



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

## **Funzione e limiti del potere istruttorio del giudice nell'era della prova tecnologica**

**DANIELA PALIAGA**  
Tribunale di Torino

**vol. 9, no. 1, 2023**

ISSN: 2421-2695



## Funzione e limiti del potere istruttorio del giudice nell'era della prova tecnologica

**DANIELA PALIAGA**

Tribunale di Torino

Presidente della Sezione Lavoro

daniela.paliaga@giustizia.it

---

### ABSTRACT

---

The paper is an elaboration of the speech held by the author on 20 April 2023 in Milan in the conference regarding the burden of proof in the new Italian civil trial.

The author analyzes to what extent Italian labour judges are entitled to exercise their ex officio powers. It is emphasized how such powers are important to reach decisions based on the actual reality of the facts. The paper examines also the limits of ex officio powers, with regard to the principle of an adversarial process and to the proof of secondary facts.

**Keywords:** Burden of proof; ex officio powers.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/17554>

---

## Funzione e limiti del potere istruttorio del giudice nell'era della prova tecnologica

SOMMARIO: 1. La funzione dei poteri istruttori del giudice. – 2. L'analoga funzione del potere di rilevazione d'ufficio dei fatti. – 3. I limiti all'esercizio dei poteri istruttori elaborati dalla giurisprudenza. - 4. Il rispetto del contraddittorio.

### 1. La funzione dei poteri istruttori del giudice

La regola per cui il giudice deve ritenere inesistente – e, conseguentemente, dare torto alla parte che dovrebbe provarlo - non soltanto il fatto di cui sia stata concretamente provata l'inesistenza, ma anche il fatto di cui non c'è prova o non c'è prova sufficiente è una regola di giudizio essenziale, che consente di assumere comunque una decisione, anche quando il processo non è riuscito nel suo obiettivo di ricostruire la realtà dei fatti a cui applicare le regole del diritto.

Non sempre è facile applicarla, perché non è sempre agevole stabilire quali elementi della fattispecie giuridica sono fatti costitutivi e quali impeditivi, modificativi ed estintivi del diritto fatto valere in giudizio. Basta pensare al percorso che ha avuto la qualificazione della consistenza dell'organico aziendale in misura inferiore ai limiti stabiliti dall'art. 18 della l. n. 300 del 1970 come fatto impeditivo del diritto del lavoratore licenziato di riprendere l'attività lavorativa, che deve essere dunque provato dal datore di lavoro.<sup>(1)</sup>

Il valore giuridico della decisione basata sull'applicazione dell'onere della prova non è certo inferiore a quello della decisione che si fonda sull'accertamento concreto e univoco dell'esistenza<sup>(2)</sup> o dell'inesistenza<sup>(3)</sup> dei fatti in discussione. La consapevolezza che essa potrebbe non rispecchiare la realtà dei fatti, che accompagna comunque ogni decisione<sup>(4)</sup>, è tuttavia indubbiamente maggiore.

---

<sup>(1)</sup> Il tema del riparto dell'onere probatorio in ordine ai presupposti di applicazione della tutela reale o obbligatoria rispetto al licenziamento di cui sia accertata l'invalidità è stato definito soltanto dalle Sezioni Unite nella sentenza Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141 a seguito della quale è ormai pacifico (cfr. tra le molte, Cass. 16 marzo 2009, n. 6344 o, più di recente, Cass. 19 aprile 2017, n. 9867).

<sup>(2)</sup> Nella causa promossa dal commesso che sostiene di aver lavorato regolarmente un'ora in più al mattino, iniziando alle 7 anziché alle 8 (tipologia di controversia semplice, ma frequente), ad esempio, i testimoni raccontano che, per varie ragioni, tra le 7 e le 8 passavano tutte le mattine davanti al negozio e vedevano il ricorrente già al lavoro.

<sup>(3)</sup> Tutti i testi, invece, raccontano di aver visto regolarmente il ricorrente scendere dall'autobus davanti al negozio intorno alle 8 del mattino.

<sup>(4)</sup> L'alto rischio di falsa testimonianza che caratterizza un contesto come quello lavoristico, in cui i testimoni sono spesso colleghi di chi ricorre e dipendenti o ex dipendenti di chi resiste, giustifica tale consapevolezza anche quando la prova è piena e coerente, come negli esempi di cui alle note

È una situazione inevitabile, ma è necessario ogni sforzo perché rimanga comunque residuale.

Lo esigono la funzione strumentale del processo e l'importanza della ricerca della verità materiale, concetti consolidati in dottrina e giurisprudenza che, nel condividere queste riflessioni scaturite dal lavoro giudiziale quotidiano, si possono dare per pacifici<sup>(5)</sup>.

La frequenza con cui il giudice si trova costretto a ricorrere all'onere della prova dipende dall'ampiezza del campo di applicazione del principio dispositivo in ambito istruttori e dalla maggiore o minore rigidità del sistema di preclusioni.

Un'operatività piena del principio dispositivo, secondo cui le prove possono essere portate all'interno del giudizio soltanto dalle parti, ed un sistema di preclusioni immediato e rigoroso come quello del rito del lavoro, per cui le parti portano le prove nel giudizio solo con i rispettivi atti introduttivi, lasciano ampio spazio alla necessità di applicare la regola dell'onere della prova, inchiodando le parti agli errori eventualmente commessi nel redigere gli atti introduttivi.

La mancata offerta di una prova importante può dipendere da varie ragioni: la parte, più o meno consapevolmente, non racconta al difensore tutto ciò che serve (ad esempio, omette di riferire che esistono messaggi WhatsApp, magari perché essi hanno anche contenuti personali che non vuole far emergere), oppure ignora l'esistenza stessa di una certa prova (ad esempio, che un teste ha registrato la scena o che esiste un altro testimone, che non si è palesato), oppure è il difensore che effettua una scelta tra gli strumenti di prova offertigli dal cliente che, a posteriori, si rivela errata.

Il risultato non cambia: i margini per integrare le istanze istruttorie offerti dall'art. 420 comma 5 c.p.c. sono molto ristretti e non vi rientrano gli errori di scelta e, comunque, l'esistenza di una possibile prova supplementare spesso emerge quando è sicuramente troppo tardi per farne applicazione.

---

precedenti. Essa, però, diventa inevitabile quando si è costretti a fare applicazione della regola di giudizio basata sull'onere della prova a fronte di una istruttoria del tutto priva di risultati (nell'esempio, nessun teste ha saputo fornire elementi per comprendere a che ora il lavoratore cominciava davvero a lavorare al mattino) ed acquista un sapore decisamente spiacevole quando ciò accade a causa dell'insufficienza e contraddittorietà della prova raccolta (qualche teste racconta di aver visto occasionalmente il ricorrente al lavoro verso le 7,30, ma altri giurano di non averlo mai visto a quell'ora e non vi sono altri elementi per comprendere se essi mentano e con che frequenza vi andasse).

<sup>(5)</sup> Per richiamarlo, dunque, ci si può limitare alle efficaci parole utilizzate da Sebastiano Gentile il 14 maggio 2021, nel suo intervento al seminario organizzato da *Questione giustizia e Magistratura democratica* "Il nocchiere... in gran tempesta": *il giudice e la giustizia del lavoro fra testo normativo e contesto culturale* (S. Gentile, *La specificità del processo del lavoro e il cambiamento della prassi*, consultabile al sito <https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-specificita-del-processo-del-lavoro-e-il-cambiamento-della-prassi>) secondo cui «I diritti non stanno nel processo come i prodotti a vista sugli scaffali di un supermercato: bisogna cercarli» e «Il giudice del lavoro non può comportarsi come mero preposto alla direzione del traffico delle deduzioni attoree e delle eccezioni del convenuto, senza l'impegno della ricerca, logico-giuridica e probatoria, indispensabile alla piena chiarificazione dei fatti e, di riflesso, all'emersione dei diritti nel processo – beninteso – ove esistenti e meritevoli».

Senza correttivi giudiziali, la prova tardivamente messa a fuoco aleggia nel processo, ma è destinata a rimanere fuori dalla decisione e il giudice si trova a dover respingere (o accogliere) la domanda per mancata prova di un fatto facendo applicazione della regola dell'onere della prova anche se ormai sa – tutti sanno - che esiste la possibilità di provarlo<sup>(6)</sup> o addirittura (quando si tratta di un documento esibito in udienza nel tentativo di produrlo tardivamente) la certezza della sua esistenza<sup>(7)</sup>.

Tali situazioni - un “autogol” per chi doveva provare, un “regalo della sorte” per la controparte - generano un notevole senso di frustrazione per il giudice.

Il rischio di scollamento tra verità processuale e verità storica è un male inevitabile a cui il giurista deve rassegnarsi: anche quando tutto sembra chiaro, è possibile che le cose non stiano proprio così.

Quando esso si concretizza nel processo sotto gli occhi di tutti, però, è impossibile non ravvisarvi il fallimento della giustizia, seppure accompagnato dalla realizzazione della “pace giuridica” e dal trionfo del principio di autoresponsabilità.

L'obiettivo della giustizia, infatti, è risolvere i conflitti della vita reale in modo aderente alla realtà dei fatti e conforme alle regole di diritto e non arbitrare esercitazioni di bravura e di fortuna delle parti e dei loro difensori.

Per rimediare a queste situazioni e ricondurre l'operatività della regola di chiusura incentrata sull'onere della prova ai soli casi in cui essa è realmente inevitabile (cioè quando, all'orizzonte, non si vedono ulteriori prove o fonti di prova da esplorare), è necessario chiedere un sacrificio al principio dispositivo – come è frequente leggere in giurisprudenza, temperarlo «con le esigenze della ricerca della verità materiale» - e dotare il giudice di autonomi poteri istruttori che abbiano qualche chance di ricucire lo strappo tra realtà e processo.

I poteri d'ufficio non sono un'alternativa all'onere della prova. Essi, semplicemente, ritardano il momento in cui il giudice deve eventualmente farvi ricorso e lo contengono ai soli casi in cui, nonostante l'assunzione di ulteriori prove d'ufficio, permane incertezza circa l'esistenza dei fatti.

È questa la scelta compiuta dal legislatore nella materia del lavoro affidando al giudice un potere istruttorio apparentemente quasi senza limiti che consente di acquisire prove che le parti non possono più chiedere e che, in alcuni casi, non avrebbero comunque potuto chiedere<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Ad esempio, se emerge l'esistenza di altri colleghi che lavoravano nello stesso negozio al mattino e certamente conoscono l'orario di ingresso del ricorrente, i quali potrebbero essere sentiti come testimoni, ma non sono stati indicati come tali negli atti introduttivi oppure di una registrazione audio o video o dei messaggi WhatsApp che potrebbero avere contenuti rilevanti.

<sup>(7)</sup> Ad esempio, se viene chiesta l'acquisizione in udienza di una quietanza di pagamento che il datore aveva dimenticato di avere o l'atto interruttivo della prescrizione compiuto dall'agente di riscossione che l'Ente creditore ha ommesso di procurarsi tempestivamente.

<sup>(8)</sup> Ad esempio, l'esibizione di documenti al di fuori dei limiti stabiliti dall'art. 210 c.p.c.

La riforma del 1973 lo ha consacrato nell'art. 421 c.p.c., ma non si trattava di una novità: avevano analoghi poteri già i probiviri istituiti dalla l. n. 293/1893.

Nei commenti all'art. 421 c.p.c. ricorre l'affermazione secondo cui esso è stato pensato per compensare gli svantaggi che le preclusioni arrecano soprattutto al lavoratore, sia perché solitamente è il ricorrente e, dunque, schiera il suo esercito "al buio" delle difese altrui, sia perché si presuppone essere "economicamente debole" e, dunque, a rischio di non potersi permettere una difesa tecnica di livello adeguato rispetto a quella del datore di lavoro.

Si tratta di una delle varie scelte valoriali compiute a livello processuale in coerenza con l'obiettivo, sostanziale, di garantire maggiormente la tutela di certi diritti di rilevanza costituzionale.

È tuttavia indubbio che, a differenza di altri benefici processuali riservati al lavoratore (ad esempio, la consistenza degli accessori previsti dall'art. 429 c.p.c.), i poteri istruttori del giudice hanno una valenza oggettiva.

Essi possono essere utilizzati per allontanare da entrambe le parti la scure della regola di giudizio basata sull'onere della prova e se ne avvantaggiano concretamente entrambe le parti, poiché il risultato del loro esercizio viene acquisito comunque al processo, a chiunque esso finisca per giovare<sup>(9)</sup>.

A dire il vero, tutto ciò serve in qualsiasi tipo di controversia civile e non solo in quelle regolate dal rito lavoristico.

Il fatto che i poteri istruttori siano invece riservati dalla legge processuale al solo giudice che applica quest'ultimo ed accompagnati dalla tradizionale spiegazione in termini di ricerca della verità materiale, però, sembra evocare l'idea che, nelle materie di cui si occupano gli altri giudici, quest'ultima sia meno importante e ciò non può che lasciare perplessi.

È confortante e di buon auspicio, tuttavia, il fatto che la Corte di Cassazione, nella recente sentenza a Sezioni Unite n. 3086/2022, occupandosi in relazione alla materia bancaria dei poteri del CTU contabile di acquisire alcune categorie di fatti non allegati dalle parti e delle conseguenze della violazione dei relativi limiti, abbia espressamente affermato l'opportunità di «ripensare l'assetto» di «alcuni principi fondamentali» e di farlo «in nome del valore primario della ricerca della verità».

---

<sup>(9)</sup> Può anche accadere che il loro esercizio risolva il dubbio in senso opposto a quello che sembrava più probabile: in una causa di licenziamento per ritardato rientro dalle ferie, ad esempio, volendo approfondire le ragioni di una circostanza che anche la controparte dava per scontata - e cioè che il lavoratore non aveva potuto prendere la nave originariamente prenotata per tornare in tempo - il giudice ha scoperto che, in realtà, il lavoratore aveva prenotato sin dall'inizio la nave che lo ha riportato in ritardo.

## 2. L'analogia funzione del potere di rilevazione d'ufficio dei fatti

Il rischio di scollamento tra realtà e processo non attiene soltanto al profilo probatorio, ma anche a quello fattuale.

Le parti costruiscono il perimetro del conflitto processuale prelevando dalla realtà alcuni elementi che presentano come fatti costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi del diritto fatto valere (i cd. fatti principali)<sup>(10)</sup> e come fatti destinati a dimostrare l'esistenza dei fatti principali (i cd. fatti secondari)<sup>(11)</sup> e ne lasciano altri fuori.

Anche questa scelta, con il “senno di poi”, può rivelarsi sbagliata: la parte tace al suo difensore fatti importanti o il suo difensore preleva dal racconto, più o meno esteso, della parte soltanto alcuni fatti, tralasciandone altri che poi si rivelano importanti.

La scelta del legislatore su questo fronte è stata diversa e coerente con la considerazione che il principio dispositivo è la declinazione processuale dell'autonomia privata e del conseguente monopolio delle parti sulla situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio: i fatti, così come cristallizzati dalle parti negli atti introduttivi, non si toccano.

Si tratti di fatti principali o secondari, l'effetto congiunto del principio dispositivo e del sistema di preclusioni vigente nel processo del lavoro non lascia speranze: tutti i fatti che non sono entrati nel processo attraverso “la porta” degli atti introduttivi rimangono fuori dalla decisione. I correttivi concessi alle parti dall'articolo 420 comma 1 c.p.c. sono minimi e, comunque, non possono avere ad oggetto fatti principali.

Se nel corso del giudizio l'errore nell'allegazione dei fatti viene in qualunque modo in evidenza - nell'interrogatorio delle parti, nell'audizione dei testi, dalla lettura dei documenti, dalla visione di un video o l'ascolto di un audio - il giudice si trova a dover decidere “facendo finta” di non conoscerli, pur nel sospetto o addirittura nella consapevolezza che tenerne conto condurrebbe ad un'altra decisione<sup>(12)</sup>.

In questo ambito, è stata la giurisprudenza ad introdurre dei correttivi, stabilendo che l'onere di tempestiva allegazione opera soltanto per i fatti principali e non anche per i fatti secondari<sup>(13)</sup> e non vale neanche per i fatti principali che fondano eccezioni in

---

<sup>(10)</sup> Nell'esempio, il fatto di aver lavorato tutti i giorni dal lunedì al venerdì a partire dalle 7 sino alle 17 con un'ora di pausa, dunque 1 ora di straordinario al giorno.

<sup>(11)</sup> Nell'esempio, il fatto che il ricorrente si occupasse regolarmente di ricevere i fornitori, i quali arrivavano prima delle 8.

<sup>(12)</sup> Se, ad esempio, la parte si è dimenticata di dire al proprio difensore che faceva straordinario anche il sabato o il suo difensore si è dimenticato di scriverlo, la circostanza non può essere presa in considerazione dal giudice neanche se risulta in modo univoco dall'istruttoria testimoniale e neanche se viene ammessa dalla controparte.

<sup>(13)</sup> Cfr. tra le più recenti Cass., S.U., 1° febbraio 2022, n. 3086 già citata che, in relazione all'attività percipiente del c.t.u., afferma che l'ampia formula di cui all'art. 194 c.p.c. (secondo cui il c.t.u. «può essere autorizzato a domandare chiarimenti alle parti, ad assumere informazioni da terzi» etc.) esclude dubbi sul potere (dovere) del medesimo di estendere le proprie indagini, anche *ad explorandum*, rispetto a quei fatti che, potendosi delineare, con dizioni tra loro equivalenti, come “accessori” o

senso lato<sup>(14)</sup>. Tali fatti, dunque, possono essere rilevati d'ufficio dal giudice a prescindere dalla volontà delle parti di avvalersene e da una loro allegazione tempestiva, purché il fatto risulti in qualche modo dagli atti del giudizio.

Tale accenno ai poteri di rilevazione d'ufficio dei fatti in un contesto in cui si ragiona di poteri istruttori è dovuto al fatto che, come si vedrà, l'esercizio di questi ultimi si complica quando la prova ha ad oggetto fatti nuovi, non allegati dalle parti.

In tal caso, infatti, prima ancora di verificare se sussistono i vari presupposti a cui la giurisprudenza subordina l'esercizio del potere istruttorio, il giudice deve innanzitutto verificare se la prova riguarda un fatto che può essere rilevato d'ufficio oppure no.

Se un fatto non è stato allegato dalle parti, d'altronde, è statisticamente meno probabile che esse abbiano offerto prove al riguardo e, quindi, la verifica della *semiplena probatio* diventa più complicata. Sussiste dunque il rischio di perdere, sul piano probatorio, il vantaggio derivante dalle aperture della giurisprudenza in merito alla rilevabilità d'ufficio di alcuni fatti importanti.

### **3. I limiti all'esercizio dei poteri istruttori elaborati dalla giurisprudenza**

L'inserimento del potere correttivo del giudice in un contesto regolato dall'indiscusso principio che l'onere di allegazione, contestazione e prova dei fatti appartiene alle parti e con la sola funzione di superare, quando è possibile, lo stato di

---

“secondari”, si rendono utili per la prova inferenziale di altri fatti (primari o principali) che costituiscono il fondamento delle situazioni soggettive di chi agisce o delle eccezioni che escludono o delimitano tali situazioni e che, proprio per il riguardare la prova e non il fondamento delle situazioni soggettive o delle eccezioni, non soggiacciono ad alcun onere di allegazione, sicché essi possono essere acquisiti al processo, mediante attività “percipiente” del c.t.u., anche se non siano stati oggetto di asserzioni delle parti e la successiva Cass. 23 gennaio 2023, n. 1997, la quale ha ribadito che «il divieto per il giudice di trarre dai documenti ritualmente prodotti la conoscenza di fatti non allegati dalle parti riguarda soltanto i fatti principali, ovverosia i fatti posti dalle parti (e che devono essere posti necessariamente dalle parti) a sostegno delle loro domande e delle loro eccezioni; non riguarda, invece, i fatti secondari, rilevanti nel processo soltanto quali elementi di conoscenza dai quali risalire logicamente all'accertamento dei fatti principali».

<sup>(14)</sup> Ovvero quelle argomentazioni difensive che non si limitano a negare la sussistenza o la fondatezza dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria (mere difese) ma vi oppongono un fatto diverso, non compreso tra quelli allegati da controparte a fondamento della propria domanda, bensì estintivo, modificativo o impeditivo del diritto dedotto in giudizio - come ad esempio, nella materia del lavoro, l'eccezione di *aliunde perceptum e percipiendum*, di interruzione della prescrizione, di inesistenza del requisito dimensionale della tutela reale, di pagamento, ma anche tutte quelle per cui non sia espressamente previsto che sono soltanto di parte – il cui rilievo d'ufficio «non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati ex actis, in quanto il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione, che resterebbe svisato ove anche le questioni rilevabili d'ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto» (così ad esempio Cass., S.U., 7 maggio 2013, n. 10531).

incertezza in ordine all'accertamento dei fatti che farebbe scattare “troppo presto” e “troppo spesso” l'applicazione dell'onere della prova impone che esso sia esercitato entro determinati limiti.

Il risultato della relativa elaborazione giurisprudenziale<sup>(15)</sup> - l'articolo 421 c.p.c. ne indica uno soltanto, il divieto di fare ricorso al giuramento decisorio - è che il giudice può ammettere prove d'ufficio: a) solo su fatti che siano bisognosi di prova e su cui esista una cd. *semiplena probatio*; b) solo per acquisire prove indispensabili e non basate su scienza privata; c) solo per accertare fatti principali che siano stati allegati tempestivamente dalle parti, a meno che non riguardino eccezioni in senso lato che risultano comunque in atti, e fatti secondari, anche non allegati dalle parti.

L'esperienza concreta consente di individuare una serie di situazioni critiche in cui la puntuale applicazione di tali regole rischia di lasciare insoddisfatta l'esigenza ultima a cui tende l'attribuzione al giudice di poteri istruttori officiosi, la ricerca della verità materiale, e genera l'interrogativo se il bilanciamento tra essa e il principio dispositivo non possa essere “registrato” ancora meglio.

Se ne darà conto nell'esaminare brevemente tali presupposti dell'esercizio dei poteri istruttori.

La prima situazione che deve sussistere è costituita dalla cd. *semiplena probatio* di un fatto che necessita di essere provato.

Ad essere richiesto, in buona sostanza, è uno stato di incertezza dovuto all'esistenza di un risultato istruttorio incompleto e/o dubbio - la giurisprudenza parla di «piste probatorie», o «significativi dati di indagine» - a fronte del quale, in assenza di altri elementi, il giudice dovrebbe applicare la regola di giudizio basata sull'onere della prova.

Mutuando la definizione elaborata dalla giurisprudenza in relazione alla situazione richiesta dall'art. 2736 c.c. per deferire il giuramento suppletorio, la *semiplena probatio* consiste in «elementi probatori, relativi anche a mere presunzioni, che consentono al giudice di merito, in base al suo prudente e discrezionale apprezzamento, di ritenere la domanda stessa pur non compiutamente provata, non del tutto sfornita di prova»<sup>(16)</sup>.

Declinato in negativo, il presupposto in questione comporta l'impossibilità di utilizzare i poteri d'ufficio se il fatto è già provato - o deve ritenersi provato ai sensi dell'art. 115 c.p.c. - o invece è stato escluso in modo univoco dall'istruttoria<sup>(17)</sup> oppure se la parte onerata della prova non ne ha offerta alcuna.

---

<sup>(15)</sup> Assolutamente consolidata attorno alla puntuale ricostruzione presente in Cass., S.U., 17 giugno 2004, n. 11353 di cui si richiameranno le parole, ove non verrà diversamente indicato.

<sup>(16)</sup> Così, ad esempio, Cass. 17 febbraio 2016, n. 3130.

<sup>(17)</sup> Cass., S.U., 17 giugno 2004, n. 11353 afferma che il giudice non può ammettere una prova «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, specialmente nei casi in cui - come avviene per la prova

In tutti questi casi, effettivamente, non c'è una situazione di incertezza da sciogliere: il giudice, nella sua decisione, deve affermare che il fatto esiste o non esiste o non vi è alcuna prova di esso.

Nell'ultima ipotesi, per il vero, lo spazio per esercitare i poteri istruttori esiste. La giurisprudenza, tuttavia, ne esclude la possibilità, ritenendo che i poteri istruttori non possono «tradursi in poteri di indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale»<sup>(18)</sup>: si tratterebbe, in effetti, di partire da zero, realizzando un'ingiustificata supplenza istruttorio e disattivando, di fatto, il principio dispositivo.

Vi sono casi, però, in cui applicare tale regola lascia perplessi.

Si pensi a quello, abbastanza frequente, in cui la parte onerata della prova non abbia provato nulla, ma esista una pista probatoria chiara ed univoca<sup>(19)</sup> o all'ipotesi, anch'essa non remota, in cui il giudice sappia già come stanno le cose per averle accertate in una causa parallela relativa allo stesso contesto aziendale e, dunque, sappia cosa andare a cercare e dove.

Impedirgli di utilizzare i poteri istruttori e costringerlo così a decidere sulla base della regola dell'onere della prova, in questi casi, conduce il giudice ad assumere una decisione rispettosa delle regole processuali, ma sganciata dalla realtà dei fatti che pure avrebbe facilmente potuto verificare se non, addirittura, platealmente diversa da quella accertata in un'altra decisione del medesimo ufficio.

La frequenza di tali situazioni è destinata ad aumentare grazie alle nuove forme di documentazione dei fatti messe a disposizione dalla tecnologia.

Se già una semplice fotografia documenta molti più particolari di una descrizione verbale, infatti, fonoregistrazioni e videoriprese offrono una riproduzione fedele dei fatti dedotti in giudizio che consente al giudice di calarsi all'interno della situazione oggetto di accertamento ed osservarne ogni dettaglio.

L'informatica, poi, consente una raccolta e memorizzazione di dati di ogni genere decisamente incomparabile rispetto alla capacità umana di osservare e ricordare a cui, fino a poco tempo fa, era affidata la ricostruzione dei fatti e consente di recuperare con estrema precisione ed obiettività elementi spesso decisivi per l'accertamento degli stessi<sup>(20)</sup>.

---

per testi - un corretto esercizio del contraddittorio e del diritto di difesa impone alle parti di espletare la prova in un unico contesto temporale».

<sup>(18)</sup> Così, ad esempio, Cass. 18 maggio 2009, n. 11487.

<sup>(19)</sup> Nell'esempio, se i testi indicati dal ricorrente si rivelano tutti inidonei a fornire la prova che egli lavorasse già dalle 7 alle 8, visto che lavoravano solo al pomeriggio, ma indicano i nomi dei colleghi che lavoravano anch'essi al mattino e non sono stati indicati come testi.

<sup>(20)</sup> Si pensi, nell'esempio di cui alle note precedenti, ai dati sull'orario di lavoro del ricorrente che potrebbero essere recuperati in relazione all'eventuale uso di un badge o di un sistema informatico dotato di password o dalla visione di filmati registrati da telecamere davanti al negozio o agli elementi che possono risultare dall'acquisizione delle conversazioni su WhatsApp.

Tali strumenti offrono al giudice possibilità di accertamento un tempo impensabili per puntualità, ampiezza e oggettività il cui risultato, in parecchie occasioni, può essere decisivo a favore dell'una o dell'altra parte: non poter utilizzare le piste probatorie da essi offerte quando non esiste una *semiplena probatio* significa trovarsi ad un passo dalla possibilità di avere una decisione aderente alla realtà dei fatti e non compierlo.

Il problema si pone anche ove si consideri il principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c. non come una mera regola processuale, ma come espressione di disponibilità della tutela giurisdizionale in capo alle parti e si ritenga, dunque, che la non contestazione rende il fatto pacifico, non più bisognoso di prova, ed impone al giudice di ritenerlo vero indipendentemente da ciò che possa risultare in atti al riguardo. In tal caso, quando il fatto non è contestato, si esclude *in radice* la possibilità di esercitare i poteri d'ufficio, anche ove esistano in atti altri elementi in conflitto con il risultato che deriva dall'applicazione dell'art. 115 c.p.c., così lasciando senza rimedio i possibili errori compiuti al riguardo nell'impostazione della difesa.

La regola per cui la prova deve essere indispensabile a risolvere il dubbio è del tutto condivisibile, essendo fondata sulla stessa esigenza di economia processuale che fonda il requisito della rilevanza delle prove richieste dalle parti: deve trattarsi di atti istruttori «idonei a superare l'incertezza del fatti costitutivi dei diritti in contestazione».

Benché sia derivante direttamente dal principio dispositivo, invece, il divieto di fondare i poteri istruttori sulla scienza privata del giudice non conduce sempre a risultati altrettanto condivisibili.

La regola per cui il giudice «non può disporre mezzi istruttori ai quali le parti non hanno fatto riferimento, sia pure informalmente o addirittura implicitamente»<sup>(21)</sup> aggancia l'esercizio dei poteri istruttori alla condizione che la fonte di prova risulti in qualche modo dal materiale di causa, escludendo che il giudice possa invece reperirla al di fuori del fascicolo, sulla base della sua esperienza o di informazioni acquisite in qualsiasi altro modo.

Il presupposto è certamente soddisfatto quando si tratta di acquisire documenti o sentire testimoni che sono stati menzionati dalle parti nel corso del loro interrogatorio o dai testi già escussi o in qualche documento in atti.

A volte, tuttavia, la sua applicazione costringe il giudice a fermarsi sulla soglia di accertamenti che molto probabilmente sarebbero idonei a superare l'incertezza e a raggiungere la verità materiale, i quali non hanno alcun aggancio con il materiale istruttorio già in atti, ma sono ben noti al giudice perché riguardano situazioni ricorrenti nel contesto di cui si sta occupando ed hanno dato risultati utili in altre cause, come ad esempio l'acquisizione di documentazione obbligatoria o usuale in quel contesto

---

<sup>(21)</sup> Cass. 6 luglio 2000, n. 9034.

lavorativo o l'audizione di soggetti il cui ruolo offre una sicura conoscenza dei fatti di causa<sup>(22)</sup>.

La criticità è ancora più evidente quando nella situazione concreta fossero in funzione strumenti tecnologici che, come si è accennato, offrono possibilità di accertamento complete, puntuali e determinanti.

Impedire al giudice di percorrerle solo perché le parti non vi hanno fatto riferimento, magari anche soltanto per ignoranza della loro esistenza, alimenta il rischio di scollamento tra verità processuale e verità storica ed allontana il processo dal suo obiettivo di risolvere il conflitto portato davanti al giudice in modo non soltanto conforme alle regole, ma anche aderente alla realtà dei fatti.

La situazione si complica quando il potere istruttorio d'ufficio incrocia il potere di rilevazione d'ufficio dei fatti.

È pacifico in giurisprudenza che «Nel rispetto del principio dispositivo i poteri istruttori non possono in ogni caso essere esercitati .... con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non acquisiti al processo in modo rituale».

La regola risponde anche ad una fondamentale esigenza di rispetto del contraddittorio: sui fatti che non sono stati allegati dalle parti, la controparte non si è difesa, non ha sentito l'esigenza di affermare che non esistono o di rettificarli e di dedurre altri fatti che ne elidono le conseguenze.

Quando si profila la possibilità di un approfondimento istruttorio d'ufficio, dunque, il giudice deve prima di tutto valutare se esso non stia eventualmente portando all'interno del processo un fatto nuovo e, in tal caso, verificare se esso risulta già in qualche modo *ex actis* e se è rilevabile d'ufficio.

Nella concitazione dell'udienza e nello sforzo di rispettare la raccomandazione di ricercare la verità materiale anche a dispetto di preclusioni e decadenze, tuttavia, non è sempre facile per il giudice tenere distinto questo piano da quello, logicamente successivo, relativo all'esercizio del potere istruttorio. I concetti di fatto principale e

---

<sup>(22)</sup> Si pensi all'utilità dell'acquisizione delle bolle di accompagnamento in cui verificare chi era presente a ricevere i fornitori in un certo arco di tempo o all'audizione dei fornitori stessi.

secondario, peraltro, non sono sempre facili da applicare<sup>(23)</sup>, né è sempre agevole decidere se il fatto risulta *ex actis*<sup>(24)</sup>.

Diventano pertanto parimenti reali, per il giudice, il rischio di rimanere timorosamente sulla soglia dei varchi aperti dalla giurisprudenza sul profilo fattuale e quello, opposto, di attraversarli con eccessiva sicurezza, sconfinando dal limitato percorso possibile.

A volte le cose si complicano anche sotto il profilo della *semiplena probatio*. Come si è accennato, infatti, se la parte non ha allegato un determinato fatto, non ci si può attendere che ne abbia fornito la prova: è dunque facile che, al momento di esercitare i poteri d'ufficio, non vi siano elementi che consentano di ritenere la circostanza «non del tutto sfornita di prova».

Nelle cause di lavoro il problema è frequente in relazione all'interruzione della prescrizione ed al pagamento, che sono entrambi fatti rilevabili d'ufficio, perché fondano eccezioni pacificamente in senso lato.

In questi casi, infatti, non è sempre agevole comprendere se esiste la condizione per rilevarli (se cioè risultano *ex actis*) e non sempre è configurabile una *semiplena probatio*.

Un paio di esempi può aiutare a concretizzare il problema.

A fronte di un'opposizione ad intimazione di pagamento fondata sull'asserita prescrizione dei crediti contributivi oggetto del titolo esecutivo, l'INPS inizialmente nulla allega e produce in merito all'interruzione del termine di prescrizione, contando sul fatto che tale difesa verrà svolta dall'agente di riscossione che pone materialmente in essere gli atti interruttivi, ma poi, quando quest'ultima risulta contumace, eccepisce l'esistenza di atti interruttivi, chiedendo di produrli.

La tardiva richiesta dell'INPS presente nel verbale di udienza è sufficiente ad affermare che l'interruzione della prescrizione risulta *ex actis* e dunque può essere rilevata dal giudice? E dov'è la *semiplena probatio*? E che fare se l'INPS si limita a chiedere di ordinare ad Agenzia delle Entrate – Riscossione l'esibizione degli atti interruttivi, senza neanche individuarli?

---

<sup>(23)</sup> Nell'esempio prescelto, in cui il ricorrente sostiene di aver svolto regolarmente lavoro straordinario dalle 7 alle 8, ipotizziamo che nel corso dell'audizione di un teste emerga che costui effettuava regolarmente i conteggi delle ore di lavoro extra contratto che venivano poi pagate fuori busta e che, a questo punto, il difensore del lavoratore esibisca alcuni di questi conteggi e chieda al giudice di sottoporli al teste affinché li riconosca e di poterli poi produrre: la redazione dei conteggi è un fatto secondario che può essere utilizzato anche se non allegato dalla parte oppure un fatto principale? il giudice può acquisire i conteggi e sottoporli al teste e, se essi vengono confermati e ne emerge lo svolgimento di lavoro straordinario, porli a fondamento della condanna oppure deve ritenere che ciò esuli dai suoi poteri in quanto i documenti erano in possesso della parte già in epoca precedente all'instaurazione del giudizio, ma la loro esistenza non era stata menzionata nel ricorso introduttivo, né erano stati prodotti con esso o nelle precedenti udienze?

<sup>(24)</sup> Laddove individua questa condizione, la giurisprudenza non si sofferma a ricostruire quali ne sia il contenuto minimo, se cioè sia necessario che il fatto non allegato risulti da un documento o da un'altra forma di prova oppure sia sufficiente che esso venga menzionato in qualche modo in udienza e verbalizzato.

Nel costituirsi in giudizio a fronte della richiesta del lavoratore di condanna del datore a pagargli la tredicesima, fondata sull'affermazione di non aver ricevuto nulla a detto titolo, il datore non eccepisce nulla, né offre documentazione del pagamento; nel corso dell'interrogatorio, però, egli racconta che effettuava dei bonifici e/o si faceva rilasciare delle quietanze e, a quel punto, fa riferimento anche alle tredicesime; immediatamente o all'udienza seguente, l'avvocato chiede di produrre gli estratti conto e/o le quietanze che nel frattempo ha reperito.

Il fatto che la parte lo affermi nel corso del suo interrogatorio e che ciò venga verbalizzato è sufficiente a far ritenere che il fatto del pagamento risulta *ex actis* e dunque può essere rilevato dal giudice? E la *semiplena probatio* c'è?

In questi casi, se non ritiene possibile rilevare il fatto e/o non riesce a configurare una pista probatoria, il giudice deve astenersi dal prendere in considerazione il fatto interruttivo o il pagamento e dall'acquisire i documenti in questione - che magari ha già anche visto e vagliato come utili, perché esibiti in udienza contestualmente alla richiesta di acquisizione - e decidere come se essi non esistessero.

L'interrogativo che sorge in tali situazioni è serio ed urgente: una decisione che condanna il datore a pagare o dichiara prescritto il credito pur dopo che il documento che, rispettivamente, consacra il pagamento o l'interruzione della prescrizione è stato presentato in udienza, sotto gli occhi di tutti, assolve davvero alla funzione del processo di consentire l'applicazione delle regole di diritto alla realtà dei fatti?

#### **4. Il rispetto del contraddittorio**

Il necessario contemperamento dei poteri istruttori del giudice con il principio dispositivo impone anche che il loro esercizio sia suscettibile di controllo e cioè che avvenga nel pieno rispetto del contraddittorio e sia gravato da un limitato onere di motivazione.

Anche tale precetto elaborato dalla giurisprudenza è pienamente condivisibile.

L'esercizio del potere istruttorio da parte del giudice, infatti, modifica il risultato probatorio e, a volte, si accompagna ad un'alterazione del quadro fattuale costruito dalle parti con gli atti introduttivi - e rispetto al quale esse hanno svolto le proprie difese - dovuta alla rilevazione d'ufficio di fatti secondari o fatti principali fondanti eccezioni in senso lato.

L'esigenza di offrire alle parti la possibilità di pronunciarsi al riguardo per far valere l'eventuale assenza di una o più delle condizioni a cui è subordinato l'esercizio di tali poteri officiosi è di tutta evidenza ed anche quella di metterle in condizione di offrire ulteriori mezzi istruttori che si rendano conseguentemente necessari, non diversamente

da quanto accade ai sensi dell'art. 420 comma 7 c.p.c. quando il giudice ammette nuovi mezzi di prova su istanza di parte.

Non possono esservi dubbi, dunque, sull'importanza di garantire il contraddittorio delle parti sulla scelta che il giudice ritiene di compiere.

L'art. 421 c.p.c. afferma che «si osserva la disposizione del comma sesto dell'art. 420»<sup>(25)</sup>, mentre non richiama il comma 7, ma è indubitabile e pacifico che le parti abbiano anche questa possibilità ed il giudice, dunque, debba vagliare le eventuali istanze di prove che scaturiscono dall'esercizio dei suoi poteri istruttori.

Gli interrogativi che sorgono in merito a tale profilo non riguardano l'*an* del medesimo, bensì il *quomodo*, le modalità più appropriate per garantire il rispetto del contraddittorio in questi casi.

Solitamente il giudice ammette la prova d'ufficio senza provocare formalmente il contraddittorio attraverso l'espressa richiesta alle parti di palesare eventuali obiezioni sull'ammissione della prova, confidando sul fatto che, se la difesa professionale delle parti non reagisce – non si oppone, non chiede prove conseguenti, non chiede una sospensione o un termine a difesa - ciò significa che, evidentemente, non ha obiezioni, né richieste ed il contraddittorio è comunque salvo.

Se ciò avviene in udienza, in effetti, le parti hanno l'opportunità di pronunciarsi subito al riguardo e formulare eventuali richieste istruttorie conseguenti. Essa esiste anche se l'ordinanza è pronunciata sciogliendo una riserva, potendo ciò avvenire all'udienza successiva, sebbene con un possibile pregiudizio all'economia generale del processo ove l'intervento delle parti induca il giudice a modificare il progetto istruttorio d'ufficio.

Ragionarne apertamente con le parti, tuttavia, è sempre la soluzione migliore.

Il problema è più serio quando si tratta della rilevazione di un fatto nuovo.

Se rileva una questione corrispondente ad un'eccezione in senso lato non sollevata dalla parte, il giudice deve fare applicazione dell'art. 101 c.p.c. e sottoporla formalmente alle parti. La norma fa riferimento a questioni, però, e dunque non sembra accogliere nel suo raggio di azione anche il caso in cui il giudice rileva invece un fatto secondario nuovo.

Anche in tal caso, però, il rispetto del principio del contraddittorio, oltre che d'obbligo, è anche utile: il giudice potrebbe sbagliarsi e rilevare d'ufficio un fatto che non è secondario e dunque non può essere esaminato e parlarne con le parti può aiutarlo a compiere una scelta corretta.

---

<sup>(25)</sup> Secondo cui, «ove non sia possibile» procedere ai sensi del comma 5, il giudice fissa una nuova udienza concedendo alle parti, se ricorrono giusti motivi, un termine per il deposito di note difensive.

Se il giudice contestualmente esercita i poteri istruttori d'ufficio al riguardo<sup>(26)</sup>, ciò può essere sufficiente a richiamare l'attenzione delle parti sul fatto nuovo e consentire loro di far valere la loro posizione al riguardo.

Se però il giudice non ha bisogno di esercitare i poteri istruttori d'ufficio perché il fatto emerge dai documenti già in atti<sup>(27)</sup> e mette a fuoco il fatto secondario su cui le parti non si sono pronunciate soltanto in camera di consiglio, al momento della decisione, la lesione del contraddittorio è evidente.

Ove il fatto risulti rilevante per la decisione, in questo caso è possibile utilizzarlo senza prima uscire dalla camera di consiglio e sottoporlo alle parti?

---

<sup>(26)</sup> Come nell'esempio della nota 23.

<sup>(27)</sup> Nell'esempio utilizzato finora, potrebbe trattarsi del fatto, che emerge dalla lettura della contestazione disciplinare presente in atti in relazione ad altra questione, secondo cui venne contestato il ritardo al ricorrente, arrivato un certo mattino alle ore 7,30.