



Numero 1 / 2023

Laura Papa, Nicola A. Maggio

**Kasparov e l'art. 421 cod. proc. civ. ovvero quando
*“Le leggi della vita non sono così chiare come
quelle degli scacchi”.***

Kasparov¹ e l'art. 421 cod. proc. civ. ovvero quando *"Le leggi della vita non sono così chiare come quelle degli scacchi"*.

avv. Nicola A. Maggio

avv. Laura Papa

I. Cass. civ., sez. VI, 10 novembre 2022, n. 33108

Lo scorso mese di novembre, la sesta sezione della Corte di Cassazione si pronunciava in materia di poteri istruttori del giudice del lavoro, percorrendo (e riassumendo) un territorio argomentativo abbondantemente arato dalla giurisprudenza di legittimità nel corso degli ultimi venti anni.

In sintesi la Corte, con tale pronuncia, individuava la facoltà *ex art.* 421 cod. proc. civ. del giudice del lavoro di assumere d'ufficio mezzi istruttori a condizione che la parte abbia allegato quanto meno una *cd.* "pista probatoria".

Infatti, nella motivazione dell'ordinanza in commento si legge «*la normativa processuale consente al giudice del lavoro il dispiego di poteri ben più incisivi di quelli usuali, potendo egli sanare eventuali carenze (cfr. Cass. n. 12573 del 2020, Cass. n. 1995 del 2016; Cass. n. 12210 del 2014) e potendo financo disporre d'ufficio "in qualsiasi momento" l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dai limiti del codice civile, ad eccezione del solo giuramento decisorio, sulla base dell'unico presupposto dell'esistenza di una c.d. pista probatoria dedotta dalle parti, prescindendo quindi da preclusivi e decadenze già verificatesi (su cui Cass. Sez. Un. 17 giugno 2004, n. 11353)*».

Come noto la sezione sesta della Corte di Cassazione era² una "apposita sezione" per la «*verifica se sussistono i presupposti per la pronuncia in camera di consiglio*» (vedi art. 376 cod. proc. civ.). Tali presupposti, di fatto, sussistono quando la Corte "riconosce di dovere" ai sensi dell'art. 380-*bis*, primo comma, cod. proc. civ. (a) dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale (e di quello incidentale eventualmente proposto) ai sensi dell'art. 375, n. 1, cod.

¹ Garri Kimovič Kasparov, campione del mondo di scacchi dal 1985 al 2000.

² a seguito dell'entrata in vigore della riforma del processo civile in Cassazione di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n.149, la Sesta sezione civile ha cessato le proprie funzioni dal 1° gennaio 2023.

proc. civ. ovvero (b) accogliere o rigettare il ricorso principale (e l'eventuale ricorso incidentale) ai sensi dell'art. 375, n. 5, cod. proc. civ. per manifesta fondatezza o infondatezza. Ebbene nonostante l'ordinanza in commento sia stata emessa dalla sezione sesta perché trattavasi evidentemente di una "manifesta infondatezza" del ricorso³, si è ritenuto comunque di trarre da tale pronuncia l'occasione per alcune riflessioni sui poteri istruttori del giudice nel processo del lavoro e sul testo dell'art. 421, secondo comma, cod. proc. civ. ai sensi del quale «[n.d.r. il giudice] può disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dai 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'art. 420».

L'occasione si rende necessaria perché chi è solito frequentare le aule dei Tribunali del lavoro avrà certamente verificato che si tratta di una norma tra le più invocate dalle difese (per porre rimedio a decadenze processuali ovvero ad inadempimenti dell'onere della prova) e parimenti tra le più disattese - ad avviso di chi scrive - dai giudici di merito.

II. Il processo in una visione prospettica.

Per comprendere appieno la portata del dato normativo in commento, occorre provare a ricostruire una definizione prospettica di cosa sia il processo civile nel nostro ordinamento.

Secondo un approccio strettamente formalistico/burocratico si potrebbe definire il processo come una serie di atti scambiati dalle difese per l'ottenimento di una sentenza.

Ancora, tenuto conto dei suoi principi regolatori quali il principio della domanda (art. 99 cod. proc. civ.), il principio dispositivo (art. 99 cod. proc. civ.), le numerose decadenze e preclusioni normative e da ultimo il riparto dell'onere della prova⁴ (art. 2697 cod. civ.), si potrebbe arrivare a definire il processo "soltanto" come uno strumento per dirimere le controversie. Ovviamente, in tale prospettiva, l'esigenza di accertare la verità (ovvero di "fare giustizia") passa in secondo piano; motivo per il quale numerose (forse troppe) sono le sentenze che definiscono il processo con una pronuncia di accoglimento delle eccezioni procedurali.

Ne consegue che il processo - quanto meno nella declinazione del rito ordinario - nel nostro ordinamento spesso assume il sapore drammatico di una partita a scacchi tra le difese. Partita

³ La parte ricorrente lamentava l'inammissibilità di alcuni mezzi istruttori perché assunti nel processo d'ufficio.

⁴ Sul punto, si ricordano le parole di Carnellutti: «Di fronte al giudice è la stessa cosa non avere un diritto o non poterlo provare!»

caratterizzata da numerosi trabocchetti e sorprese⁵ che non esclude l'ipotesi di una beffarda⁶ vittoria di una parte sull'altra; talvolta resa ancora più gravosa dai limiti alla facoltà di compensazione delle spese previsti dall'ultima riforma dell'art. 92, secondo comma, cod. proc. civ.⁷.

In questo contesto, l'art. 421, secondo comma, cod. proc. civ. rappresenta una luce che illumina il processo del lavoro e lo rende uno strumento più efficace (quanto meno rispetto al rito ordinario) per l'accertamento della verità e la tutela dei diritti costituzionali. Nell'ordinanza in commento, infatti, si legge: *«per quanto concerne i poteri del giudice in ordine all'ammissione della prova, dell'art. 421 c.p.c., comma 1 ed il comma 2, sono disposizioni che vanno necessariamente lette in modo unitario, come espressione della medesima esigenza volta a temperare il principio dispositivo con la ricerca della verità materiale cui è ispirato il rito del lavoro, per il carattere costituzionale delle situazioni implicate nel rapporto di lavoro, nella previdenza e nell'assistenza sociale (fra le tante, Cass., n. 18410 del 2013; Cass. n. 13353 del 2012)»*.

III. I mezzi di prova ammissibili.

Entrando nello specifico dei mezzi istruttori ammissibili d'ufficio, occorre premettere che il giudice non potrà certamente assumere: (1) il giuramento decisorio (vedi art. 421, secondo comma, cod. proc. civ.) e (2) le presunzioni contro gli atti per i quali è richiesta la forma scritta (art. 2725 cod. civ.); ciò in quanto vi è una espressa limitazione normativa.

⁵ Si pensi al continuo stratificarsi di riforme spesso finalizzate solo a assicurare i mercati finanziari dell'efficienza della “macchina giustizia” italiana ed al numero dei riti speciali attraverso cui l'avvocato civilista deve districarsi e tra i quali non è sempre agevole individuare quello da applicare al caso di specie.

⁶ Mentre scrivevamo questo passaggio dell'articolo, ci è tornato alla mente il seguente verso di una vecchia canzone di De Gregori, che pare calzante: *«è troppo tempo amore che noi giochiamo a scacchi, mi dicono che stai vincendo e ridono da matti!»*. Infatti, il processo non dovrebbe essere un luogo dove si possa “vincere” con delle strategie dal contenuto strettamente processuale e “ridere” così dei diritti sostanziali della controparte.

⁷ Il secondo comma dell'art. 92 cod. proc. civ. in materia di compensazione delle spese è stato oggetto di numerose riforme (rispettivamente negli anni 2005, 2009 e 2014) per arrivare alla seguente formulazione: *«Se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, il giudice può compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero»*. Tale norma, così riformata, è stata comunque dichiarata incostituzionale *«nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni»* (vedi Corte Cost., 19 aprile 2018, n. 77).

In merito all'assunzione d'ufficio della prova testimoniale, invece, occorre fare un distinguo. Infatti, se da un lato tendenzialmente non è consentita tale assunzione, il giudice potrà in ogni caso valutare la riduzione della lista testi (art. 245 cod. proc. civ.) e procedervi sul luogo di lavoro (art. 421, terzo comma, cod. proc. civ.).

Parimenti il giudice potrà integrare la prova testimoniale chiedendo al testimone precisazioni e chiarimenti ulteriori rispetto alle circostanze capitolate⁸ (si pensi ad esempio nell'ambito di una controversia avente ad oggetto l'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato). La più recente giurisprudenza si è orientata anche in senso favorevole nel qualificare "mera irregolarità" e pertanto rimediabile ai sensi dell'art. 421 cod. proc. civ, l'omessa indicazione delle generalità dei testimoni⁹.

Per quanto riguarda l'acquisizione documentale, il giudice potrà disporre d'ufficio la produzione dei verbali ispettivi dei funzionari degli istituti previdenziali¹⁰ e dei documenti

⁸ «Nel rito del lavoro, è corretto l'operato del giudice che, nell'ambito di una controversia promossa per accertare la natura subordinata di un rapporto di lavoro, chieda al testimone di precisare, al di fuori delle circostanze capitolate, se venisse rispettato un orario di lavoro, quali fossero le mansioni svolte dal prestatore nonché in quale posizione materiale la prestazione fosse effettuata, dovendosi ritenere che la possibilità di porre tali domande sia consentita, se non anche imposta, dall'art. 421 c.p.c., e ciò tanto più ove al ricorso siano stati allegati conteggi elaborati sul presupposto dello svolgimento di determinate mansioni e orari e la controparte abbia contestato, oltre alla natura subordinata del rapporto, anche lo svolgimento di un orario a tempo pieno» (V. Cass. civ., sez. lav., ord., 14 aprile 2021, n. 9823).

⁹ In proposito si legga: «Nel rito del lavoro, 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 allegare, 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, comma primo, cod. proc. civ., avente ad oggetto l'indicazione alla parte istante della riscontrata irregolarità e l'assegnazione di un termine perentorio per porvi rimedio, formulando o integrando le indicazioni relative alle persone da interrogare o ai fatti sui quali debbono essere interrogate» (V. Cass. civ., sez. lav., 1 dicembre 2021, n. 37773; in senso cfr. Cass. civ., sez. lav. 25 giugno 2020, n. 12573).

¹⁰ «In ordine alle circostanze apprese da terzi, i rapporti ispettivi redatti dai funzionari degli istituti previdenziali, pur non facendo piena prova fino a querela di falso, per la loro natura hanno un'attendibilità che può essere infirmata solo da una prova contraria qualora il rapporto sia in grado di esprimere ogni elemento da cui trae origine, e in particolare siano allegati i verbali, che costituiscono la fonte della conoscenza riferita dall'ispettore nel rapporto e possono essere acquisiti anche con l'esercizio dei poteri ex art. 421 c.p.c., sì da consentire al giudice e alle parti il controllo e la valutazione del loro contenuto; in mancanza di acquisizione dei suddetti verbali, il rapporto ispettivo (con riguardo alle informazioni apprese

ritenuti necessari dal c.t.u. per l'espletamento dell'incarico¹¹. Negli anni la giurisprudenza di legittimità si è orientata in senso positivo anche per l'acquisizione d'ufficio delle prove acquisite tra le stesse parti in altro processo (sia civile che penale)¹², a condizione che vi sia stato un pieno contraddittorio¹³. Parimenti il giudice dovrà disporre d'ufficio l'acquisizione

da terzi) resta un elemento che il giudice può valutare in concorso con gli altri elementi probatori» (Cass. civ., sez. lav., 14 gennaio 2004, n. 405)

¹¹ «Nel rito del lavoro, rientra tra i poteri istruttori del giudice d'appello, che abbia dato mandato al consulente tecnico di compiere ogni opportuna indagine, l'acquisizione di atti o documenti ritenuti dal consulente necessari per l'espletamento dell'incarico. Detto principio trova applicazione quando l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi soltanto con il ricorso a specifiche cognizioni tecniche, come avviene in controversie che presentino profili contabili particolarmente complessi, fermo restando che la consulenza tecnica non costituisce uno strumento previsto al fine di supplire a carenze probatorie relative a fatti che la parte può agevolmente dimostrare con prove documentali o testimoniali. (Fattispecie relativa a documenti necessari per il calcolo dello specifico tasso aziendale nell'assicurazione degli infortuni sul lavoro)» (Cass. civ., sez. lav., 14 aprile 2021, n. 9823).

¹² Sul punto si legga: (1) «Nel processo del lavoro è legittima l'utilizzazione delle prove - ritualmente acquisite agli atti - assunte in un precedente giudizio tra le stesse parti e inerenti allo stesso contenzioso sostanziale, considerato l'ampio potere di ammissione di ufficio di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, a norma dell'art. 421 c.p.c. (Fattispecie relativa a giudizi prima sull'an e poi sul quantum aventi ad oggetto lavoro straordinario)» (Cass. civ., sez. lav., 19 novembre 1999, n. 12884); e (2) «In tema di efficacia della sentenza penale nel giudizio civile, il giudice adito per la dichiarazione di illegittimità di un licenziamento disciplinare irrogato in conseguenza di un comportamento - l'aver rivolto ai datori di lavoro epiteti offensivi - per il quale è stato poi sottoposto a procedimento penale per ingiuria, in seguito a querela delle persone offese costitutesi parti civili nel processo penale, non può - in considerazione dell'identità del fatto materiale, rispettivamente vagliato in sede penale come ingiuria e in sede civile come condotta che ha determinato il licenziamento - considerare ininfluenza la sentenza dibattimentale penale di assoluzione conclusiva del suindicato procedimento penale divenuta cosa giudicata (e le prove ritualmente raccolte in sede penale), ai fini della valutazione della condotta del lavoratore e della prova della giusta causa del licenziamento, dovendo peraltro il giudice civile procedere in modo autonomo alla rivalutazione del fatto e del materiale probatorio, tanto più ove in sede penale il comportamento addebitato al lavoratore-imputato sia stata ritenuto non punibile perché provocato da "una condotta mobbizzante" del datore di lavoro» (V. Cass. civ., sez. lav. 13 settembre 2012, n. 15353)

¹³ Sul punto si veda: «Il giudice civile, salvo che le parti non gliene facciano concorde richiesta, non può avvalersi del materiale probatorio acquisito senza contraddittorio in sede penale, a meno che il dibattimento non sia mancato per scelta di un rito alternativo da parte dell'imputato» (V. Cass. civ., sez. lav., 9 ottobre 2014, n. 21299).

del contratto collettivo (a condizione che non vi sia contestazione in ordine all'esistenza e al contenuto di tale contratto) necessario per le differenze retributive richieste¹⁴.

IV. Il limite al potere discrezionale.

Tale potere officioso trova un limite nel contemperamento con la regola dell'onere della prova, il principio del contraddittorio ed in senso più ampio con il diritto alla difesa.

Per tale motivo, già nelle prime interpretazioni dell'art. 421 cod. proc. civ. si è sempre fatto riferimento al requisito indefettibile della “pista probatoria” (il primo ad enunciare tale espressione fu un Pretore di Pisa negli anni ottanta) allegata agli atti di una delle parti.

Una volta verificata tale pista probatoria, il giudice non potrà comunque fare alcun riferimento nella parte motivazionale¹⁵ della decisione di assunzione del mezzo istruttorio alla propria scienza privata (leggi cognizione di fatti acquisiti al di fuori del processo) ovvero, in ogni caso, travalicare le allegazioni difensive.

Da ultimo occorre rilevare che può sembrare discusso se l'esercizio dei poteri officiosi da parte del giudice siano per lui un obbligo ovvero una facoltà. Nonostante il termine “può” inserito nel dato normativo dell'art. 421 cod. proc. civ. - *«può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova»* -, l'onere motivazionale (statuito dalla Sezioni Unite¹⁶) sull'accoglimento o il rigetto della richiesta istruttoria, necessario per consentire il sindacato della corte di legittimità, fa propendere per un vero e proprio obbligo.

¹⁴ *«Nel caso in cui il lavoratore, in sede giudiziale, chieda (anche implicitamente) l'applicazione di un contratto collettivo post corporativo, la mancata produzione di questo può comportare il rigetto della domanda nel merito solo in ipotesi di contestazione in ordine all'esistenza e al contenuto di tale contratto, mentre, nell'ipotesi in cui vi sia eventualmente contestazione soltanto in ordine all'applicabilità di tale contratto, sussiste per il giudice il potere-dovere, ai sensi dell'articolo 421 del c.p.c., di acquisire d'ufficio, attraverso consulenza tecnica, il contratto collettivo di cui il lavoratore, pur eventualmente non indicando gli estremi, abbia tuttavia fornito idonei elementi di identificazione»* (V. Cass. civ., sez. lav., 27 ottobre 2005, n. 20864).

¹⁵ *«I poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro, il cui esercizio non è subordinato ad una esplicita richiesta delle parti né al verificarsi di decadenze o preclusioni, non possono mai essere esercitati in modo arbitrario ed il loro esercizio, o mancato esercizio, è suscettibile di sindacato in sede di legittimità tanto sotto il profilo del controllo sulla motivazione quanto sotto quello della violazione o falsa applicazione di legge»* (Cass. civ., SS.UU., 17 giugno 2004, n. 11353).

¹⁶ *«Nel rito del lavoro, ai sensi di quanto disposto dagli artt. 421 e 437 del c.p.c., l'esercizio del potere istruttorio d'ufficio del giudice, pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa, non è meramente discrezionale, ma si presenta come un*

V. Elementi di diritto comparato: "è meglio schivare l'esca che dibattersi nella trappola"¹⁷.

Nell'anno 2004, a Caracas presso la Corte di Cassazione Venezuelana (Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia) si tenne un importante convegno internazionale di diritto del lavoro, a cui parteciparono magistrati provenienti da tutto il mondo.

Dalla lettura dei documenti del congresso¹⁸ emerge una impostazione dell'impianto normativo che regola il processo del lavoro venezuelano¹⁹ meritevole di un approfondimento, anche perché - a detta dei commentatori presenti al convegno - ispirata agli scritti dei grandi maestri italiani (tra cui Chiovenda, Liebman e Calamandrei)²⁰.

In estrema sintesi, dalla lettura della relazione al convegno si comprende che la Ley Organica venezuelana prevede la scansione delle attività processuali in due fasi: la prima innanzi al "Giudice della conciliazione" (soggetto appartenente all'ordinamento giudiziario) e la seconda innanzi al "Giudice del giudizio".

potere-dovere, sicché il giudice del lavoro non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova, avendo l'obbligo - in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 del c.p.c. e al disposto di cui all'art. 111, primo comma, della Costituzione sul giusto processo regolato dalla legge - di esplicitare le ragioni per le quali reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga, invece, di non farvi ricorso. Nel rispetto del principio dispositivo i poteri istruttori non possono in ogni caso essere esercitati sulla base del sapere privato del giudice, con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non acquisiti al processo in modo rituale, dandosi ingresso alle cosiddette prove atipiche, ovvero ammettendosi una prova contro la volontà delle parti di non servirsi di detta prova, o, infine, in presenza di una prova già espletata su punti decisivi della controversia, ammettendo d'ufficio una prova diretta a sminuirne l'efficacia e la portata» (Cass. civ.. SS.UU, 17 giugno 2004, n. 11353).

¹⁷ Frase attribuita a John Dryden, poeta e drammaturgo inglese del 1600.

¹⁸ La relazione del congresso è consultabile al seguente link:

<http://www.tsj.gob.ve/documents/10184/169688/Eventos+N°16/096b2e42-f9d3-440c-9cdb-5a4780eacd58>

¹⁹ Si tratta della Ley Organica processal de Trabajo del 2002.

²⁰ Nell'introduzione alla relazione si legge: «Giusseppe Chiovenda, Mauro Cappelletti, Eduardo Couture, Enrique Vesco- vi, José Rodríguez, Augusto M. Morelo, Mario Aguirre Godoy, José Gabriel Sarmiento Núñez, Juan Montero Aroca, han contribuido con sus estudios a clarificar el papel de la oralidad en el proceso como integrantes del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que tuvo por finalidad fomentar el progreso científico del derecho procesal civil»

La peculiarità degna di nota si rileva non tanto nell'attività strettamente conciliativa del primo giudice, ma in quella che egli dovrà porre in essere in caso di mancata conciliazione e trasmissione degli atti al "Giudice del Giudizio".

Infatti, gli articoli 124 e 134 della Ley Organica venezuelana prevedono che²¹ - qualora il "Giudice della Conciliazione" ravvisi delle lacune nella formulazione degli scritti difensivi (ivi comprese le eccezioni procedurali rilevabili d'ufficio e non) - conceda attraverso un "despacho saneador" un termine per porvi rimedio. Ciò proprio al fine di evitare la mancata tutela dei diritti della persona a causa di vizi procedurali.

²¹ Il testo in lingua originale: art. 124 «*Si el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, comprueba que el escrito libelar cumple con los requisitos exigidos en el artículo anterior, procederá a la admisión de la demanda, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su recibo. En caso contrario, ordenará al solicitante, con apercibimiento de perención que corrija el libelo de la demanda, dentro del lapso de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación que a tal fin se le practique. En todo caso, la demanda deberá ser admitida o declarada inadmisibile dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del libelo por el Tribunal que conocerá de la misma. La decisión sobre la inadmisibilidad de la demanda deberá ser publicada el mismo día en que se verifique. De la negativa de la admisión de la demanda se dará apelación, en ambos efectos, por ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo y para ante el Tribunal Superior del Trabajo competente, si se intenta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso establecido para la publicación de la sentencia interlocutoria que decidió la inadmisibilidad de la demanda. Al siguiente día de recibida la apelación, el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo remitirá el expediente al Tribunal Superior del Trabajo competente*» e art. 134: «*Si no fuera posible la conciliación, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, a través del despacho saneador, resolver en loma oral todos los vicios procesales que pudiere detectar, sea de oficio o a petición de parte, todo lo cual reducirá en un acta*»