

22. La confessione contenuta in un testamento	934
<i>Bibliografia</i>	936
<i>Giurisprudenza</i>	948

CAPITOLO XVIII
IL GIURAMENTO

1. Il giuramento quale dichiarazione di verità	957
2. Le specie di giuramento	958
3. Il giuramento quale strumento di decisione della lite	961
4. Il giuramento nel quadro della prova legale	965
5. Il giuramento decisivo	969
6. Il giuramento suppletorio	973
7. Giuramento suppletorio e decisione basata sul « più probabile che non »	976
8. Effetti del giuramento e prove precedentemente acquisite	978
9. Il giuramento falso e il risarcimento del danno	981
10. Il giuramento nel caso di litisconsorzio necessario	982
11. I limiti di ammissibilità del giuramento decisivo	983
12. I requisiti oggettivi del giuramento	985
13. Il c.d. giuramento <i>de veritate</i> e il c.d. giuramento <i>de scientia</i>	987
<i>Bibliografia</i>	989
<i>Giurisprudenza</i>	993

CAPITOLO XIX
LE PROVE ATIPICHE

<i>Bibliografia</i>	1004
<i>Giurisprudenza</i>	1004
<i>Indice degli autori</i>	1005
<i>Indice analitico</i>	1067

CAPITOLO I
L'OGGETTO DELLA PROVA

1. Il fatto da provare. — 2. La rilevanza del fatto. — 3. La prova del fatto negativo. — 4. Le domande di accertamento negativo. — 5. La prova della norma consuetudinaria, antica o straniera. — 6. I fatti non soggetti a prova. — 6.1. I fatti non contestati. Il principio di non contestazione nell'art. 115 c.p.c. — 6.2. I fatti notori. — 6.3. La « scienza privata » del giudice e il « notorio giudiziale ». — 7. Gli argomenti di prova.

1. *Il fatto da provare.*

Provare significa dimostrare, cioè formulare un giudizio sulla esistenza o sul modo di essere di un fatto.

Il fatto da provare è quello che determina l'applicazione della norma da cui deriva l'effetto favorevole preteso dalla parte.

La parte interessata deve quindi allegare il fatto preso in considerazione dalla norma. Il giudice deve effettuare un esame dei fatti allegati per verificare se essi siano astrattamente idonei a costituire il fondamento del diritto vanato dalla parte (*infra*, § 2).

Il fatto allegato da una parte e riconosciuto — o semplicemente non contestato — dalla controparte deve essere considerato vero dal giudice: viene meno pertanto l'esigenza della prova (*infra*, § 6.1).

Occorre fornire la dimostrazione dell'esistenza del fatto da provare. Non sempre tuttavia è possibile fornire la *prova diretta* di questo fatto. Generalmente si possono comunque

accertare fatti connessi con quello da provare, tali da consentire di dedurre logicamente la sua esistenza. In quest'ultimo caso si parla di *prova indiretta*, poiché l'oggetto della prova si sposta dal fatto da provare — *factum probandum* — ad altro fatto con esso collegato — *factum probans*. Lo spostamento dell'oggetto della prova, necessario nel caso della prova di un fatto negativo (*infra*, § 3), viene ammesso dalla giurisprudenza quando l'accertamento del fatto da provare presenta estrema difficoltà.

La contrapposizione tra *factum probandum* e *factum probans* si riflette in quella tra fatto c.d. principale e fatto c.d. secondario, utilizzata dalla giurisprudenza (tra l'altro) nella ricerca dei limiti di operatività del principio di non contestazione (*infra*, § 6.1). È *principale* il fatto costitutivo del diritto dedotto in azione; come pure il fatto impeditivo, modificativo od estintivo dedotto in eccezione. È *secondario* il fatto che consente di acquisire l'elemento principale secondo il già descritto meccanismo probatorio indiretto.

La dottrina meno recente, inoltre, distingueva i fatti in *permanenti* e *transienti*, precisando che la prova riguarda soltanto i secondi. I fatti permanenti sono infatti accertabili mediante i sensi e costituiscono pertanto oggetto di accesso e non di prova. Se la valutazione del fatto permanente richiede il possesso di particolari cognizioni tecniche, esso può costituire oggetto di perizia, cioè di un esame compiuto da un soggetto fornito di speciali conoscenze relative al fatto. L'accesso e la perizia non costituiscono mezzi di prova. I fatti transienti, invece, non essendo accertabili mediante i sensi nel momento del giudizio, possono costituire oggetto di conoscenza soltanto attraverso un procedimento logico, che si basa sull'utilizzazione di alcuni mezzi idonei a determinare il convincimento del giudice circa il loro verificarsi.

Infine, può accennarsi alla categoria del fatto c.d. *avvenizito*, elaborata dalla dottrina francese a seguito della previsione nel *Nouveau Code de procédure civile* di un'apposita norma che autorizza il giudice a considerare per la decisione i fatti non invocati specificamente dalle parti a sostegno delle rispettive pretese (art. 7, comma 2). Si tratta di fatti che, apparsi irrilevanti alle parti, sembrano al giudice rilevanti al momento della decisione, spesso per la diversa prospettiva giuridica da lui assunta. La dottrina italiana più recente ha mostrato interesse per tale nozione, passandola al vaglio del principio del contraddittorio.

2. La rilevanza del fatto.

Il fatto da provare è soltanto quello rilevante.

La rilevanza del fatto, intesa in primo luogo come « pertinenza », rappresenta una condizione di ricevibilità dell'offerta di prova. Se quindi viene allegato un fatto che pur provato non determinerebbe l'effetto richiesto, in quanto non pertinente alla luce della norma astrattamente applicabile, l'offerta di prova deve essere respinta.

Nel caso di prova indiretta si impone un controllo della relazione tra il fatto allegato ed i fatti di cui è offerta la prova. L'offerta di prova deve essere respinta quando i fatti, pur se accertati, non determinerebbero una probabilità elevata dell'esistenza del fatto da provare.

Non ci sembra che il controllo di rilevanza si estenda anche all'utilità dell'accertamento del fatto in base allo stato delle informazioni raccolte [così invece J. CHESTIN et G. GOUBAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^a ed., Paris, 1994, 452]. Secondo tale tesi la rilevanza mancherebbe quando il convincimento del giudice si è già formato ed il fatto allegato non appare, al giudice stesso, in grado di modificarlo. La rilevanza del fatto deve essere invece considerata un dato di carattere oggettivo: il relativo giudizio riguarda soltanto il rapporto tra il fatto da provare e il fatto allegato. Un giudizio di irrilevanza formulato in base al convincimento « provvisorio » — anche se ritenuto in tal modo « definitivo » — limita il diritto di prova della parte.

Qualche dubbio solleva inoltre la tesi secondo cui il controllo di rilevanza concerne la possibilità di fornire effettivamente la prova offerta. Mancherebbe di rilevanza l'offerta di provare un fatto di cui è già stata provata l'inesistenza o la cui esistenza appare del tutto inverosimile. In tale ipotesi, infatti, ad escludere l'ammissibilità della prova sono piuttosto ragioni di logica e di economia processuale.

Giudizio di rilevanza e principio di economia processuale

Fatto « principale » e fatto « secondario »

Fatto « permanente » e fatto « transiente »

Il fatto « avvenizito »

Rilevanza del fatto e convincimento « provvisorio »

Rilevanza del fatto ed economia processuale

sono peraltro strettamente connessi. Come è stato osservato, l'ammissione di una prova irrilevante determina un atto « non tanto invalido quanto inutile, in base alla legge economica del *frustra probatur* » [F. CORDEIRO, *Note sul procedimento probatorio*, in *Jus*, 1963, 40]. Quanto detto vale anche sotto il profilo della « efficacia » dei diversi mezzi di prova. Sarebbe inutile, ad esempio, ammettere una prova libera quando il fatto risulta confermato da una prova legale, non configurandosi alcuno spazio per il convincimento del giudice.

3. La prova del fatto negativo.

In base ad una regola desumibile dall'art. 2697 c.c., colui che afferma un fatto deve fornire la prova del fatto stesso, mentre non è tenuto a provare l'inesistenza delle c.d. condizioni negative, cioè dei fatti idonei ad impedire la nascita e il perdurare del diritto vantato.

D'altra parte, il convenuto che si limita a negare l'esistenza dei fatti allegati dall'attore non è tenuto a fornire alcuna prova.

Diversa dalle precedenti è l'ipotesi di allegazione — da parte dell'attore o del convenuto — di fatti negativi, la cui prova deve essere fornita mediante quella di fatti positivi.

La regola si pone sulla linea di un'antica tradizione: il brocardo *negativa non sunt probanda* testimonia soprattutto il desiderio di limitare il campo di applicazione delle c.d. proposizioni negative indefinite, le quali esigono la prova che un certo fatto non si è verificato in un periodo di tempo più o meno lungo, ad esempio la prova di non aver assunto un'obbligo o di non aver compiuto un fatto illecito.

La ricorrenza di un fatto negativo costituisce pertanto un criterio che contribuisce a determinare la ripartizione dell'onere della prova e giustifica alcune inversioni legali.

Si spiega così, ad esempio, perché il creditore che agisce allegando un inadempimento non debba provare di *non* avere ricevuto la prestazione: il debitore può dimostrare più facilmente l'esecuzione — fatto generalmente positivo — che non il creditore la mancata esecuzione, fatto negativo indefinito. Si spiega altresì perché la regola opposta valga per il caso delle obbligazioni di non fare, essendo allora la mancanza di esecuzione a determinare un fatto positivo, di cui dovrà fornire la prova il creditore [in tal senso, Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769 ss., che considera negativo anche il fatto dell'inesattezza della prestazione di fare o di dare e grava quindi il debitore dell'onere di provare l'esatto adempimento, fatto positivo, in ragione del principio di c.d. vicinanza della prova, sul punto v., *infra* cap. III e cap. IV, sez. II, § 4].

In definitiva, lo sfavore nei confronti della prova del fatto negativo corrisponde al principio della « migliore attitudine alla prova », che serve altresì a giustificare molte delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza in questa materia.

Occorre tuttavia svolgere alcune precisazioni, perché sotto la formula « prova del fatto negativo » si nascondono realtà molto diverse.

Non è esatto, anzitutto, fare coincidere tale tipo di prova con l'affermazione di fattispecie contenenti una negazione. Così, ad esempio, si può provare di *non* essere stati presenti in un certo luogo, ad una certa ora, provando che in quel momento ci si trovava in un luogo diverso. In questi casi si parla erroneamente di prova del fatto negativo, poiché la prova può raggiungersi mediante la prova positiva di un'affermazione contraria.

Laddove il fatto negativo comporta un'antitesi immediata sotto forma di una proposizione positiva contraria si parla tradizionalmente di proposizione negativa *pragmatis* o determinata, che non pone problemi speciali in punto di prova. Ben distinte restano le ipotesi in cui il fatto negativo che si invoca non reca un'antitesi implicita: in questi casi si parla di

Condizioni negative

Negativa non sunt probanda

Nell'adempimento dell'obbligazione

Principio di « migliore attitudine » alla prova

Negativa *pragmatis* e negativa indefinita

proposizione negativa indefinita o indeterminata; l'esempio più rilevante riguarda la prova dell'assenza di colpa. Essendo impossibile provare direttamente una proposizione negativa indefinita, occorre spostare l'oggetto della prova, che corrisponde comunque — almeno da un punto di vista teorico — ad un numero indefinito di proposizioni affermative. Per questo motivo, anticamente, si riteneva impossibile pervenire alla prova di un fatto negativo e si tendeva ad ammettere una dispensa totale da tale tipo di prova [C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, I, 3^a ed., Firenze, 1914, 251 ss.]. Oggi è invece abituale il ricorso al ragionamento presuntivo, in base al quale l'oggetto della prova si sposta su *alcuni* fatti diversi — positivi — che, rendendo probabile il fatto negativo, possono portare al convincimento del giudice.

La prova di fatti negativi è richiesta con una certa frequenza dalla legge. Così nel caso dell'assenza di colpa, la cui prova deve essere fornita in tutte le ipotesi in cui sono previste presunzioni di colpa. Ad esempio, l'art. 2048, ultimo comma, c.c. stabilisce che i genitori sono liberati dalla responsabilità per il fatto illecito dei figli minori « se provano di non aver potuto impedire il fatto ». Invero, in questa ipotesi, la prova dei fatti positivi con riferimento al momento dell'illecito (sorveglianza, impedimenti) dovrebbe essere sufficiente per scagionare i genitori. La fattispecie si avvicinerebbe quindi a quelle in cui il fatto negativo comporta un'antitesi immediata. La giurisprudenza ha invece reso particolarmente difficile il compito dei genitori, facendo riferimento non soltanto alla sorveglianza o ai fatti impeditivi di questa ma anche all'educazione ricevuta dal minore. In tal modo si richiede ai genitori la prova di un fatto positivo indefinito, equivalente alla prova negativa indefinita della mancanza di colpa.

Anche in altre materie del diritto privato si riscontra la previsione di prove di fatti negativi. Così, ad esempio, la ripetizione dell'indebito è ammessa a condizione che il *solvens* provi che il pagamento non era dovuto (art. 2033 c.c.).

Gli ordinamenti moderni mostrano tuttavia un certo sfavore nei confronti della prova del fatto negativo ed eliminano le difficoltà ad essa connesse prevedendo una presunzione che dispensa la parte dall'onere corrispondente (ad esempio, non avere commesso il fatto = presunzione di innocenza).

Nel dover provare di non aver compiuto un certo atto si scorge perfino una minaccia per la sicurezza dell'individuo. E tale visione risulta concordante con quella che spiega il principio fondamentale

secondo cui chi afferma qualcosa deve provarne il fondamento, dato che pretende di apportare una modifica all'ordine esistente, mentre il favore della legge va sempre alle situazioni acquisite. L'esempio del pagamento dell'indebito dimostra tuttavia che in alcuni casi è proprio l'affermazione del fatto negativo a contrastare con l'ordine esistente e ad imporre quel tipo di prova. Deve dirsi piuttosto che il *favor* verso la prova di fatti positivi si spiega agevolmente in ragione della maggiore facilità di dimostrare la pretesa partendo da elementi positivi.

Alcune difficoltà tradizionalmente connesse all'onere di prova negativa sono state, peraltro, superate grazie ai progressi della scienza. Ad esempio, la prova che il marito doveva fornire per dimostrare di non avere avuto relazioni sessuali con la moglie per un certo periodo di tempo è oggi facilitata da una prova scientifica. In questo caso la prova negativa è perfino più agevole e più sicura di quella positiva.

4. Le domande di accertamento negativo.

Una problematica per certi versi analoga a quella sopra esaminata si presenta con riferimento alle domande di mero accertamento negativo.

In queste ipotesi l'attore chiede al giudice di accertare l'inesistenza del diritto vantato del convenuto. A tal fine, secondo alcuni autori, egli deve provare la inesistenza dei fatti costitutivi del diritto del convenuto oppure l'esistenza di fatti estintivi o modificativi.

Non si presentano problemi particolari in caso di prova di fatti estintivi o modificativi. Mentre, per quanto riguarda la prova dell'inesistenza dei fatti costitutivi, se da un lato possono condividersi le ragioni di tale soluzione, individuate nell'esigenza di non aggravare la posizione del convenuto, d'altra parte si rischia di rendere eccessivamente difficoltosa la posizione dell'attore. Quest'ultimo, infatti, dovrebbe provare l'inesistenza di *tutti* i possibili fatti costitutivi del diritto vantato dal convenuto.

Il ruolo della
prova scientifica

Domanda di
accertamento
dell'inesistenza
di un diritto

Prova liberatoria
ex art. 2048
c.c.

Prova negativa
di *causa debenti*
ex art. 2033 c.c.

Favor per la
prova in
positivo

Sul piano delle conseguenze, inoltre, appare criticabile che il convenuto, in caso di decisione basata sulla regola di giudizio dell'art. 2697 c.c. per il mancato soddisfacimento dell'onere probatorio da parte dell'attore, possa ottenere una sentenza di accertamento del proprio diritto pur non essendo stato provato alcun fatto costitutivo [A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 105].

Nel tentativo di ovviare a tali inconvenienti la dottrina ha cercato, in primo luogo, di delimitare l'oggetto della prova dell'attore, affermando che su quest'ultimo graverebbe soltanto l'onere di provare i fatti da cui deriva il suo pregiudizio, mentre sul convenuto incomberrebbe l'onere di dimostrare di avere agito esercitando un diritto e quindi di provare i fatti che rendono legittima la produzione del pregiudizio [G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 57 ss.]. Tuttavia, a parte che in fattispecie del tipo descritto è più facile ipotizzare azioni di condanna e non di mero accertamento negativo, la tesi esposta finisce comunque per addossare al convenuto l'onere di provare i fatti costitutivi, riportandoci ad un tipo di azioni — le c.d. azioni provocatorie o di iattanza — ritenute ormai inammissibili nel nostro ordinamento, soprattutto alla luce del diritto di difesa garantito dalla Costituzione (art. 24).

Perplexità solleva anche una diversa tesi, secondo cui la posizione probatoria dell'attore risulta alleggerita — senza un peggioramento di quella del convenuto — se, tenendo conto non soltanto del *petitum* ma anche della *causa petendi*, si delimita l'onere probatorio dell'attore con riferimento alla inesistenza di un determinato fatto costitutivo, precisamente quello vantato stragiudizialmente dal convenuto. La prova dell'inesistenza di quest'ultimo fatto sarebbe sufficiente per fare dichiarare giudizialmente l'inesistenza del diritto vantato dal convenuto. Se poi, provata dall'attore l'inesistenza del fatto costitutivo vantato stragiudizialmente dal convenuto, quest'ultimo allegghi in giudizio altri fatti costitutivi del suo diritto, dovrebbe egli stesso fornire la prova [PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, cit., 107 ss.].

Prova della inesistenza del fatto costitutivo vantato stragiudizialmente dal convenuto

L'opinione esposta, che ha il dichiarato fine di offrire dei « temperamenti » alla tesi tradizionale, non risulta del tutto convincente per due ordini di ragioni. In primo luogo, infatti, essa tiene conto dell'ipotesi in cui il convenuto si sia limitato ad affermare (stragiudizialmente) l'esistenza del diritto senza offrire indicazioni per individuarne (sia pure implicitamente) il fondamento, e la risolve affermando che l'eventuale domanda di chi si sente leso dovrebbe essere allora respinta per difetto dell'interesse ad agire, in quanto la contestazione sarebbe talmente generica da escludere la sussistenza del suddetto interesse. Su ciò, a nostro avviso, non può concordarsi in quanto la lesione e quindi l'interesse ad agire sussistono già — soprattutto se si considerano le ripercussioni nei rapporti con i terzi — a seguito di affermazioni generiche di titolarità del diritto. Viceversa, accogliendo la tesi in esame, la tutela sarebbe condizionata all'eventualità di una pretesa « circostanziata » del diritto, tale cioè da poterne individuare il fondamento. In secondo luogo, essa non spiega le ragioni per cui ci si dovrebbe discostare dalla tesi tradizionale nel caso in cui il convenuto allegghi in giudizio fatti costitutivi diversi da quello (eventualmente) vantato stragiudizialmente. A livello empirico si comprende che questa sarebbe una sanzione per avere indicato stragiudizialmente (o, addirittura, permesso di individuare) un diverso fondamento del diritto vantato, ma di tale sanzione — e comunque di tale soluzione — non si rinviene traccia nel diritto positivo. Viceversa, un argomento di segno opposto potrebbe ricavarsi dalla possibilità (da alcuni autori) riconosciuta alla parte di allegare fatti diversi, tra loro incompatibili. L'indicazione stragiudiziale di uno dei possibili fatti costitutivi del diritto avrebbe infatti per conseguenza di rendere deteriorare la posizione del convenuto, chiamato a provare fatti, che non avrebbe l'onere di provare, come conseguenza di una omessa indicazione a livello stragiudiziale.

Allegazione di fatti tra loro incompatibili

5. *La prova della norma consuetudinaria, antica o straniera.*

Iura novit curia:
l'onere della
prova riguarda
il fatto, non il
diritto

In base al principio *iura novit curia*, le parti non devono provare l'esistenza della norma giuridica.

In alcuni casi, tuttavia, la legge prevede l'indicazione delle norme, di cui si invoca l'applicazione o si denuncia la violazione, tra gli elementi che devono concorrere a formare l'atto introduttivo del giudizio (ad esempio, artt. 163, n. 4, e 414, n. 4, c.p.c.). Queste disposizioni determinano comunque un semplice onere di affermazione e non di prova; dalla loro inosservanza non deriva peraltro la nullità dell'atto (art. 164 c.p.c.) né altra conseguenza negativa, tranne che non si crei un'assoluta incertezza sulla reale portata dell'atto.

Potrebbe dirsi dunque che onere della prova e principio *iura novit curia* delimitano ambiti ben distinti e in un certo senso contrapposti, facendo riferimento il primo al fatto e il secondo alla norma da applicare.

Classi norma-
tive contravven-
sive

Il problema della prova della norma giuridica viene quindi tradizionalmente ristretto alle norme che — si dice — esulano dall'obbligo di conoscenza del giudice, cioè a quelle consuetudinarie, antiche, straniere.

Con riferimento a tali norme la dottrina meno recente riteneva applicabile la stessa regola probatoria vigente per i fatti.

Un'attenuazione di questa tesi si riscontra in alcuni scritti in cui, precisando la portata del principio *iura novit curia*, si riconosce al giudice il potere di indagare sull'esistenza delle suddette norme giuridiche. Ma, a ben vedere, non occorre soltanto verificare se il giudice abbia il potere in questione bensì soprattutto se ne abbia il dovere, almeno con riferimento ad alcune delle norme in esame, e se di conseguenza il mancato accertamento determini un errore di « diritto » che legittima la parte a ricorrere per cassazione.

La ricerca della soluzione del quesito indicato deve svolgersi preferibilmente distinguendo le varie ipotesi tradizionalmente raggruppate.

Per quanto riguarda la consuetudine, è diffusa la tesi secondo cui deve applicarsi la norma sull'onere della prova. Essa sembra trovare sostegno nella regola legislativa in base alla quale gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali « si presu- mono esistenti fino a prova contraria » (art. 9 disp. prel. c.c.). La presunzione invertirebbe infatti l'onere con riferimento agli usi pubblicati, confermando tuttavia in tal modo la ricorrenza dello stesso istituto previsto per l'accertamento dei fatti.

In senso contrario è sufficiente ricordare che la norma consuetudinaria è una vera e propria norma giuridica, e quindi il giudice deve senz'altro applicarla nel caso in cui ne sia a conoscenza, come pure è tenuto a svolgere d'ufficio ogni attività necessaria per l'accertamento della sua esistenza, anche se la parte non ne faccia richiesta. Vale quindi il principio *iura novit curia*.

La peculiare natura delle norme consuetudinarie e la difficoltà di una conoscenza adeguata da parte del giudice hanno indotto il legislatore a favorire la collaborazione delle parti. Ma se può parlarsi di un'attività probatoria svolta dalla parte, non ricorre certo l'onere della prova in senso tecnico, già per la possibilità che il giudice conoscendo la norma la applichi, facendo conseguire alla parte l'effetto desiderato. La parte, in definitiva, è chiamata a svolgere un'attività nel proprio interesse, facilitata dalla raccolta degli usi effettuata dagli organi a ciò preposti. Tutto questo, ovviamente, non incide sulla vigenza del principio *iura novit curia*.

In genere la prova degli usi locali viene fornita attraverso le raccolte curate dalle Camere di commercio, le quali periodicamente provvedono alla rilevazione degli usi vigenti nella provincia: la prova degli usi generali attraverso le raccolte curate in sede ministeriale. Tali raccolte sono pubbliche ed è quindi possibile prenderne visione e chiedere copia autentica della pubblicazione o di singole parti di essa. Ogni altro mezzo di prova deve ritenersi comunque ammissibile, fatta eccezione per il giuramento e la confessione. È altresì ammessa la prova che la consuetudine è diversa da quella risultante nella raccolta o non esiste. La pubblicazione dell'uso nella raccolta ufficiale ha quindi soltanto il

A) La consuetudine: tesi che richiama l'onere della prova

Critica

prale

Dovere del giudice e collaborazione di parte

1 con-
fatto

Valore delle
raccolte ufficiali

valore di una presunzione *iuris tantum* di esistenza (art. 9 disp. prel. c.c.) [A. PAVONE, La Rosa, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 528 s.].

B) Il diritto antico: criterio della pubblicazione

Con riferimento al diritto antico, lo « spartiacque » viene individuato nella pubblicazione degli atti normativi, che indubbiamente offre un primo criterio di distinzione tra le ipotesi in cui si applica la regola sull'onere della prova e quelle in cui si applica il principio *iura novit curia*. Tuttavia, essendo il giudice tenuto a conoscere il diritto vigente, un obbligo di ricerca della norma può affermarsi anche per le norme risalenti al periodo anteriore all'unificazione nazionale, come pure per gli atti normativi che non vengono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale.

C) Il diritto straniero: la riforma del 1995 (*iura aliena novit curia*)

Per quanto riguarda infine il diritto straniero, la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato ha sancito che « l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice » (art. 14, comma 1, l. 31 maggio 1995, n. 218).

In effetti, considerato il ruolo dei moderni strumenti di conoscenza e di informazione, la tesi che esaltava le « difficoltà » del giudice nel reperimento della norma straniera — da applicare in base alla regola di diritto internazionale privato — aveva da tempo perduto gran parte della sua forza argomentativa.

La nuova disciplina si preoccupa, comunque, di indicare le fonti cui il giudice può attingere nella ricerca del diritto straniero (strumenti previsti nelle convenzioni internazionali, informazioni acquisite per il tramite ministeriale, interpello di esperti o di istituzioni specializzate) e contiene un esplicito riferimento all'« aiuto delle parti », le quali possono aver interesse a collaborare in quella ricerca per evitare che — come è stabilito in caso di fallimento dell'indagine — si applichi la legge richiamata da altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa o, in mancanza, la legge italiana (art. 14, comma 2).

Anteriormente alla riforma, già si era condivisa l'accen-

tuazione sull'interesse delle parti di favorire l'acquisizione non soltanto del fatto ma anche della norma che vale a qualificarlo, ammonendo peraltro a tenere ben distinta l'attività relativa alla individuazione e alla dimostrazione dell'esistenza della norma — attività probatoria soltanto in senso improprio — da quella relativa ai fatti. Si era pure constatato come l'evoluzione degli ordinamenti moderni affermasse il dovere del giudice di indagare sul diritto straniero, essendo il limite vigente per i fatti collegato al principio dispositivo e non potendo questo avere alcuna incidenza sulla norma giuridica da applicare. Tali rilievi hanno trovato sistemazione nella nuova disciplina.

Il contrasto di giurisprudenza concernente la questione intertemporale — se la novella si applichi soltanto ai giudizi instaurati dopo la sua entrata in vigore ovvero anche a quelli anteriori — deve essere sciolto, quindi, a favore dell'efficacia incondizionata del principio *iura novit curia*.

6. I fatti non soggetti a prova.

6.1. I fatti non contestati. Il principio di non contestazione nell'art. 115 c.p.c.

L'onere della prova riguarda soltanto i fatti incerti, mentre non hanno bisogno di essere provati i fatti affermati da una parte e non contestati dall'altra nonché i fatti notori.

L'esenzione probatoria dei c.d. fatti notori, definiti come « nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza », risale al testo originario del codice di rito civile del 1942 (art. 115, comma 2). Viceversa, il riferimento a « i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita » è stato introdotto dall'art. 45 l. 18 giugno 2009, n. 69, mediante un'aggiunta finale dell'art. 115, comma 1, c.p.c., avendo inteso il legislatore sciogliere i dubbi e le incertezze che hanno caratterizzato l'esperienza giurisprudenziale del c.d. principio di non contestazione.

Questione intertemporale

Fatto non contestato e fatto notorio

Tra le due categorie di fatti — fatti non contestati e fatti notori —, esclusi pertanto dall'ambito di applicazione dell'art. 2697 c.c., può cogliersi una differenza strutturale e funzionale. I primi sarebbero per loro natura fatti da provare: è un accadimento successivo all'affermazione della loro esistenza, cioè la mancata contestazione dell'altra parte, e quindi l'atto di disposizione di quest'ultima, a rendere superflua la prova, escludendo tali fatti dal *thema probandum*. I secondi, viceversa, non hanno bisogno di essere provati per la loro stessa natura: essi sono esclusi dall'ambito di applicazione della regola sull'onere della prova a prescindere dal concreto svolgimento del processo, non essendo legati ad un comportamento della controparte. Se quindi nel primo caso soltanto *ex post*, nel singolo processo, cioè dopo aver preso atto della mancanza della contestazione, può prescindersi dall'applicazione della norma sull'onere della prova, nel caso dei fatti notori ciò può avvenire *ex ante*, nel senso almeno che una siffatta qualificazione è possibile già prima della affermazione di tale loro caratteristica nel processo, ferma restando tuttavia la necessità del riconoscimento caso per caso.

Un'autorevole dottrina riteneva che per far venire meno l'onere della prova della parte che afferma il fatto non fosse sufficiente la « mancata contestazione » della controparte, occorrendo la sua « ammissione » [F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2ª ed., Roma, 1947, 23 ss.]. Seguendo questa tesi l'affermazione di una parte circa l'esistenza di un fatto non avrebbe determinato in capo all'altra l'onere di eccepirne la verità.

Si era pure sostenuto che la mancata contestazione di un fatto affermato dalla controparte dovesse essere valutata alla stregua del « contegno delle parti » (art. 116 c.p.c.), in grado di fornire al giudice « argomenti di prova » ma non di costituire prova esso stesso [V. ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 2981]. La mancanza di contestazione non avrebbe potuto quindi essere da sola sufficiente per considerare vero il fatto affermato dall'altra parte (ma sull'efficacia dell'argomento di prova, *amplius*, *infra*, § 7).

A nostro avviso, è sempre stata preferibile la tesi — oggi eletta *iure condito* — secondo cui perché un fatto non sia considerato *controverso*, nel processo, è sufficiente che venga affermato da una parte e non contestato dall'altra. La tesi contraria, forse un tempo più aderente al dettato legislativo, corrisponde ad una visione « unilaterale » del processo in gran parte superata. Secondo le costruzioni più recenti, l'esigenza della prova si pone soltanto a seguito della contestazione e la sua portata corrisponde al fatto contestato. Il fatto allegato da una parte e non contestato dall'altra deve essere considerato vero. Quindi, pur se chi allega i fatti rafforza spesso le sue affermazioni con i mezzi di prova, senza attendere la contestazione dell'altra parte, la contestazione deve considerarsi prelimitare rispetto ad ogni altro problema di prova: essa circonda l'oggetto della prova. Di conseguenza, l'eventuale offerta di prova relativamente a fatti non contestati deve ritenersi irrilevante: essa non determina né l'esigenza di valutare le prove, né un problema di « convincimento » del giudice.

Quanto detto aveva trovato significative conferme nella prassi dei tribunali. La giurisprudenza, che esattamente richiamava al riguardo il principio di economia processuale, attribuiva infatti un particolare rilievo al contegno processuale consistente nella mancata contestazione, muovendo dal dato di esperienza secondo cui chi non contesta un fatto affermato dalla controparte ne ammette implicitamente la verità o quanto meno dimostra di non essere in grado di fornire la prova contraria.

Alternativamente, in numerose decisioni si richiedeva che, per essere considerati « pacifici », i fatti fossero stati implicitamente ammessi dall'altra parte, oppure che quest'ultima avesse impostato il suo sistema difensivo su elementi e argomentazioni incompatibili con il riconoscimento del fatto allegato dalla controparte.

Notevoli, tuttavia, risultavano le limitazioni apportate al suddetto orientamento. Si escludeva, infatti, che la mancata contestazione rilevasse quando fosse richiesta la forma scritta

Mancata contestazione ed ammissione

Mancata contestazione ed argomento di prova

Mancata contestazione ed esigenza della prova

Il fatto « pacifico » nella giurisprudenza

Eccezioni al principio di non contestazione

ad probationem o *ad substantiam*, quando si vertesse in materia di diritti indisponibili, quando la mancata contestazione dipendesse dalla contumacia.

In ordine alla tradizionale neutralità probatoria della contumacia, occorre peraltro segnalare la disciplina del c.d. rito societario, nel cui ambito una regola innovativa disponeva che « i fatti affermati dall'attore », in caso di contumacia del convenuto, « si intendono non contestati » (art. 13, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

Come si legge nella sentenza che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega [Corte cost., 12 ottobre 2007, n. 340, in *Foro it.*, 2008, I, 721 ss.], la norma si poneva « in contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita ».

In ogni caso, quella disciplina ha posto in luce la forte tendenza espansiva del principio di non contestazione e neppure sembra estranea ai recenti spunti giurisprudenziali che, anche per il rito ordinario, attribuiscono alla contumacia un rilievo — non di *facta confessio*, ma almeno — di argomento di prova (*infra*, § 7).

Peraltro, il testo novellato dell'art. 115 c.p.c., dichiarando esenti dalla necessità di prova i soli fatti « non specificamente contestati dalla parte costituita », conferma la tesi secondo cui non può configurarsi la mancata contestazione nel caso della contumacia. La soluzione appare coerente con il sistema processuale tenendo conto, ad esempio, che l'ordinanza per il pagamento di somme non contestate, di cui all'art. 186-bis c.p.c., richiede che la non contestazione sia riferita alla parte costituita. Si avverte, tuttavia, un certo disagio, poiché sotto il profilo in esame, diventa sempre più favorevole la posizione di chi — da contumace — si disinteressa del processo, rispetto a quella della parte che, a volte per insufficiente attenzione, non contesta in modo adeguato con « negazione esplicita », le allegazioni della controparte. Al riguardo, sembra preferibile la tesi secondo cui si configura la non contestazione non

Non contesta-
zione e
contumacia

soltanto quando il silenzio concerne alcuni fatti allegati mentre se ne contestano altri, ma anche quando il convenuto non contesta nessuno dei fatti allegati dall'attore [M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, 127]. Nessuna base a favore della tesi contraria si rinviene infatti nella legge.

Nella giurisprudenza di legittimità [Cass., S.U., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019 ss. con nota di C.M. Cea; e *ivi*, 2003, I, 604 con nota di A. Proto Pisani] si è pure affermato che il principio di non contestazione agisce con diversa efficacia a seconda della natura — principale o secondaria — del fatto (per la distinzione, *supra*, § 1). Soltanto per i fatti principali la mancata contestazione nei termini di rito, rivestendo il significato di una manifestazione di autonomia privata nel senso della disposizione del diritto controverso, ha l'effetto di rendere incontrovertibile l'allegazione. Per i fatti secondari, invece, collocandosi questi nell'area della valutazione probatoria riservata al giudice, l'omessa contestazione non ha un valore vincolante e costituisce soltanto argomento di prova liberamente apprezzabile dal giudice.

In effetti, il principio di non contestazione non si estende ai c.d. fatti secondari, cioè ai fatti dedotti da una parte a fini esclusivamente probatori. Per chiarire la questione, si consideri che il fatto da provare è quello che determina l'applicazione della norma, in modo da produrre il risultato richiesto dalla parte e in tal senso il fatto deve essere *relevante*. Tuttavia, se non è possibile fornire la prova diretta del fatto suddetto, costituiscono oggetto di prova fatti connessi con quello preso in considerazione dalla norma, idonei a consentire di dedurre l'esistenza del fatto da provare. In tale ipotesi — prova indiretta — l'oggetto si sposta dal fatto da provare ad altri fatti, al primo collegati. La parte onerata deve comunque allegare (anche) il fatto preso direttamente in considerazione dalla norma, e questo fatto può essere riconosciuto, ammesso o comunque non contestato dalla controparte, per cui non si configura l'onere di fornire la prova. L'onere del convenuto di prendere posizione sui fatti allegati dall'attore a fonda-

Non contesta-
zione e natura
del fatto

mento della domanda (art. 167 c.p.c.) non abbraccia invece i fatti (secondari) dedotti in funzione probatoria e la mancata contestazione di questi ultimi costituisce soltanto argomento di prova liberamente apprezzabile dal giudice ai fini del giudizio circa l'esistenza del fatto da provare (art. 116, comma 2, c.p.c.). Da non condividere ci sembra pertanto la tesi secondo cui il principio di non contestazione sarebbe riferibile anche ai c.d. fatti secondari, tesi che — isolata in giurisprudenza — trova sostegno in una parte della dottrina, la quale mette in luce soprattutto l'inopportunità e la difficoltà di distinguere tra fatti costitutivi e fatti secondari [A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 331 s.].

Per quanto riguarda le caratteristiche della non contestazione, è stato precisato che il comportamento deve essere tale da far desumere la verità del fatto allegato dalla controparte. In tal senso la giurisprudenza, pur distinguendo la figura in esame da quelle della « ammissione » (art. 232 c.p.c.) e della « confessione » (art. 2730 c.c.), ha richiesto a volte un comportamento « positivo ». Tra i comportamenti positivi, a prescindere dall'ipotesi (non del tutto di scuola) di espresa dichiarazione di « non contestare » i fatti allegati, è frequente l'ipotesi — sopra ricordata — in cui la non contestazione dei fatti affermati risulta implicitamente dalla linea di difesa scelta dalla controparte.

Secondo il nuovo testo dell'art. 115 c.p.c., il giudice deve porre a fondamento della decisione « i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita ».

L'attenzione dell'interprete si concentra sull'avverbio « specificamente », da taluno giudicato « una frettolosa e inelegante aggiunta » [B. CAVALLONE, *In difesa della veritophobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 181]. Risulta in ogni caso confermato l'orientamento della giurisprudenza prevalente secondo cui deve considerarsi irrilevante una contestazione generica, che si verifica, in primo luogo, quando la parte si limita a contestare i fatti allegati con formule di stile, e si

Specificità della
contestazione

Non contesta-
zione e conte-
stazione « positivo »

avverte una continuità a livello legislativo soprattutto rispetto all'art. 416, comma 3, c.p.c., secondo cui la presa di posizione sulle allegazioni della controparte deve essere espressa in maniera precisa e non può limitarsi ad una generica contestazione. Il giudizio sulla « specificità » della contestazione è ovviamente rimesso alla valutazione discrezionale del giudice.

Requisiti essenziali, e nel contempo sufficienti, dovrebbero considerarsi la individuazione dei singoli fatti e l'uso di espressioni idonee a negare senza possibilità di incertezza o di equivoco che il fatto allegato dalla controparte sia vero.

Estranea al concetto di contestazione rimane invece l'allegazione di elementi idonei a mettere in dubbio e ancor più a dimostrare la non veridicità del fatto allegato dalla controparte.

L'innovazione pertanto non incide sulla configurazione, sulla funzione e sugli effetti della contestazione, da intendersi come onere posto a carico della parte, la quale — contestando — impedisce che la controparte risulti liberata dall'onere della prova.

Il requisito della specificità, opportunamente previsto dal legislatore, serve soltanto ad escludere ogni rilevanza di contestazioni generiche, vicine alle c.d. clausole di stile, che — se considerate rilevanti — finirebbero per svuotare la regola secondo cui non si richiede prova per i fatti non contestati.

La necessità di contestare specificamente i fatti allegati dalla controparte attribuisce peraltro un più nitido significato al principio della disponibilità delle prove, espressione del più generale principio dispositivo che illumina il processo civile. Infatti, senza intendere affrontare in questa sede il problema della natura — negoziale o meno — della contestazione, appare certo che il requisito di cui si discute impone una precisa consapevolezza circa la rilevanza dei fatti allegati dalla controparte e la connessa esigenza o superfluità di prova, anche sotto il profilo della lealtà processuale.

In altri termini, non contestare i fatti allegati può (e deve) corrispondere ad una scelta di correttezza processuale che,

dalla condivisione della questione di fatto, consente di semplificare la prima fase del processo, eliminando, almeno con riferimento ad alcuni fatti, l'esigenza della prova e della conseguente valutazione ad opera del giudice. Al contrario, tanto più la contestazione risulta specifica e dettagliata, quanto più si delineano i contorni della prova richiesta alla parte onerata, contribuendo anche in tal modo al chiarimento della questione di fatto.

Interessante, in tal senso, l'osservazione svolta dalla dottrina che individua il « cuore del problema » della specificità della contestazione nel « giungere ad un giudizio di effettiva pacificità del fatto. Il che significa che, più che un problema di identificazione di comportamenti standard a cui far corrispondere meccanismi effettivi, si ha che fare con un problema di formazione della convinzione del giudice » [B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it*, 29 aprile 2010, 14].

L'innovazione, infine, sembra acquistare un particolare rilievo nei casi di procedimento sommario di cognizione, previsto per le controversie di competenza del tribunale monocratico, nei casi in cui « le difese svolte dalle parti richiedano una istruzione non sommaria ». La precisazione dei confini della contestazione, imponendo una maggiore consapevolezza del suo significato, dovrebbe infatti incidere sulle caratteristiche da attribuire alla fase istruttoria.

Contestazione tardiva. Contestazione in materia non disponibile

È stato rilevato che la novella non chiarisce se la contestazione (specificata) sia o meno ammissibile dopo la comparso di risposta o dopo la prima udienza o perfino in appello; come pure se il principio di non contestazione valga soltanto nelle controversie relative a diritti disponibili [A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 225]. Per rispondere al primo quesito sembra necessario guardare alle scansioni di sposte perentoriamente dal rito civile in ordine alle attività assertive di ciascuna parte, senza dimenticare lo stretto legame tra l'onere di pronta contestazione e il principio di lealtà processuale; circa il secondo quesito, appare preferibile

senz'altro la soluzione affermativa, con l'opportuno rilievo secondo cui il principio può comunque considerarsi operante per le situazioni che, seppure legate a diritti indisponibili, presentano carattere disponibile, come avviene, ad esempio, per pretese risarcitorie collegate alla violazione di un diritto indisponibile [S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 280].

La sia pur stringente formulazione dell'art. 115, comma 1, c.c., secondo cui il giudice *deve* porre a fondamento della decisione i fatti allegati da una parte e specificamente non contestati dalla controparte, non comporta, tuttavia, l'esclusione di una valutazione complessiva del materiale probatorio acquisito. Se anche la giurisprudenza, spinta da ragioni di semplificazione e di accelerazione della fase istruttoria, sembra tendere verso una interpretazione letterale della norma in esame, i principi generali del processo e l'obbligo di perseguire gli scopi ad esso assegnati dall'ordinamento giuridico impongono di evitare un appiattimento dell'attività del giudice, certamente non chiamato soltanto ad un mero controllo di corrispondenza tra fatti allegati e fatti contestati (o meno).

Si pone anzitutto il problema relativo alla possibilità di basare la decisione su un fatto allegato e non specificamente contestato ma del tutto inverosimile o contrario alle regole dell'esperienza oppure contrastante con fatti noti. In queste ipotesi, la regola dell'art. 115 c.p.c. deve essere posta in relazione con il principio della valutazione delle prove e del libero convincimento del giudice. Di conseguenza la regola secondo cui il giudice deve porre a fondamento della decisione il fatto (rilevante) allegato e non contestato significa che questo fatto dovrà necessariamente essere preso in considerazione nella valutazione che condurrà alla decisione (e nella relativa motivazione) e non potrà essere « ignorato » alla stregua di un fatto allegato, specificamente contestato e rimasto sfornito di prova.

Alla stessa conclusione, a maggior ragione, si deve pervenire

Valutazione giudiziale del fatto non contestato

nire nel caso in cui al fatto allegato e non contestato si contrappongono prove di segno contrario: ad esempio, l'allegazione di un certo fatto, non specificamente contestato, risulta contraddetta dal contenuto di un documento. Nelle suddette ipotesi, pur dovendosi considerare *prova* il fatto allegato e non contestato, trovano applicazione le regole codicistiche in tema di gerarchia delle prove e, in caso di mancata prevalenza di una prova legale, deve comunque osservarsi il principio della valutazione delle prove e del libero convincimento. Il fatto allegato non specificamente contestato, che nel senso sopra indicato deve essere oggetto di valutazione, potrà essere considerato senz'altro decisivo ai fini dell'accentramento del giudice quando ad esso non si contrappongono altre prove di segno contrario oppure quando, a seguito della valutazione complessiva delle prove, il giudice lo ritiene sufficiente per la formazione del proprio convincimento. Nel caso contrario, o quando nella contrapposizione tra fatto allegato e non contestato e altri mezzi di prova permane il dubbio, il giudice dovrà risolvere la questione in base alla regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.

Una diversa conclusione appare ipotizzabile con riferimento all'ammissione (non implicita), cioè alla conferma del fatto allegato dalla controparte. In primo luogo, infatti, in questo caso, non si pongono i dubbi relativi ai motivi della non contestazione e all'eventuale irrilevanza di una contestazione generica; inoltre, l'ammissione di un fatto sfavorevole presenta elementi di contatto con la confessione e, quindi, la sua efficacia probatoria potrebbe considerarsi equivalente a quella prevista per quest'ultima, non tuttavia nel senso di estendere l'ambito della « prova legale » bensì sul piano logico e argomentativo.

In definitiva, anche nel caso dell'ammissione deve trovare applicazione il principio generale della libera valutazione delle prove, che trova deroghe soltanto nei casi di prova legale espressamente previsti.

Spunti
comparatistici

Tale tesi viene seguita dalla giurisprudenza tedesca, la quale sottopone alla libera valutazione non soltanto la mancata contestazione

ma anche la *Bestätigung* di fatti allegati dalla controparte, ritenendo in tal modo di avere trovato una soluzione « flessibile », che traccia la linea di confine tra ammissione (o conferma) dei fatti e confessione, attribuendo nel secondo caso rilevanza alla volontà di confessare [in senso favorevole a tale orientamento, M. WOLF, *Geständnis zu eigenen Lasten und zu Lasten Dritter?*, in *Festschrift für H. Nakamura*, Tokio, 1996, 687 ss., spec. 692 s.].

Questioni analoghe si riscontrano nella dottrina francese, la quale — in mancanza di una precisa base testuale — critica la giurisprudenza che in alcuni casi ha configurato un obbligo del giudice di considerare veri i fatti non contestati e tende a limitare la rilevanza della non contestazione alle allegazioni che riguardano l'oggetto stesso della lite e non fatti [J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Toulouse, 1980, 107]. Per quanto concerne questi ultimi, si afferma che il giudice non è tenuto a considerare veri i fatti allegati e non contestati, poiché la mancata contestazione rappresenta soltanto un indizio, ed è lo stesso giudice che « donne un sens au silence d'une partie » [T. Le BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997, 261], attribuendo eventualmente, in base alle circostanze, il significato di un'ammissione.

Il ragionamento che si riscontra in alcune decisioni è simile a quello usuale in materia di presunzioni: la mancata contestazione viene considerata un indizio che consente al giudice di ritenere vero il fatto allegato in via presuntiva. In termini generali, comunque, si richiede che la rilevanza della non contestazione sia limitata al fatto « spécialement invoqué », in modo da evitare che la decisione venga fondata su fatti non contestati per disattenzione, negligenza o, addirittura, per errore conseguente al dolo di chi li allega [F. CESARO, *Le doute en droit privé*, Paris, 2003, 90 ss.], e viene condivisa la massima della *Cour de cassation* secondo cui la mancanza di contestazione non è sufficiente per stabilire l'esistenza di un fatto, ed il giudice del merito non è pertanto tenuto a considerare veri i fatti allegati solo perché non sono stati espressamente contestati dalla controparte [Cass., 10 maggio 1991, in *Bull. civ.*, 1991, II, 421].

In definitiva, si ritiene che, anche alla luce dell'art. 9 del *Nouveau Code de procédure civile*, secondo cui le parti devono dimostrare i fatti necessari per l'accoglimento delle loro pretese, una semplice affermazione, pur se non contestata, non sia sufficiente, cosicché il giudice ben può considerare sussistente il dubbio e di conseguenza decidere in base alla regola sull'onere della prova.

6.2. I fatti notori.

I fatti notori trovano una base normativa nell'art. 115, comma 2, c.p.c., secondo cui non hanno bisogno di prova le

Notoria non
egenti probazione

nozioni di fatto « che rientrano nella comune esperienza ». Un'analoga disposizione, che parimenti non contiene alcuna definizione, si riscontra nella ZPO tedesca, ove è previsto che i fatti noti al tribunale non necessitano di prova (§ 291).

Si ammette quindi l'esistenza di fatti che non devono essere provati, ma non si dice nulla circa la loro natura [E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giuridico e altri studi*, Milano, 1957, 363 ss.].

Una definizione era invece contenuta nell'art. 297 del progetto del vigente codice di procedura civile: « si reputano pubblicamente noti quei fatti la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione ». Tale definizione, per molti versi apprezzabile, è stata criticata osservando che non può considerarsi decisiva l'effettiva conoscenza di una cerchia più o meno ampia di soggetti, rilevando piuttosto il « titolo » della conoscenza: dovrebbe considerarsi fatto notorio quello la cui conoscenza deriva — non da circostanze contingenti, bensì — dall'appartenenza alla comune ed attuale cultura; in base al suddetto criterio può considerarsi fatto notorio la fine di una guerra e non l'ingiuria lanciata da A nei confronti di B nel corso di un comizio tenuto nella piazza di un piccolo villaggio [P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1947, 302 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giuridico e altri studi*, cit., 367].

Nella definizione sopra ricordata non è difficile scorgerne l'influenza dell'elaborazione tedesca e, nel contempo, il distacco rispetto alla stessa. Secondo il più autorevole studioso del tema, devono infatti distinguersi le c.d. massime di esperienza (*Erfahrungssätze*) dai fatti notori (*offenkundige Tatsachen*). Fatti notori sono, ad esempio, gli avvenimenti politici o la costruzione di un nuovo ponte su un fiume della città. La notorietà è quindi una caratteristica del fatto: un avvenimento può divenire notorio, nel senso che viene portato a conoscenza del pubblico in una certa data, mentre non lo era il giorno prima. Un avvenimento, inoltre, può essere noto al pubblico in un certo luogo e non in un altro. Infine, una circostanza può considerarsi nota per un certo periodo di tempo e non dopo il trascorrere di un lungo periodo [F. STEIN, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893, 138 ss.].

Più precisamente, il fatto può divenire notorio in base alle circostanze in cui si è verificato oppure in base alle circostanze che hanno determinato la propagazione della notizia. Nel primo senso un fatto può considerarsi notorio quando l'accadimento risulta direttamente percepibile da una molteplicità di persone; un esempio tradizionale è

quello dell'incendio sviluppatosi in una piazza in cui si sono raccolte molte persone. Nel secondo senso un fatto è notorio quando, pur essendo stato percepito direttamente da un numero ridotto di persone, diviene noto in seguito alla diffusione della notizia. La notorietà dipende quindi dalla trasmissione della notizia [STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit., 143 ss.].

È evidente che i moderni mezzi di informazione incidono su entrambi i concetti di notorio, mantenendo peraltro inalterata — ad avviso di chi scrive — l'esattezza delle riferite distinzioni. La percezione diretta di un fatto acquista infatti dimensioni un tempo impensabili grazie alle riprese televisive « in diretta » che consentono — almeno in una certa misura — di conoscere il fatto nello stesso istante in cui si verifica. Parimenti, i mezzi di informazione oggi disponibili aumentano a dismisura la possibilità di diffusione della notizia relativa al fatto già accaduto.

Le massime o regole di esperienza sono invece le nozioni di comune conoscenza o comunque facilmente accessibili, cioè rintracciabili nelle fonti di comune cultura. A differenza del notorio, esse non hanno ad oggetto un fatto ma una regola, che si forma in base alla ripetuta esperienza in ordine al fatto dato, secondo un processo di astrazione e generalizzazione [S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 99].

Difficoltà si riscontrano per quanto riguarda l'inquadramento teorico della figura in esame. La notorietà viene infatti tradizionalmente messa in stretto rapporto con la scienza privata del giudice [STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit., 163 ss.]; anche i fatti notori apparterrebbero alla « scienza privata » del giudice, se e in quanto a lui noti, e la loro utilizzabilità nel processo potrebbe spiegarsi quindi unicamente in termini di eccezione [P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, II, Padova, 1947, 297 ss.].

A nostro avviso, può tuttavia condividersi la critica secondo cui è errato l'inquadramento iniziale. I fatti notori sfuggono al divieto di utilizzo della scienza privata del giudice in quanto non si tratta di scienza privata ma di scienza ufficiale, intendendo quest'ultima espressione come l'insieme di nozioni che appartengono al consociato di media cultura o sono comunque note ad una cerchia di persone. E da ciò si fa discendere la configurabilità di un dovere — e non di una facoltà — del giudice di tenere conto dei fatti notori.

Fatti notori e massime di esperienza

L'incerta natura dei fatti notori

La definizione offerta dal Progetto Carnelutti

Il notorio come scienza « ufficiale » del giudice

Il giudizio sul
notorio come
questo facti

Occorre peraltro rilevare che se il fatto allegato dalla parte come notorio non è considerato tale dal giudice di merito non possono configurarsi gli estremi del ricorso per cassazione trattandosi di un giudizio di fatto [contra, ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, cit., 371]. Mentre, a nostro avviso, se il fatto è considerato notorio non dovrebbe più porsi un problema di convincimento del giudice, riguardando quest'ultimo la prova dei fatti e non i fatti che non hanno bisogno di prova.

Quanto detto consente di affrontare il problema relativo alla ammissibilità del ricorso per cassazione nei confronti della sentenza che non ha tenuto conto di un fatto notorio. La risposta positiva è stata argomentata equiparando, sotto il profilo in esame, la conoscenza dei fatti notori e la conoscenza del diritto. In entrambi i casi sarebbe quindi applicabile l'art. 360, n. 3, c.p.c. (equivalente all'art. 517, n. 3, c.p.c. 1865, cui si riferiva l'Allorio).

Ci sembra di dovere dissentire rispetto al fondamento indicato, poiché l'indubbia affinità rilevata tra i due fatti non può tuttavia giustificare l'invocata « estensione interpretativa » [ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, cit., 373], non potendosi ammettere una interpretazione talmente estensiva da far rientrare nel concetto di diritto quello di fatto. Per una disamina sul punto e per ampi riferimenti, v. T. M. PEZZANI, *Il « butafuori depresso »*. *Considerazioni sulla censurabilità in cassazione dell'utilizzo distorto di « massime d'esperienza »*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1114 ss.

In definitiva, il giudice non ha una facoltà ma un obbligo di servirsi del notorio. La questione, risolta in dottrina nel senso suddetto, deve tuttavia essere precisata, potendosi individuare una duplice attività valutativa del giudice. In primo luogo si tratta infatti di accertare la notorietà: se il fatto allegato dalla parte come notorio non è considerato tale dal giudice di merito — come detto — non possono configurarsi gli estremi del ricorso per cassazione, trattandosi di un giudizio di fatto. Viceversa, se il fatto è considerato notorio non si pone un problema di convincimento rispetto al singolo fatto, riguardando il convincimento la prova dei fatti e non i fatti che non hanno bisogno di prova, e si presenta semmai un problema di convincimento « generale » riguardante la forza probante del fatto notorio e degli altri fatti provati ai fini della decisione della controversia.

Fatto notorio e
dovere del
giudice

Discusso è se possa ammettersi la contestazione del fatto notorio. A tale proposito occorre distinguere l'ipotesi in cui la parte contesti la sussistenza della notorietà e quindi esiga che la controparte fornisca la prova del fatto; e l'ipotesi in cui la parte non contesti la generale convinzione della verità del fatto ma tuttavia intenda dimostrarne l'erroneità, al fine di incidere sull'unico convincimento rilevante nel processo: quello del giudice. Per quanto riguarda la prima ipotesi si è visto che con riferimento al fatto notorio non si pone un problema di convincimento in senso tecnico e che la decisione del giudice può ritenersi sottoposta a controllo in termini di sufficienza della motivazione. Parimenti, in base ai principi generali, può risolversi il problema relativo alla seconda ipotesi: se il giudice considerava vero il fatto allegato come notorio, deve escludersi ogni prova contraria, come avviene in ogni ipotesi in cui il convincimento sulla verità dei fatti è stato raggiunto. Se viceversa nonostante la notorietà del fatto sussistono dubbi nella mente del giudice, ogni prova — favorevole o contraria — deve ritenersi ammissibile [STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit., 171].

Ancora, si discute sulla rilevanza del fatto notorio contristante con il fatto principale della causa concordemente ammesso dalle parti. Il timore di violare il principio dispositivo ha spinto infatti ad affermare che in tal caso il giudice non può tenere conto del fatto notorio, poiché altrimenti pronuncerebbe *ultra petita* [G. PAVANINI, *Massime d'esperienza e fatti notori in Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 263]. Ma è stato obiettato che il giudice « non può conoscere un fatto che risulta impossibile in base ad una regola di esperienza, o ad una nozione diffusa in un dato ambiente sociale » [G. A. MICHELLI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, rist., Padova, 1966, 119]. La critica è certamente degna di considerazione perché, diversamente, si attribuirebbe alle parti il potere di fare accertare dal giudice fatti non veri addirittura quando essi contrastano con i dati della comune esperienza. In altri

Fatto notorio e
principio
dispositivo

Fatto notorio e
contestazione

termini, il principio dispositivo non comporta che le parti possano disporre delle funzioni attribuite dalla legge al processo.

6.3. *La « scienza privata » del giudice e il « notorio giudiziale ».*

La scienza « privata »: divieto di utilizzo

Dall'art. 115 c.p.c. si deduce il divieto per il giudice di utilizzare la c.d. « scienza privata ». Il primo comma della norma stabilisce infatti che, salvo i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. Tra i casi previsti dalla legge rilevano, come si è visto, le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza, mentre *a contrario* si desume che il giudice non può servirsi della « scienza privata », cioè dell'insieme di notizie che eventualmente ha ottenuto fuori dal processo. La norma attuativa che vieta al giudice di ricevere « private informazioni » sulla causa (art. 97 disp. att. c.p.c.) si limita, quindi, a ribadire quanto già si evince dal testo principale.

Ratio

Da questo divieto può derivare la necessità di non tenere conto di fatti rilevanti per l'accertamento della verità, anche se contrastanti con quelli che risultano dagli atti processuali. Tuttavia, a questa conclusione deve giungersi in base alla regola dell'onere della prova, al principio del contraddittorio e al principio dispositivo.

Il notorio « giudiziale »: utilizzo d'eccezione

Nel concetto di « scienza privata » non rientrano i fatti che il giudice conosce per motivi di ufficio. Si parla in tal caso di « notorio giudiziale ». Di tali fatti il giudice può tuttavia tenere conto soltanto nei casi previsti (ad esempio, artt. 273 e 274 c.p.c.). Si tratta di dati che sfuggono alla conoscenza generale ed alla comune cultura, e che sono divenuti noti al giudice in occasione dello svolgimento della propria attività, ad esempio nel corso dell'istruzione probatoria di precedenti processi.

Ratio

Pur non ricadendosi nel divieto di utilizzare la « scienza

privata », i limiti previsti in questa ipotesi si spiegano per la possibile violazione di principi fondamentali del processo, in particolare di quello del contraddittorio, e in generale per la mancanza di controllo delle parti.

In definitiva, nell'ipotesi del « notorio giudiziale » non si riscontra la « spersonalizzazione » propria della comune esperienza che viceversa conferisce al notorio il carattere della obiettività, necessario perché esso venga posto a base della decisione del giudice e per giustificare la deroga alla garanzia del contraddittorio.

7. *Gli argomenti di prova.*

Ai fatti che non hanno bisogno di essere provati non possono essere equiparati gli « argomenti di prova » previsti nell'art. 116 c.p.c.

Prova e « argomento »: tesi dell'equiparazione

La precisazione appare necessaria in quanto la giurisprudenza ha ammesso che il comportamento processuale delle parti, così come avviene per altri argomenti di prova, possa costituire unica e sufficiente fonte di convincimento del giudice, equiparando in tal modo un argomento di prova ad una prova, o meglio ad un fatto provato.

Critica

Tale orientamento risulta criticato in dottrina, mettendosi in rilievo i dati esegutici e logici che si oppongono alla suddetta equiparazione. Si osserva che la legge, con l'espressione « argomenti di prova », ha certamente inteso riferirsi ad un *quid* diverso dalla prova [V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1956, 338] e che essi pertanto devono svolgere soltanto una funzione sussidiaria, potendo servire a valutare e quindi eventualmente a rafforzare mezzi di prova ma non a costituire mezzi di prova essi stessi [G. GORLA, *Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 24 ss.].

La questione tuttavia si complica quando si tratta di stabilire il rapporto intercorrente tra gli argomenti di prova e le presunzioni semplici, che l'art. 2729 c.c. affida alla « pruden-za » del giudice. Al riguardo, a parte l'indubbia coincidenza di criteri, espressi con il richiamo al « prudente apprezzamento » del giudice (art. 116, comma 1, c.p.c.) e alla « prudenza », ci sembra esatta l'osservazione secondo cui l'interprete deve muovere dal principio della « univocità della legislazione », per cui non è possibile identificare senz'altro gli argomenti di prova con le presunzioni [ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 339].

Da ciò deriva che non valgono per gli argomenti di prova i limiti della gravità, precisione e concordanza imposti dall'art. 2729 c.c. ai fini specificamente previsti in quella norma. Ma questo ovviamente non esclude che la forza maggiore o minore degli argomenti di prova dipenda proprio da quelle caratteristiche. Tuttavia, mentre sussistendo le suddette caratteristiche la presunzione può costituire fonte autonoma di convincimento, ciò non accade nell'ipotesi degli argomenti di prova, che in ogni caso costituiscono soltanto elementi di valutazione di altre prove.

L'indirizzo giurisprudenziale che considera sufficienti gli argomenti di prova quale unica fonte di convincimento pone nel nulla la distinzione — presente nella legge e ineliminabile da un punto di vista logico e sistematico — tra uno strumento di carattere integrativo e le presunzioni. Esso stravolge la ripartizione normativa dell'onere della prova, modificando la regola di giudizio, in quanto la parte che non ha soddisfatto l'onere probatorio, di cui risulta gravata, può vedere comunque accolta la domanda senza aver fornito la prova dei fatti sui quali essa si basa, e senza che ricorra una delle ipotesi in cui ciò risulta possibile nel nostro ordinamento (fatti non contestati, fatti notori, ecc.).

Sotto il profilo degli argomenti di prova può essere ricordata la problematica relativa alla possibilità di porre a fondamento della decisione prove raccolte senza il rispetto della legge. Infatti, prescindendo dalla tesi secondo cui l'acquiescenza della controparte

servirebbe a produrre una « sanatoria » [E. ALTORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperte in contrasto con un divieto di legge*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 871], è stato affermato che dal divieto per il giudice di porre a fondamento della decisione la prova illegittimamente ammessa non può farsi derivare l'ulteriore divieto di trarre dall'attività probatoria svolta dalla parte « argomenti di prova » ex art. 116 c.p.c. Precisamente, dall'impossibilità di tenere conto dell'*oggetto* (ad esempio, un documento) — secondo tale opinione — non può farsi derivare la conclusione dell'impossibilità di tenere conto dell'*attività* svolta dalla parte, e cioè di valutare a fini probatori il comportamento processuale, a cui può attribuirsi valore indiziario [M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 556 ss.].

Bibliografia.

1. Per l'onere della parte di allegare il fatto preso direttamente in considerazione dalla norma, L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*, 5^a ed., München-Berlin, 1965, 43 ss.

Il principio di allegazione, fonte di onere per le parti, manifesta un contenuto di garanzia se osservato nella prospettiva dei poteri del giudice. Ad eccezione del notorio, « i fatti, che non siano affermati dalle parti, per il giudice non esistono », sicché « ogni conseguenza tratta dal giudice da fatti non allegati è conseguenza tratta in mancanza di potere »: G. FABBRINI, *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 728.

Sul fatto come oggetto di prova, S. PATTI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 4 ss.; per i particolari problemi di prova in ordine a speciali « tipi di fatti » (fatto valutativo, complesso, collettivo, psichico), M. TARUFFO, *Prova (in generale)*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, 10 s.

Circa la distinzione tra fatti permanenti e fatti transeuntii, F. RICCI, *Delle prove*, Torino, 1891, 1 ss.

Sul significato e i limiti della contrapposizione tra fatti principali (« giuridici ») e fatti secondari (o « semplici »), M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, III, 2, 1, Milano, 1992, 97 ss., il quale osserva come l'ennunciatore sul fatto principale operi da criterio di selezione delle circostanze logicamente rilevanti, capaci di fungere da fatti secondari. Nel senso che l'oggetto della prova, di regola, è — non un accadimento empirico direttamente

Principio di allegazione

Fatti permanenti e transeuntii

Fatti principali e secondari

percepibile dal giudice, bensì — un mero enunciato concernente il fatto già verificatosi. In., *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101. Si è proposta, allora, una definizione dell'oggetto del giudizio di fatto che include « tutti gli enunciati relativi a fatti principali e fatti secondari in ogni modo rilevanti per la decisione »: In., *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 789.

Secondo alcuni studiosi occorre ridefinire la distinzione tra prova diretta e prova indiretta nel senso che la prima postulerebbe un rapporto di identità/contrarietà tra *factum probans* e *factum probandum*, governato esclusivamente dal principio di non contraddizione, mentre la seconda registrerebbe tra i due fatti una relazione di natura argomentativa (L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 483 ss.). Sull'essenza logico-razionale (piuttosto che retorico-argomentativa) del rapporto tra *factum probans* e *factum probandum* insistono i teorici della funzione c.d. dimostrativa (piuttosto che « persuasiva ») della prova giudiziaria (tra gli altri, A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova. Verità del fatto nel processo e sistema probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 73 ss.). Decisivo appare il ruolo che le massime d'esperienza possono esercitare nel conferire fondamento razionale alle inferenze probatorie (per alcuni rilievi critici, M. TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 553 ss.).

Fatti avvenuti

Per i fatti c.d. avvenuti, D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 212 ss.

Un'analisi comparata del diritto vigente in materia di prova nei paesi europei è offerta da H. NAGEL/E.-M. BAYONS (a cura di), *Beweis-Praxis-Evidenz*, Baden-Baden, 2003, con contributi sul diritto italiano di S. PATTI, A. CHIZZINI e E.-M. BAYONS, 267-333.

2. Sulla rilevanza del fatto come criterio dell'attività probatoria, ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 273, per il quale rilevanti sono i fatti causalmente collegati con le conseguenze giuridiche ravvisate dalle parti e dal pubblico ministero, irilevanti i fatti per cui manca il suddetto legame causale e quelli a cui sono collegate conseguenze vietate dall'ordinamento; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 62 ss.; In., *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 40 ss.; F. CORDOPATRI, *A proposito di « rilevanza della prova » e di giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 973 ss.; per l'incidenza del canone di economia, L.P. COMOGGIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 198 ss.; con riguardo alla superficialità della prova laddove il convincimento del giudice sia già formato, G. VERDE, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 621; P. RESCIGNO-S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 33 ss.

Per l'esistenza nel nostro ordinamento del c.d. principio di rilevanza, secondo il quale « ogni prova logicamente rilevante va ammessa » (salvi i limiti specifici di legge), ancora M. TARUFFO, *Le prove*, in L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., Bologna, 2006, 430 s., il quale esclude che il giudizio preliminare di rilevanza possa essere interessato da considerazioni di verosimiglianza del fatto o da previsioni sull'esito della prova; per L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, 3ª ed., Torino, 2010, 72 s., la rilevanza è dunque « idoneità decisoria astratta », materia di una delibazione giudiziale *ex ante*.

Sui due aspetti (giuridico e logico) del criterio per valutare la rilevanza dei fatti, v. M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, 42 s.; In., *Note sparse su probabilità e logica della prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1507 ss.

Il significato delle massime d'esperienza al fine di respingere richieste di prova è analizzato da R. SOLNER, *Zur Bedeutung der Erfahrungssätze bei der Ablehnung von Beweisanträgen*, in *MDR*, 1988, 363 ss.

Nel senso che le obbligazioni e le offerte di prova devono superare un esame di « plausibilità », v. R. MEYKE, *Plausibilitätskontrolle und Beweis*, in *NJW*, 2000, 9230 ss.

3. Sull'evoluzione e sui limiti del principio *negativa non sunt probanda*, W. GAUTSCHI, *Beweislast und Beweiswürdigung bei fremen richterlichen Ermessen*, Zürich, 1913, 102 ss.; MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 33 ss.; J. LARGUER, *La preuve d'un fait négatif*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1953, 1 ss.; S. PATTI, *L'onere della prova nel caso di allegazione di fatti negativi*, in *NGCC*, 1994, I, 163 ss.; con specifico riguardo al tema dell'adempimento dell'obbligo, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1095 s., nota 155; M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 567 ss.; per i profili di « equivochezza » che connotano il brocardo, ancora COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., 307. Nella manualistica l'antica massima talora riemerge, incapace di distinguere la necessità di prova (presuntiva) della negativa indefinita dalla possibilità di prova (diretta) della negativa determinata: è sempre indispensabile la prova indiretta, poiché « non è possibile provare in via immediata ciò che non è stato » (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, 11ª ed., Milano, 2020, 86).

Per il nesso tra principio di migliore attitudine alla prova e inversione dell'onere al cospetto della c.d. negativa indefinita, già R. DEMOCURE, *La preuve*, in In., *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, 1911, 553 s.

Con riferimento all'inversione legale dell'onere della prova determinata dalla ricorrenza di un fatto negativo, in tema di azione surrogatoria, R. NICOLÒ, *Dell'azione surrogatoria*, in *Commentario del codice civile*,

Principio di rilevanza e verosimiglianza del fatto

Negativa non sunt probanda e migliore attitudine alla prova

Fatto negativo e inversione dell'onere

Rilevanza del fatto, economia processuale

a cura di A. Scialoja e G. Branca, *sub art.* 2900, Bologna-Roma, 1960, 165 s., e, più di recente, S. PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 20, 2ª ed., Torino, 1998, 117 ss., spec. 154, secondo cui sarà sufficiente per il creditore l'affermazione che sussiste l'inertza del debitore, mentre quest'ultimo ha la possibilità di fornire la prova del suo comportamento attivo; in tema di condizione, P. RESCIGNO, *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 800, il quale segue la c.d. « teoria della negazione », secondo cui spetta all'attore provare « che condizione non fu apposta », anche se essa viene allegata dal convenuto, mentre la teoria opposta fa gravare l'onere sul convenuto, considerando la condizione come circostanza impeditiva.

Secondo M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 748 ss., ogni inversione della prova inerente una negativa c.d. indeterminata rischia di indurre una « predeterminazione della soccombenza » e perciò esige grande cautela da parte del legislatore e, più ancora, del giudice.

Sul ruolo conquistato dalla prova scientifica negli accertamenti — dapprima soltanto negativi, poi anche affermativi — del rapporto di filiazione, per tutti G. VERDE, *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 49 s.; riguardo agli indirizzi giurisprudenziali che esigono una valutazione della prova scientifica di filiazione coordinata con quella delle prove tradizionali e che, anzi, considerano la prima non necessaria ove possano ritenersi sufficienti le seconde, in senso critico M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1091 s.

In questo contesto, sulla utilizzabilità nel processo di informazioni ottenute illecitamente, v. S.B. REICHENBACH, *Zivilprozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen am Beispiel heimlicher Vaterschaftstests*, in *AcP*, 206, 2006, 598 ss.

Per quanto concerne la prova del fatto negativo, il diritto svizzero prevede che la controparte dell'onerato debba contribuire al chiarimento della situazione di fatto in base al principio di buona fede (art. 2 ZGB). Nel caso in cui il suddetto obbligo non venga adempiuto, il giudice ritiene sussistente un indizio favorevole all'allegazione della parte onerata: cfr. H. HAUSHEER, M. JÄUN, *Die Einleitungssartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, 2001, 158.

4. Si insiste, in particolare, sulla circostanza che il convenuto potrebbe non essere preparato a fornire la prova e sulle ragioni di opportunità che guidano la ripartizione dell'onere: cfr. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 784 ss.; MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 457 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 523 ss. con ampi riferimenti. Ma, nel senso che l'art. 2697 c.c. non conduca necessariamente a questa conclusione, v. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, 40.

Le c.d. azioni provocatorie e di iattanza, con cui si « provocava » il convenuto « ad agendum » e « ad probandum », facendo gravare su di lui la prova dell'esistenza di un diritto negato dall'attore, sono analizzate da MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 46.

Sulla possibilità di configurare comportamenti dannosi, e nel senso che non possa farsi gravare sull'attore la prova dell'antigiuridicità del fatto, v. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 531.

5. Sul principio *iura novit curia*, S. SATTA, « *Iura novit curia* », in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 380 ss. (che lo considera non coesistente alla logica del giudizio e atinente piuttosto ad esigenze di uniformità); G.A. MICHELI, « *Iura novit curia* », in *Riv. dir. proc.*, 1961, 575 ss.; C. SARVENZA, *Il principio « iura novit curia » e il problema della prova delle leggi straniere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 41 ss.; M. CAPPELLETTI, « *Iura novit curia* » e impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1403 ss.; VERDE, *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 623 ss.; A. PIZZORUSSO, *Iura novit curia (ordinamento italiano)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.

Nella dottrina tedesca, v. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 33 s. (il quale esclude per la prova della norma un onere in senso soggettivo, richiamando lo schema dell'onere in senso oggettivo); K. SOMMERLAND e J. SCHREY, *Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozess und die Folgen der Nichtermittlung*, in *NJW*, 1991, 1377 ss.

Sull'opinione che assoggettava le norme consuetudinarie, antiche e straniere alla regola probatoria vigente per i fatti, G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, 115 ss.; per l'attenuazione della tesi, determinata dal potere d'indagine del giudice, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 125.

Per una specifica critica all'indirizzo, diffuso soprattutto in Francia, che assoggetta la consuetudine alla regola sull'onere della prova, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 5ª ed., 3ª rist., I, Milano, 1934, 57 ss. (la cui opinione appare tuttavia contraddittoria in quanto, dopo aver affermato che la consuetudine è una fonte di diritto come la legge, ritiene che il giudice, ignorando l'esistenza dell'uso, possa limitarsi ad imporre la prova a quello dei contendenti che vuole giustificare con esso il proprio diritto).

Nel senso che il principio *iura novit curia* si applichi anche alle consuetudini, per quanto possa essere interesse della parte facilitare la conoscenza del giudice, F. FERKAVA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, I, Roma, 1921, 123.

Anche negli indirizzi che riaffermano la giuridicità della consuetudine, il regime di prova appare influenzato dalla collocazione del-

Iura novit curia

Classi normative
controverse

A) La
consuetudine

l'uso nella categoria del « fatto » (normativo). « La consuetudine, poiché non è il prodotto di una volontà, è un fatto (e non un atto). Si prova in giudizio come un fatto »: R. SACCO, *Fonti non scritte del diritto italiano*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2000 (rist., 2006), 405.

Per l'appartenenza degli usi normativi al novero delle fonti di diritto oggettivo, soprattutto, A. GUARNERI, *Gli usi e il sistema delle fonti del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 19 ss., ove pure è ribadito che la pubblicazione dell'uso nelle raccolte ufficiali istituisce una presunzione *iuris tantum* di esistenza.

B) Il diritto antico

Con riguardo al diritto antico, per il criterio della pubblicazione dell'atto normativo, A. PIZZORUSSO, *Sulla distinzione fra accertamento dei fatti ed applicazione delle norme giuridiche*, in *Studi in onore di T. Carnacini*, II, 1, Milano, 1984, 629 s.

Secondo G. FRANCHI, « *Iura novit curia* » e *obbligo di decidere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 1290 s., laddove il diritto antico, vigente per l'irretroattività delle norme successive, sia rimasto ignoto dovrà applicarsi — non la norma attuale, che risulterebbe « antistorica », bensì — la regola esistente in un'epoca prossima a quella di riferimento.

C) Il diritto straniero

Anteriormente alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, era emersa la relazione tra principio *iura novit curia* e indisponibilità dei diritti regolati dalla norma straniera: G. FRANCHI, *Alla ricerca del diritto ignoto*, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 333. Si era segnalata, altresì, la peculiarità della situazione in cui il diritto straniero fosse da applicare in forza di un trattato internazionale: A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub art. 1-9 disp. prel., Bologna-Roma, 1977, 88 ss.

Sull'interesse della parte a collaborare con il giudice nella ricerca della norma, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 123 ss.

La cesura operata dalla l. 31 maggio 1995, n. 218, rispetto agli indirizzi della giurisprudenza tradizionale è apparsa netta sin dai primi commentari alla riforma: S. M. CARRONE, sub art. 14, in *Riv. dir. int. priv.*, proc., 1995, 960 ss.; N. BOSCHERO, sub art. 14, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, 1035 ss.

Per coerenza al principio *iura novit curia*, e malgrado la lettera dell'art. 14 sembri indicare una mera facoltà del giudice (« può avvalersi », « può altresì interpellare »), si ritiene che questi abbia il dovere di utilizzare tutti i mezzi informativi elencati dalla norma, prima di ripiegare sulla *lex fori*: C. CAMPICLIO, F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato (riforma del)*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2000 (rist., 2006), 334 s.

Le analogie tra il sistema italiano riformato e il sistema tedesco retto dal § 293 ZPO sono messe in luce da V. SANGIOVANNI, *La conoscenza, l'interpretazione e l'applicazione della legge straniera da parte del giudice civile tedesco*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, 913 ss.

6.1. La tesi secondo la quale chi non contesta un fatto affermato dalla controparte ne ammette implicitamente la verità o quanto meno « dimostra di non essere in grado di fornire la prova contraria » è sostenuta da ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., I, 341.

V., anche per riferimenti e per richiami agli ordinamenti francese e tedesco sul principio di non contestazione, SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 7 ss., spec. 9, secondo il quale un fatto non contestato, seppur pacifico, non può ritenersi « (fonte di) prova del fatto, ma si risolve solo nell'altrui onere della prova »: I. PACINI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, 237 ss.

Nella letteratura specialistica si registravano opinioni divergenti intorno al principio di non contestazione: secondo alcuni, la nozione di fatto « pacifico » perché non contestato rischiava di sacrificare l'accertamento di verità in nome dell'esigenza di economia del processo (B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, *La contestazione tra norme e sistema*, Milano, 1992, spec. 133 ss.).

Secondo altri, il principio di non contestazione si legittima nella regola di auto-responsabilità delle parti per quanto allegano o non allegano in giudizio (A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, spec. 328 ss.).

Sulla preclusione che deriva dalla mancata contestazione entro i termini previsti, V. G. DELLA PIETRA, *Le preclusioni e l'irreversibilità della « non contestazione »: l'armonia perduta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 1173 ss.

Come afferma esattamente VERDE, *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 614, il principio di non contestazione è una derivazione del principio dispositivo e si estende fin dove è esteso quest'ultimo.

Per l'evoluzione del principio e per i suoi limiti operativi (diritti indisponibili, contratti solenni, processi contumaciali), cfr. A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, 604 ss., il quale colloca il fondamento della regola in valori diversi dall'autonomia privata (economia processuale, auto-responsabilità delle parti) e non ritiene, quindi, che possa rilevare in questo campo la distinzione tra fatti principali e fatti secondari.

V., altresì, SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 8, nota 42, 17 s., secondo il quale, nel caso di contumacia, la risalente tradizione che valorizza l'inerzia della controparte come *fata contestatio* è soltanto

Valore dimostrativo della non contestazione

Il principio di non contestazione

Fondamento e limiti

« l'incrostazione delle abitudini »; G. FRUS, *Il principio di non contestazione tra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali: soggetti, oggetto e modalità della contestazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 67 ss.

Sull'ampio dibattito in merito alla inclusione dei fatti secondari nell'oggetto della contestazione, cfr. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 12 ss.; PACINI, *L'onere di contestazione dei fatti avversi, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 238 s.

Non contestazione e *facta confessio*

Circa la non contestazione e la *facta confessio* nel rito societario, v. E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 223 s., che, richiamando il modello tedesco della *Versäumnis*, ritiene desumibili *factae confessiones* dall'inerzia delle parti rispetto all'onere di prendere posizione sulle allegazioni avversarie. La norma speciale era stata giudicata opportuna da A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario. Note a prima lettura*, in *Foro it.*, 2003, V, 11, sia pure con riguardo esclusivo ai processi su diritti disponibili. Per il nesso tra quella norma e il principio di non contestazione, riferito a un dovere di correttezza nel contegno processuale, G. VERDE, *Rito societario e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 843 ss.

Non contestazione e c.d. patteggiamento

Sul riflesso nel processo civile, sotto il profilo del principio di non contestazione, del c.d. patteggiamento della pena, per le diverse soluzioni praticate dalla giurisprudenza (mero argomento di prova, contegno propriamente confessorio), A. CARRATTA, *Sentenza di patteggiamento, accertamento semplificato dei fatti e riflessi sul giudizio civile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 439 ss.

Notoria non agenti probazione

6.2. Per il fondamento dell'istituto della notorietà, ravvisato nell' inutilità della prova e nel conseguente risparmio di attività processuale, già W. ENDEMANN, *Die Beweislehre des Zivilprozesses*, Heidelberg, 1860, rist. Aalen, 1973, 73. La sua importanza si coglie proprio alla luce degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che richiedevano la prova dei fatti notori: in argomento, P. CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 273 ss.

Sovente la giurisprudenza qualifica il fatto notorio come mezzo di prova, mentre esso definisce — al contrario — una fattispecie di inutilità della prova: S. PATTI, *La prova del danno da svalutazione monetaria tra « fatto notorio » e « presunzioni »*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 390 s., nota a *Cass.*, 26 ottobre 2000, n. 14089.

Fatti notori e massime d'esperienza

Sulla natura di *regola* della massima d'esperienza, e sulla sua diversità dai fatti notori, insiste F. CARNELUTTI, *Massime di esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 639 s.

Secondo G.-R. PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova, 1935, 29 s., « se per i fatti notori non *egest probazione*, a maggior ragione il giudice può avvalersi della sua conoscenza delle massime di esperienza, che, al contrario dei primi, consistendo in norme generali esensibili a casi analoghi, possono più facilmente essere conosciute e sono senza dubbio più facilmente controllabili ».

Anzi, per E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1936, 317 ss., il dovere del giudice sussisterebbe soltanto per le massime d'esperienza e non per i fatti notori, la conoscenza dei quali — data la diversa natura degli eventi, tali da non consentire di pervenire alla conoscenza mediante passaggi logici — non sarebbe necessaria per una corretta applicazione delle norme giuridiche.

Circa il legame tra trasmissione della notizia e notorietà del fatto, G.A. MICHELLI, *Sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, 286 ss.

Le diverse tesi sulla « scienza ufficiale » del giudice riguardo a determinati fatti, equivalente in un certo senso alla massima *tura notit curia*, sono analizzate criticamente da L. MONTESANO, *Osservazioni sui « fatti notori »*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 224 ss.

Per il dovere del giudice di servirsi del notorio, G. DE STEFANO, *Fatto notorio (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 1011.

Il potere-dovere del giudice di utilizzare il fatto notorio senza una formale attività istruttoria implica il rischio di una decisione che sorprenda le difese, sicché occorre che egli provochi sempre il contraddittorio sui requisiti di notorietà: L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di « terza via »*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 940.

Sul significato storico-sistemico della disposizione che esonera il fatto notorio dalla prova, nel senso dell'attenuazione del principio dispositivo puro, da ultimo C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 27ª ed., Torino, 2019, 111 s.

6.3. Scienza privata è l'insieme di « percezioni » che il giudice « abbia ottenuto fuori dal processo »: F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2ª ed., Roma, 1947, 30 (il volume è stato ristampato, Milano, 1992 con prefazione di V. Denti). Sul tema, K.W. NORR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit. Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967, 7 ss.; L. MONTESANO, *Le prove disponibili*

Diffusione della notizia, notorietà del fatto

Fatti notori e scienza ufficiale

Fatti notori e garanzie processuali

Fatti notori e principio dispositivo

Scienza privata

d'ufficio e l'imparzialità del giudice, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 196 ss.; B. CAVALLONE, *Il driveto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 861 ss.

Per la ratio del divieto di utilizzo, J. CHEVALER, *Remarques sur l'utlisation par le juge de ses informations personnelles*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, 5 ss.

In alcuni contributi, il tema della scienza « privata » e della scienza « ufficiale » del giudice interseca la questione — sempre più avvertita nelle società tecnologicamente avanzate — della prova c.d. scientifica, la cui specificità deriva dal fatto che essa si avvale di conoscenze inaccessibili al giudice come uomo comune. Può vedersi, ad esempio, L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1083 ss., il quale colloca fatti notori e massime di esperienza nella scienza « ufficiale » del giudice, liberamente utilizzabile perché « comune » alla collettività che si ritrova nel processo, mentre individua la prova c.d. scientifica laddove il giudice si rivolga a conoscenze trascendenti le regole comuni dell'esperienza ed il patrimonio culturale dell'uomo medio. Nel senso che la caratteristica della prova scientifica sia quella di escludere l'impiego delle massime di esperienza, anche G.F. RUCCI, *Nuovi rilievi sul problema della « specificità » della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1155 ss., che illustra benefici (maggiore oggettività di giudizio) e limiti (minore controllo critico) di tale proprietà. Per un'analisi critica del concetto di « senso comune », tradizionale fondamento delle nozioni di massima d'esperienza e di fatto notorio, M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, *ivi*, 2001, 665 ss.

Sulla distinzione tra notorio in senso proprio, cui soltanto si riferirebbe l'art. 115 c.p.c., e notorio giudiziale, quest'ultimo privo delle garanzie assicurate dalla conoscenza collettiva. De STEFANO, *Fatto notorio (diritto privato)*, cit., 1013. Per l'utilizzabilità del notorio giudiziale soltanto in via di eccezione, ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 282.

Una rivalutazione del notorio giudiziale è proposta da L. DITTRICH, *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, I, Milano, 2005, 819 ss., il quale, constatando l'ampiezza della c.d. *Gerichtskundigkeit* che la prassi tedesca legittima ex § 291 ZPO, reputa estesi gli spazi di rilevanza dell'istituto nell'ordinamento italiano; si richiede, peraltro, che il notorio giudiziale trovi riscontro in documenti rimasti nella disponibilità dell'organizzazione giudiziaria, sì da poter sempre costituire oggetto del contraddittorio di parte, segnalandosi in tal modo un'affinità con l'antico *notorium facti permanentis* (sul fatto c.d. permanente, *supra*, § 1). Di recente, in termini generali e comparatistici, v. A. PANZAROLA, *Il notorio, la judicial notice e i « concetti » di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, I, 610 ss.

7. Per la potenziale autosufficienza degli argomenti di prova, MICHELLI, *L'onere della prova*, cit., 150 ss.; P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 46 s.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alle teorie della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, I, 92, nota 27, il quale considera « senz'altro infondata » la tesi che vede negli argomenti probatori delle prove « ausiliarie » o « incomplete ». Sul problema, v. anche, M. SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1161 ss.

Secondo VERDE, *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 601 s., l'art. 116 c.p.c. esprime chiaramente il carattere sussidiario degli argomenti di prova e una diversa prospettiva potrebbe essere presa in considerazione soltanto *de iure condendo*; S. SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 469 ss., rivolge una particolare critica all'« incerto » istituto dell'interrogatorio libero (art. 117 c.p.c., richiamato dall'art. 116, comma 2, c.p.c.) e afferma che in nessun caso per suo tramite è possibile « raggirare e superare l'onere della prova »; per G.F. RUCCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 1036 ss., il ruolo meramente sussidiario degli argomenti di prova riflette la fragilità dell'inferenza basata sulla condotta processuale della parte, la cui natura probabilistica distingue gli argomenti di prova dalle autentiche massime d'esperienza, queste ultime costruite su proposizioni di valore costante. La tesi che consente di fondare la decisione sugli argomenti di prova desumibili dal contegno processuale della parte è censurata anche da A. CARATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 57 ss., il quale reputa scorretto inferire da quel contegno elementi di giudizio sulla veridicità delle allegazioni in fatto.

Deve essere segnalato l'indirizzo intermedio — per il quale, TARUFFO, *Prova (in generale)*, cit., 22 — che reputa impraticabile una definizione generale dell'efficacia dell'argomento di prova, posto che in certi casi l'inferenza tratta dal giudice concerne soltanto l'attendibilità di un'altra prova (serve, per esempio, a valutare la credibilità di una testimonianza), in altri casi investe direttamente il fatto principale (come talora accade, ad esempio, per le dichiarazioni nell'interrogatorio libero), potendo in queste ultime ipotesi essere dotata di un livello di persuasività sufficiente a sorreggere la decisione conclusiva.

Occorre rammentare la tesi secondo cui gli argomenti di prova possono risultare idonei alla decisione della *quæstio facti*, ma, per quanto persuasivi essi appaiano, giammai potrebbero « consumare » il diritto alla prova della parte a cui sfavore si orientano e legittimare quindi un provvedimento di chiusura dell'istruttoria: S. CHIARONI,

L'argomento di prova: tesi dell'autosufficienza

L'argomento di prova: tesi della sussidiarietà

L'argomento di prova: tesi intermedia

Argomento e controprova

Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1986, 843 ss.; mentre, G. VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, ivi, 1992, 725, segnala che nella prassi la valutazione del comportamento processuale (come anche del fatto notorio) può implicare inversioni autoritarie dell'onere della prova.

Argomento di prova e presunzione semplice

In ordine al rapporto tra argomento di prova e presunzione semplice, si ricorda l'opinione di A. PIRAS, *Brevi note sulla posizione del giudice nell'istruzione*, in Jus, 1956, 505 ss., il quale ritiene che l'utilizzazione del comportamento della parte, come fonte di prova, soggiace in ogni caso ai limiti di cui all'art. 2729 c.c., fissati in generale per la prova critica. L'assimilazione degli argomenti di prova alle presunzioni semplici è teorizzata da G. RUFFINI, « *Argomenti di prova e fondamento della decisione del giudice civile* », in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2004, 1329 ss., secondo il quale l'autentico significato dell'art. 116, comma 2, c.p.c. risiede nell'introduzione di una deroga — per i contegni processuali gravi, precisi e concordanti — al generale divieto di *presumere de praesumptio*. Sulla questione, v. *infra*, capitolo XVI.

Prova illecita

Sul tema della illiceità della prova acquisita, v. L. PASSANANTE, *Prova illecita (diritto processuale civile)*, in Enc. dir., Annali, Milano, 2017, X, 681. La problematica è molto trattata dalla dottrina tedesca, v. K. KIETHE, *Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*, in MDR, 2005, 965 ss.; M. BRINKMANN, *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess aus der Perspektive des Schadensrechts*, in ACP, 2006, 746 ss.; S. BALTHASAR, *Beweisverwertungsvorhol im Zivilprozess*, in Jus, 2008, 35 ss.; C.H. MÜLLER, *Beweisvorhol und Sachvertragsvorhol*, Tübingen, 2019.

Giurisprudenza.

Fatto principale e secondario

1. Le categorie del fatto principale e del fatto secondario sono utilizzate con frequenza dai giudici di legittimità nelle decisioni che fanno ricorso alle presunzioni semplici. Per quanto qui interessa, e rammentandosi il tentativo di sottrarre parzialmente i fatti secondari al principio di non contestazione (*supra*, § 6.1), si constata la persistenza della massima secondo cui l'acquisizione del fatto secondario viene conseguita dal giudice, oltre che mediante fonti materiali di prova, anche tramite il notorio ovvero — appunto — a seguito di non contestazione: Cass., 6 agosto 2003, n. 11906, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Presunzione*, n. 3.

2. Rilevanza della prova è l'utilità che essa riveste per il caso da decidere, qualità che non ricorre sia ove il mezzo di prova tenda a dimostrare circostanze pacifiche o fatti non contestati, sia quando in atti sussistano elementi sufficienti ad attestare i fatti di cui si vuole fornire la prova: in tal senso, Cass., 31 maggio 2005, n. 11580, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Procedimento civile davanti al giudice di pace*, n. 117, che colloca il principio di rilevanza della prova tra i principi informativi della materia, presidiati dalla Corte anche al cospetto dei giudizi di equità.

Secondo Cass., 10 settembre 1999, n. 9640, in *Ginst. civ.*, 2000, I, 3277 ss., la rilevanza concerne il nesso tra i fatti da provare e la fondatezza della domanda o dell'eccezione, sicché il probabile esito negativo del mezzo per l'inverosimiglianza dei fatti allegati o per la ritenuta indoneità alla dimostrazione precisa dei fatti medesimi non costituisce motivazione adeguata per negargli ingresso (si trattava di testimonianza sul contenuto di una cassetta di sicurezza, ricusata dal giudice di merito con l'argomento che « ben difficilmente » il teste avrebbe potuto riferire in merito al deposito riservato).

Il giudice può non ammettere l'interrogatorio formale, diretto a provocare la confessione della parte alla quale è deferito, ove ritenga che l'esistenza dei fatti oggetto d'interrogatorio sia negata dalle prove raccolte (Cass., 14 febbraio 2006, n. 3188, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Interrogatorio civile*, n. 3); non può escluderlo, viceversa, per una valutazione prognostica circa l'improbabilità che la parte renda in sede di interrogatorio dichiarazioni difformi dai propri scritti difensivi (Cass., 16 novembre 2006, n. 24370, *ivi*, 2006, cit., n. 2). In definitiva, si nega ingresso all'interrogatorio formale « dilatorio » e « defatigatorio » (locauzione che accumuna le decisioni appena citate, la seconda delle quali ha confermato il rifiuto del mezzo di prova, sia pure correggendone la motivazione).

3. La regola posta dall'art. 2697 c.c. grava l'attore dell'onere di provare i soli fatti che determinano il sorgere del diritto vantato, mentre la prova delle c.d. condizioni negative, ossia delle circostanze idonee ad impedire la nascita o il perdurare di tale diritto, fa carico al soggetto passivo della pretesa: Cass., 23 giugno 1997, n. 5576, in *Rep. Foro it.*, 1997, *Prova civile in genere*, n. 8.

Il convenuto che si limiti alla mera contestazione del fatto costitutivo della domanda non si assume alcun onere probatorio, che resta imputato a carico dell'attore, il quale è tenuto a dimostrare il fatto costitutivo della domanda in tutta la sua estensione: così, per l'assicu-

Il principio di rilevanza della prova come principio generale dell'ordinamento

Rilevanza probatoria e probiosi di risultato

L'interrogatorio formale « dilatorio » e « defatigatorio »

Condizioni negative

Mera difesa

ratore convenuto che si limiti a negare la copertura assicurativa, Cass., 20 marzo 2006, n. 6108, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Assicurazione (contratto)*, n. 169.

Negativa non sunt probanda

È ormai raro che il brocardo *negativa non sunt probanda* trovi citadinanza nella giurisprudenza di legittimità. Deve segnalarsi, tuttavia, Cass., 15 marzo 2006, n. 5684, in *Vita not.*, 2006, 796 ss., la quale, per gravare il debitore dell'onere di provare ai fini dell'art. 170 c.c. la consapevolezza del creditore circa l'estraneità del debito ai bisogni della famiglia, afferma senz'altro che « i fatti negativi (in questo caso, l'ignoranza) non possono formare oggetto di prova ».

Prova negativa e presunzioni semplici

In passato la giurisprudenza ha disconosciuto la categoria della proposizione negativa determinata, ritenendo che la prova del fatto negativo potesse essere raggiunta soltanto a mezzo di presunzioni (Cass., 20 maggio 1993, n. 5744, in *NGCC*, 1994, I, 163 ss.); si ribadì allora che dove il fatto negativo comporti un'antitesi immediata sotto forma di una proposizione positiva contraria non è affatto necessario il ricorso al ragionamento presuntivo e che questo è indispensabile per la sola proposizione negativa indefinita, cui corrisponde un numero indefinito di proposizioni affermative (S. PATRÌ, *L'onere della prova nel caso di allegazione di fatti negativi*, *ivi*, I, 167).

Costituisce massima consolidata quella secondo cui l'onere che incombe su chi agisce o resiste in giudizio non soffre deroga al cospetto del fatto negativo, potendo la relativa prova essere offerta mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario o anche mediante presunzioni dalle quali il fatto negativo sia desumibile: Cass., 17 luglio 2019, n. 19171, in *Rep. Foro it.*, 2019, *Prova civile in genere*, n. 15; Cass., 6 giugno 2012, n. 9099, *ivi*, 2012, cit., n. 19; Cass., 9 giugno 2008, n. 15162, *ivi*, 2008, cit., nn. 8 e 14; Cass., 11 gennaio 2007, n. 384, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1359 ss.; Cass., 13 dicembre 2004, n. 23229, in *Foro it.*, 2006, I, 3122 ss.; Cass., 10 novembre 2005, n. 21831, in *Giur. it.*, 2006, 747 s.

Lo schema logico della proposizione negativa *praeternans* è riconosciuto, ad esempio, per i requisiti della prelazione agraria che la legge descrive in termini negativi: mancata vendita di altri fondi rustici nel biennio precedente da parte del coltivatore diretto (art. 8 l. 26 maggio 1965, n. 590); assenza di insediamento a coltivazione diretta sul fondo in prelazione del proprietario confinante (art. 7 l. 14 agosto 1971, n. 817). Si afferma che la prova involge un fatto costitutivo del diritto di prelazione e compete quindi al retraente, senza che rilevi la natura negativa del fatto, questa comportando (non l'inversione dell'onere, ma solo) che la prova debba essere fornita mediante quella dei fatti

positivi contrari: per la prima fattispecie, Cass., 25 maggio 2000, n. 6878, in *Rep. Foro it.*, 2000, *Agricoltura*, n. 125; per la seconda, Cass., 1° aprile 2003, n. 4909, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2387 ss.

Talora, la parte onerata della prova di un fatto negativo è stata soccorsa dal principio di non contestazione (*supra*, § 6.1), perché l'onere « diventa attuale e concreto solo in quanto all'affermazione positiva di quel fatto faccia seguito una posizione della controparte di diniego dello stesso fatto, sia pure sul piano generico e meramente assertivo »: Cass., 28 maggio 2003, n. 8501, in *Vita not.*, 2003, 1413 ss.

La decisione plenaria ricordata nel testo (Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, anche in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss.) è contestata, nella sua parte più innovativa inerente la prova dell'inesatto adempimento, da chi reputa che la dimostrazione di esattezza abbia sovente per il debitore un oggetto negativo indefinito, coincidente con l'assenza di errori (G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 726 ss.). La giurisprudenza di legittimità, peraltro, si è uniformata al nuovo indirizzo, gravando sempre il prestatore d'opera professionale della prova circa l'assenza di colpa: Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1601 ss.; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Corr. giur.*, 2005, 33 ss.; Cass., 29 settembre 2005, n. 19145, in *Foro it.*, 2006, I, 2136 ss.; Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, *ivi*, 2007, I, 71 ss. Ma v. *infra* cap. IV, sez. II, § 1.

Per una corretta delimitazione dell'oggetto di prova liberatoria ex art. 2048, comma 3, c.c., Cass., 28 marzo 2001, n. 4481, in *Famiglia*, 2001, 1171 ss. con nota di S. Patrì.

Chi agisce in ripetizione dell'indebito oggettivo è tenuto a provare, quali fatti costitutivi della sua pretesa, l'avvenuto pagamento e la mancanza di una causa che lo giustifichi, il fatto negativo potendo essere dimostrato attraverso la prova di un fatto positivo contrario ovvero mediante presunzioni: Cass., 13 novembre 2003, n. 17146, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Obbligazioni in genere*, n. 63; l'onere dell'attore ex art. 2033 c.c. di provare l'inesistenza della *causa debendi* è confermato da Cass., 17 marzo 2006, n. 5896, *ivi*, 2006, *Indebito*, n. 3.

4. Cass., 5 giugno 1951, n. 1545, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, 414 ss. con nota adesiva di G.A. Micheli, il quale afferma che nelle azioni di accertamento negativo incombe sull'attore l'onere di provare l'inesistenza degli elementi costitutivi della fattispecie dedotta, e che tale principio si applica anche in tema di accertamento negativo della provenienza di scrittura privata e di testamento olografo: Cass., 27 aprile 1982, n. 2621, in *Rep. Foro it.*, 1982, *Proprietà (azioni difesa)*, n. 4

Fattispecie di negativa praeternans nel ricorso agrario

Fatto negativo e non contestazione

L'inesatto adempimento dell'obbligazione

Prova liberatoria ex art. 2048 c.c.

Prova negativa di *causa debendi* ex art. 2033 c.c.

stabilisce che nell'azione *negatoria servitutis* ed in quella di accertamento della proprietà, esercitate da chi abbia il possesso del bene, non occorre la prova rigorosa richiesta in caso di azione di rivendica o di mero accertamento della proprietà esercitate da chi non è in possesso del bene, poiché tali azioni tendono non alla modificazione di uno stato di fatto ma soltanto, rispettivamente, all'accertamento negativo dei fatti vantati da terzi ed alla eliminazione di uno stato di incertezza circa la legittimità del potere di fatto sulla cosa di cui l'attore è già investito.

5. Secondo Cass., 5 luglio 1999, n. 6933, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Procedimento civile*, n. 176, il principio *iura novit curia*, laddove eleva a dovere del giudice la ricerca del « diritto », si riferisce alle vere e proprie fonti di diritto oggettivo, cioè a quei precetti contrassegnati dal duplice connotato della normatività e della giuridicità, dovendosi escludere dal suo ambito sia i precetti aventi carattere normativo ma non giuridico (come le regole della morale o del costume), sia quelli aventi carattere giuridico ma non normativo (come gli atti di autonomia privata o gli atti amministrativi), sia quelli aventi forza normativa puramente interna (come gli statuti degli enti e i regolamenti interni).

Si discosta da tali premesse Cass., 21 novembre 2000, n. 15014, in *Rep. Foro it.*, 2000, *Consuetudine e uso*, n. 5, secondo la quale il giudice ha l'obbligo di applicare gli usi normativi — che sono norme giuridiche ex art. 1, n. 4, disp. prel. c.c. — soltanto se ne ha conoscenza, non essendo tenuto a compiere indagini officiose sull'esistenza della consuetudine per sopperire all'inerzia delle parti. Cfr. altresì Cass., 1° marzo 2007, n. 4853, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., 31 luglio 2012, n. 13656, in *Giur. it.*, 2013, 1811; Trib. Cosenza, 14 maggio 2020.

Non recenti le decisioni che concernono la prova del diritto antico. Può rammentarsi Cass., 23 febbraio 1978, n. 903, in *Rep. Foro it.*, 1978, *Procedimento civile*, n. 115, secondo la quale incombe alla parte l'onere di provare l'esistenza di norme risalenti al periodo anteriore all'unificazione nazionale; Cass., 12 novembre 1999, n. 12538, in *Foro it.*, 2000, I, 111.

L'antico principio secondo il quale chi invoca a proprio favore la legge straniera, deducendone la diversità da quella italiana, ha l'onere di fornire la relativa prova sopravvive alla riforma del nostro sistema di diritto internazionale privato. Invero, è minoritario l'indirizzo espresso da Cass., 17 novembre 2003, n. 17388, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Procedimento civile*, n. 173, per il quale anche nei giudizi iniziati anteriormente alla novella la norma di diritto straniero non può essere equiparata ad uno dei fatti della controversia, sicché la relativa conoscenza deve essere acquisita dal giudice. Alla luce della disposizione transitoria ex art. 72 l. 31 maggio 1995, n. 218, prevale l'orientamento che assoggetta

tali giudizi al principio tradizionale: Cass., 29 marzo 2006, n. 7250, *ivi*, 2006, *Diritto internazionale privato*, n. 21; Cass., 19 ottobre 2006, n. 22406, *ivi*, 2006, *Procedimento civile*, n. 166.

Peraltro, una massima risalente vuole che la norma estera si pre-senti come mero fatto, soggetto (non al principio *iura novit curia*, bensì) alla regola sull'onere della prova, qualora sia allegata dallo straniero per far emergere la condizione di reciprocità ex art. 16 preleggi: Cass., 15 giugno 2000, n. 8171, in *Foro it.*, 2000, I, 3525 ss.

Ma v. Cass., 26 febbraio 2002, n. 2791, in *Giur. it.*, 2003, 479 con nota di A. Di Muro, secondo cui può ritenersi prova idonea di una legge straniera anche la sua semplice traduzione in lingua italiana, se di affidabile provenienza (Ambasciata).

6.1. Nel senso che la non contestazione abbia valore vincolante per i soli fatti principali e valore puramente argomentativo per quelli secondari, Cass., S. U., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019 ss. (per l'acquisizione del fatto secondario mediante non contestazione, tuttavia, Cass., 17 aprile 2002, n. 5526, *ivi*, 2002, I, 2017 ss. con nota di C.M. Cea). Cfr. altresì, Cass., 30 ottobre 2009, n. 23057; Cass., 15 dicembre 2010, n. 25341 e Cass., 27 gennaio 2011, n. 1943, *ivi*, 2012, I, 1, 1570 con nota di C.M. Cea; Cass., 6 agosto 2019, n. 20998, in *Rep. Foro it.*, 2019, *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 68.

Sul rapporto tra contestazione e ammissione, v. Cass., 5 febbraio 2003, n. 1672; e Cass., 16 gennaio 2003, n. 559, in *Foro it.*, 2003, I, 2106 con nota di C.M. Cea.

Qualche arresto negava che la parte avesse l'onere di specifica contestazione delle allegazioni avversarie ed escludeva, di conseguenza, che la sola mancata contestazione avesse effetto di prova (Cass., 16 giugno 2006, n. 13958, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Prova civile in genere*, n. 18), esigendo allora, perché il fatto fosse « pacifico » e non necessitasse di prova, che la parte contro-interessata ne ammettesse esplicitamente la verità, o adottasse argomenti difensivi logicamente incompatibili con la sua negazione, o si limitasse a contestarne soltanto alcuni profili sì da manifestare il proprio disinteresse all'accertamento degli altri (Cass., 28 ottobre 2004, n. 20916, in *Foro it.*, 2005, I, 727 ss.). Secondo Cass., 8 giugno 2004, n. 10815, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2442 ss., l'insussistenza dell'onere di contestazione sarebbe parso evidente « in particolare » per un rito deconcentrato, come quello anteriore alla novella (l. 26 novembre 1990, n. 353) che ha introdotto nella cognizione ordinaria un rigido sistema di preclusioni.

Diverso indirizzo affermava l'esistenza di un onere generale di tempestiva contestazione, ponendone il fondamento sul dovere di lealtà che impegna ciascuna parte a collaborare nel circoscrivere la materia controversa e sul principio di economia processuale riletto alla

Non contesta-
zione e natura
del fatto

Onere di conte-
stazione: tesi
negativa

Onere di conte-
stazione: tesi
affermativa

luce del novellato art. 111 Cost.: Cass., 13 giugno 2005, n. 12636, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Prova civile in genere*, n. 12; App. Milano, 18 marzo 2006, in *Giur. it.*, 2006, 1867 ss.

Sull'onere di contestazione (rispetto alla documentazione prodotta) nei giudizi di separazione e divorzio, v. Trib. Milano, 1° luglio 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 692 ss. con nota di F. Tagliatarela.

6.2. La notorietà ex art. 115, comma 2, c.p.c., per la deroga che introduce al principio dispositivo e al principio del contraddittorio, va intesa in senso rigoroso, e cioè come acquisizione del fatto nella comune conoscenza con grado di certezza tale da farlo apparire incontestabile, perché appartenente alla cultura media della collettività o perché di tanto ampia ed immediata ripercussione che la collettività ne abbia avuta comune esperienza: Cass., 15 aprile 2002, n. 5417, in *Giur. it.*, 2003, 469 con nota di F. Angioni; Cass., 25 novembre 2005, n. 24959, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Prova civile in genere*, n. 31. Il rigore nella dichiarazione di notorietà ha indotto a negare, per esempio, che le diffuse notizie di stampa inerenti un celebre crollo finanziario potessero integrare fatto notorio come fonte di prova delle relative responsabilità individuali: Trib. Parma, 22 giugno 2004 (ordinanza), in *Giur. it.*, 2005, 336 ss.

L'assunzione da parte del giudice di merito di un fatto notorio inesatto può essere censurata in sede di legittimità, v. Cass., 7 febbraio 2019, n. 3550, in *Giur. it.*, 2019, II, 1547 con nota di S. Alunni.

Contestabilità del fatto notorio
 Peraltro, secondo Cass., 19 gennaio 2006, n. 981, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Prova civile in genere*, n. 25, le nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza ex art. 115 c.p.c. non integrano presunzioni *iuris et de iure*, potendo quindi trovare ingresso le istanze istruttorie dirette a contrastarle.

Il fatto notorio c.d. scientifico
 Talora, il tema della sussistenza del fatto notorio si è posto con riguardo ad una comunità ristretta, piuttosto che in relazione alla collettività generale: ad esempio, per il notorio c.d. scientifico, circa l'epoca di acquisizione nella comunità degli esperti del rischio di trasmissioni virali per emotrastusione, Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Foro it.*, 2006, I, 793 ss.

Il fatto notorio c.d. locale
 La delimitazione della comunità di riferimento può concernere un'area geografica, piuttosto che un settore culturale, configurandosi allora il notorio c.d. locale: un fatto può essere qualificato come notorio qualora, seppure non faccia parte delle cognizioni dell'intera collettività, rientri — come i particolari geografici o topografici di una città —

tra le circostanze comunemente note nel luogo in cui abitano il giudice e le parti in causa (Cass., 21 dicembre 2001, n. 16165, in *Rep. Foro it.*, 2001, *Prova civile in genere*, n. 19).

Si afferma costantemente la natura « discrezionale » del potere del giudice ex art. 115, comma 2, c.p.c., desumendone che l'atto di esercizio — positivo o negativo — sarebbe incensurabile per cassazione sotto il profilo del vizio motivazionale, non avendo il giudice l'obbligo di dare conto degli elementi sui quali si fonda la propria determinazione, mentre censurabile in sede di legittimità sarebbe soltanto l'utilizzo di una nozione giuridicamente inesatta di notorio: Cass., 19 agosto 2003, n. 12112, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1015 ss.; Cass., 14 luglio 2004, n. 13073, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Prova civile in genere*, n. 38; Cass., 29 aprile 2005, n. 9001, *ivi*, 2005, cit., n. 37; Cass., 28 settembre 2010, n. 20346, in *Ann. e propr.*, 2010, 728.

Se l'asserzione del giudice di merito circa l'esistenza di un fatto notorio può essere censurata in sede di legittimità con il ricorso per violazione di legge allorché quando sia stata posta a base della decisione in forza di una nozione giuridicamente inesatta di notorio, la non veridicità del preteso fatto notorio può formare oggetto soltanto dell'istanza di revocazione ex art. 395, n. 4, c.p.c., ove ne ricorrano gli estremi: Cass., 17 settembre 2005, n. 18446, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Prova civile in genere*, n. 28.

6.3. La scienza privata del giudice, mancando del carattere dell'universalità, non rientra nella categoria del notorio, neppure quando derivi al giudice dalla pregressa trattazione di analoghe controversie: Cass., 8 agosto 2002, n. 11946, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Prova civile in genere*, n. 36; Cass., 7 marzo 2005, n. 4862, *ivi*, 2005, cit., n. 34.

7. La massima consolidata vuole che gli argomenti di prova desumibili dal comportamento processuale delle parti possano — oltre che orientare la valutazione del restante materiale probatorio, anche — costituire unica e sufficiente fonte di convincimento: Cass., 16 luglio 2002, n. 10268, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Prova civile in genere*, n. 38; Cass., 8 febbraio 2006, n. 2815, *ivi*, 2006, cit., n. 30.

Un riflesso dell'opposta concezione — dell'argomento di prova come *probatio inferior* — può scorgersi laddove si afferma che l'art. 116 c.p.c. conferisce al giudice di merito un potere discrezionale di trarre argomenti di prova dal comportamento processuale delle parti, sicché il mancato esercizio di tale potere non è censurabile in sede di legittimità, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione, allorché il giudice abbia deciso di non utilizzare l'argomento sussidiario, avendo

Fatto notorio e discrezionalità

L'errore sul notorio: *questio iuris e facti*

Scienza privata e notorio giudiziale

L'argomento di prova: autosufficienza dimostrativa

L'argomento di prova: discrezionalità giudiziale

già acquisito i necessari elementi di prova in base alle risultanze dell'istruttoria: in tal senso, Cass., 10 agosto 2006, n. 18128, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Prova civile in genere*, n. 29.

Contegno processuale e prova scientifica

L'argomento di prova acquisita uno speciale valore dimostrativo laddove il comportamento della parte ostacoli l'acquisizione di una prova c.d. scientifica: così, nella dichiarazione giudiziale di paternità naturale, attesa l'ovvia carenza di prove oggettive del fatto procreativo, il giudice può desumere argomenti di prova *ex art.* 116, comma 2, c.p.c. dal rifiuto ingiustificato del preteso padre di sottoporsi ad indagini biologiche, « potendo persino trarre la dimostrazione della fondatezza della domanda esclusivamente dalla condotta processuale di quest'ultimo, globalmente considerata e posta in opportuna correlazione con le dichiarazioni della madre »: da ultimo, Cass., 22 agosto 2006, n. 18924, in *Fam. e dir.*, 2007, 240 ss.

Argomento di prova e contumacia

Nella giurisprudenza di legittimità si trova anche affermato che il giudice civile può desumere argomenti di prova dalla contumacia, quale contegno processuale del convenuto (*supra*, § 6.1): in tal senso, sia pure per negare che il principio operi anche nel processo tributario, Cass., 24 novembre 2006, n. 24992, in *Mass. Giur. it.*, 2007, 468.

In tema di prova illecita, il materiale probatorio sottratto in maniera fraudolenta alla controparte che ne era in possesso non può essere utilizzato nel processo civile, v. Cass., 8 novembre 2016, n. 22677, in *Foro it.*, 2017, I, 1691 con nota di N. Minafra. V. anche la recente Cass., 5 maggio 2020, n. 8459, in *Foro it.*, 2021, I, 244 con note di N. Minafra e L. Passanante.

In senso difforme, v. Trib. Roma, 20 gennaio 2017, in *Fam. e dir.*, 2018, 41 con nota L. Durello, secondo cui, nel silenzio della legge, nel processo civile non è applicabile la sanzione della nullità alle prove acquisite al di fuori del processo con modalità ritenute non lecite, al contrario di quanto previsto nel processo penale dall'art. 191 c.p.p. Il giudice è chiamato a compiere un bilanciamento tra i diritti e gli interessi che si contrappongono nel caso concreto al fine di scegliere la soluzione migliore nell'esclusivo interesse del minore.

CAPITOLO II LA DISPONIBILITÀ DELLE PROVE

1. La « costruzione » del fatto. — 2. L'incerto fondamento normativo del principio dispositivo nel codice di procedura civile e nella *Zivilprozessordnung*. — 3. Disponibilità delle prove e scopo del processo civile. — 4. Disponibilità delle prove e poteri del giudice. — 5. Disponibilità delle prove e fatti non specificamente contestati. — 6. Fatti non contestati, ammissione e valutazione delle prove.

1. La « costruzione » del fatto.

Nella formazione del giurista italiano all'accertamento del fatto non si attribuisce una particolare importanza nonostante il codice civile dedichi ben 43 articoli alla materia delle prove (2697-2739), oltre a quelli dettati per le singole materie.

Eppure, la ricostruzione del fatto è necessaria per il raggiungimento della verità da parte del giudice e, in particolare, della c.d. « verità processuale ». Il giudice, nella realtà del processo, non aspira all'accertamento della verità « assoluta » e non ha gli strumenti per farlo o addirittura in alcuni casi sono le norme del codice di procedura civile che impediscono la ricerca della verità, cosicché bisogna accontentarsi di un « accertamento » del fatto da porre a base della decisione.

È importante che il giudice cerchi la verità attraverso gli strumenti offerti dalle parti, le quali, in base al principio di disponibilità delle prove, forniscono le informazioni necessarie per il processo e descrivono i fatti sui quali il giudice sarà libero di fondare il proprio convincimento. In particolare, secondo il menzionato principio, le parti decidono quali

prove mettere a disposizione del giudice. Di conseguenza, quest'ultimo forma il proprio convincimento su ciò che dalle parti viene prima allegato e poi provato.

La scarsa rilevanza spesso attribuita alla « costruzione » del fatto nasce dalla circostanza che quest'ultimo viene presentato come un dato « certo », o comunque come un dato che può essere più o meno rapidamente costruito, per poi raggiungere la decisione operando secondo il noto procedimento della sussunzione: si formula un giudizio sulle circostanze di fatto « accertate » che vengono ricondotte a una norma in relazione alla loro conformità alla fattispecie astratta. Pertanto, il momento centrale ai fini della decisione viene individuato nella fase dell'inquadramento giuridico del caso.

Tuttavia, nonostante l'esperienza pratica abbia dimostrato che l'accertamento del fatto costituisce spesso il problema più complesso e che la decisione « giusta » dipende da un corretto accertamento del fatto, e non soltanto dall'applicazione della norma, anche la dottrina meno recente ha rivolto scarsa attenzione al problema. Un esempio è offerto dal noto saggio di Noberto Bobbio intitolato "Sul ragionamento dei giuristi" che, sebbene presentato ad un convegno in materia di prove, non affronta approfonditamente il problema del « ragionamento sul fatto ».

Viceversa, pagine importanti si trovano nel libro sul metodo di Karl Larenz, in parte tradotto in italiano, dove all'accertamento del fatto è dedicato un intero capitolo.

Parimenti, al problema ha destinato il suo impegno un allievo di Larenz, Joachim Hruschka, il quale avendo dedicato i suoi studi maggiormente al diritto penale e alla filosofia del diritto, ha studiato soprattutto la questione dell'accertamento del fatto nel processo penale. In particolare, Hruschka utilizza il termine *Konstitution* — come si legge nel titolo del suo saggio "*Die Konstitution des Rechtsfalles*" — che, invece, non viene adoperato da Larenz, il quale viceversa parla di *Sachverhaltsbildung* (« costruzione della fattispecie »). In tal senso, riteniamo da preferire quest'ultimo termine poiché il

La costruzione
della fattispecie

giudice analizzando il fatto costruisce la fattispecie. La fattispecie, infatti, non è un dato che si presenta come esistente, con caratteristiche ben definite e incontrovertibili, ma un dato che viene costruito dal giudice.

Infine, si sofferma sul tema della « costruzione del fatto » anche Karl Engisch, mettendo in luce le differenze tra l'indagine dello storico, libera nella ricerca e nell'utilizzazione delle fonti, o meglio guidata soltanto dalle direttive della scienza, e quella del giudice regolata (e limitata) da norme giuridiche.

Ad ogni modo, il punto di partenza della decisione del giudice è il seguente: non è corretto parlare di una netta separazione tra individuazione della norma e costruzione del « caso giuridico », poiché il giudice una volta che, ad esempio dopo una prima lettura dell'atto di citazione, consegue una conoscenza « grezza » (secondo la terminologia di Larenz) della fattispecie, pensa subito alla norma da applicare.

Di conseguenza, nell'accertamento del fatto, il giudice procede — in modo più o meno consapevole — immaginando la sussunzione del fatto stesso sotto la fattispecie normativa che ha individuato. Nel corso del processo, l'intuizione iniziale può subire dei mutamenti in quanto si verifica un « andirivieni » tra il fatto e la norma [J. HRUSCHKA, *La costruzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), Bologna, 2009, 261].

La ricostruzione del fatto, inoltre, dipende dall'allegazione delle parti e dalle questioni approfondite dal giudice; e il risultato a cui si perviene è spesso la conseguenza delle domande che mirano a chiarire elementi altrimenti destinati a restare in ombra, in base al racconto spontaneo del danneggiato o dei testimoni, poiché, ad esempio, il testimone pur ricordando un determinato aspetto non lo considera rilevante e quindi non ne parla. In definitiva, il giudice, selezionando le domande, richiamando l'attenzione del testimone su alcuni aspetti e raccogliendo le sue dichiarazioni su determinate vicende, contribuisce alla costruzione del fatto.

Una volta pervenuti al risultato, l'applicazione della

Individuazione
della norma e
costruzione del
caso

norma è spesso agevole perché fatto e diritto non rappresentano due corpi separati ma componenti dello stesso processo.

Sul punto, seppur in termini generali, è utile fare riferimento al concetto di precomprensione di Josef Esser, la quale si svolge in primo luogo a livello del fatto e prosegue con riguardo alla norma da applicare. La prima fase dell'attività del giurista viene infatti descritta alla stregua di una « definizione di una situazione di fatto come giuridicamente rilevante, che, cioè, assume rilievo giuridico per una determinata misura dell'ordinamento attraverso criteri dati ». E riguardo all'accertamento della « fattispecie della vita (le circostanze di fatto) », Esser ritiene che siano necessarie « pre-riflessioni » più ampie di una semplice discussione e valutazione delle suddette circostanze, poiché tale valutazione dipende dalla norma considerata « rilevante », nonché dall'« apprezzamento », del significato giuridico dei fatti, che vengono ritenuti « degni » delle conseguenze previste dalla legge se « approdano » a un determinato « accertamento » [J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983, 38 ss.].

In conclusione, frequentemente, chi applica il diritto può scegliere tra più norme che « vengono in considerazione » sulla base di un'anticipata qualificazione delle circostanze di fatto probabilmente rilevanti.

Si tratta, dunque, di verificare se in effetti, nella vita attuale degli ordinamenti, il ruolo del giudice non sia quello che gli viene attribuito in base al principio della separazione dei poteri, ma risulti ben più incisivo.

2. *L'incerto fondamento normativo del principio dispositivo nel codice di procedura civile e nella Zivilprozessordnung.*

Il tema della disponibilità delle prove è stato affrontato

dagli studiosi del processo civile soprattutto nella fase centrale del secolo scorso, essendosi moltiplicate le voci contrarie alla conservazione del principio. Negli anni settanta il principio dispositivo veniva trattato come « problema del diritto vigente », e le critiche si basavano in primo luogo sugli ostacoli da esso posti per l'evoluzione di un sistema probatorio che, nel processo moderno, deve tendere all'accertamento della verità, e a loro sostegno si indicavano le tendenze riscontrabili in altri ordinamenti favorevoli all'utilizzazione di schemi inquisitori anche nel processo civile.

La disponibilità delle prove viene in genere ricondotta al principio dispositivo che, secondo una diffusa opinione rappresenta uno dei capisaldi del processo civile. Peraltro, il fondamento normativo e l'opportunità del suddetto principio hanno determinato in passato seri dubbi, ad oggi non del tutto sopiti.

Parte della dottrina, in particolare, ha dubitato che nel nostro ordinamento possa parlarsi di un principio dispositivo in tema di prove, almeno nel senso che l'entità delle eccezioni riduce la portata della regola generale di cui all'art. 115 c.p.c., norma che, alla luce del tenore letterale del suo comma 1 — il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero — « non contiene alcun riconoscimento » del principio stesso [E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 382]. Il fatto che il giudice debba — a prescindere dalle eccezioni — tenere conto delle prove proposte dalle parti, non significa che non possa assumere prove di propria iniziativa.

Alla luce della nota modifica dell'art. 115 c.p.c., occorre chiedersi se la codificazione degli effetti della mancata contestazione rafforzata la tesi — sopra criticata — secondo cui il 1° comma dell'articolo in esame offre la base del principio dispositivo in materia di prove. Tale principio da lungo tempo, è stato inteso dalla giurisprudenza nel senso che nel processo civile i fatti allegati a fondamento della domanda o dell'eccezione devono essere provati — secondo la regola di ripartizione dell'onere di cui all'art. 2697 c.c. — soltanto se non sono

CAPITOLO III

LA REGOLA DELL'ONERE

1. Premessa. — 2. Funzioni ed ambito di applicazione dell'art. 2697 c.c. — 3. Onere della prova e principio dispositivo. — 4. Onere della prova e « onere dell'allegazione ». — 5. Onere della prova in senso soggettivo e onere della prova in senso oggettivo. — 6. Onere della prova astratto e onere della prova concreto. — 7. Onere della prova e « obbligo di chiarimento ». — 8. L'accertamento del fatto e la questione di diritto. — 9. Interpretazione e prova. Certezza del diritto e certezza della valutazione del fatto. — 10. Lacune « in fatto » e onere della prova. — 11. Accertamento giudiziale e stragiudiziale. — 12. Onere della prova e « rischio » della prova. — 13. Il diritto di fornire la prova. — 14. Il diritto alla esibizione della prova. — 15. La natura dell'art. 2697 c.c. e le ragioni di una regolamentazione dell'onere della prova nel codice civile.

1. Premessa.

La materia dell'onere della prova ha conosciuto negli ultimi anni una profonda evoluzione che, in diverse materie del diritto privato, ha modificato la ripartizione del rischio processuale, incidendo, in definitiva, sull'esito delle azioni in giudizio.

Le rilevanti possibilità di influire sul risultato del processo mediante lo « strumento » dell'onere della prova sono state messe in luce già in tempi lontani da attenta dottrina d'oltralpe, che aveva dimostrato come la ripartizione dell'onere consenta di « spostare » la responsabilità su una parte oppure sull'altra, contribuendo alla formazione della regola di diritto sostanziale [H. STOLL, *Haftungsverlagerung durch beweiserheiltliche Mittel*, in *AcP*, 176, 1976, 149 ss.], mentre nella nostra

esperienza è stato segnalato che a risultati per certi versi analoghi si perviene attraverso la « creazione » di presunzioni giurisprudenziali [G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali. Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova*, in *Foro it.*, 1971, V, 177 ss.].

In altri termini, alla ripartizione dell'onere della prova, in alcuni ambiti elaborata dalla giurisprudenza in modo creativo, consegue un *favor* per una parte del rapporto: gli orientamenti della Corte suprema in tema di responsabilità del medico costituiscono certamente uno degli esempi più significativi.

Al sapiente uso delle regole in tema di ripartizione dell'onere della prova, si è aggiunto un criterio di accertamento del fatto che riguarda il parametro necessario per considerare fornita la prova. Come è noto, esiste uno stretto rapporto tra la norma in tema di onere della prova (art. 2697 c.c.) e quella in tema di « libero convincimento » (art. 116 c.p.c.), perché se il giudice non perviene al convincimento circa la « verità » dei fatti deve decidere la controversia in base alla regola di giudizio dell'art. 2697 c.c. All'antico orientamento secondo cui, affinché si abbia il « convincimento », il giudice deve raggiungere la « certezza morale », in diversi settori (in primo luogo per quanto concerne la dimostrazione del nesso di causalità), si sono sostituiti altri parametri che fanno riferimento alla preponderanza della prova, nel senso che il fatto si considera provato quando risulta che esso è « più probabile che non ». Parametri (o *standard* di prova) che, suggeriti da ambienti giuridici diversi già negli anni ottanta del secolo scorso, sembravano estranei alla nostra tradizione giuridica e non conciliabili con la base normativa del nostro ordinamento.

Le sue suddette innovazioni presentano ovvi punti di contatto: se si abbassa il « grado » di prova, e la dimostrazione del fatto non è più legata alla « certezza » ma alla probabilità preponderante, per la parte gravata sarà più agevole soddisfare l'onere. Inoltre, l'orientamento che ritiene sufficiente una mera preponderanza di prova, determina — come si

vedrà — un nuovo problema di coordinamento con la norma in tema di giuramento suppletorio che fa riferimento a domanda o eccezioni non pienamente provate ma non del tutto sformite di prova (art. 2736, n. 2, c.c.).

Particolare rilevanza, infine, ha assunto di recente la problematica attinente ai patti sulla ripartizione dell'onere della prova, molto frequentemente contenuti perfino in condizioni generali di contratto e oggetto di una specifica previsione normativa (art. 1356 c.c.) inserita nel *Code civil* in occasione della *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* del 2016.

2. Funzioni ed ambito di applicazione dell'art. 2697 c.c.

L'art. 2697 c.c. contiene uno dei principi tradizionalmente riconosciuti come fondamentali e incontestabili in quanto espressione della ragione e del buon senso. Ciò spiega tra l'altro perché una norma analoga non si riscontri in altri ordinamenti, ove tuttavia si applica la regola in essa contenuta, come pure la mancanza di un diretto precedente normativo nel codice civile italiano del 1865, il quale si limitava a riprodurre l'art. 1315 *Code civil* relativo alla prova delle obbligazioni.

Evidente, d'altra parte, la continuità storica che la norma presenta rispetto a ben note massime del diritto romano, quali *actori incumbit probatio* ed *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, che costituiscono il punto d'arrivo della prassi re-pubblicana.

In base ad una interpretazione sistematica, che tiene conto cioè delle regole sostanziali e processuali in vario modo collegate, la disposizione dell'art. 2697 c.c. presenta una duplice funzione.

In primo luogo, essa ripartisce tra le parti l'onere di

La regola dell'onere come regola di ragione

Sua duplice funzione: ripartito dell'onere e regola di giudizio

provare i fatti che costituiscono il fondamento delle loro pretese, al fine di fornire al giudice gli elementi di decisione relativamente alla questione di fatto.

Inoltre, essa consente al giudice di emettere in ogni caso una pronuncia di accoglimento o di rigetto della domanda, pur quando, cioè, nonostante l'attività probatoria svolta dalle parti — oppure in sua mancanza —, egli sia rimasto nel dubbio circa la verità dei fatti. Fin d'ora occorre quindi mettere in rilievo il collegamento esistente tra la norma in esame e l'art. 116 c.p.c., che prevede il principio del libero convincimento, perché se il giudice non perviene al convincimento della « verità » dei fatti deve risolvere la controversia in base alla « regola di giudizio » dell'art. 2697 c.c.

Per quanto riguarda la prima funzione, la norma richiede all'attore la prova dei fatti che costituiscono il fondamento del diritto su cui si basa la sua domanda; ed al convenuto di eccepire la verità di tali fatti o la loro idoneità a costituire il fondamento del diritto vantato dall'attore, ovvero di provare la sussistenza di altri fatti, tali da modificare o estinguere il diritto dell'attore. Sotto tale profilo possono valutarsi le tesi che nell'art. 2697 c.c. vedono una « norma in bianco » o che addirittura negano il carattere di norma giuridica, in quanto il suo contenuto è dato dalle singole norme da applicare nel caso concreto in base alle affermazioni delle parti e alle prove da esse fornite.

Con riferimento alla seconda funzione, l'art. 2697 c.c. risulta collegato al principio in base al quale il giudice non può pronunciare un *non liquet*, giustificato dalla permanenza del dubbio sulla situazione di fatto. Il giudice, quindi, come avviene in altri ordinamenti, deve in ogni caso concludere il processo accogliendo o respingendo la domanda dell'attore. Sotto tale profilo l'art. 2697 c.c. presenta natura suppletiva, in quanto il giudice per evitare un *non liquet* deve applicare la regola sull'onere della prova e decidere di conseguenza la controversia.

Analizzando entrambe le funzioni, attenta dottrina ha ravvisato il « conseguimento di un fine di rilevanza generale » e una « funzione pubblicistica della regola dell'onere della prova » [M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 429].

L'art. 2697 c.c., in definitiva, pur non enunciando il secondo principio, non si limita a ripartire l'onere dello svolgimento dell'attività probatoria delle parti, ma implicitamente distribuisce il rischio del mancato convincimento del giudice.

Una norma analoga mancava — come si è detto — nel codice civile abrogato e non si riscontra in altri ordinamenti, ad esempio in quello tedesco, caratterizzati dalla presenza di alcune norme sull'onere della prova dettate con riferimento a materie determinate.

Una norma generale sull'onere della prova è presente invece, ad esempio, nel codice civile svizzero che al § 8 dispone: « Ove la legge non disponga altrimenti, chi vuole dedurre il suo diritto da una circostanza di fatto da lui asserita, deve fornirne la prova ». Una norma generale è stata altresì inserita nel nuovo codice di procedura civile francese, che all'art. 9 recita: « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

Questo semplice dato storico e comparativo conferma l'opinione secondo cui l'art. 2697 c.c. ha codificato un principio comunque desumibile, in base a regole di logica, dalla struttura del sistema, considerato nel suo aspetto sostanziale ed in quello processuale.

In mancanza di una regola specifica, si afferma infatti che una norma può essere applicata soltanto se il giudice è convinto che sussistono tutti i presupposti di fatto previsti dalla norma stessa; di conseguenza l'onere della prova deve gravare sulla parte che invoca le conseguenze, a lei favorevoli, previste dalla norma [L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*, 5^a ed., München-Berlin, 1965, 90 ss.]

Sulla base di tale principio — come oggi si desume dall'art. 2697 c.c. — i fatti vengono suddivisi in quattro categorie:

constitutivi, dei quali occorre fornire la prova affinché possa considerarsi venuto ad esistenza il diritto che si fa valere;

impeditivi, che vengono « excepti » e devono essere provati da colui che resiste alla domanda per dimostrare l'inefficiacia dei fatti costitutivi;

Il rischio probatorio

La regola dell'onere in altri ordinamenti

La c.d. semplificazione analitica della fattispecie: fatto

costitutivo, impeditivo, estintivo e modificativo

La regola di giudizio e il divieto di *non liquet*

La regola di riparto, « norma in bianco »

estintivi, dei quali deve dare la prova colui che resiste alla domanda per dimostrare che il diritto, pur essendo sorto, è venuto meno;
modificativi, dei quali deve dare la prova colui che resiste alla domanda per dimostrare che il contenuto del diritto non è più quello originario.

Secondo una incisiva espressione, la parte che esercita l'azione deve provare la « sana nascita del diritto » [W. GRUNSKY, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, in *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*, a cura di C. Glendi, S. Patti, E. Picozza, Torino, 1986, 131]; mentre la controparte sopporta l'onere per tutte le circostanze che in un momento successivo possono avere modificato, in senso per lei favorevole, la posizione di chi ha esercitato l'azione.

Rinviano alle pagine che seguono l'approfondimento delle distinzioni accennate, conviene precisare che l'art. 2697 c.c., in quanto regola generale, trova applicazione soltanto se non è prevista una regola particolare sull'onere della prova. Norme sulla ripartizione dell'onere della prova, sebbene a volte formulate come presunzioni, non sono rare nel codice civile: ad esempio, la buona fede è presunta (art. 1147); la solidarietà passiva è presunta (art. 1294), ecc.

3. *Onere della prova e principio dispositivo.*

La figura dell'onere viene tradizionalmente individuata contrapponendola a quella, più generale, del dovere. L'analisi comparativa con altre situazioni affini permette infatti di mettere in luce le caratteristiche specifiche della figura.

Ora, mentre il dovere, sia inteso come dover essere (*Seinsollen*) sia come dovere di condotta (*Tunsollen*), è caratterizzato dalla obbligatorietà di un comportamento a cui un soggetto è tenuto nell'interesse di un altro o di altri soggetti, l'onere è caratterizzato dall'utilità che l'azione riveste per il soggetto stesso chiamato a compierla.

Nella dottrina tedesca si parla in tal senso di *Interessenzwang*, cioè di un « costringimento » che deriva dall'insieme degli interessi del soggetto. Non quindi la realizzazione di interessi altrui ma quella di interessi propri giustifica l'azione, che mira al conseguimento di un effetto utile subordinato al suo espletamento.

Da ciò consegue che l'azione è rimessa all'iniziativa dell'interessato. Instaurato il processo, l'inerzia di quest'ultimo può essere priva di conseguenze giuridiche (la domanda viene comunque accolta, perché basata su fatti noti o su fatti non contestati), ma in genere determina conseguenze negative, legate appunto al mancato compimento — o al compimento infruttuoso — dell'attività.

La figura dell'onere presenta carattere generale. Agli studiosi del processo civile viene tuttavia riconosciuto il merito di avere messo in luce le differenze rispetto al dovere giuridico, con cui un tempo l'onere veniva confuso, precisando tra l'altro le caratteristiche dell'onere della prova.

I diversi significati che può assumere l'espressione « onere della prova » saranno esaminati tra breve. Fin d'ora occorre comunque far cenno ai nessi esistenti tra l'onere della prova, inteso in una delle possibili accezioni, cioè come onere della parte di provare un fatto a lei favorevole per ottenere che esso venga preso in considerazione dal giudice (c.d. onere della prova in senso soggettivo), e il principio dispositivo.

Nel modo descritto, la legge assegna infatti all'interessato il compito di fornire la prova dei fatti che costituiscono il fondamento della pretesa, e ciò costituisce espressione del potere di disposizione dei privati in ordine al rapporto sostanziale. Pertanto, l'efficacia dei singoli mezzi di prova dipende dalla « capacità di disporre del diritto » a cui i fatti, ad esempio, confessati o su cui verte il giuramento, si riferiscono (art. 2731, 2737 c.c.).

Da tale angolo di visuale le stesse ipotesi residue di « prova legale », da cui deriva un limite per il giudice nell'accertamento della verità storica, riguardano a ben vedere il

potere di disposizione delle parti. Il giudice, già tenuto ad esaminare i fatti *iuxta alligata et probata*, è vincolato da dichiarazioni delle parti a cui la legge assegna valore decisivo, escludendosi ogni rilevanza del convincimento di chi è chiamato ad affermare la « verità » processuale.

In definitiva, pur non disconoscendo l'estensione dei poteri istruttori del giudice civile, che ha fatto dubitare della attuale sussistenza di un principio dispositivo in tema di prove, ci sembra tuttavia che tale principio rappresenti pur sempre la proiezione nel campo processuale della autonomia privata, una « insopprimibile espressione del potere riconosciuto ai privati di disporre della propria sfera giuridica » [V. ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Notiss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 276 s.]. Parimenti, ridurre la portata dei principi che da esso derivano — corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.), disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.), ecc. — significherebbe non tanto modificare il processo quanto riformare il diritto privato o comunque sopprimere in sede processuale l'autonomia privata riconosciuta dal diritto sostanziale [ANDRIOLI, *Prova*, cit., 277].

Viceversa, non sussiste correlazione tra onere della prova inteso in senso oggettivo, cioè come regola di giudizio, e principio dispositivo. Infatti, sia pure in misura minima il giudice può disporre prove d'ufficio e soprattutto, in base al principio dell'acquisizione processuale, può decidere a favore di una parte servendosi di prove fornite dall'altra o dei c.d. argomenti di prova (art. 116 c.p.c.).

In ordine ai rapporti tra principio dispositivo, onere della prova e poteri officiosi del giudice, occorre segnalare la questione dei giudizi « a sorpresa » o « della terza via ». Si riscontravano, infatti, contrapposte opinioni sulla validità della sentenza che, evadendo il « campo di gioco » disegnato dagli assunti delle parti, avesse dato alla lite una soluzione d'ufficio, non prospettata da alcuno nel corso del processo. La questione involgeva anche il tema del c.d. diritto alla prova — sul quale torneremo tra breve —, poiché di fatto la

« terza via » preclude alle parti le deduzioni istruttorie che potrebbero influire sul convincimento del giudice, specie quando esso si determina mediante argomenti di prova il cui iter formativo resta chiuso nella mente del magistrato [L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di « terza via »*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 934 ss.].

Il comma 2 dell'art. 101 c.p.c., opportunamente introdotto dall'art. 45 l. 18 giugno 2009, n. 69, mira a prevenire le c.d. sentenze « a sorpresa ». La novella stabilisce infatti che il giudice, se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, deve riservare la decisione stessa, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.

Un rilievo che può muoversi nei confronti della nuova disposizione è di ordine terminologico: non si vede, infatti, come la decisione possa essere fondata su una « questione ».

Prescindendo da questi aspetti, ad avviso di chi scrive, il legislatore avrebbe potuto spingersi oltre, poiché l'esigenza del rispetto del contraddittorio, che viene soddisfatta con la norma in esame, si avverte anche in altre vicende del processo, come ad esempio nei casi in cui il giudice decide la questione di fatto mediante le c.d. presunzioni giurisprudenziali.

In termini più generali, sarebbe stato possibile seguire il modello tedesco del *Rechtsgespräch* (§ 139 ZPO), cioè introdurre l'obbligo del giudice di chiarire — in un colloquio con le parti — il proprio convincimento provvisorio sia in ordine alla questione di fatto, che a quella di diritto. Un tale modello, oltre a garantire il massimo rispetto del principio del contraddittorio, favorisce — come è noto — l'accordo transattivo « guidato » dal giudice, poiché la prevedibilità della decisione, basata sui risultati del suddetto confronto, agevola la ricerca di una soluzione che previene la sentenza.

Il *favor* verso la conciliazione delle parti, che emerge da

Onere della prova in senso oggettivo e principio dispositivo

Sentenza « a sorpresa » o « della terza via »

altre norme della recente legge di riforma, in definitiva, avrebbe potuto indurre ad un'innovazione più incisiva, in grado di assicurare maggiore trasparenza ed economia processuale.

4. *Onere della prova e « onere dell'allegazione ».*

Grave incertezza si riscontra sulla configurabilità di un onere dell'allegazione quale istituto autonomo rispetto all'onere della prova. Parte della dottrina l'ammette, anche se alcuni autori in realtà sembrano riferirsi all'onere della domanda. Una diversa dottrina, viceversa, afferma decisamente l'inutilità del concetto.

I dati testuali, d'altra parte, non sembrerebbero confortare del tutto la tesi positiva, poiché mentre risulta previsto l'onere della domanda (art. 112 c.p.c.) e l'onere di « proporre » le prove, che altrimenti non possono essere poste dal giudice a fondamento della decisione (art. 115 c.p.c.), nulla si rinviene a proposito dell'onere dell'allegazione.

Uno spunto letterale può comunque trarsi dall'art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c., che prevede « l'esposizione dei fatti... costituenti le ragioni della domanda ». Prima della l. 26 novembre 1990, n. 353, si osservava come il difetto di tale indicazione non fosse causa di nullità dell'atto di citazione (art. 164 c.p.c., vecchio testo), né quindi di rigetto della domanda, e già dalla mancanza di sanzione si faceva derivare l'impossibilità di qualificare l'allegazione come onere. Tale argomento non era tuttavia convincente, perché il risultato sfavorevole collegato al mancato soddisfacimento dell'onere non deve ravvisarsi nella nullità dell'atto di citazione — peraltro, comminata dall'art. 164 c.p.c. novellato —, quanto nell'impossibilità di conseguire un risultato favorevole.

Piuttosto, la formulazione della norma suddetta sembra confermare l'esattezza della tesi che, prendendo le mosse dalla distinzione tra fatti principali e fatti secondari, da cui

inferire l'esistenza dei primi, afferma l'onere dell'allegazione soltanto per i primi mentre per i secondi ammette la possibilità che essi vengano presi in esame dal giudice anche se non allegati dalla parte interessata, purché comunque essi emergano dal contraddittorio.

L'onere di allegazione acquista una rilevanza del tutto autonoma, e pertanto l'importanza della figura si coglie agevolmente, nelle ipotesi in cui la parte è dispensata dall'onere di provare, ma non dall'onere di allegare i fatti. Ciò avviene quando la legge presume l'esistenza di un fatto costitutivo — ad esempio, la buona fede (art. 1147, comma 3, c.c.) — dispensando quindi la parte che intende avvalersi degli effetti collegati dalla legge al fatto dall'onere di provarlo.

A tale concezione, che afferma quindi l'autonomia dell'onere di allegazione, si oppone quella che scorge un perfetto parallelismo tra onere della prova e onere dell'allegazione, nonché una mera apparenza di divergenza di contenuto tra i due oneri. Dovrebbero quindi essere allegati soltanto i fatti che devono essere provati e non quelli che costituiscono oggetto di una presunzione legale.

Quest'ultima tesi si basa sulla negazione di un fondamento di diritto sostanziale della distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi. Come si vedrà, essa — a nostro avviso — non può essere accolta alla luce del diritto positivo. Corrispondentemente, sembra da preferire la tesi secondo cui anche i fatti presunti devono essere allegati.

A conclusione analoga deve pervenirsi per quanto riguarda i fatti notori. Infatti, configurandosi un obbligo del giudice di considerare provati questi fatti, potrebbe dedursi che non sussiste neanche un onere di allegazione. È stato tuttavia rilevato che siffatta conclusione deve essere coordinata con il principio secondo cui la parte ha l'onere di formulare i fatti indispensabili per l'identificazione della ragione sostenuta in giudizio, cioè, in definitiva, dell'oggetto del processo [E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 375]. Da ciò conse-

L'onere di allegazione come figura autonoma

La disciplina dell'atto di citazione

Onere di allegazione e presunzioni legali

Onere di allegazione, massime di esperienza e fatti notori

gue che i fatti su cui si basa il diritto devono essere sempre enunciati dalla parte, anche se si tratta di fatti notori, perché alla parte spetta dichiarare se intende utilizzare i loro effetti giuridici.

La contraria opinione — a nostro avviso — non tiene nel dovuto conto la differenza intercorrente tra le c.d. massime di esperienza, che in quanto « regole » non devono essere allegate, ed i fatti notori, determinando una violazione del principio dispositivo.

Diversamente se il fatto rileva come indizio di un altro fatto che la parte vuole fare valere, o come argomento di prova (art. 116, comma 2, c.p.c.) ai fini della valutazione delle prove. In questo caso il giudice deve tenere conto del fatto anche senza allegazione e porlo a fondamento della decisione.

La parte deve indicare i fatti posti a fondamento della domanda come *supposti* veri. Non può infatti considerarsi elemento essenziale dell'indicazione della parte « l'asserazione dell'esistenza certa del fatto dedotto » [E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, 47].

Da ciò consegue che a sostegno della domanda possono essere posti alternativamente anche fatti tra loro incompatibili. La soluzione negativa, un tempo sostenuta in dottrina, si basava soprattutto sul rilievo che l'allegazione di più fatti tra loro inconciliabili priverebbe la domanda del necessario fondamento. Ma a tale visione rigoristica del processo, da cui discendeva l'obbligo delle parti di manifestare soltanto convinzioni di verità, è stato esattamente obiettato che non sempre l'allegazione di fatti tra loro incompatibili è espressione di uno scorretto atteggiamento processuale della parte (litigante temerario), potendo dipendere dalla difficoltà di prova o dalle divergenti interpretazioni di fatto ipotizzabili in base alle prove fornite al giudice. In definitiva, sembra da condidare l'opinione, ormai prevalente, secondo cui la soluzione positiva si impone in considerazione di valide ed imprescin-

dibili ragioni di difesa connesse alla « insicurezza della prova » [G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 289].

Sul vecchio dibattito relativo all'autonomia dell'onere di allegazione incide oggi profondamente l'indirizzo giurisprudenziale in tema di adempimento delle obbligazioni positive, come delineato da una nota decisione plenaria [Cass., S. U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769 ss.]. Essendosi stabilito che il creditore attore ha un mero onere di allegazione dell'inadempimento o dell'inesattezza dell'adempimento e che spetta al debitore convenuto provare l'adempimento o la sua esattezza, risulta proclamata l'autonomia dell'onere di allegazione: invero, non solo all'allegazione non segue l'onere dell'allegante di provare il fatto allegato; ad essa segue l'onere della controparte di provare il contrario.

Infine, alla luce della espressa previsione del dovere di lealtà processuale (art. 88 c.p.c.), da lungo tempo si discute, nella nostra come in altre esperienze giuridiche, se le allegazioni debbano essere vere, cioè se sussista un obbligo delle parti di dire la verità, e se debbano essere complete, cioè se si configuri un obbligo delle parti di mettere a conoscenza del giudice tutti i fatti a ciascuna di esse noti riguardanti la controversia (e non soltanto quelli favorevoli).

Per quanto concerne l'obbligo di dire la verità, un primo dato su cui riflettere è offerto dalla circostanza che, pur essendo stato previsto in diversi progetti del codice di procedura civile, il suddetto obbligo non è mai stato codificato nel nostro ordinamento giuridico. Le ragioni che hanno imposto la soluzione negativa, largamente condivise anche dalla dottrina più recente, consistono soprattutto nella sua difficile coesistenza con il principio dispositivo, con la regola dell'onere della prova, nonché con la disciplina della confessione che vincola il giudice anche alla dichiarazione non veritiera.

La base testuale, a cui i suddetti obblighi potrebbero ricolligarsi è rappresentata dall'art. 88 c.p.c., che impone alle parti e ai loro difensori « lealtà e probità », e ad esso potrebbe

Onere di allegazione, indizi e argomenti di prova

Allegazioni alternative

Onere di allegazione e adempimento dell'obbligo

Obbligo di dire la verità

aggiungersi il principio di buona fede, da molti — come detto — considerato estensibile al processo [Nel senso che l'onere dell'allegazione sia ispirato ai doveri di lealtà processuale in funzione della collaborazione con la controparte, S. PATTI, *L'onere della prova nella responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, 465; e, per una ricostruzione più ampia, Id., *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 25 ss.]

Occorre pertanto verificare se il suddetto obbligo di comportamento leale e conforme alla buona fede debba considerarsi violato nei casi in cui le parti non dicano il vero o non portino a conoscenza del giudice fatti rilevanti per la decisione della causa.

Come è stato osservato, la risposta al quesito dipende anche dal modello processuale prescelto dall'ordinamento. In particolare, la soluzione negativa circa l'esistenza di un obbligo delle parti di dire la verità sembra imposta anzitutto dal principio dispositivo che regge il processo civile e dal sistema probatorio, in particolare dalla norma che ripartisce tra le parti l'onere (di allegazione e) della prova (art. 2697 c.c.). La parte onerata non sopporterebbe l'onere di provare il fatto a sé favorevole se l'altra parte fosse comunque tenuta a dire la verità circa lo stesso fatto ad essa sfavorevole.

Tenendo conto di quanto sopra, nonché delle norme che prevedono una responsabilità aggravata (art. 96 c.p.c.) per sanzionare comportamenti consapevolmente mendaci o reticenti, si è pertanto proposto di considerare illecito (soltanto) il comportamento della parte che mente consapevolmente.

Parimenti evidente l'illiceità, ad avviso di chi scrive, nei casi in cui le allegazioni risultano contraddittorie e non denotano soltanto l'intento di far accertare fatti a sé favorevoli in contrasto con la verità, ma anche quello di mettere in difficoltà l'avversario e ingannare il giudice. Così, ad esempio, quando in una causa di risoluzione del contratto per inadempimento, il debitore affermi (mentendo) di avere adempiuto ma in via subordinata sostenga di non aver adempiuto come

Comportamento
leale, secondo
buona fede

reazione all'inadempimento dell'altra parte (*inadimplenti non est adimplendum*), poiché ciò che la lealtà e la buona fede processuale certamente richiedono è l'univocità e la coerenza della linea difensiva. Nel caso sopra indicato è evidente la violazione dell'obbligo di prendere (lealmente) posizione sui fatti allegati dalla controparte e, secondo la migliore dottrina tedesca, si configura altresì una violazione del divieto di *venire contra factum proprium*: una regola elaborata sulla base del principio di buona fede (§ 242 BGB).

Inoltre, in senso favorevole alla configurabilità dell'obbligo di dire la verità (e dell'obbligo di completezza) si potrebbe rilevare che esso è espressamente disciplinato in ordinamenti giuridici che, come il nostro, si basano sul principio dispositivo e conoscono la regola dell'onere della prova (se pur non espressamente codificata in una norma a carattere generale). Così, ad esempio, la *Zivilprozessordnung* tedesca prevede l'obbligo di dire la verità (*Wahrheitspflicht*) (§ 138 ZPO).

Deve peraltro osservarsi che nella prassi il suddetto obbligo risulta attenuato ammettendosi che la parte possa allegare fatti pur ritenuti non (certamente) veri ma soltanto probabili o addirittura possibili. La violazione dell'obbligo si configura comunque quando la parte mente o contesta fatti alla cui realizzazione ha partecipato o che siano stati oggetto della sua (corretta) percezione. La suddetta violazione può perfino configurare un reato, la « truffa processuale » (*Prozessbetrug*, ritenuto un caso riconducibile alla truffa di cui al § 263 StGB), e viene inoltre sanzionata con il risarcimento del danno e la riassunzione (*Wiederaufnahme*) del processo.

Nel contempo si sostiene che in ogni caso la menzogna determina uno svantaggio processuale per la parte che mente, a prescindere dall'obbligo di dire la verità, in quanto il giudice non baserà la sua decisione su una allegazione non veritiera, per cui si configurerebbe non un obbligo ma un onere di dire la verità. Tuttavia, può rilevarsi che, in primo luogo, se la controparte non contesta l'allegazione, il fatto non veritiero viene considerato pacifico e la menzogna ri-

mane priva di sanzione. Inoltre, la figura dell'onere — onere di dire la verità per convincere il giudice — non appare adeguata, poiché non sempre il giudice ha la possibilità di accertare la menzogna, e occorre pertanto la previsione di un obbligo. Di conseguenza, l'obbligo di dire la verità non deve essere giustificato richiamando genericamente l'interesse pubblico connesso allo svolgimento del processo, ma piuttosto per il fatto che la menzogna non viene (in alcuni casi) sanzionata mediante le conseguenze negative collegate al mancato soddisfacimento di un onere.

Si segnala, infine, che una parte della dottrina considera « il più grande nemico » della verità processuale non la menzogna ma l'errore, poiché staticamente poco frequente una allegazione dei fatti del tutto esente da imprecisioni, tenendo anche conto della circostanza che i confini tra errore e menzogna sono spesso molto labili.

5. *Onere della prova in senso soggettivo e onere della prova in senso oggettivo.*

L'onere della prova in senso soggettivo (o formale) indica quale parte deve provare un certo fatto. Esso incombe sulla parte che intende avvalersi di un fatto a lei favorevole, poiché la prova costituisce il presupposto necessario affinché il fatto venga preso in considerazione ai fini dell'applicazione di una norma.

Come si è detto, lo stretto collegamento di tale regola con il principio dispositivo è evidente: la parte interessata deve prendere l'iniziativa, il giudice non può procedere d'ufficio nella ricerca delle prove. Gli elementi necessari per la decisione devono essere forniti dalla parte che « afferma », cioè che assume l'iniziativa principale, oppure un'iniziativa « secondaria » all'interno del processo.

In tal senso la regola in esame ha una funzione strumentale, e ciò spiega perché le parti possano modificarla, sia pure

entro certi limiti. Il giudice ha bisogno di conoscere i fatti per potere decidere; la funzione del processo, peraltro, non risulta snaturata se tale conoscenza è resa possibile — in base all'accordo dei privati (art. 2698 c.c.) — da una parte invece che dall'altra.

La regola dell'onere della prova in senso soggettivo risulta in un certo senso attenuata dal principio della acquisizione processuale, in base al quale — come si è detto — la prova acquisita può essere utilizzata dal giudice anche a sfavore della parte che l'ha fornita.

Persistono incertezze, tuttavia, in ordine all'operatività del principio di acquisizione per le prove preconstituite, attesa la facoltà della parte di ritirare la propria produzione documentale (c.d. relatività del vincolo di indisponibilità delle prove documentali). Ritirando il documento dal proprio fascicolo, la parte può sottrarlo all'acquisizione processuale e determinare la piena reviviscenza dell'onere in senso soggettivo.

L'onere della prova in senso oggettivo (o sostanziale) indica la parte nei cui confronti si produce l'effetto negativo nel caso di mancato raggiungimento del primo scopo del processo, cioè il chiarimento della situazione di fatto. Esso esprime quindi il rischio del mancato raggiungimento della prova riguardante un certo fatto. Infatti, poiché la parte su cui grava l'onere può comunque « avere ragione », si comprende che l'onere della prova in senso oggettivo indica il rischio del mancato chiarimento della situazione di fatto e quindi del mancato convincimento del giudice. Sotto tale profilo non ha alcuna rilevanza che il convincimento del giudice non sia stato raggiunto nonostante siano state fornite prove ad opera della parte gravata dall'onere (in senso soggettivo) o dell'altra parte. Viceversa, se il giudice raggiunge il convincimento la regola dell'onere della prova in senso oggettivo non trova applicazione.

La distinzione tra onere della prova in senso soggettivo e onere della prova in senso oggettivo si deve alla dottrina austriaca dell'Ottocento; è stata prontamente accolta da quella tedesca, mentre ha avuto un seguito minore nella letteratura italiana. Sembra tuttavia oppor-

Onere soggettivo, deroghe patuite e principio dell'acquisizione processuale

Relatività del vincolo di indisponibilità delle prove documentali

Onere oggettivo e rischio probatorio

Origine teorica della distinzione

tuno cercare di comprendere le ragioni che hanno indotto a formulare la suddetta distinzione e la funzione che ancor oggi essa svolge nell'esperienza germanica.

Una parte della dottrina tedesca riconosce la natura di onere (*Last*) soltanto all'onere della prova in senso soggettivo. Invece, con riferimento al secondo, anche se la terminologia potrebbe indurre in equivoco, si afferma che non si tratta di un « onere » in senso tecnico ma di una regola di giudizio, che non richiede un determinato comportamento alle parti bensì si rivolge al giudice per rendere possibile il raggiungimento della decisione nel caso in cui non si formi il suo convincimento. In tal senso si parla anche di *Beweisefahr*, *Beweisrisiko*, *Streitrisiko*, ecc.

Anche in diritto svizzero si distingue tra onere della prova in senso soggettivo (*Beweisführungslast*) e onere della prova in senso oggettivo. Poiché la fase istruttoria del processo è disciplinata dal diritto dei cantoni, che prevede — ad esempio — quali mezzi di prova sono ammissibili e come devono essere valutati, si ritiene che anche l'onere della prova in senso soggettivo sia regolato dal diritto dei cantoni. L'art. 8 del codice civile (ZGB) disciplina invece l'onere della prova in senso oggettivo, e quindi le conseguenze del mancato raggiungimento della prova, stabilendo che il giudice deve decidere a sfavore della parte che avrebbe basato il suo diritto sulla prova del fatto. Attraverso la suddetta norma il legislatore svizzero ha inteso garantire l'attuazione uniforme del diritto privato della Confederazione [H. HAUSHEER-M. JAUN, *Die Einleitungstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, 2001, 155]. Secondo l'opinione più diffusa, l'art. 8 ZGB contiene una clausola generale, in base alla quale ciascuna parte deve provare i presupposti di fatto delle norme che prevedono gli effetti a lei favorevoli. Al riguardo, anche in diritto svizzero, rileva la distinzione tra fatti costitutivi, impeditivi e estintivi. All'onere della prova si accompagna l'onere di allegazione, che anzi lo precede, poiché la parte che vuole fare valere nel processo fatti giuridicamente rilevanti ha l'onere di allegarli secondo le regole del diritto dei cantoni, che disciplinano la fase istruttoria, dominata dal principio dispositivo. Onere della prova in senso oggettivo e onere della prova in senso soggettivo coincidono, nel senso che gravano sulla stessa parte. Il significato della distinzione emerge pertanto soltanto nei settori in cui il principio dispositivo conosce delle eccezioni oppure è del tutto sostituito da poteri inquisitori del giudice (*Untersuchungsmaxime*). Nel diritto cantonale svizzero sono previsti casi che attenuano il rigore del principio dispositivo, ad esempio quando, il giudice deve interrogare la parte per completare la sua allegazione dei fatti. Per quanto concerne la prova dei fatti negativi il diritto svizzero prevede un obbligo della controparte della parte onerata a contribuire alla prova del contrario in base al principio di buona fede (Art. 2 ZGB). Nel caso in cui tale obbligo non viene adempiuto, l'omissione vale come indizio favorevole alla verità dell'allegazione della parte onerata. Il

giudice tiene conto della cooperazione della parte non onerata nell'ambito della libera valutazione delle prove. L'obbligo processuale di cooperazione dell'onere della prova [HAUSHEER-JAUN, *Die Einleitungstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, cit., 158]. Nonostante l'art. 8 ZGB disciplini soltanto l'onere della prova dottrina e giurisprudenza basano su questa norma anche il diritto alla prova, che ha ad oggetto soltanto i fatti rilevanti, cioè quelli dalla cui esistenza dipende la desiderata conseguenza giuridica. Il giudice può quindi non accogliere una istanza di prova quando ritiene che in ogni caso non possa incidere sul risultato del suo accertamento.

Risulta quindi evidente che dietro una terminologia per certi versi inconsueta si celano comunque regole vigenti anche nell'ordinamento italiano. Con riferimento all'onere della prova in senso soggettivo, il dibattito si concentra attualmente sui suoi confini, cioè sui poteri di iniziativa del giudice civile che inevitabilmente ne restringono l'ambito. Con riferimento all'onere della prova in senso oggettivo, è diffusa ormai l'espressione « regola di giudizio ». Tale regola, esaurita la fase probatoria in modo infruttuoso, si rivolge al giudice, costituendo la premessa della decisione, e alle parti che devono sottostare a quest'ultima [S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 102].

A ben vedere, peraltro, la critica da alcuni rivolta al concetto di onere della prova in senso oggettivo ha travisato il contenuto ad esso attribuito dalla scienza tedesca, soffermandosi forse su formulazioni non del tutto chiare, in ogni caso superate dalla dottrina più recente. Si era infatti creduto di ravvisare una simmetria tra i due concetti, secondo la quale così come l'onere soggettivo serve ad indicare *chi* deve fornire la prova, era sembrato che l'onere oggettivo servisse ad indicare *cosa* provare.

Chiario che l'oggetto della prova non rientra nel concetto di onere (in senso oggettivo), determinandosi piuttosto in corrispondenza del fine perseguito dalla parte, emerge l'inconsistenza della critica e la sostanziale corrispondenza della regola vigente nell'ordinamento tedesco con quella italiana. In entrambi gli ordinamenti la funzione della regola

La distinzione nella dottrina italiana: critica dell'onere oggettivo

Replica

consiste nel permettere al giudice di porre fine ad un dibattito rivelatosi infruttuoso, lasciando immutata la situazione preesistente. Il rilievo pratico della decisione, per quanto concerne il futuro, consiste nel precludere definitivamente il riesame della controversia in virtù degli effetti del giudicato.

Da rilevare, ancora, che la dottrina tedesca e italiana più recente osserva esattamente che il concetto di onere della prova in senso soggettivo perde di rilevanza nella misura in cui aumentano i poteri del giudice in ordine alla ricerca della verità; e comunque, almeno in una certa fase del processo, negli ordinamenti in cui — come avviene in quello italiano — una volta che la prova è stata assunta non interessa la sua provenienza (principio della acquisizione).

Così come l'onere della prova in senso oggettivo, quale regola di giudizio, consente in ogni caso una decisione di merito, parimenti — conviene osservare — il giuramento suppletorio (art. 2736 ss. c.c.) permette al giudice di superare la perdurante incertezza risolvendo il merito della controversia.

Presi in considerazione da tale angolo di visuale, onere della prova e giuramento suppletorio presentano carattere alternativo [G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966 (rist.), 167].

Occorre mettere in luce:

a) l'ampia discrezionalità del giudice che, non essendo pervenuto al convincimento, in presenza di una prova non « piena », può respingere la domanda (o l'eccezione) applicando la regola sull'onere della prova; oppure deferire d'ufficio a una delle parti il giuramento suppletorio « al fine di decidere la causa » (art. 2736 c.c.);

b) l'ampia discrezionalità di cui dispone il giudice nella scelta della parte a cui deferire il giuramento suppletorio, sia pure tenendo conto della « quantità » della prova fornita, *oppure* della attendibilità della parte, *oppure* del grado di conoscenza dei fatti controversi posseduta dalla parte.

Peraltro, la Corte di cassazione ha da tempo reputato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di siffatta disciplina, in quanto:

a) la situazione processuale in cui il giudice deferisce il giuramento suppletorio e quella in cui decide sulla base della regola di giudizio non sono eguali, perché nel primo caso il giudice deve motivare circa la sussistenza della *semiplena probatio* e le ragioni che lo inducono al deferimento;

b) la scelta della parte chiamata a giurare non è libera, ma retta da criteri — con particolare riguardo per la parte favorita dalla prova semipiena —, il cui esercizio è suscettibile di controllo.

Anche successivamente, tuttavia, si è manifestato il dubbio di legittimità costituzionale circa l'effetto di prova legale che il codice civile attribuisce al giuramento suppletorio, senza consentire — diversamente da quanto accade in ogni ipotesi di prova disposta d'ufficio — la riapertura dei termini per l'esercizio dei poteri istruttori di parte [A. PROTO PISANI, *Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2008, IV, 84 s.].

Interessante osservare, infine, che una distinzione sostanzialmente corrispondente a quella tra onere soggettivo e onere oggettivo, nonostante la diversa terminologia, si riscontra nell'esperienza anglosassone. Si parla infatti di *burden of producing evidence* (o di *burden of going forward with evidence*) e di *burden of persuasion*: con la prima espressione si fa riferimento alla parte chiamata a fornire la prova di un certo fatto; con la seconda alla parte che ha l'onere di persuadere l'organo giudicante e che soccombe in caso di mancato soddisfacimento dell'onere. Il *burden of persuasion*, equivalente quindi all'onere della prova in senso oggettivo, acquisita rilevanza soltanto quando persiste il dubbio sulla situazione di fatto, ed in tal senso una regola di questo tipo si ritiene essenziale ad ogni ordinamento giuridico. Ciò perché, si afferma, una decisione deve essere comunque raggiunta, ed in caso di dubbio essa deve andare a sfavore della parte — in genere l'attore — che cerca di modificare lo status quo [C.T. MCCORMICK, *On Evidence*, 3^a ed., St. Paul (Minn.), 1984, 950].

Normalmente il *burden of producing evidence* ed il *burden of persuasion* incombono sulla stessa parte. Ma non sempre si riscontra questa coincidenza: in alcuni casi il *burden of producing evidence* si sposta du-

Burden of producing evidence.
Burden of persuasion

Sospetti di illegittimità costituzionale

rante le varie fasi del processo, in dipendenza delle affermazioni delle parti, mentre si ritiene che non possa subire spostamenti il *burden of persuasion*.

Entrambi gli oneri probatori gravano in genere sull'attore, ma ad una diversa soluzione si giunge in base a considerazioni di varia natura. Così, in alcune ipotesi si tiene conto di quale parte possiede una migliore conoscenza dei fatti o dispone di un migliore « accesso » alla prova. In tal modo si spiega, ad esempio, la regola secondo cui grava sul convenuto l'onere di provare il pagamento [McCORMICK, *On Evidence*, cit., 950].

Altro importante criterio per stabilire su chi gravino entrambi gli oneri è considerato quello della probabilità di una certa situazione. Il rischio della prova, cioè, viene posto a carico della parte che afferma l'esistenza del fatto meno usuale. Ad esempio, se tra due parti esiste una relazione di affari, l'onere di provare che per una certa prestazione non era stato previsto un corrispettivo grava su chi afferma questa poco usuale circostanza.

Con riferimento ai diversi significati dell'espressione « *charge de la preuve* » nell'esperienza francese, v. X. LACARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, 1994, 203 ss.

6. *Onere della prova astratto e onere della prova concreto.*

Soprattutto nella dottrina tedesca, ove si riscontrano molte più classificazioni che in quella italiana, è diffusa la distinzione tra onere della prova astratto e onere della prova concreto.

Con la prima espressione si indica su chi incombe l'onere della prova in una certa situazione, indipendentemente da un processo in via di svolgimento.

Con la seconda, invece, si fa riferimento ad un processo in corso, nel quale il giudice possiede già una serie di informazioni, attraverso le quali — più o meno inconsciamente — si forma un convincimento « provvisorio » sulla questione di fatto, al fine di determinare su quale parte, in concreto, nelle diverse fasi del processo, incombe l'onere di fornire (nuovi) argomenti di prova.

L'onere della prova concreto non dipende, quindi, soltanto da una ripartizione operata da una norma ma dal con-

vincimento provvisorio del giudice, in relazione tra l'altro alla eventuale valutazione delle prove già compiuta o in corso di svolgimento.

L'ultima figura brevemente descritta, almeno per certi aspetti, trova un corrispondente nella nostra esperienza: si tratta della c.d. *controprova* di cui si serve la parte che intende contrastare la prova fornita dall'altra parte al fine di evitare che il giudice si orienti in senso a quest'ultima favorevole.

La parte non gravata dall'onere *ex art.* 2697 c.c. — a prescindere dalla prova di fatti estintivi o modificativi — si trova anzitutto nella necessità di contestare i fatti allegati dalla controparte, cioè di negare la loro veridicità. Inoltre, anche la parte non onerata può cercare di fornire la prova di fatti incompatibili con quelli affermati (e provati) dalla controparte. Ad ambedue le parti — come si vedrà più avanti — è infatti attribuito il potere di allegare fatti favorevoli alle proprie pretese e di provarli.

Al riguardo, è stato peraltro affermato che ciò non configurerrebbe ancora il fenomeno dell'onere della prova ma un problema di legittimazione alla prova, mentre il problema dell'onere della prova si porrebbe soltanto in mancanza di elementi sufficienti per la decisione, cioè come regola messa a disposizione del giudice per potere pronunciare la sentenza [MICHELL, *L'onere della prova*, cit., 117]. In tal modo, tuttavia, si genera una certa confusione circa i due momenti di rilevanza della regola sull'onere della prova e i due distinti piani su cui essa opera. Infatti, sia con l'onere della prova concreto sia con la c.d. *controprova* si fa riferimento ad un problema di disciplina del comportamento processuale delle parti, su cui di volta in volta incombe l'onere di fornire al giudice gli elementi per pervenire al convincimento o per modificare un convincimento in via di formazione. Non si tratta quindi soltanto di un problema di legittimazione ma in primo luogo di un problema di ripartizione del carico probatorio. Ovviamente, nel caso in cui tali elementi risultino comunque insuf-

ficienti per la formazione del convincimento, la regola sull'onere della prova rileva come regola di giudizio, indicando al giudice il criterio per decidere la controversia.

Un'importante ipotesi di alterazione della regola dell'onere per effetto della dinamica processuale si ha nella disciplina dell'appello, almeno secondo l'indirizzo giurisprudenziale — molto discusso — per cui l'appellante, ove pure in primo grado fosse stato convenuto, avrebbe comunque in sede di gravame l'onere probatorio dell'attore e dovrebbe quindi provare — non più i fatti impeditivi od estintivi del diritto azionato dalla controparte, bensì — i fatti costitutivi della propria censura [Cass., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, 1433 ss.].

7. Onere della prova e « obbligo di chiarimento ».

Verità sostanziale e chiarimento processuale

Il mancato chiarimento della situazione di fatto determina quindi il rigetto della domanda (o dell'eccezione). La parte onerata sopporta pertanto il rischio del mancato chiarimento.

Il fondamento di tale regola è evidentemente collegato al principio dispositivo e alle stesse finalità del processo civile. L'affermazione secondo cui l'accertamento della verità — sostanziale — è un compito di centrale rilievo del processo, poiché soltanto un procedimento tendente alla verità garantisce una efficace tutela dei diritti individuali e con ciò la realizzazione dell'ordinamento, ha indotto a chiedersi sotto quali presupposti e in quale misura la parte su cui non grava l'onere della prova debba contribuire al chiarimento della situazione di fatto nel processo civile.

Obbligo di chiarimento e diritto alla inattività

Una critica tradizionalmente rivolta alla configurabilità di un « obbligo di chiarimento » (*Aufklärungspflicht*) consiste nel rilievo secondo cui non si può pretendere dalla parte (non onerata) un contributo al chiarimento della situazione di fatto dal quale possono derivare effetti a lei sfavorevoli. Dietro

questa critica si scorge agevolmente la visione del processo come « lotta » [J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, 292 ss.], da cui deriverebbe un diritto della parte non onerata alla inattività. Ma se la inattività della parte privata, intesa come « diritto alla passività », può forse ammettersi nel processo penale, alla luce della evoluzione storica che ha visto in tal modo limitare l'abuso dello Stato e garantire la libertà del cittadino, seri dubbi si presentano quando si tratta di estendere gli stessi principi al processo civile. In quest'ultimo, peraltro, la soluzione del problema appare per certi versi legata alla configurabilità di un obbligo della parte di dire la verità. Nessun vantaggio al corretto svolgimento del processo deriva infatti da un chiarimento non veritiero.

In definitiva, ove si ammetta la sussistenza di tali obblighi, la parte può venirsi a trovare dinanzi ad una scelta tra il tacere, determinando la violazione dell'obbligo di chiarimento, il mentire, determinando la violazione dell'obbligo di dire la verità, oppure il dire la verità, ammettendo eventualmente l'esistenza di fatti sfavorevoli. Una simile scelta, viceversa, non si pone se non si configura l'obbligo di chiarimento e non si sanziona quindi l'inattività della parte non onerata.

Il fondamento di un generale obbligo di chiarimento è stato da alcuni individuato nel principio di buona fede. In senso contrario, pur senza negare la vigenza di tale principio anche nei rapporti processuali, è stato tuttavia osservato che nell'ambito della « funzione regolatrice » riconosciuta al suddetto principio non può farsi rientrare un generale obbligo processuale di chiarimento. Ciò perché il principio di buona fede può costituire fonte di obblighi secondari, ma non determinare un obbligo di chiarimento della parte non onerata, che dovrebbe viceversa trovare esplicita previsione nella legge.

La questione — come detto — appare collegata al dibattito sugli scopi del processo civile, tra i quali, pur non venendo meno quello primario della realizzazione del diritto soggettivo, sempre maggiore attenzione riceve quello « so-

Obbligo di chiarimento e principio di buona fede

Obbligo di chiarimento e funzione sociale del processo

ciale». Ed alla luce di ciò, la configurabilità di un obbligo generale di chiarimento è ammessa dalla dottrina tedesca soprattutto in base al rilievo secondo cui da un lato si riscontrano ipotesi specifiche in cui questo obbligo risulta espressamente disciplinato, mentre d'altra parte nessun ostacolo alla sua configurabilità si ravvisa a livello di principi [R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, 1976, 71 ss.]

Per altri versi tale soluzione sembra collegata al dibattito sui poteri del giudice nel processo civile, trattandosi di accertare fino a qual punto il giudice possa configurare ipotesi di « obbligo di chiarimento » diverse da quelle espressamente previste. Al qual proposito, la eventuale risposta positiva in contra in ogni caso il limite della ripartizione dei rischi pre-disposta dalla legge, in particolare attraverso la regola sull'onere della prova, che altrimenti risulterebbe stravolta.

Nonostante la consapevolezza delle conseguenze accennate, in altre esperienze giuridiche si segnala la prassi giudiziaria di assegnare alle parti — senza seguire una regola precisa — compiti determinati al fine di conseguire le informazioni necessarie per il chiarimento della situazione di fatto. Si crea in tal modo un « diritto libero » che attenua le differenze tra il processo basato sul principio dispositivo e quello di tipo inquisitorio e rende incerte le linee del sistema.

Con riferimento al nostro ordinamento la questione sembra doversi porre nei termini seguenti. La legge prevede alcuni obblighi processuali della parte. Si configura inoltre un generico obbligo di collaborazione e di lealtà nel processo [PUGLIATTI, *Conoscenza*, cit., 108 s.]. Ma accanto a questi obblighi è previsto l'onere della prova, che rischierebbe di essere svuotato e sostituito da un « obbligo di chiarimento » per molti versi coincidente da un punto di vista contenutistico.

Si tratta allora di determinare i confini tra le varie figure, che devono altresì essere coordinate tra loro.

La complessa tematica non può essere approfondita in questa sede, ma la linea da seguire sembra comunque essere

quella di un rigoroso rispetto delle singole previsioni normative che circoscrivono gli obblighi processuali. A ciò si aggiunge la valutazione del comportamento processuale delle parti (art. 116 c.p.c.), che non dovrebbe tuttavia determinare sanzioni equivalenti a quelle ricollegate alla violazione di un obbligo specifico o al mancato soddisfacimento di un onere, ma può servire semplicemente — per quanto riguarda l'attività probatoria — a rafforzare il convincimento del giudice.

In ogni caso — conviene ribadire — l'eventuale sussistenza e l'eventuale violazione di un obbligo di chiarimento non incidono sulla ripartizione dell'onere della prova. La sanzione dell'inadempimento dell'obbligo di chiarimento non può quindi essere quella che consegue al mancato soddisfacimento dell'onere probatorio, gravante sulla controparte.

Non sempre tuttavia la distinzione tra obbligo di chiarimento e onere della prova risulta sufficientemente delineata. Ciò — come è stato osservato [STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht*, cit., 146] — dipende non soltanto dalle incertezze tuttora perduranti circa la delimitazione concettuale delle figure dell'obbligo e dell'onere ma, almeno per quanto concerne la giurisprudenza, soprattutto dalla esigenza pratica di agevolare la parte che incontra difficoltà di prova derivanti dalle particolari caratteristiche della fattispecie concreta.

Una vicenda attuale ed interessante è rappresentata in tal senso dalle azioni in giudizio dei pazienti (o dei loro eredi) nei confronti dei medici. In queste ipotesi, l'onere della prova riguardante i presupposti della responsabilità del medico, sia pure tenendo conto delle agevolazioni derivanti sul piano probatorio dalla regola prevista nell'art. 1218 c.c., grava sul paziente, ma i documenti, o più in generale i mezzi di prova, sono normalmente in possesso del medico o della struttura ospedaliera. Ora, almeno aspramente è agevole distinguere l'onere probatorio che grava sul paziente dall'obbligo di chiarimento che grava sul medico, tenuto a fornire alla controparte i mezzi per soddisfare l'onere probatorio. Di conseguenza, l'inadempimento dell'obbligo da parte del medico non dovrebbe comunque incidere sui verificarsi degli effetti previsti per il mancato soddisfacimento dell'onere. Invece, mentre altrove la giurisprudenza insiste nell'affermare l'obbligo del medico di mettere a disposizione della controparte le cartelle cliniche e gli altri

Obbligo di chiarimento e sistema inquisitorio

L'obbligo di chiarimento nel sistema italiano

Obbligo di chiarimento e onere della prova

L'obbligo di chiarimento del medico

documenti relativi al caso, la giurisprudenza italiana sembra prevalentemente orientata a far fronte alla difficoltà di prova del paziente limitando il suo onere probatorio, e facendo gravare sul medico l'onere di provare che gli effetti dannosi lamentati dal paziente non dipendono da una inadeguata prestazione professionale. In tal modo il medico, piuttosto che dover fornire alla controparte il materiale probatorio in adempimento dell'obbligo di chiarimento, è chiamato a prodotto di retamente per soddisfare un onere della prova che in realtà la legge non gli addossa.

Di queste perplessità sembra farsi carico la giurisprudenza, che, in tema di nesso causale ai fini della responsabilità sanitaria da trasfusione di sangue infetto, sottolinea che l'onere della prova resta a carico del danneggiato attore e che l'inosservanza da parte del convenuto dell'obbligo di collaborazione documentale (relativo, nella specie, alle annotazioni di tracciabilità del sangue) costituisce elemento indiziario attraverso il quale quell'onere può risultare adempiuto [Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 582, in *Foro it.*, 2008, I, 453 ss.; v. *infra* cap. IV, sez. II, §§ 4-5].

Problemi analoghi, e soluzioni analoghe, si riscontrano in tutti i casi in cui è la parte non onerata a disporre dei mezzi di prova. Così, ad esempio, in alcune fattispecie di responsabilità dell'impresa, la cui soluzione non può prescindere da una ripartizione dell'onere della prova che tenga conto delle rispettive « possibilità di prova » delle parti.

Se, da un lato, gli orientamenti giurisprudenziali a cui si è fatto cenno devono essere approvati perché facilitano il conseguimento della tutela della parte danneggiata, occorre tuttavia mettere in luce che in tal modo si determina una commistione tra obbligo di chiarimento e onere della prova. La questione, per certi profili, è analoga e collegata a quella del c.d. principio di prova: la parte che, in ipotesi per adempiere un obbligo di chiarimento, fornisce un principio di prova, non deve subire le conseguenze di un'inversione dell'onere della prova ove gli elementi di valutazione adottati siano considerati insufficienti.

In definitiva, l'obbligo di chiarimento della controparte serve a facilitare il soddisfacimento dell'onere della prova, ma non incide sulla regola di giudizio ad esso collegata. Ciò risulta evidente in caso di impossibilità della controparte di adempiere l'obbligo di chiarimento, ad esempio a causa dell'avvenuta distruzione dei documenti richiesti (incendio dell'ospede-

dale o della fabbrica), ma ancor di più nel caso in cui, nonostante i chiarimenti forniti dalla controparte, il giudice non perviene al convincimento. Viceversa, l'orientamento della giurisprudenza italiana, che opera invertendo (parzialmente) l'onere della prova, determina il passaggio del rischio del mancato convincimento sulla parte che dovrebbe essere tenuta semplicemente ad adempiere l'obbligo di chiarimento.

8. L'accertamento del fatto e la questione di diritto.

Entrambe le funzioni svolte dall'art. 2697 c.c. presuppongono la contrapposizione tra « fatto » e « diritto ».

Anche tale contrapposizione, abituale per il giurista moderno, è frutto di una elaborazione del diritto romano. Nell'antico processo, dominato dalla prova irrazionale, si identificavano prova e decisione, in quanto, ad esempio, il giuramento, con cui frequentemente si concludevano le liti, poneva fine ad ogni contestazione, assumendo funzione decisoria. La separazione tra decisione e prova si realizza quando il magistrato non ricorre più all'ausilio della divinità ma giudica il caso concreto rifacendosi ai precedenti e creando un sistema di relazioni logiche tra i vari giudizi. Mediante la verifica di identità tra gli elementi tipici del precedente e del nuovo caso, la giurisprudenza estrae dalla massa dei precedenti regole astratte e generali, cioè norme. Si compie in tal modo la distinzione tra diritto e fatto, tra prova del diritto e prova del fatto [G. BROCCINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, 1960, 381].

Lo sforzo secolare della scienza giuridica, e del giudice nella risoluzione della singola controversia, di individuazione della norma « giusta », di affinamento della regola *iuris* e di un suo continuo adattamento alla realtà sociale, ha quasi sempre indotto a considerare il fatto come un *dato*: addirittura un dato frutto di astrazione e quasi mai oggetto di ponderazione nel corso della educazione del giurista.

La realtà del processo mostra invece che il fatto non si presenta in genere come un dato ma costituisce il risultato di una serie di operazioni, a loro volta disciplinate dalla legge. Soltanto su quel « fatto » che rappresenta la verità processuale è possibile innestare la soluzione prevista dalla legge.

L'obbligo di
chiarimento
dell'imprendi-
tore

Il rischio del
chiarimento
manca

Fatto e diritto

Origini della
contrapposi-
zione

Il fatto come
dato

D'altra parte, almeno secondo l'insegnamento tradizionale, la mancata « convinzione » del giudice circa la verità del fatto impone di non decidere la controversia in base alla norma che avrebbe dovuto essere applicata ove del fatto fosse stata fornita « piena » prova, bensì in base alla regola che prevede il rigetto della domanda o dell'eccezione quale conseguenza del mancato soddisfacimento dell'onere.

Il compito del giudice consiste quindi, in primo luogo, nell'accertare i fatti che devono servire da presupposto per l'applicazione della fattispecie normativa astratta. L'individuazione di tale fattispecie non sempre tuttavia è posposta rispetto all'accertamento del fatto: è noto — e ha costituito oggetto di pregevoli analisi — che spesso il giudice inverte l'ordine delle operazioni descritte, con la conseguenza, tra l'altro, di limitare la possibilità di controllo della rispondenza dei fatti accertati rispetto alla fattispecie astratta da parte della Corte di cassazione.

Su tale problematica si ritornerà in seguito, a proposito del convincimento « anticipato » del giudice circa la decisione da prendere. Fin d'ora occorre tuttavia ribadire l'importanza dell'(esatto) accertamento dei fatti ai fini dell'applicazione della norma e quindi di una soluzione « giusta » della controversia, e nel contempo segnalare la frequente non corrispondenza alla prassi di schemi logici tramandati nel tempo.

Le considerazioni svolte aiutano anche a chiarire le connessioni esistenti tra la questione di fatto e le questioni di diritto, non sempre distinte (e distinguibili) nella prospettazione dei fatti operata dalle parti — tenute ad allegare fatti qualificati — e nella valutazione del giudice.

La divergenza tra la prospettazione dei fatti qualificati e le fattispecie astratte — come è stato rilevato [ANDRIOLI, *Prova*, cit., 262] — permette inoltre di comprendere perché la qualificazione della Corte di cassazione come giudice di diritto non corrisponda alla realtà dell'ordinamento e conservi soltanto un valore tendenziale. Secondo la dottrina in esame, nell'ipotesi prevista dall'art. 360 n. 5 c.p.c. la Corte di cassazione ha valutato l'insufficienza e la contraddittorietà della

motivazione anche in rapporto ai fatti che il giudice di merito ha ritenuto sufficienti e decisivi per la formazione del convincimento.

Questi fenomeni, studiati con estremo rigore soprattutto negli ultimi decenni sotto il profilo della individuazione della norma da applicare e della « precomprensione », presentano non minore interesse teorico e rilevanza pratica con riguardo alla *questio facti*.

Infatti, come è stato rilevato, è possibile parlare di precomprensione anche con riferimento al fatto: nella mente di chi giudica si forma un convincimento della verità dei fatti che spesso precede il loro accertamento. Ed il problema appare collegato — seppure distinto — a quello della « scienza privata » del giudice. In quest'ultimo caso il giudice « conosce » la verità, ma non può porre a fondamento della decisione fatti non provati dalle parti; nel primo caso, invece, non si tratta di conoscenza ma di « intuizione », o di conoscenza « anticipata » e pertanto poco o non razionale.

La « precomprensione » della questione di diritto e l'individuazione « anticipata » della norma da applicare richiedono un controllo del procedimento seguito dal giudice e della « giustezza » della decisione. Il convincimento anticipato circa la verità dei fatti — che ha storicamente favorito il sistema delle prove legali — impone un controllo razionale della formazione del convincimento.

9. Interpretazione e prova. Certezza del diritto e certezza della valutazione del fatto.

È frequente l'affermazione secondo cui le regole probatorie, in particolare quella sull'onere della prova, presentano natura analoga a quelle sull'interpretazione, rispondendo ad un'esigenza unitaria, cioè quella di favorire una certa ricostruzione di un determinato fenomeno.

Dissentendo almeno in parte, è stato tuttavia osservato

Convincimento
« anticipato » e
« precomprensione » nel giudizio di diritto e nel giudizio di fatto

che mentre la regola interpretativa è diretta al giudice ma nel contempo ad ogni consociato, rappresentando uno strumento essenziale per l'applicazione del diritto, le regole probatorie, viceversa, esplicano i loro effetti essenzialmente con riguardo all'accertamento processuale del fatto, delimitando i poteri delle parti e del giudice: si tratta di regole giuridiche che — secondo la tesi in esame — devono essere tenute ben distinte, in quanto attinenti a diversi momenti del processo di realizzazione del diritto oggettivo [MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 191 s.].

Il problema deve essere quindi ricondotto alla delimitazione tra questione di fatto e questione di diritto. Le questioni di interpretazione sono questioni di diritto, e le parti non hanno l'onere di convincere il giudice circa l'esattezza di una certa interpretazione. Il giudice, conseguentemente, non può limitarsi a respingere la domanda (o l'eccezione) affermando di non avere raggiunto il convincimento, ad esempio, tra due diverse tesi sostenute dalle parti circa l'interpretazione di una norma di legge o di una clausola contrattuale.

Un corretto ed agevole accertamento del fatto, così come una sicura e costante interpretazione della norma giuridica, contribuiscono peraltro alla certezza dei rapporti giuridici. Sul « bene » della certezza si è riflettuto quasi esclusivamente con riferimento alla interpretazione della norma, in particolare delle c.d. clausole generali. Soprattutto queste ultime — si pensi alla nota vicenda riguardante l'abuso del diritto — hanno suscitato timori e diffidenze, spesso eccessivi, mentre di rado sono state manifestate preoccupazioni per la « incertezza » che, in un sistema non incardinato sulla prova legale, può derivare non dalla norma e dalla sua interpretazione ma dall'accertamento del fatto e, in particolare, dalla difficoltà che la parte può incontrare nel fornire la prova.

Quest'ultimo aspetto merita di essere sottolineato: la « certezza » della situazione giuridica dipende in gran parte dalla concreta possibilità di dimostrarne l'esistenza. L'incertezza circa l'ottenimento della tutela non riguarda soltanto il

La questione interpretativa è questione di diritto

Questione probatoria e certezza del diritto

dubbio sulla interpretazione che il giudice darà di una norma ma anche — a volte, soprattutto — la possibilità di dimostrare il fatto. Recenti tematiche, quali la tutela del consumatore e dell'ambiente naturale, hanno dimostrato che la soluzione della controversia dipende spesso dall'applicazione di norme che determinano lievi difficoltà ed incertezze interpretative, mentre decisivo ai fini della composizione degli interessi risulta l'accertamento del fatto. Anche per la « novità » di alcune di queste problematiche, il legislatore del codice non si è sufficientemente soffermato su questo aspetto della tutela dei diritti, e forse difficilmente avrebbe potuto farlo.

La preoccupazione per l'esigenza di certezza dei diritti dei consociati avrebbe invece determinato — secondo una opinione diffusa alla fine dell'Ottocento — la « rigidità » del nostro sistema probatorio. I mezzi di prova sarebbero soltanto quelli espressamente previsti; la certezza non potrebbe infatti sussistere senza una precisa determinazione degli strumenti utilizzabili per provare l'esistenza dei diritti. La preventiva determinazione della forza probante del singolo mezzo di prova appare allora coerente con tale visione, in quanto la libera valutazione giudiziale dell'idoneità probatoria del fatto determina « incertezza » del regime probatorio e quindi delle posizioni sostanziali. Perfino il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice può spiegarsi alla luce di tale esigenza: il giudice deve quindi decidere unicamente in base alle prove.

La configurabilità di un principio di tassatività delle prove, da tempo messa in dubbio, viene oggi negata dalla dottrina prevalente e della giurisprudenza. Il tema delle prove atipiche impone di precisare, sia pure brevemente, i suoi rapporti con il principio del libero convincimento e con le presunzioni semplici (art. 2729 c.c.). Per quanto riguarda il primo profilo, ci sembra da condividere la tesi secondo cui l'ammissibilità di prove atipiche non rappresenta una diretta manifestazione del principio del libero convincimento. Infatti, posto che con tale principio si fa riferimento alla libera

Certezza del diritto e tassatività dei mezzi di prova

Prove atipiche, libero convincimento, presunzioni semplici

valutazione delle prove in contrapposizione ad un regime di prove legali, è ovvio che non esiste predeterminazione normativa di prove che per definizione non rientrano in alcuna previsione espressa. Piuttosto, l'«incertezza» deriva non tanto dall'ammissibilità di mezzi di prova non espressamente disciplinati quanto da un certo modo di intendere il principio del libero convincimento. Per quanto riguarda il secondo profilo, occorre almeno segnalare l'orientamento secondo cui, mancando una espressa regolamentazione, l'efficacia delle prove atipiche deve equipararsi a quella degli indizi disciplinati dall'art. 2729 c.c.

La tesi favorevole all'ammissibilità di prove atipiche non comporta tuttavia che esse possano essere acquisite al processo mediante strumenti diversi da quelli tipici, altrimenti non si darebbe luogo ad una valida prova *praeter legem*, bensì ad una prova invalida in quanto *contra legem* [L. LOMBARDO, *Profilo delle prove civili atipiche*, in *Il diritto delle prove*, Atti del convegno di Catania, 21-22 novembre 2008, Torino, 2009, 41 ss.].

Sul tema delle prove atipiche v., *infra*, cap. VIII, § 15, cap. XVI, § 29 e cap. XIX.

10. *Lacunae «in fatto» e onere della prova.*

La comprensione della funzione svolta dall'art. 2697 c.c., in quanto «regola di giudizio» (onere della prova in senso oggettivo), risulta ulteriormente facilitata se si riflette sul rapporto che esso intrattiene con l'art. 12 disp. prel. c.c., cioè sul rapporto tra lacune del diritto e lacune della ricostruzione giudiziale del fatto.

Tra i due fenomeni esistono indubbe analogie e le relative soluzioni presenti nell'ordinamento italiano rispondono ad una logica unitaria, che è quella del necessario raggiungimento della decisione. Tuttavia, nelle due ipotesi, muta pro-

fondamente, dal punto di vista metodologico e di «incidenza» dell'attività svolta, il modo in cui il giudice perviene alla decisione.

Nel caso delle lacune del diritto, come è noto, in base al principio della «completezza» dell'ordinamento giuridico, il giudice deve avere riguardo «alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe», e se il caso rimane ancora dubbio deve decidere in base ai «principi generali» (art. 12 disp. prel. c.c.).

Ora, se da un punto di vista formale può condividersi l'affermazione secondo cui mediante il sistema ricordato è la legge medesima che serve a colmare le lacune, appare evidente che al giudice è concesso un ampio margine di discrezionalità nella individuazione della norma, soprattutto se si perviene all'applicazione dei «principi generali».

Viceversa, nel caso delle lacune «in fatto», cioè quando permangono dubbi circa la ricostruzione dei fatti, il giudice deve risolvere la controversia in base ad una regola che non concede alcun margine per una valutazione delle circostanze del singolo caso. Applicando l'art. 2697 c.c. diviene irrilevante addirittura l'avvicinamento alla verità compiuto dal giudice, che tuttavia non è pervenuto al convincimento, e deve farsi riferimento unicamente alla posizione di partenza, e quindi alla scelta degli interessi compiuta in astratto, e con riferimento a tutte le diverse fattispecie, dal legislatore.

Se quindi può condividersi l'affermazione secondo cui l'art. 12 disp. prel. c.c. è indirizzato prevalentemente o esclusivamente al giudice, non ci sembra del tutto esatta quella secondo cui l'art. 2697 c.c. «finisce con l'essere una specificazione dell'art. 12 delle preleggi» [G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 157], perché alla corrispondenza delle funzioni e alla unitarietà del disegno legislativo non corrisponde una equivalenza dei criteri ispiratori delle due norme. Nella fattispecie dell'art. 12 disp. prel. c.c., infatti, sotto il manto del formalismo e dell'ossequio al principio

Art. 12 preleggi: discrezionalità giudiziale

Art. 2697 c.c.: vincolo per il giudice

Nel giudice è riposta maggior fiducia per la *quæstio iuris* che per la *quæstio facti*

Lacunae «in diritto» e lacunae «in fatto»

della divisione dei poteri si nasconde un (necessario) gesto di fiducia nei confronti del giudice, chiamato a configurare la norma del caso concreto. Nella fattispecie dell'art. 2697 c.c., viceversa, la scelta è compiuta dal legislatore, cosicché per alcuni aspetti si rimane sul piano di una regola di prova legale.

11. *Accertamento giudiziale e stragiudiziale.*

Il giudice e lo storico

L'accertamento del giudice mira a risolvere il conflitto determinatosi tra le parti circa una situazione rilevante per il diritto. All'accertamento del « fatto » segue l'applicazione della norma, nel quadro dello svolgimento della funzione giurisdizionale dello Stato.

La prima fase dell'attività del giudice, cioè quella relativa alla ricostruzione dello svolgimento dei fatti rilevanti, è stata tradizionalmente paragonata a quella compiuta dallo storico. Ma le innegabili analogie non devono spingere a trascurare differenze fondamentali: mentre lo storico non conosce limiti nella ricerca dei dati idonei alla ricostruzione dell'esatto svolgimento dei fatti, il giudice incontra i limiti derivanti dal principio dispositivo; mentre l'indagine dello storico può concludersi con la formulazione di molteplici « verosimili » ricostruzioni degli accadimenti, il giudice deve giungere ad una « verità », oppure rinunciare allo stesso accertamento dei fatti e applicare regole che gli consentono di decidere prescindendo da esso (in primo luogo l'art. 2697 c.c., ma — come si è detto — anche l'art. 2736 c.c.).

Accertamento privato

Un'attività di ricostruzione del passato e di eliminazione dell'incertezza è consentita anche ai privati. Dubbi sussistono tuttavia sui limiti e sulla stessa rilevanza giuridica di tale attività.

Le parti, infatti, oltre che richiedere l'intervento dell'organico dello Stato — il quale, applicando la relativa normativa, accerta in primo luogo lo svolgimento dei fatti eliminando la

situazione di incertezza — possono pervenire ad una soluzione convenzionale della controversia mediante strumenti diversi, tra i quali la transazione (artt. 1965 ss. c.c.). In questo caso, conformemente ai principi, è previsto espressamente come limite dell'autonomia negoziale che la controversia non abbia per oggetto diritti sottratti alla disponibilità delle parti « per loro natura o per espresa disposizione di legge » (art. 1966 c.c.).

Tale forma di risoluzione della controversia è profondamente diversa da quella giudiziale perché le parti non tendono all'accertamento della verità, sia pure con i limiti insiti nella disciplina delle prove e nell'attività umana, bensì eliminano il conflitto sorto o che sta per sorgere dando vita ad una regolamentazione del rapporto che rappresenta l'abbandono e il superamento delle rispettive posizioni di partenza.

Mentre il giudice — come lo storico — si rivolge al passato e quindi tende ad una ricostruzione che in linea di principio non comporta modificazioni rispetto allo svolgimento dei fatti e alla realtà preesistente al giudizio, le parti mediante il contratto di transazione modificano la situazione preesistente facendosi « reciproche concessioni »; sacrificano, cioè, una parte delle loro pretese e possono addirittura creare, modificare o estinguere « anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa o della contestazione » (art. 1965 c.c.). Manca, in definitiva, il fine di « dichiarare » la realtà preesistente e si cerca la composizione della lite mediante un'attività negoziale che non presenta funzione dichiarativa ma modificativa della situazione preesistente.

Un cenno a parte merita il c.d. negozio di accertamento, figura di difficile collocazione nel sistema del diritto privato già per la sua natura di negozio « atipico », a differenza della transazione, in un contesto caratterizzato dalla c.d. tipicità delle cause.

La problematica nei suoi termini generali esula dai limiti della presente trattazione. Alcuni aspetti vengono in considerazione a proposito della confessione stragiudiziale, mentre

Natura costitutiva, non dichiarativa

Negozio di accertamento e astrazione processuale

ora occorre affrontare il problema dell'incidenza di siffatti negozi sull'onere della prova. Precisamente, si tratta di verificare se — ove si ammetta la configurabilità di tale negozio nel nostro ordinamento — l'accertamento compiuto dai privati precluda, alla parte che ne abbia interesse, il ricorso all'accertamento giudiziale; o se, viceversa, all'autonomia dei privati possa essere riconosciuto soltanto il potere di determinare la c.d. astrazione processuale. In quest'ultimo caso, così come avviene nella fattispecie del riconoscimento di debito o della promessa di pagamento (art. 1988 c.c.), si determinerebbe semplicemente un esonero dalla prova della causa del negozio o di altri aspetti della vicenda intercorsa tra le parti.

La seconda soluzione appare preferibile soprattutto per evitare che il negozio di accertamento — non annullabile secondo la giurisprudenza neanche per errore di fatto — divenga inattuabile anche nel caso di oggettiva falsità di quanto accertato. Le parti avrebbero altrimenti la possibilità di utilizzare tale negozio quale espediente per manipolare la causa di altri tipi negoziali eludendo ogni controllo giudiziale.

Questione diversa, infine, è quella relativa all'accertamento stragiudiziale di titolarità del credito in connessione con l'eventuale mutamento del destinatario della prestazione. Il *solvens* si avvale in questa ipotesi di una presunzione di persistente titolarità a favore del creditore originario, che gli consente di considerare inmutato il destinatario del pagamento, o in genere della prestazione, finché non si verifichino condizioni tali da far sorgere una presunzione di titolarità a favore di un diverso soggetto [C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 264 ss.].

12. *Onere della prova e « rischio » della prova.*

Secondo un'opinione consolidata, l'art. 2697 c.c. prevede una fattispecie di onere, precisamente di onere della prova: la parte che afferma in giudizio determinati fatti ha l'onere di

provarli. La mancanza di prova, intesa come « sufficiente » attività probatoria della parte, determinerebbe quindi il rigetto della domanda o rispettivamente della eccezione.

La tesi secondo cui nella fattispecie dell'art. 2697 c.c. si configura un onere sembra confermata dalla rubrica « Onere della prova ». Ma, come è noto, questo non costituisce un dato decisivo, mentre in senso contrario si osserva che, trattandosi di onere, la parte chiamata a fornire la prova dovrebbe soccombere tutte le volte in cui « la prova medesima non è acquisita per effetto della sua propria attività processuale » [R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 399, sulla scia di R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, rist., Napoli, 1981, 110 ss.]. In base all'insegnamento tradizionale l'onere è infatti caratterizzato dalla necessaria correlazione tra l'esercizio di una facoltà e il conseguimento di un interesse. Non ricorre quindi questa figura quando il conseguimento dell'interesse non dipende necessariamente dal compimento dell'atto di esercizio [N. IRRI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligazione)*, Napoli, 1973, 78 s.].

Alla luce di tali considerazioni è stato affermato che questa correlazione « necessaria » sembra mancare nel nostro ordinamento per quanto attiene all'accertamento dei fatti nel processo, poiché il giudice può tenere conto delle prove favorevoli ad una parte anche quando queste provengono dall'altra parte, o da un terzo intervenuto nel giudizio, ed in alcuni casi — nonostante la vigenza del principio dispositivo — può addirittura ricercarle d'ufficio [SACCO, *Presunzione*, cit., 400].

La tesi esposta — a nostro avviso — trova conferma nell'orientamento giurisprudenziale in base al quale il giudice deve ricorrere alla regola in esame, per decidere la controversia in senso sfavorevole a chi non ha dimostrato i fatti su cui si basa la domanda (o l'eccezione), soltanto quando non sia possibile decidere tenendo conto di tutti gli elementi di giudizio che comunque risultino acquisiti al processo.

In conclusione, deve condividersi l'affermazione secondo cui « il cosiddetto onerato non subisce necessariamente le conseguenze della sua inerzia *in quanto tale*, ma patisce il danno pel mancato raggiungimento della prova favorevole » [Sacco, *Presunzione*, cit., 400]. La legge distribuisce il carico della prova, in base a criteri che saranno esaminati in seguito, ma non prevede un vero e proprio onere (della prova), poiché il mancato adempimento del comportamento prescritto non determina automaticamente il sacrificio dell'interesse perseguito, in quanto la domanda o l'eccezione può essere comunque accolta. Può parlarsi allora di un « rischio della mancata prova » a carico di una o dell'altra parte [Sacco, *Presunzione*, cit., 402].

Tentando di precisare la tesi esposta può dirsi che la sanzione per il mancato soddisfacimento dell'onere della prova (leggi meglio: del comportamento prescritto) non consiste nel rigetto della domanda o dell'eccezione ma nell'*aumento di rischio* che essa venga rigettata. Ciò perché il giudice può decidere in senso favorevole alla parte che, pur essendo onerata, non ha fornito la prova, quando il suo convincimento può comunque formarsi. Ed alle ipotesi già indicate deve aggiungersi — a nostro avviso — quella del fatto noto.

Preferiamo parlare di *aumento* di rischio perché una certa percentuale di rischio sussiste anche per la parte che ha fornito la prova. Infatti, come si vedrà, alla fase oggettivamente valutabile riguardante l'attività della parte di fornire la prova, subentra la valutazione della prova stessa da parte del giudice, e quindi il formarsi del suo « convincimento » circa la « verità » dei fatti. Ora, poiché il convincimento ha natura soggettiva e il mancato raggiungimento di esso risulta insindacabile se si considera che un margine di dubbio sussiste (oggettivamente) sempre, ne deriva che la parte affronta comunque un rischio probatorio. Tale rischio aumenta in proporzione alla mancanza di « forza di convincimento » della

prova fornita, e sussiste — in misura maggiore o minore in dipendenza delle circostanze — quando la parte non fornisce alcuna prova.

Quanto detto non esclude tuttavia che si possa continuare ad adoperare la terminologia tradizionale. Occorre però ribadire che la conseguenza negativa collegata all'inerzia della parte chiamata a fornire la prova non è necessaria né automatica bensì *eventuale* e, in genere, *più probabile*. Il termine « onere » viene quindi usato in senso improprio: soltanto come « carico » della prova, che una parte affronta a fini « pratici », per vedere aumentare le possibilità di « convincere » il giudice e conseguentemente di vedere accolta la sua domanda.

Non può quindi condividersi del tutto l'autorevole dottrina che, descrivendo l'onere della prova come « necessità pratica », afferma la ricorrenza della figura dell'onere, precisando che questa, a differenza dell'obbligo, ricorre quando la norma giuridica indica la condotta che è necessario tenere per conseguire un risultato giuridicamente rilevante [MICHELLI, *L'onere della prova*, cit., 59].

Al riguardo basta ribadire che se la figura dell'onere ricorre soltanto quando il comportamento è *necessario* per il raggiungimento dell'effetto, ciò non si verifica nell'ipotesi in esame, perché il convincimento del giudice sulla verità dei fatti favorevoli alla parte che li allega può formarsi indipendentemente da un'attività probatoria della parte stessa.

In definitiva, se appare certamente corretto caratterizzare la figura dell'onere rispetto a quella dell'obbligo, mettendo in luce la situazione di « libertà » concessa nel primo caso al soggetto, che può comportarsi anche in modo contrario a quanto previsto nella norma, non si avverte che, ove ricorre l'onere in senso tecnico, l'onerato — in caso di mancata attuazione del comportamento previsto — pur non andando incontro ad alcuna sanzione giuridica, incorre *sempre* in una sanzione economica, cioè nel mancato conseguimento della situazione favorevole. Conseguentemente non appare

corretto affermare — con riferimento all'onere della prova — che una certa condotta deve essere osservata dall'interessato « quando questi voglia conseguire un fine altrimenti non raggiungibile » e che l'esercizio della « facoltà » connessa all'onere è necessario per conseguire il risultato favorevole [MICHELLI, *L'onere della prova*, cit., 60].

Un onere processuale in senso tecnico: l'onere della domanda

Una conferma può trarsi contrapponendo l'« onere » della prova ad altre figure ricorrenti nel processo, quale l'onere della domanda (art. 99 c.p.c.). Infatti, mentre nel secondo caso non sussiste alcuna possibilità per il soggetto onerato di conseguire i risultati vantaggiosi collegati dalla norma all'attività prescritta, tale possibilità — sia pure in ipotesi marginali — sussiste nel caso in esame.

Dalla bipartizione obbligatoria alla tripartizione obbligatoria-obbligatorio-onere della prova

Per una migliore comprensione della problematica, sembra allora possibile sostituire alla tradizionale bipartizione delle situazioni giuridiche sopra esaminate una tripartizione:

a) *obbligo*, necessità giuridica di un determinato comportamento stabilito da una norma a carico di un soggetto, per la realizzazione di un interesse di un diverso soggetto, che gode di una correlativa situazione di potere;

b) *onere*, necessità pratica che il titolare di un potere (ad esempio, potere di agire in giudizio) lo eserciti qualora voglia ottenere un effetto favorevole, che dipende ineluttabilmente dal compimento dell'atto previsto;

c) *onere della prova*, convenienza pratica di un certo comportamento, poiché a differenza dell'ipotesi precedente non può parlarsi di « unico mezzo per conseguire il risultato favorevole » [così, invece, MICHELLI, *L'onere della prova*, cit., 68].

La nota definizione secondo cui l'onere è una facoltà, il cui esercizio è necessario per il raggiungimento di un interesse, appare quindi esatta se riferita alla situazione b), mentre sembra più corretto parlare di esercizio *normalmente necessario* con riferimento alla situazione c), cioè all'onere della prova, al fine di mettere in luce la possibilità di un giudizio favorevole nonostante il mancato adempimento dell'« onere ». Nel caso dell'onere della prova l'inosservanza del comportamento pre-

scritto non soltanto — a differenza di quanto avviene nel caso dell'obbligo — è prevista come lecita, ma addirittura può risultare priva di conseguenze sfavorevoli.

Dal punto di vista dogmatico si avverte la necessità di un approccio diverso rispetto a quello tradizionale: non più contrapposizione tra obbligo e onere, bensì contrapposizione tra le diverse figure di onere sopra delineate, al fine di potere precisare le diverse conseguenze ricollegabili al mancato soddisfacimento dell'onere.

In base a quanto detto può dubitarsi che l'art. 2697 c.c., nonostante il tenore letterale (*deve...*), contenga un imperativo, poiché la condotta del soggetto non è necessaria per il conseguimento del fine.

L'« onere » della prova indica in conclusione il mezzo utile (nella maggior parte dei casi, necessario) per il conseguimento di un dato fine. Risulta allora con maggiore evidenza la libertà del soggetto di compiere o meno l'attività prevista. Anzi, a ben vedere, rispetto alle altre figure di onere, si tratta di una libertà avente un diverso contenuto: essa non riguarda infatti la scelta sul raggiungimento del fine, ma l'incertezza sul raggiungimento del fine stesso. Precisamente, se nelle ipotesi di onere processuale diverse dall'onere della prova al mancato compimento dell'attività consegue l'impossibilità del risultato favorevole, e per questo motivo si parla di « necessità », nel caso dell'onere della prova il soggetto è libero di tendere ugualmente al risultato finale, cioè alla sentenza favorevole, pur non adoperandosi sul piano probatorio. La libertà, sia pure in margini ridotti, sussiste quindi pur quando il soggetto non rinunzia al raggiungimento del fine.

Si accentua così la *strumentalità* dell'onere: il comportamento del soggetto non è condizione essenziale e imprescindibile per il compimento dell'atto da parte dell'organo dello Stato (domanda-sentenza) ma *uno* strumento, anche se il principale, che tuttavia non condiziona ineluttabilmente il risultato finale a cui si tende.

Accentua
strumentalità
dell'onere
probatorio

L'« onere della
prova » non
della un
imperativo

Prevalenza del
senso oggettivo
dell'onere della
prova

In termini più generali si avverte che lo schema classico dell'onere della prova, soprattutto dell'alternanza di iniziative delle parti nella produzione delle prove, non coincide del tutto con la realtà. In particolare si accentua la rilevanza dell'onere della prova in senso oggettivo, segnalando ad esempio che la norma sull'onere della prova deve essere sottoposta ad una « lettura di secondo grado ». Il testo di legge prevede infatti una regola di giudizio, stabilendo quale parte il giudice deve considerare soccombente se non viene chiarito lo svolgimento dei fatti; per cui l'attribuzione dell'onere della prova si rivela soprattutto un *rischio* della prova.

Al fine del convincimento del giudice non rileva accertare la provenienza degli elementi di fatto su cui il convincimento si basa. Ma quando nessuna prova è sufficiente, quando l'incertezza permane, il giudice deve stabilire su quale delle parti grava(va) l'onere. Ciò perché il giudice deve in ogni caso decidere: deciderà a sfavore della parte su cui gravava l'onere della prova e che non è riuscita a determinare il convincimento.

Una situazione non infrequente nella prassi giurisprudenziale è quella dell'onere reciproco, che si determina quando le parti assumono — a segno invertito — l'onere della prova circa il medesimo rapporto giuridico, in particolare con una domanda principale di accertamento negativo e una domanda riconvenzionale di accertamento positivo dello stesso diritto. In questo caso, la prevalenza del significato oggettivo dell'onere è ancora più evidente, poiché la carenza probatoria riferibile ad una parte determinerà — con il rigetto della sua domanda e a prescindere dall'offerta probatoria di controparte — l'accoglimento della domanda opposta.

13. *Il diritto di fornire la prova.*

Capovolgendo l'abituale prospettiva potrebbe dirsi addirittura che l'art. 2697 c.c. attribuisce a chi agisce in giudizio il potere di creare o di rafforzare i presupposti per il conseguimento di un effetto giuridico — la pronuncia del giudice — favorevole.

Profili, attivo e
passivo, del-
l'onere della
prova

Nonostante il riferimento letterale al « dovere », come si è accennato, l'ordinamento giuridico in questo caso non obbliga il soggetto a tenere un certo comportamento, né comunque configura senz'altro una situazione passiva, bensì attribuisce un potere, il cui esercizio rappresenta il mezzo tipico, normalmente necessario ed in ogni caso utile, per il raggiungimento del fine previsto: la tutela, attraverso il processo, dei diritti soggettivi garantiti dall'ordinamento.

L'attività che il soggetto « deve » compiere non rappresenta peraltro — contrariamente a quanto affermato [MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 85] — la condizione « necessaria e sufficiente » per il conseguimento dell'effetto. Non è condizione necessaria perché l'effetto giuridico può verificarsi anche senza il compimento di tale attività. Non è condizione sufficiente perché, nonostante il compimento dell'attività, in alcuni casi può comunque non verificarsi l'effetto desiderato: ciò avviene quando il giudice, dopo aver valutato le prove fornite dalla parte onerata, che in tal senso ha svolto l'attività richiesta, non perviene al convincimento (art. 116 c.p.c.) e decide quindi la controversia in senso a lei sfavorevole.

Potrebbe rivelarsi che in questo caso l'attività richiesta alla parte sia stata svolta in modo insufficiente o errato, ma in effetti è la stessa struttura del processo legato al convincimento soggettivo del giudice, e quindi al superamento del « dubbio », ad imporre di configurare l'ipotesi di un corretto svolgimento dell'attività probatoria non seguito da un risultato favorevole. E ciò, ovviamente, a prescindere dalle ipotesi in cui l'attività non può considerarsi « sufficiente » in vista del fine desiderato, cioè la sentenza favorevole, poiché a questa non può pervenirsi per l'infondatezza della questione di « diritto »; per cui la raggiunta prova dei fatti non può in ogni caso considerarsi sufficiente per il raggiungimento del fine perseguito.

Quanto detto trova in primo luogo conferma nella circostanza che il potere-dovere del giudice di decidere nasce con la domanda, non con l'espletamento dell'attività probatoria

Assolvimento
d'onere come
condizione non
necessaria, né
sufficiente,
della sentenza
favorevole

della parte; né, peraltro, al mancato compimento di tale attività consegue automaticamente il rigetto della domanda (o dell'eccezione). Il giudice è chiamato in ogni caso, cioè indipendentemente dall'espletamento di ogni attività probatoria, a pronunciare sul merito della domanda, ed in alcuni casi la decisione potrà (e dovrà) essere favorevole alla parte che avrebbe « dovuto » fornire la prova.

Ulteriori argomenti possono trarsi dall'indirizzo dottrinale che ha posto l'accento sulla situazione « attiva » della vicenda probatoria, parlando non soltanto di onere della prova ma anche di diritto alla prova.

La parte ha il diritto di provare i fatti su cui si basa la domanda: meglio dimostrerà un certo svolgimento dei fatti, minore sarà il rischio processuale o, modificando l'angolo di visuale, più circoscritta sarà la sfera di discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove e nella formazione del convincimento. Si accentua l'aspetto del potere rispetto a quello del dovere, si mette in luce la possibilità di scelta, lasciata dall'ordinamento alla parte, di tenere il comportamento che ritiene più opportuno per il conseguimento del fine che si prefigge.

Diritto alla prova e giusto processo

Tale indirizzo ricostruttivo è oggi sostanzialmente acquisito. Del resto, la formalizzazione dei principi del giusto processo nell'art. 111 Cost. — novellato dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 — ha reso più nitida la dimensione primaria del diritto alla prova, che emerge pure nella formula del *fair trial* adottata dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Diritto alla prova e teorie pubblicistiche dell'onere

Tanto più si segue questa tendenza, quanto più ci si allontana dalle teorie pubblicistiche che nell'onere vedono un atto necessario, compiuto nell'interesse pubblico al compimento delle liti giudiziarie. Risulta viceversa evidente che ciascuna parte ha il diritto di provare i fatti che ritiene a sé favorevoli al fine di incidere sul convincimento del giudice,

nonché il diritto di avere garantito un contraddittorio sulle prove, ed infine alla effettiva utilizzazione delle prove stesse da parte del giudice nel giudizio sul fatto.

Il problema dei limiti di tali diritti si pone in primo luogo in conseguenza della regola secondo cui il giudice può respingere le offerte di prova che non appaiono utili per dimostrare i presupposti di fatto della pretesa avanzata dalla parte. Su tale direttiva si pone la tesi tradizionale secondo cui il giudice, dinanzi a due richieste di prova riguardanti lo stesso fatto, è « portato ad accogliere quella avanzata dalla parte in sfavore della quale egli dovrebbe pronunciare, se quel fatto restasse incerto oppure non dimostrato » [MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 141]. Il giudice applicherebbe in tal modo la regola di giudizio in virtù della quale ripartisce tra le parti le conseguenze della propria incertezza.

Tuttavia, se si considera l'attività probatoria svolta dalle parti come esercizio di un diritto e non soltanto come adempimento di un onere, risulta evidente che la parte ha il diritto di non vedere respinta la propria offerta di prova pur se l'onere della prova grava sull'altra parte e il convincimento provvisorio del giudice — in applicazione della regola dell'art. 2697 c.c. — è quindi orientato in senso a lei favorevole.

L'attività probatoria svolta dalla parte gravata dall'onere può infatti essere considerata dal giudice sufficiente per la formazione (definitiva) del suo convincimento: di conseguenza, secondo l'opinione più diffusa, la parte non gravata dall'onere verrebbe a trovarsi nell'impossibilità di incidere sulla formazione di tale convincimento.

Può quindi essere accolta la tesi secondo cui l'onere della prova serve a fissare « la legittimazione alla prova diretta ed alla prova contraria » [MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 141], precisando tuttavia che l'ordine logico e temporale assegnato all'attività probatoria delle parti — cioè la precedenza accordata alla prova diretta mentre solo in caso di esito positivo si dà luogo alla prova contraria — non si risolve in una viola-

Il diritto alla prova della parte non gravata dall'onere

zione del diritto alla prova della parte non gravata dall'onere soltanto se l'esercizio di tale diritto viene in ogni caso garantito.

Non del tutto esatta ci sembra invece l'affermazione secondo cui la prova offerta può apparire « irrilevante, in quanto prodotta da chi non ne è onerato » [MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 145]. Infatti, anche quando tale offerta di prova non configura una inversione dell'onere — l'ipotesi dell'inversione deve considerarsi eccezionale — non può negarsi la rilevanza della prova offerta dalla parte non onerata, perché essa può contribuire alla formazione del convincimento. Non bisogna dimenticare che mentre la mancata formazione del convincimento non danneggia la parte non onerata che non è stata ammessa a provare, viceversa se il giudice perviene al convincimento in base alle prove fornite dalla parte gravata dall'onere, emerge la lesione del diritto alla prova (e dell'interesse sostanziale) della parte non ammessa a provare in quanto non gravata dall'onere.

In definitiva, anche la parte non gravata dall'onere ha diritto di fornire la prova. Essa si trova in una posizione di vantaggio rispetto all'altra parte, perché la sua attività costituisce esclusivamente esercizio di un diritto (a cui quindi non è collegato alcun effetto sfavorevole), mentre per la controparte l'attività probatoria costituisce nel contempo adempimento di un onere, con la conseguente sanzione in caso di inadempimento.

Con riferimento al diritto alla prova di entrambe le parti è stato inoltre sostenuto che dovrebbe valere il principio secondo cui il giudice non può rifiutare l'ammissione di una prova affermando di avere già raggiunto il convincimento, poiché proprio quella prova potrebbe incidere sul convincimento stesso [M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 97 ss.].

La tesi ci sembra da condividere, con la precisazione che l'esercizio del potere del giudice dovrà essere considerato

viziato se ha condotto alla non ammissione di una prova potenzialmente idonea a giustificare una conclusione opposta a quella accolta, in fatto, nella sentenza.

La rilevanza costituzionale del diritto alla prova (art. 24 Cost.) esclude in particolare che l'esercizio di tale diritto possa subire limitazioni in conseguenza del principio di economia processuale. I limiti vanno unicamente individuati in base alle finalità dilatorie e quindi abusive eventualmente perseguite dalla parte, come risulta ad esempio dall'indirizzio di legittimità sull'interrogatorio formale c.d. defatigatorio.

La parte, in definitiva, ha il diritto di fornire la prova limitando correlativamente il potere discrezionale del giudice di considerare « veri » i fatti allegati. La parte gradua lo sforzo probatorio in ragione della sua utilità per il raggiungimento del fine perseguito, cioè della sentenza favorevole, ma soprattutto in rapporto alla evidenza dei fatti. Ad esempio, una prova estremamente costosa sarà evitata se si ritiene superflua, in quanto la verità dei fatti allegati risulta evidente in base alle circostanze. Soltanto in tal senso può ritenersi esatta la rilevanza attribuita alla coazione psicologica, esercitata dalla minaccia del mancato raggiungimento del fine, nella determinazione della condotta seguita dalla parte.

A descrivere la complessa situazione in esame, caratterizzata come si è visto da un intreccio di posizioni attive e passive, possono forse servire in una certa misura le teorie che, con riferimento ad analoghi fenomeni riscontrabili nell'ambito del diritto privato, in base alla distinzione tra responsabilità del soggetto nei confronti del terzo e responsabilità verso se stesso, hanno individuato la fattispecie della *autore sponsabilità*, intesa come aspetto della autonomia privata. Queste teorie, in particolare, colgono esattamente l'aspetto pratico ed economico della vicenda: il soggetto che vuole conseguire un certo effetto giuridico « deve » agire di conseguenza, ma il concetto di responsabilità non implica la necessità della conseguenza sfavorevole. Chi non rispetta le norme

di prudenza e di diligenza può determinare un danno, ad altri o a se stesso; chi non soddisfa l'onere probatorio può molto facilmente andare incontro ad una pronuncia sfavorevole.

Il collegamento tra il mancato esercizio dell'attività probatoria e le eventuali conseguenze sfavorevoli risponde tra l'altro alle caratteristiche del processo basato sul principio dispositivo. Essenziale tuttavia è che alla parte sia concessa la possibilità di fornire la prova, cioè la possibilità di un effettivo esercizio del diritto alla prova.

14. *Il diritto alla esibizione della prova.*

Mentre la concezione del diritto alla prova quale diritto di fornire la prova può considerarsi un'acquisizione della dottrina più recente, da lungo tempo si discute sulla configurabilità di un diritto, spettante ad una parte nei confronti della controparte o di un terzo, per quanto riguarda la esibizione dei mezzi di prova (ad esempio, documenti). In tal senso, quindi, per diritto alla prova si intende il diritto della parte di ottenere dalla controparte o da terzi i mezzi di prova utili per l'accertamento dei fatti su cui si basa la sua pretesa.

La questione risulta espressamente disciplinata nel vigente codice di procedura civile per quanto riguarda il terzo (artt. 118 e 210). Queste norme prevedono doveri del terzo di subire ispezioni, di esibire in giudizio (su ordine del giudice emesso dietro istanza di parte) documenti o altre cose, di cui si ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Secondo alcuni, non può tuttavia parlarsi di un diritto alla prova della parte nei confronti del terzo: il dovere di quest'ultimo si baserebbe su un principio di solidarietà sociale e si configurerebbe nei confronti dello Stato, non della parte o del giudice [MICHELLI, *L'onere della prova*, cit., 159].

Maggiori difficoltà si presentano quando il mezzo di prova si trova a disposizione della controparte e questa non lo produce spontaneamente in giudizio. Fatte salve ipotesi spe-

cifiche, l'opinione tradizionale riteneva — come è noto — che al riguardo dovesse valere il principio *nemo tenetur edere contra se*, visto come corollario del principio *actori incumbit probatio*.

Tra le argomentazioni adottate più di recente per spiegare il principio in base al quale nessuno è obbligato a tenere un comportamento a sé pregiudizievole, senz'altro da respingere appare quella secondo cui riconoscere all'attore il diritto alla collaborazione dell'avversario nella produzione delle prove determinerebbe una inversione dell'onere della prova. A ben vedere, né la richiesta del mezzo di prova detenuto dalla controparte, né l'eventuale attività di quest'ultima, incidono sulla ripartizione dell'onere probatorio o, tanto meno, sull'onere della prova quale regola di giudizio, cioè sul rischio della prova. Infatti, se nonostante la produzione del mezzo di prova detenuto dalla controparte il giudice non perviene al convincimento, sarà la parte su cui gravava l'onere — e che aveva preteso la produzione del mezzo di prova — a soccombere in giudizio.

Si tratta piuttosto di accertare se il giudice possa o debba ordinare l'esibizione del mezzo di prova.

Senza altro da preferire appare la prima soluzione, ed occorre allora chiedersi se ciononostante possa parlarsi di un diritto alla prova della parte richiedente. A nostro avviso, la risposta deve essere positiva, perché il potere del giudice, di natura discrezionale, non è dissimile da quello che l'organo giurisdizionale esercita in tutti i casi in cui deve decidere sulla rilevanza e l'ammissibilità di un mezzo di prova. Il giudice, cioè, non può esimersi dall'ordinare l'esibizione se il mezzo di prova deve considerarsi rilevante.

Sull'ordine giudiziale di esibizione, è opportuno rammentare la riforma tedesca del 2001, che ne ha consentito la pronuncia d'ufficio anche nei confronti del terzo ed anche se questi non abbia un obbligo sostanziale di ostensione del documento. Il nuovo testo del § 142 ZPO, che legittima addirittura l'arresto del terzo in caso di ostinata renitenza, dà la misura dell'importanza che gli ordinamenti moderni riconoscono all'acquisizione documentale in funzione del diritto alla prova.

Volendo definire la pretesa della parte, soprattutto con riferimento ai documenti in possesso della controparte, già

Diritto all'esibizione verso il terzo

Diritto all'esibizione nei confronti della controparte

Diritto all'esibizione e discrezionalità del giudice

§ 142 ZPO

L'actor ad exhibendum

da tempo dottrina e giurisprudenza hanno elaborato un'azione *ad exhibendum*, secondo alcuni tuttavia inammissibile in quanto limiterebbe la libera determinazione nello svolgimento dell'attività probatoria. Più in generale, inoltre, non bisogna dimenticare il possibile conflitto con altri diritti di chi detiene il mezzo di prova.

Ancora, con riguardo alla posizione delle parti, occorre brevemente trattare la questione — studiata in genere con riferimento ai documenti — se in capo alla parte a cui viene richiesto di presentare il mezzo di prova si configuri un onere. Ad avviso di alcuni, infatti, la parte sarebbe libera di presentare il mezzo di prova richiesto, sottoponendolo alla valutazione del giudice, oppure di non esibirlo sopportando le conseguenze sfavorevoli della sua condotta, cioè il formarsi di un indizio o di una presunzione a proprio sfavore.

A ben vedere, tuttavia, come è stato osservato [MICHELLI, *L'onere della prova*, cit., 166], nel caso in esame non si ravvisa un atto di esercizio di un potere(-dovere) a proprio vantaggio, bensì l'osservanza o l'inosservanza di un ordine del giudice.

La confusione tra le due figure è stata probabilmente determinata dalle conseguenze giuridiche che derivano dalla mancata presentazione: il giudice, infatti, tiene conto del comportamento renitente della parte nella valutazione degli elementi di fatto su cui si basa il convincimento; si tratta, cioè, di una sanzione molto simile alle conseguenze negative generalmente collegate al mancato soddisfacimento dell'onere della prova.

Tali conseguenze giuridiche si spiegano d'altronde proprio in considerazione della posizione di parte del soggetto nei cui confronti viene rivolto l'ordine del giudice, poiché il comportamento della parte rileva ai fini della decisione (art. 116 c.p.c.). Risulta altresì chiara la ragione delle diverse sanzioni (pecuniarie, penali) previste nei confronti del terzo, non incidenti sull'esito del processo.

Conviene infine segnalare che, secondo un consolidato indirizzo di giurisprudenza, l'ordine di esibizione non può supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova che gravi la parte istante. In particolare, con evidente richiamo del principio di autorevolezza, si nega alla parte istante l'ordine di esibizione di un documento che essa avrebbe potuto acquisire e produrre in giudizio.

15. *La natura dell'art. 2697 c.c. e le ragioni di una regolamentazione dell'onere della prova nel codice civile.*

Un tradizionale dibattito riguarda la natura della norma sull'onere della prova. Precisamente, si controverte se la natura sia sostanziale o processuale e la questione — come è noto — non ha soltanto un valore teorico, rilevando sotto vari profili, tra cui l'applicazione della norma di diritto internazionale privato e di quelle atinenti alla successione delle leggi nel tempo.

La controversia, che per un certo tempo era sembrata soprirsi, si è riaccesa con riguardo al sindacato di legittimità sulle sentenze equitative che abbiano violato la regola dell'onere, poiché — secondo un'impostazione schematica — la natura sostanziale di quella regola definirebbe un *error in iudicando*, non censurabile dalla Cassazione, mentre la natura processuale implicherebbe un *error in procedendo*, soggetto al vaglio della Corte. Peraltro, sembra affermarsi una terza tesi, secondo la quale si tratterebbe di una regola di diritto sostanziale, presidiata tuttavia dai giudici di legittimità in quanto « principio informatore » del sistema delle garanzie giurisdizionali.

La tesi che assegna natura sostanziale alla norma in questione si basa soprattutto sulla circostanza che i fatti costitutivi, modificativi o estintivi, che si tratta di provare, sono disciplinati da norme di diritto sostanziale.

Esibizione,
onere della
prova e
autorevolezza
della

Natura della
regola
sull'onere

La regola del-
l'onere come
principio
informatore

Tesi
sostanzialistica

Tesi
processualistica

La tesi processualistica afferma di contro che la prova si ha soltanto nel processo e che l'attività probatoria delle parti presuppone il processo, in particolare il processo retto dal principio dispositivo. La regola sull'onere della prova si rivolgerebbe inoltre al giudice, cioè ad un organo del processo, prescrivendogli una certa attività processuale per il caso che non venga fornita la prova.

Critica

Modificando la tesi sostenuta nella prima edizione della sua opera sulla *Beweislast*, uno dei maggiori cultori della materia ha osservato che la tesi processualistica potrebbe forse accettarsi se la regola sull'onere della prova, intesa in senso oggettivo, trovasse applicazione soltanto nei procedimenti retti dal principio dispositivo e non in tutti gli altri [ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 79 ss.]. Inoltre, l'affermazione di segno contrario che sembra più convincente, cioè quella secondo cui la regola sull'onere della prova presuppone il processo, risulta in effetti errata. Infatti, poiché l'applicazione di molte norme del diritto sostanziale presuppone il processo, dovrebbe dirsi che esse hanno natura processuale. In altri termini, se si afferma che le norme sull'onere della prova servono soltanto alla realizzazione del diritto nel processo, o sono regole di applicazione del diritto, si finisce per attribuire natura processuale a molte norme civilistiche. Ciò perché il diritto civile regola i presupposti di applicazione delle norme di tutela dei diritti e stabilisce — espressamente o tacitamente — gli elementi costitutivi delle fattispecie negoziali.

Argomenti per
la tesi
sostanzialistica

Ai fini della soluzione del problema, in primo luogo, non può essere trascurata la sede prescelta dal legislatore per la previsione della norma generale sull'onere della prova. Infatti, a parte gli argomenti testuali ricavabili dai lavori preparatori, ci sembra che la norma sia servita soprattutto a completare un sistema caratterizzato da un reticolato di disposizioni riguardanti l'onere della prova nei diversi settori del diritto privato. Superando la norma di derivazione francofona prevista nel codice ottocentesco, il codice civile vigente ha privilegiato una certa sistemazione, che tuttavia non significa distacco dalla precedente visione — di tipo sostanziale — del fenomeno.

D'altra parte, anche la tesi secondo cui l'art. 2697 c.c. contiene una norma processuale in quanto offre al giudice la regola per decidere in caso di dubbio, ripartendo le conse-

guenze della mancata o insufficiente prova, afferma che tale ripartizione acquista un contenuto concreto soltanto se riferita al rapporto giuridico fatto valere in giudizio. La norma processuale non potrebbe quindi operare senza recepire dal diritto sostanziale la qualifica attribuita agli elementi della fattispecie.

Un argomento decisivo per il riconoscimento della natura sostanziale può ancora ricavarsi dalla norma dell'art. 2698 c.c., che ammette la stipulazione di patti diretti a modificare l'onere della prova. Se infatti la norma sull'onere avesse carattere processuale non dovrebbe essere concesso alcuno spazio all'autonomia privata, poiché le parti non possono modificare mediante contratti le regole del processo atinenti all'attività del giudice [MICHELLI, *L'onere della prova*, cit., 417 ss.].

In base a quanto detto, sembra infine da condividere il diffuso insegnamento secondo cui il vizio collegato all'applicazione della norma sull'onere della prova debba essere ricondotto all'art. 360 n. 3 c.p.c.

Natura del vizio
rescindente

Bibliografia.

1. Sull'influenza dell'onere della prova ai fini del giudizio, v. G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali. Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova*, in *Foro it.*, 1971, V, 177 ss.; H. STOLL, *Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel*, in *AcP*, 176, 1976, 149 ss.; M. NISSEN, *Das Recht auf Beweis im Zivilprozess*, Tübingen, 2019.
- Per una analisi sulla regola dell'onere della prova v. L. P. COMOCIO, *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2016, sub art. 2697, 291 ss.; e la raccolta di contributi in *Giur. it.*, 2018, 2516 ss.

2. Per un'esposizione della classica tesi che riconduce la regola dell'onere alla ragione e al buon senso, F. BOULANGER, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 736 ss., il quale pone in rilievo il collegamento esistente con l'idea della neutralità del giudice, sottolineando la necessità di « andare oltre la ragione ed il buon senso » e di predisporre soluzioni differenziate alla luce delle

Regola dell'onere e buon senso

esigenze specifiche che si presentano nelle diverse materie. Riferimenti alla « ragione » e alla logica anche in J. RODIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Berlin-Heidelberg-New York, 1973, 112 ss.

Per G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, rist., Napoli, 1965, 788 ss., la regola dell'onere risponde ad un principio di giustizia distributiva ispirato alla considerazione di ciò che è normale e anormale, regola ed eccezione.

Sull'evoluzione della regola nel processo romano, ove la massima *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* esprime il punto d'arrivo della prassi repubblicana, G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, 1960, 383 ss.; anche G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus*, 1960, 397. Con riferimento ai secoli successivi, G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Trattato di storia del diritto italiano*, diretto da P. DEL GIUDICE, III, 2, Milano, 1927, 407 ss.; J. GILLESSEN, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, 1979, 625 ss.

La « debolezza » nelle legislazioni ottocentesche, francese e italiana, del diritto delle prove, « accantonato » nella materia delle obbligazioni, era segnalata da H. VALLETON, *Il diritto delle prove nel progetto italo-francese di un Codice delle obbligazioni*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, IV-V, 1, 1930, 381 ss., il quale avvertiva l'esigenza di una regola generale. Sulla scelta compiuta dal codice vigente, V. DENTI, *Le prove nel processo civile*, Milano, 1972, 89, il quale afferma che il trapianto della disciplina sulle prove nel Libro sulla tutela dei diritti « ha reso un tardivo omaggio alla sistemica pandettistica ». Affastellando norme aventi talvolta il sapore di relictii archeologici ». In termini generali, sul pensiero di V. DENTI, v. A. GENTILI, *Le prove civili nel pensiero di Vittorio Denti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 417 ss.

Per la duplice funzione della regola dell'onere, già prima della sua codificazione, F. CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 3 ss.; successivamente, L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Stati in onore di E.T. Liebman*, II, Milano, 1979, 1464 s.

La funzione che la regola esercita nel consentire al giudice di emettere in ogni caso una pronuncia di accoglimento o di rigetto della domanda, anche qualora persista il dubbio circa la verità dei fatti, è messa in luce soprattutto da MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 177 ss.

Cfr. altresì, M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 429, che rileva una « funzione pubblicistica » della regola sull'onere della prova.

Nella dottrina tedesca, v. P. ARENS, *Zur Problematik von non-liquet Entscheidungen*, in *Festschrift für W. Müller-Freienfels*, Baden-Baden,

1986, 13 ss.; E. SCHMIDT, *Die Beweislast in Zivilsachen — Funktionen und Verteilungsregeln*, in *Jus*, 2003, 1007 ss.; G. BAUMGÄRTTEL-H.G. LAUMEN-H.G. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast*, 4ª ed., Köln, 2018.

Per altre esperienze giuridiche v. L. KARLOW, *Burden of Proof*, in 121 *Yale L.J.*, 2012, 738 ss.; T. ANDERSON-D. SCHUM-W. TWINING, *Analysis de la prueba*, Traducción coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Madrid, 2015; N. HOFMANN, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, 2016; A. AVNÈS et X. VUITTON, *Droit de la Preuve. Principes et mise en oeuvre processuelle*, Paris, 2017; J.F. BELTRAN, *La c.d. « carga dinámica » della prova: tra equitoc e superfluida*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 897 ss.

L'art. 2697 c.c. è stato qualificato vera e propria norma in bianco, la quale abbisogna di essere integrata mediante l'identificazione dell'effetto voluto dall'attore ed inoltre mediante l'inserzione dell'effetto tramite la tripartizione dei fatti (costitutivi, estintivi, impeditivi) nell'intera esperienza normativa: ANDRIOLI, *Prova*, cit., 293.

Si è detto, allora, che il criterio enunciato dall'art. 2697 c.c. ha il vantaggio di essere semplice e generalissimo, ma l'inconveniente di essere meramente formale, operando quale mezzo di rinvio alla norma sostanziale: M. TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, 68. In senso critico, v. anche J. NIEVA-FENOLL, *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 1195 ss.

La natura suppletiva della regola dell'onere ha indotto F. CARNELUTTI, *Dritto e processo*, Napoli, 1958, 264, a parlare di « surrogato di prova ». In realtà, non si tratta di prova, ma neanche di un surrogato, bensì di una regola avente natura sostanziale che — come detto — presuppone l'infuttuoso superamento della fase probatoria.

La regola posta dall'art. 2697 c.c. costituisce una « disposizione di chiusura », che opera se ed in quanto non esistano previsioni speciali: L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, 3ª ed., Torino, 2010, 249 s.

Secondo l'impostazione classica, efficacemente riassunta da V. COLESANTI, *Eccezione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 173, l'attività difensiva del convenuto può concretarsi: a) nella semplice negazione del fondamento della domanda attrice, o anche nella mera negazione del fatto costitutivo affermato dall'attore; b) nella contrapposizione di un fatto impeditivo o estintivo, tale da escludere gli effetti giuridici del fatto costitutivo affermato dall'attore (pagamento, simulazione, novazione, ecc.); c) nella contrapposizione di fatti impeditivi o estintivi tali da dare al convenuto il potere di resistere all'azione (eccezione di prescrizione, incapacità, errore, dolo o violenza, ecc.).

Evoluzione storica della regola dell'onere

La regola dell'onere da norma di settore a norma generale

La duplice funzione della regola dell'onere

La regola dell'onere come norma in bianco o norma di rinvio

Natura suppletiva della regola dell'onere

Regola dell'onere e strategie difensive del convenuto

Semplificazione analitica e principio di simultaneità

Sui problemi posti dalla semplificazione analitica della fattispecie, COMOLIO, *Le prove civili*, cit., 185 ss., per il quale i soli criteri logico-formali non consentono di superare il c.d. principio di simultaneità (ogni fatto può essere astrattamente qualificato come costitutivo o — a segno invertito — come impeditivo), essendo necessario valorizzare parametri concreti basati sulla normalità dell'evento e sulla vicinanza alla prova.

In tema di principio di « vicinanza alla prova » anche in un'ottica comparatistica, v. C. Besso, *La vicinanza alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss. Sull'onere della prova nel processo tributario, v. G.M. GIROLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005, 511 ss.

Onere come *Interessenzwang*

3. Circa la struttura dell'onere, ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 60, parla di « necessità pratica » (*praktische Notwendigkeit*). Per il « costringimento » che deriva dal proprio interesse, E. BETTI, *Dovere giuridico (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 57.

Iudex secundum allegata et probata iudicare debet

Sulle origini del principio, attribuito alla Scuola di Bologna, secondo cui il giudice deve giudicare *secundum allegata et probata*, G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, 35 ss., il quale rileva che il dibattito sorse allo scopo di evitare non tanto il potere inquisitorio del giudice quanto l'uso che quest'ultimo potesse fare della scienza privata. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, 111 ss., ravvisa nel dovere in esame una delle principali ragioni di diversità dell'attività del giudice rispetto a quella dello storico.

Per i ricorrenti dubbi in ordine all'esistenza di un principio dispositivo in materia di prove, E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 602; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano, 1962, 359 ss.; Id., *Iniziativa probatoria del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, ora in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 143 ss.; V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, ora in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, 98 ss.; una posizione più estrema assume E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 380 ss., il quale nega che il primo comma dell'art. 115 c.p.c. contenga alcun riconoscimento del principio dispositivo e ravvisa nella norma citata il fondamento testuale del « diritto alla prova ».

La nostra dottrina più recente, nell'ambito di una vasta polemica sui fini della giustizia civile e sul ruolo attivo del giudice, insiste talora sulla funzione garantistica della regola dell'onere, che si vuole presidio dalla deriva paternalistica del processo (G. MONTIPELLONE, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (Cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir.*

proc., 2007, 863 ss.) e baluardo contro un'esasperazione della ricerca di c.d. verità materiale affidata all'organo dello Stato (Id., *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, *ivi*, 2008, 123 ss.).

Per i riferimenti dottrinali meno recenti dell'orientamento contrario, v. A. PALMIERI, *La prova contraria nei giudizi civili: lo stato delle questioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1213, 1214 nota 73.

Sull'attuazione del principio dispositivo in ambito probatorio nei giudizi relativi alla protezione internazionale, v. M. ACIERNO e M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Riv. persona e mercato*, 2017, 31 ss.

4. L'onere dell'allegazione quale istituto autonomo rispetto all'onere della prova è ammesso, tra gli altri, da BOLAFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 100; E.T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 450; S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 156; COLESANTI, *Eccezione*, cit., 200 s.; G. DE STEFANO, *Onere (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 120. La rilevanza dell'allegazione si coglie anche con riferimento ai c.d. fatti semplici o secondari. Si sostiene infatti che il giudice non possa introdurre, come temi di prova, fatti secondari non allegati dalle parti: CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., 339 ss.; B. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, Milano, 1968, 9 ss.; G. TARZIA, *Il litesconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 349 ss., spec. 351.

Riteneva inutile il concetto di onere d'allegazione F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2ª ed., Roma, 1947, 21 ss., che ammette la necessità dell'affermazione del fatto perché se ne abbia la fissazione nella sentenza, ma nega che sia concepibile una distribuzione dell'onere dell'affermazione parallela o analoga a quella dell'onere della prova. In senso contrario, oltre a quanto affermato nel testo, può osservarsi che il C. non tiene conto, a questo proposito, dei fatti notori, per i quali a nostro avviso occorre configurare un onere di allegazione. V. anche S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Studi in onore di E. Fazzolari*, III, Milano, 1993, 23 ss.

È condivisibile la tesi che, muovendo dalla distinzione tra fatti principali e fatti secondari, da cui inferire l'esistenza dei primi, afferma l'onere di allegazione soltanto per i primi, mentre ritiene possibile che i secondi vengano presi in esame dal giudice, anche se non allegati dalla parte interessata, purché comunque essi emergano dal contraddittorio: GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 23 ss.; TARZIA, *Il litesconsorzio facoltativo*, cit., 350 ss.; COMOLIO, *Le prove civili*, cit., 301 ss., che esige l'allegazione anche del notorio, ove integri fatto principale.

Dubbi sull'esistenza del principio dispositivo

Regola dell'onere, principio dispositivo, fini del processo civile

Onere di allegazione: tesi affermativa

Onere di allegazione: tesi negativa

Onere di allegazione: fatti principali e fatti secondari
Onere di allegazione, onere della prova, fatto presunto

Non seguendo l'opinione più diffusa, M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 19, ammette che una parte possa allegare anche fatti rispetto ai quali non è gravata dall'onere della prova.

Contraria all'opinione che ravvisa l'autonomia dell'onere di allegazione è la teoria che scorge un perfetto parallelismo tra onere della prova e onere dell'allegazione, per cui dovrebbero essere allegati solo i fatti che devono essere provati e non quelli che costituiscono oggetto di una presunzione legale: SACCO, *Presunzione*, cit., 416 s.; analogamente, F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 101 s.; in senso critico, CASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 94 ss., 261 ss.

La tesi secondo cui anche i fatti presunti devono essere allegati è sostenuta da G. VERDE, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 630.

Anche i fatti notori devono essere allegati dalla parte, perché alla parte spetta dichiarare se intende utilizzare i loro effetti giuridici: W. ENDEMANN, *Die Beweislehre des Zivilprozesses*, Heidelberg, 1860, rist., Aalen, 1973, 79, nella dottrina italiana, GIOVENDA, *Principi*, cit., 779; V. DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 265 ss.

In senso contrario, L. MONTESANO, *Osservazioni sui fatti notori*, *ivi*, 222 ss.; Id., *Le prove disponibili d'ufficio*, cit., 1462, nota 25, il quale ammette che il giudice possa utilizzare la fonte notoria di prova anche se estranea alle allegazioni in fatto della parte, « perché la notorietà esclude il sospetto di parzialità inerente all'autonomia acquisizione della fonte stessa da chi deve valutarla ».

Per un riesame della questione dell'onere di allegare fatti secondari e fatti notori, alla luce della tesi volontaristica dell'allegazione come *Willenserklärung*, D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 120 ss.

Prevale la tesi che consente l'allegazione alternativa di fatti tra loro incompatibili (E. ALLORIO, *L'insconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale*, in *Giur. it.*, 1947, IV, 73 ss.), essendo ormai superata la risalente opinione contraria (C. SCANDIANI, *Patologia della posizione del fatto nel processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 174 ss.).

Sull'onere di allegazione e di prova nel diritto internazionale privato, con particolare riferimento ai contratti dei consumatori, v. P. MANKOWSKI, *Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsände des internationalen Verbraucherprozess- und Verbrauchertragsrechts*, in *IPRax*, 2009, 474 ss.

In tema di obbligo di dire la verità e onere di allegazione, v. G. BAUMGÄRTEL, *Treu und Glauben, gute Sitten und Schikanenverbot im Erkenntnisverfahren*, in *ZfP*, 69, 1956, 104 s.; F. ASTONE, *Il diritto di venire*

contra factum proprium, Napoli, 2004; A. CARRATTA, *Donere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 2014, 47 ss., spec. 63 s.; S. PATTI, *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, *ivi*, 2021, 25 ss.

Nel senso che la lealtà processuale non possa andare del tutto disgiunta dalla verità, v. M. GRADI, *L'obbligo di dire la verità delle parti*, Torino, 2018, XXI, 515 s.

Nella esperienza tedesca, dottrina e giurisprudenza ritengono che il principio di buona fede possa incidere anche sulla ripartizione dell'onere della prova, imponendo alla parte non onerata di fornire informazioni di cui dispone per agevolare la parte onerata, informazioni di cui quest'ultima non può disporre o può disporre con uno sforzo sproporzionato: per riferimenti cfr. D. LOOSCHELDERS-D. OIZEN, in *Staudingers Kommentar zum BGB § 242*, Berlin, 2019, Rn. 1115.

V. altresì W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, 14 s. con riferimento alla eventuale condanna al risarcimento del danno della parte che viola l'obbligo di verità.

Ritengono che « il più grande nemico » della verità processuale sia l'errore e non la menzogna, e che « i confini tra errore e menzogna sono spesso molto labili », R. BENDER-A. NACK-W.D. TREUER, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 3^a ed., München, 2007, 3 ss.

In termini generali, sul problema del conseguimento della "verità" nel processo si rinvia soprattutto agli studi di TARUFFO, *La semplice verità*, cit.; Id., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 132; Id., *La verità nel processo*, *ivi*, 1117; Id., *Verità e prova nel processo*, *ivi*, 2018, 1305; Id., *Tre distinzioni intorno alla verità*, *ivi*, 2018, 133.

5. Sull'onere della prova in senso soggettivo o formale, ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 16 ss., e, nella dottrina italiana, VERDE, *L'onere della prova*, cit., 15 ss.

Sull'onere della prova in senso oggettivo o sostanziale, ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 24 ss.; nella nostra dottrina, soprattutto, MICHELLI, *L'onere della prova*, cit., 177 ss.

Per altre indicazioni sulla distinzione, coniata dalla dottrina austriaca e ricevuta da quella tedesca, H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München, 1983, 6. Intorno ai concetti, spesso ritenuti equivalenti, di *Beweisführungslast* e di *subjektive Beweislast*, H.J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin-New York, 1975, 36 ss. Secondo ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 20 s., la discussione sulla natura del « provare » — se *Last* o *Pflicht* — ha senso solo se riferita all'onere della prova in senso soggettivo.

Anche in diritto svizzero si distingue tra onere della prova in senso soggettivo e onere della prova in senso oggettivo. Poiché la fase istruttoria del processo è disciplinata dal diritto dei cantoni, che, ad esempio,

Onere della prova in senso soggettivo e in senso oggettivo

Teoria negoziale dell'allegazione alternativa

Onere di allegazione e fatti notori

stabilisce quali mezzi di prova sono ammissibili e devono essere valutati, si ritiene che anche l'onere della prova in senso soggettivo sia regolato dal diritto dei cantoni. L'art. 8 del codice civile (ZGB) disciplina invece l'onere della prova in senso oggettivo, e quindi le conseguenze del mancato raggiungimento della prova, stabilendo che il giudice deve decidere a sfavore della parte che avrebbe basato il suo diritto sulla prova del fatto. Attraverso l'art. 8 ZGB il legislatore svizzero ha inteso garantire l'attuazione uniforme del diritto privato della Confederazione: cf. H. HAUSHEER, M. JAUN, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, 2001, 155.

Per la distinzione tra *burden of producing evidence* e *burden of persuasion*, J.B. THAYER, *The Burden of Proof*, in 4 *Hart. L. Rev.*, 1890, 45 ss.; Id., *A Preliminary Treatise on Evidence*, Boston, 1898, 355 ss.; J.T. McNAUGHTON, *Burden of Production of Evidence: A Function of the Burden of Persuasion*, in 68 *Hart. L. Rev.*, 1955, 1382 ss.; E.M. MORGAN, *Some Problems of Proof under the Anglo-american System of Litigation*, New York, 1956, 70 ss.; R. CROSS, *Evidence*, 5ª ed., London, 1979, rist., London, 1982, 85 ss.; R. CROSS, N. WILKINS, *An Outline of the Law of Evidence*, 5ª ed., London, 1980, 26 ss.; J.D. HEYDON, *Evidence. Cases and Materials*, 2ª ed., London, 1984, 13 ss.

Onere oggettivo e giuramento suppletorio

Con riferimento all'onere della prova in senso oggettivo ed al giuramento suppletorio, CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 114, parla di « espedienti un po' grossolani ma sbrigativi, che servono a trasformare la perplessità psicologica in certezza giuridica ».

Il carattere alternativo dei due istituti — sostenuto da PUGLIATTI, *Conoscenza*, cit., 105 — è negato da ANDRIOLI, *Prova*, cit., 299 s., il quale osserva che soltanto il giuramento incontra i limiti dell'art. 2739 e dell'art. 2736, comma 2, c.c.; a ben vedere, tuttavia, quelli indicati costituiscono appunto i limiti del concorso alternativo, che ricorre nelle altre ipotesi, cioè quando è ammissibile il giuramento suppletorio.

Poco convincente al riguardo F. CARRELLI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 763, 767, laddove afferma che il giuramento suppletorio è « un correttivo dell'onere della prova ».

Semiplena probatio e regola dell'onere

Si è osservato che ricorrere alla regola di giudizio *ex art.* 2697 c.c. pur in presenza di *semiplena probatio* implica dispersione della prova già raggiunta, comunque « migliore » — se convalidata dal giuramento — rispetto all'esito determinato dalla regola formale (F. FERRARI, *La « prova migliore »*, *Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004, 303 ss.).

Onere soggettivo e principio di acquisizione

Sul principio di acquisizione processuale, M. TARUFFO, *Le prove*, in L.P. COMOCILIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., Bologna, 2006, 439 s., che ne trae

argomento per escludere la sussistenza dell'onere in senso soggettivo. Contrariamente a quel che ritiene parte della dottrina, non ricorrerebbe un onere della prova in senso soggettivo neppure come « onere incompleto » (Id., *Onere della prova*, cit., 73, nota 64). V. anche D. TURRONI, *Produzione e acquisizione del documento nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 175 ss.

Sulla c.d. relatività del vincolo di indisponibilità delle prove documentali, G. RUFFINI, *Produzione ed esibizione dei documenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 433 ss., secondo il quale non ci troveremo di fronte ad un'applicazione del principio dispositivo, ma ad un'irragionevole deviazione dal principio di acquisizione, che dovrebbe viceversa garantire la stabilità del quadro probatorio.

Secondo COMOCILIO, *Le prove civili*, cit., 143 s., 376 ss., la restituzione del documento ritirato costituisce un onere per la parte riguardo al proprio interesse probatorio, mentre è oggetto del suo dovere di lealtà e probità *ex art.* 88 c.p.c. riguardo all'interesse probatorio dell'altra parte, dovere la cui violazione legittima il giudice a trarre argomenti di prova *ex art.* 116 c.p.c.

6. Per la distinzione tra onere della prova astratto e onere della prova concreto, RÜTTING, *Gegenwartspolprobleme der Beweislast*, cit., 7 s.; G. BAUMGARTEL, *Das Verhältnis von Beweislastlehre und Umkehr der konkreten Beweisführungslast im deutschen Zivilprozess*, in *Festschrift für H. Nakamura*, Tokio, 1996, 43 ss. Sulla « dinamica della ripartizione dell'onere », nella nostra dottrina, ANDRIOLI, *Prova*, cit., 296 ss.

7. Sulla relazione tra rischio di mancato chiarimento e principio dispositivo, ampiamente, W. BERNHARDT, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von L. Rosenberg*, München-Berlin, 1949, 11 ss., secondo il quale, se è vero che il processo civile serve al componimento di interessi privati, esiste tuttavia un interesse della collettività all'accertamento del vero svolgimento dei fatti. Secondo questa dottrina, il principio dispositivo non deve trarre in inganno, in quanto, anche se il giudice può valutare soltanto i fatti allegati (e provati) dalle parti e non può ricercare le prove d'ufficio, la verità scaturisce dal gioco dei contrapposti interessi. Il giudice incontra comunque un limite fondamentale, costituito dal comune punto di parità delle parti: se, ad esempio, le parti controvengono sul tipo e l'estensione di un obbligo che nasce da un contratto, il giudice non può respingere la domanda affermando che a suo avviso il contratto non è stato mai concluso. Il giudice, peraltro, non deve considerare valido il contratto se ricorrono ragioni di ordine pubblico.

Relatività del vincolo di indisponibilità delle prove documentali

Onere astratto, onere concreto e dinamica processuale

Aufklärungs-pflicht e principio dispositivo

Obbligo di chiarimento e lealtà processuale

Secondo A.C. KARWACKI, *Der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozess*, Köln, 1984, 5 ss., esigenze di verità e di lealtà processuale possono addirittura determinare (ad esempio, in materia di responsabilità del medico) un'inversione dell'onere della prova.

Sul tema dell'«obbligo di chiarimento» l'opera classica è F. VON HARPER, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt a.M., 1939, spec. 282 ss.

Il fondamento dell'obbligo di chiarimento è stato ravvisato nel principio di buona fede, tra gli altri, da E. SCHNEIDER, *Beweis und Beweiswürdigung*, 3^a ed., München, 1978, 30; G. BAUMGÄRTEL, *Die Beweisverteilung im Zivilprozess*, in *Festschrift für W. Kralik*, Wien, 1986, 63 ss.; contra, ad esempio, F. WIEGCKER, *Zur rechts-theoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1957, 92 ss.; H. KONZEN, *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, Berlin, 1976, 236 ss.

Ancora la dottrina tedesca ha dedicato particolare attenzione al problema del comportamento della parte che non consente, non facilita o addirittura rende impossibile la prova della controparte: si parla in tal senso di «*Beweisverteilung*» (E. SCHNEIDER, *Die Beweisverteilung*, in *MDR*, 1969, 4 ss.).

Sul diritto della parte ad ottenere le informazioni rilevanti, v. C. OSTERLOH-KONRAD, *Der allgemeine vorherliegende Informationsanspruch*, München, 2007, 52 ss.

La giuridicità del fatto

8. Come osservava M. ROTONDI, *Considerations en «fati» et en «droit»*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1977, 1, il «fatto» — secondo una concezione semplicistica ed inesatta — costituisce un dato primordiale extragiuridico, la cui definizione, che può essere formulata da un qualsiasi «non giurista», appare invariabile nel tempo e nello spazio, indifferente alle modificazioni delle regole del diritto positivo.

Già rilevava ANDRIOLI, *Prova*, cit., 262, che «soprattutto la decisione del fatto (=fatto) implica una serie di indagini, sol ignorando la complessità delle quali è lecito ripetere che la Cassazione è giudice di solo diritto».

9. Per la correlazione tra l'obiettivo della certezza giuridica e la «rigidità» del sistema probatorio, L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, 9 ss.; con particolare evidenza, F. RICCI, *Delle prove*, Torino, 1891, 2: «I mezzi valevoli ad ingenerare nell'animo del giudice il convincimento di un dato fatto sono quelli determinati dalla legge, e non altri. È di pubblico interesse che i diritti di ciascun cittadino siano certi, e questa certezza non si può avere praticamente se non siano certi i mezzi coi quali se ne può dimostrare l'esistenza».

Prova atipica e libero convincimento

L'ammissibilità delle prove atipiche non rappresenta una diretta manifestazione del principio del libero convincimento, in quanto, posto che con tale principio si fa riferimento alla libera valutazione della

prove in contrapposizione ad un regime di prove legali, è ovvio che non esista predeterminazione normativa del valore di prove innominate: così M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 382 ss., in dissenso da CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 746.

In altri termini, il principio del libero convincimento opera sul piano della valutazione della prova, mentre la questione delle prove atipiche si colloca in una fase precedente, quella dell'ammissione del mezzo: G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 118 ss.

Nella dottrina francese si collega correttamente la problematica in esame al superamento del sistema della prova legale: cf. E. VERGES-G. VIAU-O. LECLERC, *Droit de la preuve*, Paris, 2015, 93 ss.

Un nuovo profilo della questione segue alla riserva di legge sancita dal novellato art. 111 Cost. per la disciplina del giusto processo. Intesa come assoluta, la riserva precluderebbe al giudice di ricorrere a prove non legalmente nominate: in tal senso, A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 52 ss.

Per le prove atipiche come «prove lontane», formati cioè in una sede estranea al processo *ad quem*, B. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (collant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 417 ss., che suggerisce di formulare alcune regole di esclusione a presidio dei valori del contraddittorio.

In tema di ammissibilità delle prove atipiche attraverso strumenti tipici, v. L. LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, in *Il diritto delle prove*, Atti del convegno di Catania, 21-22 novembre 2008, Torino, 2009, 41 ss.

Secondo G. VERDE, *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 50 s., la prova atipica dovrebbe avere comunque un'efficacia meramente sussidiaria, cioè valere soltanto in mancanza di altre prove e in difetto di elementi che la contrastano.

10. Sul rapporto tra lacune del diritto e lacune della ricostruzione giudiziale del fatto, VERDE, *L'onere della prova*, cit., 59 ss.

11. Sul classico accostamento di ruolo tra il giudice e lo storico, G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, rist., Padova, 1964, 128 ss.; CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 105 ss., spec. 111; M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 438 ss.; S. CHIAKONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 819 ss.

12. Per l'opinione consolidata, secondo cui la norma dell'art. 2697 c.c. prevede una fattispecie di onere, tra molti, P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 142.

Prova atipica e giusto processo

Prova atipica e contraddittorio

Valore sussidiario della prova atipica

Lacune «in diritto» e lacune «in fatto»

Il giudice e lo storico

Onere e rischio

Nel senso che « predominante è nelle prove la funzione del convincimento del giudice », CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 268.

L'attribuzione dell'onere della prova si rivela, quindi, soprattutto un rischio: R. LEGENS, *Les règles de preuve en droit civil. « Permanences et transformations »*, Paris, 1955, 101; l'aspetto del « rischio » si trova evidenziato già in H. FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast*, Berlin, 1889, 12 ss.

13. Secondo ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 54 ss., la questione della configurabilità di un diritto alla prova — come quella relativa alla configurabilità di un « obbligo » — non può porsi per il c.d. onere della prova in senso oggettivo, perché in questo caso non viene in considerazione un'attività della parte; soltanto l'onere della prova in senso soggettivo è collegato ad un'attività della parte; egli comunque esclude che nel diritto moderno possa configurarsi un diritto alla prova: si tratta in ogni caso di una « possibilità », di un'attività-presupposto, che scaturisce dall'interesse della parte, di una « necessità », in definitiva di un onere.

Il tema del diritto alla prova è stato ampiamente discusso nei vari ordinamenti: a titolo di mero esempio, G. GOUBEUX, *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Études publiées par Ch. Perelman et P. Fortier, Bruxelles, 1981, 277 ss.; K.H. SCHWAB, P. GOTTMALD, *Verfassung und Zivilprozess*, in *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, a cura di W.J. Habscheid, Bielefeld, 1985, 59; R. PERROT, *Le droit à la preuve*, *ivi*, 95 ss.; W.J. Habscheid, *Das Recht auf Beweis*, in *ZJP*, 96, 1983, 306 ss.; G. WALTER, *Das Recht auf Beweis im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der schweizerischen Bundesverfassung*, in *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 1991, 309 ss.; O. VOGEL, *Das Recht auf Beweis*, in *rech*, 1991, 38 ss.; HAUSHEER E. JAUN, *Die Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, cit., 155 ss.

Nella dottrina italiana, sul diritto della parte, nei confronti del giudice, alla fissazione dei presupposti di fatto, già CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 56 ss.

Da tempo si sono manifestate impostazioni che nel diritto alla prova vedono un corollario del diritto di azione e di difesa riconosciuto nell'art. 24 Cost.: per tutti, M. CAPPELLI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*, Art. 24 Cost. e *due process of law clause*, in *Giur. cost.*, 1961, 1289 ss.; L.P. COMOCIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, 218; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, 513 ss.

G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruttoria probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 646 s. — sulle orme di E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 4^a ed., I, Milano, 1981, 134 — preferiva parlare

di « garanzia della prova » escludendo che nel nostro ordinamento potesse configurarsi un diritto soggettivo all'ammissione o all'assunzione della prova.

Il tentativo di RICCÌ, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, cit., 380 ss., di « rileggere » l'art. 115 c.p.c. in chiave di diritto alla prova piuttosto che come base del principio dispositivo, è stato criticato da B. CAVALLONE, *Crisi delle « maximen » e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 678 ss.; e da MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio*, cit., 1455.

Sui pericoli connessi alla « battaglia in atto per il diritto alla prova » si sono soffermati B. CAVALLONE, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto delle prove*, in *Studi parmensi*, 1977, 187 ss.; TARZIA, *Problemi del contraddittorio*, cit., 646 s.; per un invito alla cautela, G. VERDE, *La prova nel processo civile. Profili di teoria generale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 18, secondo il quale la tesi che intende il diritto alla prova come elemento irrinunciabile del diritto di azione e di difesa protetto dall'art. 24 Cost. è divenuta « una sorta di grimaldello » per forzare limiti e regole del diritto delle prove.

Il dibattito più recente dà per acquisita l'esistenza del diritto alla prova, concentrandosi sull'estensione che ad esso compete nella dialettica tra i protagonisti del c.d. giusto processo. Sul diritto alla prova nella formula costituzionale del giusto processo e nella giurisprudenza di Strasburgo, G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, *ivi*, 2001, 1 ss.; L.P. COMOCIO, *Il « giusto processo » civile nella dimensione comparatistica*, *ivi*, 2002, 702 ss.; per la matrice interna del diritto alla prova, che la Consulta ha rintracciato sin dalla metà degli anni Settanta nel diritto di azione e difesa ex art. 24 Cost., PRATO PISANI, *Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 81 ss.; F. ROSELLI, *Le prove*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, II, Milano, 2009, 411 ss.

B. CAVALLONE, *Ordnung e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 711 ss., mette in luce anche l'esistenza di un contenuto *negativo* del diritto alla prova, poiché la parte « deve pure essere protetta da iniziative della controparte capaci di influire sul convincimento del giudice al di fuori del rispetto del contraddittorio ».

Il giudice non può limitare il « diritto di prova » della parte in base alla mancanza di verosimiglianza dei fatti allegati: P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 188.

Sulle limitazioni all'esercizio del diritto alla prova per esigenze di economia processuale, L.P. COMOCIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 200 ss.; TARUFFO, *Il diritto alla prova*, cit., 77 ss., precisa che è la rilevanza della prova a definire e circoscrivere l'oggetto del diritto alla prova.

Sull'autoresponsabilità come aspetto dell'autonomia privata, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 77; IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, cit., 84 ss.

Diritto alla prova e prove atipiche

TARUFFO, *Le prove*, cit., 418 ss., specifica che il diritto costituzionale alla prova implica il diritto alla deduzione istruttoria, il diritto alla prova contraria, il diritto all'assunzione probatoria, il diritto alla valutazione delle prove e alla pertinente motivazione.

Il diritto costituzionale alla prova, esigendo l'apertura del catalogo dei mezzi istruttori, fonda l'ammissibilità delle prove innominate: RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 208 ss.

Sul rapporto tra diritto alla prova e riservatezza, v. M. GRADI, *Diritto alla prova e tutela della privacy nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1101 ss., a cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

Diritto alla prova e diritto all'esibizione

14. Per il diritto all'esibizione come manifestazione essenziale del diritto alla prova, PERRON, *Le droit à la preuve*, cit., 97 ss.: « Au regard du droit à la preuve, le problème fondamental est celui de la production forcée des pièces et documents... Le droit à la preuve exige que le juge puisse contraindre une partie ou un tiers à exhiber contre son gré les pièces qui paraissent décisives à la solution du procès ».

La configurabilità di un obbligo della controparte di esibire i documenti è frequentemente affermata nella dottrina tedesca: per tutti, STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht*, cit., 77 ss.; e J. ZEKOLL, *Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess — Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?*, in *NJW*, 2002, 3129 ss., il quale si sofferma soprattutto sulla nuova regola introdotta con la riforma del codice di procedura civile del 2001, che attribuisce al giudice il potere di ordinare l'esibizione di documenti a terzi estranei al processo (§ 142, I 1 ZPO).

Nella dottrina italiana, P. CALAMANDREI, *Conseguenza della mancata esibizione di documenti in giudizio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, 289 ss.; S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, 61 ss.; B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove e sequestro giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 155 ss.; TARUFFO, *Il diritto alla prova*, cit., 94 ss.

Sull'opinione tradizionale per cui dalla regola « nemo tenetur... » deriverebbero il diritto del convenuto alla « passività » e il principio della neutralità del giudice nella fase istruttoria, J.-J. DAICRE, *La production forcée de pièces dans le procès civil*, Paris, 1979, 113 ss.

Per la tesi secondo cui il riconoscimento all'attore del diritto alla collaborazione dell'avversario nella produzione delle prove determinerebbe una inversione dell'onere della prova, J. CHESTIN et G. GOUBE-AUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^a ed., Paris, 1994, 462 s., i

quali ricordano la legge 5 luglio 1972, che ha inserito nel *Code civil* la seguente norma: « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité » (art. 10, comma 1).

Circa la riforma tedesca dell'esibizione, R. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 523 ss., spec. 543 ss., il quale ritiene che il testo novellato del § 142 ZPO consenta di rivolgere l'ordine officioso anche alla parte non gravata dell'onere della prova ed anche se questa non sia tenuta all'ostensione da norme di diritto sostanziale: si tratterebbe, in definitiva, di una manifestazione dell'obbligo di chiarimento, la cui inosservanza potrebbe assumere valore di *facta confessio*.

La riforma del 2001 si inquadra nella tendenza dei maggiori ordinamenti europei ad indirizzare il processo verso obiettivi di giustizia sostanziale: M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 451 ss., spec. 462 s.

Sull'inammissibilità dell'azione *ad exhibendum*, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 159 ss.

Nella dottrina più recente, A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 6 ss., rimarca l'eterogeneità dell'*actio ad exhibendum* del diritto romano, priva di funzione istruttoria, rispetto all'odierno dispositivo di esibizione, si sofferma sul rilievo che quest'ultimo ha assunto nella prospettiva costituzionale del diritto alla prova.

Il tema dell'esibizione giudiziale come riflesso del diritto alla prova acquista un particolare rilievo nella dottrina del giusto processo, qualificato dalla tensione alla giustizia della sentenza, ove affiorano dubbi d'illegittimità costituzionale per il difetto di adeguati strumenti coercitivi a presidio dell'ordine: S. CHIARONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 129 ss., spec. 144 ss.

15. Sulla possibilità di ricorrere in Cassazione in caso di violazione delle norme sull'onere della prova, v. M. GARAVAGLIA, *Il controllo in Cassazione sulla violazione della regola dell'onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1499 ss.

Circa la natura delle norme sulle prove, in linea di principio il legislatore italiano ha seguito il modello francese, tenendo conto del doppio aspetto delle regole sulla prova e distribuendole in base alla loro funzione tra norme sostanziali e norme di procedura. Con riferimento all'ordinamento francese, CHESTIN et GOUBE-AUX, *Traité de droit civil*, cit., 442, affermano che sono norme sostanziali quelle che defi-

Actio ad exhibendum

Ordine d'esibizione e giusto processo

Il doppio aspetto delle regole probatorie: sostanziale-processuale, statico-dinamico

Nemo tenetur eldere contra se e diritto alla passività

Diritto all'esibizione e inversione d'onere

scono il fatto da provare, quelle che determinano i mezzi di prova ammissibili in base alla materia della controversia, ed infine quelle che fissano la forza probante di alcuni mezzi di prova; viceversa, hanno natura processuale le norme che disciplinano lo svolgimento del procedimento probatorio.

Analogamente, S. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, 9^a ed., Padova, 1981, 163, distingue l'aspetto statico delle prove da quello dinamico: sotto il primo profilo, appartiene al diritto sostanziale, e quindi al codice civile, stabilire i mezzi che danno la certezza, o un certo grado di certezza, di un fatto; al diritto processuale spetta invece disciplinare la verifica del fatto nel processo.

Parte della nostra dottrina sottolinea peraltro la « relatività » della distinzione tra norme sostanziali e processuali, che muove in gran parte da premesse storiche e politiche, mettendo comunque in luce la destinazione « primaria » della norma sull'onere nel processo. In argomento, V. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 66 ss.; Id., *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, *ivi*, 1969, 8 ss.; M. CAPPELLETTI, *La « natura » delle norme sulle prove*, *ivi*, 1969, 92 ss.; E. T. LIEBMAN, *Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prove*, *ivi*, 1969, 353 ss.

Tesi
sostanzialistica

Per la tesi sostanzialistica, FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast*, cit., 1 ss.; J. W. HEDEMANN, *Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches*, Jena, 1904, 117 ss. (453 ss., se si considera l'intero volume); W. GAUTSCHI, *Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichen Ermessen*, Zürich, 1913, 34 ss.; ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 77 ss.

Secondo MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio*, cit., 1465, la linea seguita dal legislatore, sia pure senza un sufficiente rigore, fu quella di lasciare o di introdurre nel codice civile la disciplina di quei fatti o atti svolti prima o fuori del processo: così l'art. 2697 — non inteso come regola di giudizio — disciplina la ricerca e la preparazione fuori del processo delle fonti di prova e la loro immissione nel processo.

Interessante osservare che D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin, 1966, 67, dopo avere preso attentamente in esame gli argomenti *pro* e *contra* le diverse tesi, conclude affermando che le norme sull'onere della prova appartengono al diritto sostanziale, proprio perché — in quanto regole di giudizio — incidono sul contenuto della decisione e non sul procedimento.

In senso analogo, tra gli altri, A. WACKE, *Zur Behauptungs- und Beweislast des Beklagten für den Erwand der Schenkung*, in *ZZP*, 114, 2001, 77 ss., spec. 81.

DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, cit., 31, dopo avere affermato che la regola sull'onere della prova costituisce « l'esempio più probante » della « duplice struttura » (strumentale-sostanziale) delle norme probatorie, osserva che non ha apprezzabile significato

considerare in questo caso il giudice come destinatario della norma, non risultando mutata la struttura (statica-sostanziale) della norma stessa, produttiva di modelli di decisione e non di poteri.

M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 229, afferma che le incertezze relative all'accertamento giudiziale si ripercuotono sulla situazione giuridica sostanziale; ciò spiega la ragione per cui le norme fondamentali sulle prove sono state inserite nel codice civile « malgrado che una malintesa sistemática ne reclamasse l'espulsione ».

Per la tesi processualistica, MICHELLI, *L'onere della prova*, cit., 201; U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, II, Torino, 1957, 187; DE STEFANO, *Onere*, cit., 123.

Nella dottrina tedesca, alcuni osservano, in particolare, che soltanto nel processo rileva l'onere inteso in senso soggettivo, cioè come onere di produrre le prove: A. KUR, *Beweislast und Beweisführung im Weiberechtsprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, 13 ss.

In ogni caso, la norma processuale non potrebbe operare senza recepire dal diritto sostanziale la qualifica attribuita agli elementi della fattispecie: CHIOVENDA, *Principii*, cit., 797. In materia, v. il recente e attento saggio di E. D'ALESSANDRO, *Onere della prova e legge applicabile*, in *Scritti in onore di F. P. Luzzo*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, 187 ss.

Giurisprudenza.

1-2. Osservando la semplificazione analitica della fattispecie, si afferma comunemente che l'onere del convenuto di provare i fatti impeditivi, modificativi o estintivi dedotti in eccezione sorge soltanto quando l'attore abbia provato i fatti costitutivi della domanda, sicché la carenza di prova dei fatti d'eccezione non dispensa l'attore dall'onere di dimostrare adeguatamente il fatto che fonda la sua pretesa: Cass., 5 marzo 1993, n. 2680, in *Rep. Foro it.*, 1993, *Prova civile in genere*, n. 9.

Il principio di *incumbit probatio qui dicit*, non qui *negat* trova applicazione anche nella Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili; spetta pertanto all'acquirente provare l'esistenza di un difetto di conformità e il danno che da esso sia conseguito: cf. Trib. Bolzano, 27 gennaio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 2436 ss., con nota di A. Reinstadler.

Per la massima secondo cui « il giudice non può rilevare d'ufficio i fatti impeditivi, estintivi e modificativi del diritto vantato dall'attore ogniqualvolta il convenuto, se li deducesse in via di azione, dovrebbe proporre una domanda costitutiva » mentre « può rilevare d'ufficio i fatti impeditivi, estintivi e modificativi del diritto vantato dall'attore

Tesi
processualistica

Semplificazione
analitica
della fattispecie

ogniquale volta il convenuto, che li deducesse in via di azione, proporzionatamente alla domanda dichiarativa», v. Cass., S.U., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 715 ss.

Divieto di non liquet

Il divieto di una pronunzia di non liquet è stato ribadito, ad esempio, per il giudizio di rendiconto, laddove essa di fatto si configurerebbe come esenzione del convenuto dall'obbligo di presentare il conto, dovendo allora il giudice superare l'incertezza probatoria anche con il giuramento suppletorio: Cass., 3 novembre 2004, n. 21090, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Rendiconto*, n. 1.

Sulla natura e la funzione dell'art. 2697 c.c., v. Cass., 12 febbraio 2004, n. 2707, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Prova civile in genere*, n. 77. Sulla ripartizione dell'onere della prova nel giudizio d'appello, v. Cass., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, 1433. Sul libero convincimento del giudice, v. Cass., 13 luglio 2004, n. 12912, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Prova civile in genere*, n. 79; Cass., 21 maggio 2008, n. 13079, *ivi*, 2004, cit., n. 20; Cass., 27 febbraio 2008, n. 5191, *ivi*, 2008, cit., n. 23. In tema di prova dell'adempimento di un'obbligazione, v. Cass., 9 giugno 2008, n. 15162, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Onere della prova*, n. 17; Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 394. Sui effetti della ripartizione dell'onere probatorio tra le parti e costituzionalizzazione del principio del giusto processo, v. Cass., 25 settembre 2013, n. 21909, in *Rep. Foro it.*, 2013, *Prova civile in genere*, n. 29.

3. Sulle c.d. sentenze a sorpresa, anche alla luce degli artt. 24 e 111 Cost., può vedersi Cass., 27 luglio 2005, n. 15705, che ne conferma la validità, e Cass., 5 agosto 2005, n. 16577, che le considera nulle, entrambe in *Riv. dir. proc.*, 2006, 747 ss. con note di E.F. Ricci, favorevole alla prima tesi, e di L.P. Comoglio, adesiva all'altra.

Teoria negoziale dell'allegazione

4. Sembra influenzato dalla teoria negoziale dell'allegazione quell'indirizzo giurisprudenziale che non consente al giudice di desumere una circostanza dalla sola produzione documentale, esigendo viceversa che la parte interessata ne faccia oggetto della propria tesi difensiva, richiamandola espressamente: Cass., 13 febbraio 2002, n. 2076, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Prova civile in genere*, n. 28.

Pertanto, l'onere di allegazione viene escluso in ordine ai fatti secondari. Invero, il principio secondo cui il giudice decide *iuxta allegata et probata* non è violato se egli si avvale di fatti allegati da una parte per argomentare in via di presunzione, ancorché non ne sia stato espressamente richiesto dalla parte stessa, non avendo l'altra parte motivo alcuno di dolersi, in quanto la presunzione è tratta da fatti che

Onere di allegazione e fatti secondari

essa conosceva e in relazione ai quali avrebbe potuto difendersi: Cass., 6 settembre 2002, n. 12980, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Prova civile in genere*, n. 56.

Sull'onere di allegazione nel giudizio di indebito oggettivo, v. Cass., 6 ottobre 2015, n. 19902, in *Giur. it.*, 2016, 1098 ss. con nota di F. Rocchio.

5. Le sentenze che sanciscono il principio di acquisizione processuale declinano la regola dell'onere soltanto in senso oggettivo. Ribadendo che le risultanze istruttorie, quale che sia la parte per istanza della quale si sono formate, concorrono tutte indistintamente a determinare il convincimento del giudice, esse esprimono l'argomento che la regola dettata dall'art. 2697 c.c. assolve la funzione di individuare la parte che deve risentire delle conseguenze del mancato raggiungimento della prova, senza implicare che la prova stessa debba trarsi unicamente da quanto ha dimostrato la parte onerata: Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, I, 700 ss.; Cass., 18 aprile 2006, n. 8951, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Prova civile in genere*, n. 19.

Per la manifesta infondatezza della questione d'incostituzionalità della disciplina del giuramento suppletorio, dove concede al giudice il potere discrezionale ed officioso di deferire giuramento in luogo di decidere sulla base della regola dell'onere, Cass., 15 gennaio 2003, n. 525, in *Foro it.*, 2003, I, 3107 ss. con nota di E. Fabiani.

Contro la relatività del vincolo d'indisponibilità delle prove documentali, Cass., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28498, cit.: il principio di acquisizione, connesso ai valori costituzionali del giusto processo, non tollera che una prova entrata nel processo, sulla quale una parte riponga affidamento, possa esserne estromessa per volontà dell'altra, sicché la parte che ritiri il proprio fascicolo in corso di causa dovrà depositare copia dei documenti inseriti.

6. La concreta dinamica processuale influisce profondamente sull'onere della prova, poiché i risultati istruttori via via raggiunti attivano nuove esigenze probatorie a carico dell'una parte o dell'altra. Così, l'onere del convenuto di dimostrare l'inefficienza dei fatti costitutivi sorge soltanto dopo che questi siano stati provati dall'attore (Cass., 8 giugno 2007, n. 13390, in *Mass. Foro it.*, 2007, 1050); tuttavia, se il creditore che agisce per il pagamento prova il titolo e il debitore convenuto prova il pagamento, l'onere viene nuovamente a gravare sul creditore che contro-deduca l'imputazione ad un credito ulteriore (Cass., 9 gennaio 2007, n. 205, *ivi*, 18).

Onere della prova e dinamica processuale

Onere della prova e giuramento suppletorio

Relatività del vincolo di indisponibilità delle prove documentali

Principio di acquisizione e onere oggettivo

Onere concreto
e prova
d'appello

Circa la metamorfosi che l'onere probatorio del convento subirebbe in sede di gravame secondo Cass., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28498, cit., G. BALENA, R. ORIANI, A. PROTO PISANI, N. RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, 1438, contestano l'accertamento di primo grado possa determinare « una presunzione legale relativa » con onere di prova contraria gravante in ogni caso sull'appellante.

L'obbligo di
chiarimento del
medico

7. Una specifica applicazione giurisprudenziale della dottrina dell'« obbligo di chiarimento » si ha nel settore delle prestazioni ospedaliere, dove la carenza compilazione della cartella clinica — che impedisca una precisa ricostruzione del nesso causale — viene elevata ad indizio di responsabilità: Cass., 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, 2970 ss.

Peraltro, alla luce della tesi, in parte superata, secondo cui il paziente ha un semplice onere di allegazione circa l'inesattezza della prestazione, spettando invece al sanitario di provarne la correttezza (Cass., 29 settembre 2005, n. 19145, *ivi*, 2006, I, 2136 ss.), la produzione in giudizio di una cartella clinica adeguatamente tenuta per il medico e la struttura ospedaliera sarà strumentale — non più tanto ad osservare l'« obbligo di chiarimento », bensì direttamente — ad assolvere l'onere della prova liberatoria.

Fatto e diritto

8. La contrapposizione tra fatto e diritto interessa gli oneri di allegazione e prova sotto molteplici profili. Si rammenta, ad esempio, la disputa sull'eccezione di prescrizione estintiva, in ordine alla quale sembra ormai consolidata la tesi che ne considera elemento costitutivo soltanto l'inertza del titolare del diritto e che consente quindi al giudice di risolvere in autonomia, anche in difformità dalle indicazioni dell'eccepiente, la questione del termine necessario a produrre l'effetto, *quasi iuris* sottratta al principio dispositivo: così a partire da Cass., S.U., 25 luglio 2002, n. 10955, in *Foro it.*, 2003, I, 879 ss.; poi Cass., 10 maggio 2005, n. 9768, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Prescrizione e decadenza*, n. 39.

Si veda anche Cass., S.U., 13 giugno 2019, n. 15895, in *Gur. it.*, 2019, 1823 ss. con nota di E. Minervini; in *NGCC*, 2019, 1258 con nota di S. Guadagno; in *Riv. dir. proc.*, 2020, II, 820 con nota di D. Buoncrisiani; Cass., 11 marzo 2020, n. 7013, in *Gur. it.*, 2020, 1857 ss. con nota di E. Minervini, secondo cui in tema di prescrizione estintiva, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al creditista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inertza del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte.

9. 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 c.d. 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, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Prova civile in genere*, n. 81.

L'art. 116 c.p.c. conferisce al giudice di merito un potere ampiamente discrezionale del quale, attenendo esso alle c.d. prove atipiche o innominate, va motivatamente giustificato l'uso, e non già, come invece in caso di mancata valutazione delle prove tipiche (e salvo sempre il principio del libero convincimento), il non uso: Cass., 24 febbraio 2004, n. 3642, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Prova civile in genere*, n. 82.

10. Ovviamente, la qualificazione del tema d'indagine come questione di diritto ha importanti conseguenze circa il ricorso in cassazione per violazione di legge. Può richiamarsi a titolo d'esempio, la controversia sulla natura delle disposizioni dei c.d. codici deontologici, escluse dall'ambito applicativo dell'art. 12 disp. prel. c.c. (Cass., S.U., 10 luglio 2003, n. 10842, in *Foro it.*, 2003, I, 2985 ss.), considerate invece autentiche norme giuridiche, come tali presidiate da autonomo ricorso in cassazione per violazione di legge (Cass., S.U., 23 marzo 2004, n. 5776, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Avvocato*, n. 164).

11. Secondo una massima consolidata, la ricognizione di debito determina ex art. 1988 c.c. l'astrazione meramente processuale della *causa debendi*, concedendo al beneficiario la *relevatio ab onere probandi* circa l'esistenza del rapporto fondamentale (Cass., 29 settembre 2005, n. 19165, in *Foro it.*, 2006, I, 1099 ss.). Tuttavia, qualora il debitore abbia provato l'inesistenza del rapporto indicato dal creditore — o dal debitore stesso —, torna a carico del creditore l'onere di provare una ulteriore ragione di credito, poiché l'astrazione processuale non può intendersi nel senso che al riconoscitore compete l'impossibile prova dell'assenza di qualsiasi altra ipotetica ragione di debito (Cass., 10 marzo 2006, n. 5245, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Promesse unilaterali*, n. 6).

12. Ove l'attore proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convento e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto dell'avversa pretesa, ma formuli domanda riconvenzionale per vedersi riconoscere il diritto negato, ambedue le parti hanno l'onere di provare

Tassatività e
atipicità dei
mezzi di prova

Prove atipiche e
discrezionalità
del giudice

Quaestio iuris,
questo fatto e
art. 12 preleggi

Onere della
prova e astrazione
processuale

L'onere
reciproco

Le rispettive e contrapposte pretese e chi non assolve tale onere resta soccombente: Cass., 16 giugno 2005, n. 12963, in *Giust. civ.*, 2006, I, 365 ss.

Diritto alla prova e mezzo « defatigatorio »

13. Il giudice, che non è tenuto ad ammettere tutti i mezzi di prova dedotti dalle parti, ove ritenga sufficientemente istruito il processo, può, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, non ammettere il dedotto interrogatorio formale, quando, alla stregua di tutte le altre risultanze di causa, valuti il medesimo come meramente dilatorio e defatigatorio: Cass., 14 febbraio 2006, n. 3188, e Cass., 16 novembre 2006, n. 24370, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Interrogatorio in materia civile*, nn. 2 e 3.

Esibizione, onere della prova e autoreponsabilità

14. L'esibizione non può in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante (Cass., 8 agosto 2006, n. 17948, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Esibizione delle prove in materia civile*, n. 4). Così, la parte non può fare ricorso all'*actio ad exhibendum* — e il giudice non può ordinare l'esibizione — qualora essa possa di iniziativa propria acquisire una copia del documento e produrla in giudizio (Cass., 6 ottobre 2005, n. 19475, in *Foro it.*, 2006, I, 102).

15. La distribuzione della disciplina delle prove tra codice civile e codice di procedura civile è stata così presentata: le norme ex art. 2697 ss. c.c. regolano l'onere della prova, l'astratta idoneità di ogni mezzo istruttorio ad adempiervi e la forma di ciascuno, mentre la valutazione dei risultati conseguiti è retta dagli artt. 115 e 116 c.p.c., la cui violazione rileva quale vizio di motivazione della sentenza (Cass., 12 febbraio 2004, n. 2707, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Prova civile in genere*, n. 77).

Le regole probatorie del codice civile attingono al diritto sostanziale

Per indirizzio consolidato (Cass., 4 febbraio 2000, n. 1247, in *Rep. Foro it.*, 2000, *Cassazione civile*, n. 216; Cass., 25 febbraio 2002, n. 2751, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1863 ss.), le norme poste dal codice civile in materia di onere della prova e di ammissibilità ed efficacia dei vari mezzi probatori attingono al diritto sostanziale e, quindi, la loro violazione dà luogo ad *error in iudicando* e non ad *error in procedendo*.

Violazione della regola dell'onere e vizio per cassazione

La violazione del precetto ex art. 2697 c.c. si configura soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne è gravata secondo le regole dettate dal suddetto articolo, non anche quando, a seguito di una incongrua valutazione delle acquisizioni istruttorie, il giudice abbia errato nel ritenere che la parte onerata abbia assolto tale onere, poiché in questo caso vi è soltanto un erroneo apprezzamento sull'esito della prova.

Il contrasto giurisprudenziale sul sindacato di legittimità della sentenza equitativa che abbia violato la regola dell'onere è stato allentato dall'indirizzio che quel sindacato escludeva configurando la regola ex art. 2697 c.c. come norma di diritto sostanziale e la relativa violazione come *error in iudicando* (Cass., 18 marzo 2004, n. 5484, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Procedimento civile davanti al giudice di pace*, n. 68); si è affermato l'indirizzio opposto in virtù della qualificazione della regola dell'onere come principio informatore della materia, divenendo in tal modo irrilevante la sua collocazione nel codice di diritto sostanziale (Cass., 27 luglio 2006, n. 17144, *ivi*, 2006, *ct.*, n. 40).

La regola dell'onere come principio informatore

CAPITOLO IV

LA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

SEZIONE I

LE REGOLE GENERALI

1. Origini e funzioni dell'art. 2697 c.c. — 2. La *Normentheorie*. — 3. Il parziale distacco dalla *Normentheorie* nell'esperienza tedesca. — 4. Fatti costitutivi e impeditivi. — 5. Controprova e prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi. — 6. Norma generale, norme particolari sull'onere della prova e presunzioni legali. — 7. *Segue*. Insufficienza della norma generale sull'onere della prova e varie funzioni delle presunzioni legali. — 8. Regolamentazione sostanziale del rapporto e inversione dell'onere della prova.

1. *Origini e funzioni dell'art. 2697 c.c.*

L'ordinamento italiano non consente al giudice di pronunciare un *non liquet*, giustificato dalla permanenza del dubbio sulla situazione di fatto. Il giudice, quindi, deve concludere il processo accogliendo o respingendo la domanda dell'attore.

La norma dell'art. 2697 c.c. non enuncia peraltro questo principio ma si limita a ripartire l'onere della prova e, implicitamente, il rischio del mancato convincimento del giudice.

Una norma analoga mancava — come si è detto — nel codice civile del 1865 e non si riscontra in altri ordinamenti. Già in base a questa circostanza, da un punto di vista di tecnica legislativa, aspetto che in questa sede può essere soltanto accennato, occorre chiedersi: *a)* se l'art. 2697 c.c. si limiti ad enunciare un principio comunque ricavabile dall'or-

dinamento; b) se sia preferibile il sistema accolto nel codice vigente, basato su un principio generale e su regole particolari, oppure un sistema che non configuri un rapporto regola generale-eccezione e preveda di volta in volta, espressamente o implicitamente, la regola da applicare per un determinato rapporto.

La norma in esame opera un preciso collegamento tra l'onere della prova e le singole norme di diritto sostanziale su cui si basa la pretesa di chi agisce o di chi eccepisce.

I fatti che costituiscono il fondamento del diritto su cui si basa l'azione in giudizio (art. 2697, comma 1, c.c.) sono, infatti, quelli di volta in volta considerati rilevanti dalla norma di diritto sostanziale. Parimenti, per valutare la rilevanza dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi (art. 2697, comma 2, c.c.) occorre fare riferimento alla norma di diritto sostanziale che disciplina tali fatti.

Il collegamento della regola sull'onere della prova con le norme di diritto sostanziale che disciplinano la nascita, la modificazione e l'estinzione dei diritti soggetti è anche il tratto più caratteristico della regola sulla ripartizione dell'onere della prova nell'ordinamento tedesco. Tale regola, di origine giurisprudenziale, ha raccolto soprattutto le indicazioni provenienti da una nota teoria che, data l'utilità che essa presenta per la comprensione dell'art. 2697 c.c., appare opportuno prendere brevemente in esame.

Le norme sull'onere della prova sono strettamente collegate alle singole norme di diritto sostanziale poste alla base dei fatti che si vogliono provare. Sull'esistenza di tale collegamento, è particolarmente significativa la pagina di P. RESCIGNO, *Introduzione* al vol. 19, I, del *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, 14, laddove osserva che nella norma sull'onere si riflette una collaudata tradizione di pensiero che si era formata in un fruttuoso scambio di idee e di riflessioni della dottrina italiana e tedesca: « quest'ultima ha elaborato la nozione della *Beweislast* pure in mancanza del termine nel linguaggio normativo, e con precisione di linee ha costruito la trama dei fatti costitutivi, modificativi ed estintivi, ai fini dell'individuazione del soggetto, e per fissare la misura dell'onere da dividere tra chi afferma e chi contesta il diritto (le categorie così delineate sono passate quindi nella formula del nostro

Onere della
prova e norme
di diritto so-
stanziale su cui
si basa l'azione
in giudizio

art. 2697, 2° comma) ». Sulla funzione di tali norme v. anche C. HEINRICH, *Zur Funktion der Beweislastnormen*, in *Festschrift für H.-J. Musielak*, München, 2004, 231 ss.

2. La Normentheorie.

Così come nel codice civile italiano del 1865, la previsione espressa di un principio generale sulla ripartizione dell'onere della prova manca nell'ordinamento tedesco. Ma da ciò — come è stato osservato — non deriva alcuna differenza rilevante, perché la regola applicata non è sostanzialmente diversa da quella dell'art. 2697 c.c. Alla luce della teoria sopra richiamata, si ritiene infatti che una norma possa essere applicata soltanto quando sussistono tutti i presupposti di fatto richiesti dalla norma stessa. L'onere di provare questi presupposti di fatto grava sulla parte che dall'applicazione della norma riceverebbe effetti favorevoli. Si parla pertanto di *Normentheorie* [L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*, 5ª ed., München-Berlin, 1965].

La somiglianza con la regola italiana risulta peraltro più evidente se si considera che, in base alla teoria in esame, i fatti rilevanti per l'applicazione delle norme devono essere suddivisi in costitutivi, impeditivi, estintivi, modificativi. Precisamente, la parte che fa valere la pretesa deve fornire la prova dei fatti che devono sussistere per la nascita del diritto (e per l'attualità della pretesa); la parte che si oppone alla pretesa deve provare i fatti che hanno determinato l'estinzione del diritto, o ne hanno modificato il contenuto, o comunque hanno fatto venir meno la possibilità di esercitarlo.

La parte, quindi, ha l'onere di provare l'esistenza dei presupposti (di fatto) previsti dalla norma di cui chiede l'applicazione. Essa, di conseguenza, sopporta lo svantaggio derivante dal permanere del dubbio circa la situazione di fatto. Il risultato negativo per la parte non è giustificato dal man-

Normentheorie e
art. 2697 c.c.

Onere della
prova e applica-
zione della
norma

cato soddisfattamente in astratto di un onere, ma piuttosto dall'impossibilità per il giudice di applicare la norma invocata perché non si riscontra (= non è stata provata la sussistenza di) un determinato presupposto. In tal senso l'onere della prova serve ad evitare che il *non liquet* sulla situazione di fatto diventi un *non liquet* sulla situazione di diritto. Ed ai fini dell'applicazione della regola è indifferente la ragione per cui non è stata superata l'incertezza sull'esistenza dei presupposti della norma, se cioè la parte sia rimasta inattiva o abbia fornito prove non convincenti, oppure la controparte abbia fornito adeguate controprove.

Definizione di onere della prova

L'onere della prova (*Beweislast*) viene quindi definito come onere che grava su una parte per evitare il risultato sfavorevole del processo, mediante una propria attività diretta alla produzione della prova rilevante per la decisione della situazione controversa.

Si accentua di conseguenza l'aspetto relativo alla necessità pratica di provare un fatto per impedire una decisione sfavorevole, precisandosi tuttavia che a stretto rigore l'attività della parte gravata (in senso soggettivo) è utile ma non necessaria: utile per evitare il pericolo che il fatto non si consideri sussistente, ma non necessaria perché il fatto può comunque essere considerato provato dal giudice anche senza una corrispondente attività della parte gravata dall'onere (es.: fatto notorio, mancata contestazione specifica). Peraltro, anche il più diligente svolgimento dell'attività non significa automaticamente conseguimento del risultato positivo, cioè prova del fatto o, in altri termini, convincimento del giudice circa la verità del fatto.

Onere della prova in senso soggettivo e in senso oggettivo

All'onere della prova in senso soggettivo, di cui finora si è detto, viene logicamente collegato l'onere della prova in senso oggettivo. Non si può parlare di onere in senso oggettivo senza fare riferimento ad una parte su cui grava l'onere di svolgere una certa attività, ma la parte è appunto gravata in quanto dal mancato soddisfacimento dell'onere consegue il rigetto della domanda (o dell'eccezione).

L'onere della prova in senso oggettivo ha come punto di partenza il principio dell'applicazione del diritto. Il giudice, cioè, deve essere convinto dell'esistenza dei presupposti della norma di cui la parte chiede l'applicazione. Se sussiste il dubbio circa la sussistenza dei presupposti richiesti dalla norma non è possibile la sua applicazione. Per questo motivo (anche) l'onere della prova in senso oggettivo grava sulla parte che intende godere gli effetti favorevoli derivanti dall'applicazione della norma [ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 24 ss.].

La portata dell'onere della prova in senso oggettivo si determina in base ai presupposti della norma. La legge può considerare un fatto come presupposto positivo o negativo di un diritto. I presupposti positivi devono sussistere se il diritto deve essere riconosciuto, mentre un dubbio circa la loro esistenza conduce al disconoscimento del diritto. Se invece la legge richiede la non esistenza di un fatto, è sufficiente che il giudice non pervenga al convincimento positivo della loro esistenza, perché in questo caso il permanere del dubbio non ostacola il riconoscimento del diritto.

3. *Il parziale distacco dalla Normentheorie nell'esperienza tedesca.*

La *Normentheorie* ha offerto per decenni il criterio indiscusso per la ripartizione dell'onere della prova nell'ordinamento tedesco.

Da alcuni anni tuttavia non mancano acute critiche, che sembra opportuno prendere brevemente in esame perché esse mettono in luce problemi di regolamentazione — relativi soprattutto a nuove tematiche — comuni alla nostra esperienza, ed offrono criteri di soluzione a nostro avviso adeguati, almeno in parte, anche in base alla disciplina del codice civile italiano.

Onere della prova e presupposti della norma

Critiche alla
Normentheorie

Il principale e più diffuso rimprovero mosso alla *Normentheorie* è quello di un troppo accentuato formal-positivismo: essa impedirebbe, cioè, di tenere conto di molteplici aspetti necessari per la realizzazione di una giustizia sostanziale. In particolare non risulta chiaro in base a quale norma il giudice possa equiparare il caso del *non liquet* al caso in cui il giudice è convinto della non esistenza del fatto [K. H. SCHWAB, *Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie*, in *Festschrift für H.-J. Bruns*, Köln, 1978, 505 ss.].

Da più parti si nega inoltre la validità della distinzione tra fatti costitutivi, estintivi, impeditivi. Si osserva che il concetto di fatto impeditivo è estraneo alla legge tedesca e che guardando all'essenza del fenomeno si tratta soltanto di una diversa denominazione dei fatti costitutivi, espressi cioè in termini negativi.

Un'altra critica, di ordine teorico, riguarda il fondamento dell'agire del giudice nel caso del *non liquet*, cioè la *Operationalregel* sulla cui base il giudice perviene in quell'ipotesi alla non applicazione della norma [H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München, 1983, 167 ss.].

Ma, soprattutto, si afferma che lo schema di ripartizione dell'onere proposto dalla *Normentheorie* rende in molti casi eccessivamente difficile la posizione di chi agisce in giudizio.

La conseguenza di ciò viene ravvisata nella creazione di regole diverse da parte della giurisprudenza, che in alcuni casi capovolge il risultato a cui si dovrebbe pervenire in base alla *Normentheorie* pur restando legata al suo schema fondamentale. Si parla infatti di inversione dell'onere della prova, e già la terminologia — come è stato osservato — dimostra che in ciò si ravvisa qualcosa di irregolare [W. GRUNSKY, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, in *Le prove nel diritto civile amministrativo e tributario*, a cura di G. Glendi, S. Patti, E. Picozza, Torino, 1986, 15; per una critica più recente, v. S. ARNOLD, *Zu den Grenzen der Normentheorie*, in *AcP*, 209, 2009, 285 ss.].

Gli esempi più noti e più frequenti riguardano la responsabilità del produttore e quella del medico. Nel primo caso il consumatore danneggiato dovrebbe provare che il danno

provocato da un prodotto è ricollegabile ad una colpa del produttore o dei suoi ausiliari. Nel secondo, il paziente dovrebbe provare (anche) il nesso di causalità esistente tra l'errore del medico ed il danno. In entrambi i casi ciò viene considerato imprevedibile nei confronti del danneggiato, che non conosce gli aspetti interni e i dati tecnici del sistema produttivo o della scienza medica. L'onere della prova viene, allora, spostato sul produttore o sul medico, ma in tal modo non si rispetta il principio in base al quale il danneggiato deve provare tutti i fatti che costituiscono il presupposto per il sorgere della sua pretesa al risarcimento del danno.

La frequenza dei casi in cui, nonostante il rispetto formale della regola tradizionale, si perviene a risultati opposti introducendo inversioni dell'onere della prova deve indurre a riflettere sullo stesso punto di partenza. Parte della dottrina, con riferimento alle fatiscipie indicate, osserva addirittura che in tal modo risulta modificata la norma sulla responsabilità civile che, al contrario del suo tenore letterale, prevederebbe di conseguenza una ipotesi di responsabilità tranne il caso in cui il soggetto chiamato a rispondere provi la mancanza di dolo o colpa [D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin, 1966, 45 ss.].

Sul piano costruttivo le tesi prospettate in dottrina si distinguono anzitutto in base al maggiore o minore distacco rispetto alla *Normentheorie*.

Da parte di alcuni la *Normentheorie* viene sostanzialmente ancora seguita, almeno quando afferma che è compito del legislatore distinguere tra fatti costitutivi ed impeditivi. La critica riguarda invece il passaggio ulteriore, cioè l'affermazione secondo cui mediante l'interpretazione sarebbe possibile ricavare dalle norme di legge quale sia stata la scelta del legislatore. L'interpretazione si baserebbe infatti unicamente sul tenore letterale e sulla struttura della norma in questione, trascurando ogni altro criterio interpretativo. Viceversa, si sottolinea la necessità di tenere conto di tutti i criteri interpretativi sviluppati dalla scienza del metodo. Anche i criteri

Inversioni dell'onere della prova

Il distacco dalla *Normentheorie*

Criteri di interpretazione e onere della prova

Regole giurisprudenziali sull'onere della prova

Responsabilità del produttore e del medico

dell'interpretazione storica, sistematica e teleologica devono essere tenuti presenti per stabilire su quale parte gravi l'onere della prova [SCHWAB, *Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Nomenklatur*, cit., 510].

Il tenore letterale può quindi non risultare decisivo, specialmente in tempi di « inflazione legislativa », con la conseguente mancanza di rigore nella formulazione delle norme. Ancor di più, la debolezza dell'opinione tradizionale risulta evidente nel caso in cui non si riscontra alcun dato letterale relativo all'onere della prova. Con riferimento all'ordinamento tedesco, mancando una previsione di ordine generale equivalente all'art. 2697 c.c., non sembra possa dividerla la conclusione secondo cui di regola grava su chi esercita la pretesa l'onere di provare tutti i fatti che devono sussistere perché questa possa essere soddisfatta. Nel silenzio della legge si potrebbe pervenire a tale risultato in casi singoli, ma non costruire un siffatto principio generale.

Ancora più decisa la critica di chi rifiuta del tutto la distinzione tra fatti costitutivi, estintivi e modificativi e propone di ripartire l'onere della prova in base a diversi criteri. Tra questi, soprattutto nella materia della responsabilità civile, assumerebbero particolare rilievo il principio di verosimiglianza, il c.d. principio di protezione, il principio di garanzie, nonché quelli dell'affidamento e della ripartizione dei rischi [V. WAHRENDORF, *Die Prinzipien der Beweislast in Haftungrecht*, Köln, 1976, 54].

Ma, come è stato osservato, già l'eccessiva proliferazione di principi e la mancanza di una chiara delimitazione tra essi tolgono alle tesi esposte forza di convincimento ed inducono alla prudenza [SCHWAB, *Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Nomenklatur*, cit., 511].

I diversi tentativi a cui si è fatto cenno dimostrano comunque l'esigenza di un superamento della teoria tradizionale, che soprattutto nei settori indicati conduce a risultati non soddisfacenti.

Esigenza di superamento della teoria tradizionale

Critica alla distinzione tra fatti costitutivi, estintivi, modificativi

In difficoltà analoghe, come si vedrà, si dibatte la giurisprudenza italiana, costretta a prendere le mosse dalla regola — in gran parte coincidente con quella proposta dalla *Nomenklatur* — contenuta nell'art. 2697 c.c.

Ma proprio la presenza della norma, e quindi della regola generale in essa contenuta, inducono ad accogliere con molta circospezione le teorie che viceversa muovono dalla mancanza di una regola generale e dalla eventuale presenza di singole norme in settori determinati.

Particolarmente degno di riflessione appare pertanto il suggerimento di non rimanere vincolati al tenore letterale, ma di interpretare la norma in base a tutti i criteri offerti dalla scienza del metodo [GRUNSKY, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, cit., 17]. A quelli ricordati va aggiunto peraltro il principio di effettività, meglio di ogni altro in grado di spiegare l'evoluzione della norma e di offrire un fondamento di validità al criterio concretamente operante.

Seguendo tale linea di pensiero risulta altresì agevole inquadrare dogmaticamente alcune tipizzazioni operate dalla giurisprudenza — tedesca e italiana — in diversi settori della vita di relazione.

In senso contrario potrebbe obiettarsi che l'ordinamento italiano, proprio per la presenza della regola generale prevista nell'art. 2697 c.c., ben poco si presta ad una interpretazione sensibile alle diverse esigenze dei vari settori della vita di relazione. Ma, a nostro avviso, non bisogna sopravvalutare il ruolo dell'art. 2697 c.c. quale regola generale. Come si vedrà, nel codice civile e nelle leggi speciali sono contenute numerose norme dedicate all'onere della prova, né può escludersi la legittimità dell'operare della giurisprudenza, che in determinati settori « costruisce » le regole sull'onere della prova in base all'insieme della normativa ed alle peculiarità delle singole fattispecie. L'art. 2697 c.c. assume allora il ruolo di una norma di chiusura a cui l'interprete si rivolge in mancanza di un criterio specifico.

Regola generale e regole particolari sull'onere della prova

Ripartizione dell'onere della prova e principio di effettività

4. *Fatti costitutivi e impeditivi.*

Alla luce di quanto esposto può essere affrontata la questione relativa alla distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi, e alla natura di questi ultimi. Su tale distinzione si basano in definitiva la regola prevista dall'art. 2697 c.c. e le altre regole probatorie sparse in varie norme del codice civile.

Inadempimento
e onere della
prova

Fatti costitutivi sono quelli considerati rilevanti dalla legge per la produzione di determinati effetti. Di essi l'art. 2697 c.c. assegna l'onere probatorio a chi vuol far valere un diritto in giudizio. La stessa norma impone alla controparte l'onere di provare i fatti che rendono inefficaci i fatti costitutivi, impedendo cioè la produzione degli effetti ad essi ricorrelati, o modificano i diritti (e quindi gli effetti) che su essi si basano, o ne determinano la cessazione. In questo quadro si inserisce una importante pronuncia della Cassazione secondo la quale, in tema di prova dell'inadempimento, il creditore che agisce per la risoluzione del contratto, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale ovvero legale) del suo diritto e il relativo termine di scadenza, potendosi limitare alla semplice allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; di converso il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Allo stesso modo, un eguale criterio di ripartizione dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione, o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., risultando in tal caso invertiti i ruoli delle parti in lite. In questa ipotesi, il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento (l'acquirente, ad esempio, non ha ancora pagato il prezzo della cosa venduta), e il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la scadenza non ancora intervenuta dell'obbligazione [Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 770].

La Corte continua, poi, specificando che anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento. Quest'ultima regola — sulla quale si ritornerà [cap. IV, sez. II, § 3] — determina dei dubbi, già in considerazione della circostanza che il creditore, il quale ha ricevuto l'adempimento inesatto, si trova normalmente in una situazione più agevole per fornire la prova, secondo il principio della c.d. «vicinanza della prova». Non a caso, infatti, un mutamento di indirizzo si è avuto di recente in materia di vizi della cosa venduta (Cass., 11 luglio 2019, n. 18672, in *Giur. it.*, 2020, 39 con nota di G.P. Travaglino).

Un'altra importante decisione delle Sezioni Unite ha stabilito che il giudice non può rilevare d'ufficio i fatti impeditivi, estintivi e modificativi del diritto vantato dall'attore ogniquale volta il convenuto, se li deducesse in via di azione, dovrebbe proporre una domanda costitutiva; mentre può rilevare d'ufficio i fatti impeditivi, estintivi e modificativi del diritto vantato dall'attore ogniquale volta il convenuto, che li deducesse in via di azione, proporzionalmente dovrebbe dichiararla [Cass., S.U., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 715].

Com'è facile rilevare, le difficoltà teoriche e di inquadramento sistematico attongono soprattutto alla qualificazione dei fatti impeditivi. Una ricostruzione del fenomeno considererà infatti il fatto impeditivo l'inverso del fatto costitutivo, cioè lo stesso fatto col segno invertito o capovolto, e pertanto lo fa rientrare tra gli elementi della fattispecie [R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 405 ss.]. Altri, invece, hanno identificato il fatto impeditivo con l'inesistenza di un presupposto di efficacia, per cui, pur rimanendo il fatto all'esterno della fattispecie, la sua incidenza opererebbe comunque al suo interno [A. FAZZA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 13 ss.].

La qualificazione dei fatti impeditivi

La tesi preferibile

Preferibile ci sembra la tesi secondo cui il fatto impeditivo ha una rilevanza autonoma. La legge, infatti, può attribuire ad un fatto l'attitudine ad influire *ab externo* sull'efficacia di un altro fatto, impedendo così il verificarsi degli effetti ad esso collegati. Il fatto impeditivo non rappresenta quindi un elemento integrativo della fattispecie, sia pure di segno invertito, ma un elemento autonomo che incide sulla produzione degli effetti di una fattispecie completa.

Per dimostrare quanto detto viene abitualmente richiamata la fattispecie del contratto, che per essere considerata produttiva di effetti deve constare anche della mancanza di un vizio della volontà. In questo caso, tuttavia, l'elemento impeditivo — il vizio della volontà — incide su uno degli elementi costitutivi, cioè la manifestazione di volontà, per cui potrebbe obiettarsi che in tal senso l'elemento impeditivo ha una efficacia soltanto indiretta.

Più adeguata per la comprensione del fenomeno ci sembra pertanto la fattispecie dell'acquisto del possesso utile per l'usucapione in relazione al fatto impeditivo tolleranza (art. 1144 c.c.). Al riguardo la giurisprudenza ha affermato che alla tolleranza del titolare del diritto corrisponde nel terzo agente la mancanza del c.d. *animus possidendi*, cioè di uno degli elementi (considerati) costitutivi. Come abbiamo osservato in altra sede, l'assunto risulta smentito dalla circostanza che mentre il titolare del diritto per tollerare deve essere a conoscenza degli atti del terzo, questi potrebbe agire anche senza conoscere la tolleranza del titolare o conoscerla ma non tenendo conto di essa. La giurisprudenza non valuta tali possibilità e considera sussistente una corrispondenza tra la sfera soggettiva del titolare e quella del terzo agente, ricollegando in ogni caso alla tolleranza del primo la mancanza dell'*animus possidendi* in capo al secondo. Si giunge in tal modo ad una equazione tolleranza-mancanza di *animus* che appare una finzione, mentre più correttamente deve dirsi che la tolleranza impedisce l'acquisto del possesso anche in presenza dei requisiti aventi natura costitutiva. Non si tratta

Il vizio della volontà quale fatto impeditivo

La tolleranza quale fatto impeditivo

Tolleranza e *animus possidendi*

pertanto di un fatto che fa venire meno uno degli elementi costitutivi del possesso, bensì di un fatto che esclude dall'esterno il verificarsi degli effetti collegati alla fattispecie. In altri termini, la tolleranza rappresenta un fatto impeditivo che agisce al di fuori della fattispecie del possesso, impedendone gli effetti anche se si riscontrano tutti gli elementi costitutivi.

Ovviamente il fatto impeditivo tolleranza, così come ogni altro fatto impeditivo, non appare isolato in uno schema legale autonomo ma risulta strettamente connesso con i fatti costitutivi della fattispecie di cui impedisce il verificarsi degli effetti. Esso si presenta comunque nel suo segno naturale e non, come si afferma nella concezione criticata, con il segno invertito, cioè non rappresenta il rovescio di un fatto costitutivo ma un fatto autonomo e diverso da quelli presi in considerazione dalla legge come fatti costitutivi. In tal senso può parlarsi di una fattispecie più complessa, o più ampia, tenendo conto della circostanza che la legge ricollega al fatto impeditivo — connesso alla fattispecie costitutiva — l'effetto di impedire il verificarsi degli effetti di questa.

All'interno della disciplina del possesso, anche la fattispecie dell'art. 1142 c.c. ci sembra confermare che la legge assegna a certi fatti la qualifica di costitutivi e ad altri quella di impeditivi (o estintivi e modificativi). In base alla norma citata, si presume che il possessore attuale, il quale ha posseduto in tempo più remoto, abbia posseduto anche nel tempo intermedio.

Spetta quindi a chi nega la continuità del possesso provare che c'è stata una interruzione del possesso. Ma ciò non trasforma il fatto costitutivo continuità del possesso *ad usucapionem* nel fatto impeditivo discontinuità del possesso: la presunzione opera come norma di ripartizione dell'onere della prova, spostandolo — rispetto alla regola generale dell'art. 2697 c.c. — per quanto concerne la prova di un fatto costitutivo.

Fatto impeditivo e fatti costitutivi

La presunzione del possesso anteriore

Conclusione del contratto: la rilevanza della conoscenza quale fatto costitutivo

Un ragionamento analogo può ripetersi con riferimento all'art. 1335 c.c. Posto che il contratto si conclude nel momento in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione (art. 1326, comma 1, c.c.) — attribuendosi quindi alla conoscenza la rilevanza di un elemento costitutivo — l'art. 1335 c.c. stabilisce che l'accettazione si reputa conosciuta nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario. Certo, la eventualità che il destinatario fornisca la prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di avere notizia (art. 1335 c.c., ultima parte), lascia sussistere la possibilità che il contratto si reputi concluso anche in mancanza di conoscenza (ignoranza dipendente da colpa), ma ciò può servire soltanto a dimostrare l'equiparazione di un fatto diverso al fatto conoscenza, non a trasformare la rilevanza accordata dalla legge a tale fatto.

Contratto di comodato e onere della prova

Ancora, significativa appare la regola enunciata dalla giurisprudenza in materia di comodato di fondo rustico senza determinazione di durata. Il comodante che agisce per ottenere la restituzione del fondo concesso in comodato non è in tal caso tenuto a soddisfare alcun onere probatorio, trattandosi di un'azione diretta al rilascio di un bene occupato senza titolo. Incombe invece sul convenuto l'onere di provare l'eventuale esistenza di un titolo, cioè del fatto costitutivo, che tale rimane nonostante la peculiare ripartizione dell'onere della prova.

Un'altra ipotesi particolarmente discussa riguarda la decadenza prevista dall'art. 1495 c.c. per la denuncia dei vizi della cosa venduta. Secondo una diffusa opinione, graverebbe sul compratore l'onere di dimostrare la tempestiva denuncia, trattandosi di una delle condizioni dell'azione. Ma è stato, tra l'altro, obiettato che se si configurasse una condizione dell'azione — contrariamente a quanto si ritiene — il giudice dovrebbe rilevare d'ufficio la tardività della denuncia. Viceversa, come in ogni ipotesi di decadenza, ricorre un fatto impeditivo, per cui — provati dall'attore i fatti costitutivi del suo diritto — grava sul venditore, che intende avvaler-

Vizi della cosa venduta e decadenza. Onere della prova e frazione della fattispecie

sene, l'onere di eccepire e dimostrare la tardività della denuncia. Quest'ultimo indirizzo ci sembra da condividere per la sua rispondenza agli schemi logici e normativi oggetto di esame. Permangono tuttavia alcune perplessità sul piano delle conseguenze pratiche. E ciò non soltanto perché si pone il venditore di fronte alla difficoltà di una prova negativa, ma anche perché occorre provare l'avvenuta conoscenza della controparte prima di una certa data. Ora, se in alcuni casi tale prova può risultare agevole, soprattutto quando all'accertamento del vizio concorre l'opera di terzi (perizie, sopralluoghi, ecc.), ciò non accade in altri casi, ad esempio, con riferimento alla compravendita di beni di consumo. D'altra parte, la soluzione avvertata, a parte il suo contrasto con il diritto positivo, nelle ipotesi da ultimo indicate, rischierebbe di indebolire gravemente la tutela sostanziale del compratore.

In base a quanto detto, non ci sembra del tutto esatto affermare che l'art. 2697 c.c. impone all'attore di provare una frazione della fattispecie [R. Sacco, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 1]. In senso contrario può ricordarsi il rilievo secondo cui dalla tesi criticata deriverebbe la necessità di ammettere l'esistenza di un fatto (impeditivo) « che pur concorrendo nella produzione dell'effetto giuridico col costitutivo » — all'interno della stessa fattispecie — sfuggirebbe, solo per questioni di difficoltà di prova, all'applicazione della regola di giudizio, mentre facendo parte della fattispecie dovrebbe viceversa essere provato dall'attore [E. Grasso, *La pronuncia di ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, 261].

In termini generali, ci sembra pertanto da accogliere l'idea centrale della tradizionale dottrina tedesca secondo cui, accanto alla norma costitutiva di diritti (*rechtsbegründende*) esistono norme (*rechtshindende*) che ne impediscono il sorgere e quindi gli effetti [ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 98 ss.]. Ad essa è stato obiettato che la qualifica impeditiva del fatto viene ricavata dalla natura della norma e quest'ultima, a sua volta,

La distinzione nella dottrina tedesca

dalla qualificazione del fatto, determinandosi pertanto un circolo vizioso [Sacco, *La presunzione di buona fede*, cit., 3]. Ma, come è stato rilevato, l'obiezione non può essere accolta, perché, almeno nell'opera più nota, si afferma soltanto che la natura impeditiva del fatto può trarsi esclusivamente dalla formulazione della norma stessa [Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 257]. Il punto di partenza è quindi la norma, e si dice infatti che il diritto oggettivo può considerare un fatto come presupposto positivo di un diritto o il suo contrario come presupposto negativo. Una volta che la legge ha operato la qualificazione del fatto, non è data all'interprete la scelta se partire da esso o dal suo contrario. I presupposti positivi devono sussistere quando si tratta di riconoscere un diritto, mentre il mero dubbio sulla loro esistenza determina il mancato riconoscimento. Quindi, in base alla qualificazione del fatto operata dalla norma, chi pretende il riconoscimento del diritto raggiunge il suo scopo in presenza dei presupposti positivi del diritto, anche se permane il dubbio sulla sussistenza di quelli negativi. La controparte, invece, prevale già in caso di dubbio circa la esistenza dei presupposti positivi, oppure in caso di certezza (= prova raggiunta) circa la sussistenza di quelli negativi.

Criticabile appare piuttosto il rapporto regola-eccezione su cui si basa una precedente formulazione della dottrina tedesca. Infatti, come è stato osservato, nella previsione di una fattispecie impeditiva o estintiva non può scorgersi la formulazione di un'eccezione, ma piuttosto una fattispecie più complessa, rispetto ad una più semplice che presenta una sua autonomia.

Le suddette precisazioni possono servire anche per chiarire la differenza tra la prova dell'inesistenza del fatto presunto e la prova del fatto impeditivo. Nel primo caso si ha una prova « contraria », cioè una prova che pur vertendo su fatti diversi riguarda comunque fatti che hanno una rilevanza contraria diretta nei confronti del fatto costitutivo di cui non

Prova dell'inesistenza del fatto presunto e prova del fatto impeditivo

è richiesta la prova. Nel caso dei fatti impeditivi, la prova riguarda fatti diversi — rispetto al fatto costitutivo — la cui rilevanza è indiretta.

5. *Controprova e prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi.*

La domanda dell'attore può risultare infondata perché non sono veri (o non vengono provati) i fatti costitutivi su cui essa si basa, o perché — veri i fatti costitutivi — se ne sono verificati altri, impeditivi, modificativi o estintivi. Corrispondentemente, a seconda delle circostanze, il convenuto può opporsi alla domanda dell'attore dimostrando che non è vero il fatto allegato, oppure andare oltre mediante la prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi.

Nel primo dei casi indicati si ha la « controprova », da intendersi quindi come prova del convenuto che si riferisce allo stesso fatto affermato dall'attore — contestandone l'esistenza — e rimane entro i limiti delle prove da quest'ultimo adottate, tendendo inevitabilmente a dimostrare la falsità di queste prove o comunque la loro inidoneità a costituire il fondamento del convincimento del giudice, e di conseguenza l'infondatezza della pretesa. Se, ad esempio, l'attore intende dimostrare l'avvenuta conclusione del contratto mediante testimonianze, la controprova consiste nel provare che il contratto non è stato mai concluso e quindi nel dimostrare la falsità delle testimonianze. Ciò può avvenire in modi diversi: il convenuto può fornire la controprova dimostrando che egli non si trovava nel luogo indicato dai testimoni nel momento della pretesa conclusione del contratto, oppure che non poteva esservi colui che ha testimoniato.

La controprova deve considerarsi fornita non soltanto quando il giudice è convinto della verità del fatto (oggetto della controprova), ma già quando è stato scosso il suo convincimento, relativo alla verità dei fatti affermati dall'altra parte, per cui dalla raggiunta zona di luce della certezza egli è nuovamente precipitato nel buio dell'incertezza: cfr. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 77.

Manca di prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi

Non si ha invece controprova quando l'attore ha fornito la prova dei fatti costitutivi del diritto ed il convenuto non contesta direttamente i fatti e la relativa prova affermati dall'attore, ma allega e prova fatti aventi l'efficacia di impedire il verificarsi degli effetti di regola collegati ai fatti costitutivi, oppure di modificarli o di farli venire meno. La prova dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi riguarda quindi fatti diversi da quelli (costitutivi) provati dall'attore. Se, ad esempio, l'attore ha fornito la prova della stipulazione del contratto, il convenuto può fornire la prova della violenza subita per sottoscriverlo (fatto impeditivo), oppure la prova di un accordo successivo che avendone modificato il contenuto fa venir meno o riduce la pretesa dell'attore (fatto modificativo), oppure l'adempimento dell'obbligazione che nasceva dal contratto (fatto estintivo).

Come è stato osservato, è astrattamente ipotizzabile una regola probatoria che faccia gravare sull'attore non soltanto la prova dei fatti costitutivi del diritto ma anche la prova della mancanza dei fatti impeditivi, modificativi e estintivi [R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, rist., Napoli, 1981, 40 ss.]. Un sistema di questo tipo renderebbe tuttavia quasi sempre impossibile il raggiungimento della prova, poiché l'onere avrebbe generalmente ad oggetto anche la prova di fatti negativi. Comunque, se tale regola venisse adottata, il convenuto potrebbe opporsi soltanto mediante controprove; che non riguarderebbero unicamente i fatti costitutivi ma anche i fatti impeditivi e estintivi. La prova relativa a questi ultimi — in termini negativi — dovrebbe infatti essere fornita dall'attore e il convenuto dovrebbe opporsi contestando il mancato verificarsi del fatto impeditivo o estintivo.

Le difficoltà a cui darebbe luogo l'ipotesi formulata confermano la razionalità del sistema prescelto, definito spesso in dottrina sistema della semplificazione. La semplificazione consiste appunto nella riduzione dell'onere probatorio dell'attore, il quale non è chiamato a provare i fatti costitutivi e la mancanza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi, ma sol-

tanto i primi. Ciò viene considerato sufficiente per ritenere esistente il diritto vantato purché il convenuto non provi l'esistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi.

Ancora, la semplificazione consiste — a nostro avviso — nella individuazione del soggetto generalmente meglio in grado di soddisfare, mediante la prova di fatti positivi, l'onere probatorio. In tal senso non ci sembra del tutto esatto affermare che la difesa del convenuto dà luogo ad un fenomeno inverso a quello della semplificazione quando porta ad estendere il campo della controversia a circostanze diverse da quelle affermate dall'attore. Nella semplificazione non deve infatti scorgersi esclusivamente un fenomeno quantitativo, cioè la riduzione dell'onere probatorio gravante sull'attore, ma altresì una scelta qualitativa, cioè una distribuzione basata sulla qualità delle parti e sulla rispettiva possibilità di fornire la prova.

Una questione complessa e dibattuta riguarda infine il rapporto tra l'attività della parte, in ordine alla eccezione di fatti impeditivi, modificativi o estintivi, e il potere del giudice di rilevare d'ufficio i fatti suddetti paralizzando in tal modo la domanda dell'attore pur in mancanza di una corrispondente richiesta del convenuto.

In dottrina sono state sostenute entrambe le possibili soluzioni. Ci sembra peraltro corretto il ragionamento secondo cui occorre in primo luogo chiedersi « se la "pronuncia d'ufficio" su circostanze impeditive (modificative o estintive) dell'efficacia del titolo fatto valere in giudizio sia la regola o l'eccezione » [P. SPADA, *Problemi della nullità del brevetto d'invenzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 232].

Pur accogliendo la tesi secondo cui la rilevanza d'ufficio costituisce la regola, dovendo riconoscere in essa la soluzione normalmente prescelta dal sistema, conviene non trascurare il peso delle eccezioni, tali forse da mettere in crisi la stessa esistenza di una regola. In tal senso basti ricordare i risultati di attente indagini sulla nullità del brevetto d'invenzione,

Attività probatoria della parte e potere del giudice di rilevare d'ufficio i fatti impeditivi

La tesi preferibile

Le tesi accolte in dottrina e in giurisprudenza

Ripartizione dell'onere e prova di fatti negativi

Sistema della semplificazione

non rilevabile in assenza di istanza del convenuto, e soprattutto delle ricerche in tema di nullità del negozio giuridico [G. FILANTTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 105 ss.].

La varietà di soluzioni a cui giurisprudenza e dottrina sono pervenute nelle (diverse) ipotesi di nullità offre indubbi argomenti alla tesi secondo cui una risposta univoca non è ammissibile neanche con riferimento a singole ipotesi. Appare tuttavia criticabile il risalente orientamento giurisprudenziale che ammette la rilevabilità d'ufficio della nullità soltanto quando la domanda riguarda l'esecuzione del negozio; negandola invece se viene chiesta la risoluzione, la rescissione o l'annullamento, sul presupposto che in queste ipotesi la validità del negozio non sarebbe elemento costitutivo della domanda: così, ad esempio, in caso di azione tendente alla risoluzione del contratto per inadempimento, in base al principio della domanda, il giudice non potrebbe rilevare d'ufficio la nullità del contratto, ma soltanto in seguito ad « eccezione » del convenuto.

Il fondamento della suddetta limitazione è apparso di dubbia consistenza perché, in primo luogo, nel caso di risoluzione per inadempimento la pretesa ha parimenti titolo nel contratto. Ma anche valutazioni più generali conducono allo stesso risultato: prevale infatti la visione della nullità come strumento di tutela diretta ed insopprimibile di interessi generali dell'ordinamento, e quindi l'esigenza di un controllo esterno del contratto non lasciato all'iniziativa processuale della parte [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, 568].

In senso analogo la giurisprudenza più recente, secondo cui il giudice può sempre rilevare la nullità del negozio sotto qualsiasi profilo e anche ove sia individuabile una nullità di protezione, nelle ipotesi in cui le parti non l'abbiano chiesto nella domanda, a meno che il giudizio non possa essere deciso sulla base di una « ragione più liquida » e assorbente della

questione di nullità [Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, 1, 862 con note di A. Palmieri-R. Pardolesi; e F. Di Ciommo].

6. *Norma generale, norme particolari sull'onere della prova e presunzioni legali.*

Il codice civile, oltre alla regola fissata nella norma dell'art. 2697 c.c., prevede altre regole aventi ad oggetto la ripartizione dell'onere della prova con riferimento a settori particolari.

Appare necessario esaminare brevemente i rapporti che intercorrono tra esse e la regola generale dell'art. 2697 c.c. Conviene inoltre tentare un'opera di coordinamento avente ad oggetto le norme che prevedono presunzioni legali, in particolare presunzioni *iuris tantum*. Data la possibilità della prova contraria, queste presunzioni — come si vedrà — presentano infatti una stretta affinità con le norme di ripartizione dell'onere della prova.

La presenza di norme particolari sull'onere della prova non stupisce se si considera che l'art. 2697 è stato introdotto nel codice civile del 1942, cioè in un sistema precedentemente caratterizzato dalla presenza di una norma ritenuta a carattere generale, ma pur sempre dettata nel libro delle obbligazioni (art. 1312 c.c. 1865), e di altre regole probatorie in diversi libri del codice civile.

La ripartizione dell'onere prevista nelle norme particolari si discosta spesso da quella dell'art. 2697 c.c. Le ipotesi in cui ciò non accade si spiegano alla luce della evoluzione storica, per il mancato coordinamento tra l'art. 2697 c.c. e le norme preesistenti. Ovviamente in quest'ultimo caso le norme particolari sono divenute superflue.

Diversità di do-
mande e rilievo
d'ufficio della
nullità del
contratto

Norma generale sull'onere della prova e norme di settore

Norme sull'onere della prova e presunzioni

Art. 2697 c.c. e norme particolari sull'onere della prova: mancanza del coordinamento

L'onere della prova nel codice civile del 1865

La mancanza di una norma corrispondente all'articolo in esame nel codice civile abrogato giustifica quindi sia le fattispecie normative in cui si ravvisa una regola coincidente con l'art. 2697 c.c., sia quelle che contengono una regola diversa. La prevalenza di queste ultime è dovuta alla circostanza che la regola generale oggi prevista nell'art. 2697 c.c. era accolta, sia pure con i limiti derivanti anzitutto dalla *sedes materiae*, anche nel codice abrogato.

Una interessante conferma della ininterrotta e diffusa vigenza di tale regola proviene dall'ordinamento tedesco, in cui le poche norme sulla distribuzione dell'onere della prova, riscontrabili — con riferimento a settori specifici — nel codice civile ed in quello di procedura civile, vengono considerate eccezioni o precisazioni della regola generale, come si è detto, in larga misura coincidente con quella dell'art. 2697 c.c., non espressamente disciplinata in alcuna norma.

L'esperienza dimostra, in definitiva, che la ripartizione dell'onere della prova avviene comunque in base a criteri equivalenti a quelli oggi previsti nell'art. 2697 c.c., che rispondono a principi di logica giuridica conaturati alla struttura degli ordinamenti codicistici e, almeno in parte, presenti altresì in quelli di *common law*.

Per quanto riguarda le norme che prevedono presunzioni *iuris tantum*, si è a lungo dibattuto sulla natura giuridica, dubitandosi se esse siano regole di prova (*Beweisregeln*) o regole particolari sull'onere della prova (*Beweislastregeln*), precisamente sulla distribuzione dell'onere della prova (tesi, quest'ultima, che sembra da preferire).

Tuttavia, non sempre risulta chiaro che sebbene presunzioni *iuris tantum* e regole particolari — cioè diverse dalla regola generale dell'art. 2697 c.c. — sull'onere della prova abbiano la stessa natura giuridica, i due fenomeni non possono essere identificati. Infatti, le presunzioni *iuris tantum*, a differenza delle regole sull'onere della prova, fanno riferimento a particolari presupposti estranei alla fattispecie, e modificano pertanto il tema della prova.

Regole particolari sull'onere della prova e presunzioni *iuris tantum*

La presunzione di cui si discute, che determina una regola probatoria, non deve essere confusa con la presunzione-illazione, legislativa o giudiziale. In quest'ultima è previsto il passaggio logico da un fatto noto, non rilevante direttamente, al fatto ignorato che dovrebbe costituire l'oggetto della prova; tra l'altro, come è stato osservato, le conseguenze che la legge trae dal fatto base della presunzione sono conseguenze giuridiche e non illazioni o conseguenze logiche.

La confusione deriva da una superata concezione della presunzione legale relativa come particolare tipo di illazione legislativa e quindi come giudizio logico fondato sul calcolo di probabilità, per cui essa veniva considerata mezzo di prova e non strumento per designare la parte onerata della prova. Decisiva in senso contrario è la nota obiezione secondo cui la presunzione legale relativa non può considerarsi mezzo di prova in quanto non riguarda il convincimento del giudice, ma determina il suo dovere di ripartire in un certo modo l'onere probatorio [Sacco, *Presunzione, natura costitutiva o imputativa del fatto, onere della prova*, cit., 408].

Una parte della dottrina parla in tal senso di presunzioni improprie o di verità interinali tra le quali rientra, ad esempio, la presunzione di buona fede prevista nell'art. 1147, comma 3, c.c. In queste ipotesi la legge non presume un certo fatto sulla base di un altro fatto noto, secondo lo schema dell'art. 2727 c.c., ma considera senz'altro provato un determinato fatto finché non sia provato il contrario. Le norme che prevedono siffatte presunzioni sono quindi equiparabili alla regola dell'art. 2697 c.c. in considerazione della duplice funzione da esse svolta. In primo luogo, infatti, esse ripartiscono l'onere della prova inteso come onere in senso soggettivo, in secondo luogo esse prevedono una regola di giudizio, stabilendo come il giudice deve risolvere la controversia nel caso in cui la parte onerata non abbia raggiunto la prova. In definitiva si tratta di regole assimilabili alle norme particolari sull'onere della prova.

Presunzioni improprie o verità interinali

Presunzioni improprie e regole particolari

La ratio delle presunzioni *iuris tantum*

La *ratio* delle norme che prevedono presunzioni *iuris tantum* è quella di favorire — attraverso la ripartizione dell'onere — una certa regolamentazione della fattispecie, considerando sussistenti, in modo provvisorio, elementi di fatto a cui sono collegati effetti giuridici. Al fine di tutelare determinati interessi, atinenti, ad esempio, allo *status* delle persone, alla circolazione dei beni, alla distribuzione dei costi degli incidenti o alla certezza dei rapporti giuridici, la legge privilegia una verità, ammettendo la possibilità che gli interessati dimostrino la mancanza di coincidenza tra la verità favorita dalla legge e quella reale.

Criteri di esperienza, verosimiglianza, probabilità

Per spiegare la soluzione legislativa possono utilizzarsi di volta in volta criteri di esperienza, verosimiglianza o probabilità. Bisogna comunque ammettere che mentre in alcune ipotesi la presunzione *iuris tantum* intende facilitare l'accertamento dei fatti assegnando l'onere della prova al soggetto che si trova nella migliore posizione per farlo, ad esempio grazie ad una maggiore conoscenza dei fatti, in altre ipotesi esigenze diverse — atinenti alla regolamentazione sostanziale del rapporto — prevalgono rispetto all'aspirazione di un accertamento dei fatti il più possibile aderente alla verità. Il fenomeno è particolarmente evidente nel caso delle presunzioni che non ammettono la prova contraria, escludendo pertanto l'accertamento della verità perfino quando l'attività delle parti potrebbe condurre il giudice a questo risultato, e raggiunge in un certo senso il suo apice nelle ipotesi delle c.d. finzioni, fattispecie normative in cui è esclusa la coincidenza tra la verità del diritto e quella effettiva.

Le norme che ripartiscono l'onere della prova vengono spesso assimilate alle presunzioni *iuris tantum*. Ma l'affinità dei fenomeni, consistente soprattutto nel *favor* che in entrambi i casi la legge dimostra per un determinato assetto degli interessi, non giustifica una equiparazione, se non, come detto, per certi aspetti, nell'ipotesi delle c.d. presunzioni improprie.

Conseguenze del mancato soddisfacimento dell'onere e effetti delle presunzioni

Infatti, nel caso della (mera) ripartizione dell'onere, la conseguenza del mancato soddisfacimento da parte dell'onereato consiste nel rigetto della domanda o della eccezione, e quindi, come suol dirsi, nel mantenimento dello *status quo*. Invece, mediante una presunzione *iuris tantum* la legge non si limita a ripartire l'onere, bensì ricollega degli effetti al fatto presunto o, come è stato precisato, stabilisce le conseguenze giuridiche della mancata prova del fatto opposto a quello presunto [Sacco, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 410].

La frequente equiparazione dei due fenomeni è stata probabilmente favorita dall'introduzione nel codice vigente della norma generale in tema di ripartizione dell'onere probatorio, che ha indotto a far rientrare nell'ambito delle presunzioni alcune norme che in effetti svolgevano (e svolgono) la funzione di distribuzione dell'onere probatorio con riferimento a settori specifici. In tal senso appare significativa la circostanza che la dottrina meno recente qualificava come norme di distribuzione dell'onere regole legislative oggi viceversa spiegate in termini di presunzione *iuris tantum*.

Gli articoli del codice civile in cui sono previste le norme in questione saranno presi in esame soltanto al fine di verificare il suddetto rapporto con l'art. 2697 c.c. La trattazione non ha neanche pretese di completezza, mirando ad una ricostruzione del sistema piuttosto che ad una elencazione esaustiva delle diverse ipotesi.

Anticipando alcuni risultati, può osservarsi che la presenza di norme specifiche, in materie di centrale rilievo del diritto privato, finisce per fare assumere all'art. 2697 c.c. una funzione residuale. L'ulteriore considerazione — già svolta — secondo cui i criteri di ripartizione previsti nell'art. 2697 c.c. rispondono a principi di logica giuridica, da ritenersi comunque vigenti, invita altresì a riflettere sull'utilità della norma introdotta nel codice vigente.

Ragioni della frequente equiparazione dei due fenomeni

Funzione residuale dell'art. 2697 c.c.

7. Segue. *Insufficienza della norma generale sull'onere della prova e varie funzioni delle presunzioni legali.*

Onere della prova e mantenimento dello *status quo*

Non sempre la fattispecie presenta le caratteristiche a suo tempo esaminate, che giustificano una ripartizione dell'onere della prova basata in primo luogo sulla preferenza dell'ordinamento per il mantenimento dello *status quo*.

La prova del momento della morte

L'esempio forse più significativo riguarda la morte della persona. Per sopporre alla impossibilità di accertare con precisione il momento della morte di una persona, gli ordinamenti giuridici fanno tradizionalmente ricorso a diverse presunzioni. Ciò consente di decidere tra più litiganti, ciascuno dei quali è interessato a fare risalire la morte di una persona ad un certo momento piuttosto che ad un altro, chi debba prevalere in mancanza di prova certa. Sarebbe invece poco saggio — si osserva — risolvere la questione in base alla regola sull'onere della prova, cioè, in mancanza di prova, a sfavore di chi ha agito in giudizio, perché in tale ipotesi non si riscontra una diversa posizione sostanziale tra le parti in causa. Si consideri, ad esempio, il caso di una diversa ripartizione del patrimonio di A, tra B e C, dipendente dal fatto che la morte di A risalga all'anno 2019 o all'anno 2020: è evidente che non sarebbe opportuno fare dipendere la soluzione del caso unicamente dalla circostanza che ad agire in giudizio sia stata l'una o l'altra parte.

Per questo motivo gli art. 58 ss. c.c., distaccandosi dalla norma generale in tema di onere della prova, prevedono una serie di regole tendenti a stabilire il momento della morte con riguardo a vari episodi, che tuttavia in realtà non consentono di pervenire logicamente alla soluzione prevista. Così, l'art. 58 c.c. fa riferimento al giorno a cui risale l'ultima notizia dell'assente e l'art. 61 c.c. prevede addirittura che quando non sia possibile determinare l'ora, la morte si considera avvenuta alla fine del giorno, a sua volta individuato in base a varie presunzioni.

Disposizione superflua viene invece ritenuta quella pre-

vista nell'art. 69 c.c. secondo cui « nessuno è ammesso a reclamare un diritto in nome della persona di cui si ignora l'esistenza se non prova che la persona esisteva quando il diritto è nato ». Il principio in essa contenuto coincide infatti con quello della regola generale sull'onere della prova.

Un certo interesse presenta altresì la fattispecie della morte di più persone disciplinata nell'art. 4 c.c., secondo cui « quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona a un'altra e non consta quale di essa sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento ». Il significato della norma è stato esattamente ravvisato nel rifiuto del complesso e poco credibile sistema di presunzioni del diritto intermedio e del codice napoleonico, basate tra l'altro sull'età ed il sesso, e previste per l'ipotesi di morte di più persone in caso di incendio, alluvione, ecc. Mentre, per quanto riguarda la funzione probatoria, anche questa norma viene ritenuta superflua, in quanto la regola da essa posta potrebbe ricavarsi dall'art. 2697 c.c. Infatti, se la titolarità di un determinato diritto dipende dalla sopravvivenza di una persona, occorre fornire la prova del fatto della sopravvivenza.

In altre ipotesi, il superamento delle possibili controversie in base alla regola sull'onere della prova non è sembrato soddisfacente per ragioni diverse, che parimenti hanno indotto alla previsione di presunzioni. In alcuni casi si tratta di una preponderanza di probabilità, che spinge a considerare esistente ciò che è usuale, mentre si fa carico a chi nega di provare il non usuale. Così, ad esempio, può spiegarsi la presunzione che al possesso corrisponde la proprietà: in tal modo si favorisce altresì una situazione socialmente desiderabile, cioè che alla situazione di fatto corrisponda quella di diritto. In altri casi si attribuisce rilevanza alla migliore conoscenza dei fatti di una delle parti o al migliore — o esclusivo — accesso ai mezzi di prova.

Presunzione di comunione

Presunzione di proprietà in capo al possessore

Presunzione di
legittimità del
figlio nato in
costanza di
matrimonio

Alcune delle presunzioni, inoltre, sono giustificate da due o più delle ragioni indicate. Così, la presunzione di legittimità del figlio nato in costanza di matrimonio si spiega in base a considerazioni di probabilità, al risultato socialmente desiderabile, storicamente anche in base a difficoltà di prova.

Come meglio risulterà dalle pagine seguenti, le presunzioni legali non sempre si limitano a ripartire l'onere della prova in modo diverso rispetto alla regola generale, ma a volte contengono una prescrizione di tipo positivo. La legge, cioè, presumendo un certo fatto stabilisce una regola e quindi ricollega a quel fatto determinati effetti.

Necessità del
ricorso alla
presunzione

In altri casi, infine, la legge deve necessariamente operare mediante una presunzione, poiché non servirebbe spostare l'onere della prova da una parte all'altra, né limitarsi a respingere la domanda nel caso in cui l'attore non riesca a provare. La legge supera in tal modo una situazione di *impasse* favorendo una certa soluzione. Ciò, ad avviso di alcuni, si verifica nel caso, sopra indicato, della presunzione di comunione (rectius, di non sopravvivenza). L'opinione prevalente — come accennato — nega tuttavia la configurabilità di una presunzione di comunione, e la conseguente inversione dell'onere della prova, scorrendo un'applicazione dell'art. 2697 c.c., secondo cui spetta a chi afferma un fatto — la sopravvivenza — darne la prova. È stata tuttavia rilevata la necessità di una distinzione, poiché se da un lato si applica il principio sull'onere della prova quando la sopravvivenza viene invocata a fondamento della domanda o dell'eccezione, si ha invece una deroga se la sopravvivenza viene negata, poiché la domanda o l'eccezione si fonda sulla non sopravvivenza di un'altra persona: in tal caso l'onere della prova risulta invertito, cosicché deve ammettersi l'introduzione, con l'art. 4 c.c., di una presunzione di non sopravvivenza [F. SANTORO-PASSARELLI, *Comunione*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 979].

8. Regolamentazione sostanziale del rapporto e inversione dell'onere della prova.

La norma dell'art. 2697 c.c. è stata disattesa dalla giurisprudenza in una serie di ipotesi in cui per favorire una delle parti del rapporto è stato invertito o comunque modificato l'onere probatorio.

La tecnica generalmente adoperata consiste nella creazione di presunzioni, rispondenti allo schema della presunzione *iuris tantum*, che a volte, accentuandosi il rigore della prova del contrario, finiscono per incidere sulla disciplina del rapporto sostanziale. Tra l'altro, come è stato rilevato, l'elemento sulla cui base si assume l'esistenza dell'onere, in certi casi, non è costituito a sua volta da un dato di fatto ma dalla ragionevolezza dell'ipotesi affermata, per cui è evidente l'incidenza sulla regola di decisione del rapporto sostanziale controverso più che sul modo di formazione del convincimento del giudice [G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 142].

Le fattispecie in cui la giurisprudenza ha affermato l'esistenza di presunzioni sono numerose e varie. Tra le più note e criticabili, ricordiamo quella riguardante la prestazione di lavoro tra familiari che si presume a titolo gratuito. A favore di tale presunzione si osserva che tra persone conviventi e legate da vincoli di parentela o di affinità, l'esistenza di affetti familiari e di una comunanza di interessi economici conduce a considerare la prestazione lavorativa come effettuata *affectionis vel benevolentiae causa*. L'espressa esclusione legislativa della gratuità del lavoro svolto all'interno dell'impresa familiare (art. 230-bis c.c.) induce viceversa a ritenere, con maggiore certezza rispetto al passato, che dall'esistenza di rapporti affettivi non sia possibile fare discendere alcuna presunzione di gratuità della prestazione lavorativa.

Altre ipotesi hanno riguardato il carattere fraudolento del licenziamento di un lavoratore subordinato, seguito subito dopo da una riassunzione con le stesse mansioni; l'*animus*

Creazione giurisprudenziale di presunzioni

Prestazione di lavoro tra familiari

Licenziamento del lavoratore e riassunzione

spoliandi, che si presume sussistente tutte le volte in cui il soggetto agente abbia privato altri del possesso o della detenzione in modo violento o clandestino, nonostante addirittura la convinzione dello spoliatore di agire esercitando un proprio diritto; l'incapacità del testatore, affetto da malattia che influisce gravemente sulla psiche, nel momento della redazione del testamento; l'assenteismo del concedente nella versione in affitto dei contratti associativi.

Dichiarazione
di paternità
naturale

Particolarmente significativa, inoltre, per confermare il precedente assunto, secondo cui elementi che dovrebbero rilevare unicamente ai fini della valutazione delle prove vengono utilizzati per la ripartizione dell'onere probatorio, appare l'ipotesi della dichiarazione di paternità naturale. La *exceptio plurimum concubentium*, e la eventuale prova che la madre sia donna di facili costumi, dovrebbero infatti influire unicamente sulla formazione del convincimento del giudice rispetto al fatto *probandum* (paternità del convenuto), ma non sulla ripartizione dell'onere della prova riguardo al fatto stesso.

Rinviano a studi esistenti per l'analisi dettagliata che non è possibile compiere in questa sede, sembra possibile condividere le conclusioni a cui una parte della dottrina è da tempo pervenuta:

a) la giurisprudenza, in molte ipotesi, adotta lo schema della presunzione per ripartire l'onere probatorio in modo diverso da come risulterebbe in base all'applicazione dell'art. 2697 c.c. e delle norme riguardanti il rapporto sostanziale dedotto in giudizio;

b) il fatto presunto deve essere comunque considerato costitutivo, nonostante la dispensa dalla prova, e non imputativo, con tutte le conseguenze collegate a questa qualifica.

Da condividere ci sembrano altresì le critiche, rivolte alla suddetta prassi giurisprudenziale, fondate sulla inapplicabilità del procedimento analogico date le ragioni particolari su cui di volta in volta si basano le presunzioni legali. Ogni

Critica all'orientamento della giurisprudenza

presunzione giurisprudenziale rappresenta sotto tale profilo una violazione dell'art. 2697 c.c., in quanto determina una diversa ripartizione dell'onere della prova.

Ai fini di una più ponderata valutazione del fenomeno ci sembra tuttavia opportuno tenere conto del reale significato di tali orientamenti giurisprudenziali.

La ripartizione dell'onere della prova attuata mediante creazione di presunzioni si risolve in uno strumento destinato ad incidere sulla disciplina sostanziale del rapporto. L'orientamento giurisprudenziale relativo ad uno strumento probatorio nasconde quindi una scelta sul tipo di regolamentazione. Ad esempio, l'inversione dell'onere della prova riguardo all'elemento della colpa del danneggiante, se da un lato agevola (nel processo) il danneggiato, finisce per modificare e senz'altro ridurre la rilevanza del suddetto elemento nell'ambito del giudizio di responsabilità. La scelta sul tipo di regolamentazione — in particolare sullo standard di responsabilità — viene pertanto compiuta senza distaccarsi formalmente dalla regola di tipo sostanziale.

Una giustificazione potrebbe essere ravvisata nella stessa struttura dell'art. 2697 c.c., visto come norma in bianco, che necessita di integrazioni, non soltanto normative [ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 293]. Ma in ogni caso — rileviamo — le costruzioni giurisprudenziali non sempre lasciano trapezare uno sforzo tendente ad offrire un fondamento a vere e proprie deviazioni dai principi della materia.

Bibliografia.

1. Sul principio del *non liquet* v. G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, rist., Padova, 1966, 177 ss.; e, di recente, M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, 226 ss.; L.P. COMOGGIO, *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, sub art. 2697, Torino, 2016, 310 ss.

2. Nel codice italiano del 1865, come in quello tedesco, mancava una norma sul principio generale dell'onere della prova. Il MICHELI

Presunzioni e
disciplina del
rapporto

(L'onere della prova, cit., 53) ricorda che nel primo progetto del BGB una norma sull'onere della prova era prevista nel § 193. Più precisamente si trattava di alcune "disposizioni generali" (§§ 193-198), che facevano riferimento a diversi settori del diritto privato, non inserite poi nel secondo progetto. Dai lavori preparatori risulta che esse furono ritenute inutili perché la regolamentazione dell'onere della prova risponde a principi di logica, di equità, di adeguatezza allo scopo, ed inoltre perché dalle norme di diritto sostanziale — se ben formulate ed interpretate — deve potersi dedurre non soltanto il *thema probandum* ma anche la ripartizione dell'onere della prova (Prot. I, 259). Concludono tale tesi A. WACH, *Die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig, 1901, 10 ss.; F. SCHULZ, *Die Beweislast*, Altona, 1921, 4 ss.; A. BLOMEYER, *Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess*, in *Verhandlungen des 46. DJT, Teil 2 A*, München-Berlin, 1966, 4. In ogni caso, la dottrina ritiene che la regola applicata nell'ordinamento tedesco sia sostanzialmente la stessa prevista dall'art. 2697 c.c.; in tal senso v. W. GRUNSKY, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, in *Le prove nel diritto civile amministrativo e tributario*, a cura di C. Glendi, S. Patti, E. Piccozza, Torino, 1986, 13.

Sulla *Normentheorie*, elaborata da L. ROSENBERG, v. la sua opera *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*, München-Berlin, 5^a ed., 1965. Secondo tale teoria, colui che agisce o resiste e che intende far valere gli effetti favorevoli di una norma, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e dei presupposti di fatto richiesti dalla norma stessa. L'eventuale *non liquet* deriva dall'impossibilità, per il giudice, di applicare la norma invocata a causa della mancata prova dell'esistenza dei presupposti di fatto, non traducendosi invece in una mancata pronuncia sulla situazione di diritto. Così ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 14, ss., il quale offre anche una chiara definizione dell'onere della prova e della sua funzione, in termini soggettivi e oggettivi. Alla base dell'onere della prova in senso oggettivo vi è il principio stesso dell'applicazione del diritto, pertanto esso si considera « irrinunciabile » in ogni tipo di processo.

Sembra interessante ricordare che Leo Rosenberg iniziò a scrivere la sua celebre opera quando aveva da poco tempo iniziato gli studi di giurisprudenza e la completò per l'esame di dottorato: per notizie sulla vita dello studioso, v. D. SCHWAB, *Recht und Familie im Flug der Zeit*, Bielefeld, 2020, 119 ss.

3. Tra gli autori che, successivamente, hanno criticato la *Normentheorie* v. K.-H. SCHWAB, *Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie*, in *Festschrift für R. Bruns*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, 505; H. PRÜTTING, *Grundprobleme des Beweisrechts*, in *JA*, 1985, 313 ss.; con specifico riferimento alla materia della responsabilità civile, v. V. WAHRENDORF, *Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1976, 57; G. BAUMGÄRTEL u. K. WITTMAN, *Zur*

Beweislastverteilung im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB, in *Festschrift für K. Schäfer*, Berlin-New York, 1980, 13 ss. Viene criticata soprattutto la tesi secondo cui le ipotesi di *non liquet* sono da equiparare al caso in cui il giudice è convinto della non esistenza del fatto. A tal proposito, si vedano le argomentazioni di SCHWAB, *Zur Abkehr*, cit., 506 e di P. AENS, *Zur Problematik von non-liquet-Entscheidungen*, in *Festschrift für W. Müller-Freyenfels*, Baden-Baden, 1986, 13 ss.

Vi è anche chi nega validità alla distinzione tra fatti costitutivi, estintivi e impeditivi, sottolineando in particolare che il concetto di fatto impeditivo è estraneo alla legge tedesca. Sul punto, GRUNSKY, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, cit., 14.

Tali critiche coincidono con concezioni da tempo affermate nella nostra dottrina: cf. R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 399 ss.; Id., *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 4.

Critiche sono state mosse anche nei confronti della c.d. *Operativregel*, presupposta dalle norme sulla ripartizione dell'onere della prova, affermata invece da PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., 167 ss., secondo cui tale regola guiderebbe il giudice nel « fingere » l'esistenza di una certa fattispecie — ad es. i presupposti del diritto del convenuto se l'attore non riesce a fornire la prova della sua pretesa — consentendo in tal modo il superamento del *non liquet*. Tale costruzione determina dei dubbi soprattutto per il ricorso alla finzione — strumento quasi del tutto abbandonato dai moderni ordinamenti giuridici — riguardo ad uno dei suoi punti nevralgici. Il ricorso alla « finzione » per spiegare l'operare della *Beweislastnorm* è peraltro frequente nella dottrina tedesca: cf., ad es., H. J. MUSIELAK u. STRADLER, *Grundfragen des Beweisrechts*, München, 1984, 107 ss.

Secondo alcuni autori, d'altro canto, la *Normentheorie* determina un aggravamento della posizione di colui che agisce in giudizio, spesso inaccettabile e, di conseguenza, la giurisprudenza opera a volte una vera e propria inversione dell'onere della prova: GRUNSKY, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, cit., 15. Ciò è avvenuto, ad esempio, già prima della nota direttiva, in tema di responsabilità del produttore, v. BGH, 3 giugno 1975, in *NJW*, 1975, 1827. Vi è chi ritiene che, tuttavia, così ragionando, si perviene ad uno stravolgimento della stessa norma sulla responsabilità civile: cf. SCHWAB, *Zur Abkehr*, cit., 507 ss.; D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin, 1966, 45 ss., secondo il quale la regola di responsabilità civile per le fattispecie di responsabilità del produttore suonerebbe: « nel caso di responsabilità del produttore il convenuto sopporta l'onere di provare la mancanza di colpa ».

In relazione ai criteri di ripartizione dell'onere della prova alternativi rispetto a quello basato sulla distinzione tra fatti costitutivi, estintivi, modificativi WAHRENDORF, *Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, cit., 54; SCHWAB, *Zur Abkehr*, cit., 511.

La giurisprudenza e la dottrina italiane sembrano condividere la tesi, suggerita in particolare da GRUNSKY, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, cit., 17; e già da WACH, *Die Beweislast*, cit., 13, della necessità di utilizzare tutte le regole ermeneutiche, non restando ancorati al solo dato letterale delle norme che ripartiscono l'onere della prova.

4. Per un approfondimento della distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi nella dottrina italiana, si vedano: M. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica* (in *Annali dell'Università di Macerata*, 1929), ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 245 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 95 ss.; M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino, 1939, 101 ss.; Id., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1941, 123 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, XV, Torino, 1955, 11 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa. Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 331 ss.; A. FAZZA, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 947.

Sul fatto impeditivo come elemento della fattispecie, cfr. soprattutto SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 405 ss.; F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 102 ss.; v. anche G. LASERRA, *La prova civile*, Napoli, 1957, 88 ss.; E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968, 349. Sul fatto impeditivo « tolleranza » v. S. PATTI, *La tolleranza del titolare del diritto impedisce l'acquisto del possesso del terzo*, nota a Cass., 13 settembre 2004, n. 18360, in *Immobili e diritto*, 2005, 81; Id., *Tolleranza e presunzioni nel possesso*, nota a Cass., 27 aprile 2006, n. 9661, in, 2007, 95; e già Id., *Profilo della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.

Pur condividendo la tesi secondo cui non deve considerarsi effetto anche il mancato verificarsi di conseguenze giuridiche — v. G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1972, 7; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, 53 ss. — in base a quanto sostenuto nel testo, non ci sembra che, in ogni caso, debba negarsi l'esistenza di una fattispecie « laddove al verificarsi di determinate circostanze non seguano effetti »: cfr. A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 935. Il rigore di tale ragionamento è evidente se si fa riferimento alle ipotesi di invalidità, poiché il vizio che le determina riguarda (almeno) uno degli elementi — costitutivi — della fattispecie. Lo stesso, a nostro avviso, non può affermarsi nel caso in cui il mancato prodursi degli effetti dipende da un elemento esterno alla fattispecie, come tale (autonomia ed) esistente. A. FAZZA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 13 ss., qualifica il fatto impeditivo in termini di inesistenza di un presupposto di efficacia. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 252 ss., la cui tesi appare condivisibile, sostiene la rilevanza autonoma del fatto impeditivo e giudica « apriori-

stico » l'assunto secondo cui l'inefficacia di una fattispecie deve necessariamente dipendere dal difetto della sua struttura. Analogamente G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 199: esistono fattispecie perfettamente integrate e tuttavia non produttive di effetti per l'incidenza di altre fattispecie, totalmente autonome, che agiscono nel senso di escludere gli effetti delle prime. In tal modo si giustifica, tra l'altro, la sistematica del codice, che prevede accanto ai fatti impeditivi — che determinano l'inefficacia dei fatti costitutivi (art. 2697) — i fatti presunti per i quali è disposta una mera dispensa dalla prova a favore di chi usufruisce della presunzione (art. 2728). In senso analogo, con riferimento all'ordinamento tedesco, v. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, cit., 53 ss. Appaiono poco convincenti le critiche mosse alle tesi del Grasso e del Verde da P. SENOFONTE, *Il fatto impeditivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1543 ss.; Id., *Il concetto di fatto impeditivo*, in *Studi per L. Corbelli*, Napoli, 1978, 518 ss.

Per spiegare la categoria del fatto impeditivo, la dottrina e la giurisprudenza richiamano talvolta la fattispecie del contratto — Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 253 — o quella relativa all'acquisto del possesso utile ai fini dell'usucapione: cfr., ad es., Cass., 27 agosto 1953, n. 2904, in *Rep. Foro it.*, 1953, *Passivo*, n. 24; Pret. Cles, 14 giugno 1951, in *Nuovo dir.*, 1953, 24 con nota di M. Dini; Cass., 6 marzo 1950, n. 572, in *Rep. Foro it.*, 1950, cit., n. 55. Ma, per un'impostazione più corretta, v. Cass., 16 novembre 1968, n. 3749, in *Foro it.*, 1969, I, 920, secondo cui la tolleranza rientra tra le circostanze impeditive, in quanto fatto autonomo e diverso rispetto a quelli che la legge definisce costitutivi.

Sulla presunzione di possesso intermedio come regola di ripartizione dell'onere della prova v. F. S. GENTILE, *La prova civile*, Roma, 1960, 33.

In materia di condizioni generali di contratto v., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub art. 1341, Bologna-Roma, 1970, 267: l'onere della prova delle clausole e del loro contenuto grava sul predisponente; per quanto concerne la prova della conoscenza o della conoscibilità, qualora, come generalmente avviene, non sono inserite nel testo del contratto, il predisponente tenta di fornire la prova più agevole della conoscibilità. Sull'aderente grava l'onere della controprova, intesa a negare l'adeguatezza degli strumenti di comunicazione adottati dal predisponente.

In relazione alla decadenza ex art. 1495 c.c. per vizi della cosa venduta, v. D. RUBINO, *La compravendita*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, 1962, 849 ss.; C. M. BRANCA, *La vendita e la permuta*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, 916 ss.

Sul rapporto regola-eccezione di derivazione tedesca, v. H. FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast*, Berlin, 1889, 12 ss.; e sulle sue orme CHIOVENDA, *Principii*, cit., 788 ss.; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 255.

5. In materia di prova e controprova di fatti modificativi, impeditivi o estintivi, osserva esattamente R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, rist., Napoli, 1981, 38, che l'accoglimento o il rigetto nel merito della domanda proposta dall'attore non deriva da considerazioni di diritto processuale ma da motivi di diritto sostanziale. Sulla « controprova » cf. anche PALMERI, *La prova contraria nei giudizi civili: lo stato delle questioni*, cit., 1198 ss.; L. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario*, III, 438 ss.; CHIOVENDA, *Principii*, cit., 780 ss. Nella dottrina tedesca v. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 77 ss.; BLOMEYER, *Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsverfahren*, cit., 1 ss.

Sui diversi tipi di controprova (ad es. diretta e indiretta), v. W. ENDEMANN, *Die Beweislehre des Zivilprozesses*, Heidelberg, 1960, rist., Aalen, 1973, 52 ss.

Sull'impossibilità di fornire la prova del contrario nel caso in cui il fatto costituisca oggetto di una presunzione *iuris et de iure* v. R.J. POTNER, *Trattato delle obbligazioni*, IV, trad. it., Napoli, 1820, 94 ss.

In ordine all'ipoteizzabilità di un onere gravante sull'attore di provare, oltre ai fatti costitutivi, i fatti impeditivi, modificativi e estintivi v. tra gli altri, BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 40 ss. Sui vari criteri enucleati in dottrina per circoscrivere l'onere probatorio dell'attore v. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 788 ss.

Con riferimento al « sistema della semplificazione », per cui viene ridotto l'onere probatorio dell'attore, il quale è tenuto a fornire soltanto la prova dei fatti costitutivi: cf. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 41, il quale ricorda l'illustrazione del fenomeno compiuta inizialmente, in termini più generali, da R. VON JHERING e le applicazioni di FINZI, *Il possesso dei diritti*, cit., 323 ss. e 369 ss. Ma v. anche G. MESSINA, *Contributo alla teoria della confessione*, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, 1 ss.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 57 ss.; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, 31 ss.; V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 28 ss.; V. COLSANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 198 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 180 ss.; COMOGGIO, *Le prove*, cit., 265 ss.

La rilevanza d'ufficio dei fatti impeditivi e estintivi è affermata in dottrina: cf. S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 145 ss.; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 315 ss.

Per quel che riguarda i fatti modificativi previsti dall'art. 1227 c.c. — concorso di colpa del danneggiato — il giudice deve rilevarli d'ufficio se risultano come fatti accertati: cf. C.M. BIANCA, *Dell'insadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub art. 1227, 2ª ed., Bologna-Roma, 1979, 448.

In merito all'ammissibilità di un potere del giudice di rilevare d'ufficio i fatti impeditivi, modificativi o estintivi della domanda dell'attore, in mancanza di una richiesta da parte del convenuto: cf. R. SACCO, *Nullità e annullabilità (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 455 ss.; A. NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva*, Milano, 1965, 193 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 665 ss.; R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 888 ss. Sul tema si veda anche P. SAVA, *Problemi della nullità del brevetto d'invenzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 232; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 315 ss. Sulla possibilità di configurare la nullità come eccezione v. G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 109 ss. In senso contrario S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, cit., 161. Si vedano anche N. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1971, I, 741; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 577 ss.

6. Per un preciso raffronto tra l'art. 1312 del codice civile del 1865 e l'art. 2697 c.c., cf. V. ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 292: la norma vigente è più ampia sotto tre profili, in quanto, avulsa dal tema delle obbligazioni, si estende potenzialmente a tutto il campo del processo civile; riguarda ogni tipo di azione e non soltanto quella di condanna; menziona i fatti impeditivi e modificativi. L'A. ricorda peraltro che ai suddetti ampliamenti era già pervenuta la dottrina sotto la vigenza del codice abrogato.

In ordine alla natura giuridica delle norme che prevedono presunzioni *iuris tantum*, cf. soprattutto l'ampia trattazione di W. TIEFEN, *Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsverfahren*, in *Verhandlungen des 46. DJT.*, I, Teil 2B, München-Berlin, 1966, spec. 53 ss. V. anche R. DECOTTIGNES, *Les présomptions en droit privé*, Paris, 1959, 20 ss. Con riferimento al progetto di riforma del codice di procedura civile (art. 178 e 179), L. MONTESANO, *Relazioni sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione*, II, *Le prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 482, approva la separazione delle presunzioni legali da quelle tratte dal giudice, osservando che le prime vengono considerate « esclusivamente come norme che operano, in astratto, deroghe ai principi generali sulla ripartizione dell'onere della prova », mentre le seconde sono considerate strumenti ricostruttivi, in concreto, del fatto di causa.

Per quanto riguarda la differenza tra presunzioni *iuris tantum* e regole sull'onere della prova, cf. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 216 ss., il quale critica la diversa opinione risalente a WACH-LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, cit., 79 ss.; J.W. HARSCHIED, *Vermutungen im neuen Scheidungsrecht*, in *Festschrift für F.W. Bosch*, Bielefeld, 1976, 362 ss.

Sulla natura giuridica delle conseguenze che la legge trae dal fatto "base" R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 407.

Analizzano le presunzioni « improprie » L. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, Milano, 1975, 353; e S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 164, i quali seguono l'insegnamento e la terminologia di J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II, Leipzig, 1882-1894, 598 ss., e affermano che nel caso della verità interinale (*Interniswahtheit*) la legge impone al giudice di considerare vero un fatto finché non venga data la prova del contrario; mentre nel caso della presunzione la legge stabilisce che un fatto deve considerarsi vero in quanto dedotto da un altro.

Con riferimento all'art. 1147, comma 3, c.c., sottolinea la funzione di regola di giudizio MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., 354.

Sulla ratio delle norme che prevedono presunzioni *iuris tantum* cfr. A. PALAZZO, *Presunzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 268 ss. In merito alla distinzione tra le presunzioni *iuris et de iure*, in cui non sempre si ravvisa « una violenza nei confronti della realtà » e le finzioni, abituate anche nella dottrina tedesca, si veda la critica di J. ESSER, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, Frankfurt a.M., 1940, rist., Frankfurt a.M., 1969, 73, il quale ritiene che si possa parlare di presunzione soltanto quando la norma prevede una ripartizione dell'onere della prova e non la regolamentazione sostanziale di una fattispecie. Sulla « tecnica » delle finzioni v. anche F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, III, Paris, 1921, 363 ss.; DECOTTIGNES, *Les présomptions en droit privé*, cit., 15 ss.; i saggi raccolti in *Les Présomptions et les fictions en droit*, a cura di Ch. Perelman e P. Fontelles, Bruxelles, 1974 e, nella nostra dottrina, tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 811 ss.; F. TODESCAN, *Diritto e realtà, Storia e teoria della fictio iuris*, Padova, 1979, 168 ss. secondo il quale con la presunzione *iuris et de iure* ci troviamo ai limiti della finzione.

7. In ordine alle diverse funzioni delle presunzioni legali, cfr. C.T. McCORMICK, *On Evidence*, St. Paul Minn., 1984, 969 ss. Sulle funzioni svolte dai vari tipi di presunzione nell'ordinamento statunitense e sull'impossibilità di una disciplina unitaria v. BROUN, *The Unfulfillable Promise of One Rule for All Presumptions*, in 62 *North Car. L. Rev.*, 1984, 697 ss. Nella nostra dottrina v. F. CORBERO, *Note sul procedimento probatorio*, in *Jus*, 1963, 25 ss.; con riguardo alle fattispecie prese in esame nel testo sono previste le condizioni di applicazione di alcune norme che stabiliscono l'esistenza di certi fatti e l'inesistenza di fatti contrari. A tale proposito è stato osservato (WROBLEWSKI, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, cit., 43) che andando oltre un'analisi meramente descrittiva, ed osservando il fenomeno da un punto di vista « interno » al sistema giuridico, si dovrebbe addirittura respingere la dottrina delle presunzioni. Ma v. già L. RAMPONI, *Teoria generale delle presunzioni*, Torino, 1890, 27: la presunzione di commorienza non risponde ad un calcolo di probabilità, bensì ai principi generali, poiché chiunque reclama un diritto devoluto ad una persona la cui esistenza non sia

riconosciuta deve provare che essa esisteva nel momento in cui si è fatto luogo alla devoluzione del diritto. V. anche, tra gli altri, F. BOULANGER, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 738; e già R. J. POTHIER, *Traité de la preuve*, in *Rev. trim. dr. civ.*, Napoli, 1820, 95 ss.; V. ANDRIOLI, *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 768 ss.; PALAZZO, *Presunzione (dir. priv.)*, cit., 269; F. SANTORO-PASSARELLI, *Commorienza*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 979; P. FORCIBELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 128 ss. Ma v. la critica di G. D'AMICO, *La categoria dei cc.dd. contratti reali « atipici »*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 353. Una presunzione *iuris tantum*, con inversione dell'onere della prova, è stata ravvisata nella disposizione di cui all'art. 1340 c.c.: le clausole d'uso si dovrebbero presumere come effettivamente volute dai contraenti, a meno di prova contraria. Ma, in senso critico, v. A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le « clausole d'uso »*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, III, 27.

8. Per quel che attiene alla modificazione dell'onere probatorio da parte della giurisprudenza cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 142; M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 425, il quale rileva la tendenza della giurisprudenza — ad es. Cass., 26 ottobre 1968, n. 3582 (*Giur. it.*, 1969, I, 1, 51) — « ad attribuire alle prove atipiche la natura di meccanismo idoneo a spostare l'onere della prova », soprattutto quando esse vengono definite « presunzioni da vincere con prove contrarie ». Per gli ulteriori sviluppi del dibattito, v. B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 679 ss.; L. MONTESANO, *Le « prove atipiche » nelle « presunzioni » e negli « argomenti » del giudice civile*, *ivi*, 1980, 233 ss.; G. TAKZA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, *ivi*, 1984, 639; S. CHIARONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dr. e proc. civ.*, 1986, 849 ss.; P. CENDON-P. ZAVITA, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, *ivi*, 1992, 757 ss. V. anche DECOTTIGNES, *Les Présomptions en Droit privé*, cit., 17 ss.

Sull'inammissibilità della presunzione di gratuità relativa alla prestazione di lavoro tra familiari, cfr. F. MAZZIOTTI, *In tema di prestazione di lavoro tra familiari e tra conviventi more uxorio*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, II, 464 ss.; S. PATTI, *Note in tema di lavoro familiare*, in *Nuovo dir. agr.*, 1977, 19 ss.; L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, in *Treatato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2009, 333 ss. V. anche McCORMICK, *On Evidence*, cit., 951, il quale, in termini generali, afferma l'esistenza di una presunzione di onerosità della prestazione lavorativa.

In ordine alla dichiarazione di paternità naturale v. G.A. MICHELLI, *« Exceptio plurium concubentium » ed onere della prova*, in *Civ. compl. Cass. civ.*, 1945, I, 341 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 143 ss.

Un esempio significativo, con riferimento all'onere di provare l'esistenza dei requisiti dell'azione revocatoria, previsti dall'art. 2901, è offerto da R. NICOLÒ, *L'azione revocatoria*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub art. 2901, Bologna-Roma, 1957, 254 ss. Per altri esempi, v. le indicazioni fornite da COMOGGIO, *Le prove*, cit., 233.

Per le critiche mosse alla prassi giurisprudenziale che ha creato nuove ipotesi di presunzioni, cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 200 ss.; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 41 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 149 ss. Analoghe, con riferimento alla giurisprudenza tedesca, le critiche di H. STOLL, *Hafungstverlagerung durch beweiserrechtliche Mittel*, in *ACP*, 176, 1976, 149 ss., il quale osserva che in tal modo risultano modificate — tra l'altro — le regole legislative relative alla ripartizione del rischio. V. anche, B. GSELL, *Sachmangelbegriff und Reichweite der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf*, in *JZ*, 2008, 29 ss.

Sull'introduzione di presunzioni, secondo « criteri di probabilità naturale e verosimiglianza », in modo da configurare vere e proprie eccezioni alle regole generali, v. M. PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, 1863, 104 e ss. ed al riguardo le osservazioni di D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., 30.

Giurisprudenza.

1-2. Sulla natura e la funzione dell'art. 2697 c.c., v. Cass., 12 febbraio 2004, n. 2707, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Prova civile in genere*, n. 77. Sulla ripartizione dell'onere della prova nel giudizio d'appello, v. Cass., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Giur. it.*, 2006, 18; in *Foro it.*, 2006, I, 1433.

Sul libero convincimento del giudice, che deve formarsi per evitare che il giudizio si concluda con un *non liquet*, v. Cass., 13 luglio 2004, n. 12912, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Prova civile in genere*, n. 79. Sul dovere del giudice di procedere a specifico esame di ogni singola circostanza che formi un fatto complesso — connotato perciò dalla ricorrenza concomitante di più circostanze — soltanto nel caso in cui ognuna di esse venga contestata, cfr. Cass., 21 maggio 2008, n. 13079, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Onere della prova*, n. 16; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2299, *ivi*, 2004, cit., n. 20; Cass., 27 febbraio 2008, n. 5191, *ivi*, 2008, cit., n. 23.

In tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, per la tesi secondo cui il creditore deve soltanto provare la fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altro pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, v. di recente, tra le altre, Cass.,

20 gennaio 2020, n. 1080, in *Notariato*, 2020, 163; Cass., 21 maggio 2019, n. 13685, in *Rep. Foro it.*, 2019, *Obbligazioni in genere*, n. 40; Cass., 8 ottobre 2019, n. 25168, *ivi*, 2019, *Contratto in genere*, n. 344; Cass., 20 gennaio 2015, n. 826, *ivi*, 2015, *Obbligazioni in genere*, n. 51. Ma già, Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 394. V. anche Cass., 9 giugno 2008, n. 15162, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Onere della prova*, n. 17.

3. In tema di accertamento del rapporto causale tra condotta (omissiva) ed evento dannoso, in tema di responsabilità medica, v. Cass., 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, 2970, secondo cui le omissioni imputabili al medico nella redazione della cartella clinica rilevano come nesso eziologico presunto, posto che l'imperfetta compilazione della stessa non può risolversi in danno di colui che vanti un diritto in relazione alla prestazione sanitaria. V. anche, *infra*, cap. IV, sez. II, § 5.

4. In relazione al fatto impeditivo « tolleranza », nella fattispecie di acquisto del possesso utile per l'usucapione, v. Cass., 16 novembre 1968, n. 3749, in *Foro it.*, 1969, I, 920. Con riguardo alla materia contrattuale, appare interessante anche l'ipotesi in cui, provata la stipulazione del contratto mediante un documento redatto integralmente *ad hoc*, il convenuto eccelsa l'esistenza di condizioni generali di contratto non specificamente approvate per iscritto: cfr. Trib. Torino, 14 ottobre 1977, in *Giur. it.*, 1978, I, 2, 534 con nota di C.M. Mazzoni. Riguardo alla prova del fatto costitutivo (eventuale esistenza di un titolo sul bene da rilasciare al comodante) in materia di comodato di fondo rustico senza determinazione di durata, cfr. Cass., 20 gennaio 1984, n. 491, in *Giur. agr. it.*, 1984, II, 89 ss. con nota adesiva di G. Busetto.

In tema di prova della tempervità della denuncia dei vizi della cosa venduta, cfr. Cass., 20 settembre 1958, n. 3023, in *Foro it.*, 1959, I, 254. La giurisprudenza, dopo avere più volte sostenuto che incombe sul compratore l'onere di provare l'incerto in termini della denuncia, ravvisando un fatto costitutivo (ad es. Cass., 23 giugno 1967, n. 1553, in *Giur. it.*, 1968, I, 1406), spesso ammettendo peraltro che tale dimostrazione possa essere fornita mediante presunzioni (ad es. Cass., 10 settembre 1958, n. 2993, in *Sett. cass.*, 1958, 618), ha poi mutato indirizzo, affermando che è posto a carico del venditore l'onere di provare l'intervenuta decadenza del compratore a causa della mancanza di una denuncia tempervità: cfr. Cass., 14 marzo 1983, n. 1888, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2366 con nota critica di P. Russo; e già Trib. Napoli, 16 giugno 1972, in *Dir. e giur.*, 1975, 762 con nota di C. Di Nanni. Ma v. anche Cass., 29 marzo 1982, in *Mass. Foro it.*, 1982, n. 1937, secondo cui il riconoscimento dei vizi della cosa venduta da parte del venditore in epoca posteriore alla scadenza del termine per la denuncia dei vizi

stessi ha il valore di un comportamento incompatibile con la volontà di fare valere l'ormai avvenuta decadenza, e cioè di una rinunzia, ammissibile trattandosi di materia non sottratta alla disponibilità delle parti (art. 2698). Ancora in relazione alla prova dei vizi della cosa venduta, v. Cass., 30 ottobre 2009, n. 23060, in *Giust. civ.*, 2009, I, 10.

Nel senso che il rifiuto di occasioni adeguate di lavoro sia elemento impeditivo del diritto al mantenimento del coniuge separato economicamente debole, v. Cass., 2 luglio 2004, n. 12121, in *Giur. it.*, 2004, 2034 con nota critica di L. Barbiera.

Grava sul mittente l'onere di dimostrare il tenore del documento contenuto in una busta spedita per raccomandata: cf. Cass., 12 maggio 2005, n. 10021, in *Giur. it.*, 2006, 793 con nota di A. Ronco.

5-6. In materia di prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi ed in particolare in tema di controprova, cf. Cass., 19 maggio 1964, n. 1226, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1779.

Tra i fatti estintivi rientra ovviamente la prescrizione, che deve essere provata da chi la eccepisce: cf. Cass., 13 marzo 1978, n. 1259, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1900. La parte nei cui confronti è stata applicata la prescrizione ha l'onere, al fine di paralizzare tale eccezione, di provare l'avvenuta interruzione della prescrizione stessa: cf. Cass., 15 settembre 1981, n. 5107, in *Mass. Foro it.*, 1981, n. 5107. Per altri esempi, anche di fatti modificativi, v. le decisioni commentate da M. FRAGALI, *La prova dell'annullare del debito del fallissore*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1964, I, 57 ss.

Sull'ammissibilità di un potere del giudice di rilevare d'ufficio i fatti impeditivi, modificativi o estintivi della domanda dell'attore, in mancanza di una richiesta da parte del convenuto: cf., ad es., Cass., 18 gennaio 1983, in *Mass. Foro it.*, 1983, n. 457; Cass., 16 novembre 1978, in *Mass. Foro it.*, 1978, n. 5295; Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Giust. civ.*, 1970, I, 959; *Giur. it.*, 1971, I, 1, 444 con nota di F. Amato; *Foro it.*, 1970, I, 1907 con nota di A. Proto Pisani. Detagliate analisi della giurisprudenza si rinviengono in G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, 105 ss. In tema di mancata contestazione di un fatto impeditivo, v. Trib. Ivrea, 18 aprile 2007, n. 46, in *Foro it.*, 2007, I, 2259.

In particolare, in tema di rilevanza della nullità del contratto *ex officio* anche nelle azioni di impugnativa negoziale, v. Cass., 14 marzo 1998, n. 2772, in *Foro it.*, 1998, I, 715; Cass., 19 giugno 2008, n. 16621, in *Mass. Giur. it.*, 2018, secondo cui il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità (o l'inesistenza) di un contratto, in base all'art. 1421 c.c., va coordinato con il principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 c.p.c., nel senso che solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice può rilevare in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, l'even-

tuale nullità dell'atto stesso, e che se, invece, la contestazione attinga direttamente alla illegittimità dell'atto, una diversa ragione di nullità non può essere rilevata d'ufficio, né può esser dedotta per la prima volta in grado d'appello, trattandosi di domanda nuova e diversa da quella « ab origine » proposta dalla parte. Ne consegue che è consentito al giudice d'appello, senza per questo incorrere nel vizio di ultrapetizione, rilevare la nullità (o l'inesistenza) del contratto in base ad una ragione diversa da quella prospettata dall'appellante che sia rimasto soccombente nel primo grado del giudizio contro di lui iniziato per l'esecuzione del contratto, nascendo il potere-dovere del giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, anteriormente alla eventuale eccezione di nullità del convenuto, anche se proposta con riconvenzionale o, successivamente, come motivo di gravame.

In senso contrario, da ultimo, Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, 1, 862 ss. con note di A. Palmieri-R. Pardolesi e F. Di Ciommo. Ma già Cass., S.U., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, 869 con nota di S. Pagliantini; in *Giur. it.*, 2013, 299 con nota di M. Rizzuti. Cf. altresì Cass., 30 agosto 2018, n. 21418, in *Rep. Foro it.*, 2018, *Contratto in genere*, n. 325.

Sull'onere di provare il diritto vantato anche qualora abbia ad oggetto « fatti negativi », v. Cass., 13 febbraio 2004, n. 23229, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Onere della prova*, n. 13, secondo cui pur in presenza di fatti dedotti non si esclude né invertire il relativo onere, gravando esso sempre sulla parte che fa valere il diritto rispetto al quale il fatto ha carattere costitutivo.

7. Sulle varie funzioni assegnate dalla giurisprudenza alle presunzioni legali: v. Cass., 18 febbraio 1986, n. 963, in *Foro it.*, 1986, I, 1131; *Giust. civ.*, 1986, I, 1970 con nota di A. De Cupis, ove tuttavia si precisa che quando, invece, a fondamento della domanda viene dedotta la non sopravvivenza, la presunzione di non sopravvivenza, stabilita dalla norma, giova all'attore, poiché determina l'inversione dell'onere della prova, facendo carico al convenuto di dimostrare quale sia la persona sopravvissuta.

8. In tema di modificazione dell'onere probatorio da parte della giurisprudenza si veda, ad es., Cass., 29 marzo 1974, n. 650, in *Rep. Foro it.*, 1974, *Lavoro (rapporto di)*, n. 821; Cass., 10 febbraio 1973, n. 398, *ivi*, 1973, cit., n. 309. In tema di presunzione della sussistenza dell'*animus spoliandi* cf., ad es., Cass., 16 dicembre 1982, n. 6971, *ivi*, 1982, *Possesso*, n. 86; Cass., 2 maggio 1969, n. 1454, *ivi*, 1969, *Testamento*, n. 27. Per un esempio significativo, con riferimento all'onere di provare l'esistenza dei requisiti dell'azione revocatoria, previsti dall'art. 2901 c.c., cf. Cass., 17 novembre 1976, n. 4278, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1405 ss.: pur incompendo sull'attore in revocazione l'onere di provare l'esistenza dei requisiti di fondatezza dell'azione, tuttavia tale prova

può essere raggiunta, e normalmente viene raggiunta, a mezzo di presunzioni, la cui valutazione è compito riservato al giudice di merito, il cui convincimento, se adeguatamente motivato ed immune da vizi logici o giuridici, non può essere censurato in sede di legittimità.

Particolarmente interessanti anche le numerose decisioni secondo cui allorché ricorrano elementi, sia pure presuntivi, idonei a configurare una situazione di apparenza giuridica, spetta a colui il quale contesta l'efficacia a suo danno di tale situazione di apparenza l'onere della prova contraria, cioè la dimostrazione della situazione reale, ovvero la dimostrazione che l'opinione della controparte (del rapporto obbligatorio) sulla corrispondenza tra situazione apparente e situazione reale era determinata da colpevole negligenza o imprudenza: cfr., ad es., Cass., 28 gennaio 1985, in *Mass. Foro it.*, 1985, n. 484. Si osservi, peraltro, che la giurisprudenza nega che « l'obiettivo difficoltà in cui si trovi la parte di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato » possa condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere: cfr. Cass., 12 aprile 1983, n. 2596, in *Rep. Foro it.*, 1983, *Prova civile in genere*, n. 4.

SEZIONE II ESEMPI DI RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

1. La presunzione di colpa in caso di inadempimento dell'obbligazione. — 2. *Segue*. La « presunzione di persistenza del diritto ». — 3. La ripartizione dell'onere della prova nella compravendita. — 4. La prova del nesso di causalità. — 5. Responsabilità del medico e della struttura sanitaria. — 6. Le presunzioni di colpa nella responsabilità extracontrattuale. — 7. *Segue*. Danno da prodotto. — 8. Responsabilità precontrattuale. — 9. Usi negoziali e condizioni generali di contratto. — 10. Possesso. — 11. Promessa di pagamento e ricognizione di debito. — 12. Regime patrimoniale della famiglia. — 13. *Segue*. Assegno di divorzio. — 14. Il testamento olografo. — 15. Licenziamento del prestatore di lavoro subordinato e altre questioni. — 16. Azione surrogatoria e azione revocatoria.

1. La presunzione di colpa in caso di inadempimento dell'obbligazione.

Norma fondamentale in tema di ripartizione dell'onere della prova è quella dettata nell'art. 1218 c.c., il quale assegna al debitore l'onere di provare che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Il debitore deve dimostrare i fatti che hanno impedito l'adempimento: non si tratta pertanto di un giudizio che verte esclusivamente sulla condotta del debitore ma anche, eventualmente, su fatti ad essa estranei che hanno inciso sul piano causale [U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 164 ss.].

In considerazione del generale criterio di imputazione della responsabilità basato sulla colpa, è stato affermato che la norma prevede una presunzione di colpa a carico dell'ina-

Onere della
prova nel caso
di
inadempimento

La presunzione
di colpa a carico
dell'inadempiente

dempiente [C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, in Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *sub art. 1218, 2ª ed.*, Bologna-Roma, 1979, 166 ss.]. Tale spiegazione risulta più corretta di quella che si limita a segnalare un'inversione dell'onere della prova, anche se entrambe le tesi possono condividersi poiché comunque non negano alla norma la natura di regola sulla ripartizione dell'onere della prova. Può peraltro precisarsi che si tratta di una inversione — ma ci sembra più esatto parlare di diversa ripartizione — dell'onere riguardante soltanto un elemento della fattispecie (la colpa), realizzata attraverso la tecnica della presunzione di esistenza dell'elemento stesso, senza incidere pertanto sull'applicazione della regola generale per quanto concerne gli altri elementi della fattispecie.

La natura di regola riguardante espressamente la ripartizione dell'onere della prova viene invece riconosciuta da parte della dottrina meno recente. Si nega infatti che l'art. 1218 c.c. preveda una presunzione e da parte di alcuni si spiega il ridotto *onus probandi* del creditore osservando che la norma ripartisce il carico della prova tenendo conto delle due distinte fasi che caratterizzano la contesa riguardante l'inadempimento dell'obbligazione. In una prima fase l'attore si limita a chiedere l'esecuzione dell'obbligazione: su di lui grava pertanto unicamente l'onere di provare l'esistenza del rapporto obbligatorio. Il problema della responsabilità si presenta — secondo la ricostruzione in esame — soltanto in una seconda fase, se il debitore non adempie prontamente a seguito della richiesta. Diventa allora attuale l'esigenza di imputare la responsabilità dell'inadempimento e la legge risolve il problema facendo gravare sul debitore l'onere di provare la non imputabilità [L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, 2ª ed., Milano, 1948, 348 ss.].

Critica

La tesi da ultimo esposta presenta un punto dubbio, consistente nel rilievo attribuito all'ipotesi del ritardo rispetto a quella dell'inadempimento definitivo. A prescindere infatti dalla ipotesi — non presa in considerazione — che il creditore

non richieda l'adempimento, essendo venuto meno il suo interesse a causa del ritardo, anche nell'ipotesi in cui l'inadempimento non presenta carattere definitivo si pone l'esigenza di accertare l'imputabilità del ritardo. Quindi, il pronto adempimento del debitore, successivo comunque all'azione in giudizio del creditore determinata dal mancato ricevimento della prestazione alla scadenza del termine, non fa venire meno l'esigenza di accertare l'imputabilità del ritardo che configura già un'ipotesi di inadempimento.

In definitiva, può dirsi che l'art. 1218 c.c. ripartisce l'onere della prova discostandosi dalla regola generale dell'art. 2697 c.c. per quanto concerne l'imputabilità dell'inadempimento. La norma in esame addossa infatti al debitore l'onere di provare che l'impossibilità della prestazione è derivata da causa a lui non imputabile. Non è in ogni caso richiesta, quindi, la prova specifica della causa dell'inadempimento, potendosi viceversa ammettere che il debitore dimostri la non imputabilità pur quando la causa non sia identificabile. Risulta in tal modo, almeno in parte, superato l'orientamento più antico secondo cui, data la maggiore vicinanza alla prova, il debitore meglio di chiunque altro è in grado di provare positivamente la non imputabilità.

Una conferma indiretta di quanto detto deriva dalle numerose norme che, con riferimento a diversi rapporti (custodia, trasporto, ecc.), impongono al debitore una prova diversa da quella prevista nell'art. 1218 c.c., in quanto avente ad oggetto un fatto specifico, la cui ricorrenza serve appunto ad escludere la responsabilità del debitore.

La funzione di queste norme, così come di quelle che contemplano il c.d. « caso fortuito », viene ravvisata nell'imposizione al debitore della prova specifica che ha reso impossibile la prestazione e non della prova generica di avere adoperato la normale diligenza. Di conseguenza, a differenza di quanto accade nell'ipotesi disciplinata nell'art. 1218 c.c., il

La tesi meno recente

La regola probatoria dell'art. 1218 c.c. quale eccezione alla regola generale dell'art. 2697 c.c.

Ipotesi di eccezione all'art. 1218 c.c.

La funzione delle eccezioni

debitore rimane soccombente nel caso di evento determinato da causa ignota [M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, 254].

Tali norme incidono quindi sul tipo di prova, ma anche esse disciplinano in primo luogo la ripartizione dell'onere della prova in base ad un criterio di maggiore « possibilità » di fornire la prova, che rientra nella sfera di dominio dell'onere.

2. Segue. La « presunzione di persistenza del diritto ».

La regola dell'art. 2697 c.c. vale in primo luogo per la prova dell'esistenza del rapporto obbligatorio, che grava quindi sul creditore.

Difformi opinioni si riscontrano invece — come detto — con riferimento alla prova dell'inadempimento. Intendendo l'inadempimento come fatto costitutivo della pretesa, l'onere della prova, secondo alcuni, dovrebbe in ogni caso gravare sul creditore. Regole particolari sono state tuttavia nel tempo elaborate in considerazione dei fatti negativi d'inadempimento, oppure alla stregua del contenuto della domanda dell'attore, che dovrebbe essere tenuto a provare l'inadempimento quando agisce per conseguire un effetto che presuppone questo fatto, ad es. la risoluzione del contratto, ma non quando la domanda è diretta al mero accertamento del credito o comunque all'esercizio del diritto.

In termini più generali, è stato affermato che l'identificazione del fondamento della domanda nell'inadempimento non significa comunque necessità, in ogni caso, di una prova specifica dell'inesecuzione della prestazione. A siffatta conclusione si perviene sulla base dell'art. 2697 c.c. che, richiedendo all'attore la prova del diritto fatto valere e al convenuto la prova della modificazione o dell'estinzione del diritto, pre-

vede — secondo una parte della dottrina — il principio della presunzione di persistenza del diritto [BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 175].

Pur condividendo la formulazione di tale principio, che in effetti esprime la *ratio* dell'art. 2697 c.c. e trova riscontro nelle norme sulla ripartizione dell'onere della prova sparse nei vari libri del codice civile, ci sembra tuttavia di dovere manifestare alcune perplessità per quanto riguarda la sua applicazione nella materia in esame.

Mentre infatti la presunzione di persistenza del diritto in altre materie coincide con lo *status quo* e manifesta quindi il favore dell'ordinamento per le situazioni esistenti, con riferimento al rapporto obbligatorio, destinato fisiologicamente alla estinzione, non ci sembra che possa configurarsi una presunzione di persistenza del diritto di credito oltre il termine di scadenza. Secondo l'opinione in esame, la presunzione di persistenza del diritto oltre il termine di scadenza implicherebbe per se stessa una presunzione di inadempimento, quando trattandosi di pretese creditorie destinate ad essere estinte entro un certo termine mediante adempimento, la loro sopravvivenza al di là di questo termine significa che la prestazione non è stata eseguita.

Ora, a nostro avviso, il fatto (eventualmente) da provare, una volta dimostrata l'esistenza iniziale del credito, è proprio la sua sopravvivenza. Non può ammettersi infatti alcuna presunzione non esistendo nesso logico tra scadenza del termine e mancato adempimento: anzi, statisticamente, dovrebbe semmai pervenirsi ad una presunzione di regolare adempimento, così come è previsto espressamente per alcuni rapporti obbligatori.

La regola giurisprudenziale, secondo la quale il creditore deve provare l'esistenza del rapporto o del titolo e la scadenza del termine ma non l'inadempimento, non si giustifica quindi — a nostro avviso — in base ad una presunzione di sopravvi-

La prova dei fatti negativi di inadempimento

La presunzione di persistenza del diritto

Persistenza del diritto e rapporto obbligatorio

Critica alla presunzione di persistenza del diritto

Onere della prova e ripartizione del rischio

venza del credito collegata alla prova della scadenza del termine, bensì in corrispondenza alla ripartizione del rischio relativo alla prestazione.

D'altra parte, la costruzione di una presunzione non ci sembra necessaria — pur se risponde ad un'antica tradizione — per spiegare la ripartizione dell'onere probatorio. Nel caso in esame la regola legislativa e l'orientamento giurisprudenziale, che considerano soddisfatto l'onere del creditore a seguito della dimostrazione del rapporto o del titolo da cui deriva il diritto di credito, trovano fondamento nella ripartizione del rischio nonché nelle difficoltà, spesso insuperabili, che il creditore incontrerebbe nel cercare di dimostrare di non avere ricevuto l'adempimento.

In senso conforme la già citata Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 770. Per un'analisi della decisione, tra gli altri, M. Tuozzo, *Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite*, in *Contr. e impr.*, 2002, 546 ss.; B. Meoli, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *NGCC*, 2002, I, 355 ss.

Obbligazioni
negative

Tali difficoltà non si riscontrano nel caso di pretese creditorie tendenti ad ottenere una tutela nei confronti di ingerenze dannose del debitore. Così, in particolare nel caso delle obbligazioni negative, poiché il creditore deve provare il fatto positivo dell'inadempimento. Anche per indicare la *ratio* di tale regola non ci sembra quindi necessario fare riferimento alla presunzione di persistenza del diritto, che peraltro in tale ipotesi — secondo la tesi in esame — sarebbe inoperante.

Prova dell'inesattezza della prestazione

Lo stesso criterio, ancora, giustifica l'assegnazione al creditore dell'onere di provare l'inesattezza della prestazione. Infatti, lamentando l'inesattezza, il creditore ammette l'avvenuta esecuzione della prestazione e, d'altra parte, si trova nella migliore posizione per dimostrare la difformità rispetto alla prestazione dedotta in obbligazione. In tale ipotesi si richiede una prova specifica dell'inadempimento, e cioè che la condotta del debitore risulti difforme dal modello di comportamento diligente, in particolare attraverso l'anormalità del risultato o, trattandosi di prestazioni traslative, in base alla diversità o difformità del bene rispetto a quello pattuito.

In senso contrario, la citata sentenza n. 13533 del 2001, nell'intento di « unificare » al massimo il regime dell'onere della prova, ha indicato la stessa regola probatoria sia per l'inadempimento che per l'adempimento inesatto. Tuttavia, una recente sentenza della Corte Suprema (3 maggio 2019, n. 11748), parimenti resa a Sezioni Unite, in materia di vizi della cosa venduta (su cui v. il § seguente), ha correttamente ritenuto necessario distinguere la *fatidispice* dell'inadempimento da quella dell'inesatto adempimento. Ciò in quanto la prova dell'inadempimento « si risolve, di regola, nella prova di un fatto negativo (il mancato adempimento) » e per questo si fa gravare sul debitore la prova dell'adempimento. Viceversa, la prova dell'inesatto adempimento consiste nella dimostrazione di un fatto positivo diverso da quello atteso dal creditore, per cui trattandosi « di una situazione più articolata e più difficilmente inquadrabile in schemi rigidamente predefiniti » si richiede « una verifica concreta, nelle diverse tipologie di controversie, su quale sia la fonte di prova che meglio può offrire la dimostrazione dell'inesattezza dell'inadempimento e su quale sia la parte che più agevolmente può accedere a tale fonte ». In definitiva, la recente sentenza, pur senza apertamente smentire il principio « unitario » affermato dalle Sezioni Unite nel 2001, accoglie le nostre considerazioni che — alla luce di criteri di razionalità e coerentemente con il dettato normativo — conducono a far gravare sul creditore l'onere di provare l'adempimento inesatto (S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in questo *Trattato*, 2010, 160 ss.; *Id.*, *Prove*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja, G. Branca e F. Galgano, a cura di G. De Nova, *sub art.* 2697-2739, Bologna, 2015, 170 s., e ora, adesivamente, le puntuali considerazioni di G. VULLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova mediazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2019, 744 ss., il quale conclude nel senso che non sussiste « una ragione decisiva per mantenere l'interpretazione affermata nel 2001 in tema di adempimento inesatto »).

3. La ripartizione dell'onere della prova nella compravendita.

Prova del prezzo nella compravendita

In materia di vendita, data la rilevanza pratica della questione, almeno un cenno merita anzitutto la ripartizione dell'onere della prova con riferimento al prezzo. In questo caso deve ritenersi applicabile la regola generale, per cui incombe sul venditore che agisce per la realizzazione del credito l'onere di provare l'ammontare del prezzo. Parimenti, grava sul venditore l'onere di provare gli altri eventuali elementi che concorrono a determinare il diritto al prezzo, così, ad es., la pronunzia del terzo a cui sia stata rimessa la fissazione del prezzo, oppure i dati rilevanti nel caso di determinazione legale del prezzo [C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, 2^a ed., Torino, 1993, 550 ss.].

Inoltre, la citata sentenza della Corte di cassazione, resa a Sezioni Unite (3 maggio 2019, n. 11748), ha affrontato, e risolto in modo condivisibile, la questione relativa alla ripartizione dell'onere della prova nel caso di vizi della cosa oggetto della vendita.

Il problema si era posto perché, applicando anche in questa fattispecie il principio affermato nella nota sentenza della Sezioni Unite del 30 ottobre 2001, n. 13533, si dovrebbe giungere alla conclusione secondo cui l'acquirente, il quale eserciti le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all'art. 1492 c.c., in quanto creditore, può limitarsi a provare il contratto e ad allegare l'esistenza dei vizi incombendo quindi sul venditore l'onere di provare la mancanza di vizi al momento della consegna del bene.

La decisione sopra citata ha, invece, stabilito che il suddetto principio non trova applicazione nell'ipotesi dei vizi della cosa venduta, sostenendo che nel caso di consegna di un bene viziato non si configura un inesatto adempimento di un'obbligazione del venditore, non essendo possibile « concepire la garanzia per vizi come oggetto di un dovere di prestazione ». Si accoglie pertanto la diffusa tesi secondo cui la garanzia per i vizi non configura un'obbligazione del venditore, in quanto l'obbligazione può avere ad oggetto una

prestazione futura « ma non il modo di essere attuale della cosa dedotta in contratto ». In altri termini, l'obbligazione di consegna di cui all'art. 1476, n. 1 c.c. ha ad oggetto la cosa (o le cose), eventualmente viziata che ha costituito oggetto dell'accordo traslativo o della individuazione eventualmente effettuata dopo la conclusione del contratto.

Non ricorrendo un'obbligazione del venditore/debitore convenuto in giudizio, che si trova in una situazione di « soggezione » rispetto alle iniziative dell'acquirente, a prescindere dalle distinzioni analizzate nel paragrafo precedente, non viene scalfito il quadro logico rappresentato dalla sentenza n. 13533 del 2001. Peraltro, la soluzione appare da condividere soprattutto perché rispetta il principio della c.d. vicinanza alla prova, essendo indubbiamente l'acquirente, che ha ricevuto la consegna del bene, nella condizione migliore per dimostrare l'esistenza dei vizi. In tal senso, si legge nella sentenza che « il principio di vicinanza della prova induce a porre l'onere della prova dei vizi (stessi) a carico della parte che, avendo accettato la consegna della cosa, ne abbia la materiale disponibilità ».

Accogliendo la soluzione di segno opposto, il venditore sarebbe invece chiamato a fornire la prova di un fatto negativo — l'assenza di vizi — in contrasto con l'antico brocardo secondo cui *negativa non sunt probanda*. In definitiva, l'acquirente ha l'onere di provare, non soltanto il titolo d'acquisto del bene ma anche l'esistenza del vizio, le conseguenze dannose dello stesso e il nesso causale tra vizio e conseguenze.

Questione diversa riguarda la possibilità di interrompere il decorso della prescrizione mediante un atto stragiudiziale che comunichi al venditore la presenza del vizio.

In senso positivo è stato osservato che, coerentemente con la tesi, sostenuta dalla Sezioni Unite nella sentenza sopra presa in esame, secondo cui ricorre una posizione di « soggezione » in capo al venditore, e che esclude la presenza di una obbligazione, un atto « assimilabile a quello di cui parla l'art. 2943, comma 4, c.c. ("la prescrizione è inoltre interrotta da ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore") » deve considerarsi sufficiente per determinare l'effetto interruttivo della prescrizione [T. Dalla Massara, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al taglio delle sezioni unite: resistenza e resilienza del modello*

della garanzia, in *Contratti*, 2019, 373 ss.). La soluzione, in effetti, è stata accolta dalla Corte suprema a Sezioni Unite nella sentenza n. 18672 del 2019, che ritiene idonei ad interrompere la prescrizione anche gli atti stragiudiziali (in *Foro it.*, 2019, I, 3103 ss. con nota di M. Magliulo-R. Pardolesi).

4. La prova del nesso di causalità.

Infine, per quanto riguarda la prova del nesso di causalità, l'onere grava sull'attore, ma si ritiene in genere che l'esistenza del nesso possa essere provata in base alle regole dell'esperienza. La giurisprudenza tradizionalmente tende inoltre a facilitare la prova del nesso causale, soprattutto in caso di colpa grave del debitore, mediante il ricorso alla presunzione.

La materia, dopo il notissimo arresto « Franzese », ha conosciuto di recente un tentativo di « sistemazione » ad opera della terza sezione della Corte di cassazione, in primo luogo mediante un gruppo di dieci sentenze, depositate il giorno dedicato a San Martino del 2019. A queste decisioni, altre importanti si sono affiancate sovente nella delicata materia della responsabilità medica, che in parte si discostano dai principi formulati.

Anche tenendo conto della suddetta evoluzione, può ribadirsi che, per l'accertamento del nesso di causalità, oggetto della prova sono i medesimi fatti rilevanti nel giudizio di responsabilità mentre l'affermazione dell'esistenza del collegamento causale dipende dalle influenze logiche esistenti tra i fatti stessi.

Come osservato in altra occasione, l'affermazione del nesso causale non dipende dall'esistenza di un fatto, eventualmente dimostrabile attraverso il ricorso alla presunzione, ma è frutto di un'argomentazione logica, basata anche sul ragionamento probabilistico.

In particolare, il nesso causale non è un fatto, bensì il collegamento tra due fatti, la cui prova consiste nella dimostrazione da svolgersi in contraddittorio tra le parti, basata su argomentazioni logiche e statisti-

che, dell'esistenza del collegamento tra l'azione (o l'omissione) e l'evento dannoso [S. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, II, 603 s.]

In sintesi, volendo ricostruire l'evoluzione sopra indicata, può dirsi anzitutto che la ripartizione dell'onere della prova, anche per quanto concerne il nesso di causalità, risente della qualifica, attribuita alla fattispecie di responsabilità, a volte inquadrata nell'ambito contrattuale mediante il ricorso alla teoria del « contatto sociale ».

Alcune sentenze degli ultimi anni affermano che sia onere del creditore fornire la prova della causalità materiale, attribuendo allo stesso il rischio della causa ignota e, in alcuni casi, precisano che l'attore è tenuto in primo luogo ad allegare un inadempimento « qualificato » in quanto « astrattamente efficiente alla produzione del danno ». In materia di responsabilità sanitaria (v. il § seguente) si specifica quindi che è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, provando — secondo il criterio del più probabile che non — che la condotta del sanitario è stata la causa del danno. Il rischio della causa ignota — come detto — grava sull'attore.

In materia, la Corte di cassazione ha avuto altresì occasione di stabilire che, fornita dal paziente la prova di un inadempimento idoneo a causare un aggravamento delle sue condizioni di salute, incombe sul convenuto l'onere di provare che le cure effettuate, pur inutili sul piano del risultato e tali da denotare una negligenza professionale, non hanno tuttavia cagionato un peggioramento delle condizioni di salute della persona.

Riassumendo, dall'insieme delle decisioni sembra emergere un principio di diritto secondo cui in tema di nesso causale deve in primo luogo trovare applicazione la ripartizione dell'onere dettata dall'art. 2697 c.c., mentre nei casi in cui risulta applicabile l'art. 1218 c.c. prevale la regola da questo desumibile, secondo cui — tenendo conto della « vicinanza alla prova » — grava sul debitore l'onere di provare l'esatto adempimento e quest'ultimo è chiamato senz'altro a rispondere nel caso di mancato soddisfacimento dell'onere di provare il fatto sud-

detto. Tuttavia, numerose decisioni sottraggono al modello indicato la prova del nesso di causalità materiale tra inadempimento e danno, rendendo onerato l'attore.

Coincide, pertanto, per quanto riguarda questa prova, la ripartizione dell'onere nei due tipi di responsabilità.

Nel delicato settore della responsabilità medica, ad esempio, non si considera sufficiente l'accertata inesattezza della prestazione del professionista, ma — come detto — si richiede al paziente la prova del nesso causale, con conseguente collocazione in capo a quest'ultimo del rischio della « causa ignota » [cfr. Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2017, 696 ss. con note di D. Zorzit e G. D'Amico].

5. *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria.*

I criteri di ripartizione dell'onere sopra esposti, sia pure con alcuni adattamenti, sono stati applicati dalla giurisprudenza nelle ipotesi di responsabilità del professionista, in particolare del medico. Al danneggiato viene chiesto soltanto di provare la difformità della prestazione ricevuta rispetto al modello normalmente realizzato in base alla diligenza dovuta. Sul debitore — presunta in tal modo la sua colpa — incombe l'onere di provare che l'inesattezza della prestazione non sussiste o che dipende da causa a lui non imputabile, cioè la prova del fatto impeditivo.

Inversione dell'onere e obblighi di chiarimento
La volontà di facilitare sul piano probatorio potenziali vittime di errori del medico è evidente anche in altri ordinamenti, in cui partiti si ravvisano inversioni dell'onere, non espressamente previste, accompagnate dalla configurazione di « obblighi di chiarimento » del professionista.

Responsabilità del medico e responsabilità delle strutture sanitarie

La giurisprudenza era giunta a configurare come contrattuale la responsabilità del medico nei confronti del paziente, anche qualora il primo fosse dipendente di una struttura ospedaliera, poiché fondata sul « contatto sociale » notato dall'affidamento che il paziente pone nella profes-

ionalità dell'esercente una professione medica. In tale ipotesi, è stato considerato irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto gli obblighi gravanti sulle predette strutture nei confronti del paziente fruitore dei servizi sono sostanzialmente identici. Nessuna distinzione può farsi dipendere dalla natura pubblica o privata della struttura sanitaria poiché la tutela della salute, quale diritto fondamentale garantito dalla Costituzione *ex art.* 32, non ammette « discriminazioni risarcitorie » a seconda della diversa natura della struttura.

Di conseguenza, il paziente che agiva in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria doveva provare il contratto (o il « contratto sociale ») e allegare l'inadempimento del professionista, consistente nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico dell'obbligato — sia esso il sanitario o la struttura — la prova che la prestazione professionale era stata eseguita in modo diligente, e che gli esiti peggiorativi erano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.

La ripartizione degli oneri probatori nella materia in esame — come detto — ha conosciuto diverse « oscillazioni », e non a caso un esperto magistrato della Corte suprema nel corso di un Convegno di studi ha richiamato il movimento di un « pendolo ». Anche per superare le suddette oscillazioni, che di volta in volta rendevano più o meno grave l'onere probatorio del paziente, è intervenuta la legge c.d. Gelli-Bianco (8 marzo 2017, n. 24) che ha, anzitutto, introdotto una diversa qualificazione della responsabilità della struttura sanitaria rispetto a quella del medico, stabilendo che la prima ha natura contrattuale e la seconda extraccontrattuale, con la conseguente ripartizione dell'onere della prova. Così, agendo nei confronti della struttura sanitaria, il paziente danneggiato deve soltanto dimostrare di avere subito la lesione, mentre incombe sulla convenuta l'onere di provare il corretto (o impossibile) adempimento della prestazione. Viceversa,

L'onere probatorio del paziente

agendo nei confronti del medico, ai sensi dell'art. 2043 c.c., il paziente deve provare l'esistenza del danno, la colpa o il dolo del medico e il nesso di causalità.

6. *Le presunzioni di colpa nella responsabilità extracontrattuale.*

Presunzioni di
colpa nella re-
sponsabilità
extracontrat-
tuale

Nel caso delle presunzioni di colpa previste in alcune delle norme dettate in tema di responsabilità civile, la somiglianza con una regola di ripartizione dell'onere appare più netta, poiché dall'insieme della disciplina risulta che il sistema, incardinato sulla rilevanza dell'elemento soggettivo dell'autore della condotta, abbia inteso prevedere ipotesi di responsabilità intermedia — colpa presunta — tra la fattispecie generale basata sul rilievo della colpa e quelle c.d. di responsabilità oggettiva che prescindono dall'attribuire rilevanza all'elemento soggettivo dell'agente. Ma, a ben vedere, anche in queste ipotesi, attraverso la presunzione, le norme stabiliscono una particolare ripartizione dell'onere della prova, non facendo gravare sul danneggiato (anche) la prova dell'elemento soggettivo.

A far riflettere sull'esattezza della spiegazione che si limita a rilevare la presunzione *iuris tantum*, induce inoltre la considerazione che anche le ipotesi di responsabilità oggettiva venivano intese dalla dottrina meno recente come presunzioni, questa volta *iuris et de iure*. Le presunzioni che non ammettono la prova contraria rappresentano — come è noto — un fenomeno non assimilabile all'onere della prova, trattandosi di regole di prova; ma il ricorso alla figura della presunzione per la spiegazione delle diverse fattispecie di responsabilità civile dimostra in generale l'attaccamento ad uno schema che trova soltanto una parziale rispondenza nel testo normativo.

Presunzioni
iuris tantum e
regole di distri-
buzione
dell'onere

Abbandonata ormai da tempo la spiegazione della responsabilità oggettiva come imputazione basata su di una presunzione di colpa che non ammette la prova contraria [P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 21],

occorre verificare l'opportunità di fare riferimento unicamente alla figura della presunzione *iuris tantum* in casi in cui la legge prevede regole di distribuzione dell'onere della prova.

In senso contrario non sarebbe corretto affermare che nelle ipotesi in esame si realizza lo spostamento del tema di prova tipico delle presunzioni, in quanto il soggetto chiamato a rispondere deve provare la mancanza di colpa piuttosto che il danneggiato la colpa. A prescindere infatti dalla circostanza che le formule legislative non fanno riferimento alla colpa, bensì all'impossibilità di impedire il fatto oppure all'aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, deve rilevarsi che non costituisce uno spostamento del tema di prova la trasformazione della prova positiva (colpa) in prova negativa (mancanza di colpa).

L'applicazione giurisprudenziale degli artt. 2048 ss. c.c. mostra tuttavia chiaramente che uno spostamento del tema di prova si riscontra spesso nella c.d. prova liberatoria, con il risultato di favorire il danneggiato e di rendere sempre più sfuggente la rilevanza della colpa del soggetto chiamato a rispondere. Particolarmente significativa appare in tal senso la disposizione in tema di responsabilità dei genitori (art. 2048 c.c.).

In questa, come in altre fattispecie disciplinate dalle norme suddette, il *favor* legislativo per il danneggiato risulta già evidente, sul piano probatorio, se si considera che la presunzione legislativa consente al giudice una discrezionalità maggiore, che non nella generalità dei casi, nella valutazione dei fatti addotti dalle parti e quindi nell'accertamento della verità, rendendo spesso adeguata una motivazione lacunosa altrimenti insufficiente.

Più precisamente, nelle ipotesi di responsabilità dei genitori per l'illecito commesso dal figlio minore convivente, la giurisprudenza afferma che la prova della mancanza di colpa consiste nella dimostrazione di avere fornito una buona (o

Responsabilità
dei genitori e
prova
liberatoria

Il *favor* per il
danneggiato

Oggetto della
prova
liberatoria

normale, adeguata, ecc.) educazione e una sorveglianza adeguata in base alle circostanze. In tal modo la prova negativa prevista nell'art. 2048 c.c. a carico dei genitori — « se provano di non avere potuto impedire il fatto » — è stata trasformata in quelle positive riguardanti la sorveglianza e l'educazione; quest'ultima, soprattutto, dimostra lo spostamento (o meglio l'ampliamento) del tema di prova, poiché la prova liberatoria dovrebbe vertere unicamente sulla mancata vigilanza, mentre l'educazione dovrebbe valere soltanto come criterio per valutarne la sufficienza [A. ТРАВУССН, *Sulla prova liberatoria della presunzione di colpa esimente dalla responsabilità indiretta del genitore*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 283].

La prova liberatoria consiste, quindi, nella dimostrazione di avere impartito al minore un'educazione conforme alle sue condizioni sociali e familiari e di aver esercitato una vigilanza adeguata all'età, al carattere e all'indole del medesimo, finalizzata a correggere comportamenti bisognosi di un'ulteriore o diversa opera educativa.

L'orientamento giurisprudenziale, nella materia in esame, conferma poi l'assunto secondo cui la maggiore o minore difficoltà di prova incide sulla regola di diritto sostanziale [ТРИМАРЧН, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 21].

L'insufficienza delle motivazioni

Le motivazioni delle sentenze mostrano infatti un circolo vizioso, poiché quando è stato provato che il compimento del fatto non poteva essere impedito, ad esempio a causa di un'assenza giustificata dei genitori, si prende in considerazione soprattutto l'educazione, e quando anche la prova relativa ad una sufficiente istruzione e ad un'educazione adeguata viene fornita, si sostiene che l'indole particolarmente sfrenata del minore avrebbe imposto un maggiore rigore da parte dei genitori. In definitiva, pur se la previsione della prova liberatoria dovrebbe fare escludere la qualificazione della norma come di responsabilità oggettiva, può condividersi l'affermazione di chi individua una libera creazione di diritto, determinata esclusivamente attraverso strumenti probatori [U. MAJELLO, *Responsabilità dei genitori per il fatto*

illecito del minore e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria, in *Dir. e giur.*, 1960, 44].

Quanto detto potrebbe in parte ripetersi con riferimento alla fattispecie della responsabilità per attività pericolosa (art. 2050 c.c.), in cui l'opinione tradizionale individua un'ipotesi di responsabilità fondata sulla colpa, quindi un'applicazione della regola generale (art. 2043 c.c.), caratterizzata unicamente da un'inversione dell'onere della prova per quanto riguarda l'elemento della colpa. Esattamente, è stato invece affermato che la norma non si limita ad un'inversione dell'onere della prova ma detta una regola di responsabilità più rigorosa, essendo stata prevista la responsabilità di chi esercita l'attività pericolosa per non avere adottato « tutte le misure idonee a evitare il danno », cioè anche quelle non ragionevolmente pretendibili. Se poi si tiene conto dell'orientamento giurisprudenziale, restio a considerare raggiunta la prova liberatoria del convenuto, deve considerarsi la conclusione secondo cui la norma, attraverso l'inversione dell'onere della prova, finisce per coincidere con una regola di responsabilità oggettiva [ТРИМАРЧН, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 278].

La dottrina oggi prevalente, mettendo in luce come l'attribuzione di responsabilità avvenga in base ad un giudizio di causalità materiale, ravvisa nella norma in esame una forma di responsabilità oggettiva, anche in considerazione del fatto che soggettivamente (soprattutto ove si tratti di imprenditore) il responsabile può non avere colpa alcuna nella mancata predisposizione di tutte le misure idonee, o più precisamente una responsabilità per rischio oggettivamente evitabile.

Ancora, spunto di riflessione, con riferimento alla materia in esame, ha costituito la fattispecie prevista nell'art. 2054 c.c., secondo cui il conducente di un veicolo senza guida di rotale è obbligato a risarcire il danno se non prova di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno. Anche in questa ipotesi non si tratta semplicemente di una presunzione, cioè di una inferenza da un fatto noto ad uno ignoto, ma piuttosto

Responsabilità per attività pericolosa e prova liberatoria

Responsabilità del conducente e prova liberatoria

di una norma di ripartizione dell'onere della prova. Peraltro, pur non essendo il risarcimento subordinato alla prova della colpa, non ci sembra esatto affermare che quest'ultima non rappresenti un elemento costitutivo del diritto controverso [F. CORDERO, *Note sul procedimento probatorio*, in *Jus*, 1963, 271]. La prova della mancanza di colpa, eventualmente fornita dal convenuto, esclude infatti la responsabilità proprio perché viene a mancare uno dei presupposti (costitutivi) richiesti dalla norma generale (art. 2043 c.c.), che tale rimane anche se l'onere della prova in base ad una disposizione particolare viene fatto gravare sul convenuto.

Oltre alle inversioni dell'onere della prova espressamente previste dalla legge, anche nella materia della responsabilità civile si segnalano le inversioni dell'onere della prova da tempo create dalla giurisprudenza, ad esempio in fattispecie di responsabilità del produttore, prima della entrata in vigore della disciplina di origine comunitaria, al fine di favorire il danneggiato.

7. Segue. *Danno da prodotto*.

L'art. 120 dlgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo, recependo il testo dell'art. 8 d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224 (norma abrogata), stabilisce che il danneggiato da prodotto deve provare il difetto, il danno e la connessione causale tra difetto e danno.

Non è richiesta la prova della colpa del produttore. Si prevede inoltre che il produttore, per liberarsi da responsabilità, deve provare uno dei fatti elencati nell'art. 118, dai quali ultimi emerge in definitiva la mancanza di colpa.

Poiché in base alla regola generale sull'onere della prova (art. 2697 c.c.), vertendosi in materia di responsabilità extracontrattuale, graverebbe sul danneggiato la prova dell'elemento soggettivo della responsabilità del produttore, può senz'altro parlarsi di una oggettivazione della responsabilità

o, più precisamente, se si fa riferimento anche alle diverse ipotesi di prova « liberatoria », di una inversione legislativa dell'onere della prova.

Una delle ipotesi più rilevanti, prevista nell'art. 120, comma 2, riguarda l'esclusione della responsabilità se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione, essendo sufficiente per il produttore fornire la prova in linea meramente probabilistica « tenuto conto delle circostanze ».

Risulta agevolata, quindi, la posizione del produttore, che, soprattutto dopo alcuni anni dal momento indicato, ben difficilmente riuscirebbe a fornire « piena prova » del fatto suddetto.

Peraltro, in base all'art. 120, comma 3, se appare « verosimile » che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore.

La suddetta normativa e il suo antecedente comunitario, portando a sintesi un'ampia casistica giurisprudenziale, hanno introdotto, quindi, in primo luogo, un'inversione dell'onere della prova; inoltre, per quanto concerne la valutazione delle prove, essi esaltano i concetti di probabilità e di verosimiglianza, i quali differiscono profondamente dai principi generali della materia, ad es. dal principio del convincimento del giudice, che — si afferma — deve essere pieno sino a rasentare la certezza [S. PATTI, *Probabilità e verosimiglianza nella disciplina del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 705 ss.].

Anche la ripartizione dell'onere della prova, pur non segnando forse una innovazione significativa sul piano dei risultati processuali, si allontana dalla regola codicistica (art. 2697 c.c.) e dalla prassi seguita dalla giurisprudenza italiana, che, peraltro, in molte occasioni, aveva dimostrato un *favor* nei confronti del danneggiato, costruendo una presunzione di colpa.

Nuovi parametri di valutazione delle prove e art. 116 c.p.c.

I nuovi parametri di valutazione delle prove, altresì, impongono al giudice un certo distacco da principi consolidati e richiedono un'attenta ponderazione per quanto riguarda il significato da attribuire ai termini probabilità e verosimiglianza, nonché il coordinamento delle nuove regole con la norma in tema di valutazione delle prove e di libero convincimento (art. 116 c.p.c.).

I settori di rischio

La linea di confine sembra essere stata tracciata in base ai c.d. settori di rischio, cioè tenendo conto dei rispettivi ambiti di influenza e di controllo, in modo da evitare che su una parte (il danneggiato) gravi l'onere di provare un fatto che riguarda la sfera — produttiva — dell'altra parte (il produttore). Sotto tale profilo, potrebbe anche parlarsi di una ripartizione dell'onere attuata secondo il criterio della vicinanza alla prova.

La probabilità dell'inesistenza del difetto

In base alla nuova disciplina, l'imprenditore per andare esente da responsabilità — prescindendo dalle altre ipotesi di liberazione *ex art.* 118 — deve dimostrare che è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione (art. 118, comma 1, lett. *b* e art. 120, comma 2).

Nella norma vigente sembra dunque potersi riscontrare un accoglimento, almeno parziale, delle teorie di origine scandinava secondo cui in molte ipotesi è preferibile richiedere alla parte onerata di dimostrare soltanto un certo grado di probabilità, stabilendo che il giudice deve considerarlo sufficiente per considerare provato un fatto.

Convincimento del giudice e probabilità

Anche in base alla normativa in esame, infatti, il convincimento del giudice non ha come punto di arrivo la certezza ma la probabilità, sebbene non risulti previsto il suo grado. Pertanto, il produttore, per soddisfare l'onere probatorio a lui imposto, non deve fornire la prova piena ma soltanto una prova tale da determinare un favorevole giudizio di probabilità.

La regola è espressa mediante una formula elastica che consente al giudice di ripartire l'onere della prova, facendolo gravare sul danneggiato quando il fabbricante fornisca elementi tali da rendere accettabile l'idea che il difetto non fosse originario.

Convien soffermarsi pure sulla disposizione dell'art. 120, comma 3, secondo cui « se è verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore ». Viene così introdotto il parametro della verosimiglianza, che rappresenta un'ulteriore innovazione rispetto ai tradizionali schemi giudiziari di valutazione del fatto e della prova.

Verosimiglianza

In definitiva, e in linea più generale, il ricorso ai parametri della probabilità e della verosimiglianza deve essere salutato come una significativa evoluzione per quanto riguarda la problematica della valutazione delle prove e del convincimento del giudice. L'espresso riferimento al probabile e al verosimile ha rappresentato infatti un deciso superamento delle tradizionali concezioni che, pretendendo la certezza, spingono — ormai, può forse dirsi, spingevano — il giudice, in alcuni casi, a fingere di averla conseguita oppure ad applicare la regola dell'onere della prova, intesa quale regola di giudizio, per respingere la domanda (o l'eccezione) ritenuta non provata. Si consideri, infatti, che il permanere del dubbio nella mente del giudice, fatte alcune eccezioni con riferimento a settori specifici, è in un certo senso fisiologico. Il giudice, quindi, per potere affermare di essere pervenuto al convincimento della verità, deve generalmente compiere un passo ulteriore, di natura psicologica, che lo dovrebbe condurre al supremo momento della certezza interiore. Se, viceversa, egli non si sente di compiere questo passo, e applica la regola sull'onere della prova, non tiene conto degli eventuali risultati che erano stati raggiunti nel processo di avvicinamento alla verità, e si affida ad una regola che, nonostante il suo preciso fondamento e la garanzia di una decisione tecnicamente ineccepibile, ricorrendo le suddette circostanze, ancor meno assicura la prevalenza della verità.

L'abbandono del criterio della certezza

8. *Responsabilità precontrattuale.*

Considerazioni analoghe possono svolgersi con riferimento alla responsabilità precontrattuale, la cui disciplina si rinviene negli artt. 1337 e 1338 c.c.

Infatti, conformemente alla regola della responsabilità extraccontrattuale a cui tradizionalmente è stata rimandata tale fattispecie, spetta al danneggiato dare la prova del fatto lesivo, cioè, per quanto riguarda la fattispecie dell'art. 1337 c.c., nella ipotesi più frequente, che l'interruzione delle trattative abbia leso un affidamento meritevole di tutela generato dal comportamento dell'altra parte. In difformità da tale regola è stato peraltro sostenuto che il danneggiato non deve dimostrare la mancanza di una giusta causa di interruzione delle trattative, sussistendo una presunzione di colpa del recedente. Si afferma infatti che « il comportamento lesivo è presuntivamente colposo in quanto non conforme al modello di diligenza rispetto all'altrui libertà negoziale secondo un criterio di normalità » [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 4^a ed., Milano, 2019, 146].

Tale presunzione di colpa non sembra tuttavia facilmente configurabile perché al « modello di diligenza rispetto dell'altrui libertà negoziale » si contrappone il principio — espresivo anch'esso della libertà negoziale — secondo cui un vincolo sorge soltanto con la conclusione del contratto.

Ma, soprattutto, la configurazione di tale presunzione appare non necessaria e in definitiva non condivisibile. A nostro avviso, anche in tale ipotesi ricorre invece una regola particolare di ripartizione dell'onere probatorio che non si basa su una presunzione di colpa ma può spiegarsi riflettendo sulla possibilità delle parti di fornire la prova. Infatti, il danno negato non è normalmente in grado di conoscere la causa del recesso dalle trattative dell'altra parte, mentre — ovviamente — essa è ben nota a quest'ultima.

Peraltro, alla luce del più recente orientamento, secondo

cui la responsabilità precontrattuale è riconducibile alla responsabilità contrattuale, l'onere della prova deve seguire la regola elaborata per quest'ultimo tipo di responsabilità. Incombe quindi sull'attore danneggiato soltanto l'onere di dimostrare le trattative e di allegare il recesso (ingiustificato) della controparte.

Alcune precisazioni si impongono anche con riferimento alla fattispecie di responsabilità che nasce per la mancata comunicazione di una causa di invalidità del contratto (art. 1338 c.c.), in cui peraltro non si deroga alla regola sull'onere della prova fissata dall'art. 2697 c.c. Infatti, chi agisce per il risarcimento del danno, avendo confidato nella validità del contratto, deve fornire la prova che l'altra parte conosceva o avrebbe dovuto conoscere la causa di invalidità. Tuttavia, come avviene perfino nelle ipotesi in cui una regola legislativa sembrerebbe richiedere l'accertamento di una conoscenza effettiva, la stessa natura della conoscenza quale fatto psichico richiede l'introduzione di criteri di valutazione di tipo oggettivo. In base a tali criteri, il requisito della conoscenza si reputa provato se nel caso concreto si dimostrano elementi ai quali è normalmente collegata la conoscenza di una persona di media diligenza ed accortezza.

Se l'attore riesce a provare che l'altra parte conosceva o avrebbe dovuto conoscere la causa di invalidità, o comunque quando questo fatto non è controverso, quest'ultima può in ogni caso dimostrare di avergliela comunicata, o di essere stata nell'impossibilità di comunicargliela, ovvero che essa aveva colposamente confidato nella validità del contratto.

9. *Usi negoziali e condizioni generali di contratto.*

Per la prova degli usi negoziali, in mancanza di una specifica disposizione, si applica la regola generale prevista dal-

Presunzione di colpa di chi recede dalle trattative

Critica della presunzione di colpa

Mancata comunicazione di una causa di invalidità

Prova della conoscenza

l'art. 2697 c.c. La prova dell'esistenza delle clausole d'uso disciplinate dall'art. 1340 c.c. deve essere data quindi da chi ne chiede l'applicazione.

Anche sotto tale profilo, pertanto, gli usi negoziali si distinguono dagli usi normativi, in quanto questi ultimi, trattandosi di diritto oggettivo, non richiedono la prova della loro esistenza da parte di chi ne invoca l'applicazione. Vale infatti il principio *iura novit curia*, in base al quale non spetta alla parte l'onere di dimostrare l'esistenza della norma, di cui chiede l'applicazione, essendo il giudice tenuto a conoscere il diritto vigente.

In tal senso potrebbe anzi dirsi che la regola dell'onere della prova e il principio *iura novit curia* delimitano ambiti ben distinti e in un certo senso contrapposti, facendo riferimento il primo al fatto ed il secondo alla norma da applicare. Come la parte interessata meglio di chiunque altro è nella condizione di conoscere lo svolgimento dei fatti, così il giudice proprio per la funzione affidatagli è tenuto a fare tutto il possibile per individuare la norma da applicare al caso sottoposto al suo esame [v. cap. I, § 5].

Invero, nei casi di norma consuetudinaria e di norma straniera, se pur viene richiesta la collaborazione delle parti e, quindi, può parlarsi di attività probatoria di queste ultime, tuttavia, non ricorre l'onere della prova in senso tecnico. Per cui — come detto — gli usi normativi e gli usi negoziali non sono equiparabili. Soltanto per gli usi negoziali, inquadrabili tra i fatti giuridici in senso stretto — vale la regola dell'onere della prova.

La prova dell'esistenza dell'uso negoziale deve essere valutata con estremo rigore, in quanto, una volta provata la circostanza che una determinata clausola costituisce oggetto di un uso negoziale, essa deve intendersi automaticamente inserita nel contratto in forza dell'art. 1340 c.c.

Per questo motivo, come è stato affermato, si impone la massima prudenza nell'ammettere — nonostante la qualifica in termini di « usi » — la formazione di un uso negoziale, poiché « non si sente veramente bisogno di una giurispru-

denza che giovi a rafforzare la potenza monopolistica delle organizzazioni industriali o commerciali nei confronti della massa amorfa, mobile e indifesa dei consumatori » [A. Scialoja, *Natura ed efficacia dei c.d. Usi colonieri*, in *Foro it.*, 1950, I, 365 s.].

La prova degli usi, anche per le ragioni sopra indicate, deve essere fornita con riferimento a clausole determinate, mentre deve tendenzialmente escludersi che intere regolamentazioni — in blocco — possano divenire usi negoziali.

Anche in materia di condizioni generali di contratto si applica la regola dell'art. 2697 c.c.

Spetta al predisponente (o utilizzatore) fornire la prova dell'esistenza e del contenuto delle condizioni generali, nonché dei mezzi di comunicazione o di pubblicità adoperati per farle conoscere o renderle conoscibili (art. 1341 c.c.); mentre per l'aderente si configurano due diversi metodi di difesa per impedire che le condizioni generali vengano considerate efficaci nei suoi confronti.

Il primo consiste nel negare la stessa esistenza delle condizioni generali di contratto e il loro contenuto: spetta infatti all'aderente la controprova tendente a dimostrare che esse non esistevano — nel senso almeno che non erano state diffuse — fino al momento della conclusione del contratto, oppure che avevano un diverso contenuto.

Il secondo — da tenere logicamente distinto anche se in pratica collegato al primo — riguarda il soddisfacimento del presupposto della conoscenza o conoscibilità. Ma per quanto concerne la conoscibilità piuttosto che la figura dell'onere in senso tecnico, trattandosi di un accertamento giudiziale sulla idoneità degli strumenti adoperati dal predisponente, ricorre piuttosto una fattispecie di « diritto alla prova », dovendosi riconoscere sia in capo al predisponente che all'aderente una posizione soggettiva giuridicamente tutelata avente ad oggetto la possibilità di dimostrare che le condizioni generali di contratto — ritenute esistenti — erano o meno idonee a soddisfare il requisito in esame.

In definitiva, a nostro avviso, la conoscibilità non rientra nell'*onus probandi* posto a carico di una delle parti, poiché essa costituisce un presupposto di natura oggettiva riscontrabile — o meno — nei mezzi di diffusione adoperati dal predisponente, come tale oggetto di un accertamento di fatto affidato al giudice di merito e non sindacabile in sede di legittimità. Di onere della prova può parlarsi semmai con riferimento ai mezzi di diffusione adoperati. Non deve quindi trarre in inganno l'espressione, riscontrabile nell'art. 1341 c.c., secondo cui l'aderente...avrebbe dovuto conoscere le condizioni generali di contratto secondo l'ordinaria diligenza. La legge, infatti, non delimita in questo caso materia di prova, per cui l'aderente avrebbe l'onere di dimostrare che nonostante lo sforzo diligente adeguato non è pervenuto alla conoscenza delle condizioni generali di contratto, bensì indica al giudice un parametro di valutazione, da applicare indipendentemente dal comportamento in concreto posto in essere dal predisponente.

Considerazioni diverse devono svolgersi per quanto concerne la conoscenza. In questo caso non si tratta di esprimere un giudizio relativamente a delle caratteristiche e qualità di strumenti adoperati o atti posti in essere per raggiungere il risultato rilevante, ma di dimostrare l'esistenza di uno stato psichico in capo a un contraente. Ricorre quindi la figura dell'onere della prova, ed è da condividere il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui l'onere della prova della conoscenza, da parte dell'aderente, delle condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti, incombe su chi vuole avvalersi di tali condizioni, poiché questa parte intende porla a fondamento della propria pretesa o della propria eccezione.

Con riferimento inoltre al carattere vessatorio delle clausole e alla sussistenza della specifica approvazione di esse per iscritto, non ricorre invece una ipotesi di onere della prova. Correttamente la giurisprudenza parla di una valutazione di fatto demandata al giudice di merito, che non può essere compiuta per la prima volta in sede di legittimità.

Esattamente si ritiene, infine, che non costituisce una eccezione in senso tecnico il rilievo della parte riguardante la mancanza di una specifica sottoscrizione [G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 10, II, 2ª ed., Torino, 1995, 117].

Parimenti si applica la regola generale di cui all'art. 2697 c.c. nel caso in cui le condizioni generali di contratto siano riprodotte in un modulo o in un formulario. Spetta all'aderente, che allega l'esistenza di condizioni generali di contratto non specificamente approvate per iscritto, l'onere di provare tale sua allegazione.

Tuttavia, come è stato affermato in giurisprudenza, la predisposizione di un modulo a stampa offre di per sé la prova dell'esistenza di condizioni generali di contratto, per cui la prova dell'aderente può ritenersi senz'altro fornita con la produzione in giudizio del documento.

In senso contrario è stato osservato che ciò non sempre si verifica, così in particolare nel caso di contratti di locazione stipulati mediante l'utilizzazione di moduli prestampati.

Proprio con riferimento al contratto di locazione, è stato tuttavia rilevato che l'art. 1342 c.c. deve applicarsi anche nel caso in cui la parte che ne trae vantaggi si sia avvalsa del modulo per stipulare un unico contratto.

Una diversa interpretazione ridurrebbe ingiustificatamente la portata normativa dell'art. 1342 c.c. privando della tutela prevista intere categorie di contraenti deboli.

10. *Posse*so.

Una regola probatoria che deroga alla norma generale dell'art. 2697 c.c. si rinviene in materia di possesso nell'art. 1147, comma 3, c.c., secondo cui la buona fede è presunta.

La buona fede rileva come elemento costitutivo della fattispecie « possesso di buona fede », che tuttavia, data la

presunzione che determina una ripartizione dell'onere della prova diversa da quella prevista nell'art. 2697 c.c., non deve essere provato dall'attore.

Tesi che nega rilevanza alla distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi

Tenendo presente anche la regola dell'art. 1147, comma 3, c.c., è stata elaborata la tesi secondo cui il nostro sistema non prevede ipotesi di fatti costitutivi non bisognosi di prova, mentre i fatti presunti rientrano nella categoria dei fatti impeditivi [SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 406 ss.]. Questa tesi nega quindi il valore sostanziale della distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi e ritiene che anche i fatti impeditivi siano da collocare all'interno della fattispecie, non differendo dai fatti costitutivi se non per la circostanza di essere qualificati dalla norma come fatti impeditivi, a seguito di una inversione di segno.

Critica

In senso contrario, traendo argomenti proprio dall'art. 1147, comma 3, c.c., è stato rilevato che non è possibile allineare buona fede e diligenza, definendo entrambe elementi costitutivi dal punto di vista sostanziale, ed entrambe in termini negativi, cioè come mala fede e colpa grave, elementi impeditivi sotto il profilo (processuale) dell'onere della prova. Ciò perché, disponendo che « la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave » (art. 1147, comma 2, c.c.), il diritto sostanziale classifica il fatto « buona fede » come costitutivo e il fatto « colpa grave » come fatto che dall'esterno impedisce l'efficacia [L. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, Milano, 1975, 356]. Essendo un fatto costitutivo, la buona fede, in base all'art. 2697 c.c., dovrebbe essere provata dall'attore, mentre in base alla presunzione dell'art. 1147, comma 3, c.c. essa si considera esistente fino a prova contraria. Tale prova contraria può poi consistere nella prova della mala fede, cioè della conoscenza, oppure nella prova che la ignoranza è dipesa da colpa grave.

Diverse ipotesi di prova contraria

Occorre precisare la differenza della prova contraria nelle due ipotesi sopra indicate. Se la prova contraria consiste nella prova della conoscenza, non ricorre lo schema compo-

sto da un fatto costitutivo e da un fatto impeditivo, perché la conoscenza elimina la configurabilità del fatto costitutivo « buona fede » per il venir meno dell'elemento — ignoranza — che ne costituisce il fondamento. Può dirsi quindi che in questa ipotesi si tratta di una controprova, piuttosto che della prova di un fatto impeditivo. Invece, quando la prova contraria consiste nella prova della colpa grave, da cui dipende l'ignoranza, il fatto costitutivo della buona fede — l'ignoranza — può ritenersi sussistente, ma gli effetti ad esso collegati non si verificano in virtù del fatto impeditivo colpa grave.

Anche questa costruzione, con riferimento all'ultima ipotesi, deve essere valutata in termini problematici. Basterebbe infatti affermare che la fattispecie buona fede non consiste solo dell'elemento « ignoranza » ma di una ignoranza qualificata, cioè non dipendente da colpa grave, per fare rientrare la colpa grave tra gli elementi costitutivi. Il dato testuale, tuttavia, affermando che « la buona fede non giova... » sembra confermare la tesi secondo cui l'ignoranza è considerata dal diritto positivo alla stregua di un elemento impeditivo.

Sicura natura di fatto impeditivo dell'acquisto del possesso presenta, inoltre, la tolleranza di cui all'art. 1144 c.c. Essa infatti impedisce l'acquisto del possesso nonostante la ricorrenza di tutti i requisiti previsti dalla legge. Non può dubitarsi quindi che essa rilevi dall'esterno, alla stregua di fatto impeditivo dell'acquisto del possesso da parte del terzo, e come tale debba essere provata dal titolare del diritto che la eccipisce [S. PATTI, *Profilo della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 13 ss.]. Per tale aspetto l'art. 1144 c.c. si affianca all'art. 2697 c.c., non prevedendo una diversa ripartizione dell'onere della prova ma attribuendo la rilevanza di fatto impeditivo ad uno specifico elemento estraneo alla vicenda possessoria, considerata in senso stretto, ed atinente invece alla sfera del titolare del diritto.

La tolleranza quale fatto impeditivo

11. *Promessa di pagamento e ricognizione di debito.*

Una ripartizione particolare dell'onere della prova si ritiene nella disciplina della promessa di pagamento e della ricognizione di debito (art. 1988 c.c.).

In questo caso, come nelle altre ipotesi di c.d. astrazione processuale, la legge prevede l'esonerazione dalla prova della causa del negozio o comunque del fatto da cui nasce l'obbligazione. Il destinatario dell'atto non ha infatti l'onere di provare il rapporto sottostante, mentre il suo autore per impedire l'effetto tipico, cioè il sorgere dell'obbligazione, può fornire una prova contraria, ad esempio che la causa è insussistente o illecita.

Già la lettera dell'art. 1988 c.c., secondo cui la promessa di pagamento o la ricognizione di debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale, la cui esistenza « si presume fino a prova contraria », dimostra chiaramente che l'oggetto della disposizione riguarda la materia in esame, cioè che si tratta di una regola sulla distribuzione dell'onere della prova. Ma occorre prendere in esame il tipo di rapporto esistente tra l'art. 1988 c.c. e l'art. 2697 c.c., ed in particolare verificare se la prima norma preveda una presunzione *iuris tantum* o — nonostante il riferimento letterale alla presunzione — una regola di distribuzione dell'onere, che determina un'inversione dell'onere probatorio.

L'ultima delle interpretazioni indicate, sia pure con diverse accentuazioni, si riscontra di frequente in dottrina. È stato infatti affermato che l'effetto principale delle dichiarazioni (promessa, riconoscimento) è l'inversione dell'onere della prova, in quanto senza la promessa di pagamento o di riconoscimento, il creditore per ottenere soddisfazione dovrebbe provare l'esistenza del credito, cioè del fatto che costituisce fonte del credito, così come si desume dall'art. 2697 c.c. L. MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. dir.*

proc., 1951, I, 65 s.j. Viceversa, è sufficiente che il creditore allegghi in giudizio la promessa o il riconoscimento per essere esonerato dall'onere della prova, mentre per il debitore rimane la possibilità di provare l'insussistenza del debito.

Prescindendo in questa sede dall'affrontare le questioni relative alla natura dei due istituti — appare comunque preferibile la tesi che ravvisa atti giuridici non negoziali — ed alla opportunità della comune previsione legislativa, occorre mettere in rilievo che sulla base di un certo fatto, promessa di pagamento o riconoscimento di debito, la legge ripartisce l'onere probatorio in modo diverso da come risulterebbe in base all'art. 2697 c.c. Ricorre pertanto una delle norme particolari di distribuzione dell'onere della prova, che prevede con riferimento alla promessa e al riconoscimento quanto l'art. 1121 c.c. del 1865 stabiliva in generale, affermando che la causa — dei contratti in cui non fosse « espressa » (art. 1120 c.c. del 1865) — si presume fino a prova contraria; regola peraltro ritenuta ancor oggi vigente.

Poiché il destinatario della promessa o del riconoscimento non ha l'onere di provare il fondamento del suo diritto, si astrae nel processo dal rapporto base; e per questo motivo il fenomeno viene generalmente indicato come astrazione processuale. Si noti che la suddetta astrazione — alla luce della norma prevista nel codice vigente — opera anche se la promessa o il riconoscimento sono titolati, cioè risulta la causa dell'obbligazione. Questo rilievo ha consentito di affermare, in contrasto con un'opinione diffusa in giurisprudenza e in dottrina, e con la stessa lettera della legge, che l'astrazione processuale non ha il valore di una presunzione *iuris tantum*.

Gli argomenti a tal fine adoperati sembrano convincenti: si potrebbe forse parlare di presunzione se il fenomeno si riducesse alla indicazione o alla mancata indicazione del rapporto sottostante, poiché « dal fatto noto (promessa o riconoscimento) si risalirebbe al fatto ignoto (titolo del rapporto sottostante), considerandolo provato od accettato » [G.

Regola di ripartizione particolare dell'onere della prova

Astrazione processuale e presunzione *iuris tantum*

Promessa di pagamento, riconoscimento di debito e inversione dell'onere della prova

Il rapporto tra l'art. 1988 c.c. e l'art. 2697 c.c.

BRANCA, *Delle promesse unilaterali*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *sub art.* 1988, 2^a ed., Bologna-Roma, 1974, 417].

Insussistenza di onere della prova e accertamento del fatto mediante presunzione

La stessa tesi era stata peraltro già sostenuta in dottrina, e la mancanza di precisione del legislatore circa gli istituti della presunzione *inuris tantum* e della ripartizione dell'onere della prova è stata giustificata osservando che nel concreto svolgimento del processo può facilmente confondersi la posizione di chi non ha bisogno di provare un fatto, perché è dispensato dal relativo onere, con quella di chi non ha bisogno di provare un fatto accertato in virtù di presunzione. Si osserva inoltre che le posizioni sono simili sotto un altro profilo, potendo entrambe essere combattute dalla controparte mediante il raggiungimento di una prova contraria a quella presuntiva o a quella che ha costituito oggetto dell'esonero [MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, cit., 78]. Con riferimento a quest'ultima tesi occorre tuttavia rilevare che nel caso dell'esonero non è possibile a rigore configurare sempre una prova contraria a carico della controparte, in quanto essa deve in molti casi affrontare una prova avente un oggetto diverso (es. non la insussistenza *ab initio* del rapporto fondamentale ma l'adempimento dell'obbligazione).

Prova contraria e prova con oggetto diverso

Presunzione dell'esistenza del rapporto fondamentale

La questione trattata perderebbe gran parte del suo rilievo ove si seguisse l'opinione secondo cui affermando che non si tratta di prova presuntiva ma di onere dalla prova non muta nulla nella sostanza. Si osserva in tal senso che la ragione dell'inversione dell'onere della prova, collegata dall'art. 1988 c.c. alla dichiarazione del debitore, e quindi la deviazione dai principi comuni, deve ravvisarsi nella presunzione della esistenza del rapporto fondamentale che la legge trae dalla dichiarazione [G. FERRI, *Le promesse unilaterali. I titoli di credito*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1972, 21].

La tesi è certamente esatta nella misura in cui vuole espri-

mere la perdurante rilevanza del rapporto fondamentale *inter partes*, per cui l'eccezione concerne esclusivamente l'onere della prova.

La somiglianza dei due fenomeni non esime tuttavia l'interprete dal dovere di individuare quale ricorre nel caso concreto.

Presunzioni e regole particolari di ripartizioni dell'onere

Bisogna distinguere le ipotesi di presunzione, intendendo con questo termine lo schema logico indicato dalla legge (art. 2727 c.c.), riscontrabile in altre fattispecie disciplinate dal codice civile, dalle ipotesi in cui la normalità di una certa situazione — e quindi la sua probabilità statistica — può servire a spiegare la ratio della norma, nella quale comunque deve ravvisarsi una regola particolare di ripartizione dell'onere della prova.

Sul convenuto, in base ad una dichiarazione di riconoscimento o ad una promessa di pagamento grava quindi l'onere di provare l'inesistenza del rapporto fondamentale. Tuttavia, come è stato osservato, risultando la dichiarazione da un documento, egli potrà limitarsi a contestare il valore giuridico attribuito dall'attore alla dichiarazione, cioè la valutazione giuridica del fatto contenuto nel documento [N. IRITI, *La ripartizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 75]. In tal modo « non si eccipiscono fatti impeditivi, modificativi o estintivi dell'efficacia sostantiva d'un fatto invocato dall'attore », ma si attribuisce un diverso giudizio sulla rilevanza giuridica del fatto [P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 682].

Su una linea di pensiero del tutto autonoma si pone infine la dottrina secondo cui il regime probatorio previsto nell'art. 1988 c.c. non modifica la regola generale dell'art. 2697 c.c., bensì la conferma, trattandosi del normale regime probatorio scaturente dall'applicazione alla specie dei principi. Viceversa, secondo l'opinione in esame, si sarebbe dovuto parlare di inversione se la legge avesse addossato l'onere

Identità di regole nell'art. 1988 c.c. e nell'art. 2697 c.c.

di provare il rapporto fondamentale al beneficiario della promessa oppure del riconoscimento [V. SCALISI, *Negoziio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 77].

Critica

Ci sembra tuttavia che la tesi esposta non possa essere accolta. Si può anzitutto obiettare che secondo tale lettura l'art. 1988 c.c. diverrebbe inutile, poiché ribadirebbe la regola generale dell'art. 2697 c.c. Ora, se si considera che entrambe le norme sono state introdotte nel codice vigente, la mancanza di coordinamento — almeno in tale ipotesi — appare inverosimile. Ma, a prescindere dall'argomento sistematico, dalla tesi in esame deriva che, ai fini della prova del rapporto fondamentale, sarebbe indifferente la sussistenza della promessa o del riconoscimento. Infatti, anche in mancanza di uno di tali atti, il creditore — applicando i principi — dovrebbe essere esonerato dall'onere della prova. Tuttavia, se può condividersi la (precedente) affermazione secondo cui non occorre una prova specifica della causa essendo sufficiente la prova del negozio, non può ammettersi che, in mancanza del riconoscimento o della promessa, chi afferma l'esistenza del credito non debba fornire la prova dei fatti che ne costituiscono il fondamento.

Deve quindi ribadirsi la conclusione secondo cui l'art. 1988 c.c. prevede una deroga al regime probatorio dell'art. 2697 c.c.

12. *Regime patrimoniale della famiglia.*

Anche nel regime dei beni coniugali, come del resto avviene in tutto il diritto di famiglia, è agevole scorgere fattispecie in cui la ripartizione dell'onere segue i principi dell'art. 2697 c.c. e fattispecie disciplinate da norme specifiche.

Al primo gruppo appartiene, ad esempio, l'art. 179 c.c., in base al quale alcuni beni non costituiscono oggetto della comunione e sono beni personali di uno dei coniugi. In caso

di controversia circa la titolarità di un bene, spetta al coniuge che pretende l'applicazione della norma in esame dimostrare la ricorrenza di una delle ipotesi previste, rilevanti per l'esclusione del bene dalla comunione. Così, il coniuge che chiede il riconoscimento della proprietà esclusiva di un bene dovrà provare che era già proprietario del bene prima del matrimonio, o che lo ha ottenuto a titolo di risarcimento del danno, ecc.

Al secondo gruppo appartengono, ad esempio, gli artt. 195 e 219 c.c. In base alla prima di queste norme, in caso di divisione dei beni della comunione e — nonostante la *sedes materiae* — ogniqualvolta sorga controversia circa l'appartenenza alla comunione di beni mobili non registrati, se uno dei coniugi o i suoi eredi non provano che determinati beni appartenevano al coniuge stesso prima della comunione o erano pervenuti durante la medesima ma costituiscono beni personali (art. 179 c.c.), i beni stessi si considerano appartenenti alla comunione.

In base all'art. 219, comma 2, c.c., i beni — di qualsiasi natura — di cui nessuno dei coniugi dimostri la proprietà esclusiva si reputano di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi.

In ambedue i casi — è stato osservato — ricorrono regole concernenti l'onere della prova, in quanto le norme contengono delle presunzioni legali relative [P. SCHLESINGER, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, I, Padova, 1977, 450].

A nostro avviso, conviene tuttavia precisare che le regole particolari non riguardano l'onere della prova in senso soggettivo ma esclusivamente quello in senso oggettivo, cioè la regola di giudizio in caso di *non liquet*. Infatti il coniuge, o l'erede, che agisce per dimostrare la proprietà esclusiva del bene — oppure la titolarità di una quota superiore alla metà — deve fornire la relativa prova in base all'art. 2697 c.c. Le norme in esame prevedono una regola particolare per il caso

Prova dei beni personali

Comunione dei beni e prova di proprietà esclusiva

in cui (nessuno agisca in giudizio o) l'attore non riesca a fornire la prova, stabilendo appunto che i beni si considerano di proprietà comune.

La *ratio* delle regole probatorie

Per quanto riguarda la *ratio* degli artt. 195 e 219, comma 2, c.c., è stato affermato che la presunzione prevista nella prima norma sembra fondarsi sulla considerazione che la proprietà comune, in regime di comunione, costituisce la regola e le ipotesi previste dall'art. 179 c.c. delle eccezioni, per cui le specifiche circostanze enumerate dalla legge possono considerarsi elementi impeditivi rispetto alla fattispecie costitutiva della proprietà. Viceversa, vigendo il regime di separazione non può ovviamente ritenersi che la proprietà comune sia più probabile di quella esclusiva, semmai il contrario, per cui la *ratio* della seconda delle regole suddette deve individuarsi « nell'opportunità di assicurare un pari trattamento alle parti sul piano dell'onere probatorio, ripartendo in misura eguale il rischio relativo alla mancata prova del proprio diritto » [G. CATTANEO, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, I, 1, *sub* art. 219, Padova, 1977, 485].

La presunzione di contitolarietà

A nostro avviso, potrebbe aggiungersi che in entrambe le ipotesi si riscontra una regola analoga — seppur non coincidente nel caso dell'art. 195 c.c., trattandosi di una forma speciale di contitolarietà — alla presunzione di proprietà di cui all'art. 1117 c.c. Inoltre, nel caso della norma dettata in tema di separazione dei beni (art. 219 c.c.) si ravvisa per altri versi una fattispecie analoga a quella dell'art. 950 c.c. che, disciplinando l'azione di regolamento di confini, prevede un'altra ipotesi in cui non risulta applicabile il principio *actor non probante reus absolutur*.

Inapplicabilità nei confronti dei terzi

Conviene infine ricordare che il coniuge — sul quale grava l'onere della prova — non può avvalersi della presunzione prevista nell'art. 219, comma 2, c.c., nei confronti dei terzi aventi causa o creditori dell'altro coniuge, perché altrimenti risulterebbe peggiorata senza alcuna valida ragione la posizione dei terzi. Trova quindi applicazione l'art. 2697 c.c.

Viceversa, sembra che la presunzione legale di proprietà indivisa possa giovare ai terzi quando su di essi grava l'onere della prova, poiché in questa ipotesi il terzo viene posto nella stessa situazione in cui si troverebbe il coniuge — suo debitore — qualora agisse nei confronti dell'altro coniuge.

13. Segue. Assegno di divorzio.

L'istituto dell'assegno di divorzio ha conosciuto di recente una radicale riforma di fonte giurisprudenziale sia per quanto riguarda i presupposti per il riconoscimento che per l'onere della prova.

Con riguardo a ciò che interessa in questa sede, in tema di onere della prova, alla luce della regola generale incombe sul coniuge richiedente l'assegno l'onere di provare la sussistenza dei presupposti per l'ottenimento della prestazione, ossia che « non ha mezzi adeguati » o « comunque non può procurarseli per ragioni oggettive » (art. 5, comma 6, l. 1^o dicembre 1970, n. 898).

Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale tradizionale ha interpretato il dettato del suddetto articolo — soprattutto con riferimento al secondo presupposto — nel senso che fosse onere del coniuge chiamato ad effettuare la prestazione provare che il coniuge non si trovasse nella impossibilità di procurarsi i mezzi adeguati « per ragioni obiettive ». Posto che con tale formula si intende il mancato svolgimento di un'attività lavorativa, veniva posto a carico del coniuge convenuto l'onere di provare il « rifiuto accertato di effettive e concrete, non meramente ipotetiche, opportunità di lavoro » da parte dell'altro coniuge [Cass., 2 luglio 2004, n. 12121, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 17 con nota critica di S. Patti].

Con la sentenza 10 maggio 2017, n. 11504 (c.d. Lamorgese, dal nome del giudice estensore) e con la sentenza delle Sezioni Unite, 11 luglio 2018, n. 18287, la Suprema Corte ha modificato un orientamento giurisprudenziale per anni « in-

sensibile all'evoluzione del rapporto matrimoniale, alla "sdrammatizzazione" del divorzio, alla successiva instaurazione di nuovi rapporti familiari » [S. PATTI, *Assegno di divorzio: il passo indietro delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2018, 1197; in *Famila*, 2019, 474].

In particolare, secondo la sentenza n. 11504/2017 in-combe sull'ex coniuge che chiede l'assegno di divorzio l'onere di provare la sussistenza delle « relative condizioni di legge », cioè la mancanza di mezzi adeguati nonché l'impossibilità di procurarsi per ragioni oggettive.

Con riguardo al primo aspetto, rileva l'« autosufficienza », cioè il « possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari »: di conseguenza non può configurarsi il diritto all'assegno se il coniuge divorziato dispone comunque di beni dai quali ricavare i mezzi necessari per vivere. Mentre, con riferimento alle « capacità e possibilità effettive di lavoro personale » si impone un'applicazione della norma generale in tema di ripartizione dell'onere della prova (art. 2697 c.c.), che corregge gravi e ripetute violazioni della stessa disposizione.

Erroneamente, infatti, la giurisprudenza aveva posto a carico dell'ex coniuge obbligato l'onere di dimostrare che il richiedente l'assegno avesse rifiutato concrete occasioni di lavoro, non rispettando in tal modo non soltanto la norma generale ma altresì criteri di ripartizione dell'onere, da tempo elaborati, conformi a principi di logica e di buon senso, come quello della « vicinanza alla prova ». La conseguenza era stata quella di porre il soggetto chiamato a corrispondere l'assegno di fronte ad una vera e propria *probatio diabólica*, e in definitiva di incidere sulla regola di diritto sostanziale attraverso la distribuzione dell'onere probatorio.

Considerazioni analoghe dovrebbero indurre la giurisprudenza a modificare la regola della ripartizione dell'onere, circa la possibilità di svolgere un'attività lavorativa, anche nei giudizi relativi all'assegno di mantenimento a seguito di separazione personale dei coniugi. Sussiste infatti un orientamento consolidato secondo cui sul coniuge chiamato a

Assegno di
mantenimento
e onere della
prova

versare l'assegno di mantenimento grava l'onere di fornire la prova del rifiuto dell'altro coniuge di concrete opportunità di lavoro. La giurisprudenza ha in tal modo esteso alle fattispecie di separazione personale la regola dettata in tema di divorzio, posto che la norma dettata in materia di separazione personale dei coniugi prevede soltanto il diritto di ricevere quanto è necessario al mantenimento in mancanza di adeguati redditi propri ma non contiene la frase « o comunque non può procurarsi per ragioni oggettive ». Non essendo stata prevista una regola particolare di ripartizione dell'onere della prova, dovrebbe trovare applicazione la regola generale dell'art. 2697 c.c., secondo cui l'onere di provare i fatti costitutivi grava sull'attore. Nel caso in esame, fatti costitutivi sono sia la mancanza di mezzi adeguati sia l'impossibilità di procurarsi, cioè di svolgere un'attività lavorativa. Se allora può (entro certi limiti, alla luce delle condizioni del mercato del lavoro) giustificarsi la regola giurisprudenziale secondo cui è lecito rifiutare occasioni di lavoro non adeguate in considerazione della formazione ricevuta, deve essere considerata errata la regola di ripartizione che fa gravare sul coniuge convenuto l'onere della prova di un fatto costitutivo.

In senso favorevole al criticato orientamento, non varrebbe rilevare che la giurisprudenza si preoccupa di modificare l'oggetto della prova richiesta al convenuto, chiamato a provare non il fatto negativo della mancanza di adeguato impegno da parte del coniuge, bensì il fatto positivo del « rifiuto » di quest'ultimo di concrete occasioni di lavoro. La modifica dell'oggetto della prova non serve infatti a correggere l'errata ripartizione dell'onere *probandi* e, comunque, come insegna l'esperienza dei tribunali, risulta ben difficile provare l'eventuale « rifiuto » del coniuge, trattandosi di vicende che attingono ad una sfera del tutto estranea a quella del soggetto chiamato a corrispondere l'assegno. In definitiva, la suddetta ripartizione dell'onere, che viola anche il principio della « vicinanza alla prova », conduce a risultati non accettabili proprio perché la giurisprudenza non si accontenta di una valutazione in astratto delle occasioni di la-

Attività lavora-
tiva e onere
della prova

voro, in base alla qualificazione professionale della persona e alle condizioni del mercato, ma esige la prova dell'avvenuto « rifiuto » da parte del coniuge di concrete offerte o occasioni di lavoro. Come conseguenza di tale orientamento, il coniuge nei cui confronti viene fatta valere la pretesa finisce a volte per essere considerato « obbligato » semplicemente sulla base della domanda.

14. Il testamento olografo.

Per quanto concerne il testamento olografo, diverse opinioni si riscontrano anzitutto circa la ripartizione dell'onere della prova della sua autenticità.

Il testamento olografo rappresenta la forma di testamento più semplice messa a disposizione del testatore che intende disporre dei propri beni. L'art. 602, comma 1, c.c. prevede che esso « deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore ». La mancanza di tali requisiti rende nullo il testamento.

Peraltro, se da un lato il testamento olografo offre il vantaggio di consentire il più assoluto segreto sull'ultima volontà del testatore, dall'altro, esso « si presta agevolmente alla falsificazione e, quando è impugnato, è assai difficile provarne l'autenticità, prova che da taluno si vuole porre a carico dell'erede scritto nel testamento, date specialmente le grandi incertezze che offre la perizia calligrafica » [F. DEGNI, *Della forma dei testamenti*, in *Codice civile. Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, Commentario diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1941, 417].

In tal senso, è ancora dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza la modalità di contestazione dell'autenticità del testamento olografo e, conseguentemente, il problema del riparto dell'onere della prova.

In particolare, si discute se ai fini della contestazione sia sufficiente il disconoscimento, oppure occorra la querela di falso o l'azione di accertamento negativo.

Autenticità del
testamento olo-
grafo e onere
della prova

La tesi che considera sufficiente il disconoscimento si basa, come è noto, sulla natura di scrittura privata del testamento, cosicché, nonostante i particolari requisiti di forma prescritti dall'art. 602 c.c., dovrebbe trovare applicazione la disciplina degli artt. 214 ss. c.p.c. Nessuna rilevanza viene attribuita alla posizione processuale delle parti: la ripartizione dell'onere non muterebbe sia che la non veridicità del documento venga fatta valere in via principale dall'erede *ex lege* che a tal fine abbia proposto l'azione, sia che il giudizio sia stato introdotto dall'asserito erede testamentario per il riconoscimento dei diritti ereditari attribuiti dalla scheda testamentaria. L'interessato, secondo l'opinione più diffusa, addossandosi l'onere della prova, potrebbe altresì proporre querela di falso, strumento che non si limita a contestare la provenienza del documento ma riguarda la genuinità dell'intera scrittura, e consente di conseguire la rimozione del documento con effetti *erga omnes* e non soltanto nei confronti della controparte.

Altra tesi ritiene invece il testamento olografo assimilabile all'atto pubblico e per la contestazione della sua autenticità richiede la querela di falso, da sollevare secondo quanto stabilito dagli artt. 221 ss. c.p.c. Il fondamento della equiparazione del testamento all'atto pubblico consisterebbe nella « (particolarmente elevata) rilevanza sostanziale e processuale » del testamento olografo.

Con riguardo a questa tesi un primo dubbio deriva, a nostro avviso, proprio dalla estensione di uno strumento previsto dalla legge per atti legati a determinati requisiti di forma, e in particolare a un complesso procedimento di formazione — atto pubblico e scrittura privata autentica o riconosciuta — ad atti che presentano caratteristiche del tutto diverse. In particolare, l'atto pubblico e la scrittura privata autentica si caratterizzano per l'intervento del pubblico ufficiale che certifica la « provenienza » della dichiarazione. La suddetta essenziale caratteristica manca nella scrittura privata e nel testamento olografo: nessun soggetto abilitato ad attribuire pubblica fede garantisce la provenienza dell'atto da chi appare autore.

La tesi che ritiene sufficiente il disconoscimento

La tesi che richiede la querela di falso

La diversa struttura procedimentale prevista dalla legge spiega la maggiore o minore complessità richiesta per mettere in gioco l'autenticità dell'atto pubblico rispetto alla scrittura privata: la querela di falso nel primo caso, il più agevole disconoscimento nel secondo.

Si osserva peraltro che il disconoscimento, disciplinato dagli artt. 214 ss. c.p.c. può essere esperito soltanto dalla parte che risulta autore del documento. Le Sezioni unite non hanno ritenuto pertanto utilizzabile lo strumento in questione nel caso dell'erede legittimo, che non può disconoscere l'autenticità di una calligrafia che non è la propria.

L'asserita impossibilità di utilizzare l'istituto del disconoscimento può servire a spiegare la diffusa affermazione secondo cui, alla luce della particolare rilevanza del testamento olografo, la contestazione della sua autenticità si risolve in una eccezione di falso, e deve essere sollevata soltanto nei modi e con le forme di cui all'art. 221 ss. c.p.c., con conseguente onere probatorio a carico della parte che contesti la genuinità della scheda testamentaria. Ma, come si vedrà, sembra corretta una diversa soluzione.

Le Sezioni Unite, nella sentenza del 15 giugno 2015, n. 12307, considerano insufficiente il disconoscimento da parte dell'erede *ex lege*, nei cui confronti viene fatto valere il testamento olografo, ma d'altra parte, non ritengono necessario l'esperimento della querela di falso.

Richiamando un risalente precedente della stessa Corte suprema [Cass., 15 giugno 1951, n. 1545, in *Foro. it.*, 1951, I, 855], lo strumento per sfuggire all'alternativa determinata dalle due tesi sopra esaminare — che hanno determinato il « contrasto » — viene individuato nell'azione di accertamento negativo della mancanza di autenticità della scheda testamentaria, posta a carico dell'erede *ex lege*. Di conseguenza, l'onere della prova non viene fatto gravare sulla parte che basa la propria pretesa sul testamento, come si verifica a seguito del disconoscimento di una scrittura privata, bensì sulla contro-

La tesi che richiede l'accertamento negativo

La sentenza, richiamata dalle Sezioni Unite, è stata ricordata in un pregevole studio in cui si legge che l'onere della prova deve gravare in capo a colui che contesti la validità del testamento olografo, « sia in forza del generale principio di ripartizione dell'onere probatorio (art. 2697 c.c.), sia stante il fatto che la soluzione contraria... confligge con la priorità accordata dall'ordinamento alla delazione testamentaria rispetto a quella legale (art. 457 c.c.) » [M. SESTA, *Questione sulla prova della falsità del testamento olografo*, in *Contratto e impresa*, 2014, 71 ss.]. L'assunto troverebbe fondamento nel principio enunciato in giurisprudenza secondo cui « nelle azioni di accertamento negativo — qual è quella promossa da chi neghi la qualità di erede testamentario del convenuto — incombe sull'attore l'onere di provare l'inesistenza degli elementi costitutivi della fattispecie dedotta, e che tale principio si applichi anche in tema di accertamento negativo della provenienza di scrittura privata e di testamento olografo » [SESTA, *Questione sulla prova della falsità del testamento olografo*, cit., 71 ss.].

Ad avviso di chi scrive, nessuno degli argomenti sopra indicati resiste tuttavia ad un esame critico.

L'indicata ripartizione dell'onere della prova, anzitutto, non trova fondamento nella regola generale dell'art. 2697 c.c. perché i fatti su cui si basa la domanda o l'eccezione devono essere provati dalla parte che di tali fatti intende avvalersi. L'autenticità della scheda testamentaria è elemento costitutivo della fattispecie « testamento » e, di conseguenza, la parte che basa la propria pretesa sulla scheda testamentaria ha l'onere di provarne l'autenticità e in tal modo la sua (effettiva) qualità di erede testamentario. Al riguardo, sembra utile ricordare che la suddetta ripartizione dell'onere della prova è affermata non soltanto da una parte della dottrina e della giurisprudenza italiane ma altresì dalla dottrina e giurisprudenza tedesche, nonché nell'esperienza francese.

Per quanto concerne l'argomentazione basata sulla « priorità » della successione testamentaria su quella legittima, basti osservare che da essa non può farsi derivare l'in-

dicata ripartizione dell'onere della prova circa l'autenticità della scheda testamentaria, perché è proprio l'esistenza di un valido testamento il fatto costitutivo della successione testamentaria, con la conseguenza che la ripartizione dell'onere relativo alla dimostrazione dei presupposti di validità non può essere influenzata dalla (eventuale) priorità di un tipo di successione rispetto all'altro. In altri termini, la prevalenza della successione testamentaria significa soltanto che non si dà luogo alla successione legittima se esiste un valido testamento. La « priorità » non sposta quindi i termini della questione: chi ha interesse deve provare che ricorre il presupposto previsto dalla legge costituito da un valido testamento, cioè un testamento del quale — in caso di contestazione — sia stata dimostrata l'autografia. Soltanto in tal caso la delazione testamentaria prevale su quella legittima.

In definitiva, la tesi che richiede l'azione di accertamento negativo, con la conseguente ripartizione dell'onere della prova, non sembra condivisibile. Al riguardo, basti ricordare l'autorevole insegnamento, secondo cui nella « contrapposizione... tra fattispecie successoria legale e fattispecie successoria testamentaria... il negozio testamentario... è il tema di prova proposto dall'attore o dal convenuto a seconda che sia invocato ai fini della domanda o ai fini della eccezione », e che pertanto ritiene « la prova della autenticità del testamento olografo necessaria perché lo stesso possa spiegare nel processo, se disconosciuto, l'efficacia probatoria che la scrittura privata di per sé non possiede » [V. DENTI, *Verificazione ed onere della prova dell'autenticità di testamento olografo*, in *Foro pad.*, 1961, I, 1184 ss.].

In merito all'orientamento secondo cui la contestazione deve avvenire attraverso la querela di falso, non sussistono, in primo luogo, sufficienti argomenti perché la rilevanza sostanziale e processuale del testamento venga valutata « intrinsecamente elevata » rispetto a quella delle altre scritture private — in ogni caso, pur ritenendo che spunti in tal senso siano offerti dalla disciplina in tema di trascrizione (artt. 2648 e

Testi che richiedono l'azione di accertamento negativo.
Critica

Testi che richiedono la querela di falso.
Critica

2660 c.c.) e da quella relativa alla esecuzione del testamento olografo (art. 620, comma 6, c.c.), di frequente richiamate in dottrina — non risulta individuato il fondamento normativo che consentirebbe la pretesa equiparazione del testamento olografo all'atto pubblico per giustificare la necessità di una querela di falso. Al fine di opporsi ad un documento proveniente da un privato non può richiedersi uno strumento concepito per un documento assistito da « fede pubblica » e avente rilevanza di « pubblica prova legale ».

Si ribadisce al riguardo che non trova alcuna base normativa l'equiparazione dell'ipotesi in cui si contesti l'autenticità di una scrittura privata, qual è il testamento, a quella della eccezione di falso — con la conseguente necessità della querela — nel caso dell'atto pubblico. Presupposto della querela di falso non è semplicemente la falsità dell'atto, essendo previsto dalla legge — (art. 2700 c.c., art. 291 ss. c.p.c.) — che la scrittura rivesta la forma dell'atto pubblico, oppure sia stata autenticata o riconosciuta. In altri termini, ad una fattispecie in cui la legge, dati i particolari presupposti di validità e di efficacia, attribuisce una particolare forza probatoria, è stato collegato uno specifico e « grave » strumento per « inficiare » il documento. Non è quindi la falsità l'unico presupposto che rende necessaria la querela di falso, bensì la falsità di quel particolare documento che la legge qualifica atto pubblico (oppure scrittura privata autenticata o riconosciuta).

Ciò posto, la mancanza di autenticità del testamento olografo, riconducibile — nonostante alcune peculiarità — alla scrittura privata per la mancata partecipazione del pubblico ufficiale alla redazione dell'atto, a nostro avviso, può essere invece contrastata, secondo le regole generali, alla stregua di una allegazione e cioè con la contestazione dell'autenticità del testamento, contestazione che in materia di prova documentale assume il termine « disconoscimento » nel caso particolare di asserita provenienza della scrittura privata dalla parte nei cui confronti si fa valere il documento. Precisamente, mentre nel caso dell'atto pubblico l'efficacia probatoria deriva dalla attestazione del pubblico ufficiale, nel caso della

Contestazione dell'autenticità

scrittura privata essa si ricollega al riconoscimento della sottoscrizione o ai suoi equipollenti. Al riconoscimento espresso è equiparato il riconoscimento tacito, e tale è considerato il mancato disconoscimento: il silenzio (cioè la mancata contestazione) del soggetto che risulta come sottoscrittore equivale quindi a riconoscimento.

In definitiva, in assenza di una norma specifica, si deve fare riferimento alla regola generale secondo cui soltanto i fatti allegati e non contestati specificamente possono (e devono) essere posti a base della decisione. Se una parte contesta il fatto su cui si basa la pretesa della controparte — nel caso in esame l'autenticità della scheda testamentaria — il fatto stesso deve essere provato da chi sul testamento basa le proprie pretese. La contestazione, conviene precisare, può assumere il richiesto carattere della specificità, affermando, ad esempio, e senza con ciò invertire l'onere della prova, che il *de cuius* non era in grado di scrivere nel giorno in cui risulta redatto il testamento, oppure che la calligrafia appare diversa da quella dell'asserito autore della scheda testamentaria.

Si osservi, d'altra parte, che l'onere di disconoscimento posto a carico della parte contro cui la scrittura è prodotta — alla luce di una corretta ricostruzione storica — viene addirittura rappresentato come « un expediente cui s'è pervenuti per soddisfare un'esigenza di semplificazione nell'accertamento della paternità della scrittura privata » e che « in tal modo viene accordata una certa prevalenza agli interessi di chi esibisce la scrittura, perché sicuramente la semplificazione di cui s'è detto si risolve in un vantaggio per chi sarebbe altrimenti sempre tenuto a proporre un'istanza di verifica della scrittura esibita » [V. COLESANTI, *Una questione in tema di disconoscimento della scrittura*, in *Giur. it.*, 1962, 1, 1385 s.].

La soluzione proposta risponde altresì alle esigenze di celerità e risparmio di attività processuale che probabilmente non verrebbero soddisfatte mediante il ricorso all'azione di accertamento negativo. E si consideri infine che all'azione

suddetta sarà nella prassi preferita la querela di falso che, a parità di onere probatorio a carico dell'attore, offre il vantaggio dell'efficacia *erga omnes* della sentenza.

Occorre quindi tornare alla regola in tema di allegazione dei fatti e di contestazione. Peraltro, come accennato, lo stesso disconoscimento — ammissibile nei casi sopra indicati — equivale, a nostro avviso, alla contestazione di un fatto (quello della provenienza della scrittura dalla parte nei cui confronti viene fatta valere) allegato nel processo. Così come la necessità di fornire la prova di un fatto consegue alla (semplice) contestazione, sia pure specifica secondo il dettato dell'art. 115 c.p.c., allo stesso modo il disconoscimento, che altro non è se non la contestazione dell'autenticità (della scrittura), si considera sufficiente per fare sorgere in capo alla controparte, che ha interesse alla utilizzazione del documento, l'onere di dimostrarne l'autenticità.

In definitiva, quando una determinata efficacia probatoria non è attribuita dalla legge, attribuzione che avviene in ipotesi specificatamente disciplinate se ricorrono i presupposti previsti (es. intervento del pubblico ufficiale nella redazione dell'atto), trovano applicazione le regole generali in tema di ripartizione dell'onere della prova e di contestazione. Far valere un testamento olografo equivale ad allegare un fatto: la delazione testamentaria che risulta dal documento redatto da un privato.

Se la controparte — cioè chi basa la delazione sulla legge — non contesta, alla luce del principio dispositivo il fatto deve considerarsi pacifico. Se invece l'autenticità della scheda testamentaria viene contestata, l'onere di dimostrare il fatto allegato, e cioè la provenienza della dichiarazione, incombe su chi allega e quindi su chi basa la propria pretesa sul testamento olografo. In altri termini, se anche la contestazione dell'autenticità dello scritto nella fattispecie in esame implica (logicamente) l'affermazione che il documento è falso, ciò non può incidere sulla sufficienza della contestazione stessa alla luce delle norme in tema di allegazione, di contestazione e di ripartizione dell'onere della prova sopra ricordate.

Certificato successorio europeo

I problemi legati alla prova dell'autenticità del testamento olografo si presentano sotto una luce diversa nei casi di successione transfrontaliera a seguito della recente entrata in vigore del Regolamento europeo in tema di certificato successorio europeo.

Infatti, l'autorità di rilascio, nel nostro ordinamento il notaio, esaminata la domanda e verificate le dichiarazioni e i documenti forniti dall'interessato, può invitarlo a fornire le prove considerate necessarie ma può altresì svolgere d'ufficio le opportune indagini. Difficoltà non lievi sono ipotizzabili nel caso di dubbi circa l'autenticità del testamento su cui si basa la qualità di erede o di legatario del richiedente, soprattutto perché il notaio potrebbe essere chiamato a compiere accertamenti che sembrano maggiormente riconducibili all'ufficio del giudice.

L'esperienza tedesca: l'*Erbschein*

In materia, risulta interessante la ricca esperienza tedesca relativa all'*Erbschein*, poiché nel procedimento per il rilascio del certificato successorio e quindi per l'accertamento della qualità di erede, che si svolge davanti al *Nachlassgericht*, vige il principio inquisitorio, in base al quale il giudice ha il dovere di ricercare gli elementi rilevanti per l'accertamento. Si precisa, tuttavia, che il suddetto principio non comporta la sufficienza di qualsiasi richiesta da parte dell'asserito erede, dovendo essere forniti concreti elementi circa le circostanze rilevanti. Né, tantomeno, viene meno l'onere di prova a carico di chi richiede un certificato da cui risulti la sua qualità di erede sulla base di un testamento olografo.

In tema di prova, occorre considerare altresì il caso della contestazione relativa alla effettiva riconducibilità alla volontà del testatore delle dichiarazioni contenute nel testamento olografo, soprattutto quando questo è redatto da persone c.d. « vulnerabili ».

La dottrina ha da tempo espresso grande preoccupazione per i testamenti redatti da persone molto anziane e in precarie condizioni di salute fisica e mentale, così da risultare

Testamento di soggetti « vulnerabili »

facilmente suggestionabili e influenzabili da parte dei terzi, e in definitiva non in grado di decidere autonomamente circa il destino dei propri beni.

Tale preoccupazione è giustificata dal costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale « ai fini dell'annullamento del testamento, la prova dei mezzi fraudolenti può avere natura presuntiva, tuttavia essa deve fondarsi su fatti certi che consentano di identificare e ricostruire l'attività capattoria e la conseguente influenza determinante sul processo formativo della volontà del testatore » [Cass., 11 aprile 2017, n. 9309, in *NGCC*, 2017, 1067 con nota di S. Pattij]. In altri termini, il testamento non può essere dichiarato invalido mediante la prova di blandizie o suggerimenti in quanto questi non sono considerati veri e propri mezzi fraudolenti idonei ad incidere sulla volontà del testatore anziano.

In tal senso, infatti, ancora oggi la giurisprudenza statuisce che: « il rispetto assoluto della volontà del testatore impone, al fine di poter affermare che una disposizione testamentaria sia affetta da dolo, non essere sufficiente dimostrare una qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore, occorrendo la provata presenza di veri e propri mezzi fraudolenti i quali — avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito dello stesso — siano idonei a farlo ingannare, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata » [Cass., 11 aprile 2017, n. 9309, cit.].

Tuttavia, si ritiene che, mentre nel caso di una persona che si trova in « normali » condizioni fisiche e mentali i suggerimenti o le blandizie possono contribuire alla formazione della volontà ma non incidere su un processo decisionale comunque autonomo e consapevole, nel caso della persona molto anziana e « vulnerabile », spesso limitatamente capace di intendere e di volere a causa di grave demenza senile o di altre malattie degenerative, per impedire una corretta e autonoma formazione della volontà siano sufficienti proprio le blandizie e i suggerimenti a cui la giurisprudenza si ostina a negare rilevanza. Anche nelle fattispecie descritte, pur non sussistendo una (totale) incapacità della persona e non ravvi-

Insufficienza della prova di blandizie o suggerimenti

Critica

sandosi un vero e proprio raggio, la volontà è viziata o, per meglio dire, non si ravvisa una reale volontà testamentaria, espressione di un'autonomia decisione, da tutelare. L'antico orientamento, a nostro avviso, deve essere rivisto, in quanto può giustificarsi soltanto nei casi in cui, ricorrendo determinate circostanze, può desumersi che, pur ascoltando i suggerimenti e tenendo conto delle « blandizie », il testatore ha deciso autonomamente. Viceversa, dovrebbe affermarsi il principio di diritto secondo cui, in una situazione di debolezza psichica e volitiva, il vizio del volere o la mancanza del volere si configura anche al ricorrere di « blandizie » o di « suggerimenti », se già questi risultano sufficienti a determinare e guidare la dichiarazione del testatore, sostanzialmente privo di autonomia volontà. D'altra parte, la normativa di tutela non serve a sanzionare il raggio o i mezzi fraudolenti ma ad evitare che la destinazione dei beni non sia il frutto di un'autonomia decisione, di un vero e proprio atto di volontà. Se questo manca, sia pure come conseguenza di un'attività meno invadente del raggio, non c'è alcuna ragione di rispettare un testamento che non rappresenta l'espressione di una consapevole decisione della persona, sfavorendo i familiari chiamati a succedere in base alla legge.

La prova del « lucido intervallo »
 Con riferimento, infine, alla prova del « lucido intervallo », la Corte suprema ha di recente stabilito il principio di diritto secondo cui « in tema di incapacità di testare a causa di incapacità di intendere e di volere al momento della redazione del testamento, il giudice del merito può trarre la prova dell'incapacità del testatore dalle sue condizioni mentali, anteriori o posteriori, sulla base di una presunzione, potendo l'incapacità stessa essere dimostrata con qualsiasi mezzo di prova; conseguentemente, quando l'attore in impugnazione abbia fornito la prova di una condizione di permanente e stabile demenza nel periodo immediatamente susseguente alla redazione del testamento, poiché in tal caso la normalità presunta è l'incapacità, spetta a chi afferma la validità del testamento la prova della sua compilazione in un momento di lucido intervallo » [Cass., 22 ottobre 2019, n. 26873, in *Fam. e succ.*, 2019, 512 ss.]

15. *Licenziamento del prestatore di lavoro subordinato e altre questioni.*

L'esigenza di una regolamentazione particolare dell'onere della prova si è manifestata con sempre maggiore evidenza in fattispecie atinenti al rapporto di lavoro subordinato, man mano che si prendeva coscienza della situazione di debolezza in cui versa una delle parti.

Pertanto, pur valendo anche nel processo del lavoro la regola disciplinata nell'art. 2697 c.c., la peculiarità della materia legittima l'utilizzo di ampi poteri da parte del giudice, il quale gode di maggiore discrezionalità sia nell'ammettere prove *ex officio*, sia nell'autorizzare mezzi di prova anche al di fuori dei limiti previsti dal codice di procedura civile (consentendosi, tra l'altro, il superamento di eventuali preclusioni e decadenze in cui siano incorse le parti).

Il dibattito, sotto questo profilo, si era incentrato anzitutto sulla portata dell'art. 439 c.p.c. — oggi abrogato — in tema di poteri istruttori del giudice nel processo del lavoro, secondo alcuni non tale da modificare, se non per aspetti trascurabili, la disciplina dell'*onus probandi*; sufficiente, viceversa, secondo altri, per offrire una base adeguata a nuovi poteri inquisitori del giudice.

Sulla ricorrenza di ragioni specifiche di regolamentazione della materia si è discusso poi con riferimento all'art. 3 l. 18 aprile 1962, n. 230, che pone a carico del datore di lavoro l'onere di provare la ricorrenza dei presupposti che rendono lecita l'apposizione del termine finale al contratto di lavoro subordinato, e all'art. 5 l. 15 luglio 1966, n. 604, che assegna al datore di lavoro l'onere di provare la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento. Soprattutto con riferimento a quest'ultima disposizione è sembrato ad alcuni che il legislatore si sia voluto discostare dalla regola generale — che avrebbe imposto al prestatore di lavoro l'onere di provare l'illegittimità del licenziamento — rendendo in tal modo più efficace, sul piano processuale, il principio della stabilità del posto di lavoro. La valutazione legislativa degli interessi in

Tutela del lavoratore subordinato e onere della prova

Onere della prova e licenziamento illegittimo

gioco, che giustifica la norma, non elimina peraltro l'opportunità di valutare se si configuri una eccezione o una conferma della regola generale.

Ora, non può dubitarsi che disciplinando la materia il legislatore abbia ritenuto prevalente l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro. Non stupisce quindi che l'onere di provare la ricorrenza di una giusta causa o di un giustificato motivo sia stato posto a carico del datore di lavoro. Ma così facendo, contrariamente a quanto è stato affermato [G. ZANGARÌ, *Licenziamento*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 654], non è stata determinata un'inversione dell'onere della prova disciplinato nell'art. 2697 c.c. A ben vedere si tratta, viceversa, di una specificazione di quella regola: il datore di lavoro è infatti chiamato a dimostrare l'esistenza di un fatto su cui si basa la sua posizione processuale, cioè l'inadempimento del prestatore di lavoro, che determina la giusta causa o il giustificato motivo.

La coincidenza del dettato dell'art. 5 l. 604/1966 con quello dell'art. 2697 c.c. non deve tuttavia indurre in equivoco circa l'utilità della norma. Infatti, vertendosi in materia di inadempimento delle obbligazioni, in assenza dell'art. 5 l. 604/1966 la materia sarebbe stata disciplinata dall'art. 1218 c.c., per cui il datore di lavoro si sarebbe avvantaggiato della regola sulla ripartizione dell'onere probatorio ivi prevista. In definitiva l'art. 5 l. 604/1966 rappresenta un'eccezione alla regola di cui all'art. 1218 c.c. — altrimenti applicabile — che riconduce la materia alla regola generale dell'art. 2697 c.c.

Gravi incertezze, peraltro, si sono riscontrate in giurisprudenza con riferimento alla ripartizione dell'onere relativamente ai presupposti di applicabilità della disciplina vincolistica prevista dalla l. 604/1966. Infatti, secondo una prima tesi, il prestatore di lavoro deve provare soltanto la sussistenza del rapporto di lavoro e la sua risoluzione ad opera del datore di lavoro, mentre grava su quest'ultimo l'onere di provare di essere esonerato nel caso specifico dal divieto non

ricorrendo uno dei presupposti (numero minimo dei dipendenti). Successivamente è stato invece deciso che grava sul lavoratore, il quale agisce in giudizio denunciando l'illegittimità del licenziamento e invocando la tutela prevista dalla l. 604/1966 o dall'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei diritti dei lavoratori), l'onere di provare che l'impresa convenuta abbia le dimensioni richieste per l'applicazione della legge. In tal modo si sostiene, implicitamente, la natura di fatto costitutivo della sussistenza delle dimensioni dell'impresa, richieste rispettivamente dall'art. 11, comma 1, l. 604/1966 e dall'art. 35 l. 300/1970, e — come è stato osservato — a tale affermazione si è pervenuti senza alcuna motivazione [A. PROTO PISANI, in *Foro it.*, 1983, I, 892].

Infine, dirimente è stata una pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite del 2006 che ha ritenuto il criterio numerico-occupazionale dell'azienda un fatto impeditivo del diritto soggettivo dedotto in giudizio che dovrebbe essere « perciò provato dal datore di lavoro ». Ciò in quanto, prosegue la Corte di cassazione richiamando alcuni precedenti, vi è « la necessità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del lavoratore, il quale, a differenza del datore di lavoro, è privo della « disponibilità » dei fatti idonei a provare il numero di lavoratori occupati nell'impresa » [Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, 714 s.l.].

La stessa ratio — il licenziamento presenta il carattere di un evento eccezionalmente consentito — giustifica la ripartizione dell'onere della prova circa la natura collettiva del licenziamento, che incombe sul datore di lavoro. Al riguardo si riscontrano orientamenti giurisprudenziali, per certi aspetti criticabili, favorevoli al ricorso a presunzioni semplici, che finiscono per invertire l'onere probatorio richiedendo al prestatore di lavoro la prova della mancanza dei requisiti del licenziamento collettivo.

Un netto contrasto di indirizzi in dottrina e giurisprudenza si è poi manifestato riguardo all'onere di provare il *quantum* del danno in caso di licenziamento illegittimo. Non è

Il rapporto tra la norma speciale e le norme del codice civile

La prova del numero minimo di dipendenti

La prova dei presupposti del licenziamento collettivo

La prova dell'ammontare del danno

questa la sede per analizzare le varie tesi prospettate con riferimento all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori che, prevedendo un diritto al risarcimento del danno ragguagliato in mensilità e in ogni caso non inferiore a cinque mensilità, determina la possibilità di varie interpretazioni. In primo luogo, si tratta comunque di stabilire se il prestatore di lavoro abbia diritto a tutte le retribuzioni maturate nel periodo di illegittima interruzione del rapporto o se — fermo restando il minimo garantito di cinque mensilità — incomba sul prestatore di lavoro l'onere di provare il maggiore danno subito nel periodo intercorso tra il licenziamento e la sentenza, per effetto — tra l'altro — della mancata retribuzione.

La questione è stata affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione [Cass., S.U., 29 aprile 1985, n. 2762, in *Foro it.*, 1985, I, 1290]. La sentenza, che manifesta una condivisibile preoccupazione per la « stabilità reale » del posto di lavoro e la garanzia patrimoniale ad essa collegata, ripartisce in modo conforme alla normativa della materia ed alla regola dell'art. 2697 c.c. l'onere probatorio. Si afferma infatti che al prestatore di lavoro spettano (tutte) le retribuzioni non percepite, e non si configura un onere della prova trattandosi di una quota di danno coesenziale nell'accertamento della illegittimità del licenziamento. Si assegna invece, in base alla regola generale, al prestatore di lavoro l'onere di provare l'eventuale maggior danno; e al datore di lavoro quello di provare l'*alibi* *perceptum*, cioè la ricorrenza di un fatto modificativo, ovvero di un fatto colposo del creditore.

Nell'ambito del sistema probatorio del processo del lavoro, occorre considerare anche il problema delle c.d. prove (documentali) atipiche. In particolare, si dubita della efficacia probatoria da attribuire alle buste paga, ai libretti di lavoro, ai verbali di accertamento di ispettori del lavoro o funzionari di enti previdenziali. Al riguardo, la giurisprudenza ha ritenuto che i fatti attestati dai funzionari come avvenuti in loro presenza fanno piena prova, mentre le altre circostanze di fatto che i verbalizzanti segnalano di avere accertato sono liberamente valutabili dal giudice.

16. Azione surrogatoria e azione revocatoria.

In base alla regola generale (art. 2697 c.c.) spetta al creditore fornire la prova della sussistenza dei presupposti della legittimazione surrogatoria.

La prova dovrà pertanto riguardare l'esistenza del credito di chi agisce nei confronti del suo debitore; l'esistenza del diritto del debitore nei confronti del terzo; il pericolo di insolvenza; l'inerzia pregiudizievole del debitore. Il giudice è tenuto a controllare d'ufficio l'esistenza di tali presupposti.

Con riferimento alla prova dell'esistenza del credito è discusso se il relativo accertamento possa precedere l'esercizio dell'azione surrogatoria, in particolare se sia sufficiente — nei confronti del terzo — che l'esistenza del diritto risulti accertata da una precedente sentenza, passata in giudicato, ottenuta dal creditore nei confronti del debitore surrogato.

La risposta positiva prevale in giurisprudenza sulla base della c.d. efficacia riflessa del giudicato, da intendersi come affermazione oggettiva di verità nei confronti di terzi rimasti estranei al giudizio. Incombe tuttavia sul creditore l'onere di provare l'esistenza del diritto di credito nel momento dell'esercizio dell'azione surrogatoria, logicamente successivo rispetto a quello dell'accertamento giudiziale.

Con riferimento all'esistenza del credito si discute inoltre sull'efficacia probatoria della confessione e del giuramento prestati dal debitore, dubitandosi che anche in questa ipotesi di litisconsorzio debba trovare applicazione la regola secondo cui il giudice apprezza liberamente la confessione resa o il giuramento prestato da alcuno soltanto dei litisconsorti (art. 2733, ultimo comma; 2738, ultimo comma).

In dottrina è apparsa preferibile la soluzione negativa, in base al rilievo che il rapporto litisconsortile non riguarda l'accertamento dell'esistenza del credito. Nulla può pertanto eccipire il terzo per sottrarsi all'efficacia vincolante di una confessione resa dal debitore o di un giuramento prestato dal creditore. Nessun interesse meritevole di tutela può, d'altra parte, riconoscersi a favore del terzo una volta raggiunta la certezza dell'esistenza della legittimazione in capo a chi agisce.

Per quanto riguarda la prova dell'esistenza del diritto del debitore nei confronti del terzo, come è stato precisato, ai fini della legittimazione deve considerarsi sufficiente che il creditore faccia menzione dell'esistenza di un rapporto tra il suo debitore ed il terzo, di natura tale da consentire l'intervento surrogatorio. La prova dell'esistenza del rapporto, infatti, rientra a ben vedere nell'ambito di una questione di merito, anche se ovviamente l'eventuale esito negativo determinerà la mancanza della legittimazione surrogatoria.

L'interesse che spinge il creditore ad agire in via surrogatoria viene dimostrato attraverso la prova del pericolo di insolvenza. Trattandosi tuttavia di una misura cautelare non è necessario provare la sussistenza dello stato di insolvenza, essendo sufficiente una situazione meno grave — tale da mettere in pericolo il soddisfacimento del credito — per giustificare l'intervento surrogatorio.

L'interesse collegato al pericolo di insolvenza può sussistere anche quando il credito è assistito da una garanzia specifica, personale o reale, nel caso in cui essa appaia insufficiente o poco sicura. Spetterà allora al creditore provare in primo luogo l'insufficienza o l'insicurezza della garanzia specifica, cioè le ragioni del suo interesse per le sorti del patrimonio del debitore.

Qualunque mezzo di prova è infine ammissibile per quanto concerne il requisito dell'inerzia pregiudizievole del debitore. Trattandosi della prova di un fatto negativo (mancanza di atti di esercizio del debitore), sarà sufficiente per il creditore l'affermazione che sussiste l'inerzia, mentre il debitore ha la possibilità di fornire la prova del suo comportamento attivo. In quest'ultima ipotesi si configura un fatto impeditivo della legittimazione surrogatoria.

Una mera affermazione di inerzia non può invece considerarsi sufficiente nel caso in cui il creditore non lamenti un'assoluta inattività del debitore, ma una insufficiente attenzione nella gestione del patrimonio.

In materia di prove, in definitiva, la posizione del creditore si avvicina, fin quasi a coincidere, con quella che sarebbe

spettata al debitore. Lo stesso avviene per quanto concerne il regime delle eccezioni: il terzo può opporre al creditore surrogante tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al proprio creditore, tranne quelle aventi natura personale (es. compensazione).

Anche per l'azione revocatoria trova applicazione la norma generale dell'art. 2697 c.c. Il creditore che agisce in giudizio dovrà quindi provare il diritto di credito e il momento in cui esso è nato, l'esistenza di un atto dispositivo posto in essere dal debitore, il conseguente *eventus damni*, il *consilium fraudis*.

Per quanto concerne il momento in cui è nata la ragione di credito, esso rileva ai sensi dell'art. 2901, n. 2 c.c. che per gli atti anteriori al sorgere del credito richiede la dolosa preordinazione al fine di pregiudicare il soddisfacimento del credito. Come osservato da autorevole dottrina, ove « il credito risulti da contratto, la data di questo deve ricavarsi nei modi indicati dall'art. 2704 [...]»; se, invece il credito non sia contrattuale, la prova può essere data con tutti i mezzi » [R. NICOLÒ, *L'azione revocatoria*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub artt. 2901-2904, Bologna-Roma, 1957, 254]. Rileva altresì nel caso di atto a titolo oneroso anteriore al sorgere del credito, richiedendosi la partecipazione del terzo alla dolosa preordinazione (art. 2901, n. 3 c.c.). Circa i mezzi di prova — come è stato osservato — un ruolo importante deve attribuirsi alle presunzioni [S. D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 20, 2ª ed., Torino, 1998, 188].

Bibliografia.

1. V., tra gli altri, A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, VIII, 2006-2007, Milano, 2008, 3 ss.; e P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 191 ss. Per la dottrina tedesca, v. B. GSELL, *Die Beweislast für den Inhalt der vertraglichen Einigung*, in *AcP*, 203, 2003, 119 ss.

CAPITOLO VI
I PATTI PROBATORI

1. L'inversione patuita dell'onere della prova. — 2. L'inversione determinata dal comportamento processuale. — 3. L'offerta di prova della parte non gravata dall'onere. — 4. Natura ed effetti dei patti sull'onere della prova. — 5. Patti sull'onere della prova e forma convenzionale. — 6. I limiti. — 7. Altre ipotesi di convenzioni probatorie.

1. *L'inversione patuita dell'onere della prova.*

La disposizione dell'art. 2698 c.c. determina il carattere imperativo della norma posta dall'art. 2697 c.c. con riferimento a due ipotesi. La prima ha riguardo alla natura dei diritti controversi (indisponibili); la seconda, di portata più ampia, concerne invece la conseguenza degli accordi tenenti a delimitare gravemente l'esercizio del diritto a una delle parti, e costituisce in tal senso applicazione di un principio che anche in altri settori del diritto privato circoscrive in modo analogo l'autonomia negoziale. Vertendosi pertanto in una delle ipotesi suddette, le parti non possono modificare il regime dell'onere probatorio disciplinato nell'art. 2697 c.c., né nel senso di introdurre inversioni dell'onere della prova, né nel senso di modificarne il contenuto.

Pur con questi limiti, la norma in esame — superando le vivaci discussioni sorte prima dell'entrata in vigore del codice vigente — ammette la validità di accordi delle parti diretti ad invertire o a modificare l'onere della prova. Nel silenzio del codice civile del 1865, l'invalidità di tali accordi era sembrata

L'onere della prova: autonomia privata e limiti imperativi

Patti sulla prova e libertà del giudice

discendere dalla natura strumentale dell'attività svolta nel processo dalle parti rispetto a quella svolta dal giudice. Precisamente, si riteneva inammissibile ogni patto diretto a disciplinare l'attività del giudice in modo difforme dalla previsione legale [G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, rist., Napoli, 1965, 797], e soltanto lentamente si è pervenuti a distinguere con chiarezza gli accordi tendenti a limitare la libera valutazione delle prove da parte del giudice, come tali inammissibili, dagli accordi che prevedono una disciplina per l'ipotesi in cui il giudice, a seguito di tale valutazione, non pervenga al convincimento.

Altra parte della dottrina e la giurisprudenza prevalente inquadravano invece i negozi tendenti a regolare la prova o a rinunciare ai vantaggi derivanti dalla regola sull'onere della prova nella categoria degli atti dispositivi concernenti l'esercizio dell'azione, ammettendone la validità. Quest'ultima impostazione della problematica sembra quindi accolta dall'art. 2698 c.c., che limita l'efficacia degli accordi in questione ai diritti di cui le parti possono disporre.

Merita di essere ancora ricordata l'opinione secondo cui l'effettivo contenuto della norma dovrebbe essere ravvisato nella possibilità, accordata dalla legge alle parti, di stabilire convenzionalmente delle presunzioni. Occorre tuttavia precisare i diversi effetti che possono derivare dalla inversione negoziale dell'onere della prova e dalla pattuizione di una presunzione. La presunzione che un certo fatto si sia verificato, pur se rispetto al fatto specifico preso in considerazione equivale ad una inversione dell'onere della prova, può non coprire l'intero *thema probandum* e quindi non determinare gli stessi effetti collegati all'inversione dell'onere della prova, che presenta normalmente carattere più generale. In quest'ultimo caso, infatti, l'onere probatorio non riguarda il fatto determinato oggetto della presunzione ma (il fatto o) tutti i fatti che possono contribuire a formare il convincimento del giudice con riferimento all'intero oggetto della controversia.

Quanto esposto può essere chiarito contrapponendo le clausole che stabiliscono presunzioni di caso fortuito « per eventi che normalmente, in relazione ai mezzi e alle condizioni di trasporto, dipendono da caso fortuito » (art. 1694 c.c.) con un'inversione pattizia dell'onere della prova riguardante l'imputabilità dell'inadempimento. Infatti, a prescindere dal rilievo che il carattere della « normalità » dell'evento di cui all'articolo citato dovrebbe comunque rilevare come indizio del caso fortuito indipendentemente da ogni previsione pattizia di presunzione, ci sembra che l'oggetto e gli effetti della previsione relativa all'inversione dell'onere della prova *ex art.* 2698 c.c. siano più ampi, riguardando tutte le possibili cause dell'inadempimento.

La validità degli accordi in esame si desume *a contrario* per quanto concerne tutte le ipotesi non contemplate. Le parti possono quindi determinare pattiziamente l'inversione dell'onere della prova: alle ipotesi di inversione disciplinate dalla legge o praticate dalla giurisprudenza si aggiunge una fattispecie di inversione basata sulla volontà negoziale.

Maggiore difficoltà presenta la seconda ipotesi, espressamente prevista, riguardante la modificazione dell'onere. Con questa espressione poco felice, ad avviso della tesi che ci sembra preferibile, si indicano i mezzi mediante i quali la parte soddisfa l'onere della prova.

Con riferimento ad entrambe le ipotesi, la possibilità di estrinsecazione dell'autonomia privata appare conforme alle linee generali del sistema. La regola sull'onere della prova mira essenzialmente alla protezione degli interessi della parte che sfugge al rischio della prova, ed è ammesso rinunciare ad un sistema di protezione di interessi privati, sempre che siano in gioco diritti di cui i titolari possano disporre. Sotto questo profilo, anzi, il limite riguardante l'eccessiva difficoltà di esercizio del diritto potrebbe apparire non coerente con la disponibilità dei diritti, e si spiega alla luce di una preoccupazione del legislatore rispetto ad impegni che vincolano per il futuro l'esercizio del diritto, nella consapevolezza che spesso tali

Parti sulla prova
e diritto
d'azione

Presunzioni
convenzionali

Presunzioni
pattizie di caso
fortuito

Inversione e
« modificazione »
dell'onere

Principio dispositivo ed art.
2698 c.c.

limiti vengono sostanzialmente « imposti » da una delle parti. Significativa in tal senso la circostanza che clause modificatrici dell'onere della prova sono frequentemente contenute in condizioni generali di contratto. Rileva pertanto la tutela offerta dagli artt. 1341, 1469-*bis* c.c. e 33 codice del consumo (*amplius infra*, § 6), ma l'eventuale « vessatorietà » della clausola può trovare sanzione anche nella nullità prevista dall'art. 2698 c.c.

Pur con i limiti accennati e quelli che saranno esaminati in seguito (*infra*, § 6), la norma è espressione di una certa visione del processo che si manifesta in primo luogo nell'accoglimento del principio dispositivo e delle regole che da esso derivano.

La recente modifica dell'art. 115 c.p.c., che ha codificato il principio della contestazione specifica, seppure determina perplessità, soprattutto se posta in relazione alla diversa regola in tema di contumacia, risponde ad una analogia logica e ad analoghe esigenze.

Il fatto non specificamente contestato viene considerato « pacifico », e come tale può senz'altro essere posto a base della decisione, in un'ottica di accelerazione del processo civile, se non contraddetto da altre prove acquisite al giudizio.

In questo quadro, si giustifica il massimo grado di autonomia contrattuale in materia di prove per quanto concerne i diritti disponibili. Così come, per antica tradizione, il giudice civile è chiamato a decidere *secundum allegata et probata*, e quindi in primo luogo in base al materiale probatorio fornito dalle parti, allo stesso modo deve accogliersi una visione del processo in cui le regole da applicare per la ripartizione dell'onere e per la utilizzabilità di mezzi di prova, nei limiti fissati dalla legge, possono essere predeterminate dalle parti.

Il rispetto di tali regole non trasforma il giudice in una « bouche du contrat », in primo luogo perché è a lui assegnato il compito di accertare che l'accordo sulle prove sia effettivamente frutto di libero esercizio dell'autonomia contrattuale e non della prevaricazione di una parte sull'altra, inoltre per la

necessità di impedire un uso abusivo del processo ad opera delle parti. Sol tanto in caso di esclusione di tali verifiche verrebbe meno la funzione del giudice e risulterebbero tradite le finalità del processo civile.

In definitiva, come in tanti altri settori in cui si esplica l'autonomia dei privati, si pone un problema di limiti e di controllo; ed al riguardo, nonostante il trascorrere di quasi otto decenni dall'entrata in vigore del codice civile, sembra adeguata la formula dell'art. 2698 c.c., che subordina la validità dei « patti relativi all'onere della prova » non soltanto al carattere disponibile dei diritti ma anche al fatto che l'inversione o la modificazione non abbia l'effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto. Una formula che, applicata con sapienza ed equilibrio, può servire ad evitare l'abuso della parte più forte.

Tali problematiche acquistano maggiore rilevanza per il sempre più frequente ricorso a clausole contrattuali che disciplinano la ripartizione dell'onere, l'oggetto e le modalità della prova. Al riguardo è stato osservato che il contratto presenta spesso un doppio ruolo: da un lato è oggetto di prova, quando si controverte sulla sua esistenza e sul suo contenuto; dall'altro è strumento di prova e di gestione della prova, poiché può prevedere clausole aventi ad oggetto la prova [D. FERRIER, *La preuve et le contrat*, in *Mélanges M. Cabritlac*, Paris, 1999, 105 ss.].

Fatte salve alcune materie, come quella della capacità e dello stato delle persone, le parti possono modificare le regole stabilite dalla legge, ad esempio invertendo l'onere della prova, ammettendo la prova testimoniale nonostante il valore dell'oggetto oltrepassi quello fissato dalla legge (art. 2721, comma 1, c.c.), oppure prevedendo l'utilizzabilità di un documento nonostante la mancanza della sottoscrizione richiesta dalla legge.

La tesi favorevole al carattere vincolante degli accordi in esame può determinare dei dubbi, tra l'altro se si considera che le regole in materia di prova sono dirette a disciplinare la formazione del convincimento del giudice. Tuttavia, alla luce di scelte fondamentali dell'ordinamento giuridico, in primo luogo quelle che riguardano l'autonomia contrattuale e il principio dispositivo, si ammette la validità di tali accordi, i quali consentono alle parti, prima dell'eventuale processo, di limitare il rischio di prova e quindi di ottenere certezza giuridica.

A conferma di quanto sopra esposto può segnalarsi una interessante evoluzione dell'ordinamento francese. Nel *Code civil*, che non prevede una disposizione in tema di « patti relativi all'onere della prova », analoga a quella dell'art. 2698 c.c., è stato inserito l'art. 1316-2

(loi n. 2000-230 del 13 marzo 2000) che disciplina la prova elettronica facendo riferimento al criterio della verosimiglianza, ma la norma è applicabile soltanto « à défaut de convention valable entre les parties ». Inoltre, la *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* del 2016, ha consacrato in termini generali la libertà di stipulare convenzioni in materia di prove, ponendo come limite che l'accordo delle parti non incida sulle presunzioni legali né sugli effetti della confessione e del giuramento, ed ancora che non è possibile prevedere a favore di una delle parti una presunzione che non ammette prova contraria [S. PATTI, *Il nuovo diritto delle prove nel code civil*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 1361].

Le nuove norme non rappresentano peraltro una innovazione del diritto vivente, poiché la giurisprudenza francese ha costantemente riconosciuto che le norme legali in tema di prove non sono « *d'ordre public* » e che le convenzioni relative alle prove sono lecite se riguardano diritti disponibili [Cass., 8 novembre 1989, in *Dalloz*, 1990, *Jur.*, 369; in dottrina, v. V. DEPARÉ-SEBAG, *Les conventions sur la preuve*, in *La preuve*, Paris, 2004, 13 ss.]. La prescrizione legislativa conferma comunque l'opportunità di disciplinare una prassi contrattuale ormai molto diffusa ed offre altresì un preciso argomento testuale nei confronti delle critiche rivolte in passato alla giurisprudenza, soprattutto sotto il profilo della connessione esistente tra le regole in tema di prova e l'ufficio del giudice, cioè una funzione dello Stato, il cui esercizio — si dice — non dovrebbe essere influenzato da convenzioni private [per un esame critico, M. LAMOURÉUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, I, Marseille, 2006, 193 ss.].

Sul tema v. anche cap. VI, § 7.

2. *L'inversione determinata dal comportamento processuale.*

Si sostiene altresì che l'inversione dell'onere della prova possa derivare dal comportamento processuale delle parti.

Al riguardo occorre tuttavia distinguere, anzitutto, se la teoria del comportamento concludente viene richiamata per indicare un particolare modo con cui le parti pervengono all'accordo, sulla cui ammissibilità nessun dubbio può sussistere; ovvero se al comportamento concludente si fa riferimento per giustificare una modificazione della regola sull'onere basata su un negozio unilaterale, precisamente su una rinunzia della parte ad avvalersi dei vantaggi derivanti dalla regola sull'onere.

Inversione dell'onere per fatti concludenti

L'inversione « unilaterale » è generalmente ammessa in dottrina e giurisprudenza. Lo studio della giurisprudenza mostra addirittura, a prima vista sorprendentemente, che la fattispecie del negozio unilaterale è di gran lunga la più frequente, almeno con riferimento all'ipotesi dell'inversione (e non a quella della modificazione) dell'onere. Nell'individuare la ricorrenza dell'atto di rinunzia, la giurisprudenza sembra muoversi comunque con grande prudenza, affermando che per aversi inversione dell'onere della prova non è sufficiente una semplice offerta di prova da parte di chi non è onerato ma occorre l'inequivoca volontà di rinunciare ai vantaggi derivanti dall'applicazione dell'art. 2697 c.c. Le decisioni più antiche mostrano al contrario che la volontà di rinunzia è stata ammessa spesso in ipotesi in cui sarebbe stato più corretto dubitare della sua esistenza. Anche in questa materia — a prescindere dalla sua configurabilità in astratto — ci sembra pertanto possibile muovere delle critiche al frequente ricorso al negozio (tacito) di rinunzia, già manifestate con riferimento ad altri settori del diritto privato [S. PATTI, *Profilo della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 11 ss.].

Per una corretta valutazione, è necessario distinguere diverse fattispecie e in alcune di esse non deve ravvisarsi alcuna rinunzia. Può darsi che la parte intenda exceptare (un fatto estintivo o modificativo), ed allora non si ha una inversione dell'onere della prova, poiché l'onere graverà sul convenuto che — riguardo all'eccezione — si trova nella posizione di attore. Può darsi ancora che il convenuto contesti le allegazioni dell'attore e rinforzi queste contestazioni proponendo le prove della falsità delle allegazioni dell'avversario. La ragione di tale attività si spiega agevolmente se si riflette sulla finalità ultima che entrambe le parti cercano di conseguire: il convincimento favorevole del giudice. La parte non gravata dall'onere ha quindi un preciso interesse (anzi, il diritto) di contestare, provando, le affermazioni della controparte, ma da ciò non deriva alcuna conseguenza sull'eventuale applicazione dell'onere della prova quale regola di

Teoria della rinunzia tacita ed inversione « unilaterale »

Critica

giudizio. Nel caso in cui nessuna delle parti determini il convincimento del giudice, dovrà essere considerata soccombente quella gravata dall'onere, perché non ha fornito la prova delle allegazioni, contestate dal suo avversario, nonostante quest'ultimo non abbia provato le sue affermazioni.

3. *L'offerta di prova della parte non gravata dall'onere.*

Offerta di prova e assunzione d'onere
 La parte non gravata dall'onere in base all'art. 2697 c.c. può quindi dichiararsi disposta a fornire la prova dei fatti a sé favorevoli.

La giurisprudenza — come accennato — in alcune decisioni ha identificato tale offerta con una « assunzione unilaterale dell'onere », cioè con un atto di rinunzia della parte alla favorevole posizione processuale derivante dall'art. 2697 c.c. In tal modo si determina un'inversione dell'onere della prova, con le previste conseguenze sfavorevoli nel caso in cui la prova non venga fornita o risulti insufficiente.

Un siffatto negozio di rinunzia si ritiene configurabile argomentando soprattutto in base alla possibilità — riconosciuta espressamente dall'art. 2698 c.c. — che hanno le parti di modificare patteggiatamente la ripartizione dell'onere della prova. Occorre tuttavia verificare se un tale negozio venga posto in essere con la semplice offerta di prova della parte non onerata.

Offerta di prova e interesse alla prova
 Affinché ciò si verifichi, si richiede in primo luogo che l'offerta provenga direttamente dalla parte o dal procuratore al quale la parte abbia attribuito il potere di disporre dei diritti controversi, e che tali diritti siano disponibili. Si afferma inoltre che se « la parte stessa non poteva avere alcun interesse ad offrire la prova, dovrà, di regola, ritenersi che essa non abbia inteso investire, a favore della parte avversa, l'onere di provare » [L. MONTESANO, *Offerta della prova e inversione convenzionale dell'onere di prova*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 381].

Secondo la dottrina in esame, l'interesse ad offrire la prova sussiste, ad esempio, quando l'attore agendo per il risarcimento del danno sia in dubbio sulla natura — contrattuale o extracontrattuale — della responsabilità del convenuto, e prospettando entrambe le possibili costruzioni giuridiche offra la prova della colpa del convenuto. In tal caso l'interesse consiste nel far fronte all'eventuale onere (di provare la colpa) che potrebbe derivare dalla configurazione della responsabilità del convenuto come extracontrattuale.

Principio di eventuale prova
 L'interesse alla prova spiega il c.d. principio di eventuale prova, in ragione del quale la parte ha interesse — appunto — a dedurre la prova di un fatto per sfuggire a decadenza istruttoria, con riguardo all'eventualità che quel fatto assuma rilievo nel corso del processo perché dedotto o contestato da controparte nelle successive sue difese.

Gli effetti del principio sono evidenti nei riti caratterizzati da rigide barriere preclusive che impongono una definizione concentrata del *thema probandum* (così, in particolare, nel processo del lavoro).

Offerta di prova e diritto alla prova
 Ma, a ben vedere, l'interesse della parte a fornire la prova non sussiste soltanto quando essa potrebbe venirsi a trovare nella posizione di onerato, bensì in ogni caso.

Se infatti la parte, pur potendo addurre una prova favorevole, rimane inerte, lascia che sia l'altra parte a fornire le prove su cui si baserà il convincimento del giudice, mentre essa potrebbe influire su tale convincimento in senso a sé favorevole.

Potrebbe tuttavia osservarsi che, offrendo la prova, la parte si comporta in modo non conforme alla regola sull'onere, considerata quale regola di ripartizione del carico probatorio (*Beweisführungslast*). Non bisogna tuttavia dimenticare che la parte non onerata è comunque tenuta a collaborare e inoltre che ha « diritto alla prova », cioè a fornire al giudice tutti gli elementi che ritiene utili per dimostrare il fondamento della propria tesi.

In tal modo, cioè esercitando tale diritto, la parte non intende certo modificare l'onere della prova quale regola di giudizio. Se quindi il giudice, nonostante le prove fornite dalle parti, non perviene al convincimento, nessuna rilevanza può essere attribuita all'offerta di prova della parte non onerata, poiché anche intendendo tale offerta come assunzione unilaterale dell'onere — cosa di cui si deve dubitare — si rimane comunque sul piano dell'onere quale regola di ripartizione dell'attività processuale delle parti e non dell'onere quale regola di giudizio per il caso in cui il giudice non pervenga al convincimento.

Né — a nostro avviso — potrebbe affermarsi che una rinunzia ai « vantaggi » derivanti dalla regola sull'onere della prova è comunque configurabile essendo ammessi i patti sull'onere della prova.

È vero infatti — come si vedrà — che tali patti incidono, oltre che sulla ripartizione della conduzione delle prove, sull'onere della prova inteso quale regola di giudizio. Ma alla stessa conclusione non ci sembra possa pervenirsi mediante un negozio di rinunzia, che in ogni caso non può ritenersi sussistente in base alla semplice « offerta di prova ».

La parte può infatti rinunciare alla propria posizione sostanziale, tranne i casi in cui si controverrà in materia di diritti indisponibili, eventualmente quindi al diritto contrario, ma non può incidere unilateralmente sulla regola di giudizio. In tal senso la norma che prevede i patti deve ritenersi eccezionale.

La giurisprudenza, quando non ritiene configurabile un « diritto alla prova », ricollega necessariamente l'attività probatoria alla figura dell'onere, che di conseguenza risulterebbe invertito a seguito dell'offerta di prova, anche al fine di « sanzionare » la parte che ha svolto un'attività probatoria, a cui non era tenuta, che si è dimostrata infruttuosa e quindi inutile perché non ha determinato il convincimento del giudice. In caso contrario, infatti, non si pone il problema di ricorrere all'onere della prova quale regola di giudizio. Per

spiegare l'effetto sfavorevole — come sovente accade anche in altri settori del diritto privato — la giurisprudenza ricollega ad un certo comportamento il significato negoziale di un atto di rinunzia. Ma l'intento di rinunciare (ai vantaggi derivanti dalla regola sull'onere?) non può certo scorgersi in capo alla parte che — pur non essendo tenuta — offre di provare, poiché in tal modo la parte dimostra semmai un intento opposto, cioè di voler accrescere le possibilità di un giudizio favorevole.

Sulla stessa linea di pensiero si pongono le brevi considerazioni che sono servite a precisare una tesi ormai non recente, secondo cui la parte non tenuta a provare *ex art.* 2697 c.c. può influire sulla formazione del convincimento del giudice mediante dichiarazioni confessorie o fornendo con il proprio comportamento « argomenti di prova » (art. 116, comma 2, c.p.c.), mentre non potrebbe incidere sull'applicazione della regola di giudizio, offrendosi di provare fatti alla cui dimostrazione non è tenuta [G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, rist., Padova, 1966, 240 ss.]. Si deve tuttavia precisare che la parte può anche chiedere di provare fatti alla cui dimostrazione non è tenuta senza con ciò modificare l'applicazione della regola di giudizio, che trova normale applicazione, in base alla ripartizione dell'onere, se il giudice nonostante le prove fornite da entrambe le parti non perviene alla formazione del convincimento. In altri termini, occorre non confondere la regola sull'onere quale criterio di ripartizione del carico probatorio con la regola sull'onere quale criterio di giudizio per il superamento del *non liquet*.

Il giudice, quindi, può ammettere o meno, in base all'attuale giudizio di rilevanza, la prova offerta dalla parte non gravata dall'onere; ma pur quando tale prova non determina il suo convincimento, né questo si forma in base ad altri elementi, non può applicare la regola sull'onere a carico della parte che non era tenuta a provare, ritenendola quindi soccombente.

Il diverso indirizzo della giurisprudenza sembra in defi-

nitiva criticabile, perché — come accennato — se nel processo è richiesta la collaborazione delle parti al fine di facilitare il compito del giudice nella ricerca della verità, non può ammettersi una ricostruzione dell'istituto che determinerebbe gravi rischi per la parte non tenuta a provare, inducendola ad un comportamento passivo.

Risulta quindi arbitraria l'interpretazione del comportamento processuale della parte, che si assume il compito di fornire la prova, come « contegno concludente » a cui eventualmente far seguire una sanzione di autoresponsabilità processuale. La sanzione (della soccombenza nel giudizio) non può essere ricollegata al mancato raggiungimento dell'effetto a cui la parte tendeva ma soltanto all'inadempimento di un onere.

La regola legale in tema di onere della prova può essere modificata mediante un atto di autonomia privata, come si può desumere dall'art. 2698 c.c. Ma pur se si dovesse seguire la tesi secondo cui la norma in esame non esclude la configurabilità di un negozio unilaterale, occorre che tale negozio sussista effettivamente, che il contegno sia « univocamente concludente », cioè assolutamente incompatibile con la permanenza dell'onere della prova in capo alla controparte. Questo non soltanto non è il « caso normale », bensì non si verifica se la parte si limita ad offrire la prova. L'offerta di prova costituisce infatti un atto di esercizio del diritto alla prova, mediante il quale la parte cerca di influire sul convincimento del giudice riducendo in tal modo il rischio processuale.

Proprio nelle ipotesi in cui la parte non è tenuta alla prova emerge pertanto un momento di rilevanza del diritto alla prova, che non può trasformarsi in onere quando la prova offerta non conduce al convincimento del giudice.

4. *Natura ed effetti dei patti sull'onere della prova.*

Con riferimento ai patti previsti dall'art. 2698 c.c. si è discusso in dottrina se essi abbiano natura di negozi di diritto sostanziale, come tali non incidenti direttamente sulla regola di giudizio, o se viceversa essi esplichino i loro effetti esclusivamente e direttamente nell'ambito del processo.

La prima soluzione è sembrata preferibile sostenendosi che l'autonomia privata non può disporre direttamente delle regole processuali riguardanti l'operare del giudice, stabilendo quale debba essere il contenuto della pronuncia in caso di dubbio; e inoltre che, attraverso questi accordi, le parti attribuiscono una qualifica diversa da quella legale agli elementi costitutivi della fattispecie. La maggiore difficoltà o facilità della prova di fatti costitutivi, modificativi o estintivi di un diritto — si è detto — è una conseguenza che acquista autonomia rilevanza già fuori del processo, mentre la rilevanza all'interno di quest'ultimo sarebbe soltanto eventuale e indiretta. La funzione specifica dell'art. 2698 c.c. non dovrebbe quindi scorgersi nel potere concesso alle parti di stipulare patti di questo tipo, essendo ravvisabile in tale attività negoziale una manifestazione dell'autonomia privata garantita dall'art. 1322 c.c. Essa consisterebbe invece nel porre il duplice limite sopra indicato, corrispondentemente a ciò che è previsto in altri settori del diritto privato.

A tale tesi è stato obiettato che la norma risulterebbe superflua se non si riconoscesse ad essa la funzione di incidere direttamente sul processo, e che la sua rilevanza non può limitarsi all'eliminazione del dubbio relativo alla validità di patti diretti a far gravare l'onere della prova su un soggetto diverso da quello su cui incomberrebbe in virtù dell'art. 2697 c.c. Se inoltre si ammette che le parti, in base al principio dell'autonomia privata, hanno il potere di incidere sulla qualificazione degli elementi della fattispecie, la proiezione processuale degli accordi a ciò diretti risulta una logica conseguenza in un sistema dominato dal principio dispositivo. In

L'offerta di prova: esercizio di diritto, non accollo di onere

I patti sull'onere: tesi processualistica

I patti sull'onere: tesi sostanzialistica

tal senso le convenzioni sull'onere della prova vengono esattamente distinte da quelle tendenti ad attribuire valore ad alcuni mezzi di prova o ad escluderne altri oppure a dispensare da qualche formalità nell'assunzione della prova.

All'art. 2698 c.c. vengono inoltre ricondotte le convenzioni stipulate dalle parti al fine di evitare la contestazione in giudizio di determinati fatti. Da tali convenzioni nasce l'obbligo di non contestare in giudizio quanto stabilito per vero. Lo schema negoziale si avvicina quindi a quello del negozio di accertamento e sotto tale profilo la materia sembra restare fuori dall'ambito di applicazione della norma in esame.

Gli accordi sulle prove possono ancora prevedere l'esclusione di alcuni mezzi di prova. In base alla norma vigente deve ritenersi superato il dubbio circa la validità di tali patti, basato sull'osservazione che le parti invaderebbero in tal modo la sfera riservata ai poteri del giudice.

5. *Patti sull'onere della prova e forma convenzionale.*

Dal problema della prova e delle convenzioni riguardanti l'onere della prova deve essere distinto quello relativo alla forma.

Tra forma e prova sussistono certamente dei nessi: se un negozio, esistente e valido, viene fatto valere in giudizio ma non può essere provato, il giudice deve disconoscere la configurabilità dei rapporti che potrebbero derivarne, per cui le conseguenze della mancanza di prova coincidono praticamente con quelle dell'invalidità.

Tuttavia, nessuna confusione è possibile dal punto di vista teorico e da quello della disciplina legislativa. Il codice civile contiene infatti una normativa relativa alla forma, richiesta per alcune categorie di contratti, nel Capo dedicato ai « requisiti del contratto » (art. 1350); dispone quindi che se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determi-

nata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo (art. 1352).

Nell'art. 2698 c.c. sono invece previsti dei limiti all'autonomia privata, sottraendo in parte la materia della prova al potere di disposizione dei privati. Mentre quindi nel nostro ordinamento si ritiene vigente il principio generale della libertà di forma, come è stato incisivamente osservato, « il diritto probatorio ignora il principio generale della libertà di forma » [R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, 3ª ed., Torino, 2004, 707].

Peraltro, al di là degli stessi limiti espressamente previsti (si veda l'art. 2721 c.c.), l'impossibilità per i privati di modificare la disciplina delle prove è stata fatta discendere dalla natura strumentale di questa rispetto alle posizioni sostanziali: l'autonomia privata può incidere sull'aspetto sostanziale del rapporto, ma non invece — o comunque soltanto nei limiti ammessi — sulla vicenda processuale.

Ancora, a prescindere dai termini adoperati, occorre distinguere le previsioni relative alla forma da quelle relative alla prova, facendo riferimento alle conseguenze: una clausola secondo cui « un contratto deve essere provato per iscritto » (art. 2725 c.c.) riguarda solo in apparenza unicamente la prova. In realtà, escludere ogni prova diversa da quella documentale equivale a negare che il negozio stipulato in forma diversa possa essere fatto valere in giudizio, e quindi escludere che esso sia idoneo a porre in essere un nuovo regolamento di interessi, munito di tutela giuridica.

Il patto riguardante la prova finisce quindi per acquistare la rilevanza di una forma convenzionale. L'esplicazione dell'autonomia privata conosce in tal modo una vicenda parallela a quella delle disposizioni legali che impongono l'atto pubblico o la scrittura privata: in definitiva la forma si considera richiesta per la validità e non soltanto per la prova del negozio.

Patto probatorio e negozio di accertamento

Esclusione patto di singoli mezzi

Prova e forma: nessi e distinzione

Libertà di forma e diritto delle prove

Patto probatorio, forma convenzionale

Limiti di validità del patto sull'onere

6. I limiti.

L'art. 2698 c.c. precisa i limiti dell'autonomia privata nella materia in esame.

I patti relativi all'onere della prova sono nulli se riguardano diritti indisponibili. Sono altresì nulli se le parti escludono o limitano l'esercizio dei diritti oltre il confine segnato dalla « eccessiva difficoltà » dell'esercizio stesso.

In ogni caso — come si è detto — mediante i patti probatori le parti possono incidere sulla valutazione delle prove e sul convincimento del giudice soltanto indirettamente, cioè mediante il risultato della loro attività negoziale e processuale, ma non possono farne oggetto di una regolamentazione convenzionale.

Dritti indisponibili

Per quanto riguarda il limite relativo alla indisponibilità dei diritti non si pongono problemi specifici. Deve tuttavia essere respinta l'opinione secondo cui, essendo vietato alle parti invertire l'onere della prova quando si controverte su diritti sottratti al loro potere di disposizione, « a maggior ragione la stessa inversione non deve derivare dal comportamento del procuratore che non può disporre dei diritti in contesa... con manifestazioni di volontà dispersive per le quali gli faccia difetto il potere di rappresentanza » [L. MONTESANO, *Offerta della prova*, cit., 371]. A ben vedere, si tratta infatti di due problemi diversi: nel primo caso il limite deriva dalla natura dei diritti (indisponibili); nel secondo caso il limite al potere del rappresentante discende eventualmente dal difetto di procura, e come tale potrebbe riguardare anche diritti disponibili.

Eccessiva difficoltà d'esercizio del diritto

Per quanto concerne il limite relativo alla « eccessiva difficoltà » dell'esercizio del diritto, occorre in primo luogo considerare che, come in altri settori del diritto privato, l'autonomia negoziale in materia di convenzioni probatorie può determinare imposizioni del contraente più forte nei confronti del più debole. Ciò spiega la previsione in esame, ma

altresì, più in generale, lo sfavore con cui la legge guarda a tali manifestazioni dell'autonomia privata: sfavore che alcuni augurerebbero più accentuato.

Peraltro, il secondo limite fissato dall'art. 2698 c.c. serve a completare un sistema di garanzie che trova una precisa espressione in numerose norme del codice civile, tendenti a non fare venire meno il senso di responsabilità di un contraente nei confronti dell'altro, consentendo un comportamento indifferente rispetto alla finalità stessa del contratto. Si devono anzitutto richiamare le norme che considerano inammissibili i patti di esonero o di limitazione della responsabilità (ad esempio, art. 1229 c.c.), ma in tale contesto rilevano anche le norme che prescrivono la correttezza e la buona fede (artt. 1175, 1366, 1375 c.c.) e soprattutto quella in tema di decadenza convenzionale (art. 2965 c.c.), che già nella lettera e nella struttura maggiormente si avvicina alla disposizione dell'art. 2698 c.c.

Nell'applicazione della regola in tema di decadenza convenzionale, la determinazione del limite deve farsi caso per caso, tenendo conto delle circostanze concrete e della natura dell'atto da compiere. Il riferimento alle circostanze del singolo caso ci sembra essenziale anche ai fini dell'art. 2698 c.c., ma la pressoché totale mancanza di precedenti giurisprudenziali in argomento impedisce di offrire indicazioni più dettagliate. Può osservarsi tuttavia che, mentre in base alla norma in tema di decadenza convenzionale l'eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto deve essere valutata soprattutto in base ad un criterio temporale, l'eccessiva difficoltà di fornire la prova può dipendere da molteplici fattori, quali l'accesso ai dati di fatto, il costo di determinati accertamenti, ecc. Soltanto una valutazione complessiva, che tenga conto di ogni aspetto della vicenda, consente pertanto una interpretazione della norma coerente con i principi e le finalità del processo civile alla luce del dettato costituzionale.

Inoltre, analogamente a quanto in genere affermato con riferimento alla decadenza convenzionale, il criterio per va-

Valutazione casistica

Valutazione obiettiva

lutare l'eccessiva difficoltà presenta carattere oggettivo, e quindi prescinde dall'accertamento dell'eventuale malafede di una delle parti o dell'errore dell'altra.

Il problema di un adeguato controllo si presenta frequentemente quando il « patto » è contenuto in condizioni generali di contratto, già in considerazione della normale « imposizione » del regolamento contrattuale da parte del predisponente o dell'utilizzatore. Soprattutto in questa materia ci sembra pertanto da favorire una interpretazione tendente ad ampliare l'ambito di applicabilità della norma: l'espressione « eccessivamente difficile » non deve necessariamente indicare una difficoltà che rasenta l'impossibile, ma una difficoltà che oltrepassa quella di solito sopportata da chi deve fornire la prova. Ciò, a nostro avviso, si verifica di regola nei rapporti tra imprenditore e consumatore, in quanto la complessità dei procedimenti produttivi, la vastità dell'organizzazione e gli altri fattori di squilibrio esistenti tra le parti contraenti rendono comunque più difficile, di quanto non avvenga nei rapporti tra parti poste in posizione sostanzialmente paritaria, l'attività probatoria dell'aderente. Nell'ipotesi di patiti modificativi contenuti in condizioni generali di contratto, in definitiva, dovrebbe ritenersi *in re ipsa* l'eccessiva difficoltà di cui all'art. 2698 c.c., secondo una prospettiva parzialmente accolta — nei termini della presunzione relativa di vessatorietà — dall'art. 33, comma 2, lett. 4, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo).

Limiti particolari si riscontrano, inoltre, in norme dedicate a materie specifiche. Così, ad esempio, l'art. 1694 c.c., in tema di responsabilità del vettore, restringe la portata dell'art. 2698 c.c., ammettendo la validità delle clausole che stabiliscono presunzioni di caso fortuito soltanto per « eventi che normalmente, in relazione ai mezzi e alle condizioni del trasporto, dipendono da caso fortuito ». Mediante siffatte clausole le parti invertono l'onere probatorio disciplinato nel-

l'art. 1693 c.c., secondo cui il vettore è responsabile se non prova che la perdita o l'avaria delle cose consegnategli per il trasporto è derivata da caso fortuito.

Si pone infine il problema di distinguere l'ambito del negozio di accertamento, come tale consentito alle parti, dalle convenzioni relative alle prove, soggiacenti ai limiti suddetti. Storicamente le due figure hanno conosciuto momenti di contatto, per certi versi ineliminabili, ma anche di confusione. A ben vedere, tuttavia, i patiti relativi alle prove non riguardano la verità del fatto, il cui accertamento è comunque rimandato al giudice, quanto la regolamentazione di una futura (ed eventuale) attività probatoria.

In ogni caso, sembra potersi individuare nel nostro ordinamento l'esistenza di un principio generale, ricavabile anche dall'art. 2698 c.c., secondo cui non può escludersi *a priori* la possibilità di esercizio del diritto. Qualsiasi manifestazione dell'autonomia privata idonea a comportare tale impossibilità cadrebbe quindi sotto il divieto legislativo. L'autonomia delle parti può esplicarsi soltanto entro i limiti che derivano dalla concreta possibilità di esercizio del diritto.

7. Altre ipotesi di convenzioni probatorie.

Le convenzioni probatorie possono anche riguardare norme diverse dalla disposizione generale dell'art. 2697 c.c., aventi tuttavia parimenti ad oggetto la ripartizione dell'onere della prova, direttamente o attraverso la disciplina di presunzioni *iuris tantum*.

Ad esempio, come è stato osservato, deve ritenersi ammissibile la deroga convenzionale alla « presunzione di proprietà indivisa » prevista nell'art. 219, comma 2, c.c., in base al quale i beni di cui nessuno dei coniugi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi.

Tutela dell'aderente e del consumatore

Art. 2698 c.c. ed accertamento negoziale

Art. 2698 c.c. ed effettività dei diritti

Art. 2698 c.c. e art. 1694 c.c.

Patto in deroga alla presunzione ex art. 219 c.c.

Anche in tali ipotesi sussistono i limiti all'autonomia privata stabiliti dall'art. 2698 c.c. Si richiede inoltre una rigorosa valutazione dell'effettiva sussistenza della volontà nel caso della c.d. inversione unilaterale dell'onere della prova in seguito a « rinunzia ai vantaggi » che deriverebbero dalle norme sulla ripartizione dell'onere o sulle presunzioni.

Bibliografia.

« Contratti processuali »

1. Nel senso che le parti — oltre i limiti segnati dall'art. 2698 c.c. — non possono alterare il regime legale dell'onere probatorio, né introducendo inversioni, né modificandone il contenuto, G. DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, 6 ss.

Nella dottrina tedesca, particolarmente attenta al tema dei « contratti processuali », in senso favorevole all'ammissibilità dei patiti relativi all'onere della prova, R. SACHS, *Die Beweisverträge*, in *ZZP*, 54, 1929, 409 ss.; H.-J. HELWIG, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Bonn, 1978, 88 ss. La trattazione più approfondita si deve a G. WAGNER, *Prozessverträge*, Tübingen, 1998.

Sotto la vigenza del codice civile abrogato, i patiti probatori in tema di responsabilità erano stati analizzati da (A.) LEFÈVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clause di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nat.*, 1939, 176 ss.

Per la validità degli accordi probatori nel codice civile vigente, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, 298, secondo il quale la volontà delle parti è abilitata a distribuire diversamente, rispetto all'art. 2697 c.c., ad invertire e anche ad aggravare l'onere della prova, purché sia in questione un interesse individuale. V. anche T. M. PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, 57 ss., la quale ritiene che il riferimento, poco meditato, all'art. 2698 c.c. per i patiti trovi la sua spiegazione nella tradizione tedesca. M. MARINELLI, *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, sub art. 2698, Milano, 2016, 335 ss. Ma v. già ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 290; C. PUNZI, *Clause contrattuali in previsione di future controversie e innovazione finanziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1 ss.

Con riferimento all'ordinamento francese, per la validità dei patiti di inversione dell'onere discendente dal carattere dispositivo delle norme sulle prove, v. già J. CHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ª ed., Paris, 1994, 446.

Per la tesi secondo cui la regola sull'onere della prova costituisce un sistema di protezione di interessi privati, cui la parte può rinunciare ove siano in gioco diritti disponibili, L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*, 5ª ed.,

München-Berlin, 1965, 86 ss.; V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 28; J. CHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, cit., 460 s.

Per l'inquadramento dei negozi probatori nella categoria degli atti dispositivi concernenti l'esercizio dell'azione, ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 289, nota 2; per il loro « carattere sostanziale », S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 9ª ed., Padova, 1981, 255. Insiste sul carattere « sostanziale e pre-processuale » dei patiti probatori L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 312, osservando che essi normalmente intendono definire un certo assetto sostanziale del rapporto per il caso di controversia, piuttosto che orientare il giudice verso la decisione più razionale in punto di fatto.

In dottrina è stato sostenuto che i patiti in esame devono rivestire la forma scritta (DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, cit., 47, nota 82), ma nel silenzio della legge si può dubitare dell'esattezza di tale tesi.

Sembra acquisita la distinzione tra accordi tendenti a limitare la libera valutazione delle prove da parte del giudice, come tali inammissibili, e accordi che prevedono una disciplina per l'ipotesi in cui il giudice, a seguito di tale valutazione, non pervenga al convincimento: SACHS, *Die Beweisverträge*, cit.; ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 87; E. SCHNEIDER, *Die Beweiswürdigung im Zivilprozess*, in *MDR*, 1965, 881. Nella nostra dottrina, soprattutto R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 412, nota 45: « il nuovo codice civile riconosce ... la validità dei patiti di inversione (art. 2698) e ne risulta dimostrato che i principi del rischio per la mancata prova sanciscono semplici conseguenze giuridiche delle iniziative delle parti e del giudice in tema di prove; ossia, dispongono di situazioni giuridiche poste a vantaggio delle parti, e non dell'attività del giudice »; ma anche MICHELLI, *L'onere della prova*, cit., 246 s., il quale critica la tesi (sostenuta da F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 751 s.) volta ad ammettere una disciplina convenzionale della valutazione delle prove.

Problema analogo si pone con riferimento agli accordi diretti a stabilire la necessità di provare i fatti noti. Negando l'ammissibilità di tali patiti, è stato osservato che in questo caso non è in gioco l'interesse dei litiganti ma l'interesse pubblico a che l'attività dello Stato non sia impiegata inutilmente: G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, rist., Napoli, 1965, 595, nota 1; in senso negativo anche E. AUORO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 371.

Natura

Forma

Patto sulla prova e libertà del giudice

Patto sulla prova e fatti noti