità soggettiva si riferisce al soggetto che confessa; il giuramento è una fattispecie complessa, composta da due atti, provenienti da due parti diverse; pertanto, occorre chiedersi a quale delle due parti debba sussistere il requisito di disponibilità soggettiva. A ben vedere, la capacità di disponibilità soggettiva, non può che richiamare l'atto con il quale si dispone del diritto, di conseguenza l'atto dispositivo si identifica nel deferimento del giuramento e non nella dichiarazione giurata. In sintesi, deve sussistere il requisito soggettivo in capo a chi deferisce il giuramento.

L'individuazione del requisito oggettivo<sup>190</sup> non è diversa da quella per la confessione, dunque, ai sensi dell'art. 2739 c.c., i fatti oggetto del giuramento devono riguardare diritti oggettivamente disponibili. Ai sensi dall'articolo da ultimo citato, il giuramento presenta altri limiti di ammissibilità: non può essere deferito su un fatto illecito e non può essere deferito per provare l'esistenza di un atto per il quale la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*.

Dalla descrizione dei tratti caratterizzanti il giuramento decisorio e le prerogative del giudice del lavoro, non può che giungersi alla stessa conclusione della confessione, con l'ulteriore conferma che lo stesso art. 421, comma secondo, c.p.c. esclude l'esercizio dei poteri istruttori ufficiosi per il deferimento del giuramento decisorio. La *ratio* seguita dal legislatore, sulla quale si basa detta esclusione, è che il giuramento decisorio, trattandosi di un tipico mezzo di parte, dal quale deriva la decisione della causa, rientra nella facoltà esclusiva delle parti, pertanto, non può attribuirsi un così penetrante potere alla discrezione del giudice.

---

<sup>190</sup> Art. 2739 "Oggetto": "Il giuramento non può essere deferito o riferito per la decisione di cause relative a diritti di cui le parti non possono disporre, né sopra un fatto illecito o sopra un contratto per la validità del quale sia richiesta la forma scritta, né per negare un fatto che da un atto pubblico risulti avvenuto alla presenza del pubblico ufficiale che ha formato l'atto stesso. Il giuramento non può essere deferito che sopra un fatto proprio della parte a cui si deferisce o sulla conoscenza che essa ha di un fatto altrui e non può essere riferito qualora il fatto che ne è l'oggetto non sia comune a entrambe le parti".

Per soli fini di completezza, si ribadisce, come brevemente esposto nelle note, che il giudice del lavoro può deferire d'ufficio sia il giuramento suppletorio, che estimatorio.

### **5.3. Il superamento dei limiti del codice civile: la testimonianza**

Accertate le ragioni per le quali i poteri *ex art.* 421 c.p.c. non possono superare i limiti “sostanziali” posti dal codice civile – come nel chiaro esempio della confessione e del giuramento decisorio – si analizza il superamento dei limiti oggettivi della testimonianza.

La testimonianza è una dichiarazione di scienza resa da un soggetto terzo rispetto alle parti della causa. I limiti che il giudice civile pone agli artt. 2721, 2722 e 2723 possono essere superati dai poteri ufficiosi del giudice del lavoro. L'esistenza di questi limiti, che si possono circoscrivere alla prova in materia di contratti e di remissione e pagamento del debito<sup>191</sup>, trova la sua *ratio* nella circostanza in cui, di fronte all'attività consensuale delle parti – tipica dei contratti – per ragioni di politica legislativa, si impone alle stesse di preconstituirsì una prova scritta dell'accordo intercorso. Pertanto, la natura di questi limiti non è sostanziale, infatti non riguardano né della capacità delle parti di disporre del diritto, né della indisponibilità del diritto controverso (come per la confessione e il giuramento decisorio v. supra), ma sono di carattere processuale.

In primo luogo, il giudice del lavoro può superare i limiti di valore dell'art. 2721 c.c., con la conseguenza che è ammessa la prova testimoniale per i contratti che abbiano un oggetto un qualsiasi valore.

---

<sup>191</sup> L'art. 2726 c.c. estende i generali limiti che la prova testimoniale incontra in materia di contratti, alla prova di pagamenti (art. 1188 e ss. c.c.) e remissioni del debito (art. 1236 e ss. c.c.).

In secondo luogo, l'organo giudicante può superare il limite dell'art. 2723 c.c., ammettendo la prova testimoniale per dimostrare fatti aggiunti o contrari dichiarati in un patto formatosi successivamente ad un documento. In altri termini, il giudice ammette che dei testimoni provino che il contenuto di un documento originario sia stato modificato da un patto successivo<sup>192</sup>. In tal caso, il patto aggiuntivo o contrario che si vuole provare per testimoni è successivo al documento.

In terzo luogo, il giudice del lavoro può superare i limiti dell'art. 2722 c.c., ammettendo la prova per testimoni, che abbia ad oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, che siano stati stipulati anteriormente al documento stesso. Al riguardo, è necessario soffermarsi sulla differenza tra l'ipotesi disciplinata dall'art. 2722 c.c. e quella da ultimo trattata dell'art. 2723 c.c..

Infatti, seppur è vero che in entrambi i casi i poteri ufficiosi del giudice, superano i limiti delle rispettive disposizioni codicistiche, è necessario chiedersi quale sia la *ratio* che ha indotto il legislatore a suddividere le due ipotesi solo apparentemente simili; in quanto le differenze hanno delle ripercussioni importanti in materia di prova testimoniale nel processo civile ordinario.

Orbene, il punto in comune tra le due norme si ravvisa nell'ipotesi in cui sia stata documentalmente prodotta in giudizio la stipulazione di un contratto ma, venga richiesta la prova testimoniale per dimostrare patti aggiunti o contrari al contratto prodotto, i quali siano stati stipulati o antecedentemente o contemporaneamente o successivamente al

---

<sup>192</sup> "Il potere del giudice del lavoro di ammettere mezzi di prova in deroga ai limiti posti dal codice civile - quale specificamente il divieto di cui all'art. 2721 di ammissione di prova per testimoni su patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento -, previsto dall'art. 421, comma 2 c.p.c., ha carattere discrezionale e quindi la determinazione assunta del giudice di merito di ammettere o meno la prova, così come quella di tenere conto o no della prova assunta al di fuori dei suddetti limiti, si sottrae al sindacato di legittimità. (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva valorizzato l'accordo scritto con cui, in sede di risoluzione consensuale di un rapporto di lavoro, una società si era impegnata a riassumere la dipendente in caso di suo licenziamento da parte del nuovo datore di lavoro, senza dare rilievo alla dichiarazione di un teste secondo cui tra le parti non si era pervenuti ad un accordo circa la validità temporale dell'impegno)". CASS. N. 6245/1999.

perfezionamento del documento-contratto. Le regole processuali sono diverse tra l'ipotesi in cui il citato patto sia stato stipulato antecedentemente o contemporaneamente alla formazione del documento originariamente prodotto e, l'ipotesi in cui il patto sia successivo al contratto. Nel primo caso, la regola generale, superata dai poteri ufficiosi, è nell'impossibilità del giudice civile di ammettere la prova testimoniale, perché il contratto stipulato rappresenta il momento in cui le parti consacrano la loro volontà, pertanto, essendo tale momento successivo o contemporaneo al patto, il legislatore presuppone che quello che era stabilito nel patto, sia consacrato nel contratto. Viceversa, nella seconda ipotesi, essendo il patto successivo al documento-contratto è ben più probabile che il patto preveda delle modifiche al documento precedentemente stipulato. Pertanto, in quest'ultimo caso, il giudice civile *“può consentire la prova per testimoni soltanto se, avuto riguardo alla qualità delle parti, alla natura del contratto e a ogni altra circostanza, appare verosimile che siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali”*. Dunque, nel primo caso il superamento dei limiti per mezzo dei poteri del giudice del lavoro è maggiore rispetto alla seconda ipotesi; constatato che in quest'ultima, il giudice civile può, alle condizioni riportate, ammettere la prova testimoniale.

Trova completa applicazione l'art. 2724 c.c. il quale, sia nel processo ordinario, che in quello del lavoro, permette sempre l'ammissione della prova testimoniale in tre ipotesi.

La prima è quando si è in presenza del principio di prova per iscritto. È la norma stessa a precisare il significato del principio in questione, che si integra con qualsiasi scritto, proveniente dalla parte contro la quale è diretta la domanda, che faccia apparire verosimile il fatto allegato. In altri termini, la testimonianza è ammessa quando da uno scritto della parte contro la quale è richiesta l'escussione testi, risultino verosimili i fatti allegati della parte che richiede la prova testimoniale.

La ragion d'essere di questa ipotesi è data dalla presenza di un supporto documentale proveniente dalla parte avversa, che rende verosimile il fatto da provare<sup>193</sup>. Per definire il principio di prova per iscritto, la giurisprudenza, utilizza un'interpretazione ampia. Molta è la casistica a disposizione, pertanto, si riportano alcuni esempi quali: il verbale contenente le risposte date dalla parte durante l'interrogatorio formale o durante quello reso in sede penale<sup>194</sup>, o durante l'interrogatorio libero<sup>195</sup>, o ancora nelle allegazioni contenute nella comparsa o memoria difensiva relativa ad un altro giudizio<sup>196</sup>.

La seconda ipotesi si verifica quando il contraente era “*nell'impossibilità materiale o morale di procurarsi una prova scritta*”. Quanto all'impossibilità materiale, essa è difficile che si realizzi, perché basata su impedimenti assolutamente estranei alla sfera di previsione e di azione dell'interessato<sup>197</sup> come nel caso delle calamità o dei disastri. Quanto all'ipotesi di impossibilità morale, i suoi contorni vanno relativizzati caso

---

<sup>193</sup> R. BEGHINI, *La prova per testimoni nel rito civile*, Padova, 1997, 30; L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000; M. MONATARI, *Il principio di prova per iscritto*, 2005, 138 ss.

<sup>194</sup> CASS. N. 802/1992: “*Perché sussista il principio di prova per iscritto che rende ammissibile la prova testimoniale a norma dell'art. 2724, n. 1, c. c., è necessario che la scrittura di riferimento provenga dalla persona contro cui essa è fatta valere o da un suo rappresentante (non essendo valida a tal fine una scrittura proveniente da terzi) e che esista un nesso eziologico tra lo scritto ed il fatto controverso, dal quale scaturisca la verosimiglianza di quest'ultimo, non essendo sufficiente un vago riferimento ad esso contenuto nel documento; per i fini di cui sopra, inoltre, possono costituire principio di prova scritta anche le risposte rese dalla parte nel corso dell'interrogatorio e consacrate nel relativo verbale, il quale dà la certezza (con la sottoscrizione) che l'ammissione proviene da parte stessa; non è censurabile in cassazione l'apprezzamento compiuto dal giudice di merito in ordine alla idoneità dello scritto e dell'interrogatorio formale a rendere verosimile il fatto allegato, se congruamente motivato*”.

<sup>195</sup> CASS. N. 3120/1999: “*Ai fini dell'ammissibilità della prova testimoniale ai sensi dell'art. 2724, n. 1, c.c., possono costituire principio di prova scritta anche le risposte rese dalla controparte nel corso dell'interrogatorio e consacrate nel relativo verbale, il quale dà la certezza con la sottoscrizione, che l'ammissione proviene dalla stessa parte contro la quale è stata proposta la domanda*”.

<sup>196</sup> CASS. N. 2610/1967: “*Il principio di prova per iscritto, alla cui esistenza è condizionata l'ammissione della prova per testi, in deroga al divieto dell'art. 2722 c.c., ben può consistere nelle risposte riportate nel verbale dell'interrogatorio reso in sede civile dalla parte o nelle allegazioni contenute nella comparsa di intervento della parte stessa in altro giudizio. È necessario, però, che lo scritto qualsiasi sia nel suo contenuto legato al fatto dedotto da nesso logico, tale da rendere il fatto verosimile, e non semplicemente probabile, per diretta e ragionevole relazione. Lo stabilire in concreto se tale relazione sussista e se possa dedursene la verosimiglianza del fatto è rimesso all'insindacabile, se retamente motivato, apprezzamento del giudice di merito*”.

<sup>197</sup> L. P. COMOGLIO, “*Le prove civili*”, Torino, 2010, 611.

per caso; si pensi all'ipotesi di un mutuo erogato ad un parente stretto, che normalmente non si documenta<sup>198</sup>. Il giudice attraverso l'apprezzamento discrezionale, valuterà le circostanze oggettive o soggettive che caratterizzano i rapporti intercorsi tra i contraenti.

La terza ipotesi, in cui è sempre ammessa la prova testimoniale, ricorre quando “*il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova*”. Il contraente, solo dopo aver dimostrato: 1) l'esistenza del documento; 2) il suo contenuto, allo scopo di stabilire la sua validità formale e sostanziale; 3) la perdita verificatasi senza sua colpa; può essere ammesso alla prova testimoniale volta a dimostrare il contenuto del documento perduto.

Per concludere sull'art. 2724 si riporta una recente sentenza della Corte di Cassazione nella cui parole può essere letto il confine tra l'impossibilità materiale e l'incolpevole perdita del documento: “il contraente di un contratto per cui è prevista la forma scritta *ad substantiam*, privo del possesso della scrittura per averla consegnata all'altro contraente che si rifiuta di restituirla, non può provare l'esistenza del rapporto avvalendosi della prova testimoniale, poiché non si verte in un'ipotesi di perdita incolpevole del documento ai sensi dell'art. 2724, n. 3, c.c., bensì di impossibilità di procurarsi la prova del contratto ai sensi del n. 2 del medesimo articolo<sup>199</sup>”.

Alla luce di quanto esposto, la parte che incorrerà in una delle circostanze *ex art. 2724 c.c.* avrà il diritto di chiedere la prova testimoniale, ma spetta solo al giudice il potere di superare i limiti sopra descritti<sup>200</sup>. Infatti il mancato rispetto dei limiti alla prova testimoniale da parte del ricorrente o del convenuto, determina un'eccezione non sollevabile d'ufficio, tranne nell'ipotesi in cui siamo in presenza di una violazione della forma scritta prevista *ad substantiam*. In quest'ultimo caso, trattandosi di

---

<sup>198</sup> F. P. LUIISO, *op. cit.*, Vol. II, 138.

<sup>199</sup> CASS. N. 5919/2016.

<sup>200</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 319.

un'eccezione in senso stretto, il giudice può rilevarla d'ufficio<sup>201</sup>. Tuttavia, il potere di superare i limiti del codice civile, all'interno del perimetro descritto, spetterà alle parti solamente in sede di prova contraria a quella ammessa d'ufficio. Infatti, ai sensi del settimo comma dell'art. 420 c.p.c., richiamato dal comma secondo dell'art. 421 c.p.c., nel caso in cui vengano ammessi nuovi mezzi di prova, *“la controparte può dedurre i mezzi di prova che si rendano necessari in relazione a quelli ammessi”*, quindi in ragione del rispetto del principio del contraddittorio, alla parte è concesso superare i limiti del codice civile.

Da ultimo, si deve ricordare che anche al rito del lavoro si applica il nuovo istituto della testimonianza scritta. La legge n. 69/2009 ha introdotto l'art. 257-bis, la cui applicazione riguarda le controversie instaurate dopo il 4 luglio 2009. Dunque, per fini di completezza si riporta il testo della norma che, in modo chiaro, prevede: *“il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 203<sup>202</sup>, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato.*

*Il giudice, con il provvedimento di cui al primo comma, dispone che la parte che ha richiesto l'assunzione predisponga il modello di*

---

<sup>201</sup> CASS. N. 10206/1991 *“La questione relativa all'osservanza dei limiti stabiliti dalla legge all'ammissibilità della prova testimoniale, concernendo norme che non sono di ordine pubblico, ma dettate nell'esclusivo interesse delle parti litiganti, non può essere sollevata di ufficio dal giudice, salvo che tale prova attenga all'esistenza di un negozio per il quale sia richiesta forma scritta ad substantiam; essa, pertanto, costituisce oggetto di una eccezione in senso proprio, la quale, nel rito del lavoro, soggiace al regime della decadenza ex art. 416, il verificarsi della quale non può essere rimosso dal giudice nell'esercizio dei poteri istruttori conferitigli dall'art. 421 c. p. c.”.*

<sup>202</sup> L'art. 203 prevede le assunzioni fuori dalla circoscrizione del tribunale, in cui pende la causa. La norma dispone: *“Se i mezzi di prova debbono assumersi fuori della circoscrizione del tribunale, il giudice istruttore delega a procedervi il giudice istruttore del luogo, salvo che le parti richiedano concordemente e il presidente del tribunale consenta che vi si trasferisca il giudice stesso. Nell'ordinanza di delega, il giudice delegante fissa il termine entro il quale la prova deve assumersi e l'udienza di comparizione delle parti per la prosecuzione del giudizio. Il giudice delegato, su istanza della parte interessata, procede all'assunzione del mezzo di prova e d'ufficio ne rimette il processo verbale al giudice delegante prima dell'udienza fissata per la prosecuzione del giudizio, anche se l'assunzione non è esaurita. Le parti possono rivolgere al giudice delegante, direttamente o a mezzo del giudice delegato, istanza per la proroga del termine”.*

*testimonianza in conformità agli articoli ammessi e lo faccia notificare al testimone.*

*Il testimone rende la deposizione compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte, con risposta separata a ciascuno dei quesiti, e precisa quali sono quelli cui non è in grado di rispondere, indicandone la ragione.*

*Il testimone sottoscrive la deposizione apponendo la propria firma autenticata su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza, che spedisce in busta chiusa con plico raccomandato o consegna alla cancelleria del giudice.*

*Quando il testimone si avvale della facoltà d'astensione di cui all'articolo 249, ha l'obbligo di compilare il modello di testimonianza, indicando le complete generalità e i motivi di astensione.*

*Quando il testimone non spedisce o non consegna le risposte scritte nel termine stabilito, il giudice può condannarlo alla pena pecuniaria di cui all'articolo 255, primo comma.*

*Quando la testimonianza ha ad oggetto documenti di spesa già depositati dalle parti, essa può essere resa mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e trasmessa al difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa, senza il ricorso al modello di cui al secondo comma.*

*Il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato”.*

## **6. L'interrogatorio libero *ex art. 421* ultimo comma c.p.c.**

L'art. 421, al suo ultimo comma, prevede il potere dell'organo giudicante di ordinare la comparizione delle persone incapaci di testimoniare a norma dell'art. 246 c.p.c. o, alle quali è vietato a norma dell'art 247 c.p.c., per interrogarle liberamente sui fatti di causa.

Occorre precisare che, la Corte Costituzionale, con sentenza del 23 luglio 1974, n. 248 dichiarando l'incostituzionalità dell'intero art. 247 c.p.c., ha determinato la caducazione del divieto di testimoniare del coniuge, dei parenti o affini in linea retta. Precedentemente, tali soggetti potevano testimoniare solo nelle cause relative a questioni di stato, separazioni personali o cause relative a rapporti di famiglia. Dunque, il venir meno del divieto rende irrilevante il potere del giudice del lavoro di ordinarne la comparizione per interrogarli liberamente sui fatti della causa, vista la possibilità sia nel processo civile, che lavoristico di essere escussi in qualità di testimoni. Pertanto, esposto nei paragrafi precedenti il potere del giudice del lavoro di superare i limiti oggettivi della testimonianza, si analizzerà il potere ufficioso di superare i limiti di coloro che sono incapaci di testimoniare, nell'ambito, però dell'interrogatorio libero.

Una ulteriore precisazione sull'interrogatorio libero *ex art. 117* c.p.c. è necessaria per avere un quadro completo rispetto all'interrogatorio di cui all'art. 421, ultimo comma, c.p.c..

“L'interrogatorio libero è un mezzo istruttorio in senso lato, senza essere propriamente un mezzo di prova<sup>203</sup>”. Per mezzo di esso, il giudice (sia civile, che del lavoro) ha la facoltà di interrogare le parti personalmente in contraddittorio tra loro; facoltà, precisa la norma, esercitabile in qualunque stato e grado del processo. In ragione dell'ampia libertà riconosciuta al giudice nell'esercitarlo, è stato definito “mezzo di prova affievolito”. Dal combinato disposto dell'artt. 116 e 117 c.p.c., il giudice

---

<sup>203</sup> Così espressamente F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II, 98.

può desumere argomenti di prova dalle risposte delle parti in sede di interrogatorio libero. L'interrogatorio libero nel rito ordinario di cognizione è previsto anche dagli artt. 183 e 185 c.p.c.. In base alle norme citate il giudice civile alla prima udienza di comparizione può interrogare le parti al fine di ottenere chiarimenti sui fatti di causa. Se le parti richiedono congiuntamente di espletare un tentativo di conciliazione, il giudice ai sensi dell'art. 185 c.p.c. fissa l'udienza per la comparizione delle medesime per interrogarle liberamente e provocarne la conciliazione. In sintesi, l'interrogatorio libero può essere effettuato nei confronti delle parti, le cui risposte hanno valore di argomenti di prova ed ha una finalità di chiarificazione rispetto alle posizioni delle parti.

Così esposte sinteticamente le caratteristiche salienti dell'interrogatorio libero, la prima differenza che si nota con l'interrogatorio di cui all'art. 421, è nel potere del giudice di ordinare la comparizione (anche) di quelle persone che non possono essere assunte come testimoni in ragione di un interesse nella causa, che potrebbero legittimarli alla partecipazione al giudizio.

Nella pratica, l'individuazione di tali soggetti non è del tutto scontata.

Infatti, si pensi al caso in cui due lavoratori siano stati sottoposti ad un procedimento disciplinare, conclusosi con l'irrogazione di una sanzione, e uno dei due ricorre in giudizio contro il datore di lavoro, al fine di vedersi dichiarare l'illegittimità della sanzione. In tal caso, l'eventuale richiesta del ricorrente-lavoratore della prova testimoniale del collega, volta a dimostrare l'illegittimità della sanzione irrogata dal datore di lavoro, può considerarsi inammissibile in ragione di un interesse nella causa del collega, che potrebbe legittimarlo alla partecipazione al giudizio? E nel caso di risposta affermativa, il giudice potrebbe interrogare il collega ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 421 c.p.c.?

La Corte di Cassazione ha fornito una risposta agli interrogativi stabilendo che: “il collega del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare per fatto addebitato ad entrambi in concorso non è titolare di interesse, neppure *ad adiuvandum*, che possa legittimare la sua partecipazione al giudizio nel quale il dipendente impugni la sanzione disciplinare irrogatagli, avendo tale giudizio oggetto necessariamente limitato a tale sanzione; ne consegue che la deposizione testimoniale dello stesso è ammissibile e non può essere esclusa *a priori*, restando peraltro attribuita al prudente apprezzamento del giudice di merito, la cui valutazione è incensurabile in Cassazione se correttamente motivata, di verificare in concreto l’attendibilità della deposizione testimoniale del collega di lavoro<sup>204</sup>”.

Un ulteriore esempio, verificatosi nella pratica è l’ipotesi di una causa tra datore di lavoro e istituti previdenziali o assistenziali; il cui giudizio ha per oggetto il pagamento di contributi a favore di un lavoratore subordinato. In tal caso, nell’eventuale questione pregiudiziale avente ad oggetto l’esistenza del rapporto di lavoro subordinato, potrà essere indicato il lavoratore come teste?

Diversamente dalla controversia precedente, la Suprema Corte ha stabilito che: “quando nel giudizio tra datore di lavoro ed istituti previdenziali o assistenziali avente ad oggetto il pagamento di contributi sorga contestazione sull’esistenza del rapporto di lavoro subordinato, con conseguente necessità di preliminare accertamento di detto rapporto quale presupposto dell’obbligo contributivo, la posizione che il lavoratore assume in detto giudizio determina la sua incapacità a testimoniare; tuttavia, ciò non esclude che il giudice possa, avvalendosi dei poteri conferitigli dall’art. 421 c.p.c., interrogarlo liberamente sui fatti di causa<sup>205</sup>”.

---

<sup>204</sup> CASS. N. 20731/2007.

<sup>205</sup> CASS. N. 7661/1998.

Dagli esempi riportati deve essere ricavata una regola generale, che permetta di individuare concretamente quali siano i soggetti che il giudice del lavoro può interrogare liberamente ai sensi dell'art. 421.

Il tema non trova una risposta univoca né in dottrina né in giurisprudenza.

La prima divergenza di vedute è nell'individuazione di ciò che debba intendersi per incapacità. Da un lato<sup>206</sup>, c'è chi sostiene che la norma individui una vera e propria forma di incapacità, dall'altro<sup>207</sup> chi ritiene che la norma sancisca una carenza di legittimazione a deporre.

Maggior uniformità di vedute è nel ritenere che l'antico brocardo *nullus idoneus testis in re sua intelligitur* si trovi alla base dell'incapacità a testimoniare; di conseguenza, il limite soggettivo al potere di testimoniare trova la sua ragione nella differenza da un lato, tra coloro che sono terzi alla causa e, dall'altro, tra coloro che sono parti o potrebbero essere definiti "parti potenziali".

L'interesse che esclude la possibilità di ricoprire il ruolo di testimone è dello stesso grado dell'interesse ad agire in giudizio, identificandosi con un interesse giuridico e mai di mero fatto. Autorevole dottrina<sup>208</sup> individua l'interesse dell'art. 246 c.p.c. nell'interesse di quei soggetti che avrebbero potuto partecipare alla causa, realizzando un *simultaneus processus* ai sensi degli art. 103 ss. c.p.c..

Una recentissima sentenza dei Giudici del gravame di Palermo<sup>209</sup> definisce il perimetro dell'interesse che determina l'incapacità a testimoniare, nei soli limiti di "quello giuridico, personale, concreto ed attuale, che comporta o una legittimazione principale a proporre l'azione

---

<sup>206</sup> L. DITTRICH, *I limiti soggettivi alla prova testimoniale*, Milano, 2000, 233, che parla di incapacità relativa.

<sup>207</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, 2017, 282, che vi ravvisa un difetto di legittimazione a deporre.

<sup>208</sup> F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. II, 141.

<sup>209</sup> Corte d'Appello Palermo Sez. III Sent., 20-02-2018

ovvero una legittimazione secondaria ad intervenire in un giudizio già proposto da altri cointeressati”.

Così specificati coloro che sono incapaci a testimoniare, il giudice del lavoro, attraverso i suoi poteri ufficiosi, potrà ordinare la comparizione degli stessi per interrogarli liberamente sui fatti della causa. Tuttavia, il codice di rito pone un limite di ammissibilità all'uso di questo “mezzo di prova”. Infatti, l'inciso “*ove lo ritenga necessario*” ha diviso la dottrina tra coloro che leggono nelle parole del codice un requisito di indispensabilità<sup>210</sup> dello stesso, e coloro che, adottando un'interpretazione estensiva, leggono nella necessità un requisito di utilità<sup>211</sup>. In linea con un'interpretazione restrittiva dell'ammissione dell'interrogatorio *ex art. 246 c.p.c.* parte delle giurisprudenza<sup>212</sup> ha stabilito che “la facoltà del giudice di ordinare la comparizione di persone di cui sia contestata la capacità di testimoniare a norma dell'art. 246 c.p.c., può essere esercitata, secondo le previsioni dell'ultimo comma dell'art. 421 dello stesso codice, solo quando, previamente accertata l'insussistenza dell'interesse alla causa che potrebbe legittimarne la partecipazione al giudizio, il provvedimento del giudice sia giustificato da una motivata situazione di necessità che renda indispensabile il loro libero interrogatorio sui fatti di causa”.

Nel solco della *ratio* ispiratrice dei poteri istruttori *ex officio*, condivisibile è l'opinione di coloro che non pretendono di leggere nella lettera della legge l'indispensabilità dell'interrogatorio libero. In altre parole, il giudice del lavoro può ammettere l'interrogatorio libero, solo nell'ipotesi in cui sia rilevante per la causa e non già indispensabile.

Da un uso più disinvolto di tale strumento e dalla disciplina generale *ex art. 117 c.p.c.* dell'interrogatorio libero, può desumersi che le risposte fornite dei soggetti incapaci di testimoniare abbiano valore di argomenti di

---

<sup>210</sup> “... l'interrogatorio dei terzi interessati deve essere ammesso in base ad una valutazione (di necessità) concreta, e cioè in relazione alla possibilità di ricorrere ad altri, più imparziali mezzi di prova” in L. MONTESANO – R. VACCARELLA, *op. cit.*, 204.

<sup>211</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 325.

<sup>212</sup> CASS. N. 3302/1994.

prova ed in quanto tali vanno a corroborare il materiale probatorio già acquisito<sup>213</sup>.

L'interrogatorio libero dell'art. 246 c.p.c. è nella disponibilità del giudice, che ha il potere discrezionale di ammetterlo; potere non sindacabile dalle parti e non riconosciuto alle stesse. Situazione, quest'ultima, che la dottrina<sup>214</sup> critica aspramente perché anche alle parti dovrebbe essere consentito il superamento dei limiti dell'art. 246 c.p.c..

In merito alla modalità di assunzione dell'interrogatorio trattato, il giudice procede nella massima discrezionalità e libertà; in quanto non occorre né una capitolazione delle domande, né le formalità dell'art. 251 c.p.c.<sup>215</sup>. Il magistrato è comunque tenuto sia al rispetto del contraddittorio, che al divieto di introduzione di fatti nuovi nel processo. Pertanto, le domande devono riferirsi ai soli fatti allegati dalle parti, e all'esito dell'interrogatorio libero, si deve consentire alle parti di richiedere le controprove utili.

---

<sup>213</sup> L. MONTESANO – R. VACCARELLA, *op. cit.*, 203; F. P. LUISO, *“Il processo del lavoro”*, cit., 206; G. FABBRINI, *op. cit.*, 156.

<sup>214</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 326.

<sup>215</sup> Art. 251 c.p.c. *“Giuramento dei testimoni”*: *“I testimoni sono esaminati separatamente. Il giudice istruttore ammonisce il testimone sulla importanza religiosa e morale del giuramento e sulle conseguenze penali delle dichiarazioni false o reticenti e legge la formula: «consapevole della responsabilità che con il giuramento assumete davanti a Dio, se credente, e agli uomini, giurate di dire la verità, null'altro che la verità». Quindi il testimone, in piedi, presta il giuramento pronunciando le parole: «Lo giuro»”* (2) Con sentenza del 10 ottobre 1979, n. 117, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo nella parte in cui non è contenuto l'inciso *«se credente»* dopo le parole *«il giudice istruttore ammonisce il testimone sull'importanza religiosa»* e dopo le parole *«consapevoli della responsabilità che con il giuramento assumete davanti a Dio»*.

Con sentenza del 5 maggio 1995, n. 149, la Corte Cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'articolo: a) nella parte in cui prevede che il giudice istruttore *“ammonisce il testimone sull'importanza religiosa, se credente, e morale del giuramento e sulle”*, anziché stabilire che il giudice istruttore *“avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità e delle”*; b) nella parte in cui prevede che il giudice istruttore legge la formula: *“Consapevole della responsabilità che con il giuramento assumete davanti a Dio, se credente, e agli uomini, giurate di dire la verità, null'altro che la verità”*, anziché stabilire che il giudice istruttore lo invita a rendere la seguente dichiarazione: *“Consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza”*; c) nella parte in cui prevede: *“quindi il testimone, in piedi, presta il giuramento pronunciando le parole”*: *“lo giuro”*.

## 7. Il potere di richiedere informazioni e osservazioni alle organizzazioni sindacali: inquadramento generale

L'art. 421, comma secondo, c.p.c. attribuisce, inoltre, il potere all'organo giudicante di richiedere informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle organizzazioni sindacali; specificando che le associazioni da interpellare siano quelle indicate dalle parti. A questa prerogativa deve aggiungersi la disposizione dell'art. 425 c.p.c. che riconosce sia il medesimo potere alle parti, che il potere del giudice il potere di "*richiedere alle associazioni sindacali il testo dei contratti e accordi collettivi di lavoro, anche aziendali, da applicare nella causa*". Dunque, la prima differenza tra i due articoli si rinviene nell'iniziativa per acquisire le informazioni e osservazioni, che in un caso spetta al giudice, nell'altro alle parti. Tuttavia, il ruolo delle parti è determinante in entrambi i casi, infatti, seppur è vero che *ex art. 421* l'iniziativa è riconosciuta al giudice, sono le parti che devono indicare le associazioni sindacali al quale il magistrato può rivolgersi. La conseguenza di ciò è che se le parti si rifiutano di indicare le organizzazioni sindacali, l'iniziativa del giudice resta bloccata.

“Per asfittiche che siano le due norme vanno comunque esaminate nei loro contenuti e nei riflessi, che possono avere sulla disciplina [...]. I due articoli sono stati concepiti come una porta [...] attraverso cui far rifluire nel processo la dimensione collettiva della controversia<sup>216</sup>”.

---

<sup>216</sup> Così espressamente V. ANDRIOLI – V. COLESANTI – V. DENTI – E. FAZZALARI – G. F. MANCINI – L. MONTESANO – F. SANTORO-PASSARELLI, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, 22. “È questo, dunque, il compito di gran lunga più significativo che il sindacato – se lo comprenderà se gliene sarà dato il modo – dovrebbe esplicare nel nuovo regime. Mancano nell'ordinamento italiano, modelli teorici a cui ricondurlo. Di qui il proficuo ricorso che parte della nostra dottrina fa al concetto di *amicus curiae*, così come è venuto evolvendosi nella prassi nordamericana. Spetta all'*amicus curiae* integrare, secondo l'ottica del componente sociale che rappresenta, la scienza privata del giudice: e, nella specie, ciò significa innanzitutto rendere quest'ultimo edotto dei modi in cui la sentenza può incidere sul sistema delle relazioni industriali, portate a Palazzo di Giustizia, la logica della contrattazione e del conflitto, che la logica individualizzante del processo lascia fuori o mette tra parentesi [...]. L'ipotesi dell'*amicus curiae* non è destinata ad una vita facile. Proprio dalla circostanza che alle associazioni sia consentito “esprimere opinioni sui fatti di causa, sulla loro giuridica natura e sulle possibili fonti della loro

A causa della mancata presa di posizione del legislatore del 1973 su l'esatto inquadramento che spetterebbe alle associazioni sindacali, è doverosa una sintetica disamina del ruolo dei sindacati nella riforma del rito del lavoro.

### **7.1. Il ruolo dei sindacati all'interno dell'ordinamento processual-lavoristico**

Si ricorda che, nel regime dittatoriale, l'ordinamento processuale corporativo esprimeva una chiara posizione, risultante dagli artt. 440 e 443 oggi abrogati, nei confronti delle associazioni sindacali legalmente riconosciute<sup>217</sup>.

Il codice di rito *ante* riforma del 1973 attribuiva a dette associazioni, sia il potere di intervenire, in qualunque grado e stato del processo, per la tutela degli interessi di categoria, che il potere di rendere informazioni su richiesta del giudice.

A seguito sia della caduta dell'ordinamento corporativo, sia dell'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, che nel silenzio della legge n. 533/1973 non è chiaro se le associazioni sindacali possano continuare ad intervenire nelle controversie individuali di lavoro.

Nell'attuale ordinamento processuale, parte della dottrina<sup>218</sup> riconosce un ruolo "attivo" del sindacato. Infatti, l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, riconoscendo la legittimazione attiva delle associazioni sindacali per le ipotesi di condotta antisindacale posta del datore di lavoro, attribuisce loro un vero e proprio diritto di agire in giudizio per la tutela di situazioni

---

conoscenza", gli interpreti più restii ad abbandonare gli schemi concettuali del nostro diritto giudiziario, deducono che il legislatore le configura come ausiliarie del giudice decidente".

<sup>217</sup> Cfr. Cap. I, par. 2.

<sup>218</sup> G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999, 166.

giuridiche di natura sindacale. Considerato che dall’emanazione dello Statuto dei lavoratori alla legge n. 533/1973 intercorrono solo tre anni, è ragionevole sostenere che il legislatore dell’epoca abbia desiderato attribuire un “ruolo attivo” al sindacato all’interno del processo. Pertanto, alla luce della disciplina processuale generale del Libro I del codice di procedure civile, si può ritenere che attraverso l’intervento volontario dell’art. 105 c.p.c.<sup>219</sup>, il sindacato possa intervenire nelle controversie individuali di lavoro. Tuttavia, l’intervento del sindacato dovrà rientrare in una delle tre ipotesi previste dallo stesso articolo.

Altra parte della dottrina<sup>220</sup>, che esclude del tutto o quasi l’intervento volontario, contrappone una tesi più liberale, favorevole all’intervento dei sindaci nelle cause ex art. 409 c.p.c. nei soli limiti in cui siano chiamati in causa su istanza di parte (art. 106 c.p.c.<sup>221</sup>) o coattivamente dal giudice (art. 107 c.p.c.<sup>222</sup>).

---

<sup>219</sup> L’art. 105 c.p.c. “Intervento volontario”: “Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti (intervento principale o ad escludendum) o di alcune di esse (intervento adesivo autonomo o litisconsortile), un diritto relativo all’oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo.

*Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse (intervento adesivo dipendente)”.*

<sup>220</sup> A. PROTO PISANI, in V. ANDRIOLI – C. M. BARONE – G. PEZZANO – A. PROTO PISANI, *op. cit.*, 602.

<sup>221</sup> Art. 106 “Intervento su istanza di parte”: “Ciascuna parte può chiamare nel processo un terzo al quale ritiene comune la causa o dal quale pretende essere garantita”.

<sup>222</sup> Art. 107 c.p.c. “Intervento per ordine del giudice”: “Il giudice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune, ne ordina l’intervento”.

## **7.2. Il potere di richiedere informazioni e osservazioni alle organizzazioni sindacali: disciplina processuale ex artt. 421 comma secondo e 425 c.p.c.**

Il giudice può chiedere alle associazioni sindacali, su istanza di parte o d'ufficio, informazioni e osservazioni orali o scritte. Si ritiene che le organizzazioni sindacali abbiano il compito di ausiliario della parte che ha sollecitato la richiesta<sup>223</sup>, e che le loro dichiarazioni abbiano valore di argomenti di prova<sup>224</sup>. Infatti, le osservazioni e le informazioni sindacali non sono annoverabili tra i mezzi di prova.

La dottrina<sup>225</sup> distingue le “informazioni” dalle “osservazioni”.

Le prime, deposizioni avvicinabili *latu sensu* alla testimonianza, riguardano fatti; pertanto, hanno valore di argomenti di prova, soggette alla libera valutazione del giudice. Non hanno, quindi, valore probatorio autonomo, ma “valgono solo come chiarimenti ed elementi di valutazione dei dati di fatto già acquisiti al giudizio, unitamente ai quali sono complessivamente valutabili<sup>226</sup>”.

---

<sup>223</sup> Ausiliari della parte non vuol dire che i sindacati siano di parte. Al riguardo, sovviene il pensiero di R. VACCARELLA, *Informazioni e osservazioni delle associazioni sindacali nel processo del lavoro*, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 691 ss.: “In altri termini, nessuno vuole negare che il sindacato prospetti una propria, partigiana visione del processo, e non già una visione ispirata alla tutela del pubblico interesse; ma dire che quella visione è di parte non vuol dire che essa coincida con quella della parte, rispetto alla quale ultima – unico legittimo punto di riferimento nel processo individuale – quella visione di parte può suonare come imparziale o pubblicistica, se la partecipazione del sindacato è consentita anche contro la volontà delle parte”. Per i sindacati come ausiliari del giudice V. nota 216.

<sup>224</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, 2008, 189; F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. IV, 60.

<sup>225</sup> Cfr. fra tutti G. TARZIA, *op. cit.*, 189; F. P. LUISO, *op. cit.*, Vol. IV, 58 ss.

<sup>226</sup> CASS. N. 3004/2005; CASS. N. 6845/1994: “*Nel rito del lavoro la richiesta d'informazioni alle associazioni sindacali indicate dalle parti, pur non potendo essere annoverata tra i mezzi di prova, costituisce tuttavia un peculiare strumento processuale che consente al giudice di acquisire dati per una migliore valutazione della fattispecie sottoposta al suo esame, sicché dalle risultanze di tali informazioni il giudice può dedurre argomenti di prova da utilizzare per la formazione del proprio convincimento*”. La giurisprudenza nega che il giudice possa ritenere esistente un fatto esclusivamente sulla base delle osservazioni e informazioni rese dall'associazione sindacale. Così espressamente F.P. LUISO, *op. cit.*, Vol. IV, 60.

Le seconde concernono attività di valutazione su profili di diritto (presumibilmente riguardanti la contrattazione collettiva) o interpretazione di fatti.

In entrambe le disposizioni, pur se la richiesta provenga dalle parti, il potere di interpellare le associazioni sindacali per richiedere tali informazioni è una facoltà discrezionale del giudice di merito, il cui esercizio o mancato esercizio non è sindacabile in sede di legittimità ove congruamente motivato<sup>227</sup>.

Una volta inoltrata la richiesta, in caso di risposta orale in udienza delle associazioni sindacali, dette informazioni e osservazioni dovranno essere rese da un rappresentante sindacale, che abbia il potere di esprimere la volontà e la posizione unitaria del sindacato<sup>228</sup>.

Nel novero delle associazioni sindacali richiamate nell'art. 425 c.p.c. sono ricomprese sia quelle nazionali, che le rappresentanze sindacali aziendali. Conclusione dedotta dalla circostanza che il secondo comma dello stesso articolo, consente la raccolta di informazioni presso il luogo di lavoro in cui le rappresentanze sindacali aziendali sono radicate. Pertanto, il giudice può richiedere che le informazioni e osservazioni siano rese nel luogo di lavoro, ove sia stato disposto l'accesso sui luoghi di lavoro<sup>229</sup>.

L'ultimo comma dell'art. 425 c.p.c. conferisce al giudice la facoltà di richiedere alle associazioni sindacali il testo dei contratti e accordi collettivi di lavoro. La *ratio* della disposizione discende dalla inapplicabilità dei commi 2-4 dell'art. 39 Cost., che, ad oggi, non permette di attribuire, ai

---

<sup>227</sup>“Nel rito del lavoro, la possibilità che ha il giudice, di richiedere informazioni e osservazioni, scritte o orali, alle associazioni sindacali, prevista dal secondo comma dell'art. 421 c.p.c., costituisce una facoltà discrezionale del giudice di merito, il cui esercizio o mancato esercizio non è sindacabile in sede di legittimità ove congruamente motivato”. CASS. N. 6336/2003.

<sup>228</sup> La risposta per mezzo dei loro rappresentanti presuppone anche la necessaria precisazione degli estremi dell'incarico alla persona che, designata dall'associazione, deve riferire oralmente. CASS. N. 276/1990: “Nelle controversie di lavoro, la facoltà del giudice di richiedere, ai sensi degli art. 421 e 425 c. p. c., informazioni alle associazioni sindacali presuppone che le medesime siano indicate dalle parti e rispondano - se chiamate all'udienza di discussione - a mezzo di loro rappresentanti, restando esclusa, in mancanza di ciò, la possibilità di verbalizzare notizie offerte da persone estranee alle associazioni stesse e non espressamente indicate come legittimate a renderle”.

<sup>229</sup> Cfr. par. successivo

contratti collettivi, un'efficacia pari alla legge. Pertanto, il giudice, per il principio *iura novit curia* è tenuto a conoscere solo della legge e non già delle disposizioni dei contratti collettivi che – come chiarito – non hanno efficacia *erga omnes*. Tuttavia, egli non può servirsi del suo potere d'ufficio se nessuna delle parti ha invocato l'applicazione di contratti o accordi collettivi, che devono essere entrati nel processo; pena la violazione del divieto di uso di scienza privata.

La dottrina è divisa nell'attribuire alle associazioni sindacali un obbligo o una mera facoltà nel fornire le richieste informazioni.

La dottrina maggioritaria<sup>230</sup>, adottando una interpretazione costituzionalmente orientata con la libertà sindacale di cui all'art. 39 della Costituzione, riconosce la sussistenza di una di una mera facoltà di rispondere alla richiesta. Altra autorevole dottrina, sostiene che “l'associazione sindacale interpellata ha l'obbligo di rispondere se è interpellata dal giudice, mentre l'obbligo non sussiste se l'istanza è proposta dalla parte. Ma si potrebbe anche sostenere il contrario: se la parte che propone l'istanza è un associato, in base alle regole interne dell'associazione, questa potrebbe avere l'obbligo di rispondere<sup>231</sup>”.

## **8. Il potere di disporre l'accesso sui luoghi di lavoro**

Ultimo potere da analizzare, che conclude l'analisi dell'art. 421 c.p.c., è quello di disporre l'accesso sui luoghi di lavoro. Il citato articolo al terzo comma testualmente prevede: [il giudice] “*dispone, su istanza di parte, l'accesso sul luogo di lavoro, purché necessario al fine*

---

<sup>230</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, 1999, 170; A. PROTO PISANI, in V. ANDRIOLI – C. M. BARONE – G. PEZZANO – A. PROTO PISANI, *op. cit.*, 623; G. PERONE, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, 264.

<sup>231</sup> F.P. LUISO, *op. cit.*, Vol. IV, 59.

*dell'accertamento dei fatti e dispone altresì, se ne ravvisa l'utilità l'esame dei testimoni sul luogo stesso*".

La disposizione in questione è fonte di vedute dottrinali diverse. La norma presuppone due requisiti per permettere al giudice di esercitare tale potere. Il primo di questi si legge nelle parole "*su istanza di parte*", mentre il secondo nell'inciso: "*necessario ai fini dell'accertamento*". Dunque, ad una fedele interpretazione al tenore testuale della norma, il potere di disporre l'accesso sui luoghi di lavoro può essere esercitato dal giudice solo se almeno una delle parti lo richieda e, successivamente, il magistrato ne ravvisi la necessità – e non già la semplice utilità – ai fini dell'accertamento dei fatti. Tuttavia, questi limiti al potere del giudice stridono da un lato, con il corpo della norma stessa in cui sono inseriti, che come esaminato è l'art. 421 c.p.c. e, dall'altro con il potere ufficioso del giudice di disporre l'ispezione ai sensi dell'art. 258 c.p.c., prevista per il processo civile ordinario, che chiaramente si applica anche al rito del lavoro.

Tale istituto, pur rappresentando un vero e proprio mezzo di prova, non ha una valenza propriamente officiosa al pari dei poteri fino ad ora esaminati.

La dottrina<sup>232</sup> non è riuscita a comprendere la *ratio* che si pone alla base della scelta di condizionare l'esercizio del potere in questione all'istanza di parte. Infatti, premesso che l'accesso sui luoghi di lavoro è una *species* del *genus* ispezione<sup>233</sup>, ciò che risulta inspiegabile è che l'ispezione può essere esercitata d'ufficio anche dal giudice civile, che notoriamente non conosce l'ampiezza dei poteri istruttori del giudice del

---

<sup>232</sup> G. TESORIERE, *op. cit.*, 224; F.P. LUISO, *op. cit.*, Vol. IV, 59: "si tratta di una anomalia che la dottrina non è riuscita a spiegare"; G. FABBRINI, *op. cit.*, 1975, 178: "... deve essere sottolineata come sconcertante ed incomprensibile la circostanza per cui l'ispezione dei luoghi di lavoro, pur necessaria all'accertamento dei fatti, sia subordinata nel nuovo processo alla istanza di parte, mentre la corrispondente ispezione del rito comune è, per l'appunto, uno dei pochi mezzi di prova disponibili *ex officio*".

<sup>233</sup> L. MONTESANO – R. VACCARELLA, *op. cit.*, 205.

lavoro; mentre proprio quest'ultimo non può accedere officiosamente ai luoghi di lavoro, per espressa previsione del legislatore.

Parte della dottrina<sup>234</sup> cerca di trovare una spiegazione nel momento storico in cui la norma in questione fu approvata. In considerazione della “carica emotivo-ideologica” del tempo, l'istituto in questione non può essere solo considerato “un'ispezione speciale”, ma uno strumento che permette “una pregnante presenza dell'ufficio giudiziario nel luogo di lavoro”. A sostegno di tale lettura – che può essere più sociologica, che giuridica – soccorrerebbe, la possibilità del giudice, se ne ravvisa la necessità, di esaminare i testimoni sul luogo di lavoro, non solo per ricevere delle informazioni al pari di una comune ispezione, ma nell'ottica di svolgere tutto l'esame testimoniale. Tale indirizzo sarebbe supportato dall'uso “estremo” realmente verificatosi da parte dei c.d. pretori d'assalto<sup>235</sup> in merito a tale istituto. Infatti, negli anni seguenti all'autunno caldo del '68 -'69, all'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori e della legge n. 533/1973, alcuni pretori hanno tentato di emettere sul luogo di lavoro la sentenza; tentativo sbarrato dalla eventuale dichiarazione di nullità della stessa<sup>236</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>237</sup> ha sostenuto che quando l'accesso è indispensabile e non solo necessario, il giudice potrebbe superare il limite della richiesta della parte e disporlo d'ufficio *ex art. 118 c.p.c.*<sup>238</sup>.

Così esposte le maggiori correnti dottrinali, si passa alla disamina concreta della disciplina.

---

<sup>234</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 330.

<sup>235</sup> Cfr. Cap I, par. 3.

<sup>236</sup> Cfr. Trib. Milano del 2 novembre 1977, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1977, 1308 e in *Giurisprudenza italiana*, 1978, 324, che ha dichiarato nulla la sentenza del pretore emessa, non nell'aula di pubblica udienza, ma nel luogo di lavoro, in un locale dell'azienda.

<sup>237</sup> V. DENTI – G. SIMONESCHI, *op. cit.*, 128; G. PERONE, *op. cit.*, 212.

<sup>238</sup> Art. 118 c.p.c. “*Ordine d'ispezione di persone e di cose*”: “*Il giudice può ordinare alle parti e ai terzi di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiono indispensabili per conoscere i fatti della causa, purché ciò possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo, e senza costringerli a violare uno dei segreti previsti negli articoli 351 e 352 del Codice di procedura penale. Se la parte rifiuta di eseguire tale ordine senza giusto motivo, il giudice può da questo rifiuto desumere argomenti di prova a norma dell'articolo 116 secondo comma. Se rifiuta il terzo, il giudice lo condanna a una pena pecuniaria da euro 250 a euro 1.500.*”

In primo luogo, in aggiunta a quanto sopra esposto, la Suprema Corte<sup>239</sup> limita la discrezionalità del giudice all'uso di questo istituto sia alla richiesta della parte, che rende obbligatorio il ricorso da parte del magistrato al mezzo di prova; che alla necessità dello stesso e non semplice utilità.

In secondo luogo, in analogia con la disciplina prevista per l'ispezione comune, l'accesso sul luogo di lavoro è limitato dalla violazione dei segreti, quali: professionale (art. 200 c.p.p.), d'ufficio (art. 201 c.p.p.) e di Stato (artt. 202 e 204 c.p.p.).

Da ultimo, la dottrina ritiene che debba trovare applicazione sia l'art. 258 c.p.c. che prevede la previa emissione di un'ordinanza d'ispezione di luoghi, di cose mobili e immobili, o delle persone, nella quale il giudice fissa il tempo, il luogo e il modo dell'ispezione<sup>240</sup>; che l'art. 118 c.p.c. nella parte in cui il giudice prima di ordinare l'ispezione abbia effettuato un bilanciamento tra la necessità del mezzo di prova e l'eventuale danno grave per la parte o per il terzo, che potrebbe provenire dall'ispezione<sup>241</sup>. Circostanza quest'ultima che può realizzarsi in una misura maggiore nelle controversie di lavoro; si pensi al blocco della produzione durante l'accesso nelle catene di montaggio, aziende chimiche o farmaceutiche, alti forni per la lavorazione dei metalli ecc...

---

<sup>239</sup> Cfr. CASS. N. 4508/1982.

<sup>240</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, 2008, 179, cui si rinvia anche per un'analisi completa di analogie e differenze tra i due istituti.

<sup>241</sup> P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *op. cit.*, 331.

## CONCLUSIONI

Alla luce di quanto esposto in questo lavoro, è doverosa una riflessione sulla *ratio*, che dal 1893 ad oggi, ha guidato il legislatore nel riconoscere al Giudice del lavoro dei poteri peculiari, dei quali il Giudice civile non conosce, per meglio tutelare determinate situazioni giuridiche. L'individuazione della *ratio* è necessaria e indispensabile, come punto di partenza per comprendere il rapporto tra i poteri istruttori ufficiosi *ex art.* 421 c.p.c. e i principi cardine dell'intero processo civile. Orbene, la difficoltà che la dottrina e la giurisprudenza incontrano in tale materia è individuare il punto di equilibrio tra l'uso di tali poteri e i citati principi, al fine di mantenere una posizione mediana, che ci protegga dall'errore di ammettere una violazione completa di detti principi dietro l'ingannevole convinzione di ricercare ad ogni costo la verità materiale. Per essere più precisi, uno dei due piatti della bilancia non è rappresentato propriamente dai poteri istruttori, ma dalla stessa *ratio* che si trova alla loro base. Infatti, a ben vedere, i poteri del magistrato del lavoro sono il mezzo per perseguire sia la ricerca della verità materiale, che concretizzare, nel testo di una sentenza, l'idea di "Giustizia". Dunque, i piatti della bilancia sono rappresentati da un lato "dalla ricerca della verità" e dall'altro dalla presenza di principi cardine del processo.

Per ricercare il punto di equilibrio, si potrebbe suggerire un'inversione delle regole di ragionamento che dalla maggior parte degli studiosi sono seguite quando si affronta questa tematica. In altri termini, una proposta potrebbe essere "cambiare" l'approccio nello studio dei poteri istruttori. Infatti, l'idea tradizionale è ritenere che, posti i principi e le regole processuali riferite al processo ordinario di cognizione, i poteri istruttori sono una deroga a questa originaria "impalcatura". Pertanto, questa visione delle cose pone qualsiasi lettore ad avere una posizione inconsciamente di

favore per le regole originarie e, conseguentemente, una posizione di sfavore nei confronti di tutto ciò che deroghi alle regole per prima concepite.

Può considerarsi un atteggiamento innato, quello di tutelare la regola più antica perché prima concepita ed a noi più conosciuta e, successivamente nel momento in cui si affrontano le deroghe, avere nei confronti di quest'ultime un atteggiamento "chiuso", invaso dall'idea di porre il maggior numero di limiti a quelle deroghe che "attaccano" le regole e i principi originari.

Calando questo ragionamento nella materia trattata, da un lato, troviamo le "buone" regole, dalle quali si inizia lo studio del processo (sia ordinario che del lavoro), che solo per citarne alcune, sono: il principio del dispositivo dell'art. 115 c.p.c., il principio del contraddittorio, sancito sia dalla Costituzione che dal codice di rito rispettivamente negli articoli 111 Cost. e 101 c.p.c., ancora il principio delle preclusioni operante fin dagli atti introduttivi *ex* artt. 414 e 416 c.p.c. e – per concludere – il principio dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c.

Dall'altro, abbiamo i poteri del giudice del lavoro, che si pongono come deroghe ai principi descritti e per questo motivo in una posizione di contrasto che deve essere limitata per salvaguardare il processo retto da tali principi.

Se è vero che quanto descritto è l'approccio metodologico – e forse anche psicologico – che ci guida nello studio di questa disciplina, il cambiamento è nel considerare i poteri istruttori *ex officio* non delle deroghe, ma "la chiave di volta" dell'intera "impalcatura" processuale. Infatti, come nell'ambito architettonico la chiave di volta è una pietra per adempiere a funzioni strutturali, così i poteri istruttori dovrebbero essere quella pietra di vertice, che tenendo insieme tutte le altre, costituenti i principi del processo, realizza un *opus*: una "giusta" sentenza.

In conclusione, l'idea qui descritta è ritenere che la *ratio* ispiratrice dei poteri istruttori non sia letta come una finalità a sè stante e una deroga ai principi del processo, ma che i principi e i poteri uniti tra loro in un ideale e perfetto equilibrio realizzano un'opera perfetta: l'idea di "Giustizia".

Premesso che l'opinione di chi scrive è orientata ad un uso il più ampio possibile dei poteri istruttori del giudice del lavoro, non possono essere superati quei limiti, oltre i quali l'intera "impalcatura processuale crollerebbe", con la conseguenza che, invece di perseguire una sentenza "giusta", si eserciterebbe una "giustizia arbitraria".

L'analisi dell'art. 421 c.p.c. sia in senso stretto, che in riferimento ai principi processuali citati, fa emergere un ultimo interrogativo: quali sono i principi che possono essere limitati a favore dei poteri istruttori ufficiosi, in un'ottica di bilanciamento tra le finalità sottostanti ai principi e i citati poteri; e quali invece i principi che non possono subire alcuna compressione, rischio "il crollo dell'impalcatura"?

Sicuramente, il giudice deve pronunciarsi sulle domande che effettivamente hanno proposto le parti, non potendo fornire una tutela dichiarativa che riguardi diritti non dedotti in giudizio. Infatti, in ragione del principio tra chiesto e pronunciato dell'art. 112 c.p.c., il giudice deve giudicare su tutti i fatti che sono affermati nella domanda e soltanto su quelli. Pertanto, seppur da sempre il principio è condiviso dagli studiosi di diritto – basti pensare che gli antichi si ispiravano al brocardo *judex secundum alligata judicare debet* – l'esercizio dei poteri istruttori può indirettamente comprimerlo. Infatti, si pensi che, nella pratica, il bilanciamento da operare non si limita ad un rapporto uno ad uno, nel senso che da un lato abbiamo i poteri istruttori *ex officio* e dall'altro la compressione di un solo principio. Orbene, essendo il processo il luogo di pesi e contrappesi in cui ogni norma del codice di rito si intreccia coordinandosi e richiamando altre norme, spesso la deroga ad alcune norme comporta indirettamente la conseguenza di derogarne altre.

Per cogliere il significato profondo e la complessità della tematica, occorre procedere con un esempio tratto dalle più recenti prassi giudiziarie.

Sul solco di perseguire la ricerca della verità materiale, si afferma la prassi di assumere attraverso l'esercizio dei poteri d'ufficio del materiale probatorio non formatosi nel processo instaurato.

È il caso dell'ammissione di dichiarazioni rese da testimoni in un altro processo tra parti diverse (o nel caso in cui una sola delle parti sia stata impegnata nel precedente processo), rispetto a quello che si sta celebrando. In tal caso, dette dichiarazioni entrerebbero, nel successivo processo rispetto a quello in cui furono escussi i testimoni, attraverso la produzione della sentenza contenente nelle motivazioni le dichiarazioni suddette o attraverso l'acquisizione dei verbali delle stesse prove testimoniali. In questo caso l'ammissione delle dichiarazioni di testimoni rese in un altro processo rispetto a quello in cui pende la causa, avrebbe la finalità di completare l'istruttoria, fornendo al giudice del materiale probatorio che supponiamo essere determinante per la corretta qualificazione dei fatti storici realmente verificatesi, al fine di pronunciare una "giusta" decisione. Tuttavia, occorre chiedersi a quale costo si è giunti – forse – alla ricerca della verità.

Il primo principio che risulterebbe compreso è il principio del contraddittorio. Infatti, pur se fosse rispettato il contraddittorio tra le parti nel primo processo in cui sono state rese le dichiarazioni, non potrà essere rispettato il contraddittorio nella formazione della prova nella successiva causa instaurata, in ragione della diversità delle parti tra il processo, nel quale si sono escussi i testi, e quello in cui è stata prodotta la sentenza attestante le loro dichiarazioni.

Effettuando il bilanciamento tra il principio in questione e la finalità perseguita dai poteri, interessante è la riflessione sviluppata nell'opera "*Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e Prospettive*", a cura della Professoressa Tiscini.

Il Giurista, privilegiando un orientamento restrittivo in materia, espressamente scrive: “è certamente discutibile la scelta di sfozzire gli incumbenti istruttori disponendo l’acquisizione di prove testimoniali assunte in altre cause che, per la riferibilità al medesimo oggetto (ad esempio gli effetti di una contestata cessione del ramo d’azienda) e per il semplice impegno, nei panni del resistente, del medesimo datore di lavoro (sia pure su allegazioni e capitoli di prova del tutto diversi), acquisiscono quel materiale istruttorio formatosi al di fuori del processo e lo trattano attribuendo a quelle dichiarazioni testimoniali il rango di prova alla stregua della prove testimoniali eventualmente assunte nel processo”. Contrariamente, a favore di una interpretazione estensiva dell’art. 421 c.p.c., la Corte di Cassazione, nella pronuncia del 14 maggio 2013, n. 11555, ammette che possano concorrere per la formazione del convincimento del giudice quelle prove raccolte in un diverso processo, svoltosi tra stesse parti o altre parti. Infatti, la Corte ritiene che posta l’acquisizione delle prove formatosi in un altro processo, quest’ultime devono essere valutate come prove e non già solo come argomenti di prova, pena la violazione del principio di economia processuale, funzionalizzato alla ragionevole durata del processo, sancita dall’art. 111 della Costituzione. Infatti la realizzazione di una giustizia sostanziale passa per una necessaria accelerazione del processo, anche in ragione dei principi di chiovendiana memoria che hanno ispirato l’intero rito del lavoro.

Dunque, a riprova di quanto sopra scritto, il principale problema è trovare l’equilibrio dei due piatti della bilancia, che in questo caso sono rappresentati, da un lato dal rispetto del principio del contraddittorio e, dall’altro dall’accelerazione del processo al fine di non far svanire nelle lungaggini del processo gli effetti di una sentenza.

La Corte a tutela di quest’ultima esigenza ha testualmente scritto nella sentenza sopra riportata: “il giudice di merito può utilizzare per la formazione del proprio convincimento anche le prove raccolte in un diverso

processo tra le parti o altre parti, sempre che siano acquisite al giudizio della cui cognizione è investito; ne consegue che non è deducibile in sede di legittimità la violazione del contraddittorio rispetto al processo di provenienza, per farne ridondare la nullità nel processo di approdo, senza dedurre vizi del contraddittorio in quest'ultimo processo, poiché a rilevare è l'effettiva esplicazione del contraddittorio nel processo nel quale la prova viene utilizzata”.

Sembrerebbe che all'interrogativo iniziale si sarebbe trovata risposta risultando in equilibrio i piatti della bilancia; se non fosse che, dietro alla compressione del principio del contraddittorio, potrebbe nascondersi la limitazione di principi, che con certezza non posso essere compressi. L'ammissione delle dichiarazioni rese in un altro processo, non solo comprime il principio del contraddittorio delle parti nel processo di destinazione delle dichiarazioni, ma – a certe condizioni – può serbare al suo interno la violazione del principio del dispositivo e in generale dell'art. 115 c.p.c..

Quest'ultima affermazione ha bisogno di una precisazione. Infatti, si è detto che il processo del lavoro può essere definito un processo semi-dispositivo, in cui la presenza dei poteri istruttori ufficiosi permette al giudice di basare la sua decisione anche su mezzi di prova non richiesti dalle parti, ma assunti su iniziativa dell'organo giudicante, ma quest'ultimo non può decidere su fatti non allegati dalle parti, pena la violazione del divieto di uso di scienza propria. L'iniziativa del processo rimane di monopolio delle parti, come d'altronde l'allegazione dei fatti. Orbene, ammettere dichiarazioni dei testi di un altro processo, può indirettamente introdurre nel processo di destinazione fatti che non sono stati allegati dalle parti, fatti che concorrono a formare illegittimamente il convincimento del giudice. A ben vedere l'escussione della prova testimoniale nel primo processo si è svolta su capitoli di prova redatti da altre parti in riferimento a

fatti storici diversi, propri del primo processo, e l'indicazione dei testimoni proviene da difese che nulla hanno a che vedere con la causa instaurata.

In generale deve sottolinearsi che la Suprema Corte è favorevole all'acquisizione di prove formatosi in altri processi, anche penali, purché operi un vaglio critico delle parti sul materiale probatorio così acquisito, in modo tale da poter garantire – ad opinione di chi scrive sotto un'altra forma – il diritto di difesa e del contraddittorio.

Lo scenario che può celarsi dietro a dei casi del genere, da un lato conferma il fatto che il bilanciamento spesso si deve effettuare tra la *ratio* sottesa ai poteri istruttori e più principi del processo, tra i quali possono esserci principi che non ammettono limitazioni; dall'altro riporta in vita un argomento sul quale ancora oggi esiste un forte scontro dottrinale e giurisprudenziale: l'ammissione di prove atipiche.

Infatti, l'esercizio dei poteri istruttori non solo declinerebbe alcuni principi in un'ottica di bilanciamento degli stessi con la ricerca della verità materiale, ma permetterebbe, ad una interpretazione letterale del codice di rito – che lo si ricorda al secondo comma dell'art. 421 c.p.c. prevede “*l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile*” – il ricorso a prove atipiche, al fine di meglio realizzare la *ratio* sottesa ai poteri istruttori ufficiali.

In conclusione, in ragione della tipologia di diritti posti alla base delle domande proponibili con il rito del lavoro e dell'incisività degli stessi nella vita del lavoratore e della sua famiglia, deve essere scoraggiata ogni posizione estrema sia in un'ottica di una totale difesa dei principi in questione, che una posizione giustizialista che ripone nella figura del giudice qualsiasi potere per la ricerca della verità. Deve ricordarsi che la presenza dei principi cardine del processo è anch'essa indispensabile per raggiungere una “giusta” sentenza. Infatti, si potrebbe ritenere che, ancora oggi, le parole di una nota sentenza di Orazio – perfettamente calzanti alla materia trattata – possono essere fonte di ispirazione e guida, le quali

recitano: *est modus in rebus, sunt certi denique fines, quos ultra citraque nequit consistere rectum*, ossia, c'è una misura in tutte le cose, esistono certi precisi confini, al di là dei quali, non esiste giustizia.

Pertanto, non esiste una risposta univoca, applicabile allo stesso modo per tutte le controversie, all'interrogativo sopra esposto. Saranno il Giudice e le parti che nelle singole controversie, a seconda delle circostanze presentate, faranno ricorso o chiederanno di farne ricorso in modo più o meno incisivo ai poteri istruttori ufficiosi. Tuttavia, in presenza di un ipotetico dubbio sull'esercizio o meno dei poteri istruttori ufficiosi a causa di una eventuale deroga di qualche principio, sarebbe preferibile un approccio favorevole all'uso degli stessi, motivato da una reale e non pretestuosa ricerca della verità, pena il venir meno della fiducia nel sistema giudiziario e il propagarsi del rischio di una "giustizia privata". È pur sempre preferibile che sia il magistrato a far uso o "incolpevole abuso" dei poteri riconosciutigli, che il cittadino al di fuori delle aule giudiziarie!

## BIBLIOGRAFIA

ANDRIOLI V. – BARONE C. M. – PEZZANO G. – PROTO PISANI A.,  
*Le controversie in materia di lavoro. Legge 1 agosto 1973, n. 533 e norme  
connesse*, Bologna-Roma, 1987

ANDRIOLI V.– COLESANTI V.– DENTI V.– FAZZALARI E.–  
MANCINI G. F. –MONTESANO L.– SANTORO-PASSARELLI F., *Il  
nuovo processo del lavoro*, Padova , 1975

BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. III, Bari, 2016

BARASSI L., *Diritto corporativo e diritto del lavoro*, Milano, 1939

BEGHINI R., *La prova per testimoni nel rito civile*, Padova, 1997

BUONCRISTIANI D., *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi  
applicativi*, *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2013

CAPONI R., *In tema di autonomia e certezza del processo civile*, in *Foro  
it.*, I, 2006

CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962

CARRATTA A. – TARUFFO M., *Poteri del giudice, Commentario del codice di procedura civile*, 2011

CARRATTA A., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003

CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991

CHIOVENDA G., *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno (1907)*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Vol. I, Roma, 1930

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923

COMOGLIO L. P., *I poteri d'ufficio del giudice del lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro*, n. 3, 2006

COMOGLIO L. P. – FERRI C. – TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2006

COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, Torino, 2010

COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, Torino, 2004

DANOVI F., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014

DENTI V. – SIMONESCHI G., *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974

DITTRICH L., *I limiti soggettivi alla prova testimoniale*, Milano, 2000

FABBRINI G., *A proposito di un progetto di riforma del processo individuale del lavoro*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1971

FABBRINI G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975

FABIANI E., *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*, in *FI*, 2005

FIORILLO L., *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Roma-Padova, 2017

FOGLIA R., *“Il processo del lavoro privato e pubblico”*, Milano, 2001

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004

IANNIRUBERTO G., *Il processo del lavoro rinnovato*, Padova, 1999

LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1992

LUISO F. P., *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, II, Milano, 2015

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Vol. IV, Milano, 2017

LUISO F. P., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992

M. MONATARI, *Il principio di prova per iscritto*, 2005

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Vol. I, Torino, 2009

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, 2017

MONTESANO L. –VACCARELLA R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996

MONTESANO L., *Le “prove atipiche” nelle “presunzioni” e negli “argomenti” del giudice civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1980

PASSANANTE L., *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017

PATTI S., *La disponibilità delle prove*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011

PERONE G., *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975

PERSIANI M., CARINCI F., AA. VV., *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. IX, Padova, 2011

PESSI R., *Lezioni di diritto del lavoro*, VI ed., Torino, 2014

PESSI R., *Lezioni di diritto del lavoro*, VII ed., Torino, 2016

PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2013

PROTO PISANI A., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982

REDENTI E., *Massimario della Giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906

REDENTI E., *Sulla funzione delle magistrature industriali*, 1906

SANDULLI P. – SOCCI A. M., *Il processo del lavoro*, Milano, 2016

SANTORO PASSARELLI G., AA. VV., *Diritto e Processo del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2014

SASSANI B. – TISCINI R., *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

TARUFFO M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984

TARUFFO M., *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980

TARUFFO M., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1973

TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, V ed., Milano, 2008

TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, IV ed., Milano, 1999

TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, III ed., Milano, 1987

TESORIERE G., *Diritto processuale del lavoro*, Padova, 2004

TISCINI R., *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e Prospettive.*, Napoli, 2015

TORRENTE A.– SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013

TRECCANI, Vol. IX

VACCARELLA R., *Informazioni e osservazioni delle associazioni sindacali nel processo del lavoro*, in *Giust. Civ.*, 1983

VALLEBONA A., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Padova, 2006

VALLEBONA A., *Il Trionfo del processo del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, n.7, 2009

VALLEBONA A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro*, Torino, 2012

VERDE G., in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988

VULLO E., *Il nuovo processo del lavoro*, Torino, 2015