

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

Capitolo 2

ONERE DELLA PROVA E PRINCIPIO DI PROVA PER ISCRITTO

di Massimo Montanari

Sommario: 1. La tendenziale inammissibilità di un'inversione dell'onere della prova sulla base della disponibilità di un principio di prova per iscritto. – 2. La disponibilità di un principio di prova per iscritto come ragione di alleggerimento in senso "soggettivo" dell'onere della prova gravante sulla parte. – 3. L'asserita incapacità del principio di prova per iscritto a generare un'autonoma inferenza probatoria sul fatto di cui consente la prova *per testes*. – 4. *Segue*. Valutazione critica. – 5. La riconducibilità del principio di prova per iscritto al *genus* delle presunzioni e la possibile integrazione delle sue risultanze a mezzo dell'attivazione dei poteri istruttori del giudice.

1. LA TENDENZIALE INAMMISSIBILITÀ DI UN'INVERSIONE DELL'ONERE DELLA PROVA SULLA BASE DELLA DISPONIBILITÀ DI UN PRINCIPIO DI PROVA PER ISCRITTO

Riflettere sulle interferenze tra la disciplina dell'onere della prova nel processo civile e la figura del principio di prova per iscritto¹ – i cui estremi, stando alla definizione che ne è offerta dall'art. 2724, comma 1, c.c., sarebbero ravvisabili in presenza di un «qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato» – significa, innanzitutto, interrogarsi sull'incidenza che la disponibilità in sede giudiziale di quello strumento possa esplicare sulla ripartizione tra le parti di detto onere, in via, chiaramente, derogatoria rispetto alle indicazioni della regola-base di cui all'art. 2697 c.c. È vero che l'art. 2724 c.c. prende in considerazione il principio di prova per iscritto nella veste esclusiva di chiave d'accesso, per la parte che abbia allegato in giudizio un determinato fatto, alla prova testimoniale e/o per *praesumptiones* di quel fatto medesimo, sul presupposto, ovviamente, dell'inerenza allo stesso di uno dei divieti posti dalla legge all'impiego di quel tipo di prove: *ergo*, come mezzo volto a consentire alla parte di assolvere con certi strumenti, altrimenti preclusi, al proprio *comune* onere probatorio. Ma è chiaro che l'interrogativo formulato in apertura

¹ Nei riferimenti a questa figura ci si avvarrà anche, nel corso del presente lavoro, della più agile formula alternativa di *principio di prova scritta*, benché priva di letterali riscontri nei testi di legge e tecnicamente meno precisa, avendosi in realtà, nella specie, a che fare con una prova scritta *tout court*, ossia piena e completa, sebbene avente ad oggetto un fatto diverso da quello allegato e la cui prova interessa acquisire ai fini di un determinato esito della controversia: sia consentito in proposito rinviare a MONTANARI M., *Il principio di prova per iscritto*, Torino, 2005, spec. p. 327.

attenga a un'ipotetica valorizzazione dell'istituto di cui è discorso in ambiti o settori diversi da quelli tipicamente interessati dai divieti testé accennati.

Una suggestione nel senso dianzi affacciato potrebbe scaturire dalla considerazione dell'assetto che dottrina e giurisprudenza hanno impresso, nel quadro del giudizio amministrativo, alla regola di distribuzione dell'onere della prova: dove, scontandosi l'oggettiva disparità sostanziale delle parti contendenti e nell'intento di porvi rimedio, è tradizionalmente ammesso² che il ricorrente non sia tenuto a fornire la prova completa delle proprie allegazioni fattuali, bensì, soltanto, un serio *principio di prova*, ovverosia elementi atti a suffragare la mera attendibilità o credibilità di quelle allegazioni medesime, spettando poi al giudice stabilire se attivarsi officiosamente per integrare quella prova incompleta³ oppure direttamente addossare alla P.A. convenuta l'onere della prova contraria, vale a dire la dimostrazione della legittimità dell'atto impugnato⁴. Alla figura del principio di prova di cui all'art. 2724, n. 1, c.c., vien fatto allora di chiedersi, può conferirsi un analogo rilievo nel diverso quadro del processo civile (e ovviamente, per quanto detto sopra, al di fuori dei casi in cui lo strumento è deputato a mettere in condizione la parte di assolvere in un certo modo, ossia con mezzi altrimenti preclusi, all'onere probatorio di cui la stessa è gravata in conformità alla disciplina ordinaria)?

La risposta al quesito va articolata come segue. Per quanto riguarda la capacità dello strumento in questione a dar corpo a quella base minima di prova intorno ai fatti allegati dalla quale non è dato prescindere affinché il giudice sia posto in condizione di esercitare i suoi poteri istruttori officiosi (in proposito v. *infra*, § 2), il problema è strettamente legato a quello concernente la natura giuridica dello strumento medesimo ed è in questa direzione d'indagine che il presente lavoro dovrà muovere tra breve. Qui ed ora, invece, occorre dare atto dell'impercorribilità della seconda prospettiva di mobilitazione dell'istituto che il confronto con l'esperienza del giudizio amministrativo sembrerebbe dischiudere.

² Ma sulla perdurante validità di questa impostazione anche sullo sfondo del codice del processo amministrativo, sulla scorta, in particolare, di quanto desumibile dal relativo art. 64, commi 1 e 3, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20.11.2014, n. 32.

³ Secondo quanto consentito dal c.d. metodo acquisitivo che informa l'istruzione del processo in discorso, come esemplarmente illustrato da BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, spec. p. 248 ss.

⁴ Tra i più recenti riscontri nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, si vedano Cons. Stato, sez. II, 17.2.2023, n. 1688; Cons. Stato, sez. IV, 2.12.2022, n. 10592; Cons. Stato, sez. III, 18.8.2022, n. 7285; Cons. Stato, sez. VI, 8.7.2022, n. 5726; Cons. Stato, sez. VI, 5.4.2022, n. 2523; Cons. Stato, sez. III, 30.7.2021, n. 5622. Doveroso è, peraltro, precisare che, se è corrente affermazione quella per cui l'onere della prova tenderebbe a convertirsi, a livello di processo amministrativo, nell'onere di somministrare un principio di prova (v., ad es., CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*²¹, Milano, 2019, p. 912 s.; GALLO C.E., *L'istruttoria processuale*, in CASSESE S. [a cura di], *Trattato di diritto amministrativo*², V, Milano, 2003, p. 4401 ss.; GIANI L., *Lo svolgimento del processo di primo grado. La fase istruttoria*, in COCA F.G. [a cura di], *Giustizia amministrativa*⁸, Torino, 2020, p. 408), si tende, per il verso opposto, a riconoscere che ciò non debba sempre valere e il ricorrente sia tenuto a fornire una prova completa delle proprie allegazioni fattuali allorché queste abbiano ad oggetto circostanze la cui dimostrazione rientri nell'orbita della sua piena disponibilità (cfr. CASETTA E., *Manuale*, cit., p. 912; GIANI L., *op. loc. cit.*, e le sentenze ivi riportate in nota 274, cui *adde*, per il più recente periodo, Cons. Stato, sez. II, 7.1.2022, n. 133).

Tralasciamo il fatto che l'esigenza di fronteggiare una situazione di naturale o "istituzionale" squilibrio di forze tra le parti contrapposte non può avere un peso decisivo nella ricostruzione delle dinamiche del processo civile, visto che una siffatta situazione, se pur frequentemente ravvisabile in quella sede, ivi non può dirsi, però, naturale né, tantomeno, "istituzionale"⁵. Quel che v'è da osservare, piuttosto, è che, in un ordinamento processuale, come quello italiano, in cui è tradizionalmente riconosciuto che non abbia a trovare cittadinanza l'istituto germanico dell'*Anscheinsbeweis* (o prova *prima facie*)⁶ – alla stregua del quale la prova di una determinata circostanza di fatto può ritenersi fondata sulla mera apparenza che ne deriva dal riscontro di un *typischer Geschehensablauf*, ovvero sia di un distinto accadimento che, in virtù della sua tipicità di conformazione, quanto a radici causali e modalità di svolgimento, permette di rinviare alla circostanza suddetta secondo le normali regole di esperienza⁷ –, che l'illazione di verosimiglianza del *factum probandum* che il principio di prova per iscritto sarebbe in grado di generare, valga ad innescare un meccanismo di inversione dell'onere della prova sulla falsariga di quello correntemente aganciato, nel processo amministrativo, alla disponibilità di un principio di prova *tout court*, ecco, questo non è assolutamente concepibile; e non lo è neppure nei termini dell'inversione parziale o impropria comunemente legata all'*Anscheinsbeweis*⁸: dove, come bene è stato detto, «la parte nei cui confronti è fatta valere l'apparenza generata dalla situazione tipica, cioè quella su cui non grava [secondo la regola generale] l'onere della prova, può limitarsi a provare fatti che rendono (soltanto) inverosimili le asserzioni della parte gravata»⁹.

Ma v'è di più. V'è, per l'esattezza, che anche ad immaginare, *disputandi gratia*, il trapianto nel nostro sistema della figura dell'*Anscheinsbeweis*, con tutta l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che le fa da corredo, le conclusioni non sarebbero, per quanto è qui di interesse, dissimili. Se è vero, infatti, che il campo elettivo di applicazione dell'istituto è rappresentato dalle controversie in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dove è ad esso assegnato un ruolo fondamentale ai fini della prova del nesso di causalità e della colpa della parte asseritamente responsabile¹⁰, è di assoluta evidenza che a quei medesimi fini una dichiarazione scritta proveniente da quel soggetto, come sarebbe richiesto dall'art. 2724, n. 1, c.c., ben difficilmente potrebbe assumere un significativo rilievo. Non manca, invero, una casistica che

⁵ E dove tale, per converso, può reputarsi, come nelle controversie di lavoro, il legislatore vi ha provveduto rafforzando la posizione del giudice e attribuendogli poteri istruttori più estesi rispetto a quelli che gli sono conferiti nel processo ordinario: sul punto, da ultima, LICCI P., *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, Pisa, 2020, p. 5 s.

⁶ Fondamentali, in proposito, le riflessioni di MICHELI G.A., *L'onere della prova*, Padova, 1942, p. 174 ss.; e, più di recente, TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato Cicu-Messineo di dir. civ. e comm.*, III, 2, 1, Milano, 1992, p. 483 ss.

⁷ V., per ogni altro, PRÜTTING H., sub § 286, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, I, München, 2008, p. 1659.

⁸ Così PATTI S., *Le prove*², in *Trattato Iudica-Zatti di dir. priv.*, Milano, 2021, pp. 318 e 780.

⁹ PATTI S., *Le prove*, cit., p. 318.

¹⁰ V. ancora PATTI S., *op. cit.*, p. 779.

vede l'*Anscheinsbeweis* trarre fondamento anche da scritture aventi le sembianze del principio di prova di cui alla norma ult. cit.¹¹. Ma considerati i limiti posti dalla nostra legislazione (e sconosciuti a quella tedesca) alla prova *per praesumptiones* degli atti e negozi giuridici, ragionevole è supporre che nella sua trasmigrazione al di qua delle Alpi, quella casistica verrebbe a subire una forte falcidia, nella misura in cui, almeno, le massime di esperienza che fanno perno sulla circostanza che un certo soggetto abbia reso una determinata dichiarazione, è ad altra dichiarazione di quel soggetto che tipicamente rinviano¹².

Se l'ordinamento italiano non conosce l'*Anscheinsbeweis* come figura di portata generale, esso, però, contiene regole di settore che possono essere ricostruite in termini consonanti, così che si abbia il raccordo di una vicenda di inversione dell'onere della prova alla capacità della parte originariamente onerata a fornire un'apparenza, ossia a fondare una diagnosi di verosimiglianza, se non del *factum probandum*, almeno di un fatto ad esso strettamente collegato. Trasparente, in questa notazione, è il riferimento alle previsioni, attinenti alla prova nelle controversie in materia di discriminazione, di cui all'art. 40, D.Lgs. 11.4.2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità), dove è stabilito che, «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione»; ed all'art. 28, comma 4, primo periodo, D.Lgs. 1.9.2011, n. 150, che sancisce, in termini un attimo più breviluquenti rispetto alla norma precedente, che, «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico dai quali si può presumere l'esistenza, di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione».

È evidente che, se ciò che queste disposizioni di legge richiedono è la prova piena, sia pur maturata *per praesumptiones*, di quelle pratiche discriminatorie messe in atto dal datore di lavoro su cui è incardinata la presunzione legale della condotta discriminatoria individuale costituente la *causa petendi* dell'azione in discorso¹³, il presente riferimento normativo non avrebbe un'effettiva ragione di essere. Ma se, come già ed autorevolmente sostenuto con riguardo alla norma da cui sono derivate quelle appena passate in rassegna, vale a dire l'art. 4, comma 5,

¹¹ Per indicazioni in proposito, si rinvia a FOERSTE U., sub § 286, in MUSIELAK H.-J. (*herausg. von*), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁷, München, 2009, p. 944 s.

¹² Sicché, se si trattasse di dichiarazione soggetta ai limiti probatori di cui s'è appena detto nel testo, l'inversione dell'onere della prova che dovesse prodursi al riguardo sulla base del principio di prova per iscritto si risolverebbe in una sostanziale elusione di quei limiti stessi.

¹³ PATTI S., *Le prove*, cit., p. 808 ss.; FICARELLA G., *La tutela giudiziaria contro le discriminazioni dopo il decreto legislativo "taglia riti"*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 253.

L. 10.4.1991, n. 125 (azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro)¹⁴, del fatto-base (si ripete: pratiche discriminatorie operate dal datore di lavoro) cui si raccorda la presunzione legale in oggetto (leggi, nuovamente: relativa alla discriminazione individuale di cui il datore di lavoro deve dimostrare l'insussistenza, ancorché dedotta da controparte come fatto costitutivo del diritto azionato in giudizio), ci si accontenta di una semplice diagnosi di verosimiglianza¹⁵, allora le cose cambiano sensibilmente e appropriato si rivela il riferimento appena compiuto, siccome individuante ipotesi dove legittimo sia domandarsi se la disponibilità di un mero principio di prova per iscritto valga a "gratificare" la parte dell'inversione a danno dell'avversario dell'onere della prova che sarebbe stato altrimenti a suo carico: un interrogativo, questo che si è appena avanzato, cui sarà dato apprestare una risposta affermativa nella stessa misura in cui analoga risposta sarà consentita a fronte del distinto, ma affine, quesito, ovvero ordine di quesiti, che va qui di séguito formulato ed al quale, pertanto, occorre immediatamente rinviare.

2. LA DISPONIBILITÀ DI UN PRINCIPIO DI PROVA PER ISCRITTO COME RAGIONE DI ALLEGGERIMENTO IN SENSO "SOGGETTIVO" DELL'ONERE DELLA PROVA GRAVANTE SULLA PARTE

Escluso, eccezion fatta, al più, per le fattispecie illustrate in chiusura del precedente paragrafo, che la presenza sulla scena di un principio di prova per iscritto possa incidere, modificandola rispetto a quanto desumibile dalla regola generale dell'art. 2697 c.c., sulla distribuzione tra i contendenti dell'onere della prova, il problema, su cui verte il presente contributo, delle interferenze tra detto strumento e la disciplina dell'onere della prova va, a questo punto, necessariamente rimodulato, nei termini, per l'esattezza, se alla possibilità di mettere in campo quello strumento abbia a conseguire se non l'inversione, almeno un alleggerimento in senso "soggettivo" di detto onere: dove, parlando di alleggerimento in senso "soggettivo" dell'onere della prova, non si allude a un abbassamento dello standard di prova che sia, nella specie, richiesto, bensì al fatto che la parte, nell'assolvere all'onere specifico di cui sia gravata, possa contare sull'intervento e, diciamo pure, sulla collaborazione di un diverso soggetto, vale a dire sull'iniziativa istruttoria del giudice.

Il pensiero corre immediatamente al giuramento suppletorio, al cui proposito la questione appena affacciata si lascia tradurre in questi e più puntualizzati termini: può il principio di prova per iscritto concretare quella *semiplena probatio* cui, a

¹⁴ V., ad es., VALLEBONA A., in SASSANI B.-VALLEBONA A., *Le pari opportunità: onere della prova e sanzioni. Le opinioni di Bruno Sassani e Antonio Vallebona*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1992, I, p. 136 s.

¹⁵ Così DONZELLI R., voce *Tutela contro le discriminazioni [dir. proc. civ.]*, in *www.treccani.it*, 2012, § 4; DI SALVO C., *Discriminazione*, in SANTANGELI F. (a cura di), *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili*, Milano, 2012, p. 861 ss., con riferimenti conformi nella legislazione e nella giurisprudenza comunitaria.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX