



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

TESI DI DOTTORATO
IN DIRITTO CIVILE, SOCIETARIO E INTERNAZIONALE
(XXX CICLO)

ONERE DELLA PROVA E INVERSIONI:
TRA BILANCIAMENTO DI INTERESSI E
PRINCIPIO DI VICINANZA

TUTOR
Chiar.mo Prof. Angelo Dondi
Chiar.mo Prof. Alberto M. Benedetti

CANDIDATO
Dott.ssa Laura Antoniotti

*There is no such source of error
as the pursuit of truth*

(Samuel Butler)

INDICE-SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	p. 1
---------------------	------

CAPITOLO PRIMO

ELABORAZIONE DELLA REGOLA DELL'ONERE DELLA PROVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. L'onere della prova: ragioni di una scelta tematica	p. 3
2. La disciplina dell'istituto fino al <i>Code Napoléon</i>	p. 10
3. La codificazione preunitaria ed il Codice del 1865	p. 17
4. Elaborazione dell'art. 2697 c.c. e relativo dibattito dottrinale	p. 22
5. Il problema: ricerca di una <i>ratio</i> giustificativa "comune"	p. 29

CAPITOLO SECONDO

"MODIFICAZIONI" LEGISLATIVE DELL'ONERE DELLA PROVA: LE COSIDDETTE INVERSIONI LEGALI

1. Rilievi introduttivi: lo strumento presuntivo	p. 35
2. Presunzioni <i>iuris tantum</i> , qualificazione giuridica del fatto e onere della prova	p. 41
3. Il caso dell' <i>exceptio non numeratae pecuniae</i>	p. 48
4. Due fenomeni di "modificazione" legislativa solo apparentemente simili: a) presunzioni relative	p. 51
5. <i>Segue</i> . b) norme particolari di ripartizione dell'onere della prova	p. 57
6. Il regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c.	p. 65
7. Apparenti presunzioni (di colpa) in materia di responsabilità extracontrattuale	p. 71
8. "Modificazioni" legislative dell'onere della prova e diritto di difesa	p. 84

CAPITOLO TERZO

“MANIPOLAZIONI” GIURISPRUDENZIALI DELL’ONERE DELLA PROVA

1. Vastità del meccanismo presuntivo: presunzioni legali, semplici e giurisprudenziali p. 89
2. La presunzione muciana p. 95
3. Altre ipotesi di “manipolazione” giurisprudenziale dell’onere della prova p. 100
4. Verosimiglianza e probabilità: il fenomeno della c.d. prova *prima facie* p. 109
5. *Segue*. Valutazione delle prove, libero convincimento e regola di giudizio *ex art. 2697 c.c.* p. 117
6. Ulteriori considerazioni sulle “manipolazioni” giurisprudenziali p. 123

CAPITOLO QUARTO

IL PRINCIPIO DI VICINANZA DELLA PROVA (*EL ARTICULO 217. 7 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL*)

1. Rigidità vs. elasticità nell’applicazione dell’art. 2697 c.c. p. 129
2. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 13533/2001: il principio di vicinanza della prova p. 135
3. *El articulo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el principio de disponibilidad y facilidad probatoria* p. 143
4. Tendenze giurisprudenziali e percorsi normativi di protezione del soggetto debole p. 157
5. Azioni di accertamento negativo e riparto probatorio p. 171

CAPITOLO QUINTO

AUTONOMIA PRIVATA, CONDOTTA PROCESSUALE E PATTUZIONI SULL'ONERE PROBATORIO

1. Processo e autonomia privata: i limiti di validità dell'art. 2698 c.c. p. 183
2. La «non eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto»: una norma (d'avanguardia) a protezione del soggetto debole? p. 190
3. Inversione unilaterale dell'onere della prova p. 196
4. Mancata contestazione specifica del fatto: ripercussioni sulla decisione della controversia p. 202
5. Strategia difensiva e “gestione” del rischio probatorio p. 212

Conclusioni p. 221

Bibliografia p. 229

Introduzione

La presente ricerca ha a oggetto un tema che da sempre affascina e mette a confronto i giuristi: l'individuazione di una *ratio* "comune" che giustifichi la funzione della regola probatoria *ex art. 2697 c.c.* al pari delle numerose "eccezioni" che il dettato codicistico ed il formante giurisprudenziale mostrano.

Come noto, alla luce del divieto di *non liquet*, il giudice è tenuto a decidere la controversia anche nell'ipotesi in cui al termine del giudizio, esaurita la fase d'istruzione probatoria, permanga il dubbio sul reale accadimento dei fatti. In simili ipotesi, la regola di cui all'art. 2697 c.c. consente – o, meglio, impone – al giudice di pronunciare sentenza a sfavore della parte che, essendone gravata, non è stata in grado di assolvere i propri oneri probatori. Ebbene: quali siano le ragioni di politica del diritto che giustificano tale scelta è ciò che la presente ricerca si prefigge d'indagare.

Del resto, la circostanza che fin dai tempi dell'antico processo romano l'onere della prova gravi in prima battuta sull'attore, tenuto a dimostrare i fatti a fondamento della propria domanda, non pare casuale. Al contrario, addossare anzitutto a costui le conseguenze della mancata prova sembra esprimere una logica razionale e di buon senso. In linea di principio, infatti, pare ragionevole ritenere che chi agisce in giudizio vantando un diritto sia in grado di dimostrare le circostanze fattuali che costituiscono le ragioni giustificative della domanda. Ciò in quanto tali circostanze dovrebbero essere a lui "più vicine" e, come tali, più facili da provare.

Talvolta, tuttavia, può accadere l'opposto: l'attore contesta un comportamento altrui, ossia fatti che non appartengono alla propria sfera di organizzazione e controllo e, dunque, più difficili da conoscere prima ancora che da provare. In simili ipotesi, una rigida applicazione della regola dell'onere della

prova presenta il rischio di occasionare decisioni affette da un serio *deficit* in termini di giustizia ed equità. Legislatore e giurisprudenza intervengono allora a “modificare” e “manipolare” la regola generale *ex art. 2697 c.c.*, affinché la distribuzione dell’*onus probandi* o, meglio, del rischio della mancata prova, risulti maggiormente rispondente alle peculiarità ed alle esigenze del caso concreto.

L’analisi dei numerosi interventi “adeguatori” del carico probatorio tra le parti all’interno del processo – come detto – sarà condotta mettendo in rilievo il profilo teleologico. Scopo della tesi sarà, infatti, verificare se i diversi fenomeni di “modificazione” e “manipolazione” della regola di cui all’art. 2697 c.c. siano manifestazione di un unico e più generale principio, espressione di un attento bilanciamento di interessi, in un’ottica di vicinanza della prova. Un principio rispondente a una logica equitativa di riequilibrio tra esigenze concrete delle parti, per definizione in conflitto.

Di qui il titolo «*Onere della prova e inversioni: tra bilanciamento di interessi e principio di vicinanza*».

CAPITOLO PRIMO

ELABORAZIONE DELLA REGOLA DELL'ONERE DELLA PROVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. L'onere della prova: ragioni di una scelta tematica. – 2. La disciplina dell'istituto fino al *Code Napoléon*. – 3. La codificazione preunitaria ed il Codice del 1865. – 4. Elaborazione dell'art. 2697 c.c. e relativo dibattito dottrinale. – 5. Il problema: ricerca di una *ratio* giustificativa "comune".

1. *L'onere della prova: ragioni di una scelta tematica*

L'istituto dell'onere della prova è tanto risalente da risultare ormai una questione, e per certi versi un problema, connesso non solo alla cultura del processo, ma anche profondamente radicato nella coscienza comune. Già nel Digesto troviamo il noto brocardo: «*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*»¹. E del resto – se ne darà conto – una regola analoga risulta seguita anche dalla prassi giurisprudenziale romana più antica. Non trattandosi però, a ben vedere, di un dato fattuale oggettivo, né di un assioma incontrovertibile, viene da chiedersi quali siano le ragioni dell'esistenza – dunque la funzione – di tale istituto e, prima ancora, quale significato si celi dietro l'espressione «onere della prova».

A tal proposito, sembra opportuno chiarire anzitutto che il concetto generale di onere, elaborato dagli studiosi del diritto civile e poi trasferito nel campo del processo, si inserisce nel novero delle «situazioni giuridiche soggettive». Il merito di aver elevato il concetto di onere a «categoria generale del diritto» va riconosciuto a Carnelutti².

¹ Cfr. D. 22, 3, 2, *Paulus libro sexagesimo nono ad edictum*.

² Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, *passim*. Doveroso precisare che già in precedenza BETTI aveva studiato la figura dell'onere nell'ambito del diritto romano (ID., *Diritto romano: parte generale*, Padova, 1935, 411 ss.), di quello processuale (ID.,

Nella sua sistematica, l'autore distingue tre diverse situazioni giuridiche soggettive che possono essere viste come tre diversi modi di gerarchizzare interessi. La prima, la «soggezione», definita come impossibilità di agire, ossia di determinare da sé la propria condotta, nega la possibilità al soggetto di perseguire un qualsiasi interesse; la seconda, l'«obbligo», si risolve nella impossibilità di svolgere il proprio interesse; la terza e ultima, l'«onere», è subordinazione di un interesse dell'onereato (non, come avviene nell'obbligo, a vantaggio di un interesse altrui, ma) in favore di un altro interesse proprio³.

Con specifico riferimento alla situazione dell'onere, può subito rilevarsi come essa rappresenti l'espressione massima della libertà di scelta riconosciuta al soggetto nell'orientare la propria condotta in relazione al fine perseguito. Al soggetto onereato, infatti, è rimessa la decisione di sacrificare un proprio interesse a vantaggio di un altro interesse proprio, evidentemente giudicato più importante. Questo, in sintesi, il concetto generale di onere; occorre però chiedersi quale significato assuma tale concetto nel mondo del processo.

Lì trasferita, la nozione di onere dovrebbe indicare l'azione – processuale, appunto – che la stessa parte compie per realizzare un (suo) proprio interesse. Se così è, allora, la parte chiamata a fornire la prova dovrebbe risultare soccombente ogni qualvolta «la prova medesima non è acquisita per effetto della sua propria attività processuale»⁴.

Diritto processuale civile italiano, 2^a ed., Roma, 1936, 125, 420 e 445 ss.), nonché di quello privato (ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 101 ss., 117 ss.), senza tuttavia darvi una configurazione interdisciplinare compiuta, se non occasionalmente nella voce *Dovere giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, XIV, 57-58.

³ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 158-162. La tripartizione carneluttiana delle situazioni giuridiche soggettive è criticata da RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Annali della R. università di Macerata*, XII, Talentino, 1938, 15 ss., il quale sostiene che «solo l'obbligo è rilevante nell'ordinamento giuridico in quanto il vincolo alla volontà dell'obligato è imposto nell'interesse di un altro soggetto. Per l'onere dunque non vi sarebbe posto nei rapporti giuridici, appartenendo esso per natura alla sfera interna dello stesso soggetto cui è imposto dagli impulsi della propria economia individuale».

⁴ Così SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 399. In prospettiva analoga, v. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico. (Obbligo, onere)*, Napoli, 1973, 78, che esclude la ricorrenza della figura dell'onere quando il conseguimento dell'interesse non dipende necessariamente dal compimento dell'atto di esercizio.

Occorre tuttavia ricordare che nel nostro ordinamento giuridico vige il principio dell'acquisizione processuale, in forza del quale il giudice può tener conto delle prove favorevoli alla parte anche quando provengono dall'altra o da un terzo intervenuto⁵. Nell'ambito del processo – si è pertanto osservato – sarebbe forse più corretto parlare, anziché di «onere della prova», di «rischio della mancata prova» a carico di una parte, in quanto il mancato soddisfacimento della prova non determina l'automatico rigetto della domanda, ma il per così dire semplice aumento del rischio che ciò avvenga⁶.

A sostegno della tesi che con riferimento al mondo del processo e, precisamente, alla fase di istruzione probatoria, l'utilizzazione del termine onere risulterebbe impropria, può aggiungersi un ulteriore rilievo. Si tratta del fatto che, mentre su un piano generale l'espressione pare alludere alla necessità (pratica) che il titolare del potere lo eserciti per ottenere un effetto favorevole, in rapporto alla prova, invece, essa sembra indicare la mera convenienza di tenere un certo comportamento. Ciò in quanto, diversamente dall'ipotesi precedente, offrire la prova di un fatto non rappresenta l'«unico mezzo per conseguire il risultato favorevole» derivante dal suo accertamento, pur costituendone il principale elemento di realizzazione⁷.

Bisogna inoltre considerare che, capovolgendo l'angolo di visione tradizionale, sembra persino possibile intendere la situazione dell'onere come aumento della probabilità di dimostrazione delle proprie ragioni; e, in definitiva, di vittoria della controversia. A ben vedere, infatti, l'onere attribuisce alla parte il

⁵ Il principio di acquisizione indica che la prova, una volta acquisita al processo, è sottratta alla disponibilità di parte; ciò significa che da quel momento in poi tale prova non potrà sfuggire al vaglio del giudice e servirà all'accertamento dei fatti di causa, anche a svantaggio della parte che l'ha introdotta. Per l'enunciazione del principio in dottrina v., fra i molti, CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 132 ss.; TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 15; LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2009, I, 234 e II, 122. In giurisprudenza v., ad es., Cass. 9 giugno 2008, n. 15162; Cass. 2 febbraio 2006, n. 2285; Cass. 25 settembre 1998, n. 9592.

⁶ Cfr. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 402.

⁷ Cfr. PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2015, 50-51.

potere di rafforzare i presupposti giuridici per il conseguimento di un effetto – parimenti giuridico – a sé favorevole. In altri termini, pare realizzarsi un'accentuazione dell'aspetto del potere (attivo) rispetto a quello del dovere (passivo)⁸.

Del resto, è stato sostenuto che, a differenza di quelli categorici, gli imperativi ipotetici della nota teoria kantiana solo in apparenza integrano norme di comando⁹. Ciò sulla base della considerazione che il comportamento non viene imposto al soggetto in modo assoluto, ma comandato solo in quanto il destinatario voglia raggiungere un certo scopo; e cioè vincere o, quantomeno, evitare di soccombere¹⁰.

Ancora, è bene ricordare che secondo Carnelutti la differenza fra obbligo e onere risiede nel fatto che mentre al primo corrispondono due figure ulteriori, quella dell'atto dovuto e quella dell'atto illecito, al secondo, invece, si ricollega la sola figura dell'atto necessario. Pertanto – conclude il giurista – «la pietra di paragone per distinguere fra obbligo ed onere sta nel vedere se la violazione del precetto possa o non definirsi come atto illecito»¹¹.

In prospettiva analoga, neppure può dimenticarsi che la nozione di onere è stata considerata, in relazione alle sanzioni connesse alla sua osservanza o

⁸ Assumendo questo punto di vista, nonostante il tenore letterale, l'imperativo «deve» di cui all'art. 2697 c.c. va inteso quanto meno come «dovrebbe», se non come «può».

⁹ Cfr. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913, 71 ss. La teoria dell'A. è riassunta da GAVAZZI, *L'onere tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1985, 37.

¹⁰ BRUNETTI, *ult. op. loc. cit.*, analizzando il rapporto fra mezzi e fini, distingue norme imperative e norme non imperative o regole tecniche o finali; regole cioè che non obbligano in senso assoluto, ma si limitano a indicare i mezzi necessari per raggiungere un dato fine. Si tratta di regole di condotta, suscettibili di essere osservate o meno, ma mai violate. Tale teoria è criticata da RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., 13 ss. Secondo l'A., il carattere essenziale di tutte le regole giuridiche è la bilateralità, ossia il rapporto di alterità fra due o più soggetti di cui la norma ne regola il comportamento. La regola finale difetta di tale carattere poiché considera un solo soggetto; di conseguenza la regola finale non è regola giuridica.

¹¹ Così CARNELUTTI, *op. cit.*, 162. Si confronti pure dello stesso autore *Lezioni*, II, n. 128, ove si legge che «la differenza (tra onere e obbligo) si fonda sulla diversa sanzione comminata a chi non compie un atto: obbligo vi è solo quando l'inerzia dia luogo alla sanzione giuridica (esecuzione o pena); se invece l'astensione dall'atto fa perdere soltanto gli effetti utili dell'atto medesimo, qui ricorre la figura dell'onere. In fondo la distinzione tra onere e obbligo corre sul filo della antitesi kantiana tra imperativo ipotetico e imperativo categorico».

inosservanza, come una specifica tecnica giuridica di controllo sociale¹². È stato infatti osservato che, posta la connotazione tradizionalmente negativa del termine sanzione, nell'ambito del diritto civile essa può assumere, in una logica di generale conservazione, una funzione riparativa. In tale ambito, grazie alle sue conseguenze positive per l'osservanza e negative per l'inosservanza, l'onere svolgerebbe, dunque, al contempo una funzione conservativa e una promozionale¹³. In altri termini, tratta di una nozione dotata di estrema duttilità, in quanto rappresenta da un lato un elemento di libertà per il singolo, dall'altro uno strumento di controllo sociale per l'ordinamento giuridico.

Dato conto delle difficoltà legate ai tentativi di prospettare una definizione del complesso e variegato concetto di onere, sia a livello generale sia con particolare riferimento allo scenario del processo, ciò che si intende indagare – e che costituirà oggetto specifico del presente lavoro – sono le funzioni esplicate nei casi concreti dalla regola dell'onere della prova.

A tal fine è utile anticipare che, in base alla tesi di Micheli condivisa dalla prevalente dottrina, la *ratio* della regola dell'onere della prova è evitare il *non liquet*; il giudice è così tenuto a decidere in ogni caso, e dunque anche ove la ricostruzione delle circostanze fattuali sia dubbia o lacunosa¹⁴. Se scopo del processo è assicurare la certezza dei rapporti e degli stati di fatto, occorre che l'organo giurisdizionale si pronunci anche quando mancano gli elementi di fatto necessari per formare il proprio convincimento¹⁵.

Il perseguimento di questo obiettivo impone al legislatore di predisporre strumenti che consentano al giudice di emettere sempre e comunque un

¹² Il riferimento è a GAVAZZI, *op. cit.*, 145. Il concetto di «controllo sociale» è stato notoriamente teorizzato da ROSS, *Social control*, New York, 1901, *passim*.

¹³ Cfr. ancora GAVAZZI, *op. cit.*, 162-165.

¹⁴ Cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 151 ss. Aderiscono a tale impostazione, ad es., BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 395 ss.; CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 122 ss.; DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 31 ss.

¹⁵ Cfr. MICHELI, *op. cit.*, 5.

provvedimento. Strumenti tra i quali assumono, appunto, un ruolo fondamentale le regole probatorie e, *in primis*, il principio dell'onere della prova.

Occorre tuttavia dare atto che, secondo un orientamento minoritario, quella descritta sarebbe un'individuazione solo parziale della funzione della regola qui in esame, che non risolve il problema di stabilire se il giudice debba trattare come esistenti o inesistenti i fatti non provati¹⁶.

Scriva Verde: «l'esigenza della regola di giudizio nasce non dal bisogno di autorizzare il giudice a decidere nel merito anche in caso di incertezza sul fatto, ma dalla convinzione che sia necessaria un'apposita regola per rendere possibile al giudice di pronunciare il rigetto delle richieste i cui presupposti di fatto non siano provati». In tale prospettiva, il principio dell'*onus probandi* sembra rappresentare la «conseguenza di una scelta di civiltà, giacché proibisce al giudice di dare per esistenti fatti di cui non gli sia stata offerta prova piena e convincente»¹⁷. Una considerazione, questa, su cui occorrerà riflettere, posto che pare suggerire come nella disposizione cardine in materia di prova trovi espressione una componente razionale del processo moderno: evitare di dare per esistente un fatto dubbio.

Ciò osservato, prima di intraprendere un percorso teso ad individuare le ragioni che si celano dietro la ripartizione dell'onere della prova fra le parti nell'ambito del processo civile, paiono necessarie due ulteriori premesse.

Anzitutto, per quanto concerne la distribuzione del carico probatorio, è bene dare atto che quello italiano è un sistema basato sul rapporto regola-eccezione. Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 2697 c.c., la prova spetta in prima battuta all'attore, il quale è tenuto a provare solo i fatti costitutivi del diritto; non, invece, a dimostrare (anche) la mancanza di fatti impeditivi, modificativi o

¹⁶ Il riferimento è a VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974, 26 ss.

¹⁷ Così VERDE, *op. cit.*, 27.

estintivi. Quali siano le ragioni di una simile distribuzione è problema ampiamente dibattuto e ancora irrisolto, sul quale si soffermerà l'attenzione¹⁸.

Secondariamente, con riferimento all'individuazione del soggetto cui il principio dell'onere della prova si rivolge, è opportuno precisare che, seppur in apparenza esso sembri dirigersi alle parti, il vero destinatario è, invece, il giudice¹⁹.

In una simile ottica, parte della dottrina ha evidenziato che la regola di giudizio basata sull'onere della prova costituisce un punto fondamentale per intendere il processo, la sua funzione, e il ruolo del giudice²⁰. Più nel dettaglio, è stato affermato che preconfigurare un criterio standardizzato di risoluzione dei conflitti d'interesse in caso di dubbio equivale, di fatto, ad attribuire al giudice (solo) potere di porre termine a una controversia. Uno schema, questo, non sempre soddisfacente ogniqualvolta si veda nella sentenza uno strumento di verità e giustizia del caso concreto²¹.

Inoltre, è stato rilevato che una rigida adesione a un simile criterio pare condurre al risultato di lasciare nel merito del tutto immutata la situazione preesistente, in una logica di conservazione dello *status quo*.

¹⁸ Secondo PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2793*, cit., 144 ss., ad es., le modalità distributive di cui all'art. 2697 c.c. sono riconducibili ad esigenze di semplificazione quantitativa e qualitativa: l'onere della prova viene dunque circoscritto e posto in capo al soggetto che risulta più facilmente in grado di soddisfarlo.

¹⁹ A tal proposito, VANZ, *Onere della prova e vicinanza della prova nelle liti IP*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, 175, n. 5, rileva come «l'enfaticizzazione del ruolo delle parti nella ripartizione dell'onere della prova comporta l'incompletezza descrittiva del fenomeno». Ciò in quanto la parte onerata potrebbe vincere anche senza ottemperare all'onere, grazie al principio di acquisizione processuale ed alla previsione di poteri inquisitori in capo al giudice.

²⁰ La struttura del processo esercita una particolare influenza sulla disciplina dell'onere della prova, in quanto asserisce al rapporto fra impulso di parte e iniziativa d'ufficio, soprattutto nella fase di istruzione probatoria. Mentre in un processo dominato dal principio dispositivo la regola dell'onere della prova assume un ruolo di notevole importanza, essa, per contro, risulta relegata sullo sfondo nell'ambito di un sistema inquisitorio. Sulla differenza di ruolo che l'onere della prova assume nei processi di tipo dispositivo e in quelli di impronta inquisitoria, si vedano, per tutti, CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 179 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1936, II, 306 ss., 344 ss.

²¹ A tal proposito CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto contemporaneo*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1966, 66 ss., osserva che le sentenze basate sull'applicazione della regola di giudizio finiscono con l'apparire rarissime negli ordinamenti nei quali le predette finalità si ritengono conseguite.

Da ultimo, non sembra possibile trascurare i rischi connessi all'adozione di uno schema di risoluzione del conflitto rimesso a una soggettiva e discrezionale – dunque imprevedibile – valutazione della prova. Se da un lato, infatti, tale criterio avrebbe il pregio di assicurare una valutazione della fattispecie concreta considerata nella sua interezza, dall'altro emerge il forte rischio di legittimare, così facendo, un'apertura verso l'arbitrio giudiziale.

In conclusione, sulla base dei rilievi svolti, può già intuirsi che l'accettazione della regola di giudizio come criterio tradizionale di decisione pare esprimere e sintetizzare il carattere razionale del processo e del sistema probatorio secondo il quale è modellato²².

2. La disciplina dell'istituto fino al Code Napoléon

L'oggetto della presente ricerca non pare possa essere affrontato senza aver prima offerto una breve ricostruzione storica delle tappe più significative che hanno portato alla sua elaborazione. Tale ricostruzione risulterà particolarmente utile nell'ambito di questo lavoro, alla luce della diffusa tendenza dottrinale ad attribuire alla regola dell'onere della prova significati confliggenti e talvolta opposti.

L'impostazione tradizionale configura l'istituto dell'onere della prova come un qualcosa di universale e immutabile, in quanto direttamente derivante dai principi della logica naturale²³.

Secondo l'opinione di altri autori, invece, dall'indagine storica emergerebbe il valore meramente contingente della regola di giudizio, in rapporto alla struttura del processo e alle peculiarità del singolo caso concreto²⁴. Tale

²² V. ancora VERDE, *op. cit.*, 45.

²³ Per un panorama della tendenza dottrinale maggioritaria al tempo della codificazione unitaria, cfr. PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, 1864, I, 50 e 89 ss.; LEONHARD, *Die Beweislat*, Berlin, 1926, 128 ss.

²⁴ Il riferimento è principalmente a MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 4 ss.

regola sembra cioè modellarsi allo scopo perseguito dal processo e, più in generale, dall'ordinamento giuridico, in un rapporto di adeguamento pratico del mezzo al fine.

Dall'esame dell'antico processo formulare romano si evince che la fase «*apud iudicem*» è caratterizzata dall'attribuzione al giudice di un'ampia libertà nella valutazione delle prove. In assenza di norme astratte che regolamentino la ripartizione dell'onere della prova fra le parti, è il giudice a stabilire se, nel singolo caso concreto, spetti all'attore o al convenuto sopportare il danno della mancata prova²⁵. Tale valutazione è per lo più basata su massime di esperienza, ragioni di opportunità, criteri di vita pratica; in sintesi: buon senso²⁶. Ciò, probabilmente, fa sì che l'ampia libertà discrezionale che contraddistingue il ruolo del giudice in questo periodo venga accettata dalla coscienza giuridica comune, alla stregua di un dato naturale.

La situazione descritta muta con l'affermarsi della procedura «*extra ordinem*». Il carattere pubblicistico di quest'ultima impone, infatti, la necessità di dare al giudice gli strumenti per decidere, in ogni caso, secondo la legge e l'equità²⁷. Se il *non liquet* può essere consentito all'arbitro privato, tale opzione risulta senza dubbio preclusa per il magistrato che esercita la pubblica funzione²⁸. Con l'affermazione della visione pubblicistica del processo emerge, infatti, l'esigenza di tracciare le linee guida cui il giudice deve attenersi in determinati casi²⁹.

²⁵ Nel processo romano classico non esiste, infatti, una regola scritta in materia di onere della prova; l'individuazione della parte cui essa spetta è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. Saranno poi i compilatori giustiniani a offrire una giustificazione alle varie tendenze giurisprudenziali, trasformando le diverse formulazioni particolari in principi giuridici generali. In argomento, v. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, 16-19.

²⁶ Cfr. AUGENTI, *op. cit.*, 16; DE SARLO, *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, in *Archivio giur.*, CXIII, 1935, 199; TOZZI, *L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 139.

²⁷ Cfr. MICHELI, *op. cit.*, 17.

²⁸ Come evidenzia DE MARTINO, *La giurisdizione di diritto romano*, Padova, 1937, 323 ss., «*jurisdictio*» significa appunto «*jus dicere*» in ogni caso e, quindi, pronunciare sentenza anche in ipotesi di dubbia ricostruzione delle circostanze fattuali.

²⁹ Da un punto di vista storico, va qui collocato il passaggio da una valutazione libera a una vincolata delle prove. Questo complesso fenomeno è infatti stato definito come il sorgere della

Merita, a questo proposito, una precisazione. Questi primi rilievi sembrano muovere nel senso di escludere l'esistenza di un vero e proprio onere della prova nel periodo formulare e di ricondurne l'introduzione nell'ambito della «*cognitio extra ordinem*»³⁰. Tuttavia, l'analisi di numerosi frammenti romani ha indotto parte della dottrina a giungere a una diversa conclusione³¹.

Secondo Pugliese, la circostanza che i romani conoscessero e attribuissero un preciso valore all'onere della prova già durante l'epoca classica è dimostrato dal numero piuttosto significativo di passi in cui i giuristi di quel periodo stabiliscono chi debba e che cosa si debba provare nel processo³². Ed a confutare tale assunto – sostiene l'autore – non è sufficiente addurre l'assenza di una compiuta formulazione della regola qui in esame, né richiamare la libertà discrezionale del giudice nel distribuire l'onere della prova fra le parti. Del resto, il termine discrezionalità non è sinonimo di arbitrarietà³³.

In effetti, seppur in questo primo periodo non si riscontrino norme autoritative capaci di guidare e dirigere in via generale l'attività del giudice nella valutazione della prova, grande influenza esercitano le regole particolari dettate caso per caso dai giuristi romani. Di conseguenza, pare più corretto affermare che

prova legale in senso lato; sulla nozione, cfr. CARNELUTTI, *Sistema diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 789.

³⁰ È questa la conclusione cui giunge LEVY, *La formation de la théorie romaine des preuves*, in *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, 31 ss. Secondo l'A., il processo formulare è caratterizzato da: a) assoluta libertà del giudice nella determinazione della parte cui spetta il compito di provare; b) inesistenza di un vero e proprio onere probatorio.

³¹ Cfr. PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti. Diritto romano*, Camerino, 1985, 349 ss.

³² Fra i molti testi contenuti nel titolo 22, 3 del Digesto, PUGLIESE, *op. cit.*, 409, ricorda: Ulp. (l. 5 ad ed.) D. 2, 7, 5, 2 (chi si assume *vi exemptus* deve provare l'evento della mancata comparizione *in ius*); Ulp. (l. 11 ad ed.) D. 4, 2, 14, 2 (l'attore nell'*actio quod metus causa* deve provare «*metum sibi illatum vel vim et ex hac re eum qui convenitur...lucrum sensisse*»); Ulp. (l. 21 ad Sab.) D. 30, 39, 6 (tra due fondi dello stesso nome tocca al legatario provare che il legato si riferisce a quello di maggior valore); Ulp. (l. 44 ad ed.) D. 38, 5, 1, 1 (mentre di fronte a un atto *inter vivos* il patrono, per ottenere la revoca, deve provarne il carattere fraudolento, egli è esente da quest'onere, se prova che l'atto è *mortis causa*); Ulp. (l. 76 ad ed.) D. 44, 4, 2, 1 (il *reus* che oppone l'*exceptio doli* deve provare «*dolo malo actoris factum*», giacché «*non sufficit ei ostendere in re esse dolum*»); Ulp. (l. 56 ad ed.) D. 47, 8, 4, 12 (l'attore deve provare «*in turba damnum esse datum*»).

³³ Cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, 412-413.

il principio dell'onere della prova fosse già stato configurato nel corso del processo «*per formulas*», per tramite dell'opera creatrice giurisprudenziale.

Ai rescritti imperiali va comunque riconosciuto il merito di aver trasfuso le soluzioni specifiche e le direttive generali dei giureconsulti in precise pronunce autoritative³⁴. Un lavoro, questo, certamente apprezzabile nell'ambito del rafforzamento di quell'obiettivo di semplificazione e certezza del diritto che in quei secoli si andava perseguendo.

Riguardo poi il profilo della ripartizione dell'onere della prova fra le parti, è bene precisare che la struttura del processo *post-classico* e giustiniano favoriscono l'affermazione della regola sintetizzata nella locuzione latina: «*affirmanti non neganti incumbit probatio*»³⁵. «Chi afferma» e non «chi nega» ha il compito (onere) primario di addurre la prova dei fatti posti a base della domanda. Emerge, dunque, una scelta opposta rispetto a quella dominante durante la fase primitiva del processo, nella quale incombeva all'accusato dimostrare la propria innocenza.

È altresì opportuno dare atto che l'analisi dei testi classici dimostra l'affiancarsi nella prassi all'antica regola per cui la prova tocca all'attore, quella secondo cui limitatamente all'«*exceptio*» è il convenuto ad assumere il ruolo di attore³⁶. Si tratta di regole non autoritative, formatesi nel costume dell'epoca, che facilitano il compito del giudice: addossare all'attore la prova dell'«*intentio*» e al convenuto quella dell'«*exceptio*», infatti, significa fornire i criteri guida anche per la prova di ulteriori clausole (*replicatio, duplicatio*).

Occorre tuttavia segnalare che all'estrema semplicità e chiarezza di queste antiche regole corrisponde una loro intrinseca inadeguatezza a far fronte ai problemi più complessi che progressivamente emergono. Invero, esigenze di giustizia inducono – per non dire impongono – di individuare determinati fatti che

³⁴ V. nuovamente PUGLIESE, *op. cit.*, 418-419.

³⁵ Rinvio a DE SARLO, *op. cit.*, 218.

³⁶ Interessante l'equiparazione che nel passo D. 22, 3, 18, Giuliano e Ulpiano fanno fra l'essere sottoposto all'onere di provare e il rivestire nel processo il ruolo di attore: a chi è attore incombe automaticamente la *necessitas probandi*; e chi è tenuto a provare funge da attore.

sebbene concorrano a fondare la domanda attrice devono essere provati dal convenuto; e, viceversa, fatti che benché richiamati nell'eccezione di quest'ultimo spetta all'attore dimostrare³⁷.

Così, esemplificando, una prima inversione o, meglio, diversa distribuzione giurisprudenziale dell'onere della prova è rappresentata dall'«*actio in personam*» con cui il creditore agisce chiedendo l'adempimento e il debitore si difende allegando l'avvenuto pagamento. In tale ipotesi si ritiene giusto che sia il convenuto a fornire la prova dell'adempimento, potendo l'attore dimostrare solo il sorgere del vincolo e non anche il suo perdurare fino alla celebrazione del giudizio³⁸.

È appena il caso di segnalare l'emergere di uno stretto legame fra onere dell'allegazione e onere della prova. Del resto, mentre i processualisti moderni individuano, accanto all'onere della prova, un distinto e autonomo, benché coordinato, onere di allegazione (o affermazione), i giuristi romani, invece, univano i due oneri facendoli coincidere nel solo onere della prova³⁹.

Quanto poi alle modificazioni legislative dell'onere della prova, un primo esempio è rappresentato dall'«*exceptio non numeratae pecuniae*»; un'azione nata

³⁷ Cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, 369-370.

³⁸ In base alla struttura della formula illustrata, l'attore dovrebbe provare la sussistenza del *dare oportere* al momento della *litis contestatio*, e cioè non solo il sorgere del vincolo, ma anche il suo permanere fino ad allora. Una simile soluzione, però, a un certo momento appare ingiustificata anche ai romani. Come osserva PUGLIESE, *op. cit.*, 370 ss., l'avvio di tale mutamento è forse dato da quanto si era preso a stabilire nel caso in cui il convenuto, valendosi dell'*exceptio pacti conventi* concessa dal pretore, opponga un *pactum de non petendo*. Se la prova del *pactum*, per essere questo oggetto di un'*exceptio*, viene posta a carico del convenuto, la logica, a un certo punto, impone che anche il pagamento (sebbene riconosciuto dallo *ius civile* e quindi non addotto attraverso un'*exceptio*) sia provato dal convenuto e non si esiga, invece, dall'attore la dimostrazione del persistere del *dare oportere*. In ogni caso, la soluzione descritta risulta certo già elaborata dalla giurisprudenza nel II d.C., posto che è menzionata nel passo di Celso D., 22, 3, 12. Si noti che in questa diversa ripartizione dell'onere della prova realizzata dall'antica giurisprudenza romana può ravvisarsi un'anticipazione del contenuto della nota sentenza delle Sezioni Unite 13533/2001, con cui è stato chiarito che il creditore sia che agisca per l'adempimento, sia che chieda la risoluzione e/o il risarcimento del danno, è tenuto a provare solo il titolo dell'obbligazione (e quindi il sorgere del vincolo), spettando al debitore dimostrare l'avvenuto adempimento.

³⁹ La configurazione accanto all'onere della prova di un onere dell'allegazione, si rinvia, ad esempio, in BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 339; CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1951, I, 222; MICHELI, *op. cit.*, 272 ss.; 319 ss.

in seno alla procedura «*extra ordinem*», poi sancita con la Costituzione di Caracalla C. 4, 30, 3⁴⁰. Di essa si tratterà più ampiamente nel prosieguo; in questa sede è utile anticipare che attraverso l'intervento autoritativo si stabilisce che, ove il creditore agisca per ottenere la restituzione del denaro (dato a mutuo) e il debitore opponga una «*exceptio non numeratae pecuniae*», spetta al creditore-attore provare l'effettivo versamento del denaro⁴¹.

Terminato questo primo approfondimento sul diritto romano, risulta interessante segnalare che la circostanza che l'onere della prova sia posto di regola in capo al convenuto si rinviene anche nel processo germanico. Lì, tale distribuzione è per lo più conseguenza del peculiare sistema probatorio: un sistema affidato in maniera prevalente, e quasi esclusiva, all'attività delle parti attraverso gli strumenti del giuramento e del giudizio di Dio⁴².

In tale prospettiva, è utile precisare che nell'area tedesca è diffusa l'idea che sia il convenuto ad avere la migliore conoscenza dello svolgimento dei fatti. Pertanto, addossare a costui le conseguenze della mancata prova, sembra rispondere al (forse non poi così moderno) criterio della maggior vicinanza ad essa⁴³. A ciò si aggiunga il rilievo che il forte sentimento religioso induce a escludere che la dichiarazione del giurante, il quale invoca a testimone la divinità, possa essere falsa. In un simile contesto, attribuire l'onere della prova al

⁴⁰ L'editto emanato dell'imperatore Antonino Caracalla nel 212 d.C., con cui veniva estesa la cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'Impero, ad eccezione dei dedicati, è meglio conosciuto con il nome di *Constitutio Antoniniana*.

⁴¹ Per una trattazione completa circa l'origine e il regime dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, si rinvia a CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984. In maniera più sintetica, affronta l'argomento anche Pugliese (ID., *op. cit.*, 381-385). Si vedano inoltre le considerazioni svolte nel cap. II, par. 3, del presente lavoro.

⁴² Riguardo al giudizio di Dio, così come al giuramento, si precisa che nell'opinione della comunità tedesca gli Dei non potevano, se invocati, far vincere chi aveva torto; la vittoria arrideva solo perché gli Dei avevano messo in tale condizione chi aveva il buon diritto. Tracce di questo mezzo di prova di origine germanica, sopravvissuto presso i Longobardi, sembrano potersi ancor oggi ravvisare nel diritto canonico, disciplinante le cause matrimoniali *impotentiae vel inconsummationis*. Sul punto, v. AUGENTI, *op. cit.*, 30-33.

⁴³ Cfr. MICHELI, *op. cit.*, 25. Si osservi, però, che tale scelta può essere altresì intesa come indice di un sistema improntato al principio di colpevolezza, così come sintomo di un ordinamento favorevole al divenire, ossia al mutamento della realtà.

convenuto costituisce una sorta di favore nei suoi confronti: se questi giura, l'attore perde.

Le osservazioni svolte sembrano testimoniare la vigenza nel processo romano e in quello germanico di due diversi principi: mentre nell'uno compete a chi agisce dimostrare i fatti su cui si basa l'*intentio*, nell'altro, invece, grava su chi si difende prestare una dichiarazione giurata che smentisca la fondatezza della pretesa avversaria⁴⁴. Due tendenze opposte, destinate a incontrarsi e combinarsi nell'ambito del successivo diritto romano comune⁴⁵.

L'iniziale fase di convivenza viene però, di lì a breve, superata in favore della completa affermazione del principio racchiuso nel noto brocardo «*onus probandi incumbit (ei) cui dicit*». Un principio nato come espressione giurisprudenziale di massime di esperienza, di vita pratica e di buon senso, poi diventato regola generale grazie all'opera di sistemazione dei compilatori giustiniane⁴⁶.

È infatti nel periodo intermedio, ovvero tra il XII e il XVI secolo, che si formano grazie all'opera dei glossatori le teorie della ripartizione dell'onere della prova nel processo. In ossequio al brocardo già ricordato, si stabilisce che spetti all'attore o, meglio, a «colui che afferma» provare i fatti che costituiscono la *intentio*, ossia la fattispecie astratta prevista dalla norma invocata per produrre una modificazione della realtà⁴⁷.

⁴⁴ In altri termini, mentre nel diritto romano trova applicazione il principio «*actore non probante reus absolvitur*», in quello germanico vige la regola opposta «*reo non probante, actor obtinebit*»; così LEONHARD, *Die Beweislat*, cit., 25.

⁴⁵ Con tale espressione si intende fare riferimento al cosiddetto diritto intermedio o medievale ed a tutta l'elaborazione che ne segue fino al 1500, di cui l'età moderna ha sostanzialmente ereditato i principi. A tal proposito, v. CASTELLARI, *Volontà ed attività nel rapporto processuale civile*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, 356; CHIOVENDA, *Romanesimo e Germanesimo*, in *Saggi di Dir. Proc. Civ.*, I, Roma, 1930, 214, n. 147. AUGENTI, *op. cit.*, 33, dato atto della sopravvivenza come mezzi di prova del giuramento della parte e del giudizio di Dio, osserva come nel periodo intermedio «la prova è ancora germanica nella struttura, ma romana nella funzione».

⁴⁶ Cfr. ancora MICHELI, *op. cit.*, 27.

⁴⁷ Alla base di tale scelta sembra potersi riscontrare una presunzione di staticità e immutabilità dello stato di fatto esistente.

Fin da subito, tuttavia, si percepiscono i seri rischi connessi a un'applicazione eccessivamente rigida della massima «*onus probandi incumbit (ei) cui dicit*». Se da una parte, infatti, la ripartizione dell'onere della prova secondo criteri fissi ha il pregio di assicurare una maggiore certezza nei rapporti giuridici, dall'altra, essa può comportare gravi pregiudizi in termini di giustizia della decisione⁴⁸.

Anche nel corso di questo periodo storico, si ritiene allora opportuno optare per un'applicazione "ragionata" del principio tradizionale in materia di prova, adattandolo in relazione alle peculiarità del caso concreto, in un'ottica di bilanciamento tra interessi di parte ed equità⁴⁹.

3. La codificazione preunitaria ed il Codice del 1865

Giungendo al periodo delle codificazioni, l'attenzione non può che essere indirizzata al *Code Napoléon* e, nello specifico, all'art. 1315⁵⁰. Ciò in quanto, il contenuto di tale disposizione e l'evoluzione teorica dottrinale ad esso relativa

⁴⁸ Cfr. AUGENTI, *op. cit.*, 57.

⁴⁹ Lo stesso AUGENTI, *ult. op. loc. cit.*, osserva però in maniera critica: «se storicamente si spiega questo bisogno di temperare con criteri di esperienza la ripartizione dell'onere, logicamente è una imperdonabile incoerenza. L'impossibilità della prova, anche se sussistesse, non autorizzerebbe la parte che ne fosse gravata, a trasferirla all'avversario. L'effetto caratteristico dell'onere è [...] responsabilità obiettiva».

⁵⁰ Nel periodo della dominazione francese si assiste a una generale e integrale estensione del *Code Civil* a ogni parte d'Italia. Benché non destinato a sopravvivere dopo la fine dell'Impero – quando i governi della Restaurazione ne dispongono l'immediata abrogazione, eccezion fatta per i territori del Ducato di Genova e il Principato di Lucca – tale opera legislativa ha certamente segnato la fine di un'epoca e l'inizio di una nuova fase nella storia giuridica dell'intera Europa. L'importanza del *Code Napoléon* risiede nel valore giuridico formale proprio della codificazione; nella capacità di questa di determinare una radicale trasformazione nel sistema delle fonti del diritto. A un ordinamento prevalentemente consuetudinario e giurisprudenziale, infatti, se ne sostituisce uno interamente legislativo che pone la volontà dell'Imperatore-legislatore come fonte esclusiva di produzione del diritto. A un sistema di diritto – quello di diritto comune – costituito da una pluralità di fonti, succede un unico testo legale contenente un complesso normativo unitario e sistematicamente ordinato. Per approfondimenti, v. ASTUTI, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, in *Annali di Storia del Diritto*, XIV-XVII, 1970-1973.

hanno costituito le fondamenta per la formulazione delle norme in tema di onere della prova dei codici civili dei Regni italici prima, e del codice unitario poi⁵¹.

In sintesi, può dirsi che il legislatore francese accoglie il criterio secondo il quale la prova incombe alla parte che afferma; quindi, *in primis* all'attore. Più nel dettaglio, la citata disposizione stabilisce: «*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, droit la prouver. Reciproquement celui qui se prétend libéré, droit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*»⁵².

Occorre subito precisare che, ancorché la regola sia inserita all'interno di una norma che disciplina la sola obbligazione di fonte contrattuale, l'art. 1315 del Codice Napoleone è stato sempre inteso «più generalmente ed assolutamente» nel senso che «una pretesa, qualunque essa sia, debba sempre essere provata da chi la propone»⁵³.

A tal proposito, pare interessante osservare che nella scelta legislativa, così come nell'ampia interpretazione accordatale, sembrano trasparire forti influenze meta-giuridiche, frutto degli insegnamenti della scuola giusnaturalistica. Nel corso del XVIII secolo, si erano sviluppate e consolidate la presunzione dello stato di libertà dell'uomo e quella della corrispondenza fra stato di fatto e stato di diritto⁵⁴. Se durante il periodo del diritto romano comune la presunzione di libertà

⁵¹ A tal proposito, si leggano le osservazioni di BETTI, *Ancora sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, 249 ss.

⁵² L'art. 1315 del *Code civil* è stato recentemente modificato dall'art. 3 dell' *Ordonnance* 10 febbraio 2016, n. 131. La disposizione citata attualmente prevede: «*Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébitéur éteint la part divisée de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette*». In ogni caso si segnala che a partire dal 1975, la norma cardine in materia di prova è stata trasferita nel *Nouveau code de procédure civile*, precisamente all'art. 9, ove si prevede che: «*Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention*».

⁵³ Così MARCADÉ, *Spiegazione del Codice Napoleone*, Palermo, 1858, III, 6-7.

⁵⁴ Si assiste cioè a un ampliamento dell'oggetto della presunzione di libertà; cfr. AUGENTI, *op. cit.*, 82-83.

è riconosciuta limitatamente ai fondi, con la scuola di Rousseau essa viene rivendicata come condizione naturale degli uomini⁵⁵.

Su questa base, è stato affermato che filo conduttore dell'ispirazione dell'intero *corpus* normativo francese sia l'art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo⁵⁶. Ne discende, in un'ottica di coerenza interna, la necessità di porre a fondamento anche della norma in materia di onere della prova la presunzione di libertà poc'anzi menzionata⁵⁷. Conseguentemente, l'attore che asserisce l'esistenza di un vincolo giuridico in capo al convenuto è tenuto a dimostrarne la sussistenza per superare la presunzione in favore di quest'ultimo⁵⁸.

Dalle osservazioni svolte si ricava che, nel panorama culturale dominante, la regola stabilita dall'art. 1315 *Code Civil* del 1804 rappresenti l'estrinsecazione di una formula intuitiva. In effetti, in ossequio alle due presunzioni giusnaturalistiche, la dottrina francese maggioritaria ritiene che l'attribuzione in prima battuta all'attore dell'onere della prova costituisca un criterio di ragione e di buon senso⁵⁹. In altri termini, domina la convinzione che, anche in assenza di

⁵⁵ I tratti salienti della filosofia rousseauiana sono un'aspra critica della civiltà come causa di tutti i mali e le infelicità della vita dell'uomo, con il corrispondente elogio della natura come depositaria di tutte le qualità positive e buone. Di qui, la proposta politica, contenuta ne *Il contratto sociale* (1762), di rifondare la società sulla base di un patto equo: un patto costitutivo del popolo come corpo sovrano, solo detentore del potere legislativo. Notevoli aspetti dell'ideologia egualitaria e anti-assolutistica di questo autore, si riscontrano alla base degli ideali rivoluzionari francesi.

⁵⁶ L'art. 2 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, del 1789 dispone che: «*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*».

⁵⁷ A tal proposito, MICHELI, *op. cit.*, 42-43, pone in evidenza come l'art. 1315 cod. Nap. «si inquadri perfettamente in quelle premesse filosofiche, che hanno costituito la base della legislazione rivoluzionaria francese». Cfr. il quadro efficace tracciato da BONNECASE, *La pensée jur. française*, Bordeaux, 1933, I, 509 ss.; v. anche SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1939, I, 170.

⁵⁸ Questa è la concezione cui si ricollega LAURENT quando dice «essere la libertà la condizione generale degli uomini e che quindi l'uno è all'altro legato per eccezione». Cfr. ID., *Principes*, XIX, n. 91, Paris, 1875, 88-89; in senso conforme, nella dottrina italiana, LOMONACO, *Delle obbligazioni*, III, Torino, 1908, 28.

⁵⁹ Scrive MARCADÉ, *op. loc. cit.*, che l'art. 1315 c. N. stabilisce una regola la quale «a priori ben di leggieri si comprende». E ancora dichiara: «È ragionevole che una pretensione, che da altri si contrasta, debba sempre provarsi da chi la mette innanzi. Se voi ne avete una contro di me, ed io sostengo che sia falsa, dovete voi provarla per vera, non io per inesatta».

una regola scritta, il giudice perverrebbe da sé a quella medesima distribuzione del carico probatorio fra le parti consacrata nella norma in esame⁶⁰.

Pertanto, nel periodo antecedente così come in quello successivo alla promulgazione del Codice Napoleone, non si sviluppa alcuno specifico dibattito inerente il problema della distribuzione dell'onere della prova fra le parti. I commentatori francesi ritengono, infatti, che il criterio scelto dal legislatore si ricolleggi – oltre che alla presunzione dello stato di libertà dell'uomo – al principio di uguaglianza delle parti in giudizio. Di qui, chi, attore o convenuto, avanza una pretesa ha il compito di provarla⁶¹.

Tuttavia, occorre segnalare che il criterio di derivazione romana, poi accolto dal legislatore francese, si dimostra (tuttora) inadeguato a gestire l'effettiva ripartizione delle conseguenze della mancata prova. Pertanto, dottrina e giurisprudenza avvertono la necessità di integrarlo con strumenti alternativi, quali quello delle negative e quello delle presunzioni⁶².

Volgendo lo sguardo al panorama italiano, è possibile constatare che l'impostazione del problema dell'onere della prova risulta pressoché speculare a quella poc'anzi delineata⁶³. Le regole del *Code Civil* e, nel dettaglio, l'art. 1315 vengono in sostanza riprodotte prima nei codici dei Regni italici, e poi in quello

⁶⁰ Cfr. AUGENTI, *op. cit.*, 8.

⁶¹ V., ad es., MARCADÉ, *Spiegazione del Codice Napoleone*, Napoli, 1876, VII, 4 ss. In questa prospettiva, DOMAT, *Le leggi civili disposte secondo il loro ordine naturale*, Firenze, 1834, IV, 119, basandosi sui testi romani e sulla dottrina dell'*actio* e dell'*exceptio*, afferma la necessità che ciascuna delle parti provi fatti rispettivamente allegati a fondamento delle relative domande. POTHIER, *Oeuvres* (ed. Bugnot), Paris, 1861, II, n. 728, invece, si limita a dettare il noto principio in sede di obbligazioni, stabilendo che in caso di contestazione chi si pretende creditore è obbligato a provare il fatto o la convenzione che ha prodotto il suo diritto di credito e che quando tale obbligazione sia stata provata, il debitore che pretende di averla soddisfatta è obbligato a provarne il pagamento.

⁶² Sulla dottrina delle negative, v. MICHELI, *op. cit.*, 30 ss.; analogamente, sul rapporto fra onere della prova e presunzioni, si rimanda alle considerazioni svolte dallo stesso A., *ibidem*, 168 ss.

⁶³ Sulla scia di quanto fatto dalla dottrina francese, infatti, anche quella italiana imposta e risolve il problema dell'onere della prova rifacendosi alla presunzione di libertà dell'uomo ed a quella di corrispondenza fra stato di fatto e stato di diritto. Cfr., ad es., PESCATORE, *Logica del diritto*, cit., 50-51, 89, 177; CAMMEO, *Lezioni di proc. civ. alla R. Università di Padova*. Anno Accademico 1909-1910, 584-585.

del 1865⁶⁴. Che si prenda ad esempio il codice del Ducato di Lucca, quello delle Due Sicilie, il codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla oppure quello per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna si riscontra che le singole norme che disciplinano l'onere della prova dell'obbligazione contrattuale e della sua estinzione rappresentano una mera traduzione letterale della corrispondente disposizione francese⁶⁵. E anche quando nel 1865 si raggiunge l'unificazione politica, il codice civile viene plasmato sul modello francese⁶⁶.

Pertanto, da un punto di vista strutturale anche il codice civile italiano, aperto da una serie di «Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale», si presenta anch'esso articolato in tre libri, dedicati rispettivamente alle persone (libro I), ai beni, alla proprietà e alle

⁶⁴ Benché durata solo pochi anni, l'utilità dell'esperienza della codificazione, specie in termini di certezza del diritto, risulta tanto evidente da non voler essere abbandonata neppure dopo gli avvenimenti del 1814. Così, i governi della Restaurazione, pur dichiarando la formale abrogazione del *Code Napoléon*, realizzano nella sostanza l'effettiva e integrale ricezione del suo contenuto normativo. Come segnalato da autorevole dottrina (v. ASTUTI, *op. cit.*, 56 ss.), questi nuovi codici costituiscono «l'anello di congiunzione tra la legislazione francese e la legislazione unitaria nazionale». Essi «rappresentano il miglior riconoscimento e la più sicura testimonianza del *Code Napoléon*» che, loro tramite, continua anche dopo il 1814 ad esercitare una forte influenza sull'attività legislativa nazionale nel periodo della Restaurazione. All'abrogazione della codificazione francese segue, infatti, non un ritorno al diritto comune, ma la promulgazione di nuovi codici nazionali; dunque una codificazione.

⁶⁵ Cfr., rispettivamente: Codice del cessato Regno d'Italia del Ducato di Lucca (promulgato con decreto del 30 marzo 1806), Cap. VI, art. 1315 «Quegli che domanda l'esecuzione di una obbligazione deve provarla. All'incontro, colui che pretende di essere stato liberato, deve giustificare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione»; Codice del Regno delle due Sicilie (pubblicato il 26 marzo 1819), Cap. VI, art. 1269 «Colui che domanda l'esecuzione di una obbligazione, deve provarla. Reciprocamente chi pretende d'essere stato liberato, deve giustificare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione»; Codice Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla (del 23 marzo 1820), Titolo IX, art. 2250 «Quegli che domanda l'esecuzione di una obbligazione deve provarla. All'incontro colui che pretende di essere stato liberato, deve giustificare il pagamento o il fatto che ha prodotto la estinzione della sua obbligazione». In realtà, non si prova l'obbligazione che è un rapporto giuridico, ma i fatti che lo costituiscono. L'improprietà dell'espressione si rinviene già nel testo dell'art. 1315 del *Code civil* del 1804 che, come detto, ha costituito il modello delle disposizioni qui ripotate.

⁶⁶ Il codice civile, promulgato il 25 giugno 1865, entra in vigore il 1 gennaio del 1866, insieme con i codici di procedura civile, di commercio e della marina mercantile; viene poi esteso alle province venete e di Mantova con la legge 26 marzo 1871, nonché a quella di Roma con il decreto 27 novembre 1870. In argomento, BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, Bologna, 1990, 18 ss.; per un dettagliato esame dei rapporti fra la legislazione civile francese e quella italiana, si rimanda ad ASTUTI, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, cit., *passim*

modificazioni di essa (libro II) e, infine, ai modi di acquisto e di trasmissione della proprietà e degli altri diritti sulle cose (libro III)⁶⁷.

Riguardo poi i contenuti e, nello specifico, il diritto delle obbligazioni e dei contratti, può rilevarsi che il codice del 1865 non presenta grandi novità rispetto al “genitore” francese del 1804. In particolare, ai fini della presente indagine, è bene evidenziare che la disciplina normativa della ripartizione dell’onere della prova di cui all’art. 1312 rispecchia pedissequamente quella contenuta nell’art. 1315 del *Code civil*. Tale disposizione, collocata nel Capo V dedicato alla prova delle obbligazioni e della loro estinzione, recita infatti: «Chi domanda l’esecuzione di un’obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l’estinzione della sua obbligazione».

Da ultimo, pare possibile ipotizzare che la ragione di questa uniformità o, meglio, di questo fenomeno di imitazione-traduzione risiede nella circostanza che le disposizioni in materia di onere della prova esprimono regole frutto del recepimento dei principi del diritto romano comune, e dunque, come tali, già radicate nella nostra tradizione giuridica⁶⁸.

4. Elaborazione dell’art. 2697 c.c. e relativo dibattito dottrinale

Il sistema giuridico delineato, già vacillante verso la fine del secolo, è destinato a “nafragare” però al termine della Prima Guerra Mondiale⁶⁹. Del resto,

⁶⁷ La partizione in tre libri rappresenta senza dubbio uno degli aspetti più rilevanti, oltre che evidenti, dell’influenza esercitata dal *Code Napoléon* sui codici civili italiani; tale suddivisione è già presente nelle Istituzioni giuridiche romane e giustinianee: *de personis, de rebus, de actionibus*.

⁶⁸ Cfr. ASTUTI, *op. cit.*, 52.

⁶⁹ Come noto, il contenuto di un *corpus* normativo tende a rispecchiare le condizioni politiche, sociali ed economiche che stanno sullo sfondo. Così, da una parte è parsa complessivamente giustificabile la stretta aderenza del codice unitario agli ideali individualistici, ossia proprietari, dell’archetipo francese; dall’altra si comprende il sempre più chiaro emergere verso la fine del secolo, anche in seguito all’avvento del socialismo giuridico, di proposte e dibattiti per la revisione, parziale o totale, del codice. In argomento, v. BONINI, *op. cit.*, 19.

in questi anni si pone un duplice problema: la sorte da destinare alla legislazione privatistica bellica e la realizzazione dell'unificazione normativa, ossia l'estensione del diritto italiano alle nuove province nelle quali aveva avuto vigore fino ad allora la legislazione austriaca. È dunque sulla soluzione di tali questioni che si incentra l'intensa attività di una serie di commissioni e comitati governativi incaricati di apportare gli opportuni emendamenti al codice civile⁷⁰.

Tra i vari progetti elaborati, merita in particolare menzione quello di un codice delle obbligazioni e dei contratti, comuni all'Italia alla Francia⁷¹. Un progetto, questo, degno di nota in quanto destinato a fare da preliminare al Libro IV ed a completare, quindi, il disegno originario del nuovo codice⁷². Durante la fase finale dei lavori preparatori (1939-1942), viene però proposto di sostituire all'idea di una codificazione quadripartita, una sistemazione complessiva del diritto privato suddivisa in sei libri. Tale proposta gode di rapida attuazione: il 21 aprile 1942 entra in vigore l'intero codice⁷³.

Come illustrato nella Relazione di accompagnamento del Ministro Grandi, alla base del Libro VI «Della tutela dei diritti» sta la necessità di raccogliere in «un complesso organico» materie collocate in modo «irrazionale e frammentario» nel Libro III del vecchio codice⁷⁴. L'obiettivo perseguito è disciplinare in forma

⁷⁰ Tra le leggi delega ottenute dal Governo in quel periodo, si ricordano la l. 30 giugno 1923, n. 2814 e la l. 24 dicembre 1925, n. 2260.

⁷¹ COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI - COMMISSION FRANÇAISE D'ÉTUDES DE L'UNION LÉGISLATIVE ENTRE LES NATIONS ALLIÉES ET AMIES, *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti (Testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927)* - *Projet de code des obligations et des contrats (Texte définitif approuvé à Paris en Octobre 1927)*, Provveditorato gen. dello Stato - Libreria, Roma, 1928.

⁷² La proposta avanzata con il progetto Minghetti di suddividere il Libro III dell'allora futuro Codice Civile unitario in due libri, al fine di attuare l'opportuna separazione della parte sulle successioni e donazioni da quella concernente le obbligazioni ed i contratti, era infatti stata respinta dal Pisanelli che la ritenne – a torto – «priva di importanza scientifica o pratica».

⁷³ Alla già avvenuta pubblicazione dei primi due libri del Codice, «Delle persone» e «Delle successioni per causa di morte e delle donazioni», rispettivamente nel dicembre del 1938 e nell'ottobre del 1939, si era aggiunta all'inizio del 1941 la sottoposizione al Re dei testi definitivi dei libri «Della proprietà», «Delle obbligazioni», «Del lavoro», «Della tutela dei diritti» con le relative relazioni. Per approfondimenti sul punto, v. BONINI, *op. cit.*, spec. 103-104, 123 ss.

⁷⁴ *Codice civile - Relazione del ministro guardasigilli (Grandi) preceduta dalla relazione al disegno di legge sul «valore giuridico della Carta del lavoro»*, Istituto poligr. dello Stato - Libreria, Roma, 1942.

unitaria istituti finalizzati a proteggere diritti soggettivi. In quest'ottica, ben si comprende la scelta di trasferire la norma sull'onere della prova da un articolo – il 1312 cod. civ. 1865 – che, per quanto oggetto di interpretazioni estensive, nella lettera rimane circoscritto all'ambito delle obbligazioni contrattuali, a una disposizione dotata anche formalmente di portata generale⁷⁵.

Con la pubblicazione del codice del 1942 si assiste, infatti, a un definitivo superamento dell'impostazione settoriale adottata in precedenza: il legislatore estende e generalizza la portata delle norma cardine in materia di prova, ancorando la ripartizione dei relativi oneri a una più ampia distinzione tipologica dei fatti giuridici⁷⁶. Nello specifico, l'art. 2697 c.c. distribuisce l'onere della prova fra le parti distinguendo, da una lato, i fatti costitutivi e, dall'altro, i fatti estintivi, impeditivi e modificativi. Si intuisce, allora, che la tematica diventa stabilire quali fatti debbano essere considerati costitutivi del diritto, e dunque provati dall'attore; quali viceversa estintivi, impeditivi o modificativi, la cui dimostrazione spetta pertanto al convenuto.

Occorre dare atto che la scelta di conservare, forse per ragioni di continuità, la collocazione della norma di riferimento in tema di prova all'interno del codice civile risultava all'epoca tutt'altro che pacifica. Nel corso dell'elaborazione del quasi contemporaneo (nuovo) codice di procedura civile,

⁷⁵ Come evidenzia MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 421, dottrina e giurisprudenza interpretavano l'art. 1312 cod. civ. 1865 rendendolo nei fatti una regola generale, valevole anche nei casi in cui ad essere dedotta in giudizio non fosse una mera obbligazione pecuniaria. Cfr., ad es., Cass. Roma, 2 luglio 1890, in *Foro it.*, 1890, I, 857, che ha applicato la regola generale di cui alla citata disposizione a un caso di contumacia del convenuto, giungendo a ritenere che il contegno della parte convenuta non esonera l'attore dall'adempimento dell'onere probatorio; Cass. Roma, 18 luglio 1910, in *Foro it.*, 1910, I, 1183, che ha fatto altrettanto in relazione a un'azione di rivendicazione di privativa industriale.

⁷⁶ In epoca successiva, anche il legislatore francese avverte l'esigenza di generalizzare la portata di una regola in origine riferita alle sole obbligazioni pecuniarie. Così, con il *décret* n. 75 del 5 dicembre 1975, istitutivo del *Nouveau Code de procédure civil*, viene inserita, all'art. 9, la regola secondo cui: «*Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention*».

infatti, viene avanzata la proposta di trasferire in tale sede la disciplina dell'onere della prova⁷⁷.

Dopo un acceso dibattito, si opta tuttavia per confermare la tradizionale collocazione delle regole probatorie nell'ambito della legislazione civilistica sostanziale, lasciando a quella processuale la disciplina della loro esecuzione⁷⁸. Ciò, forse, per la ragione che: «la prova è la condizione essenziale perché un singolo diritto possa praticamente avere la sua piena efficacia; avere un diritto e non essere in condizione di darne le prove, equivale ad avere il diritto riposto nell'arbitrio dell'altra parte»⁷⁹.

In ogni caso, la scelta legislativa dà adito a un vivo dibattito inerente la natura giuridica dell'art. 2697 c.c.⁸⁰.

⁷⁷ Cfr. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e Relazione*, Roma, 1937-1939.

⁷⁸ Il guardasigilli, nella sua relazione per il codice di procedura civile (*Rel. guard.*, n. 1184), traccia nettamente il *discrimen* fra i due codici, affermando che: «Secondo la logica del sistema, appartengono all'ordine delle discipline processuali tutte quelle che riguardano il modo, e cioè per l'appunto il processo di formazione dei provvedimenti giurisdizionali», mentre appartiene al regime dei diritti soggettivi (e quindi al codice civile) «il determinare quali siano i possibili provvedimenti finali di merito e quando e da chi se ne possa provocare l'emanazione e quale efficacia essi spieghino dopo "usciti" dal processo, e cioè nel mondo dei rapporti sostanziali». In chiave critica v. , ad es., l'opinione di RICCA-BARBERIS, *I mezzi di prova in tavole sinottiche e l'onere del provare*, Torino, 1939, 7, secondo cui: «Le norme generali sull'onere della prova dovrebbero essere parecchie e trovarsi nel codice di procedura civile, poiché l'onere riguarda il giudizio. Il nostro legislatore ne ha invece una sola, e la collocò nel codice civile».

⁷⁹ Cfr. il passaggio della Relazione della Commissione Reale (*R. C. R., L. obbl.*, pag. 42), riportato in PANDOLFELLI-SCARPELLO-STELLA RICHTER-DALLARI, *Codice civile. Libro della tutela dei diritti illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1941, 71.

⁸⁰ Nell'ambito della dottrina italiana, diffusa è l'astratta tendenza a distinguere le norme giuridiche in sostanziali e processuali sulla base di diversi criteri. Tra questi, a titolo meramente esemplificativo, si ricordano quello dell'Allorio, riassumibile nella idoneità o meno delle norme a costituire oggetto di un autonomo accertamento giudiziale, e quello del Chiovenda, incentrato sul fine processuale e quindi pubblicistico o, viceversa, volto alla tutela dei singoli rapporti sostanziali, perseguito dalle norme giuridiche considerate (cfr., rispettivamente, ALLORIO, *Per una teoria dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 192 ss. e CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, I, Roma, 243 ss). Acutamente Denti evidenzia la relatività caratterizzante tutti i criteri astrattamente elaborati. Secondo l'A., la natura sostanziale o processuale di una norma, lungi dal poter essere univocamente ricondotta a un astratto criterio sistematico deducibile dai suoi connotati intrinseci, discende perlopiù da ragioni di *policy* legislativa, avuto riguardo agli effetti che conseguono alla diversa qualificazione (v. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 75-76; ID., *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 16, 17).

L'orientamento giurisprudenziale da sempre prevalente attribuisce alle disposizioni probatorie natura sostanziale sul presupposto che queste, pur disciplinando – appunto – la prova, ineriscono direttamente al rapporto (sostanziale) da dimostrare⁸¹.

Variegato appare invece l'atteggiamento della dottrina. Secondo l'opinione tradizionale, l'art. 2697 c.c. esplica i propri effetti principalmente (se non esclusivamente) nell'ambito del processo, e non sul piano del diritto sostanziale. Si tratta, infatti, di una regola processuale indirizzata al giudice al fine di offrire a questi un criterio per decidere la controversia anche in caso di dubbio⁸². La tesi minoritaria propende, invece, per accordare alle regole sull'onere della prova natura sostanziale, facendo leva essenzialmente su tre argomenti: a) la collocazione sistematica di tali norme nel codice civile; b) il rinvio operato dall'art. 2697 c.c. al diritto sostanziale; c) l'esistenza dell'art. 2698 c.c.⁸³.

La questione, estremamente complessa, risulta di difficile soluzione. Se, da una parte, alla *sedes materiae* non può attribuirsi valenza decisiva ai fini dell'individuazione della natura (sostanziale ovvero processuale) della disposizione in esame, dall'altra, tutt'altro che trascurabile è il rinvio da questa operato alle norme sostanziali⁸⁴.

⁸¹ V., *ex multis*, Cass. 16 aprile 1959, n. 1138, in *Riv. dir. int.*, 1959, 627, con nota di Morelli; Cass., 9 agosto 1962, n. 2506, in *Foro it.*, 1962, I, 2014 e, più di recente, Cass. 25 febbraio 2002, n. 2751; Cass., 18 marzo 2004, n. 5484; Cass., 28 marzo 2007, n. 7581; Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 564; Cass., 27 ottobre 2011, n. 22425. *Contra*, nel senso dell'irrelevanza della *sedes materiae* della norma sull'onere della prova, ad es., v. Cass. 27 luglio 2006, n. 17144.

⁸² In favore della natura processuale, fra i molti, si sono pronunciati: ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 260 ss, spec. 269; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 675; CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, cit., 241 ss.; MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 182-184, 420.

⁸³ V., segnatamente, PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 66 ss., spec. 69-70. A sostegno della natura sostanziale, si sono espressi: PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, 121; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova (aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi?)*, cit., spec. 420-421.

⁸⁴ Sulla scarsa importanza attribuita alla collocazione delle norme in tema di prova, cfr., per tutti, LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, in *Riv., dir. proc.*, 1948, III, 1, 154 ss, spec. 156 e PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 49 ss.

Del resto, alcuni studi sull'onere della prova hanno dimostrato il (mero) valore programmatico dell'art. 2697 c.c., sottoforma di semplificazione della fattispecie. Su tale base è stato affermato che il legislatore ha sì elaborato una disposizione dotata di portata generale; tuttavia, l'inevitabile imperfezione (o limitatezza) connessa alla suddetta esigenza di semplificazione impone all'interprete di fare riferimento alle singole norme sostanziali per cogliere il sistema di ripartizione dell'onere della prova⁸⁵. Di conseguenza, la soluzione preferibile, seconda parte della dottrina, è di riconoscere alla regola di giudizio sull'onere della prova «natura specificatamente processuale», ma «portata sostanziale»⁸⁶.

Inoltre, occorre considerare che anche la previsione di cui all'art. 2698 c.c. sembra muovere a sostegno della riconduzione delle regole sul riparto probatorio nel novero di quelle sostanziali. Si è infatti osservato che se l'art. 2697 c.c. fosse una disposizione processuale che pone una regola di giudizio, rimarrebbe preclusa alle parti la possibilità di invertire o modificare la distribuzione dell'onere della prova che da tale disposizione promana⁸⁷. Ciò in quanto, come noto, le norme processuali in ragione della loro funzione pubblicistica (o di ordine pubblico), si presentano come cogenti e, dunque, pattiziamente inderogabili.

⁸⁵ ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 293, definisce l'art. 2697 c.c. come «norma in bianco», riconoscendo l'insufficienza della formula legislativa a descrivere il fenomeno nella sua interezza. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 160, sottolinea come il legislatore con l'art. 2697 c.c. «si sarebbe illuso di creare una "cerniera" fissa e completa tra diritto sostanziale e processo, giacché tale cerniera alla fine deve sempre essere rintracciata nell'uomo chiamato ad applicare la legge» (l'espressione "cerniera", in ordine al problema dell'onere della prova, appartiene a DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 29).

⁸⁶ Il riferimento è in particolare a MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 420. Afferma l'A. che la regola in questione «esplica i propri effetti nel processo, rendendo possibile al giudice la pronuncia di merito in ogni caso; ma il contenuto (concreto) della regola non è determinabile se non tenendo conto della pretesa fatta valere in giudizio, eppertanto del rapporto giuridico controverso».

⁸⁷ Per tutti, v. MICHELI, *op. cit.*, 417 ss.

La questione concernente la natura delle regole sull'onere della prova continua ad essere oggetto di studi e riflessioni⁸⁸. Le ricadute pratiche del problema teorico, d'altronde, sono a dir poco significative.

Dalla soluzione prescelta dipendono infatti, ad esempio, il tipo di vizio da far valere in sede di legittimità (*error in procedendo*, se di natura processuale; *error in iudicando*, se sostanziale), nonché la determinazione della legge applicabile (legge vigente al momento del processo, ove si preferisca la tesi della natura processuale; legge vigente al momento della costituzione del rapporto negoziale, ove si opti per la natura sostanziale)⁸⁹.

In tale prospettiva sembra allora condivisibile l'opinione di chi, in connessione con l'approccio relativista adottato in rapporto all'astratta distinzione tra norme sostanziali e processuali, afferma: «il problema della natura giuridica delle norme sulle prove ammette una pluralità di soluzioni, relative alle concrete esigenze che di volta in volta le sollecitano»⁹⁰.

Occorre però dar conto di un dato che muove in direzione opposta rispetto a quanto poc'anzi osservato. Si tratta della tendenza in numerosi ordinamenti a trasferire la norma sull'onere della prova dal codice civile a quello di rito. A titolo esemplificativo, in Francia, la «*charge de la preuve*» dal 1975 è regolata all'art. 9 del *Nouveau code de procédure civile*; analogamente, in Spagna la disciplina della

⁸⁸ La questione risulta dibattuta anche nell'ambito degli ordinamenti di *common law*, ove le regole concernenti *the burden of production* sono talvolta considerate di natura processuale (v., per tutti, FLEMING, *Burdens of proof*, in *Virginia L. Rev.*, 1951, 51 ss.), mentre talaltra si nega trattarsi di «*a mere matter of procedure*», in considerazione del fatto che le parti in un contratto sono libere di determinare «*the distribution of the burdens*» (v., per tutti, ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, London, 2003, 651).

⁸⁹ Cfr., da ultimo, D'ALESSANDRO, *Onere della prova e legge applicabile*, in BOVE (a cura di), *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, 181 ss., spec. 183.

⁹⁰ V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, cit., 35. Così, ad es., ove esigenze di giustizia del caso concreto suggeriscano di far retroagire gli effetti di una pronuncia di illegittimità costituzionale, il giudice dovrà optare per accordare alla norma natura sostanziale. Ciò in quanto l'applicazione delle norme processuali, regolata del principio *tempus regit actum*, sfuggirebbe agli effetti di una loro successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale.

«*carga de la prueba*» è adesso contenuta nell'art. 217 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000⁹¹.

Da ultimo, è opportuno sottolineare un'importante novità che caratterizza il codice civile del 1942: l'esplicito riconoscimento all'autonomia privata di operare anche in materia di prova. Il testo dell'art. 2698 c.c. consente, infatti, alle parti di stipulare pattuizioni negoziali aventi a oggetto l'inversione o la modificazione dell'onere della prova su esse normalmente (ossia in assenza di simili previsioni contrattuali) gravante⁹². Questi «Patti relativi all'onere della prova» saranno esaminati più avanti; in questa sede si anticipa solo che la validità degli stessi è subordinata al fatto che vertano in materia disponibile e non rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto⁹³.

5. *Il problema: ricerca di una ratio giustificativa "comune"*

Ad esito di questa prima ricognizione, è opportuno mettere in evidenza un dato: l'assenza di discussioni dottrinali in merito alla questione della ripartizione dell'onere della prova che caratterizza i secoli XVIII e XIX è superata, nel corso del XX secolo, dallo sviluppo di numerose teorie tese a ricercare un principio (teorico) giustificativo delle modalità di distribuzione del carico probatorio fra le parti all'interno del processo.

⁹¹ Contraddice questo *trend* la legislazione europea: l'art. 18 del regolamento n. 593/2008 (Roma I) e l'art. 22 del regolamento n. 864/2007 (Roma II), stabilendo che l'onere della prova è disciplinato dalle *lex causae*, ossia, a seconda del regolamento, dalla legge sostanziale regolatrice dell'obbligazione contrattuale ovvero extracontrattuale, hanno di fatto espressamente attribuito natura sostanziale alle previsioni sull'onere della prova. Sul punto, v. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 185 e 195 ss.

⁹² La questione dell'ammissibilità dei patti sull'onere probatorio era, in assenza di un'espressa previsione normativa, dibattuta sotto la vigenza del codice del 1865. A fronte di alcuni autori che ne ammettevano la validità (v., ad es., LESSONA, *Teoria delle prove*, I, Firenze, 1895, 123 ss.), ve ne erano altri che la negavano, in forza della considerazione per cui la regolamentazione della prova appartiene al diritto pubblico, con la conseguenza che gli accordi tra privati non vi possono arrecare modificazioni nell'ambito del processo, né al di fuori di esso, in precedenza del giudizio (in tal senso, ad es., RICCI, *Trattato delle prove*, Torino, 1891, 50).

⁹³ Sui patti relativi all'onere della prova, rinvio al cap. V.

In base a una prima tesi, il fondamento di tale distribuzione è da ravvisarsi nel principio dispositivo: il dominio dell'iniziativa delle parti nel processo implica che ad esse, e solo ad esse, sia attribuito il compito di segnare i confini della controversia (onere di allegazione), nonché quello di provare i fatti di lite (onere della prova)⁹⁴. A una simile teoria è stato obiettato che la portata del principio dispositivo va circoscritta all'onere dell'allegazione, rimanendo escluso ogni profilo concernente la prova. Inoltre – secondo questa lettura critica – neppure un'interpretazione ampia del principio dell'onere della prova consente di individuare a quale parte spetti provare, ossia su quale parte gravi il rischio della mancata prova⁹⁵.

Così, per superare tali inconvenienti e giustificare la ripartizione della prova nel processo, alcuni ritengono utile mettere in campo anche criteri di giustizia distributiva, nonché a ragioni di opportunità⁹⁶. È però opportuno precisare che il richiamo all'equità per realizzare una più “adeguata” ripartizione del carico della prova, è consentito al legislatore, ma resta precluso al giudice⁹⁷. Si tratta perciò di una ripartizione effettuata in astratto, a prescindere dalle esigenze del caso concreto, nell'ottica del mantenimento e della difesa di una certa soglia di certezza giuridica.

Secondo una diversa impostazione, la distribuzione del carico probatorio fra le parti è effettuata sulla base della logica e della natura delle cose⁹⁸. Neppure

⁹⁴ Capofila di questa teoria è WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, Bonn, 1986, 210-211, seguito da CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 787.

⁹⁵ Cfr., AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., 194-195.

⁹⁶ Afferma CHIOVENDA: «Non si può dire *a priori* che la ripartizione della prova sia rigorosamente logica e giusta. Si può forse anzi affermare che rigorosamente sarebbe giusto che l'attore provasse tanto l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto, quanto la non esistenza dei fatti impeditivi ed estintivi»; cfr. ID., *Principii*, cit., 786-787.

⁹⁷ Tale scelta ben sintetizza il timore dell'epoca: il rischio che affidare al giudice poteri discrezionali in tema di riparto del rischio della mancata prova possa inficiare valori quali la certezza e la sicurezza giuridica. In tal senso, v. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Berlin, 1923, 115.

⁹⁸ Secondo FADDA e BENZA, *Note a Windscheid, I, Delle Pandette*, Torino, 1926, 1203: «Il sistema delle prove appartiene alla dinamica del diritto e perciò se l'attore tende ad immutare la condizione di fatto esistente [...] deve somministrare tutti i fattori dell'impulso che si richiede all'uopo, come deve fornirsi la forza da chi vuol vincere l'inerzia della materia».

questa ricostruzione sembra però convincente; i principi della logica non paiono, infatti, capaci di spiegare perché l'onere della prova si sposti «a guisa di un pendolo» ora verso l'attore e ora verso il convenuto⁹⁹.

Nella visione di altri autori, ancora, a fondamento della ripartizione dell'onere della prova tra le parti si trova una presunzione di favore nei confronti del convenuto. Sulla scorta degli insegnamenti della scuola giusnaturalistica, si ritiene che lo stato di diritto preesistente sia giuridicamente certo; di conseguenza, spetta a chi intende modificarlo il compito di provare¹⁰⁰.

Merita infine di essere ricordata una teoria minoritaria – che si potrebbe chiamare economica, essendo fondata sul vantaggio o sull'egoismo – per cui ciascuna parte deve provare i fatti ad essa favorevoli; i fatti, cioè, il cui accertamento processuale consente a tale parte di trarre vantaggi¹⁰¹. Ed è appena il caso di evidenziare l'intrinseca inutilità di un'elaborazione che cerca di dare una giustificazione razionale alla ripartizione legislativa dell'onere della prova, facendo riferimento ai motivi individuali che spingono il soggetto a offrire la prova¹⁰².

La sintetica descrizione delle diverse teorie elaborate nel corso del XX secolo, in rapporto all'individuazione della *ratio* sottostante la ripartizione dell'onere della prova risulta sufficiente a far emergere un dato di sicuro interesse: il minimo comune denominatore è rappresentato da motivi di opportunità e di giustizia. Tutte le elaborazioni esposte, infatti, sono tese a far sì che la produzione della prova in giudizio avvenga a opera del soggetto che ne ha la disponibilità¹⁰³.

Ed è in questa prospettiva che pare allora trovare logico inserimento il principio distributivo accolto nella formulazione dell'attuale art. 2697 c.c. Ciò sul

⁹⁹ L'osservazione è di AUGENTI, *op. cit.*, 202.

¹⁰⁰ Sostengono questa tesi: LAURENT, *Principes*, Paris, 1875, XIX, 88-89; LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, I, Firenze, 1932, 171; LOMONACO, *Delle obbligazioni*, cit., III, 28.

¹⁰¹ V. GIANTURCO, Appendice ai §§ 1144, 1156 delle *Pandette* del GLÜCH, Libro XXI, Milano, 1906, 432.

¹⁰² Cfr. AUGENTI, *op. cit.*, 207.

¹⁰³ V. ancora AUGENTI *op. cit.*, 222.

rilievo che i «fatti posti a fondamento della pretesa» sono quelli la cui dimostrazione è necessaria, in quanto costituisce la premessa per l'applicazione della norma cui consegue l'effetto vantaggioso per il soggetto che la invoca. Ora, considerata la tendenza diffusa di entrambe le parti a procurarsi prima e fuori dal processo la prova dei fatti a sé favorevoli, addossare a ciascuna loro la prova di quegli stessi fatti appare una scelta, nella maggior parte dei casi, giusta e opportuna; una scelta razionale e di buon senso¹⁰⁴.

Occorre tuttavia evidenziare che analoghe esigenze di giustizia sembrano talvolta – e neppure poi così di rado – suggerire l'opportunità di derogare alla regola base. Quali ragioni si celino dietro le diverse modalità di distribuzione del carico probatorio, come anticipato, costituirà l'oggetto della presente indagine. Scopo della ricerca, infatti, sarà verificare se sia possibile rinvenire una giustificazione razionale, assoluta e generale del principio dell'onere della prova. Il che equivale a domandarsi se anche in assenza di un'espressa disciplina legislativa, il giudice seguirebbe regole analoghe nel decidere le ipotesi dubbie.

Per dare una risposta positiva al quesito esposto, alcuni autori hanno osservato che in Germania, pur mancando all'interno del BGB una disposizione corrispondente all'art. 2697 c.c., una regola simile risulta comunque applicata dalla giurisprudenza sulla base della *Normentheorie* elaborata da Rosenberg¹⁰⁵.

Tale rilievo però non equivale ad affermare che a fondamento del principio che governa l'onere della prova si trova una *ratio* assoluta e generale. Come evidenziato da una parte della dottrina, infatti, talvolta nel caso concreto si avverte l'opportunità di addossare l'onere della prova a una delle parti, pur essendo davvero arduo individuare una ragione generale per farlo¹⁰⁶.

¹⁰⁴ La regola dell'onere della prova sembra assumere così il ruolo di strumento finalizzato ad assicurare il vero scopo del processo: non la mera composizione della lite, bensì la giusta composizione della lite. Cfr. AUGENTI, *op. cit.*, 225.

¹⁰⁵ V. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, cit., 77 ss. Sulla *Normentheorie* nella dottrina italiana v., ad es., CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 523 ss., spec. 535 ss.; PATTI, *Delle prove. Art. 2696-2739*, cit., 125 ss.

¹⁰⁶ Il riferimento è a CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 786-787.

Viene allora da domandarsi se la regola generale dell'onere della prova possa dirsi davvero logica e giusta, nel senso di equa; e, analogamente, se le ipotesi di diversa ripartizione rispondano a razionali esigenze di riequilibrio di situazioni sperequale. Sorge infatti il dubbio che, a ben vedere, non sia possibile stabilire a priori, sul piano astratto, una distribuzione del rischio della mancata prova capace poi di risultare effettivamente equa e razionale in rapporto ad ogni possibile controversia concreta.

Pertanto, la finalità perseguita sarà quella di accertare se a fondamento di una regola che ha da sempre rappresentato uno dei «principi vitali del processo» si trovano, invero, esigenze di opportunità rispondenti a un principio di giustizia distributiva, frutto del bilanciamento degli interessi sostanziali delle parti coinvolte¹⁰⁷.

¹⁰⁷ L'espressione è di CHIOVENDA, *ult. op. cit.*, 782. WACH che più di tutti approfondì la questione, concluse le sue lunghe ricerche negando che la ripartizione della prova potesse dirsi a priori rigorosamente logica e giusta. Secondo le conclusioni dell'A., essa dipende da ragioni di opportunità e giustizia distributiva, connesse al rispetto del principio di uguaglianza delle parti. Cfr., ID., *Die Beweislat nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig, 1901, 786-787.

CAPITOLO SECONDO

“MODIFICAZIONI” LEGISLATIVE DELL’ONERE DELLA PROVA: LE COSIDDETE INVERSIONI LEGALI

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi: lo strumento presuntivo. – 2. Presunzioni *iuris tantum*, qualificazione giuridica del fatto e onere della prova. – 3. Il caso dell’*exceptio non numeratae pecuniae*. – 4. Due fenomeni di “modificazione” legislativa dell’*onus probandi* solo apparentemente simili: a) presunzioni relative. – 5. *Segue*. b) norme particolari di ripartizione dell’onere della prova. – 6. Il regime probatorio di cui all’art. 1218 c.c. – 7. Apparenti presunzioni (di colpa) in materia di responsabilità extracontrattuale. – 8. “Modificazioni” dell’onere della prova e diritto di difesa.

1. Rilievi introduttivi: lo strumento presuntivo

Esistono diverse tecniche di “modificazione” dell’onere della prova: alcune individuate direttamente dalla legge (ad esempio per tramite dello strumento delle presunzioni), altre di creazione giurisprudenziale (in particolare nel campo della responsabilità civile), altre ancora affidate all’autonomia delle parti, espressamente autorizzate a stipulare patti in deroga alla regola dell’*onus probandi*. Anche per ragioni di ordine logico-sistematico, alle tre tecniche di intervento sulla ripartizione dell’onere della prova saranno dedicati tre diversi capitoli.

Detto questo, prima di esaminare le cosiddette inversioni legali, si impone una breve premessa. Muovendo dall’assunto che la ripartizione dell’onere della prova fra le parti nel processo risponda a principi di logicità e razionalità, nonché a concrete esigenze di giustizia, ciò che qui ci si prefigge di esaminare – e auspicabilmente dimostrare – è se anche le sue “manipolazioni” dipendano dal perseguimento di fini analoghi¹. In altri termini, si desidera verificare se i

¹ Il termine “manipolazione” con riferimento all’onere della prova, già prospettato da TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 747-748,

meccanismi legali e, soprattutto, giurisprudenziali di inversione o modificazione della regola probatoria di cui all'art. 2697 c.c. risultino funzionali all'obiettivo di assicurare una più equa realizzazione degli interessi sostanziali che vengono in rilievo nello scenario del processo².

Sembra infatti possibile affermare che l'inversione legale si configuri quale strumento di protezione della parte in indubbia posizione di debolezza nello svolgimento del rapporto sostanziale o che, in ambito processuale, incontrerebbe una serie, spesso insormontabile, di difficoltà probatorie³. Tale affermazione non esclude, tuttavia, che esigenze analoghe siano perseguite attraverso il ricorso a meccanismi (legislativi e non) diversi, né, per contro, che sotto l'espressione «inversione legale» siano ricompresi fenomeni solo in apparenza definibili tali.

Procedendo con ordine nella ricerca degli strumenti di modificazione del principio dell'*onus probandi*, occorre anzitutto soffermarsi sul fenomeno delle presunzioni legali e sui rapporti intercorrenti fra questo e la prova.

A tal proposito, è opportuno chiarire fin da subito che la ricerca di tali rapporti nei sistemi di matrice codicistica non può che rivelarsi difficile in quanto la legge, che ha avuto cura di definire la presunzione, non definisce invece la prova. Il che, come rilevato da parte della dottrina, «rende malagevole la nostra ricerca: da un lato ci troviamo di fronte a un concetto preciso, dall'altro alle inevitabili divergenze degli scrittori»⁴.

sarà per lo più utilizzato con riferimento alle modificazioni ed alterazioni giurisprudenziali della regola di cui all'art. 2697 c.c., oggetto di esame nei capp. III e IV.

² TARUFFO, *ult. op. loc. cit.*, afferma espressamente la necessità che i meccanismi legali o giurisprudenziali di inversione o modificazione dell'onere della prova siano funzionali e razionali. «Se infatti» – scrive l'A. – «si muove dalla premessa che la regolamentazione degli oneri probatori si giustifichi in funzione dell'assetto di interessi sostanziali che si suole conseguire, occorre considerare se siano giustificate le relative manipolazioni».

³ Cfr. VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 719.

⁴ Così LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano. Accesso giudiziale - Intervento istruttorio - Presunzioni*, Libro IX, Firenze, 1902, 95.

In effetti, l'ambiguità del concetto di prova ha indotto a raggruppare in esso fenomeni diversi, assai complessi e diversificati, nelle differenti culture e nei vari tipi di processo⁵.

Dopo i molteplici e invani tentativi fatti a tal riguardo, si è dovuto prendere coscienza dell'impossibilità di pervenire a una classificazione ideale e perfetta, ossia idonea a fornire distinzioni o definizioni definitive del concetto di prova. Fra le classificazioni più importanti, merita di essere ricordata quella fra prova diretta e prova indiretta di derivazione tedesca, introdotta nel nostro ordinamento per tramite di Carnelutti e poi accolta nel pensiero della dottrina italiana maggioritaria⁶.

A onor del vero, i criteri posti a fondamento di tale distinzione non paiono coincidere con quelli adottati dai giuristi successivi⁷. Ma al di là di tale divergenza, è interessante notare che tutti gli studiosi concordano nel collocare la presunzione tra le prove indirette⁸.

⁵ Sui fattori che incidono a tal proposito, cfr. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in ID., *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, 79 ss., e VERDE, *Prova. b) Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579 ss.

⁶ V. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, 64.

⁷ CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, spec. 64-69, 73-79, pone in particolare l'accento sulla percezione del giudice in relazione al fatto da provare, distinguendo a seconda che questi abbia una percezione diretta di tale fatto o, viceversa, vi risalga attraverso la percezione di un altro. In base a questo criterio, l'A. colloca fra le prove dirette testimonianza e documento; fra quelle indirette presunzioni e indizi. La distinzione prospettata concerne, dunque, la «natura» o la «struttura» intrinseca delle prove o dei mezzi di prova. In senso contrario, altra parte della dottrina accorda a tale distinzione un valore meramente funzionale e relativo; non ontologico. In particolare, secondo TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1992, 429, si ha «prova diretta» quando le enunciazioni dei fatti hanno a oggetto lo stesso fatto, ossia la prova verte sul fatto principale; si ha invece «prova indiretta» quando l'oggetto della prova è costituito da un fatto diverso da quello che deve essere provato, in quanto giuridicamente rilevante ai fini della decisione.

⁸ Dopo aver chiarito la variabilità funzionale insita in qualsiasi tentativo classificatorio del concetto di prova, lo stesso TARUFFO, *ult. op. cit.*, 430, afferma: «A questa variabilità di funzione si sottraggono poche ipotesi di prove che possono considerarsi tipicamente dirette o indirette [...] tipicamente indiretta è la prova per presunzione, poiché essa consiste nella formulazione di inferenze che partono dal fatto noto per formulare conclusioni inferenziali sul fatto ignorato».

Ai sensi dell'articolo 2727 c.c., le presunzioni sono «le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato»⁹.

Stando al dato meramente letterale sembra possibile affermare che, in linea generale, la presunzione consiste in un ragionamento che partendo da un fatto noto permette di formulare una serie di ipotesi. In realtà bisogna precisare che – come si vedrà – tale ragionamento non sempre sussiste¹⁰. Alla definizione del concetto di presunzione contenuto nella norma in esame corrispondono, infatti, a seconda del soggetto (legislatore o giudice) che la crea, due fenomeni alquanto diversi.

Comunemente, si definiscono «presunzioni legali» quelle per così dire predisposte dal codice; «semplici o *hominis*» quelle rimesse alla prudenza del giudice. Mentre queste ultime costituiscono il risultato del libero apprezzamento giudiziale degli elementi (indizi) caratterizzanti il singolo caso concreto, le prime si configurano come previsioni normative generali e astratte¹¹. Esse eliminano l'incertezza rispetto a una situazione di fatto, imponendo al giudice di considerare determinati fatti *tout court* come veri oppure veri in mancanza di (sufficiente)

⁹ La definizione corrisponde esattamente a quella contenuta nell'art. 1349 del *Code Civil*: «*les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu*». Sui precedenti dottrinali della norma, v. DECOTTIGNIES, *Présomptions en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1950, 37 ss. Sulle presunzioni in generale cfr., per tutti, ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 292 ss.; DE MARIA, *Delle presunzioni. Artt. 2727-2729*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014; PATTI, *Della prova testimoniale - Delle presunzioni. Artt. 2721-2729*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2001.

¹⁰ Così, ad es., tale ragionamento non si riscontra nella presunzione legale di commorienza di cui all'art. 4 c.c. In argomento, seppur con riferimento alle presunzioni di «sopravvivenza», MC CORMICK, *On Evidence*, 5^a ed., Eagan, Minnesota, 1999, 969, osserva che: «*A presumption may...be created to avoid an impasse, to reach some results, even though it is an arbitrary one. For example, presumptions dealing with the survivorship of person who died in a common disaster are necessary in order that other rules of law may operate, even though there is actually no factual basis upon which to believe that one party or the other was likely to have died first*». Per contro, il suddetto ragionamento deve sempre sussistere ed essere adeguato nel caso delle presunzioni semplici; cfr. PATTI, *Della prova testimoniale - Delle presunzioni. Artt. 2721-2729*, cit., 82.

¹¹ Le presunzioni giudiziali risultano allora meglio in grado di tener conto delle peculiarità della singola fattispecie; dunque, dei concreti interessi delle parti coinvolte. A questo proposito, sembra cogliere nel segno l'espressione utilizzata da DE MARIA, *Delle presunzioni. Artt. 2727-2729*, cit., 31 che con riferimento alle presunzioni semplici parla di «vocazione dinamica». Ciò nonostante, appartiene certamente alle presunzioni legali il merito di garantire il principio di legalità e di certezza del diritto.

prova contraria. Pertanto, non sembra possibile collocare le presunzioni legali fra i mezzi di prova¹².

Riguardo la possibilità di fornire la controprova, è bene ricordare che essa – come noto – rappresenta il *discrimen* fra presunzioni legali assolute (o *iuris et de iure*) e relative (o *iuris tantum*)¹³. Secondo una parte della dottrina, poi, ove la prova contraria sia contemplata dalla norma non in maniera libera, bensì soggetta a condizioni particolari, si è in presenza di una presunzione legale mista¹⁴.

In ogni caso, da questi primi dati deriva un'osservazione alquanto rilevante: non ammettendo la prova contraria, le presunzioni *iuris et de iure* non esplicano alcuna efficacia probatoria o di ripartizione dell'onere della prova¹⁵. Il soggetto beneficiario gode di una facilitazione probatoria assoluta, che si traduce in un esonero di costui dall'adempimento dell'onere probatorio e nell'impossibilità per l'avversario di dimostrare il contrario.

Ed a questo proposito, pare fin d'ora utile segnalare che tale facilitazione processuale non è l'effetto diretto della presunzione, ma la conseguenza di quella

¹² In tal senso, v. ancora DE MARIA, *Delle presunzioni. Artt. 2727-2729*, cit., 23. V. però altresì CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Un. Palermo, 1920, 24; LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, I, Firenze, 1914, 136 e RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, 51; tali AA., sia pure con diversità di contenuti, riconducono la figura delle presunzioni all'interno del fenomeno probatorio.

¹³ Secondo una tesi minoritaria, anche le presunzioni assolute possono essere superate se la parte sfavorita deferisce giuramento oppure se la controparte confessa. Cfr. GHESTIN-GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1994, 699 e STARCK-ROLAND-BOYER, *Introduction au droit*, Paris, 2000, 589.

¹⁴ Sulla sottocategoria delle c.d. presunzioni miste, v. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, cit., 282 ss., che sotto la vigenza del codice precedente ne individua i casi paradigmatici nella presunzione di paternità, avverso la quale non è sufficiente la sola dichiarazioni della madre (attuale art. 235 c.c.), e nella presunzione di solidarietà passiva (vigente art. 1294 c.c.), che può essere esclusa solo nei casi previsti dalla legge e dal titolo.

¹⁵ L'inammissibilità della prova contraria tipica delle presunzioni legali assolute consente (forse) di accostarle, nelle ipotesi in cui il fatto presunto non sia vero, alla figura della finzione giuridica. Secondo LESSONA, *ult. op. cit.*, 110, le «finzioni giuridiche» si differenziano dalle «presunzioni legali» in quanto suppongono come vero un fatto men che meno probabile, poiché certamente falso. In generale, dunque, non pare corretto accostare il fenomeno presuntivo alla finzione, dal momento che, come già affermavano gli antichi glossatori: «la *fictio iuris* fa ritenere vero ciò che non è; la presunzione, al contrario, fa presumere vero un fatto dubbio, che come tale può essere sussistente oppure no, onde la prima non coincide mai con la verità, mentre la seconda spesso vi coincide»; così ACCURSIO, *Glossa corporis iuris civilis*, 4, 1. Sulla funzione della prova contraria nel contesto delle regole sull'onere della prova, v. in partic. DANOVI, *La prova contraria*, Milano, 2004, 212.

modificazione della fattispecie sostanziale attuata dalla norma presuntiva. Si tratta, invero, di norme di diritto materiale che prevedono conseguenze di tipo sostanziale. Pertanto – come si vedrà meglio nel prosieguo – in relazione alle presunzioni legali relative il fenomeno descritto può essere studiato anche nella prospettiva del diritto sostanziale, avuto riguardo alla distinzione tra fatto costitutivo dell'effetto giuridico ed impeditivo di quell'effetto¹⁶.

Analogamente, anche le presunzioni semplici, in quanto attinenti al ragionamento del giudice, dovrebbero lasciare immutato il problema della ripartizione dell'onere della prova. L'uso del condizionale, tuttavia, si giustifica sul rilievo che in molte decisioni giudiziali si è di fatto assistito alla configurazione di presunzioni intese a disporre in un certo modo gli oneri probatori delle parti nel processo.

Di questa tendenza della giurisprudenza a oltrepassare i propri compiti, cimentandosi nella creazioni di norme giuridiche, si tratterà successivamente¹⁷. È però bene anticipare che i suddetti orientamenti meritano comunque un certo apprezzamento poiché, nella maggioranza dei casi, l'alterazione dell'onere probatorio fra le parti è in essi operata seguendo criteri di ragionevolezza e vicinanza della prova. Criteri, cioè, in grado di valutare e bilanciare i sottostanti interessi sostanziali, nonché le concrete esigenze di tutela della parte debole del rapporto¹⁸.

¹⁶ In argomento ampiamente FABBRINI, voce *Presunzioni*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, 279 ss., spec. 281 ss.; PATTI, *Della prova testimoniale - Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, cit., spec. 123 ss.

¹⁷ Rinvio alle considerazioni svolte nel cap. III.

¹⁸ Consolidate presunzioni di questo tipo si riscontrano, ad es., nel settore del lavoro domestico e familiare, ove viene configurata una presunzione di gratuità della prestazione, nonché nelle ipotesi il licenziamento del lavoratore seguito da immediata riassunzione con identiche funzioni, cui viene ricollegata una presunzione di licenziamento fraudolento. V., nella giurisprudenza meno recente, ma ancora attuale, Cass. 23 ottobre 1995, n. 11004, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 956 e Cass., 14 aprile 1981, n. 2261, in *Notiz. giur. lav.*, 1982, 50. In dottrina, cfr. PATTI, *Note in tema di lavoro familiare*, in *Nuovo dir. agr.*, 1977, 19 ss. Per approfondimenti, v. cap. III, par. 3.

Inoltre, occorre considerare che tali tipi di interventi giurisprudenziali per così dire *borderline*, in molti settori sono stati recepiti dal legislatore, assumendo la dignità di presunzioni legali vere e proprie¹⁹.

Queste prime osservazioni paiono già evidenziare l'impossibilità di ricondurre a categoria unitaria gli istituti delle presunzioni legali e semplici. Tali osservazioni sembrano, inoltre, portare a conclusioni analoghe anche in rapporto alle *species* delle presunzioni legali assolute e relative. Ciò per la ragione che solo le presunzioni *iuris tantum* risultano idonee ad incidere sul principio dell'onere della prova, ripartendolo in maniera diversa rispetto a quanto previsto dalla regola generale di cui all'art. 2697 c.c.

È dunque sull'analisi di tale fenomeno, e sulle sue interazioni con la distribuzione dell'onere della prova fra le parti, che si concentrerà l'attenzione.

2. Presunzioni *iuris tantum*, qualificazione giuridica del fatto e onere della prova

La tendenza del diritto comune a spiegare ogni ripartizione dell'onere della prova quale riflesso di una presunzione ha generato non poche oscurità²⁰. Una delle più evidenti e gravi sembra consistere nell'atteggiamento della dottrina meno recente a porre a base della modificazione dell'onere della prova sempre e comunque una presunzione²¹.

A ben vedere, presunzioni *iuris tantum* e regole relative all'onere della prova costituiscono, invero, due fenomeni distinti. Le prime sono strumenti di

¹⁹ Si pensi alla disciplina di ripartizione dei carichi probatori in materia di danno da prodotto, in precedenza contenuta nell'art. 8 del d.p.r. 24 maggio 1988, n. 244 e oggi trasfusa negli artt. 114 ss. del codice del consumo.

²⁰ A titolo esemplificativo, HEDEMANN, *Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches*, Jena, 1904, 251, esclude le presunzioni dalle regole di prova, collocandole nel diritto processuale accanto alle regole sull'onere della prova, distinguendole al contempo da queste ultime per il loro carattere eccezionale; ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Berlin, 1923, 226, riscontrata la stretta parentela fra presunzioni e regole sull'onere della prova, pone entrambe nell'ambito del diritto sostanziale.

²¹ Cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 169 ss.

tecnica legislativa che, intervenendo sulla qualificazione degli elementi della fattispecie, tendono a dare la regolamentazione positiva di un particolare rapporto o stato di fatto. Le seconde, invece, ineriscono alla valutazione della prova e hanno quale scopo la formazione del convincimento del giudice, in caso di dubbio sullo svolgimento dei fatti di causa.

Pertanto, solo le presunzioni relative appartengono, come testimonia anche la loro collocazione sistematica all'interno del codice civile, esclusivamente al campo del diritto sostanziale²². Ed a smentire tale assunto non pare certo sufficiente la distinzione dottrinale prospettata, nell'ambito delle presunzioni *iuris tantum*, fra «presunzioni vere e proprie» e «verità interinali»²³.

Per dirla con le parole di due noti giuristi: mentre l'onere della prova è istituito prettamente processualistico che «limita la formazione della convinzione del giudice», la presunzione appartiene invece al diritto materiale e «tende a dare la regolamentazione positiva ad un particolare rapporto o stato di fatto»²⁴.

Ciò posto, bisogna però dare atto del perdurare, soprattutto nel settore della responsabilità civile, della “vecchia” tendenza dottrinale e giurisprudenziale a sovrapporre il concetto di presunzione legale relativa a quello di ripartizione particolare dell'onere della prova.

Del resto, nella prassi può risultare facile confondere la posizione del soggetto dispensato, almeno provvisoriamente, dalla prova di un (determinato) fatto in forza di una presunzione, con quella del soggetto parimenti esentato grazie a una norma di diversa ripartizione del carico probatorio²⁵. In effetti, il risultato cui si perviene pare identico: il rischio della mancata prova viene distribuito in

²² Tale affermazione non vale in riferimento alle presunzioni semplici, o *hominis*, attinenti alla formazione del convincimento del giudice.

²³ Cfr., per tutti, CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Milano, 1936, 811, che qualifica come «presunzioni vere e proprie» quelle che modificano il tema della prova (in generale lo facilitano) e «verità interinali» quelle che tendono a invertire la normale ripartizione del carico della prova.

²⁴ Le frasi riportate appartengono rispettivamente a CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 791 e MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 170.

²⁵ Per approfondimenti sul tema, cfr. PATTI, *Della prova testimoniale - Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, cit., 94 ss., spec. 97.

maniera diversa rispetto a quanto risulterebbe applicando il principio di cui all'art. 2697 c.c. Ciò nonostante, nell'esame teorico delle varie disposizioni che modificano o, meglio, alterano la regola dell'onere della prova, occorre tenere distinti i due fenomeni.

L'interpretazione di tali disposizioni ha però occasionato differenti e opposte letture. Bisogna anzitutto considerare che non sempre la presenza di una presunzione «*iuris tantum*» appare manifesta per mezzo dell'uso, nella formulazione della norma, di termini quali «si presume», «si reputa», «si considera». A volte, infatti, lo strumento presuntivo si cela dietro l'adozione di espressioni equivalenti come «se non prova», «salvo non provi»²⁶. Altre volte, per contro, una norma che, stabilendo una determinata qualificazione giuridica del fatto, sembra confezionata sullo schema presuntivo, detta in realtà una regola di ripartizione dell'onere della prova. Emblematico, in materia di responsabilità contrattuale, il caso dell'art. 1218 c.c. ove, più che di «presunzione di colpa» del debitore inadempiente, pare più corretto parlare di attribuzione del carico probatorio in capo al convenuto²⁷.

Inoltre, occorre tenere presente che, sia con riferimento alla regola dell'onere della prova che in tema di presunzioni, alle norme generali di cui rispettivamente agli artt. 2697 c.c. e 2727 ss. c.c. si affiancano le singole disposizioni dettate nei diversi libri del codice civile o in altre leggi.

Le considerazioni svolte sembrano dimostrare che non è sufficiente l'adozione di un criterio strettamente formalistico-letterale, ai fini della corretta individuazione della presenza di una presunzione *iuris tantum* ovvero di una norma di diversa ripartizione del carico probatorio. Tale verifica, pertanto, dovrà essere necessariamente demandata a un'accorta attività interpretativa.

²⁶ Ma del resto – lo si è visto – la presunzione non fissa fatti, bensì le conseguenze giuridiche della mancata prova del fatto opposto a quello presunto. In tal senso, v. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 409 ss. V. altresì FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit., 284 ss.

²⁷ Sulla corretta qualificazione giuridica dell'art. 1218 c.c., si rinvia alle considerazioni svolte nel par. 6 del presente capitolo.

Fatta questa premessa, occorre ancora prestare attenzione a un dato ulteriore. Assumere che la facilitazione processuale non è l'effetto diretto della presunzione, ma la conseguenza della modificazione della fattispecie sostanziale attuata dalla norma presuntiva, sembra infatti portare a un certo corollario. E cioè: che il fenomeno descritto può essere studiato anche nella prospettiva del diritto sostanziale, in riferimento alla distinzione tra fatto costitutivo dell'effetto giuridico ed impeditivo di quell'effetto²⁸.

Ciò in quanto, per mezzo della presunzione e, più nel dettaglio, attraverso l'individuazione del soggetto onerato del carico probatorio, il legislatore indica il valore che il singolo elemento assume nella fattispecie. Viceversa, intervenendo sulla qualificazione giuridica di un elemento della fattispecie astratta, il potere normativo di regolamentazione del rapporto sostanziale finisce per alterarne il relativo *onus probandi*.

Viene allora da domandarsi – richiamando una felice formula – se presunzione, qualificazione giuridica del fatto e onere della prova siano «aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi»²⁹.

Per rispondere a tale interrogativo, in aggiunta alle osservazioni svolte, bisogna considerare un aspetto ulteriore. In forza del dato normativo contenuto nell'art. 2697 c.c. si è soliti distinguere gli elementi di una data fattispecie in fatti costitutivi, estintivi, modificativi o impeditivi. E, mentre la prova dei primi spetta, come noto, all'attore, l'onere di dimostrare la presenza di uno dei fatti menzionati dal c. 2 della citata disposizione grava sul convenuto.

Dunque, a prima vista, non pare scorgersi alcun problema all'interno del nostro ordinamento; infatti, sembra essere la stessa lettera dell'art. 2697 c.c. a ripartire tra le parti il carico probatorio dei fatti rilevanti. Ciò nonostante, pare che le cose stiano in realtà in maniera alquanto diversa.

²⁸ Cfr. FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit., 283 e 289.

²⁹ Così SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova. (Aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi?)*, cit., 409.

Come abbiamo avuto modo di vedere, la disposizione che disciplina l'onere della prova ha natura meramente formale, essendo dotata di una portata esclusivamente processuale che necessita di integrazione³⁰.

Inoltre, è bene ricordare che, in quanto generale, tale regola non può che rivelarsi insufficiente alla concreta individuazione del soggetto gravato dell'*onus probandi*. L'inevitabile imperfezione (o limitatezza) connessa all'esigenza di generalizzazione e, dunque, semplificazione impone, infatti, di fare rinvio alle singole norme sostanziali per cogliere la (corretta) qualificazione giuridica dei fatti e, conseguentemente, determinare la parte onerata della relativa prova³¹.

Illustrata la prima problematica, se ne profila però una seconda. Si tratta della circostanza che, come noto, la formulazione legislativa acquista significato normativo solo a seguito dell'attività interpretativa³². Ne derivano divergenti letture nella qualificazione dei fatti³³.

In un tentativo di semplificazione può dirsi che, secondo l'opinione maggioritaria, è «fatto costitutivo» l'elemento la cui prova è necessaria in quanto concorre a determinare gli effetti materiali previsti dalla relativa norma. Ne consegue che la prova di tali fatti incombe a colui che agisce in giudizio invocando l'applicazione di quella disposizione. Vanno invece ritenuti «estintivi»

³⁰ A tal proposito, VANZ, *Onere della prova e vicinanza della prova nelle liti IP*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, 182 afferma che gli studi più approfonditi sull'onere della prova hanno dimostrato il «mero valore programmatico dell'art. 2697 c.c. di semplificazione della fattispecie».

³¹ La soluzione più corretta secondo MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 420-421, sarebbe dunque riconoscere alla regola di giudizio sull'onere della prova «natura specificatamente processuale», ma «portata sostanziale». Ciò in quanto – argomenta l'A. – la regola in questione «esplica i propri effetti nel processo, rendendo possibile al giudice la pronuncia di merito in ogni caso; ma il contenuto (concreto) della regola non è determinabile se non tenendo conto della pretesa fatta valere in giudizio, eppertanto del rapporto giuridico controverso».

³² Cfr. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2011, 39 ss. e 307 ss.

³³ Ad es., è da sempre assai discusso se nei riguardi del matrimonio putativo la buona fede rappresenti un fatto costitutivo o, viceversa, se la malafede valga quale circostanza impeditiva. Nel primo senso si esprime CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 793; in senso opposto è invece orientato VASSALLI, *Matrimonio putativo*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, 350. Sulla storia dell'istituto v. GALGANO, *Violenza nel consenso e matrimonio putativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1921, 439 ss. Sicura natura di fatto impeditivo dell'acquisto del possesso presenta, invece, la tolleranza di cui all'art. 1144 c.c.; in argomento PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 13 ss.

o «modificativi» i fatti che, appunto, determinano l'estinzione o la modificazione dell'effetto giuridico sostanziale richiesto dall'attore. Ne discende, allora, che spetta al convenuto che si oppone alla pretesa avanzata dimostrarne la sussistenza.

A questo proposito occorre aggiungere che se la definizione di queste categorie di fatti non pare poi così dibattuta, per contro particolarmente incerta risulta quella di «fatto impeditivo».

Così, ad esempio, chiarito che i fatti costituiti sono solo quelli idonei a fondare l'apparenza del diritto, è stato osservato che i fatti impeditivi rappresentano gli «elementi necessari ed invertiti di un fatto giuridico»³⁴.

Altri autori, qualificando i fatti giuridici in rapporto alle relazioni intercorrenti fra la situazione giuridica iniziale e la situazione giuridica finale, dopo aver classificato il fatto estintivo quale fatto sostitutivo – ossia fatto costitutivo di una nuova situazione giuridica – ritengono il fatto impeditivo quale «fatto complementare, in quanto pone in essere una situazione giuridica non contrastante con quella preesistente»³⁵.

Altri ancora affermano essere fatto impeditivo l'elemento probando che, anziché concorrere a determinare effetti materiali, «si limita a privare altri fatti dell'efficacia che altrimenti essi avrebbero»³⁶.

Il breve quadro riepilogativo offerto è idoneo ad evidenziare come con riferimento alla nozione di fatto impeditivo non si riscontri unanimità di vedute. Del resto, tale dato pare in linea con l'elaborazione, nel corso degli anni, di diverse teorie finalizzate a spiegare la distinzione fra gli elementi costitutivi della

³⁴ Il riferimento è a FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma 1915, 349; ID., *Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, 156 ss.

³⁵ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, cit., 425. Secondo l'A., il fatto impeditivo, inteso quale fatto complementare, fa pur sempre parte della fattispecie principale. Il problema pratico consiste allora nel distinguere, all'interno della fattispecie, fra gli elementi che ne integrano il nucleo principale e gli altri elementi accidentali cui si suole ricondurre il concetto di fatto impeditivo. Per approfondimenti, v. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 274 ss.

³⁶ Così SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 406-407.

fattispecie³⁷. Teorie che, seppur basate su criteri discretivi differenti, presentano una (negativa) caratteristica comune. Tutte, infatti, cercano di trovare una spiegazione (processualmente) autonoma della suddetta classificazione degli elementi costitutivi della fattispecie; una distinzione, cioè, dotata di valore universale.

Così facendo però, come acutamente osservato, «si mantiene in pericolosa promiscuità l'aspetto processuale con quello sostanziale del fenomeno, cercando nell'uno quanto andrebbe invece cercato nell'altro»³⁸. Un atteggiamento, questo, che non sembra condivisibile, poiché fortemente parziale.

Riassumendo: posto che la regola dell'onere della prova pare assumere un concreto contenuto solo ove la si riferisca al rapporto giuridico fatto valere in giudizio, è necessario il recepimento, da parte della norma processuale, della qualificazione attribuita agli elementi costitutivi della fattispecie dalla disposizione di diritto sostanziale da applicare.

È dunque sulla formulazione di tale disposizione che l'interprete deve concentrare la propria attenzione, al fine di stabilire su quale soggetto graverà, nello svolgimento del processo, il rischio della mancata prova delle circostanze di fatto rilevanti.

Tornando poi all'interrogativo di partenza, sembra potersi concludere che presunzione, qualificazione giuridica del fatto e onere della prova costituiscono fenomeni solo apparentemente simili. Quello dell'onere della prova rappresenta, infatti, una realtà più ampia, ricollegabile talvolta alla natura costitutiva o impeditiva del fatto da provare, talaltra a una presunzione. Sarà dunque – lo si ripete – compito dell'interprete indagare il fondamento dei singoli oneri probatori.

³⁷ Un'interessante rassegna critica delle principali teorie (basate ora sul criterio della normalità, ora su quello della specificità, ora su quello della vicinanza della prova) è offerta da MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 288 ss. Secondo ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 292 ss., la tripartizione dei fatti giuridici si basa su due principi logici: il principio degli opposti e il criterio discretivo fra causa e occasione. L'uno giustifica la distinzione tra fatti costitutivi ed estintivi; l'altro il dualismo tra fatti costitutivi e impeditivi, i quali «rappresentano il mancato verificarsi della occasione che, se si fosse verificata, avrebbe per contro consentito al fatto costitutivo di produrre i suoi effetti normali».

³⁸ L'osservazione è di MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 288.

3. Il caso dell'*exceptio non numeratae pecuniae*

Ai fini di una migliore illustrazione delle importanti implicazioni che la (diversa) qualificazione degli elementi della fattispecie assume nella distribuzione del rischio dell'insufficienza di prova, pare opportuno svolgere una riflessione sul regime della c.d. *exceptio non numeratae pecuniae*, che rappresenta una delle prime, se non la prima, ipotesi di modificazione degli oneri probatori storicamente attuata dal legislatore³⁹.

Si tratta di uno strumento la cui origine si colloca intorno alla fine del II secolo d.C., nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, allo scopo di combattere la proliferazione di un fenomeno abusivo: la proposizione di pretese creditorie fondate su mutui fittizi⁴⁰.

In quell'epoca, in effetti, si assiste a un forte aumento del numero di domande, basate sulla mera produzione di un documento di restituzione di somme, in realtà non versate. Per dissuadere dalla proposizione di simili azioni, l'imperatore Caracalla stabilisce allora, mediante Costituzione, che se il creditore agisce per ottenere la restituzione di denaro dato a mutuo e il debitore convenuto nega di aver ricevuto la somma – oppone cioè una *exceptio non numeratae pecuniae* – spetta all'attore provare l'effettivo versamento del denaro (*numeratio pecuniae*)⁴¹.

Riguardo la ripartizione del carico probatorio e, dunque, la natura della *exceptio non numeratae pecuniae* sono state avanzate numerose teorie⁴².

³⁹ In argomento, cfr. per tutti CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984, e PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti. Diritto romano*, Camerino, 1985, *passim*.

⁴⁰ Sulla (discussa) origine dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, v. ampiamente CIMMA, *op. cit.*, 5 ss.

⁴¹ C. 40, 3, 3 (*Imp. Antoninus A. Demetriae*): «*Si ex causatione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur*».

⁴² Una completa e critica ricostruzione delle diverse tesi dottrinali sviluppatesi in rapporto all'inquadramento di tale *exceptio* è offerta da CIMMA, *op. cit.*, 114 ss. Fra queste, si ricordano la teoria del Gneist secondo cui detta *exceptio* non comporta propriamente un'inversione dell'onere della prova, ma è piuttosto un mezzo diretto contro il valore probatorio di un documento, la cui opposizione impedisce all'attore di richiamarsi allo scritto per provare il proprio credito; nonché

Secondo una parte della dottrina, ad esempio, l'attribuzione all'attore dell'onere di provare l'effettivo versamento del denaro, la cui restituzione il debitore ha promesso mediante *stipulatio*, dipende dal carattere di prova negativa del non avvenuto versamento⁴³.

Seguendo l'opinione di altri autori, invece, il particolare regime della prova elaborato per l'*exceptio* in esame non può essere ricollegato esclusivamente ad esigenze di tipo processuale, dovendo, per contro, essere inquadrato all'interno di un fenomeno più ampio. Nello specifico, si afferma che la prospettiva migliore per comprendere tale regime è quella dell'incontro-scontro fra concezioni ellenistiche e romane in tema di obbligazione astratta e funzione del documento. Ciò sul rilievo che l'intervento legislativo determina il passaggio dalla *stipulatio* come *obligatio verbis a obligatio litteris*⁴⁴.

Più interessante – specie nell'ottica della presente ricerca – pare la posizione di chi, pur senza negare che l'effetto della Costituzione di Caracalla sia quello di trasformare la stipulazione da negozio astratto in causale, afferma che, con ogni probabilità, a motivo della soluzione esposta si collocano esigenze politico-sociali; e, precisamente, la volontà di favorire i debitori e di colpire gli abusi dei creditori⁴⁵. Di qui la scelta (autoritativa) di imporre all'attore, per dimostrarsi creditore, l'onere di provare non soltanto la conclusione della *stipulatio*, ma anche l'avvenuta *numeratio* o, in mancanza, un'altra causa. Un onere questo che, prima dell'intervento normativo, non gli competeva.

l'opinione del Bähr, il quale nega che la *exceptio non numeratae pecuniae* abbia la natura di un beneficio di prova, affermando invece il suo carattere di vera e propria eccezione di fronte a un'obbligazione formale.

⁴³ Cfr. LEVY, *Die Querela non numeratae pecuniae*, in *Zeitschr. Sav. Stift.* 70, 1953, 214 ss. A tal proposito, in chiave critica, si segnala che il principio *negativa non sunt probanda* non risultava né formulato, né generalmente applicato durante l'epoca classica; sul punto, cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, 384. Inoltre, si evidenzia l'impossibilità richiamarsi a un principio la cui falsità è stata ampiamente dimostrata; sul punto, v. le osservazioni svolte nel cap. IV, par. 5.

⁴⁴ In tal senso CIMMA, *op. cit.*, 121.

⁴⁵ Ritiene PUGLIESE, *op. cit.*, 384: «Si volevano aiutare i debitori, come era suggerito dalle difficoltà economiche, che avevano iniziato a farsi sentire e si volevano più efficacemente colpire gli abusi dei creditori».

Quest'ultimo dato ha indotto numerosi giuristi a considerare la disciplina della *exceptio non numerata pecunia* una vera e propria ipotesi di inversione dell'onere della prova sancita per via legislativa⁴⁶. Tale opinione, tuttavia, non pare pienamente condivisibile.

Certo, bisogna ammettere che la soluzione prescritta con la riforma imperiale deroga alla regola generale che conferisce al convenuto che oppone un'*exceptio* l'onere di fornire la prova. In apparenza, essa sembra dunque porsi in antitesi con il principio pauliano «*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*»⁴⁷. Ciò, soprattutto, sul rilievo che la circostanza da provare è diversa da quella inizialmente allegata dall'attore; viene cioè addotta *ex novo*. Mentre l'attore si fonda su una *stipulatio* ed esibisce il relativo documento, il convenuto, invece, mediante l'*exceptio* afferma che la stipulazione è stata conclusa *credendi causa* e che, dunque, la causa è mancata.

Tuttavia, non sembra propriamente corretto ravvisare nell'allocazione in campo all'attore dell'onere di provare l'effettiva dazione di denaro un'ipotesi di inversione *tout court* dell'onere della prova.

Occorre a tal proposito considerare che durante l'epoca classica un autonomo onere di allegazione non risulta configurato. Seppur i Romani distinguano nelle orazioni giudiziarie la «*narratio*» dalla «*confirmatio*», uniscono poi di fatto onere di allegazione e onere della prova in uno solo che identificano nel secondo. Su questa base sembra potersi dire che l'attribuzione dell'onere della prova viene messo in rapporto, anziché con l'elemento formale dell'affermazione (*exceptio*), con il dato sostanziale costituito dalla natura giuridica del fatto da provare⁴⁸.

In tale prospettiva pare allora che – questo il dato di maggior interesse – l'allocazione in campo all'attore dell'onere della prova dell'effettiva dazione di denaro, sorta per esigenze di giustizia concreta, possa oggi ricevere una

⁴⁶ La definisce tale, ad es., CIMMA, *op. cit.*, 224.

⁴⁷ D. 22, 3, 2, *Paulus libro sexagesimo nono ad edictum*.

⁴⁸ Cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, 220-221.

giustificazione razionale. In effetti, il richiamo alla qualificazione degli elementi della fattispecie e, in particolare, alla distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi, può consentire di comprendere (e condividere) anche da un punto di vista teorico, il regime probatorio sancito con la Costituzione di Caracalla.

Pertanto, può dirsi che fino al III secolo d.C., il mancato versamento della somma, opposto dal convenuto mediante l'*exceptio non numeratae pecuniae*, si presenta quale circostanza impeditiva del sorgere dell'obbligazione. Successivamente, invece, con la trasformazione del contratto di mutuo in negozio causale, pare che l'avvenuta dazione della somma (*numeratio*) si affianchi alla stipulazione, assumendo anch'essa la natura di elemento costitutivo della fattispecie. Ne consegue, in ossequio al principio «*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*», l'attribuzione in capo all'attore della relativa prova⁴⁹.

Evidenti le ragioni che hanno indotto a soffermarsi sul caso dell'*exceptio non numeratae pecuniae*. Oltre a trattarsi, probabilmente, del primo esempio di modificazione legislativa dell'onere della prova, essa assume la forma non di una vera e propria inversione, bensì di un diverso riparto dell'onere della prova. Un'alterazione – si noti – che trova anzitutto fondamento in esigenze di giustizia politico-sociali. In sintesi, una soluzione intesa a realizzare quel concreto bilanciamento di interessi fra le parti nello scenario del processo, cui si ritiene che tutta la disciplina dell'*onus probandi* sia improntata.

4. Due fenomeni di “modificazione” legislativa solo apparentemente simili: a) presunzioni relative

Evidenziato che non è possibile ricondurre ogni ipotesi di diversa ripartizione dell'onere della prova a una presunzione, si tenterà nel prosieguo della presente indagine di distinguere i diversi fenomeni di modificazione

⁴⁹ V. ancora PUGLIESE, *op. cit.*, 227.

dell'onere probatorio a opera del legislatore. In particolare, si cercherà di analizzare la *ratio* sottesa a tali interventi, verificandone la maggiore o minore rispondenza alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c., allo scopo di individuare, se possibile, un minimo comune denominatore.

Partendo dall'esame delle presunzioni in generale può osservarsi che il fine di queste è favorire determinati soggetti o situazioni giuridiche⁵⁰. Strumento già conosciuto nell'ambito del diritto romano, è agli arbori della codificazione francese che si assiste, grazie alle opere di Domat e Pothier, alla compiuta distinzione in tre tipi di presunzioni: *praesumptio iuris tantum*, *praesumptio iuris et de iure* e *praesumptio hominis*⁵¹.

In riferimento a tale distinzione – accolta, come noto, sia dal *Code Napoléon*, sia dal Codice civile italiano del 1865, nonché da quello del 1942 – sembra possibile descrivere la facilitazione degli oneri come assoluta, relativa o rimessa al prudente apprezzamento del giudice⁵².

Più nel dettaglio, nelle ipotesi di presunzioni legali assolute il *favor legis*, ossia la configurazione in un determinato modo della fattispecie sostanziale, risulta spesso connesso ad esigenze di semplificazione, nonché di certezza dei

⁵⁰ Per l'individuazione dei vari motivi che possono aver determinato la formulazione dell'art. 2727 c.c., v. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 412.

⁵¹ Già nel diritto romano e precisamente nel Digesto (v. D. 22, 3, *De probationibus et praesumptionibus*) le presunzioni sembrano ben conosciute e delineate come un sostituto delle prove. Non pare, invece, nota l'ulteriore distinzione fra presunzioni *iuris tantum* e *iuris et de iure*, probabilmente sviluppatasi in seno al diritto intermedio. Per approfondimenti, cfr. DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in diritto romano (loro origine)*, in *Ann. Perugia*, 1931, 1 ss.; REGGI, voce *Presunzione (diritto romano)*, in *Enc. dir.* XXXV, Milano, 1986, 256; nonché CAMPITELLI, voce *Presunzione (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 260 ss.

⁵² DOMAT, *Le leggi civili disposte nel loro ordine naturale*, Firenze, 1834, 197-200 scrive che: «la presunzione è una conseguenza tirata da un fatto noto per dimostrare la verità di fatto ignoto, di cui si cerca la prova [...] alcune presunzioni sono autorizzate dalle leggi, le quali ordinano che abbiano forza di prova» e POTHIER, *Traité de obligations*, Paris, 1761, 254 ss., definisce la presunzione un giudizio che la legge o l'uomo porta sulla verità di una cosa per una conseguenza dedotta da un'altra cosa. Distingue, inoltre, le *présomptions de droit* dalle *présomptions simples* e, nell'ambito delle presunzioni legali, considera le *présomptions iuris et de iure* che escludono qualunque prova contraria e le restanti *présomptions iuris* che dispensano la parte a favore della quale sono disposte da ogni prova per fondare la domanda, ma ammettono la controparte a dimostrare il contrario; se questa ha la possibilità di provare il contrario, la presunzione viene meno.

rapporti giuridici⁵³. Esigenze, peraltro, non di rado frutto del recepimento di massime di comune esperienza⁵⁴.

Questo, ad esempio il caso della presunzione *iuris et de iure* dello status di figlio legittimo, di cui all'art. 232 c.c. Ai sensi di tale disposizione, si reputa concepito in costanza di matrimonio – e, dunque, legittimo – il figlio nato prima che siano trascorsi almeno trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio⁵⁵.

In materia di successione testamentaria, poi, l'art. 599 c.c., stabilita al c. 1 la nullità delle disposizioni testamentarie in vantaggio delle persone incapaci a succedere, anche se fatte per interposta persona, precisa al c. 2 che «sono reputate persone interposte il padre, la madre, i discendenti e il coniuge della persona incapace, anche se chiamati congiuntamente con l'incapace».

L'esemplificazione potrebbe ampiamente continuare, ma ciò non pare utile considerato che, come visto, le presunzioni legali contro le quali non è ammessa la prova contraria appaiono, proprio per tale motivo, estranee alla disciplina processuale e, conseguentemente, all'oggetto della presente ricerca. Oggetto di indagine sono, infatti, gli interventi normativi idonei a determinare una modificazione o persino un'alterazione della distribuzione del carico probatorio fra le parti nella dinamica processuale.

In tale prospettiva, risulta dunque più interessante concentrare l'attenzione sulle presunzioni legali relative e sulle altre norme di ripartizione dell'onere della prova. Due fenomeni, questi, che si tende assai frequentemente a equiparare,

⁵³ Cfr., CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 814.

⁵⁴ Sulla centralità del concetto di massima di esperienza nel funzionamento del meccanismo presuntivo, v. CALAMANDREI, *Massime di esperienza in Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 126 ss.; PISTOLESE, *La prova civile per presunzione e le cosiddette massime di esperienza*, Padova, 1935, 23 ss.; RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1095 ss.; TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 90; ID., *La prova dei fatti giuridici*, in *Comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1992, 194 ss.

⁵⁵ L'attuale testo dell'art. 232, c. 1, c.c. così recita: «Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando [sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e] non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio». Il primo riferimento temporale contenuto nell'articolo che decorreva dalla celebrazione (e non dalla trascrizione) del matrimonio, civile o concordatario è stato eliminato dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

probabilmente a causa del *favor* che in entrambi la legge dimostra verso un determinato assetto di interessi ed alla facilitazione probatoria che in concreto ne consegue, ma che, tuttavia, occorre tenere ben distinti.

Ciò sul rilievo che nella presunzione la legge ricollega al fatto presunto certi effetti o, meglio – come è stato precisato – stabilisce le conseguenze giuridiche della mancata prova del fatto opposto a quello presunto⁵⁶. Diversamente, nel caso di norme particolari sull'onere della prova essa si limita a ripartire in modo diverso tale onere; conseguentemente, il mancato soddisfacimento di esso consiste nel mero rigetto della domanda o dell'eccezione, ossia nel mantenimento dello *status quo*⁵⁷.

Quanto poi all'individuazione della *ratio* degli interventi legislativi, pare opportuno distinguere in rapporto al settore in cui tali interventi si manifestano. E in considerazione del vasto numero di presunzioni *iuris tantum*, nonché di norme di diversa ripartizione dell'onere della prova disseminate all'interno del codice civile, così come nella legislazione speciale, sembra ragionevole limitarsi all'esame delle principali. Tale esame sarà condotto raggruppando le ipotesi di modificazione o alterazione legislativa dell'*onus probandi* in base agli istituti giuridici cui esse si riferiscono, nonché tenendo soprattutto conto della logica posta a loro fondamento.

Al fine di effettuare un'illustrazione il più possibile sistematica, si segnalano in materia di proprietà le presunzioni *iuris tantum* di comunione o esclusività del muro divisorio, dei fossi e degli alberi, di cui agli artt. 880, 881, 897 e 899 c.c. Presunzioni, queste, che sembrano ricollegabili ad esigenze di buon vicinato⁵⁸.

A motivi di ordine pubblico e, nello specifico, a garanzia del possesso quale stato di fatto, paiono invece riconducibili le presunzioni relative dettate in

⁵⁶ Cfr. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 410.

⁵⁷ Sul punto, ampiamente PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2015, 151-152.

⁵⁸ Cfr. DE MARIA, *Artt. 2727-2729. Delle Presunzioni*, cit., 49.

materia di possesso dagli artt. 1141, 1142 e 1143 c.c.⁵⁹. In particolare, alla base della presunzione secondo cui alla situazione di possesso corrisponde il diritto di proprietà (art. 1141, c. 1, c.c.), sembrano collocarsi criteri di esperienza, verosimiglianza e probabilità, corrispondenti alla ricostruzione dei fatti maggiormente aderente all'*id quod plerumque accidit*⁶⁰.

Sempre in tema di possesso è bene precisare che l'ipotesi disciplinata dall'art. 1147, c. 3, c.c. non configura, diversamente da quanto potrebbe apparire, propriamente una presunzione⁶¹. In effetti, in questa ipotesi la legge non presume, in applicazione dello schema delineato dall'art. 2727 c.c., un fatto ignoto (buona fede) sulla base di un altro fatto «noto» (possesso), ma considera provato un determinato fatto (buona fede) finché non sia provato il contrario (mala fede)⁶². Per tale ragione – è stato osservato – sarebbe forse più corretto parlare di «presunzione impropria» o «verità interinale»⁶³.

In ogni caso, ciò che pare interessante sottolineare è che integrando la buona fede un fatto costitutivo, ai sensi dell'art. 2697 c.c., dovrebbe essere provata dall'attore. Tuttavia, in base al dettato dell'art. 1147, c. 3, c.c. essa si considera esistente fino a prova contraria. Dunque, in sede processuale spetterà al convenuto dimostrare la malafede nel possessore-attore, e cioè la conoscenza da parte di questi di possedere ledendo l'altrui diritto, oppure che l'ignoranza è dipesa da colpa grave.

⁵⁹ Per un generale inquadramento delle norme in materia di possesso, v. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 149 ss.

⁶⁰ Cfr. THAYER, *A preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, 1848, 543 ss. L'A. mette altresì in evidenza la funzione della presunzione di garantire il pacifico godimento della proprietà; godimento che sarebbe messo in pericolo se il proprietario dovesse fornire la prova del diritto nei confronti di chiunque agisse contro di lui.

⁶¹ V. per tutti SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 1 ss. Si precisa che il concetto di buona fede soggettiva di cui all'articolo in esame non deve confondersi con quello di buona fede oggettiva, intesa come correttezza ex art. 1175 c.c., cui fanno riferimento altre disposizioni del codice civile, soprattutto in tema di formazione, interpretazione, ed esecuzione del contratto.

⁶² Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 4^a ed., Padova, 2004, 248, il quale rileva che un'antica abitudine linguistica induce il legislatore a collocare sul terreno delle presunzioni principi che attingono propriamente alla ripartizione dell'onere della prova. V. altresì le considerazioni di MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1994, 353.

⁶³ Cfr. PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721 - 2729*, cit., 95.

Con riferimento poi al Libro IV, si osserva che gli interventi legislativi di modificazione dei carichi probatori non sembrano riconducibili a un'unica *ratio*. Alcune ipotesi paiono derivare da logiche di semplificazione dei rapporti giuridici e finalità di certezza, correlate a un'idea del ripetersi di determinati fatti giuridici secondo un criterio di regolarità e ragionevolezza. Altre, invece, sembrano in prevalenza denotare esigenze di tutela della parte debole del rapporto o che, comunque, incontrerebbe maggiori difficoltà probatorie. La maggior parte di tali interventi pare poi presentare una *ratio* per così dire mista o complessa.

Esemplificando, sembra riconducibile per lo più alla prima logica la presunzione *iuris tantum* di cui all'art. 1184 c.c., in forza della quale il termine fissato per l'adempimento si reputa a favore del debitore; ciò salvo risulti stabilito a favore del creditore o di entrambi⁶⁴. Analogamente, una *voluntas legis* «di fissare in regola giuridica una ricostruzione dei fatti maggiormente aderente all'*id quod plerumque accidit*, derivante dalla regolarità dell'esperienza di un determinato fenomeno ormai socialmente tipizzato», pare fondare le previsioni di onerosità del mandato e del mutuo di cui rispettivamente agli artt. 1709 c.c. e 1815 c.c.⁶⁵. È bene precisare che, invero, tali presunzioni rispondono altresì a una generale logica di adeguata remunerazione dell'attività giuridica svolta per conto altrui.

Un esempio, invece, dell'esigenza di tutela della parte debole del rapporto può riscontrarsi nel disposto dell'art. 1237, c. 2, c.c. Tale norma ricollega, fino a prova contraria, la liberazione del debitore alla consegna volontaria della copia del titolo di credito redatto in forma pubblica⁶⁶. La *ratio* pare, dunque, quella di agevolare il debitore-convenuto sul piano processuale; incomberà, infatti, sul creditore-attore provare che la restituzione non vi fu, oppure non fu volontaria (sottrazione, restituzione provvisoria, sostituzione con altro documento rinnovato,

⁶⁴ V. ancora DE MARIA, *ult. op. cit.*, 49.

⁶⁵ Così DE MARIA, *ult. op. cit.*, 52.

⁶⁶ Affinché la presunzione liberatoria operi, deve trattarsi di una restituzione volontaria, ossia immune da vizi della volontà (errore, dolo, violenza) e diretta al definitivo trasferimento del titolo. In tema, v. SIRENA, *Possesso della cambiale da parte del debitore e presunzione di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 391 ss.

etc.). E se tale prova non sarà raggiunta, il creditore soccomberà proprio perché la legge presume la remissione⁶⁷.

Una *ratio* mista o complessa sembra poi collocarsi a fondamento della presunzione, fissata dall'art. 1335 c.c., di conoscenza delle dichiarazioni ricettizie nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario; ciò salvo costui dimostri la propria incolpevole impossibilità di averne notizia⁶⁸. È appena il caso di precisare che la disposizione citata stabilisce una presunzione di conoscibilità dell'atto allo scopo di porre un punto fermo nell'individuazione dell'effettivo momento di conoscenza da parte del suo destinatario. In tal modo, però, essa favorisce altresì l'autore dell'atto, ossia il mittente, che è esonerato dalla prova – potenzialmente molto difficile – che il destinatario ne ha effettivamente avuto notizia⁶⁹.

5. Segue. b) *norme particolari di ripartizione dell'onere della prova*

Una volta ricostruite alcune delle principali presunzioni *iuris tantum* presenti nel codice civile, è possibile spostare l'attenzione su alcune fattispecie contenenti particolari regole di ripartizione dell'onere della prova. Fattispecie che,

⁶⁷ In generale sulla presunzione di onerosità del mandato e del mutuo, v. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, *passim*; LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2006, *passim*; MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di dir. civ. it.* (diretto da VASSALLI), VII, Torino, 1957, *passim*.

⁶⁸ Sulla disciplina degli atti recettizi, per tutti v. BIANCA, *Il Contratto*, Milano, 1984, 220 ss. e GIAMPICCOLO, *Le dichiarazioni recettizie*, in *Enc. giur.*, XII, Milano, 1965, 384 ss.

⁶⁹ Riguardo la presunzione di conoscenza degli atti ricettizi, si ricorda la regola della differente decorrenza degli effetti della notificazione per il notificante e per il destinatario, sancita dalla Corte Costituzionale con la sentenza 26 novembre 2002, n. 477 (in *Dir. e giust.*, 2002, 44, 21), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. del combinato disposto degli artt. 149 c.p.c. e 4 c. 3, l. n. 890 del 1982, nella parte in cui prevede che la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario, anziché a quella antecedente di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario; nonché con la sentenza 14 gennaio 2010, n. 3 (in *Giust. cost.*, 2010, 1, 47), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma «nella parte in cui prevede che la notifica si perfeziona, per il destinatario, con la spedizione della raccomandata informativa, anziché con il ricevimento della stessa o, comunque, decorsi dieci giorni dalla relativa spedizione» si applica solo agli atti processuali e non a quelli sostanziali.

come accennato poc'anzi, vengono talvolta (in modo non convincente) ritenute ipotesi di vera e propria inversione dell'onere probatorio, ravvisando nelle stesse presunzioni relative. A ben vedere, tuttavia, attraverso tali norme il legislatore si limita a ripartire in modo diverso – peraltro non sempre – l'*onus probandi*, senza ricollegare alla mancata prova del fatto (non appunto presunto) alcun effetto giuridico⁷⁰.

A tal proposito è opportuno dar conto che la formulazione, in numerosi settori del diritto civile, di norme di diversa distribuzione del carico probatorio fra le parti non risulta poi così sorprendente ove si ricordino le origini dell'attuale art. 2697 c.c. Come illustrato nel primo capitolo, infatti, il sistema precedente all'introduzione di tale disposizione era caratterizzato dalla presenza di una norma – l'art. 1312 del codice civile del 1865 – che, per quanto ritenuta a carattere generale, era pur sempre collocata nel libro delle obbligazioni, alla quale si affiancavano altre regole probatorie nei diversi libri del codice⁷¹. Su questa base, pare allora che l'esistenza di norme particolari sull'onere della prova si ricollegi al carattere generale dell'art. 2697 c.c.; un carattere questo che, inevitabilmente, comporta un'intrinseca limitatezza o insufficienza della regola probatoria in esso contenuta.

L'impossibilità di formulare un criterio di ripartizione dell'onere della prova sempre, ossia in ogni caso, soddisfacente sembra allora aver indotto il legislatore a modificare la regola generale per esigenze equitative. Esigenze, cioè, di tutela della parte debole del rapporto o che, comunque, incontrerebbe maggiori difficoltà probatorie.

Prima di analizzare alcune delle più importanti norme di diversa ripartizione sparse nel codice civile, pare opportuna un'anticipazione. Si tratta del

⁷⁰ Come emergerà chiaramente dall'analisi del regime probatorio operante in materia di responsabilità contrattuale, infatti, quella che talvolta sembra un'ipotesi di inversione dell'onere della prova dipende, in realtà, da una diversa qualificazione del fatto giuridico (costitutivo o impeditivo) previsto dalla norma sostanziale di cui si invoca l'applicazione che, alla fine, non fa che confermare la regola generale di cui all'art. 2697 c.c. Sul punto, rinvio alle considerazioni svolte nel cap. IV, par. 5.

⁷¹ Cfr. ancora PATTI, *ult. op. cit.*, 147.

fatto che la modificazione legislativa dell'onere della prova realizzata attraverso regole "derogatorie" sembra dipendere dalla qualificazione giuridica (costitutiva o impeditiva) attribuita a determinati fatti. Per comprendere meglio tale osservazione occorre considerare che il fatto presunto è un elemento costitutivo della fattispecie sottratto, tuttavia, alla regola dell'*onus probandi*; ne consegue che il soggetto (attore) che invoca l'applicazione della norma può limitarsi ad allegarlo. Il fatto impeditivo, per contro, è un elemento estraneo alla fattispecie che incide negativamente sulla produzione degli effetti giuridici di questa. Tale fatto, dunque, dovrà essere oggetto non solo di allegazione, ma anche di prova.

I rilievi svolti sembrano già indicare che intervenire sulla qualificazione giuridica di un determinato fatto – ad esempio designandolo come avente natura impeditiva anziché costitutiva – significa, in concreto, intervenire sulla distribuzione del carico probatorio fra le parti nel processo. Un risultato, questo, analogo a quello realizzato attraverso lo strumento presuntivo, ossia mediante la dispensa di una parte dalla prova del fatto costitutivo.

È però cruciale notare che, mentre le disposizioni contenenti presunzioni legali relative fanno sempre eccezione alla regola di cui all'art. 2697 c.c., le norme particolari di ripartizione dell'onere della prova, a ben vedere, il più delle volte sembrano confermare tale regola⁷².

Risulta pertanto compito dell'interprete sollevare il velo di Maya distinguendo le vere e proprie ipotesi presuntive che, in quanto tali, dispensano l'attore dall'onere di provare il fatto costitutivo dalle (mere) regole di diversa ripartizione dell'onere della prova che, qualificando un certo fatto come impeditivo, implicano che la dimostrazione di questo gravi sul convenuto, senza però collegare alla mancata prova alcun effetto giuridico⁷³.

Al fine del presente lavoro, nell'esame delle principali norme di ripartizione dell'onere della prova, pare utile dedicare alla disciplina di cui all'art.

⁷² Non così l'art. 1988 c.c., norma particolare di ripartizione dell'onere della prova che deroga alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c. V. *infra*.

⁷³ Cfr. PATTI, *Delle prove*, Art. 2697-2739, cit., 115.

1218 c.c. un apposito paragrafo. La trattazione prenderà dunque le mosse dall'esame dell'art. 1494, c. 1, c.c.

In materia di vendita, come noto, il compratore, al di là dell'esercizio delle azioni edilizie, può agire per ottenere il risarcimento del danno, ove dimostri la presenza di «vizi della cosa»; spetta invece al venditore, al fine di sottrarsi all'obbligo risarcitorio, dimostrare «di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa». Il tenore letterale dell'art. 1494, c. 1, c.c. ha indotto parte della dottrina a ravvisare in esso una presunzione (legale relativa) di colpa del venditore, determinante un'inversione della normale distribuzione del carico probatorio fra le parti nel processo⁷⁴.

Altri autori hanno invece affermato trattarsi di una (solo) apparente alterazione della regola generale di cui all'art. 2697 c.c.⁷⁵. In effetti, la norma in esame più che considerare la colpa quale fatto costitutivo-presunto, sembra attribuire all'ignoranza non colpevole la natura di fatto impeditivo; una natura questa che sposta sul venditore-convenuto l'onere di offrire la relativa prova, in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 2697 c.c.

Un discorso pressoché analogo pare potersi altresì svolgere con riferimento all'art. 1578, c. 2, c.c., in tema di vizi della cosa locata. Benché a prima vista possa sembrare che l'imposizione al locatore-convenuto dell'onere della prova circa l'ignoranza dei vizi dipenda dalla presenza di una presunzione di conoscenza di questi, tale imposizione dipende, piuttosto, dalla natura di fatto impeditivo attribuita all'assenza di colpa⁷⁶.

A maggior ragione – è stato evidenziato – rilievi simili possono farsi in riferimento alla fattispecie disciplinata dall'1588, c. 1, c.c., posto che per sottrarsi

⁷⁴ Sul concetto di colpa del venditore, cfr. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore. Artt. 1490-1499*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012; BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993, 981; CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, 258; GALGANO, voce *Vendita (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLVI, 1993, 495; RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1971, 824; TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 34.

⁷⁵ V., per tutti, PATTI, *ult. op. cit.*, 116.

⁷⁶ Sul punto, già MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, Torino, 1968, 288.

all'obbligo risarcitorio, il conduttore deve dimostrare non l'assenza di colpa, bensì la non imputabilità a sé della perdita o del deterioramento della cosa locata. Sembra cioè assistersi a una modificazione legislativa del riparto *dell'onus probandi*, realizzata mediante la configurazione di un fatto impeditivo non in termini soggettivi (assenza di colpa), bensì oggettivi (non imputabilità della causa). Una circostanza, questa, che pone ulteriore distanza rispetto alla possibilità di invocare lo schema presuntivo a fondamento della particolare distribuzione del carico probatorio realizzata.

Un'altra norma di ripartizione dell'onere della prova (non sussumibile in una presunzione) sembra poi potersi ravvisare nel combinato disposto degli artt. 1681, c. 1, c.c. e 1693, c. 1, c.c., in tema di contratto di trasporto⁷⁷. Ai sensi dell'art. 1681, c. 1, c.c., il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o dell'avaria della cosa trasportata «se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno». L'art. 1693, c. 1, c.c. disciplina la responsabilità del vettore per i danni riguardanti le cose consegnategli per il trasporto ove costui non provi che «la perdita o l'avaria è derivata dal caso fortuito, dalla natura o dei vizi delle cose stesse o dal loro imballaggio, o dal fatto del mittente o da quello del destinatario».

Ebbene, in linea con i precedenti ragionamenti, non pare corretto qualificare la particolare ripartizione dell'onere della prova disciplinata negli articoli in esame al pari di una presunzione. Tanto più che in questi, anziché fatti, sembrerebbero presunti criteri di imputazione; certo insuscettibili di presunzione⁷⁸. Alla luce di ciò, pare allora più convincente ricondurre la prospettata distribuzione del carico probatorio alla distinzione tra fatti costitutivi e fatti modificativi, estintivi e impeditivi; e così, alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c.

⁷⁷ In argomento v., ad es., SCALFI, *Considerazioni sulla responsabilità del vettore nel trasporto terrestre per la perdita a causa di furto delle cose trasportate*, in *Resp. civ. e prev.*, 1975, 471 ss.

⁷⁸ Come rilevato da VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974, 283, oggetto di presunzione possono essere fatti, ma non criteri.

A ulteriore conferma dell'esistenza nel nostro ordinamento di fattispecie contenenti regole particolari sull'onere della prova, merita soffermarsi su un'altra norma in materia di responsabilità del vettore⁷⁹. Nell'art. 1693, c. 2, c.c. ricorre senza dubbio lo schema presuntivo, posto che dall'accettazione senza riserve delle cose da trasportare da parte del vettore (fatto noto) si desume, in via induttiva, l'assenza di vizi apparenti di imballaggio (fatto ignoto)⁸⁰. Tale circostanza è, in effetti, un fatto costitutivo del quale viene presunta l'esistenza; per contro, i fatti la cui prova è richiesta dagli artt. 1681, c. 1, c.c. e 1693, c. 1, c.c. per andare esenti da responsabilità hanno natura di fatti impeditivi. Ne consegue che mentre in un caso si realizza una vera e propria inversione dell'onere della prova, nell'altro, invece, il carico probatorio viene ripartito in maniera identica a quanto risulterebbe in applicazione dell'art. 2697 c.c.⁸¹.

Ecco allora che emerge il ruolo essenziale dell'interprete per distinguere i fenomeni di modificazione dell'*onus probandi* effettivamente presenti, rispetto a quelli che vengono in rilievo solo in apparenza.

Nel corso di questa breve ricognizione delle principali norme particolari di ripartizione dell'onere della prova, non sembra possibile tralasciare l'istituto della c.d. astrazione processuale. Ai sensi dell'art. 1988, c. 1, c.c., come noto, promessa di pagamento e ricognizione di debito hanno l'effetto di «dispensa[re] colui a

⁷⁹ Cfr. PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721 - 2729*, cit., 118. L'A. ritiene che la ricorrenza di norme di ripartizione dell'onere della prova, e non di presunzioni, sarebbe altresì confermata dalla Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, 357 ss., ove si legge che: «la prova della causa non imputabile non dovrà sempre condurre alla diretta e positiva identificazione dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità. Potrà alle volte ricavarci da elementi presuntivi, tra i quali notevole rilevanza può avere la dimostrazione della condotta diligente del debitore; dimostrazione che talora potrà anche essere di per sé sufficiente. Quando non è necessaria la prova diretta e positiva dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità, si dovrà stabilire tenendo conto delle circostanze, in relazione alla natura del rapporto o alla prestazione che ne forma oggetto. Così, in generale, nei rapporti la cui disciplina si è riconnessa al *receptum*, il debitore sarà tenuto a dare la prova specifica dell'evento produttivo di danno (artt. 1693, 1784, c. 3, e 1787 c.c.); per converso, in altri casi, risulta esclusa la necessità di tale prova ed è sufficiente quella della diligenza del debitore nel custodire la cosa (artt. 1768, 1805, con particolari modalità, 1807). Nell'art. 1681, c. 1, c.c., si richiede infine che il debitore dimostri (soltanto) di avere adottato «tutte le misure atte a evitare il danno».

⁸⁰ V. Cass., 5 ottobre 1978, n. 4448, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Trasporto (contratto di)*, n. 15.

⁸¹ Cfr. ancora PATTI, *ult. op. loc. cit.*

favore del quale è [sono] fatta[e] dall'onere di provare il rapporto fondamentale»⁸². Rapporto la cui esistenza – così dispone il c. 2 – «si presume fino a prova contraria»⁸³.

Bisogna anzitutto segnalare che, forse anche a causa del riferimento testuale alla “attività presuntiva”, il corretto inquadramento della citata disposizione ha da sempre suscitato numerosi dubbi⁸⁴. Nonostante una diffusa opinione dottrinale e giurisprudenziale attribuisca all’astrazione processuale valore di presunzione *iuris tantum*, da cui discende un’inversione dell’onere della prova, pare più corretto considerare l’art. 1988 c.c. come norma particolare di distribuzione dell’*onus probandi*⁸⁵. Una norma che però, diversamente da quelle affrontate in precedenza, deroga alla regola generale di cui all’art. 2967 c.c.⁸⁶.

In generale, il creditore che intenda ottenere il pagamento di una somma di denaro, deve provare l’esistenza del credito o, meglio, del fatto costitutivo del

⁸² Sulla distinzione tra le due figure, v. BETTI, *Ricognizione di debito e promessa di pagamento secondo il nuovo codice*, in *Temi emil. (Studi in memoria di Segré)*, 1943, II, 147 ss. e PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento di debito*, in *Giur. it.*, 1948, I, 19 ss.

⁸³ Si segnala che l’art. 1988 c.c. prevede, con riferimento alla promessa ed al riconoscimento, quanto l’art. 1121 cod. civ. 1865 stabiliva, in generale, affermando che la causa, dei contratti in cui non fosse «espressa», si presume fino a prova contraria. V. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547 ss., spec. 555.

⁸⁴ Nel senso che l’accenno alla presunzione sia «superfluo ed erroneo», v. quanto riporta FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, 166. Secondo SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 702, «l’uso del vocabolo “presume” è testimonianza definitiva dell’orientamento probatorio della regola. La promessa ricognitiva fonda una presunzione relativa di causa; dunque, esonera il promissario dall’onere di provarla per ottenere la condanna del promittente».

⁸⁵ In generale *sub. art. 1988 c.c.*, v. BRANCA, *Promesse unilaterali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1962, *sub. art. 1988*, 368 ss.; CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1942, 235 ss.; D’ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, 413 ss.; ID., voce *Promesse unilaterali*, in *Dig. civ.*, XV, Torino, 1997, 428 ss.; DI MAJO, voce *Promessa unilaterale (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 57 ss.; GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 240 ss.; GRAZIANI, voce *Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 6 ss.; MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 65 ss.; PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento del debito*, cit., 20 ss. Per un quadro delle teorie sviluppate sotto la vigenza del codice abrogato, e in particolare quella del Giorgianni, v. PATTI, *Funzione probatoria della forma, presunzioni e onere della prova: a proposito degli artt. 1988 e 1218 cod. civ.*, in *La forma degli atti nel diritto privato, Studi in onore di Giorgianni*, Napoli, 1988, 559 ss.

⁸⁶ Cfr. PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721 - 2729*, cit., 100 ss.; ID., *Delle prove, Art. 2697-2739*, cit., 196 ss., alle cui osservazioni per approfondimenti si rinvia.

diritto di credito. In forza della disciplina di favore dettata dall'art. 1988 c.c., invece, per trovare soddisfazione al creditore è sufficiente produrre in giudizio una dichiarazione del convenuto (la promessa di pagamento o la ricognizione di debito) in cui si dà atto dell'esistenza di un rapporto obbligatorio, ancorché non sia menzionato il fatto costitutivo⁸⁷. Si parla, come noto, di «astrazione processuale» non essendo, almeno in prima battuta, necessario provare il rapporto base⁸⁸.

In ragione di ciò, è stato affermato che il significato dell'art. 1988 c.c., ossia la manifestazione del *favor legis* nei confronti del creditore-attore, sia quello di addossare al debitore-convenuto la prova dell'inesistenza del rapporto fondamentale⁸⁹. I rilievi svolti consentono di concludere che si tratta di una norma particolare di ripartizione dell'onere della prova che – questa la caratteristica fondamentale – diversamente da quelle precedentemente affrontate, inverte tradizionale ripartizione dell'onere della prova fra le parti nel corso del processo⁹⁰.

⁸⁷ Per una critica all'interpretazione dell'art. 1988 c.c. come norma dotata di un'efficacia probatoria analoga a quella della confessione stragiudiziale, secondo la teoria del Furno, v. MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, cit., 76 ss.

⁸⁸ Sul punto, v. Cass. 8 agosto 2007, n. 17423, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Promesse unilaterali*, n. 3. Si ricorda che la mancanza di causa determina ai sensi dell'art. 1418, c. 2, c.c. la nullità del contratto; tale previsione si ritiene confermare il divieto di costruire negozi astratti, ossia negozi mediante i quali la dichiarazione di volontà risulta separata dalla causa che le sta alla base e la giustifica. Pertanto, nemmeno la promessa di pagamento o la ricognizione di debito danno origine a negozi sostanzialmente astratti; la loro astrattezza del rapporto fondamentale rimane circoscritta al campo processuale, senza mai estendersi a quello materiale. Secondo la tesi dominante, la norma si riferisce all'ipotesi in cui la promessa di pagamento e la ricognizione di debito siano per così dire pure, ossia non facciano riferimento al rapporto fondamentale dal quale traggono giustificazione. In senso contrario, v. PATTI, *Delle prove, Art. 2697-2739*, cit., 199, il quale osserva che «la suddetta astrazione – alla luce della normativa prevista nel codice vigente – opera anche se la promessa o il riconoscimento sono titolati, cioè risulta la causa dell'obbligazione».

⁸⁹ Cfr. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, cit., 433 ss.

⁹⁰ È stato peraltro negato che il regime probatorio previsto nell'art. 1988 c.c. modifichi la regola generale di cui all'art. 2697 c.c., trattandosi del «normale regime probatorio scaturente dall'applicazione dei principi alla specie»; così SCALISI, voce *Negozi astratti*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 77. L'A. afferma che si sarebbe dovuto parlare di inversione se la legge avesse addossato l'onere di provare il rapporto fondamentale al beneficiario della promessa oppure del riconoscimento.

Quanto poi alla *ratio* di tale inversione, essa pare consistere nella *voluntas legis* di agevolare sul piano processuale e, in particolare, probatorio il soggetto (creditore) che riceve una promessa unilaterale.

In conclusione, le ipotesi normative analizzate sembrano attestare che talvolta il legislatore, al fine di intervenire sulla distribuzione dell'onere della prova fra le parti nell'ambito del processo, anziché avvalersi dello strumento presuntivo, qualifica in un certo modo un determinato fatto della fattispecie sostanziale. Si tratta di due fenomeni distinti che, tuttavia, la prassi tende talvolta a sovrapporre in ragione di un almeno apparente simile effetto. Sia in forza di una presunzione che in presenza di una norma particolare sull'onere della prova, invero, la dimostrazione di un fatto (principale) che ci si aspetterebbe gravare su una certa parte viene invece posto in capo all'altra. E il motivo per cui ciò avviene è analogo: il particolare *favor legis* nei confronti di un determinato soggetto o di una certa situazione giuridica.

In altri termini, il legislatore interviene sulla distribuzione del carico probatorio al fine di tutelare la parte debole del rapporto sostanziale o che, comunque, incontrerebbe maggiori difficoltà di prova. In estrema sintesi, sembra emergere in modo sufficientemente nitido che, talvolta, il legislatore modifica la disciplina sostanziale della fattispecie al fine di “aggiustare il tiro” nel campo processuale, in considerazione del bilanciamento dei concreti interessi in gioco, nonché del principio di vicinanza della prova.

6. *Il regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c.*

È a questo punto finalmente possibile soffermarsi su una disposizione davvero cruciale: quella che disciplina la responsabilità del debitore che non adempie l'obbligazione assunta. Buona parte della dottrina ritiene che l'art. 1218 c.c. contenga una deroga al principio generale dell'*onus probandi*; nello specifico,

un'inversione dell'onere della prova connessa all'esistenza di una presunzione di colpa del debitore⁹¹.

Tale interpretazione non pare, però, soddisfacente. Come noto, la formula dell'art. 1218 c.c. pone espressamente a carico del debitore la prova che «l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile». Un'imputabilità, cioè, non evitabile né superabile con l'ordinaria diligenza dovuta.

Muovendo dal dato letterale è stato affermato che, in ultima analisi, la prova liberatoria posta a carico del debitore consisterebbe nell'assenza di colpa⁹². Una soluzione questa che, in effetti, sembra portare a ravvisare la presenza, in materia di responsabilità contrattuale, di un'inversione del regime probatorio rispetto a quello delineato dall'art. 2697 c.c. Ai sensi di tale norma generale, infatti, spetterebbe al creditore-attore provare i fatti costitutivi della pretesa, fra i quali rientra, appunto, anche la colpa del debitore⁹³.

È appena il caso di precisare che accanto alla non imputabilità dell'inadempimento, ossia all'assenza di colpa, un'altra strada risulta percorribile per il debitore che cerchi di sottrarsi all'altrui pretesa risarcitoria: provare l'avvenuto adempimento. Una cosa, infatti, è che il creditore affermi di aver subito un inadempimento; altra è che questo si sia realmente verificato.

Queste prime osservazioni sembrano delineare il perimetro di una questione tanto discussa quanto complessa: stabilire se, effettivamente, l'art. 1218 c.c. contiene una presunzione di colpa del debitore che determina un'inversione dell'onere della prova. Si rivela infatti sempre attuale la domanda se non sia possibile ricostruire la fattispecie, invece, quale regola di ripartizione dell'onere

⁹¹ Cfr., per tutti, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 33 ss.; SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 670 ss., spec. 673.

⁹² In argomento, v. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 166 ss.; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987, 42 ss.

⁹³ Come si vedrà a breve, parte della dottrina ha invece affermato essere compito del creditore provare l'altrui colpa; v., ad es., MAIORCA, voce *Colpa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 535 ss.

della prova, alla luce della natura costitutiva oppure estintiva, modificativa o impeditiva di determinati fatti. Un'opzione questa, peraltro, in grado di risolvere il (solo apparente) contrasto fra gli artt. 1218 e 2697 c.c. e, dunque, di riportare a unità il regime probatorio vigente in ambito contrattuale con quello generale.

Procedendo con ordine, è possibile constatare una certa unanimità di opinioni quanto al fatto che la norma ponga a carico del creditore la prova dell'esistenza del rapporto obbligatorio⁹⁴. Per contro, è da sempre oggetto di dispute stabilire se al creditore agente che lamenta una violazione del suo diritto, oltre all'onere di provare la fonte di questo, spetti anche quello di dimostrare il mancato (o inesatto) adempimento del debitore.

Varie risultano le soluzioni prospettate nel panorama dottrinale durante gli anni, così come le argomentazioni che le sorreggono. E pare davvero utile ricordarle, prima di prestare attenzione al formante giurisprudenziale e, in particolare, a quel noto intervento delle Sezioni Unite nel 2001, propenso ad accordare riposta negativa al suesposto quesito⁹⁵.

Al fine di giustificare l'esenzione del creditore dall'onere di provare l'inadempimento del debitore, la dottrina meno recente focalizzava l'attenzione sulla distinzione tra fatti positivi e fatti negativi, e si appellava al brocardo latino «*negativa non sunt probanda*». Un principio, questo, rispondente ad apprezzabili esigenze pratiche, ma scarsamente adeguato a supportare la soluzione prospettata⁹⁶. Nel pensiero giuridico moderno, infatti, tale brocardo non trova più

⁹⁴ Tale rapporto, infatti, oltre a rappresentare il titolo della domanda, è *in primis* elemento costitutivo del diritto al risarcimento; pertanto, spetta al creditore agente provarlo. A tal proposito, osserva TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 69 ss.: «il diritto definisce e determina ciò che nel processo costituisce il fatto».

⁹⁵ Con la sentenza n. 13533/2001, le Sezioni Unite hanno posto fine all'annoso dibattito giurisprudenziale in tema di regime probatorio da applicare in riferimento alle azioni previste dall'art. 1453 c.c., chiarendo che «in materia di obbligazioni contrattuali, l'onere della prova dell'inadempimento incombe al creditore, che è tenuto a dimostrarlo, oltre al contenuto della prestazione stessa, mentre il debitore, solo dopo tale prova, è tenuto a giustificare l'inadempimento che il creditore gli attribuisce».

⁹⁶ Rileva DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 577: «Le ragioni di opportunità e le considerazioni di "migliore attitudine alla prova" ad esso sottese fanno infatti sembrare eccessivamente gravosa una regola probatoria che

cittadinanza sulla base di due semplici rilievi⁹⁷. Da un lato si evidenzia la presenza, peraltro non poi così rara, di ipotesi di prova di fatti negativi previsti dalla legge (ad es., artt. 2033, 2047 e ss. e 2900 c.c.); dall'altro si osserva che secondo giurisprudenza consolidata la qualificazione negativa di una circostanza non è di per sé sufficiente ad esimere dall'onere di darne la prova, essendo questa possibile mediante la dimostrazione di fatti positivi contrari⁹⁸.

Una seconda impostazione, facendo riferimento al fatto che individua la pretesa del creditore, affermava che quest'ultimo avrebbe dovuto provare solo il credito, in caso di domanda diretta all'esercizio del diritto; anche l'inadempimento in ipotesi di domanda volta al conseguimento di un effetto che presuppone tale fatto. Di conseguenza, la conclusione era che la domanda di risoluzione – certamente basata sull'inadempimento – esigeva sempre la dimostrazione da parte dell'attore dell'altrui mancata esecuzione del vincolo contrattuale⁹⁹.

Infine, un'altra lettura ancora muoveva dall'assunta operatività del c.d. principio di persistenza del diritto. Secondo questa opinione, bisognava considerare che la regola di cui all'art. 2697 c.c., quando richiede al convenuto la prova della modificazione o dell'estinzione del diritto fatto valere dall'attore, sanziona una presunzione di persistenza del diritto¹⁰⁰. E tale presunzione, quando si tratta di pretese creditorie destinate ad essere estinte entro un certo termine attraverso l'adempimento, implica una presunzione di mancata esecuzione, ossia

costringa il creditore a provare avvenimenti che, oltre a non rientrare nella sua sfera di controllo, non si sono appunto verificati».

⁹⁷ Sulla falsità del brocardo «*negativa non sunt probanda*», v. cap. IV, par. 5.

⁹⁸ V., fra le molte, Cass. 22 ottobre 1976, n. 3741, in *Arch. civ.*, 1977, 293; Cass. 27 giugno 1978, n. 3169, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1313, con nota di ALVINO; Cass., 28 aprile 1981, 2586, in *Giur. it.*, 1982, I, 560; Cass. 15 giugno 1982, n. 3664, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Prova civile in genere*, n. 5; Cass. 10 marzo 1986, n. 1614, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1986, I, 598, con nota di DONDI. Conformi in dottrina, ad es., L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1985, 212; PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 76; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 117 ss.. Sull'evoluzione e sui limiti del principio *negativa non sunt probanda* v., per tutti, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 33 ss.

⁹⁹ Cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 370.

¹⁰⁰ Cfr. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, cit., 175.

di inadempimento¹⁰¹. Pertanto, il creditore era tenuto a provare l'esistenza del rapporto e della scadenza del termine; non anche l'inadempimento del debitore.

La problematica ricostruzione del riparto degli oneri probatori in ambito contrattuale risulta oggi risolta nel senso di dispensare il creditore agente sempre e comunque – e, dunque, indipendentemente dal *petitum* per cui agisce – dalla prova dell'altrui inadempimento. Dottrina e giurisprudenza unanimi, infatti, ritengono che, in base al disposto di cui all'art. 1218 c.c., spetta al debitore-convenuto fornire la prova liberatoria dell'avvenuto adempimento o della non imputabilità a sé dell'inadempimento¹⁰².

Le ragioni a monte di tale ermeneutica saranno analizzate più nel dettaglio. Fin da subito, può però osservarsi che tale lettura ben si sposa con il principio «di vicinanza» o «migliore attitudine alla prova»¹⁰³. In considerazione del fatto che l'inadempimento si verifica nella sfera del debitore, costui pare invero il soggetto meglio in grado di conoscere, e quindi dimostrare, le cause giustificative del

¹⁰¹ La presunzione di persistenza del diritto non opera, invece, quando si tratta di pretese di salvaguardia (destinate ad estinguersi normalmente con lo spirare del termine di scadenza) o quando il creditore ha ammesso l'esecuzione della prestazione contestandone solo l'esattezza. In tali ipotesi, dunque, incombe al creditore la prova specifica dell'asserito inadempimento.

¹⁰² Sul punto, v. la ricostruzione offerta da DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Tratt. Roppo*, V, Milano, 2006, spec. 197-204.

¹⁰³ Precisano gli Ermellini nella motivazione addotta a sostegno del noto intervento n. 13533/2001: «L'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c. (e non soltanto nel caso di domanda di adempimento), con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento, è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. In virtù di tale principio, che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione, l'onere della prova viene infatti ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione». Conforme in dottrina, ad es., DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2015, 256, il quale rileva che d'altronde sarebbe «illogico, oltre che di scarsa fattibilità, onerare il soggetto (della prova) di un fatto "negativo", che l'evento non si è verificato (*negativa non sunt probanda*)» ed anche giusta il «principio della "vicinanza" e/o della "riferibilità" della prova [...], ove si assuma che i fatti di inadempimento riguardino in misura più diretta la sfera del debitore [...], è a quest'ultimo che incombe la prova liberatoria (di aver adempiuto), restando al creditore solo l'onere di provare la titolarità del proprio diritto e l'allegazione della sua mancata soddisfazione». Diversamente, secondo BIANCA, *ult. op. cit.*, 167, alla base di tale riparto dell'onere della prova si trova una massima di comune esperienza; e cioè che «la lesione dell'altrui diritto è di regola il risultato di un comportamento negligente e solo eccezionalmente l'applicazione della dovuta diligenza non raggiunge l'effetto previsto per il verificarsi di un impedimento inevitabile».

proprio eventuale impedimento. Pertanto, sembra logico, nonché rispondente a ragioni di giustizia sostanziale, porre l'onere della prova liberatoria a carico del debitore.

Chiarito tale aspetto, resta a questo punto da capire se una simile disciplina configuri o meno un' inversione dell'onere della prova rispetto alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c. A tal proposito, sembra piuttosto agevole escludere la presenza di una qualche deroga ove la prova gravante sul debitore per andare esente da responsabilità consista nel dimostrare l'avvenuto adempimento. Ciò in quanto tale comportamento rappresenta, per così dire, il fatto estintivo per antonomasia. A tale osservazione, si aggiunga il rilievo che – come già evidenziato – il criterio generale consacrato nell'attuale art. 2697 c.c. sostituisce l'art. 1312 cod. civ. 1865. In effetti, tale norma attribuiva al creditore unicamente la prova dell'obbligazione, imponendo al debitore l'onere di dimostrare, appunto, il pagamento o gli altri fatti estintivi¹⁰⁴.

Qualora poi la prova liberatoria consista nella non imputabilità a sé dell'inadempimento, sembra parimenti possibile disattendere l'opinione che ravvisa nell'art. 1218 c.c. un'ipotesi di inversione dell'onere della prova. Ciò in quanto, come osservato da alcuni studiosi, di presunzione di colpa del debitore potrebbe parlarsi «soltanto alla luce dell'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale che, accentuando il ruolo della diligenza del debitore, intende comunque attribuire rilievo alla condotta colpevole»¹⁰⁵.

In conclusione, alla luce dei rilievi svolti, sembra allora più convincente considerare l'art. 1218, c.c. norma particolare di ripartizione dell'onere della prova e, come tale, conferma piuttosto che deroga al più generale principio di cui all'art. 2697 c.c. In tale prospettiva, l'attore che faccia valere il proprio credito derivante da un'obbligazione contrattuale dovrà dunque provarne il titolo, in

¹⁰⁴ In senso parzialmente contrario MICHELI, *ult. op. loc. cit.*, afferma: «non si può opporre che l'adempimento costituisca sempre un tratto estintivo, eppertanto da provarsi dal convenuto, poiché esso non è da considerare quale un tema fisso di prova, dato che l'art. 1312 contemplava una precisa *species*, quella cioè in cui il creditore (attore) chiede all'obbligato (convenuto) l'adempimento del suo dovere».

¹⁰⁵ Così PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721 - 2729*, cit., 116.

quanto fatto costitutivo del diritto; per contro, dell'inadempimento sarà sufficiente l'allegazione. Spetterà infatti al convenuto provare l'avvenuto adempimento oppure la non imputabilità a sé dell'(eventuale) inadempimento¹⁰⁶.

E tale onere probatorio nulla ha a che fare con la presenza (solo apparente) nell'art. 1218 c.c. di una presunzione di colpa del debitore. Esso è conseguenza diretta della natura tipicamente estintiva dell'adempimento, nonché della qualificazione impeditiva attribuita alla non imputabilità dell'inadempimento, ossia all'assenza di colpa¹⁰⁷.

A questo riguardo, pare ancora opportuno precisare che la dottrina non risulta unanime nell'identificare l'impossibilità liberatoria con l'impedimento non evitabile né superabile con la diligenza dovuta; dunque, in ultima analisi, con l'assenza di colpa. Secondo un'opinione minoritaria, infatti, la nozione di colpa contrattuale andrebbe ricostruita, anziché come negligenza (ossia assenza di diligenza dovuta), in termini di inadempimento. Conseguenza di tale tesi sarebbe, allora, che spetta al creditore dimostrare l'altrui colpa-inadempimento, in quanto fatto costitutivo del diritto al risarcimento¹⁰⁸.

7. Apparenti presunzioni (di colpa) in materia di responsabilità extracontrattuale

Analogamente a quanto avviene in ambito contrattuale, anche in materia di responsabilità extracontrattuale sembra replicarsi la tendenza dottrinale e giurisprudenziale a parlare con eccessiva frequenza di «presunzioni di colpa» e di «inversioni dell'onere della prova».

Del resto, se da un lato la norma cardine in materia di responsabilità aquiliana appare plasmata proprio sul criterio tradizionale di ripartizione

¹⁰⁶ Questa la soluzione accolta dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 13533/2001; v. nota n. 102.

¹⁰⁷ Riguardo la dimostrazione dell'assenza di colpa, non pare tuttavia necessario pretendere dal debitore l'individuazione di una causa specifica. V. BIANCA, *ult. op. cit.*, 170; *contra* VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, cit., 44.

¹⁰⁸ Ampiamente VISINTINI, *ult. op. cit.*, 43.

dell'onere della prova, dall'altro le disposizioni di cui agli artt. 2047 ss. c.c. sembrano, in effetti, discostarsi dal quel modello. Ciò in quanto tali disposizioni, diversamente da quanto ci si aspetterebbe, non impongono al danneggiato che chiede il risarcimento la prova della colpa del soggetto agente. Prova che, ex artt. 2697 e 2043 c.c., dovrebbe gravare sull'attore dal momento che, almeno in linea teorica, verrebbe da ritenere la colpa quale elemento costitutivo della pretesa risarcitoria¹⁰⁹. È invece sufficiente leggere il testo gli artt. 2047 ss. c.c. per accorgersi che la scelta legislativa va in direzione opposta.

Sorgono allora alcuni interrogativi. Anzitutto, viene da chiedersi se le citate disposizioni configurino ipotesi *tout court* di inversione dell'onere della prova o, per contro, siano manifestazioni di un fenomeno più complesso. Secondariamente viene da domandarsi se la disciplina in queste contenuta vada colta quale forma di allontanamento dalla regola generale o, per contro, celi in realtà un riavvicinamento ad essa. Da ultimo, sarà necessario sforzarsi di ricostruire la *ratio* di tali norme.

Quanto al primo quesito, è possibile constatare che le norme dettate in tema di responsabilità extracontrattuale si prestano, a una prima lettura, ad essere colte quali ipotesi di presunzioni di colpa del soggetto agente, in forza delle quali l'attore-danneggiato è esentato della prova della sussistenza dell'altrui elemento

¹⁰⁹ Come noto, secondo la tesi tradizionale l'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c. richiede all'attore la prova della colpa; sul punto, ampiamente DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., 143 ss. Un'opinione minoritaria piuttosto datata ritiene, però, che anche in tale fattispecie spetti al convenuto la prova liberatoria dell'assenza di colpa; in tal senso, v. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962, II, 797; ID., *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, 572 ss., spec. 578, il quale vorrebbe costruire un sistema unico fra le norme di cui agli artt. 2043 e 2047 ss. c.c.; CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 743 ss.; ORLANDO CASCIO, *Teoria della responsabilità per colpa*, Milano, 1938, 92. *Contra*, ampiamente COMPORTI, *Le presunzioni di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 615 ss., spec. 650; ID., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte. Artt. 2044-2048*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002, 144, il quale ritiene l'opinione minoritaria «in contrasto con i principali sistemi giuridici della responsabilità civile, nei quali è chiara la contrapposizione tra la norma fondamentale che prevede la colpa come criterio di imputazione e le altre norme regolanti in modo più rigoroso particolari ipotesi mediante inversione dell'onere della prova; e altresì in contrasto con il processo formativo ed evolutivo delle regole di responsabilità attuatosi mediante lo spostamento dell'onere della prova della colpa dall'attore al convenuto».

soggettivo. Pare, tuttavia, maggiormente convincente quella diversa impostazione teorica che dubita in tali fattispecie sia una presunzione *iuris tantum* a determinare una ripartizione dell'onere della prova diversa da quella che risulterebbe in applicazione dell'art. 2697 c.c.¹¹⁰.

Nelle ipotesi contemplate negli artt. 2047 ss. c.c. non sembra, invero, realizzarsi l'inversione del carico probatorio tipico delle presunzioni legali, quanto piuttosto una diversa qualificazione degli elementi della fattispecie. Più nel dettaglio, anziché essere prevista la colpa del soggetto agente quale fatto costitutivo del diritto al risarcimento, pare presa in considerazione la mancanza di colpa quale fatto impeditivo di tale diritto¹¹¹.

Ne consegue che può dirsi conforme al principio di cui all'art. 2697, c. 2, c.c. gravare il convenuto della relativa prova. Pertanto, sulla base di tali rilievi, non sembra pienamente condivisibile la tesi secondo cui nelle norme in esame si assiste a un'inversione dell'onere della prova a fronte dell'esistenza di una presunzione di colpa del danneggiante¹¹². Più corretto pare, infatti, indentificare le stesse come norme particolari di ripartizione dell'onere della prova, in connessione alla peculiare natura attribuita all'elemento della colpa¹¹³.

Chiarito tale aspetto, la questione risulta però tutt'altro che esaurita. Occorre, infatti, considerare che la mancanza di colpa, oltre a configurarsi quale elemento impeditivo del diritto al risarcimento, integra altresì fatto negativo. Una

¹¹⁰ Secondo PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 176: «il ricorso alla figura della presunzione per la spiegazione delle diverse fattispecie di responsabilità civile dimostra in generale l'attaccamento a uno schema che trova soltanto una parziale rispondenza nel testo normativo».

¹¹¹ Cfr. COMPORTI, *Le presunzioni di responsabilità*, cit., 652 e PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721 - 2729*, cit., 119.

¹¹² Il richiamo all'inesistente fenomeno dell'inversione, ritiene COMPORTI, *ult. op. cit.*, 654, «può forse spiegarsi per il fatto che tradizionalmente si è inteso costruire la disciplina della responsabilità civile sulla norma di cui all'art. 2043 c.c., rispetto alla quale le fattispecie di cui agli artt. 2047, 2048, 2050, 2054, c. 1, c.c. presentano in effetti una inversione dell'onere».

¹¹³ V. nuovamente PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721 - 2729*, cit., 98.

circostanza questa che, inevitabilmente, implica che la relativa prova sia fornita mediante la dimostrazione di fatti positivi contrari¹¹⁴.

Su questa linea risultano configurate le c.d. prove liberatorie richieste dalle fattispecie di cui agli artt. 2047 ss. c.c. In esse è lo stesso dato normativo a non prevedere, per andare esenti da responsabilità, alcun riferimento al criterio della colpa o, meglio, della mancanza di colpa¹¹⁵. Per sottrarsi all'obbligo risarcitorio, infatti, al soggetto di volta in volta considerato non è sufficiente dimostrare il fatto positivo contrario all'assenza di colpa; cioè di aver tenuto una condotta diligente. Costui risponderà qualora non dimostri le specifiche circostanze liberatorie richieste dalle singole disposizioni¹¹⁶.

Sembra allora realizzarsi uno spostamento, se non persino un ampliamento, del tema di prova verso profili non direttamente connessi agli elementi costitutivi della fattispecie. E il risultato che si ottiene è di rendere sempre più favorevole la posizione del danneggiato e, al contempo, sempre più sfuggente la rilevanza della colpa del soggetto agente chiamato a rispondere¹¹⁷.

Ciò detto, a conferma delle osservazioni svolte, pare opportuna un'esemplificazione delle prove liberatorie previste dalle principali disposizioni in materia di responsabilità civile. Disposizioni che, forse anche in ragione di questo spostamento del *thema probandum*, la dottrina è solita ricondurre alle due macro-aree della «responsabilità indiretta o per fatto altrui» e della «responsabilità

¹¹⁴ Secondo costante giurisprudenza, infatti: «L'onere della prova dei fatti costitutivi, modificativi ed estintivi del diritto grava sul soggetto che faccia valere il diritto stesso, o ne eccepisca modificazione, impedimento, estinzione, anche se tali fatti siano negativi, poiché la negatività determina non l'inversione dell'onere della prova, ma l'onere di fornire contro prova dei fatti positivi»; così, *ex multis*, Cass. 10 marzo 1986, n. 1614, in *Nuova Giur. civ. Comm.*, 1986, I, 598, con nota di DONDI.

¹¹⁵ Generalmente la dottrina ritiene che la prova dell'assenza di colpa possa essere raggiunta mediante la dimostrazione di un comportamento accorto e prudente del soggetto. In altri termini, si considera non sussistere la colpa ove venga riscontrata nell'agente la diligenza dovuta; di conseguenza, la responsabilità è esclusa dalla prova di tale diligenza. V., per tutti, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., 97; e MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi": studio critico*, Milano, 1954, 290, n. 33.

¹¹⁶ Cfr. COMPORTI, *Le presunzioni di responsabilità*, cit., 651.

¹¹⁷ Nel senso che le regole sulla ripartizione dell'onere della prova servono a indebolire il principio della colpa, v. ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, II, Tübingen, 1984, 396.

oggettiva», a seconda che l'ordinamento addossi sul soggetto il rischio di danni prodotti dalla condotta altrui (artt. 2046-2049 c.c.) ovvero l'obbligo risarcitorio si fondi su una data relazione fra il responsabile e la cosa (o l'animale) che ha generato il pregiudizio (artt. 2050-2054 c.c.)¹¹⁸. Ciò seppur – afferma parte della dottrina – di responsabilità oggettiva potrebbe propriamente parlarsi solo con riferimento all'ipotesi di responsabilità di padroni e committenti, «per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti», dal momento che l'art. 2046 c.c. è l'unica norma a non prevedere alcuna possibilità di prova contraria¹¹⁹.

Iniziando con l'analisi dalla disciplina di cui all'art. 2047 c.c., è bene ricordare che tale disposizione prevede che del danno cagionato dall'incapace (di intendere o di volere) risponde il soggetto tenuto alla sorveglianza; ciò salvo costui dimostri di *non aver potuto impedire il fatto*. E analoga prova liberatoria viene richiesta altresì dall'art. 2048, c. 1, c.c. a genitori e tutori per sottrarsi al risarcimento del danno provocato dal fatto illecito dei figli minori (capaci) o delle persone soggette alla loro tutela, con essi conviventi¹²⁰.

¹¹⁸ In argomento, ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 2001, *passim*; BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1991; DE CUPIS, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971; FRANZONI, *Dei fatti illeciti, ivi*, Bologna, 1993; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., *passim*.

¹¹⁹ V. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, *passim*. Quanto alla *ratio legis* di una simile disciplina, in passato si riteneva che la colpa di padroni e committenti derivasse da una loro negligenza nella scelta (*culpa in eligendo*) o nella sorveglianza (*culpa in vigilando*) dei sottoposti. Le teorie più recenti, invece, la riconducono al principio *cuius commoda et eius incommoda*: chi ha il beneficio dell'opera dei sottoposti ne sopporta anche i rischi. In argomento, SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, 698; ID., *Considerazioni sulla responsabilità dei padroni e dei committenti per il fatto dei domestici e dei commessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 170. Si noti che un'ipotesi di responsabilità oggettiva è prevista anche all'ultimo comma dell'art. 2054 c.c. in ordine al «vizio di costruzione» del veicolo, di cui rispondono «in ogni caso» il proprietario del veicolo o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio. (Per quanto concerne il «difetto di manutenzione», parimenti contemplato dalla norma, invece, è preferibile parlare di responsabilità colposa).

¹²⁰ COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte. Artt. 2044-2048*, cit., 215, proprio in relazione a questa possibilità di liberarsi provando «di non aver potuto impedire fatto», ritiene quella dei soggetti indicati nell'art. 2048 c.c. un'ipotesi di responsabilità diretta o per fatto proprio.

Già dal tenore testuale delle citate disposizioni può riscontrarsi uno spostamento del *thema probandum*: il convenuto-danneggiante non è, infatti, tenuto a dimostrare l'assenza di colpa, ma l'inevitabilità del fatto dannoso. Una prova, questa, più complessa, dunque più difficile, che determina un vero e proprio ampliamento del tema oggetto di prova.

Tale conclusione è in linea con quella dottrina e giurisprudenza che si mostrano particolarmente severe nell'esigere dal sorvegliante la prova di non aver potuto impedire il danno. Da un punto di vista contenutistico, infatti, la dimostrazione di questo singolo, per quanto complesso, fatto impeditivo-negativo viene trasformata nella duplice prova positiva inerente la sorveglianza e l'educazione.

Secondo l'orientamento tradizionale – tendenzialmente costante nel tempo – i soggetti contemplati dalle citate disposizioni sono tenuti a dimostrare sia di aver esercitato al momento del fatto un'opportuna sorveglianza (assenza di *culpa in vigilando*), sia di avere in precedenza impartito un'adeguata educazione al minore (assenza di *culpa in educando*)¹²¹. Intendendosi, più nel dettaglio, la prova dello svolgimento di un'attività di vigilanza adeguata alle circostanze e, in particolare, commisurata all'età, al carattere, alle abitudini del minore stesso ed all'ambiente, in modo da prevenire un suo comportamento illecito, unitamente alla dimostrazione di aver dato al minore un'istruzione e un'educazione normali e consone alle proprie condizioni familiari e sociali¹²². La prova di una sola di

¹²¹ Tale orientamento è ampiamente criticato da MAJELLO, *Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore e valutazioni del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria*, in *Dir. e giur.*, 1960, 44. L'A. accusa la giurisprudenza di avere effettuato una libera creazione del diritto, sostituendo la prova liberatoria negativa richiesta dall'art. 2048 c.c. «di non aver potuto impedire il fatto» con la prova positiva di fatti specifici, quali sono quelli di aver sorvegliato la condotta del minore e di avergli comunque impartito una sana e morale educazione.

¹²² Si vedano, fra le tante sentenze conformi così massimate: Cass. 14 giugno 1952 n. 1071, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 284, con nota di TRABUCCHI; Cass. 5 marzo 1954, n. 640, in *Giust. civ.*, 1954, 482; Cass. 22 giugno 1955, n. 1940, *ivi*, 1955, I, 1620, con nota di VENDITTI; Cass. 13 febbraio 1970, n. 348, *ivi*, 1970, I, 532; Cass. 15 ottobre 1973, n. 2595, in *Foro it.*, 1974, I, 1139; Cass. 30 ottobre 1984, n. 5564, *ivi*, 1985, I, 145; Cass. 10 febbraio 1987, n. 1427, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1752; Cass. 24 ottobre 1988, n. 5751, in *Foro it.*, 1989, I, 98; Cass., 29 maggio, 1992, n. 6484, in *Rep. Foro it.*, 1993, v. *Responsabilità civile*, n. 97; Cass. 18 dicembre 1992, n.

queste due circostanze non sarà, pertanto, sufficiente a sottrarre genitori e tutori all'obbligo risarcitorio; per contro, tali circostanze potranno autonomamente rilevare¹²³.

A onor del vero, occorre però precisare che quanto da ultimo esposto non vale con riferimento ai precettori ed ai maestri d'arte indicati nell'art. 2048, c. 2, c.c. Nonostante la formulazione normativa sia identica alla precedente – responsabilità, salvo dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto – per tali soggetti oggetto di prova liberatoria è il solo adempimento dell'adeguato dovere di vigilanza¹²⁴. Probabilmente, questo minor rigore nella valutazione della responsabilità di precettori e maestri d'arte rispetto a quella di genitori e tutori trova spiegazione in relazione al minor contenuto dei doveri su questi gravanti¹²⁵.

13424, *ivi*, 1992, voce cit., n. 125; Cass. 9 giugno 1994, n. 5619, *ivi*, 1994, voce cit., n. 93; Cass. 11 agosto 1997, n. 7459, *ivi*, 1997, voce cit., n. 148; Cass. 20 gennaio 1997, n. 540, *ivi*, 1997, voce cit., n. 145. In particolare, Cass. 10 novembre 1970, n. 2329, in *Mass. Giur. it.*, 1970, 926, ha precisato che il compito di educare il figlio «[...] non può esaurirsi nel fargli impartire l'educazione scolastica obbligatoria, ma va al di là della cultura elementare per abbracciare l'intera personalità in formazione». Successivamente la giurisprudenza ha soprattutto insistito sulla prova da parte del genitore dell'osservanza dei precetti imposti dall'art. 147 c.c. relativo ai «Doveri verso i figli»; v. Cass. 10 agosto 2004, n. 15419, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Responsabilità civile*, n. 298; Cass. 18 gennaio 2006, n. 831, *ivi*, Rep. 2006, voce cit., n. 305.

¹²³ Si pensi, ad es., al caso in cui il genitore non sia stato legittimamente presente al momento della commissione del fatto dannoso e, dunque, nessuna colpa *in vigilando* possa essergli ascritta. Ebbene, in tale ipotesi, il genitore potrà comunque essere ritenuto responsabile ove non dimostri di aver adempiuto i propri doveri di diligenza *in educando* e risulti, altresì, un ragionevole rapporto di causalità fra il fatto illecito del minore e l'eventuale carenza educativa.

¹²⁴ La responsabilità è senz'altro affermata nel caso in cui si accerti il difetto assoluto di vigilanza sugli allievi per l'assenza fisica dell'insegnante, sia durante il tempo delle lezioni sia nel corso della ricreazione, oppure la mancata adozione delle più elementari misure organizzative; cfr., ad es., Cass. 22 gennaio 1990, n. 318, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Responsabilità civile*, n. 100 e Cass. 13 settembre 1996 n. 8263, *ivi*, 1996, voce *Responsabilità civile*, n. 137. Si osservi che non è tuttavia richiesta una presenza continua e ininterrotta del precettore o del maestro d'arte. È infatti massima consolidata quella secondo cui il dovere di vigilanza è da intendere in senso relativo e non assoluto, dovendo essere commisurato all'età ed al grado di maturazione degli allievi, in relazione alle circostanze del caso concreto; sul punto: Cass. 15 gennaio 1980, n. 369, in *Foro pad.*, 1981, 330, con nota di BESSONE, *La ratio legis dell'art. 2048 c.c. e la responsabilità civile degli insegnanti per il fatto illecito dei minori*; Cass. 15 dicembre 1980, n. 6503, in *Giur. it.*, 1981, I, 1453; Cass. 10 dicembre 1998, n. 12424, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Responsabilità civile*, n. 180.

¹²⁵ In tal senso ALPA, *Responsabilità civile e danno*, cit., 670, sottolinea che «meno rigoroso è l'apprezzamento della responsabilità degli insegnanti»; analogamente FRANZONI, *Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*, in *Danno e resp.*, 1997, 452 afferma: «si ritiene che la responsabilità dei precettori sia di contenuto minore rispetto a quella dei

Quanto all'individuazione della *ratio* sottostante, pare nuovamente evidente che le norme esaminate risultano fortemente ispirate da esigenze di equità. La disciplina di cui all'art. 2047 c.c. pare, infatti, rivelare che il legislatore ha considerato iniquo non consentire al danneggiato di ottenere un risarcimento, o quantomeno un indennizzo, ove il danno sia stato prodotto dalla condotta di un incapace che, come tale, non è tenuto a risponderne direttamente¹²⁶. Parimenti, esigenze di giustizia sostanziale sembrano riscontrarsi anche a fondamento del disposto di cui all'art. 2048 c.c.¹²⁷.

Passando alla figura dell'esercente di attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, si osserva che costui è chiamato a dare la prova di «avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno» (art. 2050 c.c.). Una prova, questa, positiva che si sostanzia nella dimostrazione di aver adottato *tutte* le modalità organizzative, ossia anche quelle non ragionevolmente pretendibili, ritenute maggiormente idonee in relazione ai migliori *standard* tecnici di sicurezza consentiti¹²⁸.

Quanto poi all'ipotesi di responsabilità per il danno cagionato da cose o animali in custodia, rispettivamente disciplinate dagli artt. 2051 e 2052 c.c., la

genitori. Infatti i precettori si sostituiscono ai genitori solo limitatamente al dovere di vigilanza, non in quello di educazione, e solo per il tempo in cui gli allievi sono nella loro custodia».

¹²⁶ A protezione dei soggetti incapaci al momento del fatto, l'art. 2046 c.c. esclude che questi siano chiamati a rispondere delle conseguenze dannose; ciò salvo il caso in cui sia lo stesso soggetto (incapace) ad aver provocato lo stato di incapacità (c.d. dolosa preordinazione).

¹²⁷ Cfr. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte. Artt. 2044-2048*, cit., 218.

¹²⁸ In dottrina, cfr. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità oggettiva*, Napoli, 1965, 255 ss.; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 277 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 6 marzo 2008, n. 6036, in *Foro it.*, 2008, I, 1876 e, in precedenza, Cass. 21 novembre 1984, n. 5960, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, 11, per la quale: «la presunzione di responsabilità contemplata dalla norma dell'art. 2050 c.c. per le attività pericolose può essere vinta solo con una prova particolarmente rigorosa, essendo posto a carico dell'esercente l'attività pericolosa l'onere di dimostrare l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno. Pertanto, non basta la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge o di comune prudenza, ma occorre quella positiva di aver impiegato ogni cura o misura atta ad impedire l'evento dannoso, di guisa che anche il fatto del danneggiato o del terzo può produrre effetti liberatori solo se la sua incidenza e rilevanza sia tale da escludere, in modo certo, il nesso causale tra l'attività pericolosa e l'evento e non già quando costituisce elemento concorrente nella produzione del danno, inserendosi in una situazione di pericolo che ne abbia reso possibile l'insorgenza a causa dell'inidoneità delle misure preventive adottate».

prova liberatoria consiste nel «caso fortuito»¹²⁹. Custode e proprietario di animali sono cioè tenuti a dimostrare che il danno si è verificato in maniera del tutto imprevedibile e insuperabile con lo sforzo diligente adeguato alle circostanze del caso concreto¹³⁰.

Diversamente, al proprietario di edificio, per andare esente da responsabilità è per così dire sufficiente dimostrare che la rovina è dipesa da «difetto di manutenzione» o da «vizio di costruzione». Assolta tale prova, ai sensi dell'art. 2053 c.c., tenuti al risarcimento sono il manutentore o il costruttore. Con riferimento alle ragioni ispiratrici di queste ultime disposizioni, l'opinione prevalente ritiene che tali norme siano riconducibili al principio *cuius commoda et eius incommoda*: chi trae vantaggio dal bene (o dall'animale) ne deve sopportare anche i rischi¹³¹. In effetti, soprattutto riguardo al proprietario dell'immobile,

¹²⁹ Prima di pervenire nella sua quasi totalità alla concezione oggettiva del caso fortuito e/o forza maggiore, la dottrina, tradizionalmente influenzata dal dogma della colpa, ha largamente sostenuto la concezione soggettiva del fortuito come evento dannoso non prevedibile né superabile con la normale diligenza; quindi, in definitiva, come assenza di colpa. Cfr., ad es., CANDIAN, voce *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 988; COTTINO, voce *Caso fortuito*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 377; DE CUPIS, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, cit., 92 e, più recentemente, BIANCA, *Diritto civile*, V, *Responsabilità*, Milano, 2012, 718; D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, Napoli, 1999, 76 ss. Per la oggi dominante concezione oggettiva del caso fortuito come fatto autonomo produttivo di danno assolutamente inevitabile, cfr. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, cit., 333; FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, Padova, 1988, *passim*; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 191.

¹³⁰ Secondo Cass. 3 settembre 2010, n. 19045, in *Guida al dir.*, 2010, 41, 57: «Perché possa configurarsi in concreto la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza, in quanto la nozione di custodia non presuppone né implica un specifico obbligo di custodire analogo a quello previsto per il depositario». Allo stesso modo per Cass. 7 aprile 2010, n. 8229, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 4, 503: «La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prevista dall'art. 2051 c.c. prescinde dall'accertamento del carattere colposo dell'attività o del comportamento del custode e ha natura oggettiva, necessitando per la sua configurabilità del mero rapporto eziologico tra la cosa e l'evento». Precisa ancora Cass. 30 ottobre 2008, n. 26051, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 10, 1543: «In tema di responsabilità civile per i danni cagionati da cose in custodia, la fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. individua un'ipotesi di responsabilità oggettiva e non una presunzione di colpa, essendo sufficiente per l'applicazione della stessa la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha dato luogo all'evento lesivo».

¹³¹ Cfr. in generale BESSONE, *La ratio legis dell'art. 2053 c.c. e i principi di responsabilità oggettiva per danni causati da rovina di edificio*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 52 e COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., 97.

sembra plausibile che il legislatore abbia voluto attribuire a costui gli eventuali rischi derivanti dal godimento o dalla disponibilità del bene.

Infine, concentrando l'attenzione sull'art. 2054, c. 1, c.c., si rileva che il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose, in occasione della circolazione, se non prova «di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno»¹³². È bene precisare che anche qui, al pari delle altre disposizioni esaminate, l'interprete non si trova di fronte a una presunzione di colpa del soggetto; ciò in quanto non si desume in forza di un ragionamento inferenziale l'elemento psicologico della colpa¹³³.

L'onere della prova pare invero gravare, conformemente a quanto disposto dall'art. 2697 c.c., sul convenuto in quanto la mancanza di colpa rappresenta un elemento impeditivo del fondamento dell'altrui pretesa risarcitoria. Rappresentando tale elemento un fatto negativo, pur non determinandosi alcuna inversione dell'*onus probandi*, la relativa prova deve essere raggiunta mediante la dimostrazione dei fatti positivi contrari. Fatti che, tuttavia, non consistono nell'«aver tenuto un comportamento conforme all'ordinaria diligenza dovuta», ma che il legislatore espressamente identifica nell'«aver fatto tutto il possibile per evitare il danno».

¹³² La giurisprudenza tende a dare un'interpretazione estensiva della nozione di «circolazione stradale» comprensiva, oltre che del movimento, anche della fermata e della sosta di veicoli, pedoni e animali sulle strade pubbliche e sulle aree a queste equiparabili; ne deriva un significativo ampliamento del campo di applicazione dell'art. 2054 c.c. V., *ex multis*: Cas. 31 marzo 2008, n. 8305, in *Rep. Foro it.*, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 93; Cass. 21 settembre 2005, n. 18618, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Circolazione stradale*, n. 377; Cass. 6 giugno 2002, n. 8216, *ivi*, 2002, voce cit., n. 212; Cass. 26 ottobre 1998, n. 10629, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2716, secondo cui «In materia di responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli, l'art. 2054 c.c. esprime, in ciascuno dei commi che lo compongono, principi di carattere generale, applicabili a tutti i soggetti che da tale circolazione, comunque, ricevano danni, e quindi anche ai trasportati, quale che sia il titolo del trasporto, di cortesia ovvero contrattuale (oneroso o gratuito)»; Cass. 28 novembre 1990, n. 11467, *ivi*, 1990, voce cit., n. 189; Cass. 24 luglio 1987, n. 6445, *ivi*, 1988, voce cit., n. 149; Cass. 3 febbraio 1987, n. 965, in *ivi*, 1987, voce cit., n. 200; Cass. 10 marzo 1970, n. 617, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1402 ss.

¹³³ Si osservi tuttavia la particolare struttura della disposizione in esame. Una presunzione *iuris tantum* è, invero, contenuta nel c. 2 dell'art. 2054, ove in caso di scontro si presume, fino a prova contraria, un eguale concorso dei conducenti nella produzione del danno. Tale concorso di colpa è espressione dell'art. 1227 c.c., in quanto ciascun conducente è considerato coautore del danno.

In altri termini, pare determinarsi sia uno spostamento che un ampliamento del tema di prova con conseguente effetto di facilitare la posizione dell'attore-danneggiato, a scapito di quella del convenuto. In tale prospettiva, sembra potersi leggere anche la fattispecie di cui all'art. 2054 c.c. quale applicazione particolare dei principi (generalmente) di cui all'art. 2050 c.c.¹³⁴. Se ne ricava, dunque, che la prova liberatoria gravante sul conducente per sottrarsi all'obbligo risarcitorio è speculare a quella prevista in capo all'imprenditore esercente un'attività pericolosa.

Sempre con riferimento alla circolazione di veicoli, è utile notare che alla responsabilità del conducente contemplata dal c. 1 dell'art. 2054 c.c., il successivo c. 3 affianca in solido quella del proprietario del veicolo (o, in sua vece, dell'usufruttuario o dell'acquirente con patto di riservato dominio); ciò salvo costui dimostri che «la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà». Ed è altresì opportuno precisare che quest'ulteriore previsione di responsabilità derivante da fatto altrui è posta a maggior tutela del danneggiato. A tale soggetto, già favorito sul versante probatorio, viene infatti rimessa anche la scelta del soggetto contro cui agire; scelta basata su una valutazione di ragionevole maggior capienza patrimoniale dei legittimati passivi appositamente identificati.

Sulla base degli esposti rilievi, pare meritevole di riconsiderazione l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale propenso a ravvisare negli artt. 2047 ss. c.c. ipotesi di presunzioni relative di colpa del soggetto agente, al solo fine di giustificare l'attribuzione a questi dell'onere della prova liberatoria. A tal proposito, è infatti bene notare che, ove si fosse effettivamente in presenza di una presunzione *iuris tantum* di colpa, l'effetto sarebbe quello di considerare esistente

¹³⁴ Precisa Cass. 26 ottobre 1998, n. 10629, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2716: «l'inversione dell'onere probatorio a favore di chi, tra l'altro, non è in condizione di esercitare il controllo del rischio, mira a salvaguardare più efficacemente gli interessi che siano apparsi meritevoli di essere valorizzati e che, in mancanza di quel supporto rituale, si troverebbero più o meno seriamente impacciati nel momento del giudizio, avviati come tali a un probabile sacrificio. Sacrificio che, alla luce della innegabile evoluzione subita negli anni dal sistema della responsabilità civile, sarebbe anche in contrasto con la ormai riconosciuta funzione solidaristica e sociale delle norme di cui al titolo IX del libro IV del codice civile, e di quella di distribuzione mutualistica del rischio».

il fatto presunto, dunque la colpa, fino a prova contraria. Qui per contro le conseguenze giuridiche sfavorevoli al soggetto agente dipendono esclusivamente dalla mancata prova del fatto opposto¹³⁵.

Peraltro, come osservato da alcuni studiosi, il termine «presunzione» con riferimento alla colpa non ricorre nelle norme sopra citate, ove piuttosto si rinvengono precise indicazioni circa la parte su cui incombe un certo onere probatorio¹³⁶. Alla luce di ciò, con riferimento agli artt. 2047 e ss. c.c. è stata da altri ritenuta più appropriata la formula «responsabilità presunta» con prova liberatoria dell'assenza di colpa, nonché rischio per la mancata prova della stessa, in capo al soggetto presunto responsabile¹³⁷.

Secondo un'ultima più convincente lettura, le disposizioni in materia di responsabilità extracontrattuale esaminate integrano norme di diversa ripartizione dell'onere della prova, realizzata intervenendo sulla qualificazione dell'elemento della fattispecie sostanziale. Precisamente: attribuzione di natura impeditiva all'assenza di colpa, con conseguente imposizione dell'onere probatorio in capo al convenuto, in ossequio alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c.¹³⁸. In tale prospettiva, le norme menzionate costituiscono un fenomeno di modificazione legislativa della distribuzione del carico probatorio che accorda a una parte (l'attore-convenuto) un certo *favor* processuale, in considerazione della più svantaggiosa – nel senso di difficile o debole – posizione giuridica sostanziale (e processuale) da questi assunta.

L'obiettivo perseguito dal legislatore sembra, dunque, quello di assicurare, nella maniera e nella misura migliori, la realizzazione delle esigenze di equità e di giustizia connesse del caso concreto. Una finalità, questa, (giustamente) condivisa

¹³⁵ Sul punto, COMPORTI, *Le presunzioni di responsabilità*, cit., 653.

¹³⁶ Il riferimento è in particolare a PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721 - 2729*, cit., 97.

¹³⁷ V. ancora COMPORTI, *ult. op. cit.*, 656.

¹³⁸ Rileva espressamente PATTI, *ult. op. cit.*, 119: «I fatti presi in considerazione nelle norme in esame non sono presunti, ma impeditivi. L'onere di provarli non grava quindi sull'attore, per il quale essi rappresenterebbero dei fatti negativi, ma sul convenuto. Se quest'ultimo riesce a fornire la prova, l'attore soccombe».

dalla giurisprudenza di legittimità che, come evidenziato, si mostra particolarmente severa nell'interpretazione del contenuto della prova liberatoria imposta al convenuto-danneggiante.

Di conseguenza, l'obbligo risarcitorio è accollato al soggetto di volta in volta considerato (sorvegliante dell'incapace; genitore o tutore; precettore maestro d'arte; esercente attività pericolosa; custode di cose; proprietario di animali; proprietario di edificio; conducente di autoveicolo) qualora costui non fornisca la prova liberatoria richiesta dalle singole norme. Prova che, nelle fattispecie di cui agli artt. 2047-2050 e 2054 c.c. ha ancora una qualche afferenza con la condotta soggettiva del presunto responsabile; per contro, nelle ipotesi disciplinate negli artt. 2051 e 2052 c.c., concernendo il caso fortuito, la prova liberatoria si risolve nella dimostrazione di una causa inevitabile, del tutto estranea alla sfera del soggetto agente¹³⁹. Ne derivano conseguenze rilevanti in rapporto alla delimitazione del *thema probandum*, che risulta esteso rispetto alla tradizionale dimostrazione dell'ordinaria diligenza.

In conclusione, la descritta tendenza dottrinale e giurisprudenziale sembra confermare l'ipotesi inizialmente formulata, secondo cui la configurazione normativa della prova e la sua interpretazione nella pratica del processo, in termini di maggiore o minore difficoltà della parte nel fornirla, incide sulla regola di diritto sostanziale e, dunque, sul bilanciamento degli interessi sostanziali concretamente in gioco¹⁴⁰.

¹³⁹ Tale circostanza induce a inquadrare il primo gruppo di disposizioni in un livello intermedio, o *tertium genus*, fra il sistema della responsabilità soggettiva e quello della responsabilità oggettiva; il secondo gruppo, invece, nell'alveo della responsabilità oggettiva.

¹⁴⁰ Coglie nel segno l'osservazione di TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 21: «Spesso, nella storia del diritto il giurista, spinto più o meno consapevolmente dalle esigenze economiche e sociali o da un nuovo senso di giustizia, ha cercato di realizzare il nuovo risultato pratico con strumenti processuali, che lasciano apparentemente immutato il sistema di diritto sostanziale».

8. “Modificazioni” dell’onere della prova e diritto di difesa

Costituisce un dato pressoché incontestato nella letteratura giuridica quello che riconosce alle presunzioni legali relative la funzione di agevolare la posizione processuale di una parte. Ciò in quanto tali strumenti ricollegano a determinati elementi di fatto la sussistenza, fino a prova contraria, di determinati effetti giuridici. È tuttavia interessante osservare che il vantaggio probatorio o, meglio, la semplificazione istruttoria di cui gode il soggetto favorito non sembra implicare un completo esonero dall’onere di verifica del fatto noto, né escludere la possibilità di dimostrare l’inesattezza del fatto presunto. Caratteristica distintiva delle presunzioni *iuris tantum* è, infatti, l’ammissibilità della prova contraria; una caratteristica, questa, in merito alla quale paiono opportune alcune precisazioni.

Anzitutto, è bene segnalare che l’art. 2728, c. 1, c.c. sembra disciplinare una completa *relevatio ab onere probandi* solo per quanto concerne il fatto presunto. Ciò significa che la parte nei cui confronti la presunzione opera non dovrà provare la ricorrenza di tale fatto che è, appunto, presunto dalla legge; sarà tuttavia suo onere dimostrare l’esistenza dei fatti su cui la presunzione si basa¹⁴¹.

In secondo luogo, occorre chiarire che l’esistenza della presunzione fa sì venir meno l’onere di provare il fatto (presunto); essa, tuttavia, non pare incidere sull’indicazione del fondamento della pretesa. Dopo lunghi e accesi dibattiti, la dottrina maggioritaria si mostra, infatti, oggi propensa a riconoscere autonomia all’onere di allegazione¹⁴². Quest’ultimo, pertanto, viene considerato un onere diverso ed aggiuntivo rispetto all’onere della prova del fatto, del quale costituisce una sorta di presupposto. Ne deriva, dal punto di vista concreto, che la mancata

¹⁴¹ Salvo, ovviamente, si tratti di fatto notorio o non contestato. Cfr., DE MARIA, *Delle presunzioni*. Artt. 2727-2729, cit., 81; PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni*. Art. 2721 - 2729, cit., 109; e, in precedenza, LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, cit., 131 ss.

¹⁴² In argomento, v. L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. Disc. priv. (sez. civ.)*, I, Torino, 1987, 278 ss.; RICCI, *L’allegazione dei fatti nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 835 ss.

allegazione del fatto presunto a opera della parte beneficiaria può comportare il serio rischio di non poter conseguire il risultato favorevole ad esso collegato¹⁴³.

Così, esemplificando, ai sensi dell'art. 1153 c.c., gli elementi costitutivi richiesti affinché colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario ne acquisti il diritto di proprietà sono (i) il possesso, (ii) la buona fede e (iii) il titolo idoneo. Ebbene, in linea alla tesi secondo cui è sufficiente allegare il fatto noto, l'attore acquirente sarebbe dispensato dall'allegazione della propria buona fede al momento della consegna, in quanto ai sensi dell'art. 1147, c. 2, c.c. essa è presunta. Una conclusione, questa, però non condivisa dall'opinione predominante che si schiera in senso contrario¹⁴⁴.

Inoltre, è opportuno precisare che, nonostante il testo dell'art. 2728, c. 1., c.c. preveda espressamente che le presunzioni legali «dispensano da qualunque prova», ciò non sembra equivalere a precludere alla parte nel cui interesse la presunzione è indirizzata lo svolgimento di qualsiasi attività probatoria. Considerato che in ipotesi di presunzione relativa la controparte è chiamata a fornire la prova contraria del fatto presunto, pare infatti doversi ammettere che la parte favorita da tale presunzione possa rafforzare la propria posizione processuale, offrendo in anticipo prove destinate a rivelarsi in seguito (eventualmente) superflue¹⁴⁵.

¹⁴³ Alcuni autori hanno sostenuto che anche i fatti notori devono essere enunciati dalla parte che in tal modo dichiara se intende utilizzarne gli effetti. In tal senso, v. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 779; DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 265 ss.; VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 618; nonché, almeno per quanto concerne i fatti giuridici principali, COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 49.

¹⁴⁴ Cfr., in particolare, PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721 - 2729*, cit., 113, il quale afferma che in senso contrario sembra deporre la stessa formulazione dell'art. 1147, c. 1, c.c., secondo cui «è possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto». Tale decisa formulazione indica, infatti, cosa è richiesto per configurare la fattispecie dell'acquisto in buona fede, cosicché l'allegazione dell'elemento soggettivo risulta indispensabile per la stessa qualificazione della domanda. Inoltre, rileva ancora l'A., la necessità dell'allegazione trova conferma altresì alla luce dei principi di lealtà e correttezza che governano l'agire delle parti nel processo.

¹⁴⁵ Cfr., nuovamente PATTI, *ult. op. cit.*, 114.

Del resto, una diversa interpretazione della norma risulterebbe contraria alla nozione ampia di diritto difesa, accolta tanto dalla giurisprudenza costituzionale, quanto da quella di legittimità¹⁴⁶.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, occorre ancora rilevare che lo strumento presuntivo, pur determinando un vantaggio processuale a favore di una delle parti, sembra fare comunque salvi alcuni spazi per l'operare del libero convincimento del giudice. Ciò emergere dalla circostanza per cui in presenza di una presunzione il giudice può ritenere esistente, fino a prova contraria, il fatto presunto, solo ove fornisca (adeguata) motivazione del ragionamento logico seguito. La giurisprudenza richiede, infatti, che il nesso di inferenzialità tra fatto noto e fatto ignoto sia esternato nel processo mediante esaustiva deduzione della circostanza posta a base del sillogismo. È inoltre necessario che tale circostanza risulti dotata di un grado di certezza e concretezza sufficienti a fondare il funzionamento della regola probatoria¹⁴⁷.

Questi ulteriori rilievi sembrano condurre a un'importante conclusione: le presunzioni legali relative possono essere inquadrare fra gli strumenti normativi conformi ai principi costituzionali del diritto di difesa e del giusto processo, consacrati rispettivamente negli artt. 24 e 111 Cost.¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Sulla creazione e sul concetto di «diritto alla prova» nel nostro ordinamento, v. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Costituzione e "due process of law clause")*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284; L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1063; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 14; TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74, il quale definisce il «diritto alla prova» come «il diritto della parte di impiegare tutte le prove di cui dispone, al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la sua pretesa»; TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 513. Per approfondimenti, rinvio alle considerazioni svolte nel cap. IV, par. 1.

¹⁴⁷ Sul divieto per il giudice di trarre *praesumptum de praesumptum*, v., in particolare, Cass., 15 aprile 1994, n. 3593 in *Arch. civ.*, 1994, 10, 1036; v. altresì Cass., sez. II, 21 maggio 2003, n. 7966, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 5.

¹⁴⁸ Sul valore costituzionale del principio del giusto processo, cfr., fra i molti, CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1013; ID., *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2009, 403 ss.; L.P. COMOGLIO, *Valori etici e ideologie del "giusto processo"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 899; PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241; ID., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265; TROCKER, *Il*

Infine, si osserva che a conclusioni analoghe sembra possibile pervenire anche in rapporto ai diversi fenomeni di modificazione dell'onere della prova predisposti dal legislatore. Come più volte evidenziato, indipendentemente dalla forma e dalla direzione che assumono, gli interventi normativi in tema di riparto dell'onere della prova paiono, invero, riconducibili a una *ratio* comune: realizzare nel campo del processo il miglior equilibrio possibile fra i (contrapposti) interessi sostanziali che in esso si fanno valere. Un obiettivo, questo, che consente di giudicare costituzionalmente legittime le diverse ipotesi di modificazione o alterazione legislativa dell'*onus probandi* esaminate in questo capitolo.

valore costituzionale del "giusto processo", in CIVINCINI-VENARDI (a cura di), *Quaderni di "Questione Giustizia"*, Milano, 2001, 36.

CAPITOLO TERZO

“MANIPOLAZIONI” GIURISPRUDENZIALI DELL’ONERE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. Vastità del meccanismo presuntivo: presunzioni legali, semplici e giurisprudenziali. – 2. La presunzione muciana. – 3. Altre ipotesi di “manipolazione” giurisprudenziale dell’onere della prova. – 4. Verosimiglianza e probabilità: il fenomeno della c.d. prova *prima facie*. – 5. *Segue*. Valutazione delle prove, libero convincimento e regola di giudizio *ex art. 2697 c.c.* – 6. Ulteriori considerazioni sulle “manipolazioni” giurisprudenziali.

1. *Vastità del meccanismo presuntivo: presunzioni legali, semplici e giurisprudenziali*

Come anticipato nel capitolo precedente, al di là dell’appartenenza di tutte le presunzioni alla categoria delle c.d. prove indirette, non sembra possibile elaborare una classificazione unitaria dei diversi fenomeni presuntivi¹.

A tal proposito, in estrema sintesi, è utile ricordare che seppur gli elementi costitutivi della presunzione sono sempre (i) il fatto noto, (ii) il fatto ignoto e (iii) il nesso di causalità, questa si definisce legale quando il calcolo di probabilità circa la veridicità del fatto sconosciuto è stabilito dalla legge; semplice o dell’uomo quando tale calcolo è determinato dal giudice. All’interno delle presunzioni legali, occorre poi distinguere le presunzioni assolute da quelle relative, a seconda che la determinazione del nesso causale, dunque l’accertamento del fatto sconosciuto, ammetta o meno prova contraria. Un dato,

¹ V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig.*, XIII, Torino, 1966, 767; FABBRINI, voce *Presunzioni*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1998, 279; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1992, 426. Gli AA. ritengono che lo schema presuntivo non riesca a porsi, per il diverso piano di azione in cui opera, come elemento di sintesi fra presunzioni semplici e presunzioni legali. Con riferimento alla prova in generale, Taruffo (ID., *op. loc. cit.*) sottolinea l’inesistenza, nonostante i numerosi tentativi ordinatori da parte della dottrina italiana, di una classificazione ideale o perfetta, ossia idonea a fornire distinzioni o definizioni definitive.

questo, da cui si evince che solo il primo fenomeno – oggetto di esame nel precedente capitolo – afferisce, evidentemente, al problema del riparto degli oneri probatori fra le parti all'interno del processo².

In effetti, la presunzione legale relativa costituisce una tecnica di normazione che, in presenza di determinati e preconfigurati fatti noti, integra la regola del rapporto sostanziale fra le parti, determinando a livello processuale una *relevatio ab onere probandi*, cioè un'inversione dell'onere della prova rispetto a quella altrimenti desumibile *ex art. 2697 c.c.*

Da tale figura si differenzia notevolmente la presunzione semplice o *praesumptio hominis*: una regola critica o di giudizio che, in presenza dei requisiti di cui all'art. 2729 c.c., il giudice può formulare nella ricostruzione storica dei fatti di causa³. Mentre la prima è una “regola di primo grado”, direttamente espressa nel corpo della legge, la seconda è una “regola di secondo grado”, in quanto frutto di elaborazione giudiziale. Una caratteristica, questa, da cui deriva la circostanza che la deduzione di una presunzione semplice possa avvenire esclusivamente nel rispetto di determinati limiti⁴. Così, ai sensi dell'art. 2729 c.c. al giudice è consentito ammettere solo presunzioni che siano «gravi, precise e concordanti».

Quanto al requisito della «gravità», può dirsi che solitamente esso attiene al grado di convincimento che la presunzione suscita nel giudice, ossia al grado di attendibilità che essa attribuisce alla conclusione che verte sul fatto da provare⁵.

Pacificamente inteso pare altresì il limite della «precisione», nel senso che il fatto ignoto deve essere conseguenza non equivoca del fatto noto; tale fatto deve

² V. cap. II, parr.1, 2.

³ Sulla differenza fra presunzione legale e presunzione semplice v., fra i molti, DE MARIA, *Delle presunzioni - Artt. 2727-2729*, in *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2014; PATTI, *Della prova testimoniale - Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2001. In giurisprudenza v., ad es., Cass. 19 ottobre 2012, n. 18053.

⁴ Secondo DE MARIA, *Delle presunzioni - Artt. 2727-2729*, cit., 103, dalla circostanza che l'ammissione della prova presuntiva sia subordinata al superamento di rigidi *standard* emergerebbe uno sfavore del legislatore nei confronti di questo strumento.

⁵ Cfr. TARUFFO, *ult. op. cit.*, 447.

cioè consentire di derivare conclusioni univoche che riguardano proprio il fatto da provare e non altri fatti⁶.

Più discussa sembra, invece, la portata del requisito della «concordanza». Da un lato vi sono autori convinti, sulla base della formulazione legislativa che si esprime al plurale («concordanti»), che il ragionamento del giudice debba essere necessariamente fondato su molteplici elementi indiziari o fatti noti⁷. Dall'altro, numerosi studiosi ammettono che la valutazione del giudice possa reggersi anche su un solo elemento indiziario, purché così grave da attribuire un certo grado di conferma all'ipotesi sul fatto⁸.

A tal proposito è opportuno precisare che, sebbene la problematica delle presunzioni semplici appaia in vario modo connessa con la nozione di indizio, i due termini non possono essere correttamente usati come sinonimi.

L'«indizio» indica il fatto noto, ossia la fonte che rappresenta la premessa del ragionamento presuntivo. Si tratta cioè di una circostanza certa, idonea a dedurre, come conseguenza logica possibile, l'esistenza del fatto da accertare⁹.

⁶ V., ad es., FABBRINI, *ult. op. cit.*, 292. ANDRIOLI, *ult. op. cit.*, 771, non definisce autonomamente il requisito della precisione ma lo fonde con quello della gravità, affermando genericamente che il «procedimento deduttivo» non deve lasciar luogo a dubbi.

⁷ Cfr., ad es., MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 1997, 106. All'interno di questa concezione si situano visioni ancor più restrittive secondo le quali, oltre alla presenza di più inferenze presuntive, è necessario che tutte queste convergano verso la stessa conclusione. Ne consegue che l'ipotesi sul fatto può dirsi provata soltanto ove essa si fondi su una pluralità di presunzioni tutte concordanti; non invece ove (solo) alcune di esse convergano verso la medesima conclusione.

⁸ Cfr. ANDRIOLI, *ult. op. cit.*, 771; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 450 pur non escludendo *a priori* la soluzione più permissiva, sottolinea comunque la necessità di leggere l'art. 2729 c.c. in modo fortemente restrittivo, in quanto «l'esigenza di trovare una base normativa per una garanzia razionale contro l'arbitrio nelle scelte in materia di presunzioni semplici può indurre a ritenere [...] sempre necessaria una pluralità di presunzioni concordanti, con l'eventuale eccezione di limitatissime ipotesi nelle quali la natura dell'inferenza presuntiva, e del criterio conoscitivo su cui essa si fonda, rendano particolarmente «sicura» la singola presunzione». In maniera analoga, la prevalente giurisprudenza ritiene che il requisito della concordanza riguardi la mera eventualità del concorso di più circostanze presuntive. V. in tal senso Cass. 29 luglio 2009, n. 17574, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Presunzione*, n. 1 e Cass. 11 settembre 2007, n. 19088, *ivi*, voce cit., n. 3.

⁹ Su questa accezione v., in partic., RICCI, *Premesse ad uno studio sulle prove atipiche*, Arezzo, 1990, 174 ss. e TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 83. Secondo CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, 115, fonte della presunzione è «quel fatto che offra dell'esistenza di un altro quel grado di certezza, che l'ordine giuridico esige perché il giudice possa fissarla nella sentenza».

È invece «presunzione» l'inferenza, ossia il risultato ottenuto attraverso il ragionamento logico, rimesso alla «prudenza» dell'organo giudicante. Un criterio, questo, che sembra richiamare quello del «prudente apprezzamento del giudice» nella valutazione delle prove e che ha dato origine a un acceso dibattito sul rapporto fra gli artt. 2729 c.c. e 116, c. 2, c.c., che merita di essere approfondito¹⁰.

Con riferimento a tale questione occorre dare atto che una parte della dottrina, facendo leva sulla coincidenza dei criteri dettati dal legislatore, finisce per identificare gli argomenti di prova con le presunzioni. Secondo questa tesi, il comportamento processuale delle parti, rientrando fra gli argomenti di prova, può senza dubbio costituire unica e sufficiente fonte di convincimento del giudice¹¹.

Altra parte della dottrina, invece, muovendo dal principio della «univocità della legislazione», conclude in senso opposto¹².

Quest'ultima lettura pare maggiormente convincente per la seguente ragione. Nell'interrogarsi sui rapporti fra presunzioni *hominis* e argomenti di prova, sembra necessario tenere presente che questi ultimi non soggiacciono ai limiti della «gravità precisione e concordanza», previsti dall'art. 2729 c.c. per le presunzioni semplici. Limiti chiaramente finalizzati a delimitare lo spazio del potere di valutazione discrezionale riconosciuto al giudice e, dunque, a rendere più sicuro il suo operare¹³.

Ne consegue che solo la presunzione semplice, sussistendo i presupposti illustrati, costituisce fonte autonoma di convincimento; e, dunque, piena prova.

¹⁰ Per un'esposizione critica delle diverse tesi, v. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 843 ss.

¹¹ V. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 46 ss. e MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 150 ss. In giurisprudenza, in senso analogo, Cass. 28 luglio 1953, n. 2539, in *Giust. civ.*, 1953, II, 2619.

¹² Cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1964, 339; ID., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 289; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 91 ss. e 286 ss.

¹³ DE MARIA, *Delle presunzioni - Artt. 2727-2729*, cit., 104 chiarito che l'inferenza tra fatto noto e fatto ignorato è governata da principi di adeguatezza e ragionevolezza, precisa che: «Tale giudizio di adeguatezza probatoria è presidiato dai canoni legali di ammissibilità dettati dall'art. 2729 c.c. (gravità, precisione e concordanza) entro il cui alveo risulta garantito l'esercizio corretto del libero convincimento».

Diversamente, l'argomento di prova pare funzionalmente destinato a svolgere il ruolo di mero sostegno per la valutazione di altri mezzi di prova¹⁴.

Del resto, a rivelare la natura meramente accessoria di questa *probatio inferior* sembra muovere anche l'espressione normativa utilizzata. «Argomentare» non è infatti sinonimo di «decidere», quanto piuttosto di «illustrare» o «sviluppare» una conclusione già dimostrata¹⁵. Un'osservazione, questa, che pare corroborare l'opinione (maggioritaria) secondo cui per mezzo degli argomenti di prova possono essere formulate solo conclusioni vertenti sull'attendibilità delle prove e non anche sui fatti di causa¹⁶.

Detto questo, il dato che sembra davvero importante sottolineare è l'affinità funzionale fra presunzioni semplici e presunzioni *iuris tantum*¹⁷.

Posto che le prime, in quanto espressione del libero convincimento del giudice nell'attività di raccolta e valutazione del materiale probatorio non dovrebbero, in linea teorica, entrare a far parte della norma applicabile al rapporto sostanziale; la giurisprudenza, tuttavia, ne fa una diversa applicazione. Ciò in quanto, nonostante il modo in cui sorgono sia diverso, l'effetto (o risultato) processuale prodotto dalla presenza di una presunzione semplice si rivela, invero, analogo a quello legato all'esistenza di una presunzione legale: addossare sulla controparte l'onere della prova contraria¹⁸.

¹⁴ Cfr. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., 845 ss.; GORLA, *Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 24 ss.; VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 601 ss.

¹⁵ Cfr. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 267 ss.

¹⁶ In questo senso v., in partic., RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1036 ss., spec. 1043 ss. e TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 458.

¹⁷ Cfr. DE MARIA, *Delle presunzioni - Artt. 2727-2729*, cit., 93.

¹⁸ Chiarissima a tal proposito Cass. 27 novembre 1999, n. 13291, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 2374, secondo cui: «Mentre il fatto sul quale si fonda la prima (presunzione semplice) deve essere provato in giudizio ed il relativo onere grava su colui che intende trarne vantaggio, la seconda (presunzione legale relativa) è stabilita dalla legge e, quindi, non abbisogna della prova di un fatto sul quale possa fondarsi e giustificarsi. Una volta, tuttavia, che la presunzione semplice si sia formata e sia stata rilevata (cioè, una volta che del fatto sul quale si fonda sia stata data o risulti la prova), essa ha la medesima efficacia che deve riconoscersi alla presunzione legale *iuris tantum* quando viene rilevata, in quanto l'una e l'altra trasferiscono a colui, contro il quale esse depongono, l'onere della prova contraria». Analogamente secondo PATTI, *Della prova testimoniale - Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, cit., 128, le presunzioni semplici hanno, in primo luogo, l'effetto di rendere superflua la prova che la parte onerata dovrebbe fornire, con l'effetto di

Ciò pare diretta conseguenza dell'atteggiamento giurisprudenziale diffuso a travalicare i limiti previsti dall'art. 2729 c.c., ed a trarre con riferimento al singolo caso concreto fatti ignoti da fatti noti.

In molte decisioni, in effetti, sembra assistersi alla deduzione – o forse, più propriamente, creazione – di presunzioni non solo in assenza dei requisiti fissati dalla norma suddetta, ma sulla base di una “mera” valutazione di probabilità del fatto da accertare. Si tratterebbe, dunque, di presunzioni che, al di là della configurazione a opera del giudice, finirebbero per porsi sullo stesso piano delle presunzioni legali¹⁹.

In riferimento a tale fenomeno, pare allora più corretto parlare, anziché di presunzioni semplici, di presunzioni giurisprudenziali²⁰.

L'utilizzo di una diversa terminologia sembra utile a distinguere la conclusione del ragionamento, svoto nel rispetto dei requisiti di legge, che incide sulla formazione del convincimento del giudice, dalla “manipolazione” *ope iudicis* del regime dell'onere della prova²¹. Una differenza, questa, di interesse che pare ricalcare la distinzione esaminata nel precedente capitolo fra presunzioni legali relative vere e proprie e norme di diversa ripartizione dell'onere della prova fra le parti all'interno del processo²².

facilitare il compito della parte su cui incombe l'onere della prova e riversare sulla controparte l'onere di dimostrare che l'effettivo svolgimento dei fatti rilevanti è diverso da quello ipotizzato in base alle regole di esperienza utilizzate dal giudice per affermare la presunzione. In tal senso, v. altresì Cass. 1 giugno 1991, n. 6206, in *Gir. imp.*, 1991, 831.

¹⁹ Cfr. TARUFFO, *sub art. 2728 c.c.*, in *Comm. Cendon*, VI, Torino, 1991, 211 e VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974, 142 ss.

²⁰ L'attributo va inteso in un primo senso limitativo come qualificante l'attività di quei soggetti che hanno il dovere funzionale di *ius dicens*; v. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 490 ss. Tuttavia, se si pensa che il giudice nello svolgimento della sua attività è pur sempre un uomo e, come tale, espressione di un certo ambiente dal quale è influenzato, l'attributo acquista quei significati più ampi (con cui lo intende, ad es., LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, *passim*).

²¹ Il termine “manipolazione” con riferimento all'onere della prova, già prospettato da TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 747-748, sarà qui utilizzato in riferimento alle modificazioni e alterazioni giurisprudenziali della regola di cui all'art. 2697 c.c.

²² Rinvio al cap. II, parr. 4 e 5.

È ancora opportuno precisare che la creazione e l'utilizzo di queste presunzioni giurisprudenziali, da alcuni avvertita alla luce dell'assenza di un esplicito dato positivo cui ancorarle, svolge un ruolo di indiscutibile utilità. Come osservato, infatti, si tratta di costruzioni «paranormative», basate su un'interpretazione evolutiva delle norme giuridiche, dirette a realizzare un adeguamento dell'ordinamento all'evoluzione della realtà sociale²³.

Più nel dettaglio, un adeguamento improntato ad assicurare un ragionevole bilanciamento degli interessi sottostanti, in considerazione delle esigenze di tutela della parte debole del rapporto e del principio di vicinanza della prova.

Nel prosieguo di questa ricerca, tesa a individuare la comune *ratio* sottesa ai vari fenomeni di modificazione o alterazione degli oneri probatori spettanti alle parti nello scenario del processo, saranno pertanto esaminate alcune ipotesi di presunzione giurisprudenziale. Presunzioni che (peraltro) non di rado sono state oggetto di successivo recepimento da parte del legislatore, assumendo dunque la dignità di presunzioni legali vere e proprie²⁴.

2. La presunzione muciana

La presunzione muciana è un istituto caratterizzato da una storia che ha origine nel periodo tardo-repubblicano dell'età romana, precisamente alla fine del I sec. a.C., e si è conclusa (solo) vent'anni fa, quando una sentenza della Corte di Cassazione – chiamata a pronunciarsi sul punto dalla Corte Costituzionale – ha

²³ V. DE MARIA, *Delle presunzioni - Artt. 2727-2729*, cit., 60.

²⁴ Emblematica al riguardo la giurisprudenza in tema di danno da prodotto difettoso cui ha fatto seguito – anche per tramite dell'influenza della disciplina di derivazione europea – una normativa di ripartizione dell'onere della prova chiaramente ispirata alla tutela del consumatore danneggiato. Sul tema, v. PATTI, *Della prova testimoniale - Delle presunzioni. Artt. 2721-2729*, cit., 91, secondo cui l'art. 8 del d.p.r. 24 maggio 1988, n. 244 – contenente le norme di attuazione della direttiva 374/1985/CE – nello stabilire che il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale fra difetto e danno, ma non la colpa del produttore, introduce una norma di ripartizione degli oneri probatori che trae linfa da una presunzione giurisprudenziale e al contempo la elimina. La disciplina della materia è attualmente contenuta negli artt. 114 ss., c. cons. (in partic. art. 120, cc. 1, 2), oggetto di trattazione nel par. 4 del presente capitolo.

giudicato l'istituto inconciliabile con la vigente disciplina della famiglia²⁵. Tale istituto merita attenzione per due ordini di ragioni. In primo luogo, poiché esso rappresenta il più antico esempio di presunzione giurisprudenziale; in secondo luogo, per via della funzione etico-sociale ed economica assolta da tale *regula* durante il suo periodo di vigenza.

Nell'ambito del diritto romano, è detta *muciana* la *praesumptio* in base alla quale tutto ciò che si trova in possesso della moglie è, nel dubbio, considerato come appartenente al marito²⁶. Il nome deriva, come noto, da quello del giureconsulto cui se ne deve la creazione: Quinto Mucio Scevola²⁷.

Per comprendere se e in quale misura tale istituto influisca sulla distribuzione dell'onere della prova fra le parti, pare opportuno fare un esempio. Si immagini il caso in cui un marito abbia lasciato in legato alla moglie i gioielli d'oro acquistati durante il matrimonio e che, dopo la morte di lui, sorga una controversia fra la vedova e l'erede sulla proprietà di un determinato monile. Ebbene, in tale ipotesi all'interno del processo romano i fatti sui quali la *uxor* deve fondare la propria *intentio*, se attrice, o la propria *exceptio*, se convenuta,

²⁵ V. C. cost. 29 giugno 1995, n. 286, in *Corr. giur.*, 1995, 1138, con nota di CARAVAGLIOS, *La presunzione muciana supera l'esame della Consulta*, e in *Rass. dir. civ.*, 1995, 630, con nota di PENNASILICO, *La dubbia costituzionalità della presunzione muciana tra Cassazione e Corte costituzionale*; e Cass. 29 dicembre 1995, n. 13149, in *Corr. giur.*, 1996, 407, con nota di CARAVAGLIOS, *La Cassazione si è pronunciata sull'incompatibilità tra regime di separazione dei beni e presunzione muciana*, poi confermata da Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5291, in *Foro it.*, 1997, I, 2421 ss.

²⁶ Per un ampio esame dell'istituto, v. SCACCHETTI, *La presunzione muciana*, Milano, 2002, *passim*.

²⁷ Nell'antica Roma al giureconsulto è attribuita una posizione predominante all'interno della società politica ed amministrativa, in forza del ruolo di creatore di leggi, oltre che esperto delle stesse. Fino al periodo di Alessandro Severo (III secolo d.C.) il diritto romano ha una veste giurisprudenziale: di esso solo una minima parte è contenuta in norme scritte e principi codificati. Durante il I secolo a.C., infatti, il diritto è frutto dell'interpretazione dei giureconsulti, fra i quali meritano di essere ricordati i nomi di Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo.

A partire dall'epoca di Augusto, il potere di questi esperti viene però notevolmente ridotto; in seguito all'introduzione dello *jus publice respondendi ex auctoritate principis*, è infatti necessaria un'autorizzazione imperiale per poter formulare *responsa* (pareri e consigli) in casi giuridici controversi. Nel V secolo, poi, la figura del giureconsulto praticamente scompare. Con l'emanazione della Legge delle Citazioni (426 d.C.) si impone ai giudici di tenere conto unicamente delle opinioni autorevoli di alcuni giuristi del passato: Papiniano, Paolo, Gaio, Ulpiano e Modestino. La classe dei giureconsulti è pertanto costretta a dedicarsi esclusivamente all'insegnamento ed alla compilazione di epitomi e riassunti delle opere dei predecessori.

sono due: (a) la provenienza da parte del marito della *res* controversa e (b) il trovarsi tale *res* nella di lei disponibilità²⁸.

Nel periodo successivo all'elaborazione della *regula* in esame, invece, per vincere la causa alla vedova è sufficiente dimostrare la propria disponibilità materiale del gioiello. Dalla prova di tale circostanza, invero, il giudice dovrà dedurre – dunque presumere – la provenienza maritale del monile; ciò salvo l'*heres* riesca a dimostrare il contrario²⁹.

L'esempio fatto sembra testimoniare che l'applicazione della *praesumptio muciana* in materia di legati ha la ricaduta pratica di determinare un vantaggio probatorio – peraltro non di scarso rilievo – a favore della moglie. Il “fardello” probatorio di quest'ultima, in effetti, pare ampiamente alleggerito dal momento che si risolve nella sola prova della precedente disponibilità della *res dubia*.

Per contro, più gravoso e delicato diviene il compito dell'erede, dovendo questi dimostrare l'estraneità del bene controverso rispetto al legato; il che equivale a provare che il bene è stato dato alla vedova da un terzo all'insaputa del marito. La circostanza che si tratti di una prova più ardua lo si comprende soprattutto considerando che le *quaestiones facti* che l'*heres* deve dimostrare attengono a dati “sensibili”, quali il comportamento infedele della donna. Una prova, questa, che il più delle volte si traduce nella dimostrazione dell'avvenuta consumazione da parte della vedova di rapporti extraconiugali.

Con riferimento alla natura della cosiddetta *praesumptio muciana* sono state proposte due diverse letture.

²⁸ Cfr. SCACCHETTI, *op. cit.*, 215 ss. e 220 ss.

²⁹ V. ancora SCACCHETTI, *op. cit.*, 225. DONATUTI, *Le «praesumptiones iuris» come mezzi di svolgimento del diritto sostanziale romano*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1976, 497 ss. e spec. 504, concorda che al fatto da provare – provenienza dei beni da parte del marito – si perviene solo mediante la prova dell'esistenza di un altro fatto che, però, l'A. identifica, anziché nella disponibilità materiale della *res dubia*, nel matrimonio.

Secondo una parte della dottrina, Quinto Mucio avrebbe realizzato una vera e propria inversione dell'onere della prova, sollevandone *in toto* la legataria e addossandolo esclusivamente in capo all'erede³⁰.

Seguendo un'altra opinione, invece, si tratterebbe di una presunzione il cui effetto è quello di determinare per l'onereato (la moglie) soltanto un alleggerimento della prova o, comunque, un mutamento del *thema probationis*³¹.

Come è stato osservato, sembra maggiormente condivisibile la seconda tesi. Ciò sul rilievo che nell'elaborazione giureconsulta, non pare riscontrabile una chiara volontà di esonerare la vedova dall'*onus probandi*, né di determinare un capovolgimento di tale onere sulla controparte³².

In relazione poi alle ragioni della modificazione nella distribuzione dell'onere della prova attuata dalla *regula de qua*, pare opportuna un'ulteriore precisazione. Si tratta della circostanza che l'alleggerimento del carico probatorio a vantaggio della moglie sembra invero far trasparire considerazioni etico-sociali, in termini di equità e giustizia distributiva sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo³³.

In effetti, a fondamento della volontà di facilitare la posizione processuale della vedova – presumendo la provenienza maritale del bene sulla base della

³⁰ Cfr. KASER, «*Praesumptio Muciana*», in *Studi De Francisci*, Milano, 1956, I, 322 e GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, Madrid, 1982, 94. Anche VINCENTI, *Recensione a Scacchetti. La presunzione Muciana*, Milano, 2002, 456 e 459 individua le ricadute della muciana nell'esonero della *uxor* dall'onere della prova; l'A., tuttavia, sembra (più opportunamente) circoscrivere tale effetto alla sola *quaestio facti* della provenienza delle cose dal marito.

³¹ V. per tutti SCACCHETTI, *op. cit.*, 218.

³² DONATUTI, *ult. op. cit.*, 497 ss., offre un preciso inquadramento delle due figure (presunzioni e inversioni dell'onere della prova), nonché una chiara spiegazione delle diverse dinamiche operative che le caratterizzano. Afferma l'A.: «Mentre le presunzioni *iuris*, secondo l'opinione più accettabile, si limitano a mutare il *thema probationis*, nel senso che l'onereato della prova invece del fatto affermato deve provarne uno diverso, dal quale, però, il giudice deve argomentare l'esistenza del primo, le regole sull'inversione dell'onere della prova lo liberano completamente da quest'onere e riversano alla parte opposta la prova del contrario».

³³ In realtà, come rilevato da alcuni romanisti (in partic., SCACCHETTI, *La presunzione muciana*, cit., 218), l'utilizzo del verbo *demonstrare* in forma passiva e impersonale (*quod non demonstratur unde habeat*) – senza cioè specificare da quale parte deve essere raggiunta la prova – sembra lasciare intendere una certa propensione di Quinto Mucio Scevola nei confronti di una (almeno formale) configurazione paritaria dei compiti probatori. Una parità, tuttavia, meramente teorica che, per le ragioni esposte, non trova alcuna corrispondenza a livello pratico.

(sola) dimostrazione della precedente disponibilità di questo – pare collocarsi, oltre che una volontà di tutela della donna, anche una ragione oggettiva. Sembra del resto più verosimile ritenere che il bene di cui non è dimostrata la provenienza sia stato attribuito alla donna dal marito³⁴. Di qui, la considerazione che sia più equo addossare all'erede il rischio della mancata prova dell'effettiva provenienza.

Analogamente a valutazioni economiche tanto soggettive quanto oggettive sembra ascrivibile l'estensione, a opera dei successivi giuristi, del campo di applicazione della presunzione muciana per tutelare i diritti dei creditori del marito. Un'estensione, dunque, giurisprudenziale, così come l'origine dell'istituto, destinata però a ricevere un successivo riconoscimento normativo. La antica *regula*, infatti, viene recepita *in toto* sia dal codice napoleonico sia da quelli civile e di commercio italiani, senza peraltro prevedere limiti temporali per la sua applicazione; ammettendone, però, la prova contraria³⁵.

La disciplina dell'istituto subisce poi un ridimensionamento con la legge fallimentare del 1942³⁶. A fronte del progressivo superamento della posizione di subordinazione della donna nel contesto economico e sociale, in effetti, tale legge non riferisce più la presunzione alla moglie, ma al coniuge. Viene inoltre limitata l'operatività dell'istituto al quinquennio anteriore al fallimento; confermata, invece, la possibilità di superare la presunzione mediante prova contraria³⁷.

La *ratio* della previsione normativa è, evidentemente, quella di favorire la posizione dei creditori, assoggettando i beni del coniuge del fallito all'azione esecutiva fallimentare; il curatore è cioè legittimato a prenderne il possesso. Sul piano probatorio, spetta infatti al coniuge del fallito dimostrare che i beni da lui

³⁴ V. nuovamente SCACCHETTI, *op. cit.*, 216-217.

³⁵ Così disponeva l'art. 782, cod. comm. 1882: «In tutti gli altri casi, e quand'anche tra i coniugi fosse stata convenuta la comunione degli utili, si presume che i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano al marito e che siano stati pagati con danaro di lui; perciò quei beni devono essere riuniti alla massa del fallimento, ma la moglie è ammessa a provare il contrario».

³⁶ R.D. 16 marzo 1942, n. 267, *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa*.

³⁷ Ai sensi dell'art. 70 della legge fallimentare (v. nota preced.), i beni che il coniuge del fallito ha acquistato a titolo oneroso nel quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, di fronte ai creditori, sono presunti acquistati con denaro del fallito e considerati proprietà di lui, salvo prova contraria.

acquistati a titolo oneroso nei cinque anni precedenti la dichiarazione di fallimento sono stati acquistati con denaro suo proprio; dunque, non sono proprietà del fallito.

In seguito all'entrata in vigore della legge sulla riforma del diritto di famiglia, però, tale presunzione si ritiene oggi implicitamente abrogata. E ciò, non solo nel caso in cui tra fallito e coniuge al momento del fallimento operi il regime di comunione, ma anche ove i due coniugi abbiano optato per la separazione dei beni³⁸.

Sino alla sua tacita abrogazione, la presunzione muciana ha rappresentato un'importante ipotesi di "manipolazione" giudiziale del regime dell'onere della prova, poi recepita dal legislatore sotto forma di presunzione *iuris tantum*. Una presunzione nata nel mondo della prassi e dotata di una condivisibile funzione etico-sociale ed economica, nella prospettiva di assicurare una certa equità e giustizia distributiva fra contrapposti interessi, pubblici e privati.

3. Altre ipotesi di "manipolazione" giurisprudenziale dell'onere della prova

Un altro settore che tradizionalmente sembra essersi prestato alla formulazione di presunzioni giurisprudenziali funzionali alla tutela degli interessi dei creditori è quello del «maggior danno» da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie³⁹.

³⁸ Dopo l'introduzione, con la riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151), della comunione dei beni come regime legale ordinario fra i coniugi, la Suprema Corte nell'89 afferma che la presunzione muciana opera soltanto nell'ipotesi in cui i coniugi abbiano scelto il regime della separazione dei beni; ciò, tuttavia, non senza dubitare anche sulla compatibilità della presunzione con il regime di separazione (v. Cass. 17 febbraio 1989, n. 954, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2218). Chiamata a pronunciarsi sul punto, la Corte costituzionale emette, nel 1995, una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata della norma, rimettendo ogni decisione all'attività interpretativa dell'autorità giudiziaria (v. C. cost. 29 giugno 1995, n. 286, cit.). Nello stesso anno, la Corte di Cassazione (Cass. 29 dicembre 1995, n. 13149, cit.) dichiara la tacita abrogazione dell'istituto, ormai inconciliabile con la vigente disciplina della famiglia. Tale pronuncia è poi confermata dalle Sezioni Unite (v. Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5291, cit.).

³⁹ In argomento, fra i molti, DE MARIA, *Delle presunzioni - Artt. 2727-2729*, cit., 94-98.

Come noto, ai sensi dell'art. 1224, c. 1, c.c., il creditore di un'obbligazione pecuniaria dal giorno della mora ha diritto agli interessi legali; può, inoltre, richiedere ed ottenere il risarcimento del danno ulteriore, ove dimostri che il ritardo nel pagamento abbia lui generato tale pregiudizio (art. 1224, c. 2, c.c.).

A questo riguardo, è interessante dar conto di un atteggiamento giurisprudenziale che ricava la prova del «maggior danno» da criteri presuntivi per così dire personalizzati. Criteri, cioè, basati sulle qualità e condizioni personali del creditore, idonei a far supporre che questi, qualora avesse potuto disporre del denaro, ne avrebbe fatto un uso opportuno e proficuo, idoneo a sottrarlo agli effetti negativi del fenomeno inflattivo.

Quanto al *modus procedendi* di questa tendenza giurisprudenziale – sviluppatasi in un periodo in cui l'alto tasso di inflazione rendeva di sicuro interesse il problema, oggi di scarsa rilevanza pratica – può dirsi che in un primo momento la Corte di Cassazione tendeva a derivare la presunzione di vantaggioso impiego del denaro dall'appartenenza del creditore a specifiche categorie economiche: in particolare quella di «imprenditore», «risparmiatore abituale», «creditore occasionale» e «modesto consumatore»⁴⁰.

Tale lettura è stata contestata in quanto eccessivamente favorevole per il creditore al quale, per ottenere il risarcimento, era sufficiente dimostrare l'appartenenza a una determinata categoria economica. Sono dunque seguite pronunce critiche al riguardo, sul rilievo che una simile esegesi avrebbe

⁴⁰ A partire da Cass. 4 luglio 1979, n. 3776, in *Foro it.*, 1979, I, 1668 e da Cass., sez. un., 5 aprile 1986, n. 2368, *ivi*, 1986, I, 1265, si è tratta una regola di condotta connessa al normale impiego del denaro nel ciclo produttivo secondo cui l'esistenza e l'ammontare approssimativo del denaro possono essere desunti, per l'imprenditore commerciale, dal risultato medio dell'attività in un certo periodo o dallo scarto fra interesse legale e tasso di mercato dell'interesse praticato dalle banche alla migliore clientela, ovvero, per il semplice consumatore, da una presunzione generalizzata di spesa immediata. In dottrina, v. ALPA, *Un nuovo intervento della Corte di Cassazione in tema di rivalutazione monetaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 236; INZITARI, *La terza sentenza delle sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1161.

determinato un ingiustificato stravolgimento dei principi in tema di onere della prova⁴¹.

Il dibattito che ne è conseguito risulta oggi risolto a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite nel 2008 che ha avallato, e persino ampliato, il primo orientamento⁴².

Muovendo dalla massima di esperienza secondo cui, data la sua naturale funzione di scambio, il denaro è normalmente impiegato in forme remunerative, la Suprema Corte ha di fatto ribaltato la ripartizione dell'onere della prova per come prevista *ex art. 2697 c.c.*, sottolineando l'impossibilità di darne una rigida applicazione, slegata da una valutazione in concreto. Secondo gli Ermellini, infatti: «il criterio teorico-pratico della ripartizione dell'onere della prova non costituisce un istituto giuridico in sé concluso, ma un modo di osservare l'esperienza giuridica»⁴³.

Pertanto, si è ritenuto opportuno il ricorso allo schema della presunzione – venendosi così a “creare” una vera e propria regola di giudizio – al fine di riequilibrare la posizione delle parti nello svolgimento del processo. Una regola

⁴¹ V. Cass. 23 ottobre 2002, n. 14970, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Previdenza sociale*, n. 328; Cass. 14 febbraio 2006, n. 3146, *ivi*, *Danni civili*, n. 387.

⁴² Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499, in *Foro it.*, 2008, I, 2786 con note di SEPE, *Maggior danno da svalutazione monetaria: una prospettiva finanziaria*, e di PARDOLESI, *Debiti di valuta, «danno da svalutazione» (e il disgorgement che non ti aspetti)*; *altrsi in Corr. giur.*, 2008, 1555, con nota di DI MAJO, *Il danno da svalutazione monetaria tra prove presuntive e regole di giudizio*.

⁴³ In motivazione a Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499, si afferma: «Quanto alla pretesa disapplicazione dell'art. 2697 cod. civ. che deriverebbe dal ritenere presunta (ma, *rectius*, normale) una modalità di impiego del denaro tale da consentire al creditore di sottrarsi agli effetti della svalutazione, è stato da tempo chiarito come, in definitiva, è nel rapporto tra normalità ed anormalità, tra regola ed eccezione che si rinviene il criterio teorico-pratico della ripartizione dell'onere della prova, il quale non costituisce un istituto giuridico in sé concluso, ma un modo di osservare l'esperienza giuridica. E la giurisprudenza ha quindi fatto ricorso, tutte le volte che il modello legale prefissato non risultava appagante in relazione alle posizioni delle parti riguardo ai singoli temi probatori, allo schema della presunzione in modo talora così tipico e costante da creare, in definitiva, vere e proprie regole di giudizio. Col risultato non già di invertire l'onere della prova, ma di distribuirlo in senso conforme alla realtà dell'esperienza positiva. Ebbene, è senz'altro conforme alla realtà dell'esperienza positiva che il denaro sia speso in relazione alla sua primaria destinazione allo scambio, ovvero impiegato in rassicuranti forme remunerative tali da garantire un rendimento superiore al tasso di inflazione, qual è quello dei titoli di stato, costantemente eccedente l'incremento dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati rilevati dall'Istat».

che si sostanzia nell'attribuire al creditore di obbligazioni pecuniarie, sul mero presupposto della propria qualità soggettiva, "titolo" per pretendere il risarcimento del «maggior danno», conseguente a svalutazione monetaria. Ciò salvo la prova contraria da parte del debitore che tale danno è inferiore o inesistente.

È questo un caso emblematico in cui la giurisprudenza ha redistribuito il carico probatorio astrattamente incombente sulle parti in una maniera meglio rispondente al dato reale ed esperienziale del normale utilizzo del denaro; un utilizzo, cioè, in forme tali da garantire un rendimento superiore al tasso di inflazione. La conseguenza è stata lo spostamento in capo al debitore, per sottrarsi alla condanna al risarcimento del danno ulteriore, dall'onere di dimostrare che anche in caso di tempestivo adempimento il creditore non avrebbe impiegato la somma in maniera proficua.

Quello descritto pare, dunque, rappresentare un'ipotesi di "manipolazione" giurisprudenziale del regime dell'*onus probandi*, attuata mediante il ricorso allo strumento presuntivo, espressione di una certa elasticità del sistema giuridico ad assicurare, per quanto possibile, il corretto bilanciamento degli interessi sostanziali delle parti coinvolte. Sembra, infatti, possibile concludere che alla base di una simile scelta si situano meritevoli ragioni di equità sostanziale, nonché esigenze di semplificazione dell'istruzione probatoria imposte dal principio della ragionevole durata del processo, tutelato dall'art. 111, c. 2, Cost.

Un'altra ipotesi significativa in cui la ripartizione degli oneri probatori risulta stabilita *ope iudicis*, si incontra nell'ambito della disciplina del licenziamento⁴⁴.

Nel caso in cui un lavoratore licenziato sia immediatamente riassunto, con stesse mansioni, identiche modalità lavorative e medesime condizioni economiche, la giurisprudenza presume l'illegittimità del licenziamento e la

⁴⁴ Cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 2013, 138-139.

conseguente continuità del rapporto⁴⁵. Ciò in ragione di finalità oggettive antielusive, nonché di esigenze soggettive di tutela della parte debole, il lavoratore. Senza l'operare della presunzione di continuità del rapporto, connessa con il principio dell'infrazionabilità dell'anzianità di servizio, il lavoratore non potrebbe, infatti, beneficiare degli incrementi automatici della retribuzione ad essa collegati⁴⁶.

Conseguentemente, per ristabilire un più equo bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti coinvolte, la giurisprudenza addossa al datore di lavoro la dimostrazione dell'assenza di un intento fraudolento; cioè, che il licenziamento e la riassunzione, senza soluzione di continuità, sono stati, nel caso di specie, determinati da cause obiettive e da particolari esigenze aziendali⁴⁷.

Del resto, almeno in linea di principio, pare ragionevole ritenere in simili ipotesi che, al di là dell'apparente volontà di risolverlo e di costituirne uno nuovo, il precedente rapporto sia rimasto integro ed invariato⁴⁸. In altri termini, nella pratica si assiste a uno spostamento dei termini del problema dello squilibrio delle posizioni sostanziali delle parti sul piano processuale; nello specifico, sul versante della prova che viene posta a carico del datore di lavoro.

⁴⁵ V., *ex multis*, Cass. 16 maggio 2006, n. 11424, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, 1006; Cass. 16 febbraio 1977, n. 710, in *Foro it.*, 1977, I, 115, 1156; Cass. 29 aprile 1974, n. 1209, in *Foro it.*, 1974, I, 1618. In dottrina, per tutti, v. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, 137 ss.

⁴⁶ In proposito si precisa che la l. 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori), tutelando in maniera più incisiva il diritto del lavoratore al posto di lavoro, ha sensibilmente ridotto le concrete possibilità di controversie di tal genere. Ai sensi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (modificato dalla l. 11 maggio 1990, n. 108), come noto, in caso di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo, il giudice deve ritenerlo illegittimo e dichiararlo inefficace, imponendo al datore di lavoro determinati obblighi verso il lavoratore che cambiano a seconda della dimensione dell'azienda. In breve: reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento del danno non inferiore a 5 mensilità, ove l'impresa abbia più di 15 dipendenti (5 se agricoli) per ciascuna unità produttiva o più di 60 complessivamente; solo risarcimento, in caso contrario. È fatta salva la possibilità del lavoratore di rinunciare alla reintegrazione, chiedendo in cambio un'indennità pari a 15 mensilità.

⁴⁷ V., ad es., Cass. 29 novembre 1968, n. 3852, in *Foro it.*, 1969, I, 1226; Cass. 25 gennaio 1969, n. 227, *ivi*, I, 884; Cass. 28 luglio 1969, n. 2860, *ivi*, I, 2716; Cass. 12 settembre 1970, n. 1398, in *Rep. Foro it.*, 1970, *Lavoro (rapporto)*, 630; Cass. 29 settembre 1970, n. 1747, in *Foro it.*, 1970, I, 2750; Cass. 3 marzo 1992, n. 2569, in *Giur. comm.*, 1992, 4 e Cass. 9 aprile 1992, n. 4325, *ivi*, 1992, 4; e, più di recente, Cass. 16 maggio 2006, n. 11424, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Lavoro (rapporto)*, 1363.

⁴⁸ Cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 139.

Per sottrarsi alle conseguenze connesse alla presunzione di sostanziale, ininterrotta unicità del rapporto, questi ha infatti l'onere di dimostrare la sussistenza di un accordo novativo. Un accordo, cioè, finalizzato ad imprimere al secondo rapporto contrattuale concreti aspetti di diversità, in ragione di cause oggettive o particolari esigenze aziendali. In assenza di tale prova, il licenziamento dovrà presumersi illegittimo e, dunque, dichiararsi inefficace⁴⁹.

E sempre in ambito per così dire lavoristico, pare poi verificarsi un'altra rilevante operazione di alterazione giudiziale dell'onere della prova.

In effetti, pur in assenza di un'espressa previsione normativa, in alcuni casi la giurisprudenza sembra ricollegare alla violazione di norme imperative, poste in essere dal datore di lavoro nella fase di formazione del consenso, una clausola di conversione legale. Più nel dettaglio, la Suprema Corte pare propensa a riconoscere l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, non solo nelle ipotesi legislative espressamente previste – quali l'inosservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi formativi oppure la violazione dell'obbligo della forma scritta *ad substantiam* o la mancata indicazione delle esigenze di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo che giustificano l'apposizione del termine – ma anche in altre fattispecie⁵⁰. Così, ad esempio, nel caso in cui il giudice accerti l'assenza, in concreto, di ragioni oggettive legittimanti l'apposizione del termine, considera il contratto a tempo indeterminato.

Per pervenire a un simile effetto, il giudiziario sembra ricorrere all'applicazione analogica dell'art. 1419, c. 2, c.c. il quale, come noto, stabilisce

⁴⁹ In dottrina, sul descritto orientamento giurisprudenziale, cfr. TOSI, *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 191 ss., spec. 210.

⁵⁰ L'art. 3 del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, conv. con l. 19 dicembre 1984, 863, in materia di contratto di formazione e lavoro, sanziona l'inosservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi formativi, disponendo l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato. In argomento, PENNESI, *L'inosservanza dell'obbligo formativo nel contratto di formazione e lavoro: profili applicativi*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, 121 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 10 aprile 2000, n. 4534, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 263 con nota di MARINELLI e Cass. 7 gennaio 2003, n. 29, in *Mass. giur. lav.*, 2004, n. 6, 43. In prospettiva analoga, ai sensi dell'art. 1, c. 2, d.lgs. 368/2001, l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

che la nullità di singole clausole (quale il termine) non determina la nullità dell'intero contratto, ove tali clausole siano sostituite di diritto da norme imperative. Pare trattarsi nuovamente di un'operazione ermeneutica attuata mediante lo schema presuntivo e finalizzata ad accordare una tutela rafforzata al contraente debole; nello specifico funzionale a scongiurare il rischio di possibili abusi lesivi della libertà negoziale⁵¹. Una ragione, questa, sufficiente per esprimere un giudizio positivo anche nei confronti di tale prassi.

Infine, un significativo campo operativo delle presunzioni giurisprudenziali riguarda il problema della dimostrazione dello stato soggettivo di capacità di una persona – in particolare del testatore – in un determinato momento storico⁵².

Nel nostro ordinamento, come noto, si presume che ogni persona maggiorenne e sana sia capace di intendere e volere; o, in altri termini, la presunzione dello stato di capacità costituisce la regola, quella dello stato di incapacità, l'eccezione. Ebbene, applicando tale disciplina in ambito testamentario accade che un testamento debba normalmente giudicarsi valido ed efficace; pertanto, il soggetto che ne asserisce l'invalidità è tenuto a dimostrare che il *de cuius* risultava, invece, incapace di intendere e di volere al momento in cui ha redatto le ultime volontà (art. 591, c. 2, n. 3)⁵³.

⁵¹ Sulla figura dell'abuso del diritto, ampiam. ROMANO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 217 ss. e 277 ss.; ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, *passim*; SACCO, voce *Abuso del diritto*, in *Dig., disc. priv., sez. civ., Agg.*, VII, Torino, 2012, 1 ss. In tema, v. anche BENEDETTI A.M., *L'abuso dei (e nei) rimedi contrattuali*, in VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Padova, 2016, 83-89.

⁵² Altre ipotesi di presunzioni giurisprudenziali consolidate riguardano il giudizio per la dichiarazione di paternità naturale nel quale, ove esistano elementi idonei a dimostrare la fondatezza della domanda, si ritiene non spetti alla parte attrice dare la prova negativa che la donna non ha avuto rapporti intimi con altri uomini, ma incombe a chi risulta aver posseduto la donna, che non sia notoriamente di facili costumi, provare che quella abbia giaciuto in quel medesimo periodo, con altri, al fine di escludere che il figlio sia stato da lei generato (v., ad es., Cass. 23 aprile 1969, n. 1298). In tema, MICHELI, «Exceptio plurium concubentium» *ed onere della prova*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, I, 341 ss.); nonché l'*animus spoliandi*, che si ritiene insito nel fatto stesso di privare altri del possesso o della detenzione in modo violento o clandestino, anche ove lo spogliatore agisca nella convinzione di esercitare un proprio diritto (v., *ex multis*, Cass. 16 dicembre 1982, n. 6971, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Possesso*, n. 86).

⁵³ Trattandosi di un'ipotesi di annullabilità cosiddetta assoluta, l'invalidità del testamento può essere fatta valere da «chiunque vi abbia interesse». L'azione si prescrive nel termine di cinque

Si tratta di una prova alquanto difficile, almeno per due ordini di ragioni. Anzitutto sembra alquanto improbabile che il soggetto che allega lo stato di incapacità del testatore oggi, riesca a dimostrare che questi il giorno di stesura del testamento (magari avvenuta anni addietro) fosse effettivamente incapace di autodeterminarsi. Inoltre, occorre considerare che secondo l'orientamento maggioritario l'incapacità naturale del disponente, atta a determinare l'invalidità del testamento, non si identifica in una generica alterazione del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà. La Cassazione richiede, infatti, che a causa dell'infermità il soggetto, al momento della redazione del testamento, fosse assolutamente privo della capacità di comprendere il significato dei propri atti, nonché della capacità di autodeterminarsi, così da versare in condizioni analoghe e quelle che, se abituali, legittimerebbero la pronuncia di interdizione⁵⁴.

Al fine di attenuare la rigidità della regola disposta dall'art. 591, c. 2, n. 3) c.c., la giurisprudenza vi deroga nell'ipotesi in cui il testatore si trovi in uno stato di incapacità determinato da una infermità psichica di natura non transitoria, ma permanente⁵⁵. Rifacendosi allo schema della presunzione legale di possesso

anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie; dunque dal giorno in cui l'erede entra in possesso dei beni ereditari (art. 591, c. 3, c.p.c.). Sul tema, v. per tutti BENEDETTI A.M., *Il testamento dell'incapace naturale*, in BENEDETTI A.M.- PAGLIANTINI, *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, Napoli, 2013, 65-92.

⁵⁴ Cfr., ad es., Cass. 15 aprile 2010, n. 9081 (conf. Cass. 6 maggio 2005, n. 9508 e Cass. 30 gennaio 2003, n. 1444, tutte facilmente reperibili su www.dejure.it) secondo cui l'annullamento del testamento per incapacità naturale postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti ovvero della capacità di autodeterminarsi, con il conseguente onere, a carico di colui che quello stato di incapacità assume, di provare che il testamento fu redatto in un momento di incapacità di intendere e di volere.

⁵⁵ Infermità che secondo RESCIGNO, *Status e capacità*, in PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, 21, corrisponde alla «presenza di un'alterazione psichica e/o volitiva permanente». In argomento, per tutti, v. SASSI-STEFANELLI, *Incapacità testamentarie. Artt. 591-600*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, spec. 31 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, in RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, 674 ss. e VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, in *Tratt. Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 87 ss.

intermedio (art. 1142 c.c.), la Cassazione giustifica infatti un'inversione dell'onere della prova in materia di invalidità testamentaria⁵⁶.

Come noto, l'art. 1142, c.c. presume che il possessore (attuale) che ha posseduto in tempo più remoto, abbia posseduto anche nel tempo intermedio. Analogamente, la Suprema Corte ritiene che, accertata la totale incapacità di un soggetto in due determinati periodi, vada presunta la sussistenza di tale incapacità anche nel periodo intermedio⁵⁷. Pertanto, ove la redazione dell'atto di ultime volontà si collochi nel periodo intermedio, spetterà al soggetto che intenda avvalersi del testamento dimostrare che esso è stato redatto in un momento di lucidità⁵⁸.

È ancora interessante interrogarsi sulla *ratio* della descritta "manipolazione" giurisprudenziale. A tal proposito è utile osservare che la disciplina di cui all'art. 591 c.c. pare improntata alla tutela del testatore, assicurando che costui sia in grado di manifestare la propria volontà nel disporre dei propri beni. Più specificamente, tale risultato è perseguito presumendo incapaci i minorenni (c. 1), gli interdetti (c. 2) e gli incapaci naturali al momento del testamento (c. 3). Ebbene, in analoga prospettiva sembra potersi collocare la prassi giurisprudenziale poc'anzi esaminata.

In effetti, ritenere che colui che impugna un testamento *ex art. 591, c. 2, n. 3) c.c.*, ove abbia dimostrato la presenza di un'infermità mentale permanente del *de cuius*, sia esonerato dalla prova dell'incapacità naturale esattamente al

⁵⁶ V. Cass. 28 marzo 2002, n. 4539, in *Mass. Foro it.*, 2002; Cass. 6 dicembre 2001, n. 15480, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Successione ereditaria*, 79; Cass. 28 novembre 1998, n. 12099, in *Riv. not.*, 2000, 1260; Cass. 23 gennaio 1991, n. 652, in *Foro it.*, 1991, I, 758.

⁵⁷ L'apprezzamento di tale prova costituisce giudizio riservato al giudice di merito, sottratta al sindacato di legittimità se sorretto da congrue argomentazioni, esenti da vizi logici e da errori di diritto; cfr. Cass. 5 febbraio 2004, n. 2210 e Cass. 25 novembre 2003, n. 17915.

⁵⁸ V., *ex multis*, Cass. 11 luglio 2011, n. 15187 (conf. Cass. 24 giugno 2011, n. 13989 e Cass. 12 agosto 2010, n. 18640, tutte facilmente reperibili su www.dejure.it), secondo cui il testamento redatto dal *de cuius* può essere impugnato se si dimostra che al momento della sua stesura, quest'ultimo era affetto da un'infermità psichica di natura permanente, tale da determinare la sua incapacità di intendere e di volere. Accertata la totale incapacità di un soggetto in due determinati periodi, prossimi nel tempo, per il periodo intermedio la sussistenza dell'incapacità è assistita da una presunzione *iuris tantum*; sicché, in concreto, si verifica l'inversione dell'onere della prova nel senso che, in siffatta ipotesi, deve essere dimostrato, da chi vi abbia interesse, che il soggetto ha agito in una fase di lucido intervallo.

momento della stesura dell'atto, pare esprimere una finalità di tutela del soggetto debole. L'effettiva volontà del testatore che, seppur non interdetto, versava di fatto in uno stato di incapacità permanente al momento della redazione del testamento sembra, invero, assicurata mediante la facilitazione del compito probatorio della parte che ne denuncia l'invalidità.

Del resto, pare oggettivamente verosimile – dunque probabile e ragionevole – ritenere che una persona affetta da incapacità permanente, rimanga tale durante il compimento di qualsivoglia atto, salva la prova contraria del sopraggiungere di un intervallo di lucidità.

In conclusione, dai rilievi svolti sembra emergere che in alcune ipotesi in cui il modello probatorio fissato dall'art. 2697 c.c. non risultava appagante in relazione alle posizioni delle parti nel caso concreto, la giurisprudenza abbia fatto ricorso «allo schema della presunzione talora in modo così tipico e costante da creare, in definitiva, vere e proprie regole di giudizio»⁵⁹. Ciò con il risultato non tanto di invertire l'onere della prova, ma di distribuirlo in maniera elastica, ossia in senso conforme alla realtà dell'esperienza positiva.

4. *Verosimiglianza e probabilità: il fenomeno della c.d. prova prima facie*

Gli orientamenti giurisprudenziali richiamati paiono manifestazione di un fenomeno più vasto, teso a intervenire sul regime di ripartizione dell'onere della prova fra le parti all'interno del processo⁶⁰. Da un punto di vista più generale, in effetti, sembra possibile constatare un diffuso atteggiamento dei giudici a dare per provato un fatto in rapporto al quale non esistono prove, ma solo elementi conoscitivi di valore inferiore. Più precisamente, circostanze indiziarie che,

⁵⁹ Così Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499, cit. nota 43.

⁶⁰ In argomento, TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 733 ss., spec. 738 ss.

tipizzate nel corso del tempo, sono state utilizzate alla stregua di massime di esperienza⁶¹.

Del resto, fin dall'inizio del secolo scorso nei processi di risarcimento del danno, ai fini della dimostrazione della sussistenza del nesso causale e, soprattutto, della colpa del convenuto, sembra assistersi all'impiego di regole di esperienza a fondamento di presunzioni semplici⁶². Così, ad esempio, poiché l'esperienza induce a desumere dalla prova di uno svolgimento tipico del fatto lesivo la sussistenza della colpa del soggetto, quest'ultima si presume provata una volta dimostrato il primo⁶³.

Sembra trattarsi di una prassi volta a superare le difficoltà di prova del danneggiato, suscettibili di determinare il rigetto della domanda risarcitoria. Il risultato ottenuto è, infatti, facilitare sul piano processuale la parte gravata dell'*onus probandi*. Più nel dettaglio, all'attore-danneggiato che alleggi l'altrui colpa (fatto costitutivo della pretesa) è sufficiente provare soltanto l'«apparenza» o «verosimiglianza» di questa – dunque il verificarsi del fatto lesivo – per ottenere l'accoglimento della domanda. Ne consegue che incomberà sull'altra parte l'onere di offrire la prova contraria.

A proposito di questo fenomeno si è parlato di prova *prima facie*, richiamando la figura dell'*Anscheinsbeweis* propria dell'esperienza tedesca⁶⁴.

⁶¹ Cfr., PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2015, 248; ID., *Della prova testimoniale - Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, cit., 92.

⁶² La possibilità di utilizzare le massime di esperienza non soltanto come mezzo di interpretazione delle norme giuridiche, ma altresì come base di presunzioni semplici nei casi in cui il fatto da provare appaia evidente alla luce dell'esperienza, è già presente nella dottrina degli anni '30; cfr. PISTOLESE, *Prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova, 1935, 9 ss.

⁶³ Gli ambiti di applicazione sono vari. A titolo esemplificativo si segnalano: la dimenticanza da parte di un medico di un tampone nella ferita di un paziente; l'investimento di alcuni passanti sul marciapiede da parte del conducente di un'automobile; il regolare parcheggio di un'automobile.

⁶⁴ Sull'istituto dell'*Anscheinsbeweis* cfr., fra gli altri, DIEDERICHSEN, *Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislat und Anscheinsbeweis*, in *VersR*, 1966, 211 ss.; KOLLHOSSER, *Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung*, in *AcP*, 1965, 46 ss. e HOFFMAN, *Der Anscheinsbeweis und die Lehre von der res ipsa loquitur*, Göttingen, 1985, 14. Nella dottrina italiana, cfr. in partic. PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 247 ss.; v. altresì DE MARIA, *Delle presunzioni - Artt. 2727-2729*, cit., 122 ss.; e TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 739 ss.

Non sono tuttavia mancate critiche al riguardo, sul rilievo che non sembra sufficiente constatare qualche analogia con l'istituto tedesco per sostenere la presenza, anche nell'ordinamento italiano, di casi di prova *prima facie*⁶⁵. Ciò in particolare per due ordini di problemi.

Il primo attiene all'ammissibilità di una prova contraria per così dire attenuata, ossia non piena, ma ritenuta ugualmente idonea a contrastare la prova dell'apparenza. L'effetto tipico dell'*Anscheinsbeweisis* è, infatti, quello di determinare un alleggerimento bilaterale dell'onere della prova del fatto.

La seconda perplessità riguarda l'esatta individuazione dei fatti la cui ricorrenza, seppur in maniera solo apparente, deve essere dimostrata a opera dell'attore affinché sorga a carico del convenuto l'onere della prova contraria⁶⁶. La questione sembra nascere dall'indebita equiparazione fra i concetti di «verosimiglianza» e «probabilità», in merito ai quali paiono opportune alcune precisazioni⁶⁷.

Occorre anzitutto segnalare che si tratta, invero, di due concetti distinti e afferenti a due diverse realtà. In un utilizzo proprio del linguaggio tecnico, del resto, il termine «verosimiglianza» dovrebbe essere impiegato per fare riferimento all'allegazione di un fatto; quello di «probabilità» va, invece, messo in rapporto alla prova del fatto. Verosimile è, infatti, l'asserzione di una circostanza che possa considerarsi «normale» alla luce di una massima di esperienza. Probabile è, invece, la deduzione fattuale che risulti «attendibile» in quanto confermata da adeguati elementi conoscitivi⁶⁸.

⁶⁵ Il riferimento è a TARUFFO, *ult. op. cit.*, 741, il quale evidenzia che la stessa dottrina ha sottolineato come l'*Anscheinsbeweis* sia rimasta un istituto tipico ed esclusivo del diritto tedesco, non esportabile e non esportato proprio a causa della perplessità di fondo che fa sorgere; sul tale profilo, cfr. MUSIELAK, *Die Grundfragen des Beweisrechts*, München, 1984, 130 ss.

⁶⁶ Sul tali problematiche, v. TARUFFO, *ult. op. cit.*, 741-742.

⁶⁷ La confusione fra i due concetti (derivata dalla traduzione del termine *Wahrscheinlichkeit* univocamente con «verosimiglianza», dimenticando che esso significa anche «probabilità») è presente in CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in ID., *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972, 616 ss., così come in SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, 503 ss.

⁶⁸ Questo punto è di assoluta evidenza in tutte le teorie che applicano concetti probabilistici all'analisi del giudizio di fatto. In proposito, v. il panorama tracciato da BESSO

Alla luce di ciò, sembra possibile affermare che la «verosimiglianza» rappresenta una condizione presupposta della fattispecie tipica, che non abbisogna di dimostrazione in quanto assistita da un'apparenza capace di garantire intorno alla sua veridicità. D'altronde, verosimile è il fatto allegato che tale possa definirsi alla luce dell'esperienza.

È altresì opportuno precisare che le osservazioni svolte non escludono che un'allegazione fattuale (in apparenza) verosimile si riveli, poi, (in concreto) improbabile in quanto priva di qualsiasi fondamento probatorio; e neppure, per contro, che un'asserzione inverosimile risulti poi confermata da prove attendibili e, dunque, sia probabile⁶⁹.

In ogni caso, il dato su cui occorre davvero concentrare l'attenzione è il risultato che la teoria della prova *prima facie* esplica in termini di regime dell'onere della prova. A tal proposito, se da un lato pare eccessivo sostenere trattarsi di una vera e propria inversione in favore della parte che fa valere l'apparenza generata dalla situazione tipica, dall'altra risulta evidente che il compito probatorio di questa è ampiamente facilitato. Ciò in quanto a costei, per ottenere l'accoglimento della domanda, è sufficiente allegare le circostanze indiziarie tipiche che, in base all'esperienza, rendono verosimile la veridicità del fatto asserito. La controparte, per contro, ove non riesca a dimostrare l'inverosimiglianza di quel fatto, perde la controversia⁷⁰.

Dai rilievi svolti sembra emergere che, tramite il ricorso alla cosiddetta prova *prima facie*, il fine perseguito dalla giurisprudenza è, ancora una volta, quello di intervenire – nel senso di modificare o alterare, e dunque manipolare – la distribuzione dell'onere della prova fra le parti all'interno del processo. Un fine,

MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1120 ss., spec. 1149 ss.; cfr. anche COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, 5 ss. e 144 ss.

⁶⁹ L'osservazione si deve nuovamente a TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 744, che alla nota (30) evidenzia: «non a caso Calamandrei (*Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in ID., *Opere giuridiche*, cit., 628-632) giunge a riferire il concetto di verosimiglianza alla sola *allegazione* del fatto di per sé considerata, contrapponendola alla probabilità o attendibilità dell'accertamento del fatto».

⁷⁰ Cfr. DE MARIA, *Delle presunzioni - Artt. 2727-2729*, cit., 122 ss.

questo, che probabilmente ha fatto sì che nel corso degli anni la teoria della prova *prima facie* sia stata accolta anche a livello legislativo.

Un primo esempio di tale ricezione poteva essere ravvisato nella norma, ormai abrogata, in materia di azioni positive per la realizzazione della parità fra uomo e donna in ambito lavorativo. L'art. 4, n. 6, l. 10 aprile 1991, n. 125 prevedeva, infatti, che qualora il ricorrente fornisse elementi di fatto – desunti anche da dati statistici relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti – idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spettasse al convenuto provare che la discriminazione non era avvenuta⁷¹.

Ebbene – com'è stato osservato – ciò che la norma in questione sembrava introdurre era una presunzione legale di discriminazione fondata sulla verosimiglianza della relativa allegazione⁷². In effetti, tale norma stabiliva le circostanze indiziarie la cui deduzione consentiva all'attore di avvalersi dell'operare della presunzione di discriminazione.

A tal proposito, è importante notare che, così disponendo, il legislatore non attuava un'inversione o una diversa ripartizione dell'onere della prova. L'effetto della previsione normativa in esame era, invero, di determinare un alleggerimento dell'onere della prova spettante (comunque) alla lavoratrice ricorrente.

Una più recente ipotesi legislativa di prova *prima facie* può riscontrarsi nella normativa di rango europeo. Sulla base dei principi generali che governano il sistema probatorio nel settore dei consumatori, sembra essere avvenuta

⁷¹ Su questa norma (abrogata *ex art.* 57, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198), v. per tutti DE ANGELIS, *La tutela processuale contro le discriminazioni sessuali in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, 4. Il problema in esame era già stato discusso prima dell'approvazione della legge sulle azioni positive; cfr., ad es., VALLEBONA, *L'onere della prova degli atti discriminatori*, in *Lav. e dir.*, 1989, 336, 340 ss.; ID., *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 809.

⁷² Cfr. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 745.

l'introduzione di criteri valutativi meno rigorosi, quali quelli della «verosimiglianza» e della «probabilità», anche in materia di prodotto difettoso⁷³.

Come noto, la disciplina della materia è attualmente contenuta negli artt. 114 ss. del Codice del Consumo⁷⁴. In particolare, l'art. 120, c. 1, c. cons. impone al consumatore danneggiato la prova del danno, del difetto e del nesso causale fra danno e difetto. Il c. 2 della citata disposizione, invece, precisato che spetta al produttore dimostrare i fatti di cui all'art. 118, c. cons., idonei a escludere la responsabilità, prevede che a quest'ultimo, per andare esente da responsabilità nell'ipotesi in cui il difetto che ha cagionato il danno non esistesse ancora al momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione, è sufficiente dimostrare che ciò risulta «probabile» tenuto conto delle circostanze⁷⁵.

⁷³ A partire dagli anni '60 e fino all'entrata in vigore della direttiva 85/374/CE, gli studiosi italiani si impegnano nella ricerca di regole che garantiscano adeguato ristoro ai consumatori danneggiati da prodotti difettosi. In quest'ottica, dopo i primi infruttuosi tentativi di ricorso alle tutele del contratto di compravendita, si afferma progressivamente l'inquadramento della fattispecie entro i confini della responsabilità aquiliana; anche così, però, la prova della colpa del produttore continua a imporre al consumatore un onere probatorio difficilmente assolvibile. Segue dunque una rivalutazione delle ipotesi di responsabilità diverse dalla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. (in particolare, artt. 2049, 2050, 2051, 2053 e 2054), meglio capaci di garantire ai consumatori danneggiati il raggiungimento di soglie minime di tutela. Nel quadro di sensibilità delineata, il legislatore italiano recepisce, con il d.P.R. 224/1988, la direttiva comunitaria 85/374; la direzione intrapresa è quella della riduzione dei carichi probatori incombenti sul consumatore, cui viene riservato un sistema di responsabilità speciale.

Per una descrizione analitica degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali del periodo anteriore all'introduzione della direttiva 85/374/CE, v. CONFORTINI, *Posizioni della dottrina e della giurisprudenza italiane sul tema della messa in commercio di prodotti (difettosi)*, in *Resp. civ. e prev.*, 1977, 544 ss.; e PARDOLESI-PONZANELLI (a cura di), *La responsabilità per danno da prodotti difettosi. Commentario al d.p.r. 24 maggio 1988, n.224*, in *Nuove leggi civ.*, 1989, 497 ss.

⁷⁴ D.lgs 6 settembre 2005, n. 206.

⁷⁵ Prima dell'introduzione della disciplina in commento, in ragione del gravoso onere probatorio sussistente in capo al soggetto danneggiato (tenuto, secondo il regime ordinario della responsabilità civile, a dimostrare l'esistenza del difetto, il danno, il nesso causale e, soprattutto, la colpa del produttore) la giurisprudenza giunge a un'elaborazione concettuale che, facendo ricorso alla prova per presunzioni semplici con riferimento agli elementi costitutivi, di fatto non lascia al produttore la possibilità di fornire una prova liberatoria (così Cass. 25 maggio 1965, n. 1270, in *Foro it.*, 1965, I, 2098, con nota di MARTORANO, *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti difettosi*, *ivi*, 1966, 5, 13 ss., meglio conosciuto come “caso Saiwa”). L'art. 8 del d.P.R. 224/1998, formalizzando una regola già sussistente nella prassi, stabilisce che il danneggiato sia onerato “unicamente” della prova del danno, del difetto e del nesso di causalità, ma non dell'elemento soggettivo della colpevolezza.

Sul sistema vigente prima dell'introduzione del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), v. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, rist. Milano, 1979, *passim*; e PATTI, *Ripartizione dell'onere probatorio, probabilità e verosimiglianza nella disciplina del danno da*

Dal disposto di cui all'art. 120 c. cons. pare che la responsabilità da prodotto difettoso abbia natura presunta, in quanto prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore. In altri termini, la norma in esame sembra configurare, nel primo periodo del c. 2, un'inversione dell'*onus probandi* a scapito del produttore; si tratta, tuttavia, di un'inversione subito "ribilanciata" attraverso la previsione, nel secondo periodo di tale comma, di una facilitazione processuale o, meglio, di un alleggerimento probatorio in favore di quell'ultimo.

In effetti, una lettura asistemica della disposizione citata, attribuendo al danneggiato un onere più gravoso (certezza del difetto durante l'uso) rispetto a quello del produttore (mera probabilità dell'inesistenza del difetto al momento della messa in circolazione del prodotto), potrebbe vanificare l'obiettivo di tutela del consumatore perseguito dal legislatore europeo⁷⁶.

Per scongiurare tale rischio, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente individuato alcuni elementi presuntivi che consentono al danneggiato di raggiungere la prova della difettosità del prodotto. Più nel dettaglio, collocandosi nella prospettiva dinamica del consumatore che trae utilità dal bene, la Cassazione ritiene sufficiente che il consumatore che chiede il risarcimento dimostri che il difetto causativo del danno emerga dalla anomalia dei risultati conseguiti con l'utilizzazione⁷⁷.

prodotto, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 705 ss; un commento del suo antecedente comunitario (direttiva 85/374/CEE) è offerto da FUSARO, *Note sulla direttiva comunitaria in tema di responsabilità del produttore*, in *Giur. comm.*, 1987, 131 ss.

⁷⁶ Tale rischio sembra essersi concretizzato nella decisione sul "caso Wella" (Cass. 15 marzo 2007, n. 6007, in *Danno e resp.*, 2007, 1220 ss., con nota di BITETTO, *Responsabilità da prodotto difettoso a passo di gambero*; in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1592 ss., con nota di GORGONI, *Alla ricerca della (prova) della causa del danno*; e in *Foro. it.*, 2007, I, 2415, con nota di PALMIERI, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*), in cui la Cassazione afferma che il difetto del prodotto – definito come prerequisite strutturale della responsabilità del produttore – deve essere provato dal danneggiato alla stregua del generale principio di cui all'art. 2697 c.c., non potendo essere raggiunto attraverso l'indagine di indici presuntivi della difettosità, quali il danno causalmente collegato alla semplice utilizzazione o detenzione del prodotto da parte del consumatore danneggiato.

⁷⁷ Cfr. Cass. 15 marzo 2007, n. 6007, in *Resp. civ.*, 2007, 815 ss., con nota di TUOZZO; e Cass. 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Corr. giur.*, 2008, 811, con nota di DI PALMA, *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability*), e in *Foro. it.*, 2008, I, 98, secondo cui spetta al danneggiato, che invochi il regime di responsabilità per danno da prodotto difettoso, provare che l'uso del prodotto ha comportato

Quanto all'onere probatorio per così dire attenuato gravante sul produttore – ossia dimostrazione, tenuto conto delle circostanze, della semplice probabilità di inesistenza del difetto al momento dell'immissione in commercio del bene – è opportuno precisare che la scelta legislativa sembra realizzare un equilibrio fra i valori della persona e l'interesse all'attività produttiva. Ciò in quanto, se da un lato è necessario garantire al consumatore danneggiato la concreta possibilità di svolgere una domanda risarcitoria, dall'altro occorre considerare che per il produttore sarebbe alquanto difficile, specie dopo alcuni anni dalla messa in circolazione del prodotto, offrire piena prova della circostanza liberatoria richiesta⁷⁸.

Infine, si segnala che, in base al successivo c. 3 dell'art. 120 c. cons., qualora sia «verosimile» che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice ha il potere di ordinare al produttore l'anticipo delle spese della consulenza tecnica⁷⁹.

Collegando il regime probatorio attualmente vigente in materia di danno da prodotto con le osservazioni svolte in precedenza, sembra possibile concludere che legislatore e giurisprudenza abbiano preso le mosse dal criterio di prossimità della prova per approdare all'accoglimento dei concetti di «probabilità» e «verosimiglianza». Un fenomeno, questo, ancor più interessante ove si consideri che i concetti in questione si discostano dalle regole tradizionali in materia di valutazione delle prove, come ad esempio e soprattutto, il principio del libero convincimento.

risultati anomali rispetto alle normali aspettative e tali da evidenziare la sussistenza di un difetto, nonché il danno subito e la connessione causale fra questo e il difetto riscontrato; mentre il produttore, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare che il difetto *probabilmente* non esisteva ancora al momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

⁷⁸ Secondo PATTI, *Ripartizione dell'onere probatorio, probabilità e verosimiglianza nella disciplina del danno da prodotto*, cit., 716, l'«abbassamento dello sforzo probatorio» a favore del produttore in termini di probabilità, si giustificerebbe con la difficoltà di vincere la presunzione di esistenza originaria del difetto con riguardo ad incidenti verificatisi molto tempo addietro.

⁷⁹ La norma sembra tesa a facilitare l'accesso alla giustizia per la parte danneggiata, che si presume essere quella economicamente più debole; cfr., BELLISARIO, Sub. art. 120, in ALPA-ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 761.

5. (Segue) Valutazione delle prove, libero convincimento e regola di giudizio ex art. 2697 c.c.

Occorre a questo punto dare spazio a quelle letture che hanno criticato la previsione normativa di *standard* valutativi meno rigorosi, quali la «verosimiglianza» e la «probabilità». *Standard*, cioè, implicanti che punto di arrivo del convincimento giudiziale non sia la certezza, ma la mera probabilità di effettiva verifica del fatto allegato, con tutti i risvolti negativi che sembrano conseguirne in termini di ricerca della verità⁸⁰.

Per illustrare tali critiche, risultano utili alcune considerazioni in rapporto al processo di formazione del convincimento del giudice.

Come noto, il sistema processuale italiano è regolato dal principio del libero convincimento, abitualmente ricavato dal disposto di cui all'art. 116 c.p.c.⁸¹. Com'è stato osservato, tuttavia, tale articolo fa riferimento solo al «prudente apprezzamento delle prove», senza menzionare alcuna «libertà di convincimento» da parte del giudice. Diversamente, se si esaminano le norme

⁸⁰ Cfr. PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 188.

⁸¹ In generale sul principio del libero convincimento, fra i molti, v. ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1967, 260; CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992, 62 ss. e 176 ss.; CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27; CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, *passim*; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3^a ed., Torino, 2010, 151 ss.; LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, I, Firenze, 1914, 486 e 497 ss.; NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, *passim*; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 207 ss.; VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579. Sulle origini dello stesso, v. in partic. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in ID., *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, 80 ss.; e MONTELEONE, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 130 ss. Sempre sul tema della formazione del convincimento giudiziale, v. altresì FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, spec. 61 ss.; TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 533 ss.; ID., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 99 ss., 122 ss. e 196 ss.; sull'opinione dell'A., in modo critico, si esprimono CAVALLONE, *In difesa della veriphobia ecc.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss. (v. anche la replica dello stesso TARUFFO, *Contro la veriphobia ecc.*, *ibidem*, 995 ss.) e CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 595 ss.

corrispondenti in altri ordinamenti risulta subito evidente come il citato principio riceva lì un'espressa formulazione⁸².

Già sulla base di tale dato, dunque, non pare condivisibile l'equiparazione, terminologica e concettuale, presente nella dottrina italiana fra (libera) valutazione delle prove e libero convincimento⁸³. Al contrario, sembra potersi dire che tali attività rappresentano due fasi distinte, seppur strettamente collegate, del procedimento decisorio⁸⁴. Del resto, il giudice decide quando è convinto circa un dato svolgimento dei fatti; ma per arrivare a tale convincimento è necessario che abbia precedentemente valutato le prove relative a quei fatti. In altri termini, la valutazione delle prove pare costituire il presupposto per la formazione del convincimento del giudice.

Chiarito che si tratta di due attività temporalmente distinte, bisogna altresì notare che una soltanto sembra potersi definire propriamente libera. Ciò sul rilievo che la valutazione delle prove è necessariamente legata alle regole della logica e dell'esperienza; per contro, il convincimento del giudice, eccezion fatta per i vincoli derivanti dalle prove legali, risulta totalmente libero⁸⁵.

⁸² Apposite norme in tal senso si riscontrano, ad esempio, nel codice di procedura civile tedesco (al § 286 ZPO, rubricato *Beweiswürdigung*), ove si prevede che il tribunale, tenendo conto dell'intero contenuto del dibattimento e dell'istruzione probatoria, deve decidere secondo una «freie Überzeugung» se un certo fatto debba o meno essere considerato per vero; e nel codice di procedura civile austriaco (al § 272 ZPO), in cui risultano chiaramente distinte la fase della valutazione delle prove, da effettuarsi secondo un prudente apprezzamento, e quella della «freie Überzeugung». In argomento BALZER, *Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess*, Berlin, 2011, *passim*.

⁸³ In argomento, TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 391.

⁸⁴ Cfr. PATTI, *Delle Prove. Art. 2697-2739 c.c.*, cit., 218.

⁸⁵ Una parte della dottrina ritiene che le prove legali rappresentino eccezioni inevitabili, in quanto finalizzate ad arginare i pericoli che potrebbero derivare – secondo le parole di VERDE (ID., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 590 ss. – da «un'acritica e indiscriminata affermazione del principio del libero convincimento». Altri autori, per contro, reputano che la c.d. incontrovertibilità della prova legale – intesa, in senso tradizionale, come motivo di automatica irrilevanza di ogni prova contraria – sia in attrito con il diritto costituzionale di azione e difesa, nella sua particolare accezione di diritto alla (contro) prova. Secondo LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 533 ss., ad es., la particolare forza della prova legale starebbe (non nell'incontrovertibilità *ex lege*, bensì) nell'attendibilità *ex lege*; attendibilità che potrebbe comunque soccombere – in quello che l'autore definisce «giudizio di conferma dell'ipotesi» – rispetto alla sintesi dei risultati di tutte le prove acquisite, incluse quelle c.d. libere.

Pertanto, pare preferibile parlare di «valutazione delle prove» e di «libero convincimento». Nel momento finale del processo, valutate le prove, il giudice ha tendenzialmente due strade da seguire: o convincersi circa la “verità” dei fatti allegati da una parte, decidendo in favore di questa; oppure, viceversa, in applicazione della regola sull’onere della prova, respingere la domanda o l’eccezione della parte che ne è gravata⁸⁶.

È questo il dato di maggior rilievo per dimostrare l’infondatezza delle perplessità che la previsione dei criteri della «verosimiglianza» e della «probabilità» ha suscitato in rapporto alla ricerca della verità. Se da un lato, infatti, il ricorso a tali parametri può apparire una scelta da evitare, dall’altro esso può essere visto come una positiva evoluzione nel campo della valutazione delle prove. Un’evoluzione, peraltro, apprezzabile anche in termini di emanazione di sentenze quanto più possibile «giuste», ossia corrispondenti al reale accadimento dei fatti.

Per entrare in quest’ottica, è necessario muovere dal presupposto che il permanere del dubbio nella mente del giudice è un qualcosa di fisiologico – dunque ineliminabile – nello scenario del processo⁸⁷. La conoscenza umana è, del resto, necessariamente limitata; sarebbe dunque una mera finzione assumere che, quando il giudice sceglie di decidere, lo fa perché è assolutamente certo del reale svolgimento dei fatti di causa. Più realisticamente, occorre prendere atto che la soluzione della lite senza che sia necessario il ricorso alla regola dell’art. 2697 c.c. denota soltanto la scelta positiva sul «se» del convincimento. Ciò in quanto nessuna prova, per quanto piena, garantisce la certezza assoluta di verifica del fatto *probandum*.

⁸⁶ V. ancora PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739 c.c.*, cit., 219.

⁸⁷ Si segnala che nell’esperienza tedesca, alla domanda su cosa sia il «libero convincimento» il *Reichsgericht* risponde che: «Data la limitatezza della conoscenza umana, nessuno (neanche nel caso di diretta percezione di un fenomeno) può pervenire all’assoluta certezza circa l’esistenza di una fattispecie. Sono sempre ipotizzabili astratte possibilità di non esistenza. Chi è cosciente dei limiti della conoscenza umana non ammetterà mai di essere talmente convinto dell’esistenza di un certo accadimento da escludere assolutamente un errore». V. RG, 14 gennaio 1885, in *RGZ*, 15, 338 ss.

In altri termini, salvo il caso delle prove legali – ove è esclusa la rilevanza di una valutazione del giudice e, quindi, il raggiungimento di un suo qualche convincimento – il superamento del dubbio sembra far parte della libertà di scelta del giudice. Questi, pertanto, è libero di ritenersi o meno convinto circa la verità dei fatti allegati, indipendentemente dal grado di avvicinamento alla verità raggiunto. D'altronde – come è stato evidenziato – posta la limitatezza della conoscenza umana, il sistema probatorio civile non può che essere preordinato a imporre al giudice di accontentarsi, nel giudizio sui fatti, di quel surrogato della verità che è la verosimiglianza⁸⁸.

Alla luce di tali considerazioni, viene allora da domandarsi se, nelle ipotesi in cui al momento di dettar sentenza permane incertezza circa l'esistenza della fattispecie dedotta, sia sempre auspicabile che il giudice faccia ricorso alla regola di giudizio dell'art. 2697 c.c.

Come noto, a causa della vigenza nel nostro ordinamento del divieto di *non liquet*, anche in simili ipotesi il giudice è comunque tenuto a decidere. Più precisamente, a respingere la domanda o l'eccezione le cui ragioni giustificative non risultino adeguatamente dimostrate. Così facendo – secondo alcuni – sembra che l'organo giurisdizionale implicitamente distrugga *in toto* il processo di avvicinamento alla verità che, benché solo in parte, era stato compiuto⁸⁹.

In effetti, nel caso di specie, seppur non «certo» poteva tuttavia essere «verosimile e probabile» che sussistessero buone ragioni per ritenere provato, ad esempio, il fatto costitutivo della domanda attrice. Conformarsi a una rigida applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., però, porta

⁸⁸ Cfr. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 165. Sul problema dell'impossibilità per il giudice di pervenire all'assoluta certezza circa l'esistenza di una fattispecie, v. anche LAGARDE, *Verité et légitimité dans le droit de la preuve*, in *Droits*, 1966, 31 ss. e RESTA, *La verità e il processo*, in *Pol. dir.*, 2004, 377 ss.

⁸⁹ Per tutti, v. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 185, secondo il quale: non provare o provare insufficientemente è identico perché in ambedue i casi, esaurita negativamente la fase di valutazione delle prove, viene sempre in applicazione la regola di giudizio.

necessariamente ad escludere che un mutamento della situazione sostanziale si sia verificato, anche ove tale opzione non appaia del tutto infondata⁹⁰.

Per certi aspetti, infatti, la regola dell'onere della prova sembra rispondere alla stessa logica delle prove legali: costituisce il limite più sicuro contro l'arbitrio del giudice, pena il rischio di *decifit* in termini di verità (processuale) e giustizia (sostanziale)⁹¹. Pare pertanto da condividere l'opinione che, con riferimento a tale profilo, ritiene la regola dell'*onus probandi* uno strumento di risoluzione delle controversie non in grado di garantire il risultato processuale più «giusto», ossia corrispondente al reale accadimento dei fatti⁹².

Alla luce di quest'ultimo rilievo sembra ancor più apprezzabile quella tendenza – di origine giurisprudenziale, oggetto di successiva regolamentazione normativa – a restringere il campo di operatività della regola in questione, in presenza di ricostruzioni fattuali «verosimili e probabili». Nel tentativo di leggere tale tendenza in un'ottica di bilanciamento fra diversi valori in gioco, sembra potersi ritenere che fra l'interesse a scongiurare il rischio di possibili arbitri giudiziari nella valutazione delle prove e quello a garantire quanto più possibile l'avvicinamento alla verità (processuale), prevale il secondo.

Ciò posto, bisogna però altresì segnalare che nel fare riferimento ai parametri della «verosimiglianza» e della «probabilità», talvolta, il legislatore omette di specificarne il grado⁹³. Non risulta, cioè, prevista la soglia minima che deve essere necessariamente superata affinché le asserzioni fattuali delle parti possano essere ritenute verosimili e probabili; e, dunque, poste a fondamento della decisione.

⁹⁰ Osserva PATTI, *Delle Prove. Art. 2697-2739 c.c.*, cit., 232: «si corre il rischio di negare la tutela del diritto, nonostante la sussistenza di buone probabilità che la “ragione” stia in effetti dalla parte di chi ha agito, ma non è riuscito a determinare il convincimento del giudice».

⁹¹ Cfr. GIULIANI, *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, 107; ID., *Il concetto classico di prova: la prova come «argumentum»*, in *Jus*, 1960, 425 ss., spec. 428 ss.

⁹² Cfr. nuovamente PATTI, *ult. op. cit.*, 233.

⁹³ V. art. 120, c. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), esaminato nel par. precedente.

Il rischio di una simile lacuna sembra consistere nella circostanza che la giurisprudenza muova nel senso di ritenere sufficiente un «certo grado» di verosimiglianza o probabilità per considerare provato un fatto⁹⁴. Un approccio questo che, se estremizzato, potrebbe portare ad accettare che il convincimento del giudice si basi anche su una «mera prevalenza di verosimiglianza» (cioè dal 51% in su). Il che equivarrebbe a legittimare giudizi arbitrari in contrasto con quanto disposto dall'art. 111 Cost., nonché dall'art. 6 CEDU.

Cosa diversa sarebbe, invece, se fosse la legge stessa a offrire al giudice indicazioni in rapporto al grado di verosimiglianza, intesa come prevalenza di prove oltre una certa percentuale. Una proposta, questa, non così innovativa, considerato che negli ordinamenti di *common law* all'attore di controversie civili è richiesto di provare il fatto con «*preponderance of evidence*»⁹⁵.

In definitiva, sembra possibile concludere che, nella prospettiva di bilanciamento fra contrapposti interessi parimenti meritevoli di tutela, è apprezzabile quella tendenza giurisprudenziale a facilitare il compito probatorio di una parte, attraverso il ricorso a *standard* valutativi meno rigorosi. Ciò a condizione che sia stato raggiunto un elevato livello di verosimiglianza e probabilità e, altresì, che il giudice fornisca adeguata motivazione delle ragioni che gli hanno consentito il formarsi del convincimento, onde escludere che la libertà di cui gode possa trasformarsi in arbitrio⁹⁶.

Per contro, ove il grado di verosimiglianza e probabilità del fatto risulti basso (o comunque non elevato), sembra preferibile che il giudice decida in base

⁹⁴ Sulle teorie di origine scandinava, ed in particolare svedese, v. EKELÖF, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, in *ZZP*, 1962, 289 ss.; ID., *Free Evaluation of Evidence*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1964, 47 ss.; BOLDING, *Aspects of the Burden of Proof*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1960, 2 ss.

⁹⁵ Per il processo penale continua invece a valere il principio del «*beyond reasonable doubt*»; cfr. COHEN, *The Probable and the Provable*, cit., 49 ss. e WAGNER, *La preuve dans le droit des États-Unis* (Extrait des Recueils de la Société Jean Bodin, t. XIX: *La preuve*), Brussels, 1963, 422 ss.

⁹⁶ Cfr. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 725 ss.; TARUFFO, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 1557 ss.

alla regola di cui all'art. 2697 c.c., espressione della volontà legislativa di ripartizione del rischio probatorio fra le parti all'interno del processo.

6. Ulteriori considerazioni sulle “manipolazioni” giurisprudenziali

La dottrina non ha mancato di svolgere una serie di critiche nei confronti del fenomeno ricompreso sotto il nome di «presunzioni giurisprudenziali».

Come emerso nel corso dell'indagine, la funzione extralegislativa “additiva” al catalogo delle presunzioni legali che caratterizza questi interventi pare, il più delle volte, rispondere a meritevoli ed apprezzabili esigenze di giustizia sostanziale⁹⁷. Tuttavia, è stato osservato che proprio tale funzione sembra contrastare con il divieto di integrazione analogica caratterizzante gli istituti di *ius singulare*, cui appartengono le presunzioni legali⁹⁸.

In effetti, posto che le presunzioni legali sono figure eccezionali che per tutelare il soggetto debole del rapporto incidono sul riparto dell'onere della prova – spostandolo talvolta, invertendolo talaltra – esse non dovrebbero, almeno in linea di principio, essere suscettibili di applicazione analogica⁹⁹.

Del resto, la circostanza che sia la legge stessa a presumere, in ipotesi tassativamente individuate, il fatto ignoto è indice di certezza del diritto. Diversamente, ove tale operazione logica sia compiuta dall'interprete, possono profilarsi rischi di incertezza ed aleatorietà nel governo delle regole probatorie. Un'eventualità, questa, ad ogni evidenza incompatibile con i doveri di

⁹⁷ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 655, inquadra le presunzioni giurisprudenziali a livello sostanziale dell'interpretazione adeguatrice della norma primaria che il giudice è chiamato ad applicare alla controversia; PATTI, *Della prova testimoniale - Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, cit., 140, afferma persino trattarsi di una vera e propria funzione creatrice di norme giuridiche.

⁹⁸ In proposito, VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 167.

⁹⁹ PALAZZO, *Le presunzioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 266 ss., sottolinea il carattere eccezionale delle presunzioni legali, imposte dalla legge tutte le volte che l'interesse in gioco esige l'inversione dell'onere della prova per tutelare il soggetto debole del rapporto; v. altresì L.P. COMOGLIO, *ult. op. cit.*, 650.

imparzialità e terzietà, posti a presidio del principio del giusto processo, *ex art.* 111, c. 2, Cost.¹⁰⁰

A questo proposito occorre però considerare che, in alcuni casi, potrebbe essere la stessa formulazione normativa a consentire una lettura per così dire espansiva. Si pensi, ad esempio, alla presunzione di comunione delle parti comuni del condominio, prevista dall'art. 1117 c.c. Ebbene, secondo l'opinione giurisprudenziale maggioritaria, tale norma contenebbe un catalogo non tassativo, ma meramente esemplificativo delle ipotesi di beni funzionalmente destinati all'uso comune, entro il quale possono esserne ricompresi numerosi altri¹⁰¹.

Dal tenore dell'art. 1117 c.c. pare chiaramente emergere che la presunzione di comunione *ivi* prevista opera sul presupposto dell'accertamento della strumentalità del bene all'uso comune. Meno immediato sembra, invece, constatare che tale accertamento potrebbe avvenire anche attraverso un ragionamento giudiziale presuntivo. In altri termini, l'ipotesi in esame pare ammettere l'eventualità che il beneficio connesso all'efficacia di una presunzione legale sia conseguenza dell'operare di una presunzione semplice.

Il giurista può allora comprendere che, in un simile contesto, assume un'importanza cruciale l'assolvimento dell'onere di allegazione, ossia la

¹⁰⁰ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Sub Art. 2697 c.c.*, in *Comm. Alpa-Mariconda*, II ed., Milano, 2013, 2963 ss., spec. 2991. Sul valore costituzionale del principio del "giusto processo", v. L.P. COMOGLIO, *Valori etici e ideologie del "giusto processo"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 899; CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2009, 403 ss.; FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2007; *passim*; PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241; ID., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265; TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in CIVININI-VERARDI (a cura di), *Quaderni di "Questione giustizia"*, Milano, 2001, 36.

¹⁰¹ Sulla non tassatività dell'elencazione contenuta nell'art. 1117 c.c., v. Cass. 15 giugno 2001, n. 8152; e Cass. 28 febbraio 2007, n. 4787, secondo cui: «Il diritto del condomino sulle parti comuni dell'edificio ha il suo fondamento nel fatto che tali parti siano necessarie per l'esistenza dell'edificio stesso, ovvero che siano permanentemente destinate all'uso o al godimento comune. Di tali parti, l'art. 1117 cod. civ. contiene un'elencazione non tassativa, ma meramente esemplificativa, con la conseguenza che la disposizione in parola può essere integrata "ab estrinseco" se la cosa, per obiettive caratteristiche strutturali, serve in modo esclusivo all'uso o al godimento di una parte dell'immobile, venendo meno, in questi casi, il presupposto per il riconoscimento di una contitolarità necessaria, giacché la destinazione particolare del bene prevale sull'attribuzione legale, alla stessa stregua del titolo contrario». In argomento, v. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982.

specificazione delle circostanze fattuali idonee a far desumere al giudice l'esistenza o meno del nesso di strumentalità del bene¹⁰². Nella controversia fra il condominio che asserisce la comunanza del bene e il singolo condomino che ne rivendica la titolarità esclusiva, prevarrà il soggetto in grado di offrire al giudice una migliore ricostruzione narrativa dei fatti rilevanti. Ne consegue che il problema del riparto dell'onere della prova sembra finire per confondersi, quasi esaurirsi, nell'onere di allegazione¹⁰³.

Tra le varie riserve manifestate da parte della dottrina nei riguardi degli interventi giurisprudenziali di “manipolazione” dell'onere della prova, sembra opportuno dar conto di altre due.

Una perplessità riguarda l'incidenza che tali strumenti “paranormativi”, non sempre improntati all'osservanza dei principi della logica razionale, possono esercitare sul libero convincimento del giudice. Diversamente dalle presunzioni legali, senza dubbio basate su un ragionamento logico-induttivo, quelle giurisprudenziali, infatti, sono spesso frutto di orientamenti scarsamente analitici. Pertanto, seppur il potere giurisprudenziale di modificazione della regola dell'onere della prova sia potenzialmente idoneo a consentire un continuo adeguamento di questa alle mutevoli esigenze economico-sociali, non significa tuttavia che ciò si verifichi¹⁰⁴.

Al contrario, può accadere che l'interprete si limiti a recepire ed applicare una precedente massima, magari espressione di un convincimento non propriamente razionale, senza interrogarsi sul se essa risulti ancora idonea a

¹⁰² Cass. 2 agosto 2011, n. 16914, ha ribadito che: «[...] il diritto del condominio sulle parti comuni dell'edificio ha il suo fondamento nel fatto che tali parti siano necessarie per l'esistenza dell'edificio stesso, ovvero che siano permanentemente destinate all'uso o al godimento comune, sicché la presunzione di comproprietà posta dall'art. 1117 c.c., che contiene un'elencazione non tassativa, ma meramente esemplificativa dei beni da considerare oggetto di comunione, può essere superata se la cosa, per obiettive caratteristiche strutturali, serve in modo esclusivo all'uso o al godimento di una parte dell'immobile, venendo meno, in questi casi, il presupposto per il riconoscimento di una contitolarità necessaria, giacché la destinazione particolare del bene prevale sull'attribuzione legale, alla stessa stregua del titolo contrario».

¹⁰³ In proposito, cfr. DE MARIA, *Delle presunzioni - Artt. 2727-2729*, cit., 91 ss.

¹⁰⁴ Sul tema, cfr. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei paesi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 47; ID., *Scientificità della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 432; TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 389.

soddisfare gli interessi delle parti sottesi a quello specifico caso concreto. In una simile eventualità, il risultato sarebbe pertanto quello di un allontanamento del tutto ingiustificato dalla regola generale di cui all'art. 2697 c.c.

Ciò non toglie che, per contro, il pieno operare del libero convincimento del giudice possa anche restare immune da simili rischi. È infatti auspicabile che, nella maggior parte dei casi, l'utilizzo di una consolidata presunzione giurisprudenziale avvenga in maniera critica; e cioè verificando l'adeguatezza della regola di matrice pratica alle esigenze concrete ed attuali¹⁰⁵. A tal proposito, è utile segnalare che proprio l'attività interpretativa sembra rappresentare lo strumento meglio capace di modellare la ripartizione degli oneri probatori in rapporto al continuo divenire dei rapporti sostanziali¹⁰⁶.

L'ulteriore riserva avanzata può dirsi, in un certo qual senso, legata alla precedente. Si tratta della circostanza che la descritta vocazione per così dire dinamica delle presunzioni giurisprudenziali sembra scontare, quale costo, un abbassamento del livello di certezza del diritto.

Tale osservazione deriva dal rilievo che, non valendo all'interno del nostro ordinamento il principio del precedente vincolante, nelle fasi iniziali del giudizio, la parte non sembra invero poter ottenere alcuna certezza circa l'effettiva successiva (ed eventuale) applicazione dell'elaborazione intellettuale a lei favorevole in termini probatori¹⁰⁷. Soltanto la presenza di una presunzione legale consente, infatti, di fare affidamento sul successivo (ed eventuale) operare del meccanismo di inversione o facilitazione dell'onere probatorio ad essa collegato.

¹⁰⁵ Cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 174.

¹⁰⁶ Afferma VERDE, *ult. op. loc. cit.*, che la presunzione giurisprudenziale, non incontrando altri limiti se non quelli determinati dalla naturale sfasatura tra il concretarsi dell'esperienza e il suo apprezzamento, mostra un «coefficiente di elasticità» che la predeterminazione legale dei criteri di ripartizione dell'onere della prova non può mai offrire.

¹⁰⁷ A sostegno della vigenza all'interno dell'ordinamento italiano del principio dello *stare decisis*, in considerazione dell'utilizzo, anziché della sentenza e della sua *ratio*, delle massime in funzione di precedente, v., in partic., TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 411 ss., il quale riconosce che «il precedente è fenomeno estremamente diffuso, presente e importante anche negli ordinamenti di *civil law*». Più in generale, su un progressivo avvicinamento fra i sistemi giuridici tradizionalmente definiti di «*civil law*» e quelli appartenenti alla cultura giuridica cosiddetta di «*common law*», v. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva* (vers. it. a cura di TARUFFO), Bologna, 2003, *passim*.

Un meccanismo, questo, peraltro noto fin dall'inizio del processo e che pare idoneo a scongiurare il verificarsi di spiacevoli sorprese al momento del giudizio sul fatto.

Per contro, la libertà dell'attività interpretativo-creativa nell'adeguarsi alle molteplici e mutevoli esigenze del caso concreto non sembra dare alcuna garanzia che la ripartizione dell'onere della prova sia attuata in maniera identica a quanto fatto in precedenza. E neppure, tale libertà pare mettere al riparo dal rischio del perpetuarsi di una violazione da parte del giudice del divieto di integrazione analogica dello strumento presuntivo.

A tal proposito, pare tuttavia opportuno ricordare che l'operazione giudiziale di ammissione di una prova presuntiva resta in ogni caso subordinata al superamento di rigidi *standard* valutativi¹⁰⁸. L'art. 2729 c.c. – come evidenziato in precedenza – prevede infatti espressamente alcuni «canoni legali di ammissibilità» entro il cui alveo è garantito l'esercizio corretto del libero convincimento giudiziale.

La questione consisterà, dunque, nel capire se l'individuazione del presupposto dal quale scaturisce la presunzione *hominis* integra un accertamento di fatto riservato al giudice di merito che in quanto tale, se adeguatamente motivato, dà luogo a una valutazione insindacabile in sede di legittimità¹⁰⁹. Oppure se, viceversa, la violazione dei criteri di cui all'art. 2729 c.c. sia censurabile ai sensi dell'art. 360, n. 3 c.p.c.¹¹⁰. L'esigenza di evitare, o

¹⁰⁸ Dal fatto che l'ammissione della prova presuntiva è presidiata da rigidi criteri di valutazione (gravità, precisione e concordanza, DE MARIA, *ult. op. cit.*, 103), trae la conclusione di uno *sfavor* del legislatore nei confronti della stessa.

¹⁰⁹ Questa l'opinione di CORDOPATRI, *Presunzione (Teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, 300; DE MARIA, *Delle presunzioni - Artt. 2727-2729*, cit., 93. Per contro, configura senza dubbio un vizio di legittimità denunciabile in Cassazione, ai sensi dell'art. 360, n. 3), c.p.c., la violazione del divieto di applicazione analogica della presunzione legale.

¹¹⁰ Cass. 26 giugno 2008, n. 17535, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 6, 1034, statuisce che in tema di presunzioni, qualora il giudice di merito assuma erroneamente sotto i tre caratteri individuatori della presunzione (gravità, precisione e concordanza) fatti concreti che non sono invece rispondenti a quei requisiti, il relativo ragionamento è censurabile in base all'art. 360, n. 3), c.p.c. – e non già alla stregua del n. 5) dello stesso art. 360 – competendo alla Corte di Cassazione, nell'esercizio della funzione di nomofilachia, controllare se la norma di cui all'art. 2729 c.c., oltre ad essere applicata esattamente a livello di proclamazione astratta, lo sia anche sotto il profilo

quantomeno ridurre, il rischio di utilizzazioni arbitrarie dello strumento «presunzione giurisprudenziale» porta a preferire la seconda tesi.

dell'applicazione a fattispecie concrete che effettivamente risultano ascrivibili alla fattispecie astratta.

CAPITOLO QUARTO

IL PRINCIPIO DI VICINANZA DELLA PROVA (*EL ARTICULO 217. 7 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL*)

SOMMARIO: 1. Rigidità vs. elasticità nell'applicazione dell'art. 2697 c.c. – 2. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 13533/2001: il principio di vicinanza della prova. – 3. *El articulo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el principio de disponibilidad y facilidad probatoria.* – 4. Tendenze giurisprudenziali e percorsi normativi di protezione del soggetto debole. – 5. Azioni di accertamento negativo e riparto probatorio.

1. *Rigidità vs. elasticità nell'applicazione dell'art. 2697 c.c.*

La regola dell'*onus probandi* sembra presentare una natura per così dire complessa, avendo un duplice destinatario e una duplice finalità. Se all'inizio del processo essa serve ad indicare alle parti i fatti che devono provare per vincere la controversia, è al termine di quello che emerge la sua funzione predominante¹.

In effetti, tale regola è strettamente connessa all'esigenza di consentire al giudice di dettar sentenza anche nelle ipotesi in cui la ricostruzione dei fatti rimanga incerta. Ciò significa che, benché in apparenza il principio dell'onere della prova sembri dirigersi alle sole parti, il vero destinatario è, invece, il giudice.

A tal proposito, è opportuno ricordare che – come già evidenziato in precedenza – preconfigurare un criterio standardizzato di risoluzione del conflitto in caso di dubbio denota un certo modo di intendere il processo e, in particolare, il ruolo dell'organo giudicante². Più nel dettaglio, in tale scelta sembrano ravvisabili

¹ A tal proposito, VANZ, *Onere della prova e vicinanza della prova nelle liti IP*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, 175, rileva che «l'enfatizzazione del ruolo delle parti nella ripartizione dell'onere della prova comporta l'incompletezza descrittiva del fenomeno». Ciò in quanto la parte onerata potrebbe vincere anche senza ottemperare all'onere, grazie al principio di acquisizione processuale ed alla previsione di poteri inquisitori in capo al giudice.

² La struttura del processo esercita una particolare influenza sulla disciplina dell'onere della prova, in quanto asserisce al rapporto fra impulso di parte e iniziativa d'ufficio, soprattutto

alcuni retaggi della visione tipicamente assolutistica del giudice come mera «*bouche de la loi*»³. Una visione, questa, attualmente incompatibile con l'autonomia e l'indipendenza costituzionalmente garantite al potere giudiziario.

Senza dubbio, l'adozione di uno schema decisorio preconfigurato per dirimere i casi dubbi risponde a garanzie di certezza del diritto, diminuendo il rischio di (possibili) arbitri giudiziari⁴. Ciò nonostante, occorre segnalare che la rigida adesione a un simile schema non sembra soddisfacente ogniqualvolta si avverte la necessità di cogliere con la sentenza la verità e la giustizia del caso concreto⁵.

Del resto, nel momento in cui applica la regola di cui all'art. 2697 c.c., da un lato il giudice inevitabilmente distrugge il processo di avvicinamento alla verità fin lì almeno parzialmente compiuto; dall'altro, egli indirettamente opta per la conservazione della situazione preesistente, benché magari sussistano buone ragioni per dichiararne l'intervenuto cambiamento⁶.

A ciò si aggiunga il rilievo che la scelta di attribuire alle parti ruoli probatori drasticamente ed aprioristicamente determinati può, talvolta, tradursi in una sorta di *probatio diabolica*. Nel caso concreto, infatti, non sempre la parte dispone, né ha modo di procurarsi, la prova del fatto dedotto a fondamento della propria domanda. Ne consegue, anche e soprattutto a causa della mancanza nel nostro ordinamento di una fase di *pre-trial* o *discovery* analoga a quella

nella fase di istruzione probatoria. Mentre in un processo dominato dal principio dispositivo la regola dell'onere della prova assume un ruolo di notevole importanza, essa, per contro, risulta relegata sullo sfondo nell'ambito di un sistema inquisitorio. Sulla differenza di ruolo che l'onere della prova assume nei processi di tipo dispositivo e in quelli di impronta inquisitoria, v., per tutti, CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 179 ss.; e CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1936, II, 306 ss., 344 ss.

³ L'espressione è coniata da MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748.

⁴ In altri termini, l'accettazione della regola di giudizio come schema tradizionale di decisione sembra esprimere e sintetizzare il carattere razionale del processo e del sistema probatorio secondo il quale è modellato; sul punto cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974, 45.

⁵ A tal proposito CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto contemporaneo*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1966, 66 ss., osserva che le sentenze basate sull'applicazione della regola di giudizio finiscono con l'apparire rarissime negli ordinamenti nei quali le predette finalità si ritengono conseguite.

⁶ Per approfondimenti, v. cap. III, parr. 5 e 6.

caratterizzante i sistemi di *common law*, una decisamente maggiore difficoltà per tale parte a ottenere l'accoglimento della domanda⁷.

Sulla base di tali rilievi, pare possibile affermare che se un'applicazione rigida della regola dell'*onus probandi* può apparire soddisfacente da un punto di vista astratto, essa, per contro, non può che suscitare molteplici perplessità ove considerata in rapporto ai suoi effetti concreti⁸. Come evidenziato nel corso della presente ricerca, invero, affidare la risoluzione delle controversie al disposto di cui all'art. 2697 c.c. non sempre risulta una soluzione idonea garantire il risultato più «giusto», nel senso di meglio rispondente agli interessi sostanziali delle parti coinvolte⁹.

In merito a ciò può rilevarsi che la presa di coscienza delle conseguenze negative legate a un'applicazione pedissequa della citata disposizione sembra aver indotto, tanto il legislatore quanto la giurisprudenza, a “manipolarne” il contenuto. I risultati più evidenti di questi interventi “adeguatori” paiono sintetizzabili nella previsione di inversioni legali e norme di diversa ripartizione dell'onere della prova, nonché nella creazione di vere e proprie presunzioni giurisprudenziali, non poi così dissimili, in termini di effetto-risultato, dalle presunzioni *iuris tantum*¹⁰.

Vari strumenti di alterazione o modificazione del regime probatorio normalmente vigente in ambito processual-civilistico, dunque, tutti però accomunati da una *ratio* comune: assicurare, per quanto possibile, il corretto bilanciamento degli interessi (pubblici e privati) in gioco. Interessi fra i quali certamente spicca quello allo svolgimento di un processo giusto, all'interno del quale la garanzia del diritto di azione e di difesa riceva piena attuazione.

⁷ Un inquadramento dei caratteri tradizionali del sistema probatorio all'interno della cultura giuridica di *common law*, tipica dei paesi nordamericani è offerto da DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva* (vers. it. a cura di TARUFFO), Bologna, 2003, *passim*.

⁸ Cfr. DONDI, nota a Cass. 10 marzo 1986, n. 1614, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 598 ss., spec. 602.

⁹ Cfr. PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2015, 233.

¹⁰ Tali interventi legislativi e giurisprudenziali “adeguatori” sono stati rispettivamente analizzati nei capp. II e III.

In riferimento allo stretto legame fra l'attuazione effettiva del disposto di cui all'art. 24 Cost. e la distribuzione del rischio della mancata prova fra le parti, paiono opportune alcune considerazioni. Del resto, sono il processo in generale e l'attività probatoria in particolare gli strumenti indispensabili per la tutela giurisdizionale dei diritti¹¹.

Come noto, il c. 1 dell'art. 24 Cost. riconosce espressamente il «diritto di agire e difendersi in giudizio». La mera lettura della disposizione non pare, tuttavia, offrire al giurista indicazioni univoche circa il contenuto sostanziale della norma. È probabilmente per questo che la Corte costituzionale si è a più riprese espressa, individuando il perimetro delle garanzie che, seppur non espressamente previste nel testo dell'art. 24 Cost., devono esserne considerate implicito corollario.

Così, sul rilievo che l'assolvimento dell'onere della prova costituisce condizione imprescindibile per lo svolgimento dei diritti di azione e difesa, all'inizio degli anni Sessanta, la giurisprudenza costituzionale ha cominciato ad elaborare il concetto di «diritto alla prova»¹².

¹¹ Il problema della strumentalità del processo risulta già affrontato da Chiovenda, il quale nelle sue *Istituzioni* spiega che «ogni ordinamento deve presentare un certo coordinamento fra la legge sostanziale e la legge processuale, nel senso che ogni volontà concreta di legge, di cui sia possibile la formulazione secondo una legge sostanziale (cioè ogni concreto diritto soggettivo), deve trovare nella legge processuale mezzi idonei di attuazione»; cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 50.

¹² Dopo una serie di pronunce d'illegittimità costituzionale di disposizioni extracodicistiche che impedivano alle parti la possibilità di fornire la prova contraria rispetto ad accertamenti compiuti da altre autorità o di dimostrare determinati fatti (v., ad es., Corte cost. 22 dicembre 1961, n. 70, in *Giur. Cost.*, 1961, I, 1282 ss.; Corte cost. 22 marzo 1971, n. 55, in *Foro it.*, 1971, I, 824 ss.; Corte cost. 12 luglio 1972, n. 132, in *Foro it.*, 1972, I, 2722 ss.), la Consulta approda, con la sentenza n. 248 del 1974 (in *Giur. cost.*, 1974, 2376 ss.) alla definitiva e generale affermazione del «diritto a difendersi provando». Sulla creazione e sul concetto di «diritto alla prova» nel nostro ordinamento, v. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Costituzione e "due process of law clause")*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284; L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1063; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 14; TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74, il quale definisce il «diritto alla prova» come «il diritto della parte di impiegare tutte le prove di cui dispone, al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la sua pretesa»; TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 513.

A sua volta la dottrina ha evidenziato come la realizzazione in termini pieni ed effettivi di tale diritto implica l'adesione a un'accezione ampia e dinamica della nozione, non circoscritta al profilo negativo ma estesa all'aspetto positivo. In quest'ottica, oltre al diritto all'eliminazione dei limiti di ammissibilità delle prove imposti dalla legge, si è ritenuto rientrare nella portata dell'art. 24 Cost. anche il diritto all'assunzione e all'acquisizione delle prove necessarie per l'accertamento dei fatti allegati¹³.

La giurisprudenza costituzionale ha poi progressivamente affermato che la disciplina del processo deve essere improntata alla più ampia facoltà delle parti di avvalersi di tutte le prove disponibili, utili alla dimostrazione dei fatti allegati¹⁴.

A tal proposito, è utile osservare che il grado di giustizia di un processo dovrebbe misurarsi in rapporto alla razionalità ed efficienza della sua struttura interna, intese anche come capacità di adattamento alle specificità del caso concreto. In assenza di tale componente dinamica, sembra ragionevole dubitare che la sentenza, in quanto esito finale del procedimento, possa risultare «giusta».

In effetti, assumendo di definire «giusta» la decisione risultante da una corretta interpretazione ed applicazione delle norme, preceduta da una corretta ricostruzione dei fatti, non pare tale la sentenza frutto di una rigida ed acritica applicazione della regola di cui all'art. 2697 c.c.¹⁵. Ciò in quanto, non è possibile escludere a priori che la parte non sia riuscita a dimostrare la fondatezza delle proprie ragioni, semplicemente perché la prova di quelle si trovava materialmente nell'altrui disponibilità.

¹³ Su questa interpretazione del diritto alla prova, cfr. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, 251; GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile*, Milano, 2003, spec. 14-17; ZINGALES, *Diritto alla prova, coerenza normativa e profili di incostituzionalità degli artt. 118 e 210 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 2128 ss.; TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 92 ss.

¹⁴ V., ad es., Corte cost. 6 luglio 2006, n. 266, in *Giur. cost.*, 2006, 2788, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 235, c. 1, n. 3, c.c. nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento di paternità, subordina l'esame delle prove tecniche, da cui risulta che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.

¹⁵ In argomento, seppur con riferimento alle misure di coercizione indiretta, cfr. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 129 ss., in partic. 144-147.

In simili ipotesi, non esistendo nel nostro ordinamento strumenti idonei ad assicurare l'acquisizione processuale della prova indispensabile, la giurisprudenza sembra aver dato avvio ad interventi di "manipolazione" dell'onere della prova. Più nel dettaglio, tali interventi consistono nell'addossare alla parte che non fornisce la prova di cui dispone il rischio circa la mancata dimostrazione del fatto allegato dall'avversario. L'effetto perseguito è di esercitare nei confronti della parte una pressione psicologica sufficiente per indurla a collaborare nella fase di istruzione probatoria¹⁶.

Tale fenomeno può essere considerato come una "manipolazione" del regime dell'*onus probandi* a opera del giudice; dunque, in quanto tale, esposto a severe critiche, soprattutto in rapporto al rischio di possibili arbitri.

Pur alla luce di questa consapevolezza, tuttavia, per giustificare una ripartizione "ex ante" – ossia a prescindere dai problemi e dalle opportunità del caso concreto – del rischio della mancata prova non pare sufficiente richiamarsi all'esigenza di vedere rispecchiata sul versante del diritto delle prove la struttura dispositiva propria del processo civile. E neppure sembra possibile invocare il timore di determinare un eccessivo ampliamento degli spazi di intervento discrezionale in capo al giudice¹⁷.

¹⁶ È stato osservato che l'accesso alla prova sarebbe meglio garantito da un sistema probatorio che imponesse alle parti di comunicare tutti gli elementi rilevanti a dimostrare la veridicità o meno dei fatti processuali (anziché da una "manipolazione" della regola di giudizio che induca a farlo). Ed è stato rilevato che un simile obbligo di *disclosure* per le parti dovrebbe essere imposto a livello normativo e – purtroppo – non pare che al momento sia questa la prospettiva del legislatore italiano. Cfr., fra i molti, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 7 ss.; FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, cit., 253; GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile*, cit., 16 ss.; TARUFFO, *Recent and current reforms of civil procedure in Italy*, in TROCKER-VARANO (a cura di) *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005, *passim*; ID, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 855.

¹⁷ In quest'ottica, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; ID, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 106 ss., muovendo da un'interpretazione restrittiva del principio dispositivo al solo onere di allegazione – escluso, quindi, quello della prova – afferma che la nozione di «giusto processo» postuli il riconoscimento di un potere sussidiario di ammissione *ex officio* dei mezzi di prova, volto a consentire l'eliminazione delle incertezze che affliggono la ricostruzione dei fatti, dovute soprattutto alle lacune nelle richieste istruttorie delle parti.

In un bilancio fra rischi eventuali e risultati (positivi) certi connessi a questi interventi giudiziali “adeguatori”, sarebbe irragionevole non far prevalere i secondi. Del resto, oltre che meglio rispondenti alle esigenze del singolo caso concreto, tali interventi sembrano altresì maggiormente idonei a garantire l’effettiva attuazione del diritto alla prova. Un diritto, questo, che peraltro gode di un duplice *standard* di tutela, trovando riconoscimento non solo all’interno della Costituzione italiana, ma anche a livello sovranazionale nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali¹⁸.

Ne deriva che, a un’applicazione rigida della regola di giudizio di cui all’art. 2697 c.c., sembra preferibile una modulazione giurisprudenziale dinamica della stessa, in rapporto agli interessi delle parti coinvolte ed al criterio della «vicinanza della prova».

2. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 13533/2001: il principio di vicinanza della prova

Negli ultimi anni sembra assistersi, tanto nella giurisprudenza di legittimità quanto in quella di merito, a una sempre più diffusa sensibilità in ordine alla concreta possibilità per la parte che ha allegato un fatto di offrirne la prova. In effetti, il richiamo al criterio della «vicinanza» (o «riferibilità» o «prossimità» o «facilità») della prova risulta ormai così frequente nelle

¹⁸ Il riferimento è all’art. 6 CEDU. In realtà, tale norma fa espresso riferimento solo al diritto alla prova testimoniale nel processo penale; gli interpreti, tuttavia, ne offrono un’interpretazione estensiva, ritenendo le garanzie in essa dichiarate applicabili anche al processo civile. Sul punto, cfr. Corte di Giustizia 9 novembre 1983, n. 199 (causa C-199/82), *Amministrazione italiana delle finanze c. Soc. San Giorgio*, in *Foro it.*, 1984, IV, 297; in dottrina, v. VELU, *La convention européenne des droits de l’homme et les garanties fondamentales des parties*, in CAPPELLETTI-TALLON (a cura di), *Civil litigation*, Milano-New York, 1973, 326.

motivazioni delle sentenze da potersi parlare di vera e propria elaborazione giurisprudenziale del «principio dogmatico di c.d. vicinanza della prova»¹⁹.

Occorre però dare atto che l'idea di attribuire alla parte che si trova vicino alla prova allegata dall'avversario il compito di fornirla, pena il rischio connesso alla mancata dimostrazione del fatto cui tale prova è preordinata, non risulta del tutto nuova²⁰.

Le origini del criterio della facilità della prova vengono fatte risalire al secolo XIII, quando Martino de Fano scriveva: «*si teneris mihi quolibet anno pro anima patris dicere unam missam; nam si allego te non dixisse hoc anno impossibilis mihi esset talis probatio, et quoad te facilis probatio censetur, merito tibi tale onus incumbit propter facilitatem*»²¹.

In epoca successiva, Bentham ha poi contrapposto l'imposizione dell'onere della prova basata sull'allegazione del fatto, all'attribuzione di tale onere alla parte capace di dimostrare il fatto con il minore inconveniente, nel senso di minor ritardo o spesa. Nella visione del filosofo inglese, la prima "regola" caratterizzava la procedura tecnica; l'altra, più semplice, la procedura naturale²².

Ed a partire dalla seconda metà dell'800, tracce della teoria della facilità della prova si rinvengono anche nella dottrina italiana.

Pescatore, ad esempio, dopo aver affermato che «in giudizio dopo aver allegato è d'uopo provare», precisa tuttavia che «certe condizioni di fatto portano con se stesse tal quale probabilità naturale e quando a questa generale

¹⁹ Così Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Corr. giur.*, 2006, 1727 (in relazione a un'azione di risarcimento del danno, in conseguenza di un incidente stradale, proposta contro l'ANAS sulla base dell'art. 2051 c.c.).

²⁰ In argomento, BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss. e NIEVA-FENOLL, *Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión*, in *Rev. der. proc.*, 2011, 91 ss.

²¹ Il testo è tratto da DE FANO, *Negativa qualiter probanda*, in AA.VV., *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus*, IV, Venezia, 1584, 12, n. 3.

²² V. BENTHAM, *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, in BOWRING (a cura di) *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, 1843, vol. 6, cap. XXVIII (*Of the burthen of proof: on whom shall it lie?*).

verosimiglianza s'aggiunga la difficoltà estrema che incontrerebbe l'attore a doverne dare una prova più rigorosa, la *facilità* della prova contraria per parte del convenuto e la necessità di ovviare a più gravi perturbazioni nella pratica della vita civile, la legge e la giurisprudenza tradizionale, che ne tiene le veci, introducono una presunzione in favore dell'attore, ossia una eccezione alla regola generale che gli imporrebbe per tutte le condizioni di fatto il carico della prova»²³.

Analogamente Verde, nell'individuazione dei criteri utilizzati dai giudici nella distribuzione dell'onere della prova, oltre a quello dell'interesse, della normalità e della specificità menziona anche quello della *vicinanza* della prova, pur tuttavia segnalandone la residualità²⁴.

Invero, bisogna ammettere che sino all'inizio del nuovo millennio la giurisprudenza si mostra cauta, quasi timida, nel fare riferimento al criterio in esame, che entrava a far parte delle *rationes decidendi* in modo del tutto sporadico²⁵.

Per contro, la situazione risulta oggi completamente mutata a seguito della pubblicazione della pronuncia a Sezioni Unite n. 13533 del 2001²⁶. Tale

²³ V. PESCATORE, *Logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, 2^a ed., Torino, 1883, 95 e 106.

²⁴ Cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974, 473-475.

²⁵ Fra le poche pronunce dell'epoca a menzionare il criterio della «vicinanza della prova», v., per la giurisprudenza di legittimità, Cass. 6 giugno 1968, n. 1720, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 414 in materia di lavoro, e Cass. 12 novembre 1970, n. 2368, in *Riv. giur. edil.*, 1971, I, 471, in tema di regolare convocazione dell'assemblea condominiale da parte dell'amministratore; per quella di merito, App. Milano, 29 settembre 1972 (in *Foro it.*, 1974, I, 1251), riguardante la prova da parte della società che la valutazione degli immobili contenuta nel bilancio corrisponde al vero, e Trib. Roma, 6 novembre 1987 (in *Riv. dir. agr.*, 1988, 241) ove si afferma espressamente che: «la prova dell'adeguato apporto del concedente, quale elemento che lo esenta dalla conversione in affitto del contratto di mezzadria, incombe sul predetto sulla base dei principi della normalità, della specificità, della vicinanza alla prova e della non negatività di questa».

²⁶ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, ad es. in *Corr. giur.*, 2001, 1565, con nota critica di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota parzialmente critica di LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammendo*; in *Contr. e impr.*, 2002, 100, con nota critica di CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349, con nota illustrativa di MEOLI, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*.

intervento ha il merito di aver riscattato un principio – quello della vicinanza della prova – per anni relegato sullo sfondo, poiché (ingiustamente) accusato di eccessivo soggettivismo. Come noto, la sentenza citata costituisce ormai un punto fermo del diritto vivente, oltre che in rapporto alla soluzione offerta al caso di specie, soprattutto in considerazione alle argomentazioni sviluppate dalla Corte a giustificazione del proprio argomentare.

Il caso di specie riguardava una domanda di adempimento poi mutata, ai sensi dell'art. 1453, c. 2, c.c., in domanda di risoluzione e risarcimento del danno²⁷. Nel corso del processo l'attore aveva dimostrato l'avvenuta conclusione del contratto, limitandosi però ad allegare l'inadempimento del convenuto. La sentenza di primo grado, favorevole a parte attrice, veniva poi riformata in appello.

La questione, oggetto di accesi dibattiti tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, riguardava l'individuazione del regime dell'onere della prova applicabile in materia di responsabilità contrattuale.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, nel settore dei contratti a prestazioni corrispettive occorre distinguere fra azioni di adempimento ed azioni di risoluzione. Chi esercitava la prima aveva l'onere di provare solo il fatto costitutivo del diritto – ossia la conclusione del contratto – spettando al convenuto allegare e dimostrare eventuali fatti modificativi, impeditivi o estintivi (quali, *in primis*, l'avvenuto adempimento). Diversamente, a colui che agiva per ottenere la risoluzione spettava dimostrare anche l'altrui inadempimento, rappresentando questo un fatto costitutivo del diritto azionato²⁸.

²⁷ Questo il caso concreto: il gestore di un albergo conviene dinanzi al Tribunale di Roma un centro culturale chiedendone la condanna all'adempimento dell'obbligazione (assunta con scrittura privata), avente a oggetto l'insonorizzazione della parete divisoria fra l'albergo e la sede dell'associazione; l'obbligazione prevede una penale per ogni giorno di ritardo. I convenuti si difendono deducendo che l'associazione ha cessato l'attività. L'attore, allora, modificando la domanda, chiede la condanna della convenuta al pagamento della penale.

²⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. 5 maggio 1967, n. 886, in *Foro it.*, 1967, I, 2591; Cass. 17 agosto 1990, n. 8336, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Contratto in genere*, n. 353; Cass. 29 gennaio 1993, n. 1119, in *Foro it.*, 1993, I, 1469; Cass. 11 marzo 1994, n. 2369, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Prova civile in genere*, n. 17; Cass. 19 luglio 1995, n. 7863, *ivi*, 1995, voce cit., n. 12; Cass. 9 gennaio

Un diverso indirizzo, appoggiato dalla dottrina maggioritaria, tendeva, invece, a ricondurre a unità il regime probatorio di tutte le azioni previste dall'art. 1453 c.c., affermando che al creditore non poteva addossarsi altro onere che quello di provare l'esistenza del titolo contrattuale – fonte di obbligazione – e del danno, spettando invece a controparte dimostrare di aver (esattamente) adempiuto oppure di non aver potuto adempiere per causa a sé non imputabile²⁹.

Ebbene, è all'opinione minoritaria che aderiscono le Sezioni Unite, per diverse ragioni.

Anzitutto, in considerazione del fatto che il principio della persistenza del diritto, desumibile dall'art. 2697 c.c. – principio in forza del quale una volta provata da parte del creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine, grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo, ossia l'adempimento – deve ritenersi operante qualunque sia l'azione esercitata dal creditore.

Inoltre, per la ragione che l'omogeneità di regime probatorio per le tre azioni previste dall'art. 1453 c.c. risponde a un criterio di ragionevolezza: sia la domanda di adempimento, sia quella di risoluzione, sia quella di risarcimento del danno, infatti, si collegano tutte al medesimo presupposto, costituito dall'inadempimento³⁰. La stessa norma citata pone, peraltro, le tre azioni sullo stesso piano, attribuendo altresì al creditore facoltà di scelta fra l'una e l'altra.

1997, n. 124, *ivi*, 1997, voce cit., n. 5; e, più di recente, Cass. 8 ottobre 2004, n. 20073, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Obbligazioni in genere*, n. 57; Cass. 11 febbraio 2005, n. 2853, *ivi*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 595.

²⁹ In tal senso, ad es., Cass. 5 dicembre 1994, n. 10446, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1192; Cass. 7 febbraio 1996, n. 973, in *Foro it.*, 1996, I, 1265; e in *Corr. giur.*, 1996, 541, con nota di MARICONDA, *Risarcimento del danno e onere della prova*; Cass. 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Foro it.*, 2000, I, 1917, con nota di SCODITTI, *Danni conseguenza e rapporto di causalità*. In dottrina, in senso conforme, v. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Artt. 1218-1219*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1979, 175 ss.; DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 567 ss., spec. 599; MARICONDA, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*, in *Corr. giur.*, 1993, 572; SCALFI, *Risoluzione del contratto, I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 1991, *ad vocem*, 8.

³⁰ In effetti, l'art. 1453 c.c., prevedendo alternativamente la condanna all'adempimento o la risoluzione del contratto parrebbe subordinarli al medesimo fatto. Sul punto, v. però i rilievi di VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 424 ss., il quale, pur affermando che la posizione assunta dalla parte nel processo non gioca alcun ruolo, finisce per aderire alla tesi

Inoltre, secondo la Corte, l'identità nel riparto del carico probatorio per i tre rimedi esperibili risponde anche ad esigenze di ordine pratico. Ciò in quanto, pur essendo ormai pacifico che la prova dei fatti negativi può essere data mediante la dimostrazione dei fatti positivi contrari, è altresì indubbio che una simile tecnica probatoria non sempre risulta facilmente praticabile³¹.

Alla luce di ciò, le Sezioni Unite ritengono «conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente, fare applicazione del "principio di riferibilità o di vicinanza della prova", ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore».

Ne deriva che, in materia di responsabilità contrattuale, la ripartizione dell'onere della prova deve essere identica sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che costui chiedo la risoluzione o il risarcimento del danno: il creditore sarà sempre tenuto a provare la sola esistenza della fonte, legale o negoziale, del titolo, spettando al debitore dimostrare di aver adempiuto³².

Ciò salva l'ipotesi in cui il debitore opponga l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c.; in tale eventualità i ruoli delle parti saranno invertiti³³. Oppure nel caso in cui sia dedotta la violazione di un obbligo

sostenuta da MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 370 ss. e, dunque, per addossare all'attore che agisce per la risoluzione la prova dell'altrui inadempimento.

³¹ Ciò in quanto, argomentano le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.), «il creditore che deduce di non essere stato pagato avrà serie difficoltà ad individuare, come oggetto di prova, fatti positivi contrari idonei a dimostrare tale fatto negativo; al contrario, la prova dell'adempimento, ove sia avvenuto, sarà estremamente agevole per il debitore che di regola sarà in possesso di una quietanza (al rilascio della quale ha diritto *ex art.* 1199 c.c.) o di altro documento relativo al mezzo di pagamento utilizzato». Quanto alla prova dei fatti negativi, v. par. 5, del presente cap.

³² Cfr., *ex multis*, Cass. 27 settembre 2007, n. 20326, in *Guida dir.*, 2007, f. 47, 63; Cass. 25 ottobre 2007, n. 22361, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Obbligazioni in genere*, n. 70; e Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, 2, 1, 455.

³³ Pertanto, il debitore convenuto che si avvalga dell'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. potrà limitarsi ad allegare l'altrui inadempimento; spetterà invece al creditore agente neutralizzare

di non fare poiché, trattandosi di un'obbligazione negativa, l'inadempimento integra un fatto positivo la cui prova è sempre a carico del creditore³⁴.

Per contro, addossare al debitore la c.d. prova liberatoria risulta, secondo la Cassazione, logico e ragionevole anche nelle ipotesi di adempimento inesatto, in quanto la diversa consistenza dell'inadempimento (totale o inesatto) non può essere sufficiente a giustificare un diverso regime probatorio³⁵.

Alla luce delle argomentazioni offerte dalle Sezioni Unite, è stata dunque stabilita l'omogeneità di regime probatorio per (tutte) le azioni previste dall'art. 1453 c.c.; e tale lettura è rimasta in questi anni inalterata, avendo ricevuto continue conferme. La scelta di estendere anche all'ipotesi di risoluzione per inadempimento il principio della sufficienza dell'allegazione di tale circostanza assume certo grande importanza, specie considerando che si tratta del rimedio contrattuale che trova più frequente applicazione. Il dato però davvero fondamentale è rappresentato dall'aver giustificato tale scelta facendo espresso riferimento al «principio di riferibilità o vicinanza della prova».

l'eccezione, dimostrando il proprio adempimento oppure la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione a suo carico. V., ad es., Cass. 15 aprile 2014, n. 8736, in *Giur. it.*, 2014, 1058; Cass. 13 giugno 2006, n. 13674, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Obbligazioni in genere*, n. 622; e, già in precedenza, Cass. 27 marzo 98, n. 3232, in *Corr. giur.*, 1998, 784, con nota di MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*; Cass. 31 marzo 1987, n. 3099, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 393. Sull'eccezione di inadempimento, v. per tutti BENEDETTI A.M., *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, 5 ss.

³⁴Sul tema, prima della pronuncia delle Sezioni Unite n. 13533/2001, ampiamente DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., 584 ss.

³⁵Cfr., ad es., Cass. 2 settembre 2013, n. 20110, facilmente reperibile su www.dejure.it, ove, in un caso in cui il compratore aveva chiesto la risoluzione del contratto di fornitura con condanna della parte convenuta al risarcimento del danno, la Corte ha affermato che «in tema di inadempimento del contratto di compravendita, è sufficiente che il compratore alleggi l'inesatto adempimento, ovvero denunci la presenza di vizi che rendano la cosa inidonea all'uso al quale è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, mentre è a carico del venditore, quale debitore di un'obbligazione di risultato ed in forza del principio della riferibilità o vicinanza della prova, l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di aver consegnato una cosa conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto, ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene». In dottrina non sono mancate voci critiche al riguardo, secondo le quali sarebbe stato più opportuno imputare al creditore l'onere di provare l'inadempimento inesatto; v. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *I contratti*, 2002, 120, e SACCO, in SACCO-DENOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3^a ed., Torino, 2004, 644.

Secondo gli Ermellini, infatti, l'operare della regola dell'onere della prova va ricondotta, non ad astratti criteri di costruzione della fattispecie, ma a criteri di ragionevolezza³⁶. E ragionevole appare porre «in ogni caso» l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento; ciò in quanto, verosimilmente e probabilmente, è proprio tale soggetto ad essere in possesso degli elementi utili a dimostrare l'eventuale infondatezza dell'altrui pretesa.

Del resto, sembra ragionevolmente più facile per il debitore dimostrare il fatto positivo del proprio adempimento, anziché per il creditore provare il fatto negativo dell'altrui inadempimento. Tale considerazione pare suggerire che l'attribuzione del rischio della mancata prova del fatto alla parte che a tale prova si trova più vicina sia espressione del bilanciamento fra i diritti di azione e di difesa, entrambi tutelati dall'art. 24 Cost.

In effetti, quella descritta sembra essere una scelta che denota una forte sensibilità in rapporto alle esigenze di equità e di giustizia del caso concreto. E al contempo essa pare altresì una soluzione idonea a garantire un maggior avvicinamento alla verità; ciò sul rilievo che – come precedentemente osservato – la soggezione al rischio di subire la rigida applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c. dovrebbe esercitare nei confronti della parte che dispone della prova una pressione psicologica tale da indurla a fornirla, con conseguente acquisizione agli atti del processo³⁷.

Le considerazioni svolte inducono, pertanto, a condividere la descritta tendenza giurisprudenziale a una sempre maggior estensione del principio di vicinanza della prova ad altri settori del diritto. E non sembra da escludere che, in un futuro non troppo lontano, tale tendenza origini un dibattito sull'opportunità di

³⁶ KOHLER, *Zivilprozess und Konkursrecht*, in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, München, 1913, III, § 55, considera tutta la dottrina sull'onere della prova come propria di un periodo ormai passato, come una derivazione del sistema della prova legale. L'A. sostiene che alle considerazioni d'equità approssimativa che ispirano le norme generali sull'onere della prova, si debbono sostituire precise considerazioni di equità nel singolo caso per opera del giudice.

³⁷ V. par. 1, del presente cap.

seguire l'esempio spagnolo ed attribuire al principio di «vicinanza della prova» cittadinanza anche all'interno del diritto codificato³⁸.

3. *El artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el principio de disponibilidad y facilidad probatoria*

En la legislación española, la norma general de la carga de la prueba está actualmente codificada en el art. 217 de Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)³⁹. Este es un artículo completo y detallado, cuyo contenido es particularmente interesante examinar a los fines de la presente investigación⁴⁰.

En general, se puede decir que en el proceso civil las normas sobre la carga de la prueba tienen un doble significado y desempeñan una doble función. Con relación al juez sirven para que, en el momento de dictar sentencia y ante una afirmación de hecho no probada, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esta falta de prueba. Respecto a las partes, en vez, sirven de modo que aquéllas sepan en la fase probatoria, cuál debe demostrar una afirmación de hecho determinada, si no quiere que entre en juego los efectos negativos de la relativa falta de prueba⁴¹. Comúnmente la primera es llamada «carga material de la prueba»; la segunda es denominada «carga formal de la prueba»⁴².

³⁸ A seguito della riforma attuata dalla *Ley de Enjuiciamiento civil (Ley 1/2000 de 7 de enero)*, il codice di rito spagnolo prevede – all'art. 217, ultimo c. – che nell'applicare la regola dell'onere della prova il giudice «deve considerare la disponibilità e la facilità della prova di ciascuna parte della lite».

³⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero.

⁴⁰ In argumento, extensamente DÍAZ FUENTES, *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Tratamiento y práctica*, 2ª ed., Barcelona, 2004.

⁴¹ Esta proyección dual del contenido del art. 217 LEC está afirmada ya en la Exposición de Motivos, donde se lee que: «las normas de la carga de la prueba [...] constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y son, asimismo, reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico [...] las posibilidades de esclarecer los hechos».

⁴² Para CORTÉ DOMÍNGUEZ, *Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba*, en *Rev. der. proc. iberoamer.*, 1972, 582, esta clasificación convencional de carga de la

El requisito para que la regla de juicio – «carga material de la prueba» – opera es la presencia de una situación de duda o incertidumbre. Existiendo en el sistema español, como casi in todos los sistemas jurídicos modernos, la prohibición de *no liquet*, el juez – como se sabe – tiene que dictar sentencia incluso si la reconstrucción de los hechos resulta incierta⁴³. Hay pero que señalar que existiendo también un principio según el cual sólo «*iuxta allegata et probata, iudex iudicare debet*», parece que la regla de juicio se limita al ámbito de la insuficiencia probatoria. Es decir que esa no podría ni debería operar ante una situación de falta absoluta de prueba⁴⁴. Por esta razón se suele afirmar que las reglas contenidas en el art. 217 LEC tienen un carácter subsidiario.

En cuanto a la estructura, el artículo mencionado actualmente se compone de 7 apartados: el apartado 1 refiere la regla de juicio dirigida al juez; los apartados 2 y 3 contienen los criterios generales sobre la distribución de la carga de la prueba; y los otros apartados establecen determinados criterios «correctores» de la rigidez de esta distribución⁴⁵.

prueba formal y material (o subjetiva y objetiva respectivamente) no ofrece gran interés, por cuanto todo el fenómeno responde a un único aspecto: la regla de juicio que permite solventar al juez casos típicos de «*non liquet*». Y, también, constituye una duplicación poco útil, en cuanto ambos planos responden a un único principio: la regla de juicio que tiene el juez, que es el aspecto fundamental de la carga de la prueba, fruto de la experiencia de la historia jurídica apuesta en las manos del juez para salvar el proceso de aquel indeseable punto muerto.

⁴³ A este respecto, cabe señalar que el art. 24. 1 de la Constitución Española asegura expresamente el derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales [...] sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

⁴⁴ GRANDA, *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC*, en VV.AA., *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, 29 ss., espec. 40-43, advierte, recordando las perplejidades expresadas a este respecto por MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil*, Barcelona, 2001, *passim*, que las reglas sobre las cargas de la prueba no informan acerca de el grado de certeza exigido para la prueba de los hechos. En consecuencia, tampoco puede serlo la insuficiencia, surgiendo efectivamente la duda de qué cantidad o dosis de prueba es menester para alcanzar la suficiencia. Diversamente, en el ámbito jurídico norteamericano las normas en materia de carga de la prueba son más explícitas; hablan de «*burden of persuasion*», «*level of confidence*» o «*standard of proof*».

⁴⁵ La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, añadió el apartado 5 al art. 217 de la LEC. Así que el original apartado 6, continente los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, ha sido reenumerado en el actual apartado 7. Vid. MONTERO AROCA, *La prueba. Nociones generales (I)*, en MONTERO AROCA – GÓMEZ COLOMER – BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional II: proceso civil*, 22^a ed., Valencia, 2014, 228 ss.

Más detalladamente, al principio se dispone que cuando al tiempo de dictar sentencia el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión debe desestimar las pretensiones del actor o las del demandado según que corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

Y después – muy símilmente a lo que está previsto en el art. 2697 del Código civil italiano – se especifica que corresponde al actor probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, mientras incumbe al demandado demostrar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de aquellos hechos. Siguen algunas reglas particulares de distribución de la carga de la prueba en los procesos sobre competencia desleal o publicidad ilícita, sobre actuaciones discriminatorias por razón del sexo o si una disposición legal expresa dispone en esto sentido.

Sin duda, pero, lo que parece mas interesante es el actual apartado 7. Aquí, se establece que, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal debe tener presente la «disponibilidad y facilidad probatoria» que corresponde a cada una de las partes del litigio. De hecho, la introducción de esta norma constituye uno de los aspectos – si no el aspecto – más relevantes de la nueva regulación.

Hasta el 2000, año de entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la norma general de distribución de la carga de la prueba, contenida en el art. 1214 CC, se refería en efecto solo a la prueba de las obligaciones⁴⁶. Por esto, la doctrina consideraba este artículo incompleto e imperfecto. En primer lugar, se relevaba que la norma no mencionaba, juntos a los hechos constitutivos y extintivos, los excluyentes e impeditivos. En segundo lugar, se evidenciaba que el

⁴⁶ Así establecía el antiguo art. 1214 del Código Civil: «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción a quien la opone». Claramente este artículo responde al momento histórico de su promulgación; un contenido similar tenía – como hemos visto – el art. 1315 del Código civil francés de 1804 y también el art. 1312 del Código civil italiano de 1865.

precepto no podía ser absoluto o inflexible; por el contrario debía adaptarse a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte⁴⁷.

Esta necesidad de acomodación de la regla general a la realidad se viene poniendo siempre más de manifiesto en la jurisprudencia de los años '90 del siglo pasado. De hecho, en numerosas sentencias se afirma la posibilidad que tenga que probar la parte que tiene «mayor facilidad» para ello, independientemente de la naturaleza del hecho afirmado, o también la parte que está «más próxima a la fuente de prueba»; la que dispone de la fuente⁴⁸.

Este siempre más frecuente uso en la práctica procesal de criterios de facilidad y disponibilidad empuja al legislador a recibirlos en la nueva reglamentación de la carga de la prueba.

En realidad, alguna mención a consideración de facilidad y disponibilidad probatoria figura inicialmente en el Proyecto de Ley del 1998. Su incorporación, fruto de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (CIU), se produjo en el trámite de Informe de la Ponencia del Congreso⁴⁹. La justificación ofrecida para esta enmienda se fundamenta en la «de aplicar reglas lógicas que flexibilicen, en determinados supuestos, la regla clásica reflejada en el precepto de *ei incumbit probatio qui affirmat, non qui negat*».

⁴⁷ Vid. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 1996, 67 y SERRA DOMÍNGUEZ, *La prueba de las obligaciones*, en *Comentarios al Código Civil*, t. XVI, vol. 2, Madrid, 1991, 45-85.

⁴⁸ Siguen este camino, por ej., la STS de 13 febrero 1992, en la cual, respecto de la liquidación de sociedad de gananciales en la que se desconocía el importe de una operación económica realizada por el marido, se sostiene que el marido debía probar ese importe porque para él era más fácil al ser él quien había realizado la operación; la STS de 26 septiembre 1991, que se refirió a «la mayor o menor dificultad de prueba»; y la STS de 15 noviembre 1991, en la cual se dice que se la compañía de seguro disponía de todos los documentos, ella debió probar un hecho que se desprendía de los mismos, y el asegurado que tenía a su alcance la documentación, a pesar de que el asegurado demandante había afirmado ese hecho como constitutivo.

⁴⁹ Si bien, ya el Consejo General de Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto, echaba en falta que no se incluyesen en el precepto «los aspectos más relevantes de la carga de la prueba, de la lealtad y buena fe procesal y de la distribución de la carga en la función de la proximidad o dominio hecho por cada una de las partes»; cfr. «*Reforma del Proceso Civil (Informe de los Anteproyectos de la LECiv y de reforma de la LOPI y Texto de los Anteproyectos de Ley)*», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, 205.

Diversamente en Latino América, desde hace tiempo viene teniendo acogida esta necesidad de flexibilizar la aplicación de las reglas de la carga probatoria según las circunstancias del caso y la situación de las partes. Bajo la denominación de doctrina de «cargas dinámicas de la prueba», de hecho, se viene proclamando que la aplicación de las consecuencias negativas asociadas a regla de juicio no puede depender solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producir la prueba⁵⁰.

En todo caso, cabe reconocer que el hecho que las discutidas ideas de facilidad y disponibilidad probatoria están ahora escritos en la ley española es una revolución en el estudio de la institución. En efecto, gracias a esta previsión el proceso parece ser un poco más completo, aunque también un poco más justo⁵¹.

La razón primigenia del dispuesto de el actual apartado 7, de hecho, no es legitimar la discrecionalidad judicial, sino recordar al juzgador que no siempre las cosas se ajustan al patrón habitual. Por esto el, más que el poder, tiene el deber de excepcionar la regla base en los casos en que su estricta aplicación conduce a resultados manifiestamente injustos. Es decir que si el demandante no puede probar su pretensión porque la prueba sobre aquel hecho constitutivo está mas próximo al demandado, el juzgador tiene que poner sobre esto los riesgos de aquella falta de prueba⁵².

⁵⁰ La construcción teórica de las llamadas «cargas dinámicas de la prueba» ha sido objeto de un notable análisis en el ámbito iberoamericano especialmente por parte de PEYRANO, *Derecho Procesal Civil*, Lima, 1995, 331 ss. L'A. cabe concluir que: «el esquema del proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad, de tal forma que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazar de actor a demandando o viceversa, según que corresponda. El mecanismo tradicional de distribución de carga de la prueba estaba teñido por un apriorismo inaceptable que, fatalmente, distribuía las cargas probatorias de un cierto y determinado modo». Esta doctrina ha sido traspuesto en el art. 129 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, donde se plantea que: «Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba».

⁵¹ V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2007, 414-415.

⁵² Sobre este punto, NIEVA FENOLL, *Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisa revisión*, cit.,107.

Parece bien precisar que, aunque resulta bastante frecuente la afirmación de que los principios recogidos en la norma en examen suponen una excepción a la formulación general de la regla de juicio, las cosas están en manera diferente.

En primer lugar cabe decir que, aunque no siempre se expresa esta idea de forma muy clara, la regla general y los principios de disponibilidad y facilidad probatoria tienen en realidad la misma *ratio*. De hecho, corresponder al demandante la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de los efectos jurídicos de aquéllos, significa atribuir a cada parte la carga de la prueba de los hechos que, probablemente, están más cerca de ella; por lo tanto resultan más fáciles de demostrar. Consecuentemente, la previsión de los dos mencionados principios, atribuyendo al juez el deber de establecer reglas de distribución distintas en aquellas materias que su naturaleza así lo aconseje, mira a asegurar que el riesgo de falta de prueba cae siempre sobre la parte que puede evitarlo sin dificultad⁵³.

En segundo lugar, ocurre precisar que las modificaciones judiciales no afectan a la regla de juicio, sino sólo la manera de concentrar o rellenar la misma. Por cierto, esto parece claro si se tiene en cuenta que la regla de juicio tiene carácter procesal, formal e imperativo. En consecuencia, el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba no se puede referir a un perfil procesal, quedando limitada la inversión al campo de derecho material⁵⁴.

Sucede pero que, muchas veces, se va a confundir el enfoque que se produce con la modificación de la regla de juicio. Esa confusión depende del uso muy generalizado de el término «inversión» por parte de la jurisprudencia, que suele recomprender todos los fenómenos en lo que se establece una

⁵³ Vid. GRANDA, *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC*, cit., 51-52.

⁵⁴ Para una explicación detallada de este tema, vid. CORTÉ DOMÍNGUEZ, *Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba*, cit., 586.

distribución de la carga de la prueba diferente de aquella fijada en la regla general⁵⁵.

De esta manera se comprende que la inversión operada judicialmente es en realidad una distribución o rebaja de prueba que el juzgador hace en la fase de valoración de prueba, por razones equitativas⁵⁶.

En estos casos de disponibilidad y facilidad para probar un hecho – como ha sido observado – no se desplaza la carga de la prueba a la parte que fácilmente podría cumplimentarla. Más exactamente la ausencia de prueba de ese hecho no perjudique a aquella parte que tenía la carga de acreditarlo conforme a las reglas, pero que, a diferencia de su parte contraria, no tenía la disponibilidad o la facilidad para hacerlo⁵⁷.

Dicho esto, cabe pero señalar que para la tesis que sostiene que sí es posible hablar de inversión legal y judicial de la carga de la prueba, la formulación legal de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria habrían de ser conceptuados como un supuesto de inversión judicial, pero con explícita base legal⁵⁸.

En cuanto a la delimitación conceptual entre los dos principios puede afirmarse que, aunque el Tribunal equivoque la aplicación de uno por otro o no sepa deslindarlos nítidamente, no se trate de conceptos idénticos o sinónimos⁵⁹.

El concepto de disponibilidad probatoria hace referencia a una situación de cercanía, acceso o contacto del litigante con al medio de prueba; cercanía tanto

⁵⁵ Tanto que la doctrina científica mayoritaria viene a negar la posibilidad de inversión legal y judicial de la carga probatoria. Vid., entre otros, CORTÉ DOMÍNGUEZ, *Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba*, cit., 595; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2002, 301; MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Madrid, 2002, 100; MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., 181 ss.

⁵⁶ Así MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., 186.

⁵⁷ La referencia es a GARBERÍ LLOBREGAT – BUITRÓN RAMÍREZ, *La prueba civil – Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2004, 60-61.

⁵⁸ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid, 2006, 109 ss.

⁵⁹ En este sentido, GRANDA, *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC*, cit., 53 ss.

material (tenencia de un documento) como intelectual (forzoso conocimiento de un dado). Esta disponibilidad significa que la parte contraria a la que según las reglas generales tiene la carga de probar es la que tiene en su poder la prueba necesaria para acreditar los hechos que fundamentan la pretensión de la contraparte⁶⁰.

La facilidad probatoria, en vez, se refiere a hechos que por su especial naturaleza ofrecen una gran dificultad para su prueba por quién tiene la carga de probarlos⁶¹.

Resumiendo, entre los dos principios parece existir un reporto de genere a especie: el primero parece constituiría un criterio más simple y incluyente el anterior. Entonces, sin embargo, es necesario subrayar que cuando se recurre a el criterio de la disponibilidad, la prueba de un hecho resulta difícil solo para una parte (y precisamente la parte que tiene que presentarla en el proceso); mientras, cuando se hace referencia a la facilidad probatoria, significa que la demostración de un hecho, complicada para ambas las parte, es pero mas fácil para una (la que no tiene la relativa carga) que para la otra.

Buena muestra de esta afirmación son los ámbitos jurídicos en los que con mayor frecuencia la jurisprudencia viene aplicando estos dos aparentes correctivos a la regla general de la carga de la prueba.

De hecho, una cierta reiteración del concepto de la disponibilidad probatoria se encuentra en los procesos de reclamación e impugnación de filiación, relativamente a la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad⁶².

⁶⁰ MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., 178-179, considera también que la indisponibilidad negligente, entendiendo como tal la falta de previsión en la preconstitución o conservación de una prueba sobre un hecho que pudiera resultar favorable a la contraparte, puede devenir, a veces, equivalente en sus efectos a una plena disponibilidad.

⁶¹ PAZOS MÉNDEZ, *Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil*, cit., afirma que el principio de facilidad probatoria se basa sobre la buena fe; por cierto, el estado social se opone a que la sociedad haya de asumir cualquier gasto que favorezca maniobras obstruccionistas o dilatorias.

⁶² En esta línea, el Tribunal Supremo ha sido tajante al afirmar que la mera creencia del demandado de que no debió admitirse la demanda no justifica en modo alguno el no querer

En cambio, en materia de responsabilidad extracontractual, y precisamente en relación con la prueba de la culpa y de la negligencia médica, a menudo se observa la proyección de el principio de facilidad probatoria⁶³. En estos casos, por cierto, la rigidez propia del sistema tradicional de la carga de la prueba conduciría a resultados manifiestamente injustos en consideración de las posiciones de las partes y de los intereses concretos involucrados. Por esta razón – vamos a decirlo otra vez – el legislador ha introducido en el apartado 7 una nueva previsión que venga a flexibilizar las normas reguladoras del *onus probandi*, permitiendo la adaptación de las mismas a las peculiaridades de cada supuesto enjuiciado⁶⁴.

En este sentido, puede establecerse que por un lado la previsión legal de los criterios de disponibilidad y facilidad responde a la necesidad de garantizar un mejor equilibrio de los intereses de las partes en una perspectiva de equidad. Gracias a esta previsión, de hecho, se autoriza y casi se exige que los órganos jurisdiccionales aprecien las circunstancias concurrentes y, de acuerdo con ellas, procedan a distribuir la carga de la prueba de la manera más equitativa posible.

someterse a la prueba biológica, puesto que, al disponer en exclusiva de la prueba decisiva, esa posibilidad le convertiría en dueño del proceso. Así la STS 689/2004, de 7 de julio (FJ 2º., LA LEY JURIS:1729737/2004). Para otros ejemplos de aplicación jurisprudencial de el principio de disponibilidad probatoria, vid. FERNÁNDEZ LOPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, cit., 157 ss.

⁶³ Por ejemplo, en los casos de duda acerca de si se informó o no al paciente de los riesgos de la intervención o tratamiento antes de que éste prestase su consentimiento, puesto que por el personal sanitario resulta más fácil acreditar que se prestó tal información (a partir de la aportación del documento en que conste la firma del paciente, que ha de estar incorporado a lo historial médico), es al demandado, dada su mayor proximidad a la fuente de prueba, a quien debe perjudicar que ésta no se introduzca en el proceso, especialmente cuando su conducta ha sido determinante para impedirlo. Vid., por todas, la STS 3 /2001 de 12 de enero (FJ 2º., LA LEY JURIS: 1255/2001). Vid., también, STS 28/2003, de 20 de enero (*Tol* 228135); STS 160/2003, de 18 de febrero (*Tol*. 253594); STS 613/2005, de 29 de julio (*Tol* 703338). Para otros ejemplos de aplicación jurisprudencial de el principio de facilidad probatoria, vid. FERNÁNDEZ LOPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, cit., 146 ss.

⁶⁴ MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., 175, señala que: «la dinámica de cada proceso delinea su regla de juicio, lo cual en definitiva conduce a tener que pronunciarse por un ponderado casuismo como único instrumento de definitiva viabilidad, aunque sin renunciar a la exigencia de algunas pautas».

Por otro lado, pero, no puede negarse el peligro que los Tribunales aplican con excesiva discrecionalidad estos principios en los casos concretos, produciendo así una situación de inseguridad jurídica para las partes⁶⁵.

Sin embargo, parece posible evitar el prospectado riesgo conociendo la orientación judicial en el tipo de casos que se trate. En efecto – como ha sido observado – a través del conocimiento de las sentencias anteriores, en la mayoría de los casos es posible saber *a priori* si el juez tendrá o no que modificar la distribución de la carga de la prueba en atención de cuál de las parte se encuentra más cercana a la fuente de prueba⁶⁶.

A esto también hay que añadir que – por los peligros de inseguridad jurídica que puede acarrear – los criterios aquí en examen deben entenderse como herramientas excepcional; por tanto, de interpretación restrictiva. Es decir que solo cuando la aplicación de las reglas generales conduzca a situaciones de absoluta dificultad o auténtica imposibilidad de demostrar un hecho el juez tiene que recurrir a estos criterios. Criterios que, en conclusión, tienen carácter complementario y no sustitutivo de la reglas generales, en aquellos casos en lo que fuera posible su aplicación, pues lo contrario podría llevar a situaciones abusivas⁶⁷.

Sin duda, las reglas legales de *onus probandi*, dado su carácter general y abstracto, constituyen una garantía de objetividad, lo que no ocurre en las

⁶⁵ Vid. CABAÑAS GARCÍA, *Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil*, en *Actualidad Civil*, 1996-2, 349 ss., espec. 368; TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 72 ss., espec. 77, afirma que no sólo se produce una situación de inseguridad jurídica, sino que se produce también el grave riesgo de comprometer el principio de contradicción manipulando discrecionalmente en cada caso la distribución de la carga de la prueba.

⁶⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, cit., 145 y PAZOS MÉNDEZ, *Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil*, en ABEL LLUCH – PICÓ I JUNOY, *Objeto y carga de la Prueba Civil*, Barcelona, 2007, 85-86.

⁶⁷ Así DAMÍAN MORENO, *Comentarios a la LEC*, op. col., coord. por LORCA NAVARRETE, Valladolid, 2000, t. I, 1425-1426; vid. también MONTERO AROCA, *La prueba. Nociones generales (I)*, cit., 231.

modificaciones judiciales de carga de la prueba, que pueden venir influenciadas excesivamente por las características del caso concreto⁶⁸.

No obstante, sin embargo, estas modificaciones tienen la misma razón de las normas especiales de distribución de carga de prueba, en manera directa o indirecta⁶⁹. Aquí como allí, el legislador entiende que en determinados casos la aplicación de las reglas generales puede conducir a la imposibilidad de probar y, para evitar esa circunstancia, establece el personalmente o autoriza el juez a establecer una regla especial⁷⁰.

En este sentido, parece posible afirmar que el principio de disponibilidad y facilidad probatoria está fuertemente conectado con la realización efectiva del derecho fundamental de defensa. El art. 24. de la Constitución española, después de prohibir la indefensión, en el párrafo 2 reconoce expresamente a todo aquel que es parte en un proceso el «derecho [...] a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa»⁷¹.

Cuanto al contenido, se cree que este derecho consiste en el poder de las partes de conocer todos los materiales de hecho (y de derecho) que puedan influir en la resolución judicial. Es decir que ningún material que pueda llegar a incidir en la decisión judicial puede mantenerse secreto para una o las dos partes⁷².

⁶⁸ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, *De la prueba de las obligaciones*, cit., 68.

⁶⁹ El legislador realiza la acomodación del principio general a la realidad algunas veces directamente, por medio de una norma que dice qué parte ha de probar un hecho determinado, otra veces indirectamente creando falsas presunciones que tienen como finalidad enmascarar reglas especiales sobre carga de prueba.

⁷⁰ Así MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., 75.

⁷¹ Derecho reconocido también en el art. 6.3. d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aunque esta norma se refiere literalmente a la prueba testifical y a el ámbito penal, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha interpretado ese derecho como parte de una garantía genérica al *due process* y, en consecuencia, lo ha extendido a todo tipo de pruebas y toda jurisdicción. Vid., por ej., la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Bönisch (de 6 de mayo de 1985). También en Italia, como se sabe, la *Corte costituzionale* (sentencia n. 248 de 1974, en *Giur. cost.*, 1974, 2376 ss.) considera que el derecho a la prueba es parte esencial del derecho a la defensa, reconocido, éste sí, expresamente por la Constitución italiana (art. 24).

⁷² En este sentido, MONTERO AROCA, *Los principios generales del proceso*, en MONTERO AROCA – GÓMEZ COLOMER – BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I: parte general*, 22^a ed., Valencia, 2014, 246 ss. Vid. también FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, 52 ss.

Desafortunadamente, sin embargo, sucede a menudo que la parte no puede producir la prueba necesaria para demostrar sus razones porque tal prueba está en la disponibilidad adversaria. Bueno, imponiendo en estos casos el art. 217. 7 LEC al juez mover el riesgo de falta de pruebas sobre la parte más cercana, el resultado obtenido es de inducir esa parte a traer tal prueba en el proceso.

Está claro, entonces, que los principios de disponibilidad y facilidad probatoria no sólo conectan con los derechos constitucionales mencionados, sino también – y de forma muy directa y determinante – con el deber constitucional de colaboración de las partes con la Administración de Justicia, recogido en el art. 118 de la Constitución Española⁷³. Deber que, por cierto, se enlaza con la conducta procesal de la parte en relación con el principio de buena fe⁷⁴.

En este sentido, cabe decir que ya anteriormente al 2000, la jurisprudencia consideraba el deber de colaboración tener influencia in materia probatoria, por ejemplo en ámbitos de negativa a someterse a pruebas biológicas en procedimientos de filiación⁷⁵.

Cabe pero también señalar que la importancia de este deber en relación a las pruebas ha sido muy incrementado después de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y, en particular, de el ultimo apartado de el art. 217. Eso es porque actualmente, debido a la predicción de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, la parte cuya es más cercana o más fácil una

⁷³ Sobre este punto, GRANDA, *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC*, cit., 64-66.

⁷⁴ Sobre este principio, extensamente PICÓ Y JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003, *passim*.

⁷⁵ El Tribunal Constitucional, con la sentencia 7/1994 de 17 de enero (FJ 6º., LA LEY IURIS: 249948/1994), ha afirmado que quien tiene en su poder la fuente de prueba tiene el deber de colaborar «a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 CE». Y después, se ha manifestado de forma idéntica, recordando esta doctrina, en la STC 95/1999, de 31 de mayo (FJ 2º., LA LEY IURIS: 240166/1999).

prueba indispensable para el adversario, tiene que traerla en el proceso, si no quiere sufrir las consecuencias negativas de esta falta de prueba⁷⁶.

En tal perspectiva, parece posible afirmar que la aplicación judicial de estos principios trasciende del plano de la carga de la prueba y llega a el plano de la valoración de la prueba. Sin duda, de hecho, debe partirse de la importancia de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria en el ámbito de la carga de prueba. Debe pero también retirarse que sólo una vez valoradas las pruebas el juez puede advertir la insuficiencia probatoria, que es la condición fáctica de aplicación de la regla de juicio. Y también considerase que en supuestos de hecho incierto o dudosos, antes que hacer uso de la esa regla, el juez debe valorar la conducta procesal de las partes analizando cuál de ellas tenía la posibilidad de probar, mas fácilmente, la verdad o la incerteza de un hecho, con independencia de quién, en acuerdo con las normas establecidas en el art. 217.2 y 3 tuviera la carga de la prueba⁷⁷.

En otras palabras, para decidir la causa el juez razonará por qué una de las parte no ha aportado la prueba, en el sentido de determinar si es porque no ha podido o simplemente porque no ha querido⁷⁸.

Basado de tales relieves, parece posible acordar con quién afirma que actividad de distribución de carga de la prueba y actividad de valoración de prueba son análogas cuanto al resultado: la búsqueda de la versión verosímil de lo sucedido.

Cabe pero también señalar que el *modus operandi* es diferente, en el sentido que la valoración de la prueba mueve de una actividad probatoria,

⁷⁶ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, cit., 160 y GRANDA, *ult. op. cit.*, 67.

⁷⁷ Vid. CORTÉ DOMÍNGUEZ – MORENO CATENA, *Derecho Procesal civil: parte general*, 8^a ed., Valencia, 2005, 231-232.

⁷⁸ Como evidencia NIEVA-FENOLL, *Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisa revisión*, cit., 109, estas conductas procesales omisivas de las partes, en relación a la aportación de medios de prueba, son algo de análogo a lo que MUÑOZ SABATÉ, *Introducción a la probatoria*, Barcelona, 2007, 111, llama «indicios endoprocesales» y que durante los siglos han sido interpretadas en la forma que estamos viendo.

mientras la carga de la prueba de un «fracaso probatorio»⁷⁹. Por esto, debe concluirse que se trata de dos actividades conceptualmente diferentes: la una tiene en consideración pruebas e indicios sobre hechos; la otra, en vez, ante la insuficiencia de estas pruebas e indicios, valora la conducta procesal de las partes⁸⁰.

Hecho todas estas consideraciones, resulta claro que los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria pueden ser visto como manifestación de principios constitucionales que informan todo el sistema de la carga de la prueba. Por lo tanto, no hay duda sobre la importancia que debe necesariamente concederles un ordenamiento que realmente quiere hacer de el proceso un herramienta de protección de los derechos subjetivos.

En esta perspectiva parece deseable que también el legislador italiano, siguiendo el ejemplo de muchos otros ordenamientos, trasponga en una norma *ad hoc* el principio jurisprudencial de «vicinanza della prova»⁸¹.

⁷⁹ Así NIEVA-FENOLL, *Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisa revisión*, cit., 109.

⁸⁰ Vid. de nuevo NIEVA-FENOLL, *ult. op. cit.*, 110.

⁸¹ En Colombia, por ejemplo, el art. 167 del Código General del Proceso (Ley n. 1564 de 12 julio de 2012), impuesto a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, al apartado 2, establece que «no obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos», especificando también que «la parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares».

Análogamente, el art. 373 del nuevo Código Civil Brasileño (Ley n. 13.105 de 16 de marzo 2015), después de atribuir a el demandante la prueba de los hechos constitutivos y al demandado la prueba de los hechos extintivos, impositivos o excluyentes, establece a el § 2 que si las peculiaridades de la causa relacionadas con la imposibilidad o la excesiva dificultad de cumplir la carga de la prueba o la mayor facilidad de obtención de la prueba del hecho contrario, podrá el juez atribuir la carga de la prueba de modo diverso. Eso, siempre que lo haga por decisión motivada y da a la parte la oportunidad de deshacerse de la carga que se le ha asignado. Per un comentario de la propuesta contenida en el proyecto de este Código, vid. MARINONI – MITIDERO, *O projeto do CPC*, São Paulo, 2010, 102 ss. Para una panorámica de las tendencias procesales actualmente dominantes en los varios ordenamientos civiles, vid. DONDI – ANSANELLI – COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2015, *passim*.

4. Tendenze giurisprudenziali e percorsi normativi di protezione del soggetto debole

Nel corso dell'indagine è emerso come l'art. 2697 c.c. offra uno schema meramente formale, in cui le parti restano identificate esclusivamente dalla posizione processuale assunta nell'ambito della controversia. La ricerca ha altresì permesso di mettere in evidenza che, per contro, il criterio della «vicinanza della prova» si caratterizza per una spiccata flessibilità ad adattarsi alle specifiche peculiarità della fattispecie oggetto di giudizio.

Conscia della dinamicità di tale criterio la giurisprudenza, facendo leva su argomenti ricavati direttamente dall'art. 24 Cost. e dal principio del giusto processo – tutelato sia dall'art. 111 Cost. che dall'art. 47 della Carta di Nizza – ne ha progressivamente esteso il campo di operatività a settori diversi rispetto a quello dell'inadempimento contrattuale⁸².

In linea generale, può dirsi che le applicazioni giurisprudenziali più frequenti del principio di vicinanza della prova paiono riscontrarsi soprattutto (a) in materia di responsabilità medica, nonché (b) in ipotesi di licenziamento illegittimo e (c) di danno da prodotto difettoso. Si tratta di settori che vedono coinvolte parti la cui posizione processuale è fortemente squilibrata: debole quella dell'attore (paziente, lavoratore, consumatore); forte quella del convenuto (medico e/o struttura sanitaria, datore di lavoro, produttore).

Nel prosieguo saranno analizzate alcune pronunce di legittimità che risultano particolarmente utili per calarsi ulteriormente in *medias res* e comprendere la logica razionale, ma al contempo equitativa, del principio di «riferibilità della prova». L'analisi – vale la pena anticiparlo – permetterà di constatare che la giurisprudenza, in alcuni settori, opera una distribuzione dell'*onus probandi* sempre più attenta alla realizzazione di un (equo)

⁸² L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali riconosce a ogni persona, i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati, il «diritto a un ricorso effettivo», in un termine ragionevole, dinanzi a un giudice indipendente e imparziale.

bilanciamento fra gli interessi delle parti coinvolte. Ed al termine di tale analisi risulteranno ancora più evidenti le (condivisibili) ragioni che non di rado spingono la Suprema Corte a discostarsi dalla tradizionale ripartizione del rischio probatorio.

(a) Occorre muovere dal campo in cui il richiamo al criterio della «vicinanza della prova» pare oggi ricoprire un ruolo decisivo nell’allocazione degli oneri probatori, ovvero dalla responsabilità medica. Una materia, questa, la cui sussunzione nell’ambito della responsabilità aquiliana o, per contro, in quella contrattuale, ha per lungo tempo suscitato accesi dibattiti, da ultimo (forse) finalmente risolti a seguito della recente entrata in vigore della c.d. riforma Gelli⁸³.

L’alternativa fra contratto e fatto illecito, estremi fra i quali la giurisprudenza ha con moto pendolare più volte oscillato, porta con sé la conseguente applicazione di una disciplina che si distingue sotto il profilo non solo del termine di prescrizione, ma altresì dell’onere della prova. Mentre, infatti, in ambito extracontrattuale l’attore è tenuto a dimostrare, oltre all’evento dannoso, anche il nesso causale fra condotta ed evento, nonché la colpevolezza dell’autore del fatto illecito, in campo contrattuale, per contro, ricade sul debitore convenuto l’onere di dimostrare l’esatto adempimento ovvero che l’inadempimento dell’obbligazione è dovuto a causa lui non imputabile. Ciò in quanto tale prova, ricadendo nella sfera di controllo del debitore, è «più vicina» – dunque più facile

⁸³ La legge 8 marzo 2017, n. 24 recante “*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*” contiene importanti novità in materia di responsabilità medica. Da un lato, viene sancita (o, meglio, ribadita) la natura contrattuale della responsabilità della struttura (pubblica o privata): questa, ove nell’adempimento della propria obbligazione si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria (anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa) risponderà pertanto delle loro condotte dolose o colpose ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. Per contro, la responsabilità del sanitario viene attratta nell’orbita dell’illecito aquiliano; di conseguenza, il sanitario risponderà del proprio operato in base all’art. 2043 c.c., salvo abbia agito nell’adempimento di un’obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

– per tale soggetto⁸⁴.

L'opinione prevalente, che aveva inizialmente inquadrato la responsabilità medica entro la clausola generale *ex art.* 2043 c.c., dalla fine degli anni '90 del secolo scorso è andata mutando; si è infatti assistito alla riconduzione di tale responsabilità nella disciplina di cui all'art. 1218 c.c.⁸⁵. Ne è seguito, da parte della giurisprudenza, un progressivo adeguamento ai principi di unitarietà del regime probatorio e di riferibilità della prova, introdotti dalla più volte menzionata pronuncia n. 13533/2001.

Così, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di un intervento di facile o di difficile esecuzione, la Cassazione afferma che il paziente può limitarsi ad allegare l'inadempimento del medico, restando a carico di quest'ultimo l'onere di provare l'esatto adempimento. Del resto, considerato che l'oggetto della prestazione consiste in un *facere* tecnico, la dimostrazione dell'esecuzione diligente e in linea con le regole dell'arte è senz'altro «più vicina» al

⁸⁴ Secondo Cass., sez. un., n. 13533/2001, cit.: «L'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c. [...] è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. In virtù di tale principio, che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione, l'onere della prova viene infatti ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione.

⁸⁵ Per un certo periodo, in considerazione della mancanza di un formale contratto fra paziente e medico operante in una struttura sanitaria, la responsabilità del medico oscilla in direzione del versante extracontrattuale (v. per tutti DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Milano, 1995, *passim*). Successivamente, la messa a punto della teoria dell'obbligazione di protezione – teoria di origine tedesca, fondata sulla particolare relazione di affidamento che lo *status* professionale del medico è in grado di generare – permette alla giurisprudenza di riconoscere, anche in assenza della fonte contrattuale, il rapporto obbligatorio come tale, con conseguente inquadramento della responsabilità medica nell'ambito dell'art. 1218 c.c. Cass. 22 gennaio 1999, 589 (in *Corr. giur.*, 1999, 446 ss., con nota DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*) chiarisce che, pur in assenza di un contratto fra paziente e medico, la relazione instauratasi fra i due, qualificata attraverso la rilevanza che «la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico» le attribuisce, è idonea a far nascere in capo al medico obblighi di comportamento nei confronti del paziente, ovvero nei confronti di chi sulla sua professionalità «ha fatto affidamento, entrando in “contatto” con lui». E proprio perché il medico è responsabile nella misura in cui egli non ha fatto «ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*», il titolo della responsabilità non può che essere contrattuale. Del resto – aggiunge la Corte – l'art. 1173 c.c. è chiaro nell'ammettere fonti delle obbligazioni diverse dal contratto, quali i fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, fra i quali premege il suddetto «contatto sociale qualificato».

professionista che l'ha effettuata⁸⁶.

La lettura dei precedenti consente di riscontrare che nel campo della responsabilità medica i giudici sembrano aver dato piena applicazione al *decisum* delle Sezioni, con conseguente alleggerimento dell'*onus probandi* a vantaggio del creditore⁸⁷. E peraltro, la Cassazione sembra essersi talvolta persino spinta a superare o, meglio, "potenziare" il proprio *decisum*.

⁸⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 26, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, seguita da Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, *ibidem*, 23 e in *Corr. giur.*, 2005, 33, con nota critica di DI MAJO, e da Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1428, con nota di PUCCELLA. Le sentenze annotate, alla luce del principio di riferibilità o vicinanza della prova, individuano la struttura sanitaria nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, come il soggetto nelle condizioni migliori per provare, in rapporto al caso clinico di specie, il perché di determinate scelte terapeutico-chirurgiche, di possibili deviazioni dai c.d. protocolli scientifici, nonché l'eventuale intervento di eventi avversi che abbiano interferito nell'esecuzione dell'atto medico. Tali pronunce chiariscono inoltre che, anche nelle ipotesi di prestazioni mediche implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà di cui all'art. 2236 c.c., l'onere della prova resta a carico del sanitario debitore che è tenuto a dimostrare l'esatto adempimento della prestazione. La difficoltà dell'intervento, pertanto, non determina più un alleggerimento probatorio per il medico, ma rileva sul piano della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario.

⁸⁷ L'individuazione dell'oggetto dell'onere di allegazione è stato protagonista di un ampio dibattito. In particolare, si è discusso se l'allegazione del creditore dovesse essere specifica, con obbligo del paziente di indicare gli specifici fatti in cui era consistito l'errore medico, ovvero se fosse sufficiente una generica contestazione di colpa (impostazione, questa, accolta da Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, 30, con nota di DE MATTEIS, e in *Dir. e giust.*, 2004, 25, con nota di ROSSETTI). La prima soluzione, poi accolta dalla pronuncia a Sezioni Unite n. 577/2008, sembra preferibile soprattutto in ragione della considerazione che solo un'indicazione specifica dei fatti contestati rende possibile al medico la predisposizione di un'adeguata difesa. Ove tale contestazione manchi, infatti, egli si troverà costretto a fornire la *probatio diabolica* di non aver commesso errori in qualsiasi fase relazionale con il paziente (cfr. CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, in *Contr. e impresa*, 2002, 100 e, conformemente, BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011, 68).

Sulla necessità di pervenire a una circostanziazione specifica della pretesa già in sede di atti introduttivi, per tutti, v. DONDI *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 440 ss. L'A. sottolinea in particolare come l'accettazione di una fase introduttiva aperta – ossia caratterizzata dalla presenza di atti introduttivi dal contenuto fattuale generico – comporti un differimento della definizione dell'oggetto della controversia a una fase processuale ulteriore, rispetto a quella a ciò tipicamente deputata. In ragione dello stretto legame intercorrente tra la funzione degli atti introduttivi e quella delle successive attività processuali, una descrizione sintetica e non specifica dei fatti all'origine della pretesa può in effetti comportare il ribaltamento sulle successive fasi istruttoria e trattatoria del compito di pervenire alla determinazione dell'oggetto della lite. Un effetto, questo, cui si ricollega la possibilità che in sede di trattazione vengano poste in essere attività di difesa abusive, nel senso di finalizzate a determinare una dilazione dei tempi del processo (v. ancora DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in AA. VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 465).

Chiarito infatti che l'onere di allegazione in capo al paziente consiste nella deduzione dell'«aggravamento della situazione patologica» o nell'«insorgenza di nuove patologie», in numerose pronunce si afferma che il debitore può liberarsi provando che la prestazione è stata correttamente eseguita e – si noti – altresì che «quegli esiti peggiorativi sono [siano] stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile»⁸⁸.

Sembra cioè assistersi a un richiamo della giurisprudenza al principio di «vicinanza della prova» per giustificare l'esenzione del paziente dall'onere di provare, oltre che l'altrui inadempimento, anche il nesso di causalità fra tale condotta e i danni patiti⁸⁹. Circostanza, questa, che finisce per “raddoppiare” il contenuto della prova liberatoria richiesta al medico per andare esente da responsabilità⁹⁰.

Questa tendenza giurisprudenziale ad accordare un *favor* sempre maggiore, in termini di *onus probandi*, al paziente che agisce per il risarcimento del danno ha poi ricevuto l'autorevole avvallo delle Sezioni Unite nel 2008⁹¹. Il

⁸⁸ Così Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, cit.

⁸⁹ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., reputa oggetto di prova liberatoria gravante sul debitore solo la dimostrazione dell'«avvenuto adempimento», e non anche l'individuazione del diverso fattore causale del danno. Come osservato da PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit. 453: «nel richiedere, infatti, che il creditore si limiti ad allegare l'altrui inadempimento non risulta del tutto chiaro quale peso rivesta l'accertamento del nesso di causa tra fatto e danno e su quali spalle debba gravare; ancor più, può non risultare di immediata evidenza neppure quale danno vada posto in connessione causale con l'obbligazione medica inadempita».

⁹⁰ Secondo DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, cit., la giurisprudenza prosegue in un'opera di aggravamento della posizione processuale del medico, sempre più identificato in un «garante della tutela della salute del paziente».

⁹¹ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, 2, 1, 455; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; in *Danno e resp.*, 2008, 788, con note di VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, e di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*. Il caso di specie, famoso nelle cronache del tempo come esempio di “malasanità” per danno da trasfusione di sangue infetto, riguardava un signore che, assumendo di aver contratto l'epatite C a causa delle trasfusioni praticategli in occasione di un intervento chirurgico, citava in giudizio il medico operante e la casa di cura privata al fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti. La Corte di Cassazione era chiamata a pronunciarsi, oltre che sulla natura della responsabilità dei sanitari, sull'allocatione della prova del nesso di causalità fra trasfusione di sangue e infezione da epatite C. Occorreva, cioè, stabilire se incombesse o meno al paziente dimostrare di non essere già affetto da epatite al momento del ricovero.

riferimento al principio di «vicinanza della prova», già utilizzato in rapporto alla prova dell'assenza di colpa risulta infatti invocato anche in rapporto al nesso di causalità. Ciò sul rilievo che, in linea generale, è più agevole per il professionista dimostrare l'esatto adempimento o la non imputabilità a sé di un eventuale inadempimento, ma anche la presenza di una patologia medica pregressa.

In effetti, nella maggior parte dei casi, la presenza di malattie pregresse, ancorché non note al paziente, dovrebbe emergere chiaramente dai risultati degli esami routinari cui quest'ultimo è sottoposto prima di qualsiasi intervento chirurgico o trasfusione; risultati prontamente riportati sulla cartella clinica⁹².

Conseguentemente, la soluzione di addossare al medico, in quanto soggetto avente specifiche conoscenze tecnico-scientifiche, anche la dimostrazione del nesso di causalità che ha determinato – per ragioni diverse da quelle allegare dal paziente – l'insorgere dell'evento dannoso, sembra fondarsi su condivisibili ragioni di giustizia sostanziale⁹³. Tuttavia, com'è stato osservato, tale soluzione sembra avvicinare il settore della responsabilità medica alla disciplina della responsabilità oggettiva; il che, non può talvolta rivelarsi iniquo⁹⁴.

⁹² A fondamento della soluzione secondo cui non va posto a carico del paziente (creditore) la prova di non essere al momento del ricovero già affetto da epatite, le Sezioni Unite osservano che: «Tale dato relativo alle patologie in corso doveva già emergere dai dati anamnestici prossimi e dagli accertamenti ematici di laboratorio, cui il paziente doveva essere sottoposto prima dell'intervento chirurgico e della trasfusione; dati che dovevano essere riportati sulla cartella clinica. A riguardo va condiviso l'orientamento giurisprudenziale [...] secondo cui la difettosa tenuta della cartella clinica naturalmente non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici e la patologia accertata, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato». Sul profilo della ripartizione dell'onere della prova in caso di incompleta o imperfetta compilazione della cartella clinica, v. *infra*, nota n. 104.

⁹³ DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza della prova" e il riparto dell'onere probatorio*, nota a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 e Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 582, in *Resp. civ.*, 2008, 698-702, sottolinea come attraverso tali pronunce le Sezioni Unite abbiano definitivamente sancito il principio di vicinanza della prova al fine di garantire un giusto processo in condizioni di parità fra i contendenti, secondo il dettato dell'art. 111 Cost.

⁹⁴ Ad esempio, nei casi di *routine*, ove è più alta l'aspettativa che il sanitario agisca con la diligenza del debitore qualificato, aumenta il rischio di un'eccessiva oggettivazione della responsabilità medica. Ciò in ragione del fatto che per condannarlo al risarcimento sono sufficienti il criterio di mera probabilità scientifica (fra la condotta illecita e l'evento) e quello della vicinanza della prova. Cfr. Cass. 20 aprile 2012, n. 6275, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1134, con nota di

A tal proposito, occorre considerare che il paziente può anzitutto colmare le proprie lacune tecnico-scientifiche munendosi di esperti del settore in qualità di consulenti di parte. In alcune ipotesi, poi, la prova può persino risultare più agevole per il paziente, rientrando nella sfera di disponibilità di questi⁹⁵.

Si pensi, ad esempio, ai casi di responsabilità per omessa diagnosi prenatale. In simili controversie, come noto, oggetto di prova sono sia il fatto che la madre, ove informata tempestivamente, avrebbe potuto interrompere la gravidanza, sia il fatto che questa avrebbe effettivamente preso una scelta del genere. Ebbene, come recentemente chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, l'onere di tale prova deve gravare sulla madre, anche se il medico non ha contestato le circostanze da lei allegate; ciò in quanto «la “non contestazione” non può reputarsi estranea all'orbita del principio di vicinanza della prova»⁹⁶.

Pertanto, se in linea generale il ricorso al principio di «vicinanza della prova» può rappresentare un utile correttivo volto a fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata del disposto di cui all'art. 2697 c.c., lo stesso va poi misurato ed adeguato al contesto del singolo caso concreto⁹⁷.

MUSSI, *Quando il criterio della sufficiente probabilità scientifica diventa l'unico indice (presuntivo) della colpa*.

⁹⁵ Come evidenziato da ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 297 ss., spec. 315, in alcuni casi la prova può risultare molto più facile per il paziente che «manifesta i sintomi, conosce il proprio stile di vita; ha posto in essere le eventuali condotte autolesive; sa, o dovrebbe sapere, tutta la propria storia clinica; è al corrente di episodi di familiarità».

⁹⁶ Così Cass. 10 dicembre 2013, n. 27528, in *Giur. it.*, 2014, 1578, con nota di COPPO, *La prova del nesso nei giudizi per omessa diagnosi prenatale*. Nel caso di specie, un medico dissuadeva una donna dal sottoporsi ad amniocentesi al fine di accertare eventuali malformazioni genetiche del feto e suggeriva di espletare (semplici) prelievi di sangue, garantendone la sicurezza dei risultati senza rischio di aborto. Il bambino nasceva affetto da sindrome di Down; i genitori chiedevano il risarcimento del danno non avendo il sanitario adempiuto al proprio dovere di esatta informazione, ledendo il diritto della madre all'interruzione della gravidanza. In tale occasione, la Suprema Corte specifica che la mera richiesta di accertamenti diagnostici ha carattere di semplice presunzione, non sufficiente, dunque, a corroborare la convinzione che la gravidanza sarebbe stata sicuramente interrotta qualora non ci fosse stato un difetto di informazione da parte del medico. In tal senso, per il principio di vicinanza della prova, sarà la donna (creditore) a dover integrare con ulteriori elementi probatori il contenuto della presunzione semplice.

⁹⁷ Osserva NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, 177 ss.: «È vero che ad un riparto dell'onere della prova alternativo rispetto all'art. 2697 c.c. siamo già arrivati in merito all'elemento soggettivo. Ma, appunto per questo, è il caso di domandarsi se sia stato opportuno estendere anche al nesso

La possibilità per le parti di invocare il diritto alla prova in forza dell'art. 24 Cost. risulta così circoscritta ai casi di «impossibilità o quasi impossibilità» di prova, restando invece esclusi quelli di semplice «difficoltà o maggior facilità»⁹⁸. Concetti, questi, fortemente indefiniti, dietro i quali si cela il rischio di eccessive aperture alla discrezionalità del giudice, senza dubbio in contrasto con il principio di certezza del diritto⁹⁹.

Occorre però segnalare che il quadro tracciato è stato oggetto di un forte ripensamento attraverso la c.d. riforma Gelli. In base al disposto di cui al c. 3 dell'art. 7 della l. 8 marzo 2017, n. 24, «l'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente»¹⁰⁰.

A seguito dell'introduzione di tale disposizione, infatti, sembra essere stata ribaltata quell'ultraventennale lettura della responsabilità medica come di tipo contrattuale. L'intento del legislatore è evidentemente quello di ricondurre nell'alveo dell'illecito aquiliano, con tutte le conseguenze che ne derivano in

eziologico l'approccio oggi prevalente [...]).

⁹⁸ Come precisa Corte cost. 21 aprile 2000, n. 114, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 197, con nota di MENDOLIA, sul piano del riparto probatorio, l'art. 24 Cost. «connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo (eccessivamente) difficile l'esercizio».

⁹⁹ Cfr. SAPONE, *Inesatto adempimento e riparto dell'onere probatorio: tra vicinanza della prova e presunzione di persistenza del diritto*, in *Giur. merito*, 2007, 971 e BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, cit., 83, secondo il quale «porre il criterio della vicinanza della prova a strumento principale della ripartizione degli oneri probatori comporta il rischio dell'incertezza del giudizio».

¹⁰⁰ L'art. 7 della l. 8 marzo 2017, n. 24, rubricato «Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria», così recita: «1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose. 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina. 3. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge».

termini di prescrizione e onere della prova, tutte quelle fattispecie in cui manchi un rapporto negoziale fra le parti¹⁰¹.

È inoltre interessante osservare che l'obiettivo della riforma non pare tanto quello di aggravare la posizione del paziente-danneggiato, tenuto a dimostrare, ai fini risarcitori, anche la sussistenza dell'elemento soggettivo, e cioè la colpa medica¹⁰². Il fine effettivamente perseguito sembra quello di determinare quanto più possibile lo spostamento del rischio, e la sua assicurabilità, su ospedale e casa di cura; dunque, su soggetti che continuano a rispondere contrattualmente anche delle condotte e delle omissioni dei loro ausiliari.

Detto questo, occorre però ricordare che ciascuna disposizione deve allinearsi ai principi generali dell'ordinamento, compresi quelli costituzionali. In tale prospettiva, posto che la vicinanza della prova sembra ormai aver assunto il ruolo di criterio ordinante del sistema, è già stata proposta una lettura dell'art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24, che tenga realisticamente conto delle concrete possibilità per l'una e per l'altra parte di raccogliere le prove da produrre in giudizio¹⁰³. Così, a titolo esemplificativo, nel caso di cartelle mediche non facilmente decifrabili o incomplete, si è ritenuto ingiusto gravare il paziente del rischio della mancata prova di fatti la cui dimostrazione risulta difficile per un comportamento ascrivibile al responsabile contro il quale il fatto da provare è invocato¹⁰⁴.

¹⁰¹ Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni (art. 2947 c.c.); l'azione risarcitoria contrattuale è invece soggetta al termine di prescrizione ordinario decennale (art. 2946 c.c.).

¹⁰² In altri termini, pare ripristinato l'ordine a lungo invertito dalla Cassazione per ragioni di politica del diritto e di giustizia sostanziale. La più recente riforma sembra infatti portare a compimento il tentativo intrapreso con la c.d. legge Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con l. n. 8 novembre 2012, n. 189) di attrarre la responsabilità del sanitario nell'orbita dell'art. 2043 c.c., ferma invece la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, pubblica o privata. La logica perseguita pare quella della concentrazione delle richieste risarcitorie in capo alle strutture sanitarie che possono facilmente limitare gli effetti negativi di eventuali condanne sottoscrivendo preventivamente un apposito contratto di assicurazione in tal senso.

¹⁰³ Cfr. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 453 ss., spec. 478.

¹⁰⁴ Per Cass. 8 novembre 2016, n. 22639 (conforme a Cass. 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Mass. Foro it.*, 2011, 116; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2970 e Cass. 13 settembre 2000, n. 12103, in *Dir. e Giust.*, 2000, n. 34, 33) la difettosa tenuta della cartella clinica non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico fra la colposa condotta del medico e le conseguenze dannose sofferte dal paziente, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a

In tale prospettiva, è stato allora affermato che la c.d. riforma Gelli ha solo in apparenza determinato un aggravamento dell'onere probatorio in capo al paziente, posto che, in ragione del criterio della vicinanza della prova, in nessun caso la dimostrazione dell'imperizia professionale potrebbe rientrare fra gli elementi costitutivi dell'azione di responsabilità proponibile dal danneggiato¹⁰⁵.

(b) Un altro settore in cui il l'utilizzo giurisprudenziale del criterio della vicinanza della prova si manifesta in modo piuttosto marcato è quello del lavoro. Lì, tale criterio è soprattutto utilizzato per addossare la prova del "requisito occupazionale" al datore di lavoro convenuto dal lavoratore che fa valere l'illegittimità del licenziamento.

Come noto, ai sensi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, il licenziamento c.d. disciplinare è valido solo se avviene per «giusta causa» – cioè quando si verifica una circostanza così grave da non consentire la prosecuzione, nemmeno provvisoria, del rapporto di lavoro – ovvero per «giustificato motivo soggettivo» – ossia in caso di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore¹⁰⁶. In assenza di tali presupposti, il lavoratore illegittimamente licenziato ha diritto a fare ricorso per ottenere la reintegrazione

provocare il danno, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, assumendo rilievo, al riguardo, il criterio della «vicinanza alla prova», cioè dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. Sul punto, v. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria* (l. 8 marzo 2017, n. 24), cit., e OCCORSIO, *Cartella clinica e vicinanza della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1129.

¹⁰⁵ Cfr. ancora CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria* (l. 8 marzo 2017, n. 24), cit., 479.

¹⁰⁶ Il testo dell'art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300 è stato oggetto di riforma da parte della l. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. riforma Fornero). Fino al 2012, il giudice, una volta riconosciuta l'illegittimità dell'atto di licenziamento, era obbligato a ordinare la reintegrazione del ricorrente nel medesimo posto di lavoro, oltre il risarcimento commisurato all'entità degli stipendi non percepiti. In alternativa, il dipendente poteva accettare un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultimo stipendio oppure un'indennità crescente con l'anzianità di servizio. Con la riforma, si supera l'automatismo fra licenziamento illegittimo e reintegrazione del lavoratore, distinguendo tre tipi di licenziamento: a) discriminatorio, ossia determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza a un sindacato, dal sesso, dall'età, dall'appartenenza etnica o dall'orientamento sessuale; b) disciplinare, cioè motivato dal comportamento del lavoratore; c) economico, ossia giustificato da ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa. Per un dettagliato quadro della disciplina del licenziamento sia sotto la vigenza del "vecchio" art. 18, St. lav. che della normativa *post* riforma Fornero, v. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in *Tratt. Persiani-Carinci*, Milano, 2017, *passim*.

nel posto di lavoro e il risarcimento degli stipendi non pagati. Questa tutela reale è però circoscritta dallo stesso dato normativo alle imprese che occupano almeno quindici dipendenti (cinque, ove si tratti di imprese agricole)¹⁰⁷.

Costituendo nelle ipotesi di licenziamento illegittimo la prova del requisito dimensionale il *discrimen* fra il diritto del lavoratore a ottenere la reintegrazione (oltre il risarcimento del danno) e, viceversa, quello a vedersi corrispondere un'mera indennità pecuniaria, emerge chiaramente l'importanza che la questione dell'attribuzione del relativo onere acquista nello scenario del processo.

A tale questione, la giurisprudenza ha nel corso degli anni offerto soluzioni differenti.

Secondo l'orientamento a lungo prevalente, peraltro confermato da una pronuncia delle Sezioni Unite della fine degli anni '80, spettava al lavoratore-attore dimostrare che le dimensioni dell'impresa superassero le soglie occupazionali previste dall'art. 18, St. lav.¹⁰⁸. Ciò in quanto si ravvisava nel requisito dimensionale un elemento costitutivo del diritto alla reintegrazione dedotto in giudizio, la cui prova, in applicazione dell'art. 2697, c. 1, c.c., non poteva che gravare sull'attore¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Il c. 8 dell'art. 18, St. lav., limita l'applicazione delle disposizioni contenute nei commi precedenti (cc. 4-7) «al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori, o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti, o all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti».

¹⁰⁸ Cass., sez. un., 4 marzo 1988, n. 2249, in *Foro it.*, 1989, I, 840, con nota di MASSETANI, *Note in tema di impugnazione del licenziamento*; in *Giust. civ.*, 1988, I, 987.

¹⁰⁹ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. un., 18 maggio 1994, n. 4844, in *Foro it.*, 1994, I, 2076 ss., con nota di MAZZOTTA, *La terra è piatta? Forse... (A proposito di licenziamento disciplinare illegittimo e sanzioni conseguenti)*; Cass. 1 ottobre 1997, n. 9606, in *Dir. e lav.*, 1998, 472; Cass. 22 novembre 1999, n. 12926, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, 633, con nota di GRANATA, *Organizzazione di tendenza, contratto di lavoro subordinato e licenziamento individuale: il caso del telefono Azzurro*; Cass. 10 novembre 1999, n. 12492, in *Dir. e lav.*, 2000, 160, con nota di MUGGIA, *Società collegate e onere probatorio sulle dimensioni dell'impresa: il formalismo come unico criterio interpretativo*. V. altresì Cass. 1 settembre 2003, n. 12747, in *Dir. e prat. lav.*, 2004, 288, secondo cui, ferma sempre l'imposizione al lavoratore dell'onere di provare i requisiti dimensionali dell'azienda, «il giudice può tuttavia ritenere provata la sussistenza di tale requisito

Un indirizzo opposto riteneva, invece, che i fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività fossero esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità del licenziamento. Le dimensioni dell'impresa, inferiori ai limiti dell'art. 18, St. lav., insieme al giustificato motivo del licenziamento, costituivano, cioè, circostanze impeditive del diritto soggettivo dedotto in giudizio; pertanto, onere a carico del datore di lavoro-convenuto¹¹⁰.

L'acceso contrasto giurisprudenziale è stato risolto, nel 2006, dalle Sezioni Unite in favore dell'indirizzo minoritario¹¹¹. La Suprema Corte ha stabilito se il lavoratore chiede la reintegrazione nel posto di lavoro, spetta al datore di lavoro che intende evitare tale effetto provare l'inesistenza delle soglie dimensionali fissate dalla norma statutaria.

Tale conclusione si fonda essenzialmente su due argomenti: da un lato, il fatto che nel diritto del lavoro la tutela in forma specifica (ossia la reintegrazione) costituisce la regola e la tutela per equivalente (cioè la mera indennità pecuniaria) l'eccezione; dall'altro svolge un ruolo di assoluto rilievo il principio di vicinanza della prova¹¹².

sulla sola base del rifiuto del datore di lavoro di ottemperare all'ordine di esibizione del libro matricola»; e Cass. 19 gennaio 2005, n. 996, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Lavoro* (rapporto), n. 27, secondo cui il requisito dimensionale si può ritenere provato in caso di mancata contestazione da parte del datore di lavoro.

¹¹⁰ Cfr., ad es., Cass. 22 gennaio 1999, n. 613, in *Dir. lav.*, 1999, 675, con nota di FERRERI, *Requisito dimensionale e onere della prova*; Cass. 17 maggio 2002, n. 7227, in *Giur. it.*, 2003, 456, con nota di MIRANDA, *Licenziamenti individuali ed onere della prova sul requisito dimensionale dell'impresa*.

¹¹¹ V. Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, 704, con nota di PROTO PISANI, *La prova del "requisito dimensionale" ex art. 18 l. 300/70: un "grand arret" delle Sezioni Unite*; in *Riv. dir. lav.*, 2006, II, 440, con nota di VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*, e, *ivi*, 2007, II, 215, con nota di CANNATI, *Sul lavoratore non grava l'onere della prova circa l'esistenza del requisito dimensionale previsto dall'art. 18 St. lav.* Conformi: Cass. 22 marzo 2010, n. 6846 e Cass. 7 maggio 2013, n. 10554.

¹¹² Osserva criticamente CANNATI, *Sul lavoratore non grava l'onere della prova circa l'esistenza del requisito dimensionale previsto dall'art. 18 St. lav.*, cit., che seppur il ragionamento seguito dalle Sezioni Unite a prima vista sembri corretto, a un'attenta lettura emergono delle perplessità. In particolare, secondo l'A., la Suprema Corte non spiega perché il carattere generale della tutela specifica e quello eccezionale della tutela per equivalente sarebbero in grado di riflettersi sulla distribuzione del carico probatorio.

Precisano infatti gli Ermellini che «il criterio di distribuzione dell'onere della prova basato sulla vicinanza o disponibilità dei relativi strumenti», ormai protagonista di un'opera di progressiva valorizzazione sul piano generale, «tanto più deve valere quando trattasi del “requisito occupazionale”, vale a dire della forza-lavoro dell'impresa, risultante non soltanto dal numero degli occupati ma anche ed eventualmente dal loro *status* nell'impresa, o anche personale»¹¹³.

Posto che il lavoratore, a differenza del datore di lavoro, è privo della disponibilità dei dati idonei a provare il numero dei lavoratori occupati nell'impresa, porre a carico di costui il relativo *onus probandi* avrebbe l'effetto di rendere troppo difficile l'esercizio del diritto, o, in altri termini, di precludere l'ottenimento della tutela reale.

A seguito di tale pronuncia, il compito probatorio datoriale risulta, dunque, ulteriormente ampliato. È infatti bene ricordare che già prima della sentenza in esame, in forza dell'art. 5 della l. 15 luglio 1966, n. 604, nel giudizio inerente la legittimità del provvedimento espulsivo, gravava sul datore di lavoro dimostrare la sussistenza di una «giusta causa» o di un «giustificato motivo di licenziamento»¹¹⁴. A ciò si aggiunga il rilievo che in ragione del valore particolarmente ampio da sempre attribuito al principio della non contestazione nell'ambito del processo del lavoro, risulta quanto mai opportuno che il datore di lavoro non rimanga inerte di fronte all'eventuale richiesta di reintegrazione formulata da controparte¹¹⁵.

¹¹³ Così, Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

¹¹⁴ L'art. 5 della l. 15 luglio 1966, n. 604 (Norme sui licenziamenti individuali) è rimasta immune alle modifiche apportate dalla l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro), continuando pertanto a prevedere che: «L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro».

¹¹⁵ L'art. 416, c. 3, c.p.c. recita: «Nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare». Il convenuto deve, dunque, sin da subito contestare in modo preciso, puntuale e non generico i fatti affermati dall'attore. Ciò in quanto la non contestazione dei fatti esonera parte ricorrente dal fornire prova di quanto asserito in ricorso. Si noti che, secondo l'orientamento dominante, la contestazione generica equivale a mancata contestazione; cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, pubblicata in *Foro it.*, 2002, I, 2019,

Questa breve analisi dell'orientamento giurisprudenziale dominante in ambito lavoristico sembra indice di una sempre più diffusa tendenza degli interpreti a utilizzare il criterio della (maggiore) vicinanza della prova nella ricostruzione della fattispecie sostanziale e nella conseguente ripartizione dell'onere della prova¹¹⁶. Una tendenza, questa, finalizzata a riequilibrare situazioni sperequale, in una prospettiva di tutela della parte debole del rapporto, tanto da un punto di vista processuale che sostanziale.

A onor del vero, bisogna però ammettere che il campo di applicazione dell'art. 18, St. Lav. ha subito una notevole restrizione a seguito della recente introduzione del contratto a tutele crescenti a opera del c.d. *Jobs Act*¹¹⁷. Attualmente, infatti, le tutele previste dalla norma in esame sono invocabili soltanto per i rapporti di lavoro instaurati prima del 7 marzo 2015 (ovviamente a condizione che sussistano i requisiti dimensionali previsti dalla legge). Per tutti gli altri rapporti trova invece applicazione la disciplina del contratto a tutele crescenti, contenuta nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23¹¹⁸.

(c) Quanto all'ipotesi di danno da prodotto difettoso, esaminata nel capitolo precedente, è opportuno ricordare la progressiva tendenza, anche in tale

con nota di CEA, *Il principio della non contestazione al vaglio delle sezioni unite*; e con massima riprodotta in *Foro it.*, 2003, I, 604, con nota di PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*.

¹¹⁶ Sempre in materia di lavoro, v. Cass., sez. lav., 25 luglio 2008, n. 20484, in *Guida Dir.*, 2008, 39, 74, ove in una causa in cui il dipendente di una banca chiedeva il riconoscimento del premio di produttività, la Corte ha affermato che la «ripartizione dell'onere della prova tra lavoratore, titolare del credito, e datore di lavoro, deve tenere conto, oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio [...] della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova». Essendo evidente che gli elementi di competitività di cui le imprese dispongono, nonché i risultati economici legati all'andamento dell'impresa possono essere noti all'imprenditore, e non anche al lavoratore; ne deriva che il primo dev'essere onerato della prova negativa. Ciò in quanto, precisa la Corte, la copertura costituzione di cui gode il diritto di agire in giudizio a tutela delle proprie posizioni soggettive impone di non interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio.

¹¹⁷ D.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

¹¹⁸ La disciplina del contratto a tutele crescenti si applica anche ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 quando, in conseguenza di nuove assunzioni, il datore di lavoro raggiunga le soglie dimensionali previste dall'art. 18, St. lav., (ovvero l'unità produttiva arrivi a contare più di quindici lavoratori, o più di cinque in caso di impresa agricola, o i dipendenti totali diventino più di sessanta) dopo l'entrata in vigore del c.d. *Jobs Act*. In tema, v. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in *Tratt. Persiani-Carinci*, cit., 1016 ss.

settore, ad assicurare un certo equilibrio tra soggetti che si trovano in posizioni diseguali: forte quella del professionista; debole quella del consumatore. L'art. 120, c. 1, c. cons. – come visto – impone al danneggiato, per ottenere il risarcimento, l'onere di dimostrare, oltre al danno e al nesso causale, la *certezza* del difetto durante l'uso. Ai sensi del c. 2 della citata disposizione, invece, per sottrarsi a responsabilità al produttore basta dimostrare la mera *probabilità* dell'inesistenza del difetto al momento della messa in circolazione del prodotto.

In un'ottica di riequilibrio volta a facilitare la posizione processuale del consumatore, la giurisprudenza di legittimità ha allora ritenuto sufficiente che questi, per ottenere il risarcimento, dimostri che il difetto causativo del danno emerge dall'anomalia dei risultati conseguiti con l'utilizzazione¹¹⁹.

In conclusione, l'analisi condotta sembra confermare una crescente sensibilità della giurisprudenza nei confronti delle concrete possibilità per le parti di provare i fatti di causa, specie nei casi in cui la posizione dei contendenti non risulti paritaria. Una tendenza, questa, sulla cui base pare possibile affermare che il principio della vicinanza della prova, pur in assenza di un espresso riconoscimento normativo, ha assunto valore di criterio ordinante del sistema.

5. Azioni di accertamento negativo e riparto probatorio

Come noto, sono denominate di «accertamento negativo» quelle azioni finalizzate a far dichiarare che il convenuto non è titolare del diritto che asserisce di vantare. La questione del riparto dell'onere della prova nell'ambito di tali

¹¹⁹ Cfr. Cass. 15 marzo 2007, n. 6007, in *Resp. civ.*, 2007, 815 ss., con nota di TUOZZO; e Cass. 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Corr. giur.*, 2008, 811, con nota di DI PALMA, *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability*, e in *Foro it.*, 2008, I, 98, secondo cui spetta al danneggiato, che invochi il regime di responsabilità per danno da prodotto difettoso, provare che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative e tali da evidenziare la sussistenza di un difetto, nonché il danno subito e la connessione causale fra questo e il difetto riscontrato; mentre il produttore, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare che il difetto *probabilmente* non esisteva ancora al momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

azioni costituisce oggetto di un dibattito risalente e tuttora irrisolto. Al fine di meglio analizzare le diverse tesi dottrinali prospettate al riguardo, è utile ricordare quale sia il rapporto tra prova e fatti negativi.

Secondo l'interpretazione tradizionale, la formula latina «*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*» andava intesa nel senso che non era possibile dare – e quindi esigere – la prova dei fatti negativi¹²⁰. L'effetto che ne deriva era, cioè, un'inversione *tout court* dell'onere della prova a vantaggio dell'attore¹²¹.

Tale lettura risulta da tempo abbandonata. Del resto, a “smentirla” pare già sufficiente il dato testuale. «*Qui dicit*», infatti, non vuol dire «chi afferma un fatto positivo», ma solo «chi afferma un fatto (qualsiasi)»; e, analogamente, «*qui negat*» non equivale a dire «chi allega un fatto negativo», ma semplicemente «chi nega o conferma quanto afferma l'avversario»¹²². In altri termini, la caratterizzazione positiva o negativa dell'elemento sembra dipendere dall'atteggiamento della parte, non dal fatto affermato¹²³.

Alla luce di tale considerazione, la “corretta” interpretazione del passo – e, più ampiamente, la soluzione del problema in esame – pare la seguente: «la prova spetta a chi afferma un fatto (positivo o negativo), non a chi lo contesta»¹²⁴. Un'opinione, questa, ampiamente condivisa dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, si mostra favorevole ad attribuire all'attore la prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio (anche se negativi) ed al convenuto quello di dimostrare l'inesistenza delle condizioni negative; dei fatti, cioè, idonei a impedire la nascita

¹²⁰ D. 22, 3, 2, *Paulus libro sexagesimo nono ad edictum*.

¹²¹ Cfr., per tutti, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 783 ss.

¹²² Il riferimento è a PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti. Diritto romano*, Camerino, 1985, 216.

¹²³ Dall'erroneità dell'interpretazione della massima latina nel senso dell'impossibilità di dare la prova dei fatti negativi, ne deriva che i successivi brocardi medievali professati nelle scuole di diritto comune – «*adfirmanti non neganti incumbit probatio*» e «*negativa non sunt probanda*» – rappresentano null'altro che infedeli parafrasi della prima.

¹²⁴ La formula del Digesto testimonia la tendenza degli antichi giuristi romani a unire quelli che per noi moderni sono l'onere della prova e l'onere dell'affermazione (o allegazione), facendoli coincidere in quest'ultimo.

e il perdurare del diritto vantato. Ciò sul rilievo che la prova dei fatti negativi ben può essere fornita mediante la dimostrazione del fatto positivo contrario¹²⁵.

In aggiunta a quello letterale, due gli argomenti a sostegno dell'impossibilità di interpretare la massima pauliana nel senso di escludere la possibilità di provare fatti negativi.

In primo luogo, come rilevato da autorevole dottrina, in molti casi non si saprebbe come applicare il brocardo, in quanto ogni affermazione, capovolgendo l'angolo visuale, è al contempo una negazione. Ne conseguirebbe l'impossibilità di individuare in modo certo «chi afferma e chi nega; chi deve provare e chi no»¹²⁶.

¹²⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. 6 dicembre 1972, n. 3515, in *Foro it.*, 1973, I, 2163; Cass. 22 ottobre 1976, n. 3741, in *Arch. civ.*, 1977, 293, secondo cui: «La prova dei fatti negativi, quando sia desumibile da uno specifico e positivo fatto contrario, deve essere data attraverso la dimostrazione di quest'ultimo, poiché la negatività del fatto non esclude né inverte l'onere della prova»; Cass. 27 giugno 1978, n. 3169, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1313, con nota di ALVINO; Cass. 28 aprile 1981, n. 2586, in *Giur. it.*, 1982, I, 560; Cass. 15 giugno 1982, n. 3664, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Prova civile in genere*, n. 5; Cass. 10 marzo 1986, n. 1614, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 598, con nota di DONDI, secondo cui: «L'onere della prova dei fatti costitutivi, modificativi ed estintivi del diritto grava sul soggetto che faccia valere il diritto stesso, o ne eccepisca modificazione, impedimento, estinzione, anche se tali fatti siano negativi, poiché la negatività determina non l'inversione dell'onere della prova, ma l'onere di fornire contro prova dei fatti positivi [...]. Non vanno confuse, in altri termini, due distinte ipotesi: quella ricorrente nella specie, relativa alla prova dell'esistenza dei fatti costitutivi del diritto fatto valere, anche se negativi; e quella, che probabilmente fuorvia l'attenzione dei ricorrenti, relativa alla prova dell'inesistenza di condizioni negative, cioè di fatti idonei ad impedire la nascita o il perdurare del diritto vantato. Mentre quest'ultima spetta, senza dubbio, al soggetto passivo della pretesa, l'altra incombe sull'attore». V. altresì, più di recente, Cass. 25 maggio 2000, n. 6878, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Agricoltura*, n. 125 e Cass. 13 giugno 2013, n. 14854, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Procedimento civile*, n. 215. In dottrina, v. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., il quale afferma che: «mentre con la semplice negativa *facti* (la mera *infittatio*) si riconferma il principio romano per il quale l'attore ha l'onere di provare ciò che avanza, con le negative *juris* e *qualitatis* invece ci si riferisce alla forma negativa e positiva delle affermazioni», nonché PATTI, *Delle prove*, Art. 2697-2739, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2015, 79 il quale dopo aver confermato che la prova dei fatti negativi deve essere fornita mediante quella dei fatti positivi contrari, precisa che la formula «prova del fatto negativo» non coincide con la prova di affermazioni di fattispecie contenenti una negazione, trattandosi di realtà molto diverse.

¹²⁶ Il riferimento è a CHIOVENDA, *ult. op. cit.*, 785, il quale chiarisce che: «Di solito ogni affermazione è insieme una negazione: quando si attribuisce a una cosa un predicato, si negano tutti i predicati contrari o diversi di quella cosa. In caso di predicati contrari ciò è evidentissimo: chi dice mobile, dice non immobile; chi dice schiavo, dice non libero; chi dice maggiorenne dice non minorenni. In tutti questi casi non vi sarebbe modo di sapere chi afferma e chi nega, chi deve provare e chi no».

In secondo luogo, la necessità di una diversa lettura della massima in questione, si è osservato, risulterebbe evidente nei casi in cui la domanda si basa su un fatto negativo¹²⁷. In effetti, rappresentando la circostanza negativa il fondamento – dunque il fatto costitutivo della domanda attorea – sembrerebbe conforme al principio dell'*onus probandi* che la relativa dimostrazione gravasse sull'attore¹²⁸.

Fatta questa premessa in relazione alla prova del fatto negativo, è possibile tornare ad affrontare il problema della distribuzione dell'onere della prova nell'ambito delle azioni di accertamento negativo. L'analisi sarà volta a verificare se in rapporto a tali azioni l'opinione dottrinale e giurisprudenziale dominante risulti davvero soddisfacente; oppure se, viceversa, paiono auspicabili cambiamenti di rotta improntati alla realizzazione di esigenze di giustizia sostanziale, in un ottica di bilanciamento di interessi e di vicinanza della prova.

Nell'esame della questione, pare anzitutto opportuno ricordare che nel nostro ordinamento non sembrano esistere temi fissi di prova, formandosi questi solo in relazione alla concreta pretesa fatta valere in giudizio¹²⁹. In altri termini, il problema del riparto del carico probatorio pare dipendere dalla posizione occupata dalla parte rispetto all'effetto giuridico richiesto; dunque dall'interesse ad agire¹³⁰.

Ebbene, con riferimento alle azioni di accertamento può dirsi che si riscontra una sovrapposizione fra interesse sostanziale a un certo risultato e interesse processuale a conseguirlo per mezzo del processo; il primo esiste in

¹²⁷ Si pensi alle numerose ipotesi di prova di fatti negativi previste dalla legge in materia di responsabilità extracontrattuale, negli artt. 2047 ss. c.c. Ai sensi dell'art. 2048, ultimo c., c.c., ad es., i genitori sono liberati dalla responsabilità per il fatto illecito dei figli minori «soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto». Invero, in tale ipotesi la prova dei fatti positivi (contrari) con riferimento al momento dell'illecito (sorveglianza) dovrebbe essere sufficiente a scagionare i genitori. La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, rende più difficile la posizione dei genitori stabilendo che spetti loro dimostrare, oltre alla mancanza di *cupla in vigilando*, anche l'assenza di *cupla in educando*. Per la delimitazione dell'oggetto di prova liberatoria di cui all'art. 2048, c. 3, c.c.; v., ad es., Cass. 28 marzo 2001, n. 4481, in *Famiglia*, 2001, 1171 ss.

¹²⁸ Cfr. nuovamente CHIOVENDA, *ult. op. cit.*, 786.

¹²⁹ V. MICHELI, *ult. op. cit.*, 369 ss., spec. 386.

¹³⁰ Scrive l'A. di cui alla nota precedente, 388: «non è da dimenticare che la regola di giudizio va intesa tenendo presente che essa esplica i suoi effetti nel processo, e che quindi va collegata con l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.)».

quanto esiste il secondo¹³¹. La situazione giuridica sostanziale dedotta nel giudizio di accertamento risulterebbe, invero, compromessa se non vi fosse un processo in cui sia possibile confermare l'esistenza di una disciplina giuridica (sostanziale) già esistente a proprio favore.

Del resto, il *petitum* di tali azioni, stante la loro natura meramente dichiarativa, è rappresentato esclusivamente dalla richiesta di una pronuncia di accertamento "mero", circa l'esistenza o l'inesistenza di un diritto non proprio, ma altrui¹³². Una circostanza, questa, che sembra alla base di un certo scetticismo dottrinale nei confronti dell'ammissione di un'azione generale di accertamento negativo, per il timore che ciò possa comportare la reintroduzione, in epoca moderna, delle c.d. *provocationes ad agendum*¹³³.

In ogni caso, riguardo la problematica della distribuzione dell'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo, occorre evidenziare la seria difficoltà

¹³¹ Cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 519 ss.

¹³² Azioni di accertamento negativo sono, ad esempio: l'azione negatoria (art. 949 c.c.); l'azione di simulazione (art. 1414 c.c.); l'azione di nullità (art. 1418 c.c.); l'istanza di verifica di scrittura privata e la querela di falso (rispettivamente artt. 216 e 221 c.p.c.).

¹³³ V., per tutti, CHIOVENDA, voce *Azione di mero accertamento*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1937, ora edita in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, 51 ss., spec. 55. Sulla questione dell'ammissibilità delle azioni di accertamento negativo, si osserva che solo l'attività costitutiva è assoggettata a riserva di legge, mentre (diversamente), ex artt. 24 Cost. e 2907 c.c., la tutela giurisdizionale è in genere rimessa all'attività creativa della giurisprudenza; ne conseguirebbe, dunque, l'ammissione delle azioni di accertamento atipico (cfr. VERDE, *ult. op. cit.*, 510). Si noti, peraltro, che l'art. 2907 c.c., fa semplicemente riferimento alla «domanda di parte», e non alla «domanda del titolare del diritto». In senso contrario, tuttavia, potrebbe replicarsi che il dato testuale dell'art. 24 Cost., riferendo il diritto di azione a un diritto proprio, parrebbe escludere che l'azione di accertamento negativo possa rientrare nella garanzia del predetto articolo, almeno se isolatamente considerato (cfr. PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 77; *contra*, però, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1992, 172). Infine, si segala che in materia di proprietà industriale, attraverso il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131 (c.d. decreto correttivo al codice della proprietà industriale), è stata espressamente affermata l'ammissibilità delle azioni di accertamento negativo in sede cautelare. Il comma 6-bis dell'art. 120 c.p.c., infatti, prevede che: «le regole di giurisdizione e di competenza contenute in tale norma si applicano alle azioni di accertamento negativo, anche proposte in via cautelare». Pertanto, in sede cautelare sono oggi esercitabili azioni meramente dichiarative, volte ad accertare l'assenza di brevettazione, registrazione o comunque di espresso riconoscimento di un diritto di proprietà industriale. In argomento, ampiamente P. COMOGLIO, *L'accertamento negativo cautelare*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, 295 ss.

di elaborare una teoria capace di salvaguardare tutti i valori in gioco¹³⁴. Se da un lato, infatti, attribuire l'onere primario in capo a colui che agisce pare in un certo qual senso (più) giusto, dall'altro altrettanto apprezzabile può rivelarsi la scelta opposta.

La difficoltà consiste, invero, nel riuscire a trovare il giusto equilibrio fra contrapposti interessi, parimenti meritevoli di tutela. Per un verso, infatti, all'orientamento tradizionale che addossa all'attore l'onere di provare non solo il pregiudizio subito, ma anche l'inesistenza di (tutti) i fatti costitutivi dell'altrui pretesa, bisogna riconoscere il merito di assicurare a pieno il diritto di difesa del convenuto¹³⁵.

Per altro verso, tuttavia, bisogna dare atto che una simile soluzione potrebbe determinare una compressione del diritto (soggettivo) di azione. Ciò in quanto si richiederebbe all'attore in accertamento un *quid pluris* rispetto alla dimostrazione dell'esistenza dei (soli) fatti impeditivi, modificativi o estintivi,

¹³⁴ Sul punto, cfr., per tutti, CARIGLIA, *La ripartizione dell'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 701 ss., spec. 710 ss. V. altresì VERDE, *ult. op. cit.*, 517, il quale ritiene che le difficoltà di costruire un «tipo o modello» di ripartizione dell'onere della prova nelle azioni di accertamento dipende non dall'atipicità delle situazioni sostanziali che possono farvisi valere, quanto dalla particolare natura dell'effetto che si tenta di produrre.

¹³⁵ A sostegno dell'opinione maggioritaria, v. in partic. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1936, 205 ss., il quale giustifica il rigore istruttorio riservato all'attore in accertamento negativo come contrappeso alla generale ammissibilità delle azioni in discorso; e ciò al fine di evitare la reintroduzione dei c.d. giudizi di mera iattanza; e ID., *Principii di diritto processuale civile*, cit., 386 ss., ove afferma che «la regola di giudizio dell'onere della prova tiene conto della struttura del processo civile e, pertanto, essa deve essere interpretata valutando le posizioni di attore e di convenuto, la posizioni delle parti quindi rispetto all'effetto giuridico richiesto. Ciò premesso, non parrà strano che nell'azione di accertamento negativo la prova incomba all'attore in quanto questi chiede al giudice una speciale forma di tutela, onde a lui spetta giustificare il fondamento di tale sua richiesta; nella specie, l'inesistenza di una norma giuridica, la quale garantisca un certo effetto al convenuto»; MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, II, Milano, 1923, 603; MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 457 ss. In senso conforme si esprime anche MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti e oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1064 ss., spec. 1106 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass. 6 agosto 1997, n. 7282, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Prova civile in genere*, n. 7; Cass. 13 dicembre 2004, n. 23229, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1; Cass. 16 giugno 2005, n. 12963, in *Giust. civ.*, 2006, I, 365; Cass. 11 gennaio 2007, n. 384, in *Giust. civ. Mass.*, 1; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3374, *ivi*, 2007, 2; e recentemente Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, ove in un caso di contestazione di testamento olografo, è stato affermato che l'onere della prova della falsità del testamento incombe sull'attore in accertamento negativo.

finendo con il porlo in una posizione peggiore rispetto a quella in cui si troverebbe a fronte dell'applicazione della regola di cui all'art. 2697, c. 2, c.c. Va inoltre ricordato che, sul piano oggettivo, tale soluzione sembra impedire che l'eventuale sentenza di rigetto possa comportare l'accertamento dell'esistenza del diritto vantato dal convenuto¹³⁶.

Per contro, sposare l'opinione minoritaria secondo cui spetta al convenuto (in quanto titolare del diritto contestato) l'allegazione e la prova dei fatti costitutivi del diritto, se avrebbe il vantaggio di garantire la piena attuazione del diritto di azione, avrebbe altresì lo svantaggio di tradursi in una limitazione del diritto di difesa¹³⁷. A ciò si aggiunga il rilievo che detta lettura potrebbe porre alcuni problemi di coordinamento fra l'istituto in esame e la disciplina generale della contumacia, posto che, come noto, la mancata costituzione del convenuto non esenta l'attore dall'assolvimento dell'onere della prova¹³⁸.

¹³⁶ Il rispetto del principio cardine della tutela dichiarativa non consente, infatti, che la dichiarazione giudiziale di esistenza del diritto controverso, derivante dal rigetto nel merito della domanda, possa essere priva di fondamenta sostanziali; sul punto, v. CARIGLIA, *La ripartizione dell'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo*, cit., 728.

¹³⁷ Uno dei principali esponenti della tesi minoritaria è ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, 416 ss., il quale parla di «prova diabolica» soprattutto nell'ipotesi in cui la controversia abbia a oggetto l'accertamento negativo di diritti c.d. autoindividuati. Orientati nel senso che l'attore è onerato della prova dei soli fatti negativi risultano anche SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, 167 ss.; TAVORMINA, *Profili dell'azione di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1015, e L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 309 ss. In giurisprudenza, v. in partic. Cass. 17 luglio 2008, n. 19762, in *Mass. Giur. lav.*, 2009, 362 ss., secondo cui: «Nelle azioni di accertamento negativo, la regola dell'onere della prova contemplata dall'art. 2697 c.c., deve essere applicata in riferimento alla posizione sostanziale delle parti riguardo ai diritti oggetto del giudizio e non al ruolo delle parti quanto all'iniziativa processuale, con la conseguenza che anche in tali fattispecie sono a carico della parte che si afferma titolare del diritto le conseguenze della mancata dimostrazione degli elementi costitutivi della pretesa». V. altresì Cass. 18 febbraio 1985, n. 1391, in *Rep. Foro it.*, voce *Prova civile in genere*, n. 3; Cass. 18 maggio 2010, n. 12108, in *Guida al dir.*, 2010, n. 27; Cass. 10 novembre 2010, n. 22862, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 10, 1182; Cass., 12 dicembre 2014, n. 28158, *ivi*, 2014.

¹³⁸ Il favor nei confronti del convenuto contumace risulta oggi ancora più evidente a fronte del nuovo art. 115 c.p.c., modificato con la l. n. 69 del 2009, che esclude l'applicabilità del principio dell'equiparazione tra mancata contestazione specifica del fatto e prova nelle ipotesi in cui le parti non si siano costituite. Critiche a questo riguardo sono state formulate da BOVE, *La riforma della procedura*, in BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, 199 ss., spec. 44-46; SASSANI, *Commento all'art. 115*, in SALETTI-SASSANI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2009, 66 ss.

Le osservazioni svolte portano, dunque, a interrogarsi se sia preferibile la tesi che valorizza il ruolo processuale assunto dalle parti nella controversia, gravando chi agisce in giudizio dell'onere della prova di *tutti* i fatti a fondamento della propria pretesa – e, dunque, della dimostrazione dell'inesistenza di *tutti* i fatti costitutivi dell'altrui diritto – o, viceversa, se vada privilegiato l'opposto indirizzo che, in considerazione del ruolo sostanziale delle parti, pone l'onere della prova dei fatti costitutivi del diritto in capo a chi “fa valere” – ossia vanta – quel diritto¹³⁹.

Benché si tratti di un quesito difficile, pare (forse) preferibile la seconda soluzione. Ciò, oltre che per le considerazioni già svolte e, in particolare, il rilievo che il convenuto in senso formale è tuttavia attore in senso sostanziale – dunque sarebbe conforme alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c. richiedere a costui di dimostrare il fondamento del diritto controverso – per un'altra fondamentale ragione. Si tratta della circostanza che, seppur non espressamente codificato, nel nostro ordinamento costituisce ormai diritto vivente il principio della «vicinanza della prova», in ossequio al quale la dimostrazione di un fatto giuridico deve incombere sulla parte che si trovi nelle migliori condizioni per fornirla.

Ebbene, tale principio, nell'ottica della realizzazione di esigenze di *policy* sostanziale e della ricerca di *fair solutions*, sembra portare a concludere che in materia di accertamento negativo, spetta al convenuto dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto vantato. In generale, infatti, dovrebbe risultare più facile ed agevole per costui provare *il fatto* che legittima la sua pretesa, anziché per l'attore dimostrare l'inesistenza di *tutti i fatti* virtualmente invocabili dal convenuto per contestare l'illegittimità di quella¹⁴⁰.

¹³⁹ Si ricorda che nelle ipotesi di accertamento negativo la posizione delle parti rispetto all'effetto giuridico richiesto non corrisponde alla reale situazione sostanziale; l'attore in senso formale è, cioè, convenuto in senso sostanziale e viceversa. Sul punto, v. per tutti CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 398.

¹⁴⁰ La soluzione, apprezzabile nella maggior parte dei casi, lascia tuttavia scoperte le ipotesi in cui il convenuto non sia in possesso del titolo attestante la titolarità del diritto poiché, ad esempio, smarrito o sottrattogli.

Tuttavia, considerati i rilievi critici manifestati in precedenza, alla soluzione più favorevole per chi agisce in giudizio potrebbe anche preferirsi una posizione per così dire intermedia. E cioè: ritenere l'attore in accertamento negativo assoggettato a un onere della prova "limitato" che, in aggiunta al pregiudizio subito, non riguardi *tutti* i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, ma solo quei *fatti specifici* posti a fondamento del vanto o della contestazione stragiudiziale da parte del convenuto¹⁴¹.

D'altronde, bisogna ammettere che aderire alla soluzione prospettata dall'indirizzo minoritario senza correttivi può, invero, finire per accordare un notevole – quasi eccessivo – *favor* all'attore in accertamento negativo. Costui, pur non avendo provato alcunché, potrebbe infatti vedersi accogliere la domanda qualora il convenuto non sia riuscito a fornire la prova dell'esistenza del fatto o dei fatti costitutivi del diritto¹⁴².

Occorre altresì considerare che l'esperimento di un'azione di accertamento negativo potrebbe anche essere impiegato a danno del titolare del diritto. Un atteggiamento, questo, più correttamente inquadrabile nel fenomeno dell'abuso del processo, trattandosi in sostanza dell'utilizzazione di uno strumento processuale legittimo per finalità improprie¹⁴³. Tale inconveniente pare tuttavia

¹⁴¹ Rimangono, dunque, esclusi l'inesistenza o l'illegittimità dell'altrui pretesa; sul punto, cfr. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti e oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, cit., 1106 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 110, 662; VERDE, *ult. op. cit.*, 530.

¹⁴² Cfr. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013, 128.

¹⁴³ Il fenomeno dell'abuso del processo è stato definito quale «utilizzazione distorta di uno strumento processuale per il conseguimento di scopi diversi da quelli propri, ossia per il perseguimento di finalità che non rientrano tra quelle alle quali detto strumento era preordinato», così ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, 2007, 4. In tema, senza pretesa di esaustività in ordine ai numerosi contributi, si rimanda a DONDI, voce *Abuso del processo*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 1 ss.; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319 ss.; TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., *Il diritto privato - III L'abuso del diritto*, Padova, 1988, 435 ss., nonché, nella medesima opera, DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo*, 459 ss. Per ulteriori approfondimenti, v. altresì DONDI, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della L. 23-3-2001, n. 89)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 62 ss.; DONDI-ANSANELLI, *Giustizia civile e problemi del giusto processo*, in *Pol. dir.*, 2007, 1 ss.; DONDI-GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de*

superabile mediante una rigorosa verifica della sussistenza dell'interesse ad agire, la cui dimostrazione – questa sì – spetta sempre e comunque a colui che propone la domanda¹⁴⁴.

A tal proposito, è ancora utile precisare che, nell'affrontare il tuttora dibattuto tema della ripartizione degli oneri probatori in materia di azioni di accertamento negativo, pare in ogni caso opportuno distinguere le azioni di merito da quelle cautelari. Se con riferimento alle prime – come detto poc'anzi – il problema di scongiurare possibili abusi sembra infatti risolvibile principalmente sotto il profilo dell'interesse ad agire, più complessa appare la questione riguardo la tutela dichiarativa di natura cautelare. Ciò in quanto, come noto, in tale ambito l'interesse ad agire si sostanzia nel *fumus boni iuris* e nel *periculum in mora*.

Ebbene, aderire alla (preferibile) tesi minoritaria secondo cui in sede di merito l'attore, posto che non fa valere alcun diritto, non è gravato della prova dei fatti costitutivi del medesimo, implicherebbe che, analogamente, in sede cautelare al ricorrente non spetti alcuna prova della (non) verosimiglianza del diritto di cui si asserisce l'inesistenza. Di conseguenza, l'onere della prova in capo a tale soggetto risulterebbe ulteriormente “alleggerito”, in quanto la prova del proprio interesse ad agire si risolverebbe, di fatto, nella dimostrazione del solo *periculum in mora*¹⁴⁵.

Una conclusione, questa, che pare determinare un eccessivo (ed ingiustificato) *favor* nei confronti del ricorrente. Di qui, la proposta di intendere il *fumus boni iuris*, più che come «verosimiglianza del diritto», in termini di «verosimiglianza della fondatezza della domanda»¹⁴⁶.

In conclusione, alla luce dei rilievi svolti, si ritiene che il perseguimento di esigenze di giustizia sostanziale, in un'ottica di bilanciamento di interessi e di vicinanza della prova, dovrebbe o indurre a dispensare l'attore in senso formale

iure condendo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 193 ss.; CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000; e, da ultimo, GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, *passim*.

¹⁴⁴ Cfr. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 419 ss.

¹⁴⁵ Cfr. P. COMOGLIO, *L'accertamento negativo cautelare*, cit., 322.

¹⁴⁶ Così P. COMOGLIO, *ult. op. cit.*, 323.

dalla dimostrazione – oltre che del pregiudizio subito – dell'inesistenza di *tutti* i fatti costitutivi dell'altrui pretesa; oppure, quanto meno, a “limitare” il carico probatorio gravante su tale soggetto ai soli *fatti specifici* posti a fondamento del vanto del convenuto.

CAPITOLO QUINTO

AUTONOMIA PRIVATA, CONDOTTA PROCESSUALE E PATTUZIONI SULL'ONERE PROBATORIO

SOMMARIO: 1. Processo e autonomia privata: i limiti di validità dell'art. 2698 c.c. – 2. La «non eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto»: una norma (d'avanguardia) a protezione del soggetto debole? – 3. Inversione unilaterale dell'onere della prova. – 4. Mancata contestazione specifica del fatto: ripercussioni sulla decisione della controversia. – 5. Strategia difensiva e “gestione” del rischio probatorio.

1. *Processo e autonomia privata: i limiti di validità dell'art. 2698 c.c.*

Anche nell'ambito del processo si è da tempo realizzato un sempre più penetrante intervento dell'autonomia privata. In seguito all'affermazione della visione liberale si assiste, in effetti, al superamento della concezione strettamente pubblicista dello strumento processuale, in favore di una sorta di «deregolamentazione» del processo¹.

Del resto, inizia a prendersi coscienza che nel mondo moderno, a causa della crescente complessità, tanto sotto il profilo tecnico quanto socio-economico, delle controversie civili, è opportuno – se non necessario – ampliare gli spazi di intervento delle parti nella conduzione del conflitto².

¹ In questo senso PATTI, *Sub. art. 2698 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2015, 268, rifacendosi all'espressione tedesca «Wertungszusammenhang» di WAGNER, *Prozeßverträge*, 57. Sul rapporto fra diritto sostanziale e diritto processuale, v. CENDON-ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 757 ss.; CONSOLO, *Diritto civile e diritto processuale ovvero di un «gemellaggio» a rischio (quasi in un Vesperbild)*, in ROPPO-SIRENA (a cura di), *Il diritto civile e gli altri*, Milano, 2013, 355 ss.; PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, *ivi*, 311.

² Sul fenomeno della complessità processuale, per tutti v. DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011.

In un simile scenario, iniziano allora a diffondersi accordi «nel processo» o «per il processo» dal contenuto assai vario³. Ad esempio, si stipulano patti aventi a oggetto la deroga alla competenza, così come accordi volti ad escludere l'intero sistema della giurisdizione civile – mediante il ricorso all'arbitrato (rituale) – nonché patti diretti a invertire o modificare l'onere della prova⁴.

Con particolare riferimento a questi ultimi, è bene precisare che se essi rappresentano oggi una realtà pacificamente accettata, per contro, dubbi sulla loro validità hanno contraddistinto il primo periodo successivo all'entrata in vigore dell'attuale codice civile⁵. Tali dubbi sembrano ricollegarsi alla generale avversione della dottrina processualistica nei confronti di tutto ciò che può condizionare la libera valutazione del giudice⁶.

Durante la vigenza del codice del 1865, nel silenzio del legislatore, l'invalidità dei patti sulla distribuzione dell'onere della prova era considerata conseguenza della natura strumentale dell'attività riservata alle parti, rispetto a quella svolta dal giudice nel corso del processo⁷. Così, anche successivamente, l'opinione maggioritaria tende a ritenere inammissibile qualsiasi accordo diretto a

³ Cfr. CARPI, *Introduzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 2 ss.; nello stesso fascicolo v. anche DE NOVA, *Accordi delle parti e decisione*, 59 ss.

⁴ V. LA CHINA, voce *Norma (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 422; e FERRI, *Le parti e il rischio del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 37 ss., il quale evidenzia che nell'esperienza del nostro Paese le conciliazioni stragiudiziali costituiscono ormai una realtà di grande rilievo.

⁵ MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 242 ss., ad es., esprime l'idea che di patti di inversione dell'onere della prova non possa propriamente parlarsi, in quanto dei medesimi si dovrebbe tenere conto solamente nella misura in cui si traducano in comportamenti capaci di incidere sulla formazione del convincimento giudiziale.

⁶ Scrive CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 797: «La prevalenza del principio dispositivo in un processo non significa dominio della volontà delle parti, ma apprezzamento accentuato della loro attività: non è riconoscimento di un loro preteso diritto di disposizione sul materiale di causa, ma sanzione della loro responsabilità nel procacciare al giudice il materiale di cognizione. Ora questa responsabilità non può essere regolata convenzionalmente [...]. Come non si può pretendere in giudizio l'osservanza di contratti relativi alle prove, così non si può pretendere l'osservanza di una convenzione relativa all'onere della prova».

⁷ Sotto la vigenza del codice civile unitario, i patti probatori in tema di responsabilità e di prassi commerciale sono rispettivamente analizzati da LEFEBVRE D'OIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nav.*, 1939, 176 ss. e MARINONI, *Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, 15 ss.

disciplinare l'attività giurisdizionale in maniera diversa da quanto previsto dalla legge⁸.

Solo una parte minoritaria della dottrina condivide quell'orientamento giurisprudenziale che distingue gli accordi tesi a limitare la libera valutazione delle prove dai patti volti a disciplinare la distribuzione della prova nell'ipotesi in cui, a seguito di tale valutazione, il giudice non raggiunga il convincimento. Dichiarata l'inammissibilità dei primi – nulli per alcuni, inefficaci per altri – si ammette, invece, la validità dei secondi.⁹ Ed è proprio questa impostazione minoritaria ad essere accolta nel codice civile del 1942¹⁰.

Ai sensi dell'art. 2698 c.c., come noto, sono nulli i soli patti di inversione o modificazione dell'onere della prova aventi a oggetto un diritto indisponibile o (aventi) l'effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto¹¹. Di conseguenza, *a contrariis*, si ritiene pienamente valido ed efficace ogni altro patto che rispetti i limiti indicati dal legislatore¹².

La semplice lettura della disposizione in esame mette anzitutto in evidenza il duplice (alternativo) oggetto di questi patti: con il termine «inversione», infatti, la norma fa riferimento a patti attraverso cui le parti intendono ripartire gli oneri

⁸ Cfr. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 797. Per altri riferimenti, v. DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, 3 ss.

⁹ In dottrina, v. soprattutto SACCO, *Presunzione e natura impeditiva o costitutiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 412; in giurisprudenza, v. Cass. 26 ottobre 1961, n. 2418, in *Rep. Foro it.*, 1961, voce, *Prova in genere in materia civile*, nn. 14-15.

¹⁰ SACCO, *ult. op. loc. cit.*, nota 45, afferma che: «Il nuovo codice civile riconosce [...] la validità dei patti di inversione 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».

¹¹ Si segnala che una norma analoga all'art. 2698 c.c. era prevista anche nella proposta per una riforma del codice di procedura civile elaborata da un gruppo di studio diretto dal Professor LIEBMAN (cfr. ID., *Proposta per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 461 ss.). L'art. 178, rubricato *Inversione dell'onere della prova*, dopo aver disposto che: «Salvo diversa disposizione di legge, le presunzioni legali invertono l'onere della prova del fatto cui si riferiscono», prevedeva infatti che: «L'onere della prova può anche essere invertito o modificato per accordo tra le parti anteriormente al giudizio, salvo che si tratti di diritti indisponibili o quando la inversione o la modificazione hanno per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto».

¹² Sui patti relativi all'onere della prova, per tutti v. PATTI, *Sub art. 2698 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 266 ss., e L.P. COMOGLIO, *Sub Art. 2698 c.c.*, in *Comm. Alpa-Mariconda*, II ed., Milano, 2013, 2993 ss.

della prova in modo difforme rispetto alle regole generali; quando invece utilizza il termine «modificazione», essa attribuisce alle parti il potere di disciplinare e limitare – sul piano quantitativo o qualitativo – le modalità di prova, ossia i mezzi di prova utilizzabili per assolvere il relativo onere¹³.

A titolo esemplificativo, si può convenzionalmente stipulare l'esclusione dell'utilizzabilità di alcuni mezzi di prova o, viceversa, prevedere l'utilizzabilità di un documento nonostante la mancanza della sottoscrizione richiesta dalla legge, così come ammettere la prova testimoniale, seppur il valore dell'oggetto del contratto oltrepassi quello fissato dall'art. 2721, c. 1, c.c. o, ancora, attribuire un'efficacia probatoria “qualificata” a documenti ritenuti particolarmente attendibili¹⁴.

Con riferimento ai limiti di validità fissati dall'art. 2698 c.c., si evince che il requisito della «disponibilità del diritto» trova fondamento nella constatazione che, attraverso la modulazione degli oneri della prova, le parti finiscono con il disporre, sia pure indirettamente, anche dello stesso diritto da provare¹⁵.

Il presupposto che il patto non determini un'«eccessiva difficoltà di esercizio del diritto» per una delle parti, poi, sembra rispondere alla *ratio* giuridico-politica di garantire una certa parità fra i contendenti. Più precisamente, tale limite all'autonomia negoziale in materia di convenzioni probatorie pare volto ad evitare eventuali imposizioni che finiscano con il vessare il contraente più debole¹⁶.

¹³ Cfr. L.P. COMOGLIO, *ult. op. cit.*, 2996.

¹⁴ Per un'ampia rassegna delle convenzioni concernenti i mezzi di prova, v. MARINONI, *Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 15 ss. Circa gli accordi che prevedono l'esclusione di alcuni mezzi di prova, v. ALLORIO, *Forma e prova scritta nel pagamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, II, 202; in particolare, sul rapporto fra l'art. 2698 c.c. e l'art. 2725 c.c., ossia l'accordo mediante il quale le parti prevedono che un futuro contratto debba essere provato per iscritto, anche se la legge non richiede la prova documentale, v. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 290; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, 298 ss.

¹⁵ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Sub Art. 2698 c.c.*, cit., 2995; ID., *Le prove civili*, 3^a ed., Torino, 2010, 409-410; PATTI, *Sub art. 2698 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, cit. 294, e TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 733.

¹⁶ Cfr. nuovamente L.P. COMOGLIO, *Sub Art. 2698 c.c.*, cit., 2996; PATTI, *Sub art. 2698 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 295, e TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del*

Peraltro, è interessante segnalare che la *ratio* di questo secondo requisito di validità previsto dall'art. 2698 c.c. esprime un più generale principio del diritto privato, che trova corrispondenti analoghi anche in altre norme del codice civile¹⁷. Fra queste, anzitutto l'art. 2965 c.c. che, in materia di decadenza, sancisce espressamente la nullità dei patti con cui si stabiliscono termini (di decadenza) che, appunto, rendono «eccessivamente difficile per una delle parti l'esercizio del diritto»; ma altresì l'art. 1229 c.c. che commina la nullità di ogni patto diretto a escludere o limitare preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave¹⁸.

Sulla base di tale rilievo, sembra possibile ritenere che l'art. 2698 c.c. costituisca la chiave di volta di un sistema di garanzie, sostanziali e processuali, espressione di un bilanciamento fra interessi parimenti meritevoli di tutela. E precisamente: l'esercizio dell'autonomia privata, da un lato; il rispetto della vicinanza della prova a tutela della parte più debole, dall'altro.

In effetti, impedire alle parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, di allontanare eccessivamente l'onere della prova da una di loro pare sottendere una valutazione *ex ante* del legislatore che, in ogni singola fattispecie, si è preoccupato di addossare la dimostrazione dei fatti alla parte che si trovi a questi (naturalmente) «più vicina». Di conseguenza, il patto teso a invertire o modificare la distribuzione «tipica» dell'onere della prova non può spingersi fino ad arrecare

fatto, cit., 754, secondo il quale i limiti codicistici ai patti probatori e il rigore dei giudici in tema di assunzione unilaterale dell'onere sono diretti a «contemperare la modificazione degli oneri probatori con l'esigenza di tutela della parte debole che per effetto di essa verrebbe a trovarsi con minori *chances* di vittoria».

¹⁷ Per LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, il criterio della «non eccessiva difficoltà», che già informa sul piano sistematico la distribuzione legale e giudiziale del rischio probatorio, per la ripartizione pattizia opera «in negativo», quale limite per l'autonomia privata, al fine di evitare quella «predeterminazione convenzionale della soccombenza» che imporrebbe una sentenza «senza prove»; il bene giuridico protetto è, in definitiva, l'effettività del contraddittorio nell'accertamento del fatto.

¹⁸ Sul rapporto fra queste norme e l'art. 2698 c.c., ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 290 ss., osserva che la responsabilità può essere indirettamente limitata mediante l'inversione o la modificazione dell'onere della prova.

un grave pregiudizio alla parte che, in sua assenza, non sarebbe tenuta a svolgere alcuna attività probatoria.

Quanto poi alla natura dei patti relativi all'onere della prova, è stato ampiamente dibattuto se essi si collochino fra i negozi di diritto privato sostanziale, o vadano invece inquadrati fra i c.d. «accordi processuali»¹⁹. Del resto, bisogna considerare che – come messo in luce nelle battute iniziali della presente ricerca – anche la questione della natura, sostanziale o processuale, dell'art. 2697 c.c. risulta ancor oggi controversa. La *querelle* dottrinale ha dato vita a una lettura che si potrebbe definire di compromesso: riconoscere alla regola di giudizio sull'onere della prova «natura specificatamente processuale», ma «portata sostanziale»²⁰.

A quest'ultimo proposito è stato, infatti, osservato che, se l'art. 2697 c.c. fosse una disposizione meramente processuale che pone una regola di giudizio, rimarrebbe precluso alle parti invertire o modificare l'onere della prova in esso

¹⁹ Sulla figura del c.d. accordo (o convenzione) processuale, intendendosi per tale sia l'accordo concluso fuori dal processo, sia quello stipulato nel corso del processo, entrambi aventi effetti sul suo svolgimento, v. SATTA, voce *Accordo (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 300 ss., e BONGIORNO, voce *Accordo processuale*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss. Come ricorda DALLA BONTÀ, *Divorzio transfrontaliero e domande connesse nel diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1488 ss., spec. 1511 ss., la dottrina italiana, rivisitando la tradizionale concezione di matrice tedesca che afferma il generale divieto, salva espressa previsione contraria, del c.d. *Konventionalprozess* – divieto ritenuto immanente al sistema, in quanto avente fondamento nel carattere pubblico del diritto processuale civile e nella signoria del giudice sul processo – si è a lungo interrogata in merito alla generale ammissibilità delle convenzioni processuali; e, in particolare, su quelle di scelta della legge applicabile concluse nel corso del processo. Ripercorrono il tema MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale: profili comparatistici e processuali*, Torino, 2012, 149 ss.; CAPONI, *Autonomia privata e processo: gli accordi processuali*, in AA.VV., *Accordi di parte e processo*, MILANO, 2008, 99 ss.; CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 45 ss., il quale conclude ritenendo ammissibili tutti gli accordi processuali non apertamente vietati. Secondo l'A, posto che la tutela delle situazioni soggettive imposta dall'art. 24 Cost. si realizza mediante una convergenza di strumenti di autonomia privata ed esercizio di funzioni pubbliche, verrebbe a cadere ogni barriera sistematica e normativa alla proficua osmosi fra i due diversi strumenti, operanti per un medesimo fine; dunque, al generale divieto di atti di autonomia privata nel processo.

²⁰ Il riferimento è in particolare a MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 420, il quale afferma che la regola in questione «esplica i propri effetti nel processo, rendendo possibile al giudice la pronuncia di merito in ogni caso; ma il contenuto (concreto) della regola non è determinabile se non tenendo conto della pretesa fatta valere in giudizio, eppertanto del rapporto giuridico controverso». Per approfondimenti, rinvio alle considerazioni svolte nel cap. I, par. 4.

indicato²¹. Ciò in quanto, come noto, le norme processuali, in ragione della loro funzione pubblicistica (o di ordine pubblico), si configurano come pattiziamente inderogabili.

La dottrina ha utilizzato il ragionamento illustrato per risolvere in senso analogo la questione della natura dell'art. 2698 c.c. È stato così affermato che i patti di inversione o modificazione convenzionale dell'onere della prova sono validi ed efficaci in quanto «incidano direttamente sulla disciplina sostanziale delle singole fattispecie genetiche dei diritti tutelabili, in deroga a norme sostanziali dispositive, e solo indirettamente sul processo, proiettandovi tale inversione o modificazione quale mera conseguenza strumentale della nuova configurazione sostanziale data pattiziamente ai fatti costitutivi delle diverse fattispecie o ai diversi fatti impeditivi, modificativi ed estintivi da opporre»²².

Non sono, tuttavia, mancate voci critiche alla tesi propensa a ricondurre anche le regole sulla definizione convenzionale del riparto del carico probatorio nel novero delle norme sostanziali. Alcuni autori, infatti, hanno affermato che la previsione dell'art. 2698 c.c. risulterebbe superflua, ove non le venisse riconosciuta la funzione di incidere direttamente sul processo²³. Ciò nonostante, non pare sufficiente invocare il principio dell'autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c., né la vigenza nel nostro ordinamento del principio dispositivo, per attribuire alle parti il potere di incidere, oltre che sulla qualificazione degli elementi della fattispecie, anche sul c.d. ordine pubblico processuale.

²¹ V. ancora MICHELI, *ult. op. cit.*, 417 ss.

²² Così L.P. COMOGLIO, *Sub Art. 2698 c.c.*, cit., 2995.; ID., *Le prove civili*, 3^a ed., cit., 280 ss.

²³ Cfr. MONTESANO, *Offerta della prova e inversione convenzionale dell'onere della prova*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 38 ss.

2. La «non eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto»: una norma (d'avanguardia) a protezione del soggetto debole?

Come esposto, i patti di inversione o modificazione dell'onere della prova soggiacciono a un regime di validità condizionata al rispetto dei limiti indicati dall'art. 2698 c.c. Tale circostanza può essere letta come conseguenza del fatto che, mentre nell'ambito del diritto (civile) sostanziale l'autonomia privata costituisce la regola, nel campo del processo essa rappresenta, invece, l'eccezione²⁴.

Una simile circostanza, inoltre, sembra volta ad evitare il fenomeno di abuso del processo. Attraverso la previsione del limite della «non eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto» si impone, infatti, al giudice un serio controllo circa il fatto che lo strumento del processo non sia piegato a un'utilizzazione abusiva a opera di una parte, in pregiudizio all'altra²⁵.

Pare utile evidenziare che tale controllo assume un'importanza cruciale in rapporto al fenomeno della c.d. contrattazione standardizzata. Uno sguardo alla prassi, infatti, evidenzia che oggi, anziché la conclusione di appositi patti di deroga *ex art.* 2698 c.c., è molto diffuso l'inserimento nel contratto di clausole

²⁴ Cfr. PATTI, *Sub art. 2698 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 271. Per un dettagliata analisi del rapporto tra autonomia privata e ordinamento statale, si rimanda a GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011.

²⁵ Il fenomeno dell'abuso del processo è stato espressamente definito quale «utilizzazione distorta di uno strumento processuale per il conseguimento di scopi diversi da quelli propri, ossia per il perseguimento di finalità che non rientrano tra quelle alle quali detto strumento era preordinato», così ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, 2007, 4. In tema, senza pretesa di esaustività in ordine ai numerosi contributi in argomento, si rimanda a DONDI, voce *Abuso del processo*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 1 ss.; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319 ss.; TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in *AA.VV., Il diritto privato - III L'abuso del diritto*, Padova, 1988, 435 ss., nonché, nella medesima opera, DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo*, 459 ss. Per ulteriori approfondimenti, v. ancora DONDI, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della L. 23-3-2001, n. 89)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 62 ss.; DONDI-ANSANELLI, *Giustizia civile e problemi del giusto processo*, in *Pol. dir.*, 2007, 1 ss.; DONDI-GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 193 ss.; CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000; e, da ultimo, GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, *passim*.

dirette a intervenire sulla ripartizione del rischio della mancanza di prova in caso di conflitto²⁶. Più nel dettaglio, tali clausole sono previste tra le condizioni generali di contratto, unilateralmente predisposte dal “contraente forte”.

Una simile prassi non può che far sorgere dubbi circa il fatto che l'accordo sulle prove sia davvero espressione del libero esercizio dell'autonomia contrattuale, e non conseguenza della prevaricazione di una parte sull'altra²⁷.

Peraltro, occorre segnalare che i patti di cui all'art. 2698 c.c. non rientrano espressamente in alcuna categoria di «clausole onerose» previste dall'art. 1341, c. 2, c.c. Ne deriva che, per avere efficacia, le clausole contrattuali contenenti simili accordi non devono essere specificamente approvate per iscritto²⁸. E in assenza anche del requisito (minimo) della c.d. doppia sottoscrizione, sembra ancora più probabile che l'imprenditore inserisca nel testo contrattuale una clausola finalizzata ad alterare, a proprio vantaggio, la distribuzione del carico probatorio.

Così, per ovviare almeno in parte a tale rischio, alcune pronunce hanno iniziato a offrire un'interpretazione estensiva della norma in materia di clausole onerose, allo scopo di ricomprendervi anche le clausole di inversione o modificazione dell'onere della prova²⁹.

Per quanto apprezzabile, tuttavia, il tentativo giurisprudenziale non è risultato idoneo a garantire l'effettiva tutela del soggetto aderente che, di solito, non si pone particolari interrogativi nell'apporre una doppia sottoscrizione al

²⁶ 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; cfr., FERRIER, *La preuve et le contrat*, in *Mélanges dédiés à Michel Cabrillac*, Paris, 1999, 105 ss.

²⁷ Cfr. PATTI, *Sub art. 2698 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 279.

²⁸ In tal senso, TOMMASEO, *Delle prove*, in *Comm. UTET*, VI, Torino, 1991, 163 e G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 370, i quali ritengono che le clausole di inversione e modificazione dell'onere della prova non sono comprese nell'elenco di cui all'art. 1341, c. 2, c.c. (ritenuto tassativo dalla giurisprudenza) poiché si impone un onere di forma (la specifica approvazione per iscritto) in deroga al principio generale della libertà di forma.

²⁹ V., ad es., Cass. 23 novembre 2001, n. 14912, in *Contratti*, 2002, 329, con nota di ADDANTE.

contratto³⁰. Costui, pertanto, per ricevere tutela e ottenere la dichiarazione di nullità della clausola probatoria a sé pregiudizievole, deve riuscire a dimostrare l'«eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto» derivata (a suo sfavore) dalla sottoscrizione del contratto *standard*.

Il problema è che l'«eccessiva difficoltà di fornire una prova» può dipendere da diversi specifici fattori (ad es. limitazioni all'accesso ai dati o elevati costi di determinati accertamenti), per lo più connessi alla disparità tra le posizioni delle parti. In considerazione di fattori quali la complessità dei procedimenti produttivi e dell'organizzazione aziendale, è infatti evidente che i rapporti fra imprenditore e aderente non possono che svolgersi su piani diseguali³¹. Ne consegue che subordinare la tutela del soggetto debole del rapporto alla prova di una circostanza che non rientra nella sua disponibilità, rischia di tradursi in una *probatio diabolica* e, dunque, in una (ingiusta) negazione di tutela.

Questa macro problematica pare aver colto l'attenzione del legislatore europeo che agli inizi degli anni '90 interviene con una direttiva per disciplinare le «clausole abusive» nei contratti con i consumatori. In attuazione di tale strumento, vengono inseriti nel codice civile gli artt. 1469 *bis-sexies* c.c.³².

³⁰ Il requisito della «specifica approvazione per iscritto» si ritiene positivamente soddisfatto nel limite in cui l'aderente apponga la propria sottoscrizione a una clausola finale contenente un complessivo richiamo a tutte le clausole precedenti.

³¹ Al problema in esame dedicano attenzione alcune recenti leggi europee (tedesca, francese, inglese), in materia di condizioni generali di contratto e di tutela del consumatore. Sulla normativa tedesca, cfr. WILL, in *Le condizioni generali di contratto secondo la nuova legislazione tedesca: la loro disciplina nei rapporti interni e internazionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 77 ss.; per un esame della legge francese, v. MOULY-GUILLEMAUD, *La sentence «nul ne peut se constituer de preuve à soi-même» ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, 253 ss.; sulla legge inglese, cfr. ALPA, *Controllo legislativo e controllo giudiziale dei contratti-standard. Il modello dell'Unfair Contract Terms Act, 1977*, in BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, I, Milano, 1979, I, 238.

³² V. direttiva 93/13/CEE, attuata per mezzo della l. 6 febbraio 1996, n. 52. I principali contributi sulla materia dei contratti dei consumatori sotto la vigenza di tale disciplina si devono ad ALPA-PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, I e II, Milano, 1997, *passim*; BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 17 ss.; BUSNELLI, *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999; ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)* in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1996, 3 ss.

Ai sensi dell'art. 1469 *bis*, c. 3, n. 18, c.c., nell'ambito dei contratti fra consumatore e professionista, si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole aventi, fra l'altro, «per oggetto o per effetto di sancire a carico del consumatore» – oltre a decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni o di allegare prove, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi – «inversioni o modificazioni dell'onere della prova»³³. Si tratta di una presunzione di vessatorietà *iuris tantum* che, in base al disposto di cui all'art. 1469 *quinquies*, c. 1, c.c., determina l'inefficacia della relativa clausola. Ciò salvo il professionista riesca a dimostrare che, in concreto, tale clausola non ha determinato «a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»³⁴.

A tal proposito, è opportuno sottolineare che, seppur l'art. 1469 *bis* c.c. disponga la “mera” inefficacia della clausola presunta vessatoria, l'opinione maggioritaria risulta da sempre propensa a qualificare come nulle simili clausole³⁵. Tale lettura è chiaramente volta a offrire una maggiore protezione al soggetto

³³ Fra le prime pronunce sul tema, v. Cass. 29 novembre 1999, n. 13339, in *Corr. giur.*, 2000, 1219, con nota di CONTI, *La Cassazione si pronuncia per la prima volta sul regime transitorio in tema di clausole abusive*.

³⁴ A tal proposito, si ricorda che alla presunzione relativa di vessatorietà sancita con riferimento alle fattispecie tipizzate nel c. 2 dell'art. 1469 *bis* c.c., si affianca quella *iuris et de iure* del «significativo squilibrio» di cui al c. 1. Uno squilibrio che può dirsi di tipo normativo, in quanto il legislatore non pare fare riferimento a un criterio economico, in rapporto all'adeguatezza o alla proporzione fra i beni o i servizi e il corrispettivo. Secondo la Corte di Giustizia: «La nozione di “significativo squilibrio” a danno del consumatore dev'essere valutata mediante un'analisi delle disposizioni nazionali applicabili in mancanza di un accordo tra le parti, onde appurare se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella prevista dal vigente diritto nazionale»; così Corte Giust. UE 14 marzo 2013, in causa C-415/11, *Aziz*; conf. Corte Giust. UE, 16 gennaio 2014, in causa C-226/12, *Constructora Principado*.

³⁵ Scrive ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 918: «questa scelta terminologica (inefficacia) è singolare, perché la fattispecie presenta tutte le caratteristiche che normalmente danno luogo alla qualifica di nullità: più di preciso, tutte le caratteristiche delle “nullità speciali”, disposte per la protezione di particolari categorie di contraenti. L'interprete [...] deve prendere atto che la c.d. “inefficacia” delle clausole vessatorie non corrisponde affatto alla categoria dell'inefficacia, così come normalmente concepita, bensì va sostanzialmente considerata e trattata come una nullità».

debole del rapporto; un'esigenza, questa, poi confermata dalla nuova disciplina prevista in materia dal Codice del consumo³⁶.

Attualmente, come noto, la presunzione relativa di vessatorietà delle clausole in tema di riparto dell'onere della prova è contenuta nell'art. 33, c. 2, lett. b), c. cons. In base al disposto dell'art. 36, c. 1, c. cons., «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto». Si tratta di una nullità c.d. di protezione, ossia eccepibile solo da parte del consumatore, ma rilevabile *ex officio* dal giudice che, una volta accertata, è tenuto a disapplicarla³⁷.

Ne deriva che, qualora in nel contratto predisposto dal professionista e concluso con il consumatore sia inserita una clausola di deroga alla regola del 2697 c.c., per ottenere tutela al soggetto debole è sufficiente allegare la vessatorietà della clausola, senza dover dimostrare che essa risulta, in concreto, lui pregiudizievole³⁸. Ai sensi dell'art. 34, c. 5, c. cons., infatti, nel giudizio di vessatorietà incombe sul professionista dimostrare che le clausole da questi unilateralmente predisposte sono state «oggetto di specifica trattativa con il consumatore»³⁹.

È interessante osservare che la descritta scelta normativa sembra ancora una volta confermare la crescente sensibilità del legislatore nei confronti del principio di vicinanza della prova, anche e soprattutto nella prospettiva di garantire una tutela effettiva degli interessi sostanziali della parte contrattuale più debole. Tale scelta è poi ampiamente condivisa dalla giurisprudenza di legittimità, che si mostra particolarmente severa nel richiedere al professionista la prova del

³⁶ D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

³⁷ Della c.d. nullità di protezione parlano, ad es., D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732, nota 1 e PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, 2003, 478 ss.

³⁸ La giurisprudenza di merito ha, ad es., presunto vessatoria la clausola, inserita in un contratto relativo alla prestazione di servizi bancari e finanziari, la quale statuiva che gli estratti dei libri e delle altre scritture contabili della banca facessero piena prova nei confronti del cliente; v. Corte App. Roma, 24 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 333.

³⁹ Sul punto v., ad es., Cass. (ord.) 26 settembre 2008, n. 24262, in *Foro it.*, 2008, 1, 3528, con nota di PALMIERI-PARDOLESI.

presupposto per escludere l'applicazione della disciplina contenuta negli artt. 33 ss., c. cons.⁴⁰.

Sulla base dei rilievi svolti, pare possibile concludere che esigenze di protezione del soggetto debole del rapporto sostanziale fossero già note al legislatore del 1942 c.c. Subordinare la validità del patto di deroga alla regola di cui all'art. 2697 c.c. al limite della «non eccessiva difficoltà nell'esercizio del diritto» sembra infatti esprimere una volontà di riequilibrio di situazioni sostanziali potenzialmente notevolmente sperequali. In tale prospettiva, è possibile affermare che la disciplina generale dell'art. 2698 c.c. anticipa già la disciplina speciale di tutela prevista dagli artt. 33 ss., c. cons.

È evidente che il codice del consumo – stabilendo la nullità della clausola contrattuale tesa ad intervenire sul riparto probatorio tra consumatore e professionista, senza richiedere la prova del pregiudizio subito – assicura alla parte debole del rapporto garanzie di tutela maggiori rispetto a quelle previste dal codice civile⁴¹. Ciò non toglie, però, che già la formulazione dell'art. 2698 c.c. mirasse a contemperare l'operare dell'autonomia privata con il rispetto del

⁴⁰ Cfr. Cass. (ord.) 26 settembre 2008, n. 24262, cit., secondo cui: «Ai sensi dell'art. 34, c. 5, c. cons., spetta al professionista [...] dare la prova positiva che le clausole sono state oggetto di una trattativa idonea – in quanto caratterizzata dagli imprescindibili requisiti della individualità, serietà ed effettività – ad escludere l'applicazione degli artt. 33-37 c. cons.». Pertanto, è necessario che il professionista dimostri che l'inserimento nel contratto della clausola è stata frutto di una «trattativa consapevole, seria ed effettiva, essendo a tal fine insufficiente la mera aggiunta a penna della clausola nell'ambito di un testo contrattuale dattiloscritto o la mera approvazione per iscritto della clausola. V. altresì Cass. 28 giugno 2005, n. 13890, in *Mass. Giur. it.*, 2005, 6, secondo cui «Affinché possa considerarsi fornita la prova della specifica trattativa individuale [...] non è sufficiente addurre la circostanza che il consumatore abbia specificamente approvato per iscritto una clausola, collocata in chiusura del modulo, che recita: “il cliente dichiara di aver letto e approvato specificamente le clausole nn...”».

⁴¹ La Cassazione offre un'interpretazione estensiva del campo di applicazione dell'art. 33 c. cons., ritenendo che la disciplina di favore *ivi* prevista non si applichi soltanto ai contratti che il consumatore conclude aderendo a condizioni generali, ma «anche ai contratti i cui contenuti sono stati predisposti unilateralmente dal professionista in vista della conclusione di un singolo, specifico e determinato affare»; nonché a prescindere dal tipo negoziale prescelto dalle parti, così come dalla natura delle prestazioni dedotte in contratto; cfr., ad es., Cass. 20 marzo 2010, n. 6802 e Cass. 20 agosto 2010, n. 18785, entrambe reperibili su www.dejure.it.

principio di «vicinanza della prova», in un'ottica di tutela del soggetto che si trova in una posizione contrattuale più debole⁴².

3. *Inversione unilaterale dell'onere della prova*

Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si afferma che l'inversione dell'onere della prova possa anche essere conseguenza di un comportamento (attivo) o di un contegno processuale delle parti all'interno del processo. Tale dato viene dagli interpreti ricavato sulla scorta della teoria del comportamento concludente (o dichiarazione tacita di volontà)⁴³.

In forza di tale teoria, qualsiasi comportamento che, pur non manifestando espressamente una volontà, presuppone o lascia presupporre l'esistenza di una volontà implicita è considerato idoneo a produrne i relativi effetti. A tal fine, è però necessario che il comportamento in questione risulti, alla luce dell'insieme delle circostanze, idoneo a manifestare in maniera certa e inequivoca la specifica volontà del suo autore in quel senso.

Coerentemente con tale impostazione, la dottrina è solita distinguere tra due fenomeni. E precisamente: da un lato, quello denominato «offerta unilaterale di prova ad opera del litigante non onerato»; dall'altro, quello conosciuto come «inversione unilaterale dell'onere della prova», per effetto del comportamento

⁴² Affrontano il tema BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 374 ss.; CAMILLETTI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, spec. 1-38; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769.

⁴³ Sulla teoria del comportamento concludente, fra i molti, v. CASTIGLIA, *Silenzio*, in *Enc. giur. Traccani*, XXVIII, Roma, 1992, *ad vocem*; LATORRE, *Silenzio*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 543 ss.; FERRERO, *Dichiarazione espressa, dichiarazione tacita e autonomia privata*, Milano, 1974, *passim*; GRONDONA, *Il silenzio nella conclusione del contratto*, in *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, 119 ss.; SACCO, in SACCO-DENOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3^a ed., Torino, 2004, 173; GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 778 ss.

processuale di una delle parti⁴⁴. Si anticipa che solo il secondo fenomeno è dotato di efficacia derogatoria della regola finale di giudizio.

Con l'espressione «offerta unilaterale di prova» i giuristi tendono a qualificare l'atteggiamento di una parte (attore o convenuto) che si offre di provare in giudizio fatti (costitutivi, impeditivi, estintivi o modificativi) alla cui dimostrazione non sarebbe tenuta in base alla regola di cui all'art. 2697 c.c.⁴⁵.

Un esempio di tale fenomeno può essere individuato nel caso in cui, in materia di promessa di pagamento, l'attore-promissario decida di indicare il rapporto sottostante, offrendosi di darne prova⁴⁶. Ebbene: posto che l'art. 1988 c.c. contiene una presunzione *iuris tantum* di esistenza del rapporto fondamentale, che comporta la dispensa del promissario dall'onere di provarlo, ove costui si offra di farlo egualmente è ragionevole chiedersi se non ci si trovi dinanzi a una sorta di «rinuncia» a tale disposizione di favore, cui consegue l'applicazione delle regole generali sull'onere della prova⁴⁷. In altri termini, secondo un risalente orientamento giurisprudenziale, in simili comportamenti dovrebbe leggersi una volontà della parte di non avvalersi della norma di distribuzione del carico probatorio a sé favorevole⁴⁸. »

Una lettura, questa, non andata esente da critiche. È stato osservato che l'«offerta unilaterale» di prova da parte del litigante non onerato, più che intervenire sulla distribuzione degli oneri probatori, sembra invero ricollegarsi al

⁴⁴ Cfr. L.P. COMOGLIO, Sub Art. 2698 c.c., cit., 2999, PATTI, Sub art. 2698 c.c. *Delle prove*. Art. 2697-2739, cit., 281 ss.

⁴⁵ Per tutti, v. ancora L.P. COMOGLIO, *ult. op. loc. cit.*, e PATTI, Sub. art. 2698 c.c. *Delle prove*. Art. 2697-2739, cit., 284 ss.

⁴⁶ Sulla disciplina di cui all'art. 1988 c.c., per tutti v. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, 413 ss.; ID., voce *Promesse unilaterali*, in *Dig. civ.*, XV, Torino, 1997, 428 ss.

⁴⁷ Questa la posizione di Cass. 16 giugno 1990, n. 6059 e Cass. 3 ottobre 1990, n. 9777, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1990, voce «Promesse unilaterali», n. 1 e 2.

⁴⁸ Fra le pronunce meno recenti, esemplare in tal senso è Cass. 11 marzo 1949, n. 765, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 34, con nota critica di MONTESANO, e in *Giur. it.*, 1950, I, 261, con nota critica di BETTI. V. anche Cass. 31 gennaio 1949, n. 145, in *Foro it.*, 1949, I, 652. Si segnala peraltro che, trattandosi di una valutazione di fatto, l'apprezzamento del giudice sulla possibilità di desumere dal comportamento della parte la sussistenza della volontà non è censurabile in Cassazione; cfr. Cass. 12 settembre 1968, n. 2928, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce *Prova civile*, nn. 13 e 14.

principio dell'acquisizione processuale⁴⁹. In forza di tale principio, come noto, le risultanze istruttorie comunque ottenute, a prescindere dalla parte ad iniziativa della quale sono state assunte, concorrono tutte indistintamente a formare il convincimento del giudice⁵⁰.

Ciò significa che, nella fase decisoria, il giudice può senz'altro avvalersi delle prove spontaneamente offerte dalla parte non onerata; il che, però, non equivale a far venir meno l'operare di eventuali inversioni previste *ex lege* a suo favore. Come è stato messo in luce, infatti, l'«offerta unilaterale di prova» sembra rappresentare un atto di esercizio del diritto alla prova, al fine di influire, in termini a sé vantaggiosi, sul convincimento giudiziale⁵¹.

Del resto, non pare affatto corretto ricollegare all'atteggiamento della parte che, pur non essendo tenuta, si offra di provare un fatto, l'intento di rinunciare ai vantaggi derivanti dall'applicazione della regola finale di giudizio. Così facendo, infatti, costei manifesta di perseguire proprio il fine opposto, volendo aumentare le possibilità di ottenere una pronuncia a sé favorevole. A ciò si aggiunga il rilievo che aderire a una diversa opinione, potrebbe indurre la parte per così dire volenterosa ad adottare comportamenti passivi. Pertanto, ricollegare all'atteggiamento di chi si offre unilateralmente di provare un fatto che non gli spetterebbe il rischio che un eventuale insuccesso probatorio ne determini la soccombenza nel processo risulterebbe anche controproducente in termini di *fair trial*⁵².

⁴⁹ Cfr. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1996, 75.

⁵⁰ Per l'enunciazione del principio, in dottrina, v. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3^a ed., Torino, 2010, 106-107, 296-297; TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit. 72 ss.; ID., *Le prove civili*, in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile I – Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2011, 439 ss., che ne trae argomento per escludere la sussistenza del c.d. onere in senso soggettivo, inteso cioè come regola di provenienza soggettiva della prova. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass. 9 giugno 2008, n. 15162, in *Mass. Giur. it.*, 2008; Cass. 2 febbraio 2006, n. 2285, *ivi*, 2006; Cass. 25 settembre 1998, n. 9592, *ivi*, 1998.

⁵¹ Cfr. in partic. PATTI, Sub art. 2698 c.c. *Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 290.

⁵² BETTI, *Su di una pretesa inversione dell'onere della prova per fatto concludente*, in *Giur. it.*, 1950, I, 262 ss., evidenzia come la sanzione dell'autoresponsabilità processuale, intesa come soccombenza nel giudizio, non possa essere ricollegata al mancato raggiungimento dell'effetto a cui la parte tendeva, ma soltanto all'inadempimento di un onere. Con riferimento alla

Sulla base delle considerazioni svolte, non risulta convincente quella lettura che ravvisa nell'offerta unilaterale di prova dalla parte non gravata un'«assunzione unilaterale dell'onere», ovvero un atto di rinuncia di quella parte alla posizione processuale più favorevole che le deriverebbe dall'applicazione della disciplina probatoria vigente in materia⁵³. Tale condotta, per contro, va considerata, oltre che come forma di collaborazione processuale, quale espressione di esercizio del diritto alla prova⁵⁴.

Riguardo il secondo fenomeno – quello dell'«inversione unilaterale dell'onere» – esso viene generalmente individuato nella situazione in cui la parte non onerata decida, in modo consapevole, di assumersi il compito di provare un fatto rilevante allegato da controparte, con tutte le relative conseguenze che possono derivarne⁵⁵. A tal proposito, occorre precisare che, stante la gravità delle conseguenze negative cui la parte si espone in caso di insuccesso, se, da un lato, è pacificamente ammessa l'«inversione unilaterale dell'onere della prova», dall'altro, dottrina e giurisprudenza si mostrano da sempre caute e prudenti nel delimitarne l'ambito di applicazione⁵⁶.

nozione di *fair play* processuale, v. per l'Italia l'opinione tanto risalente, quanto culturalmente qualificata di CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 30 e CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, *ivi*, 1951, 106.

⁵³ In giurisprudenza, propense a riconoscere un'inversione dell'onere della prova, con le relative conseguenze sfavorevoli nel caso in cui la prova non venga data o risulti insufficiente, risultano: Cass. 28 giugno 1984, n. 3796, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Prova civile in genere*, n. 10; Cass. 22 aprile 1994, n. 3843, *ivi*, 1994, voce *cit.*, n. 18; e, più di recente, Cass. 8 ottobre 2013, n. 22902, *ivi*, voce *cit.*, n. 28.

⁵⁴ Cfr. PATTI, *Sub art. 2698 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, *cit.*, 290.

⁵⁵ Per tutti, v. L.P. COMOGLIO, *Sub Art. 2698 c.c.*, *cit.*, 3000, e PATTI, *Sub art. 2698 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, *cit.*, 281 ss.

⁵⁶ Per ampi riferimenti, v. DE TOMMASO, *La prova dei fatti giuridici in genere*, in AA. VV. *Le prove civili – Manuale di casistica giuridica*, (diretto da LONGO), Torino, 1977, 68 ss. Cfr. anche TOMMASEO, *Sub. art. 2698 c.c.*, in *Comm. c.c. Cendon*, VI, 163, e SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova (Aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 401 ss. In senso critico rispetto all'assunzione unilaterale dell'onere della prova, v. MICHELI, *L'onere della prova*, *cit.*, 145 ss., 240 ss. e ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, *cit.*, 298, il quale afferma che: «L'art. 2698, lungi dal giustificare la deduzione *a maiori ad minus*, in virtù della quale si desume dalla validità dei patti la validità dell'inversione unilaterale realizzata mediante la proposta di prove, segna il limite oltre il quale non è consentito alle parti di influire sulla decisione del giudice».

Secondo la Cassazione, infatti, a determinare un'inversione dell'onere della prova non è sufficiente una semplice offerta di prova dal soggetto non onerato, ma occorre «l'inequivoca manifestazione di volontà (di tale soggetto) di rinunciare ai vantaggi derivanti dall'applicazione dell'art. 2697 c.c.» e di subire le conseguenze negative dell'eventuale fallimento della prova dedotta e offerta⁵⁷.

Pertanto, per comprendere se il comportamento della parte che produce una prova cui non sarebbe tenuta possa incidere sulla distribuzione dell'*onus probandi*, è essenziale interrogarsi circa la consapevolezza (o meno) di costei di accollarsi volontariamente l'onere probatorio altrui e l'eventuale relativo rischio di insuccesso. A tal fine è dunque necessario distinguere le ipotesi in cui la volontà di rinuncia risulti effettivamente presente, da quelle in cui tale intento risulti meramente apparente⁵⁸.

Così, ad esempio, si è osservato che qualora il convenuto, dopo aver contestato le allegazioni dell'attore, proponga le prove della falsità di tali allegazioni, non si determina alcuna inversione unilaterale dell'onere della prova. Ciò in quanto l'atteggiamento del convenuto, anziché manifestare un'inequivoca volontà in tal senso, sembra al contrario esprimere un precisa volontà di contestare, fornendone prova, le affermazioni avversarie⁵⁹.

Analogamente, in caso di concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, l'offerta unilaterale di prova da parte dell'attore non si ritiene implichi rinuncia al vantaggio probatorio accordato dall'art. 1218 c.c. In tale ipotesi, infatti, l'offerta di dimostrare l'imputabilità dell'altrui inadempimento – e, dunque, la colpa del convenuto – è da ricondurre all'interesse probatorio di parte

⁵⁷ La massima è consolidata; *ex multis*, v. Cass. 22 ottobre 1976, n. 3741, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Prova civile in genere*, n. 9; Cass. 28 giugno 1984, n. 3796, *ivi*, 1983, voce *cit.*, n. 1; Cass. 10 dicembre 2002, n. 17573, *ivi*, 2002, voce *cit.*, n. 26; Cass. 7 luglio 2005, n. 14306, *ivi*, 2005, voce *cit.*, n. 17.

⁵⁸ Cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 241 ss.

⁵⁹ In tal senso MICHELI, *ult. op. cit.*, 243. V. però altresì TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 20, il quale afferma che per aversi inversione dell'onere della prova è sufficiente che una parte chieda di dare la prova contraria di fatti che l'avversario non ha chiesto di provare; ad es., quando il convenuto chiede di provare l'inesistenza del fatto costitutivo prima o senza che l'attore abbia chiesto di dimostrarne l'esistenza.

attrice di “cautelarsi” per l’eventualità che la domanda sia poi configurata in termini di responsabilità aquiliana⁶⁰.

In tale prospettiva, sembra che il *discrimen* fra «inversione unilaterale dell’onere della prova» vera e propria ovvero meramente apparente si risolva nel verificare se il soggetto abbia, nel caso di specie, un qualche tipo di interesse ad offrire la prova⁶¹. Così, anche qualora la parte assuma l’impegno di dare la prova della falsità di affermazioni che è consapevole spetterebbe all’avversario dimostrare vere incorrerà, forse, in un «eccesso di difesa» o in un’«ostentazione di sicurezza» che, tuttavia, pare eccessivo sanzionare sotto il profilo probatorio⁶².

In conclusione, come emerso dai rilievi svolti, risulta oggi consolidata la lettura secondo cui, in mancanza di apposito patto *ex art. 2698 c.c.*, l’inversione dell’onere della prova può in astratto risultare anche dal comportamento processuale della parte non gravata dall’onere. A tal fine, tuttavia, non si ritiene sufficiente che il soggetto si offra di provare un fatto cui non è tenuto. È infatti richiesta un’espressa dichiarazione di volontà in tal senso, nonché la consapevolezza di assumere le conseguenze negative dell’eventuale insuccesso probatorio⁶³.

Tali limitazioni – è stato osservato – sono tese a bilanciare il potere delle parti di influire, nell’esercizio della loro autonomia privata, sulla distribuzione degli oneri probatori con l’esigenza di tutela della parte che, per effetto di tale potere «verrebbe a trovarsi con minori *chances* di vittoria»⁶⁴.

⁶⁰ Sul punto ampiamente PATTI, *Sub. art. 2698 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 284-286.

⁶¹ Cfr. MONTESANO, *Offerta della prova e inversione convenzionale dell’onere di prova*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 38.

⁶² Le espressioni fra virgolette appartengono a VERDE, *L’inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 715 ss., spec. 716.

⁶³ Secondo TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit., 75, nella semplice «offerta di prova», il rischio dell’offerente non onerato discende soltanto dal c.d. principio di acquisizione, nel senso che la parte onerata potrà giovare della prova del fatto anche se dedotta da controparte, mentre nell’autentica «inversione unilaterale dell’onere» la parte non onerata assume anche le conseguenze negative della mancata prova del fatto, sino a concedere alla controparte una volontaria *relevatio ab onere*.

⁶⁴ Così TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 754.

4. Mancata contestazione specifica del fatto: ripercussioni sulla decisione della controversia

Nel novero degli istituti che, analogamente a quello poc'anzi esaminato, possono influire sulla distribuzione dell'onere della prova fra le parti all'interno del processo, assume un ruolo significativo il fenomeno della non contestazione specifica del fatto. Si tratta di un istituto, da sempre oggetto di accesi dibattiti fra i processualisti, che in seguito alla modifica apportata all'art. 115, c. 1, c.p.c. dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, sembra aver assunto la configurazione di un preciso onere processuale gravante sulle parti⁶⁵.

Prima di esaminare la disciplina del novellato art. 115 c.p.c, pare utile ricordare quali conseguenze venivano precedentemente identificate dagli interpreti in caso di mancata contestazione dei fatti a opera della controparte.

Occorre anzitutto segnalare che, in assenza tanto nel codice unitario quanto in quello del 1942 di disposizioni di legge prevedenti un onere di specifica contestazione delle allegazioni avversarie, la dottrina ha inizialmente sviluppato tesi alquanto diverse⁶⁶.

Secondo l'opinione maggioritaria, (solo) un'ammissione esplicita del fatto narrato *ex adverso* o un'ammissione implicita, in quanto derivante dall'adozione di una linea difensiva logicamente inconciliabile con il riconoscimento dei fatti

⁶⁵ Per un commento delle modifiche apportate all'art. 115 c.p.c. dall'art. 45, l. 18 giugno 2009, n. 69, v. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2009, 749 ss., spec. 776; ID., in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 32 ss.; BOCCAGNA, *Le modifiche al primo libro del c.p.c.*, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 35; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 39 ss.; SASSANI, *Commento all'art. 115*, in SALETTI-SASSANI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2009, 66 ss.; ZUFFI, *Sub art. 115*, in CONSOLO-DE CRISTOFARO (a cura di), *Codice di procedura civile. La riforma del 2009*, Milano, 2009.

⁶⁶ Come osserva ZUFFI, *Sub art. 115*, cit., 1380, il Codice Grandi, discostandosi dalle indicazioni contenute nei progetti Chiovenda, Mortara e Carnelutti, rifiuta di recepire una disposizione simile a quelle che, nell'ordinamento tedesco e austriaco, sanciscono la *factio confessio* a carico della parte che, pur comparendo, ometta di contestare i fatti allegati dall'avversario.

allegati dall'altra parte, renderebbero il fatto «pacifico» e, come tale, non bisognoso di prova⁶⁷.

Altri interpreti ritengono, invece, che la mancata contestazione di un'allegazione altrui, pur non costituendo piena prova, rappresenti un comportamento valutabile dal giudice come «argomento di prova», ai sensi dell'art. 116 c.p.c.⁶⁸.

Secondo una tesi minoritaria, infine, la (mera) non contestazione dell'allegazione altrui è da intendersi quale atto di disposizione, che determina l'esclusione del fatto dal *thema probandum* e rende superfluo rinvenire prove al riguardo⁶⁹.

L'assenza di disposizioni in materia inizia a venir meno a partire dagli anni '70 del secolo scorso. Per mezzo delle riforme del 1973 e del 1990, infatti, vengono introdotte nel codice di rito alcune disposizioni specifiche che sembrano apportare alla non contestazione un valore più pregnante⁷⁰.

Si tratta, in particolare, dell'art. 416, c. 2, c.p.c. che, nell'ambito delle controversie di lavoro, impone al convenuto-resistente di «prendere posizione, in

⁶⁷ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1905, 567, pur sottolineando come davanti al magistrato non si vada per «tacere, ma bensì per parlare, per far conoscere le proprie ragioni e i torti dell'avversario con dichiarazioni precise, positive e pertinenti alla lite», poi precisa (ID., *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1906, 353) che «il silenzio in generale, per le nostre leggi, non prova nulla, né da arbitrio al magistrato per indurne argomento pro e contro in qualsiasi controversia relativa ai fatti»; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 749, osserva che «le semplici deduzioni di fatto non contestate non si hanno senz'altro per ammesse»; ancora SACCO, *Presunzione e natura impeditiva o costitutiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 422, afferma che: «chi produce un atto scritto adducendo che proviene dalla controparte, non è tenuto a provarne l'autenticità, finché questa non venga contestata», ma precisa che il fatto non diviene pacifico per il difetto di contestazione, bensì che il rischio della mancata prova si inverte soltanto dal momento in cui la scrittura privata viene disconosciuta».

Sulla differenza fra non contestazione e ammissione esplicita, spiega L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, 19, I, 2^a ed., 215: la prima esime provvisoriamente dalla prova del fatto allegato, ma non preclude la contestazione successiva, che può intervenire fino all'udienza di precisazione delle conclusioni; la seconda ne fornisce una prova completa.

⁶⁸ Cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile I – Disposizioni generali*, Torino, 1943, 338 ss.; ID., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 298.

⁶⁹ VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 614, collegando la non contestazione con il potere di allegazione della parte, lo identifica come una derivazione del principio dispositivo che si estende fin dove è esteso quest'ultimo.

⁷⁰ V. l. 11 agosto 1973, n. 533 e l. 26 novembre 1990, n. 353.

maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda»; dell'art. 167, c. 1, c.p.c. che, nel rito ordinario, prescrive al convenuto, chiamato a predisporre le proprie difese tramite comparsa di costituzione e risposta, di «proporre tutte le sue difese, prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda»; nonché dell'art. 186 *bis* c.p.c. che attribuisce al giudice il potere di emettere ordinanza di ingiunzione per il pagamento delle «somme non contestate dalla parte costituita».

L'introduzione di tali disposizioni apre, nel corso degli anni '90, la strada alle prime teorizzazioni sull'esistenza di un più generale dovere di contestazione all'interno del processo, la cui inosservanza può assumere rilevanza decisoria⁷¹.

Si inizia così a sostenere che la non contestazione rappresenti una «forma di non reazione, che si traduce nell'inadempimento di un onere (di attivarsi), al quale la legge ricollega direttamente un effetto processuale», consistente nell'automatica determinazione di un provvedimento contrario all'interesse dell'inadempiente⁷². In altri termini, secondo questa lettura, ci si troverebbe dinanzi a una tecnica di giudizio derogatoria rispetto alla regola tradizionale dell'accertamento dei fatti posti a fondamento della pretesa, dettata da esigenze di economia processuale e semplificazione del giudizio.

Contemporaneamente, prende campo l'idea che la non contestazione sia un «atto di rinuncia ad esercitare il diritto di allegazione dei fatti a sé favorevoli», che implica una c.d. *relevatio ab onere probandi*. Un'inversione dell'onere della prova, dunque, priva però di efficacia vincolante per il giudice che rimane libero

⁷¹ Seppur sia stato criticamente osservato che, per quanto rilevanti, tali norme disciplinano invero (mere) ipotesi particolari, in cui il “non contestare” o il “non opporsi” possono assumere rilevanza decisoria in pregiudizio (solo) a chi, appunto, non contesta o non si oppone. Il riferimento è a L.P. COMOGLIO, *Sub Art. 2697 c.c.*, in *Comm. Alpa-Mariconda*, 2^a ed., Milano, 2013, 2971.

⁷² Così CIACCIA CAVALLRI, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano, 1993, 89. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1954, 341, ritiene che ad attribuire un «particolare» rilievo al contegno processuale consistente nella mancata contestazione muova il dato esperienziale 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».

di accertare, sulla base degli elementi in proprio possesso, la veridicità o meno dei fatti non contestati⁷³.

A portare ordine in questo panorama disomogeneo intervengono, nel 2002, le Sezioni Unite⁷⁴. La giurisprudenza si mostra propensa a una sostanziale equiparazione fra la non contestazione e la prova ed afferma che il giudice è tenuto ad assumere il fatto non contestato come vero ed a porlo, dunque, a fondamento della decisione come se la sua sussistenza fosse stata effettivamente provata in giudizio⁷⁵.

La Suprema Corte precisa altresì che il principio di non contestazione determina effetti diversi in considerazione della natura, principale o secondaria, del fatto da provare⁷⁶. Solo la mancata contestazione degli elementi costitutivi della fattispecie invocata, assumendo un significato sostanziale equiparabile alla disposizione del diritto controverso, ha l'effetto di rendere incontrovertibile

⁷³ Cfr. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 277.

⁷⁴ Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019 ss., con nota di CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*; e *ivi*, 2003, I, 604, con nota di PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 1909, con nota di CATTANI, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi alle spettanze richieste dal lavoratore*; in *Corr. Giur.*, 2003, 1335, con nota di FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*; in *Dir. lav.*, 2003, II, 131, con nota di BRIZZI, *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*. Conformi: Cass. 5 marzo 2009, n. 5356; Cass. 20 novembre 2008, n. 27596; Cass. 3 luglio 2008, n. 18202; Cass. 21 giugno 2008, n. 13078; Cass. 25 maggio 2007, n. 12231; Cass. 3 marzo 2006, n. 4668, tutte facilmente reperibili su www.dejure.it. *Contra*: Cass. 28 marzo 2004, n. 20916, in *Foro it.*, 2005, I, 1, 727, con nota critica di CEA, *La non contestazione dei fatti e la Corte di cassazione: ovvero di un principio poco amato*.

⁷⁵ Affermano le Sezioni Unite (cit. nota precedente) che gli artt. 167, c. 1, e 416, c. 3, c.p.c., imponendo al convenuto di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento del diritto dedotto, «fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti [...] espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti».

⁷⁶ Sono tradizionalmente definiti «fatti principali», i fatti la cui prova determina l'applicazione della norma che produce il risultato richiesto dalla parte e «secondari» i fatti dedotti da una parte a fini esclusivamente probatori, in quanto connessi con quelli principali e perciò idonei a consentire di dedurne l'esistenza. Su tale distinzione, v. ad es. ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, 5^a ed., Padova, 2013, 336; CATTANI, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1913.

l'allegazione. Nessun valore vincolante per il giudice spiega, invece, la mancata contestazione di elementi ulteriori e secondari, dovendosi a questa al più riconoscere il valore di «argomento di prova» liberamente valutabile.

Ricostruito l'atteggiamento che dottrina e giurisprudenza hanno sviluppato in rapporto alla problematica dell'efficacia da attribuire alla non contestazione fino alla novella del 2009, è ora possibile esaminare la portata dell'attuale art. 115, c. 1, c.p.c.⁷⁷.

Occorre anzitutto segnalare che l'intervento di riforma non sembra aver risolto i dibattiti precedentemente sorti con riferimento alle conseguenze legali della non contestazione. In effetti, se, da un lato, il legislatore ha dato formale riconoscimento a un istituto la cui esistenza era stata da tempo accertata dal formante dottrinale e giurisprudenziale, dall'altro, il regime introdotto nel 2009 ha lasciato aperti numerosi dubbi⁷⁸.

Fra questi, di particolare interesse ai fini della presente ricerca è la problematica inerente l'individuazione del significato da attribuire all'inciso secondo cui il giudice «deve» porre a fondamento della decisione, oltre alle prove proposte dalle parti e dal pubblico ministero, anche i «fatti non specificatamente

⁷⁷ Prima del 2009, brevi tracce del principio della non contestazione si rinvenivano all'interno del c.d. rito societario. Tale rito, introdotto con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e abrogato – ad esclusione delle sole disposizioni in tema di arbitrato e di conciliazione – dopo essere stato colpito da varie declaratorie di illegittimità costituzionale, dall'art. 54, c. 5, della l. n. 69/2009, era strutturato in modo da responsabilizzare al massimo la condotta difensiva delle parti. In particolare, l'art. 13, c. 2, del d.lgs. n. 5/2003, prevedeva, a svantaggio del convenuto, la natura pacifica dei fatti *ex adverso* allegati e non contestati nella comparsa di risposta tempestivamente notificata, con la conseguente possibilità per il giudice di pronunciarsi sulla domanda in base alla conclusione della stessa. La Corte Costituzionale, con la sentenza 12 ottobre 2007, n. 340 (in *Giust. civ.*, 2007, I, 2354; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 387, con nota di P. COMOGLIO, *Contumacia e mancata contestazione, nel processo societario, dopo la parziale incostituzionalità dell'art. 13, comma 2°, d. lgs. 17.1.2003, n. 5: tanto rumore per nulla?*) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega della citata disposizione considerata in «contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito valore di confessione implicita».

⁷⁸ Cfr., in partic., SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 401 ss., il quale ritiene che «onere» – anziché «principio» – sia il termine più adeguato per inquadrare il senso della prescrizione dell'art. 115, c.p.c.; ID., *Commento all'art. 115*, in SALETTI-SASSANI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2009, 66 ss., spec. 70. V. altresì L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, 1043 ss.; ID., *Sub Art. 2697 c.c.*, cit., 2973, e PATTI, *Sub art. 2697 c.c. Delle prove Art. 2697-2739*, cit., 95 ss.

contestati dalla parte costituita». Come è stato rilevato, non è chiaro «se quel vincolo (quale che sia) nasca e operi, sul piano delle allegazioni, come supposta proiezione di una volontà dispositiva di parte volta ad espungere dal *thema probandum* determinati fatti (allegati e non contestati) o se, invece, esso si traduca, sul piano delle prove, in una sorta di regola di giudizio fondata nella versione forte, *ad instar* di una prova legale, su di una presunzione di verità di quei medesimi fatti o, in quella più debole, su elementi di prova liberamente apprezzabili (se non, addirittura, su semplici argomenti di prova)»⁷⁹.

L'opinione prevalente tende a ravvisare nell'art. 115 c.p.c. la solenne enunciazione del principio dispositivo «in senso processuale»; enunciazione che consacra il monopolio delle parti nell'acquisizione al giudizio del materiale istruttorio necessario per la decisione della causa. In altri termini, l'eliminazione del fatto non contestato dal *thema probandum* è conseguenza della volontà dispositiva della parte, il cui comportamento "passivo" ne rende superflua la prova⁸⁰. Un simile effetto, pertanto, può aversi solo in riferimento ai «fatti principali», ossia ai fatti costitutivi del diritto azionato o integranti l'oggetto di eccezioni in senso stretto⁸¹.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che non vi sarebbe alcuna ragione per escludere i «fatti secondari» – cioè i fatti dalla cui esistenza possa risalirsi, in via logico-presuntiva, a quella dei fatti principali – dal novero dei fatti in rapporto ai quali rileva la non contestazione. Ciò purché tali fatti siano stati singolarmente rappresentati, rimettendo dunque alla libera scelta di controparte negarli o meno⁸².

⁷⁹ Così L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, 1048.

⁸⁰ A questo proposito, RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., 331, osserva che «se si considera la non contestazione come una *relevatio ab onere probandi* (e non *disputandi*), la collocazione esatta del principio non era certo quella del suo inserimento nella art.115 c.p.c., ma avrebbe dovuto essere prevista nell'ambito dell'art. 2697 c.c. che regola la ripartizione degli oneri probatori, indicando cosa occorre provare e cosa non occorre provare».

⁸¹ Questa la posizione espressa da Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, cit. V. sul punto MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016, 107.

⁸² La tesi è stata sostenuta da CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 22, nonché condivisa da SASSANI, *Commento all'art. 115*, cit., 70, e CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2010, 216 ss.

Se, per un verso, la prima tesi è stata criticata perché contraria ai principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, per altro verso, l'opinione opposta presenta l'insidia di attenuare il collegamento fra il principio di non contestazione e quello di disponibilità delle prove⁸³.

Ciò premesso, il quesito più delicato consiste nello stabilire quali effetti conseguano alla non contestazione. Il problema, in particolare, concerne l'identificazione di un eventuale vincolo che la legge pone al giudice di assumere il «fatto non specificatamente contestato» *tout court* come provato – e, dunque, vero – senza alcuna residuale possibilità di accertarne (anche d'ufficio) l'eventuale falsità⁸⁴.

In effetti, “eliminare” il fatto non contestato da quelli per cui occorre introdurre prove potrebbe indurre a riconoscere come sicuramente accaduto tale fatto. Tuttavia, i principi generali del processo civile, così come il perseguimento dei fini ad esso assegnati, suggeriscono di evitare «un appiattimento dell'attività del giudice»⁸⁵.

⁸³ VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 614, afferma che la mancata contestazione, da collegare con il potere di allegazione della parte, è una derivazione del principio dispositivo e, pertanto, si estende fin dove è esteso quest'ultimo.

⁸⁴ Cfr. L.P. COMOGLIO, Sub *Art. 2697 c.c.*, cit., 2973; ID., *Le prove civili*, cit., 128-129; e ZUFFI, Sub *art. 115*, cit., 1386 e 1393. Secondo Cass. 13 marzo 2012, n. 3951, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Prova civile in genere*, n. 21, la non contestazione del fatto a opera della parte che ne abbia l'onere è irreversibile, ma non impedisce al giudice di acquisire comunque la prova del fatto non contestato.

⁸⁵ Così PATTI, Sub *art. 2697 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, cit., 105. TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, suppl. al n. 3, 87, ammette che la non contestazione di un fatto «operi nel senso di attenuare o di eliminare, in capo alla parte che lo ha allegato, l'onere di dimostrarne l'esistenza, posto che il convenuto con il suo comportamento, non sfida l'attore a fornire tale dimostrazione». Precisa però l'A. (*ult. op. cit.*, 95) che a seguito della non contestazione si verifica una «sorta di *relevatio ab onere probandi* in favore di colui che ha allegato il fatto divenuto “pacifico”: poiché su quel fatto non ha luogo la dialettica contraddittoria delle parti, si può semplificare il procedimento nel senso di ritenere non necessaria la prova del fatto non contestato. Si badi tuttavia che ciò non comporta nessuna conseguenza quanto alla verità o non dell'enunciato che riguarda quel fatto: lo *status* di esso rimane incerto, ma si ammette che questa incertezza diventi irrilevante [...]». Già in precedenza VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 723, dopo aver prospettato che la non contestazione si ricollega non alla prova, ma al potere delle parti di introdurre i fatti nel processo, afferma, alla nota 14: «ciò vuol dire che la non contestazione non comporta riconoscimento della pretesa azionata dalla controparte, ma solo legale ammissione dei fatti costitutivi del diritto o dell'eccezione, che il giudice deve verificare *in iure*»; sulla differenza e sulle conseguenze ricavabili, v. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 238 ss.

Tale rilievo porta, allora, a leggere il «deve» di cui all'art. 115 c.p.c., non in chiave di obbligo, ma di potere del giudice di decidere, oltre che «*iuxta allegata et probata partium*», anche «*iuxta non oppugnata*». Ciò a condizione che a quel fatto non si contrappongano prove di segno contrario (quale, ad esempio, il deposito di un documento che contraddica l'allegazione avversaria)⁸⁶.

Del resto, nella prospettiva del giusto processo, il principio di non contestazione deve essere bilanciato con le regole generali in tema di prova, *in primis* quella del libero convincimento del giudice, nonché con l'obiettivo di ricerca della verità. Pertanto, ove dalla contrapposizione tra il fatto allegato non contestato e altri mezzi di prova permanga una situazione di incertezza in merito al reale accadimento della circostanza fattuale dedotta, sarà opportuno che il giudice risolva la questione applicando la regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.⁸⁷. Fermo restando che, a garanzia del giusto processo, il giudice dovrebbe essere dotato di forti poteri di iniziativa istruttoria, ad integrazione degli elementi di prova forniti dalle parti⁸⁸.

Quanto alla *ratio* della modificazione del disposto di cui all'art. 115, c. 1, c.p.c., sembra che il legislatore abbia inteso introdurre una tecnica di

⁸⁶ Cfr., PATTI, Sub art. 2697 c.c. *Delle prove Art. 2697-2739*, cit., 106 e SASSANI, *Commento all'art. 115*, cit., 71.

⁸⁷ V. nuovamente PATTI, *ult. op. cit.*, 106.

⁸⁸ In proposito, interessante la ricostruzione di PICÒ I JUNOY, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1497 ss., spec. 1518, secondo il quale il brocardo latino «*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*» avrebbe nel corso dei secoli subito una doppia e incorretta modificazione (l'aggiunta del genitivo *partium* e la cancellazione della seconda frase) con conseguente alterazione della finalità originaria. E cioè: obbligare il giudice a decidere il caso solo sulla base dei fatti dedotti e provati nel processo, senza fare ricorso alla propria conoscenza privata. La massima, pertanto, non offrirebbe alcuna indicazione contraria alla possibilità per il giudice di avere iniziativa probatoria. Se in generale la previsione di un forte potere istruttorio in capo al giudice risulta apprezzabile, non sono tuttavia mancate critiche al riguardo, atteso che l'utilizzo di strumenti d'indagine officiosi tende a influenzare (e non poco) l'andamento del processo. Per autorevoli, seppur datati, rilievi critici sul punto v. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551 ss., secondo il quale caratteristica essenziale della funzione giurisdizionale è l'imparzialità. Un'imparzialità che – afferma l'A. – «rischia di rimanere compromessa quando il giudice debba valutare una prova da lui stesso prescelta e cercata e per sua iniziativa acquisita al processo». Vi sarebbe, cioè, un'assoluta incompatibilità tra il compito di ricerca e quello di decisione.

semplificazione ed accelerazione processuale che, in un'ottica di economia, si sostanzia nella scelta di "sanzionare" il difetto di collaborazione della parte costituita. A tal proposito, si segnala che la circostanza che il campo di operatività del principio di non contestazione sia stato espressamente limitato alla sola «parte costituita» è stata da molti criticata⁸⁹.

Si tratta senza dubbio di una scelta in linea con la tradizionale visione della contumacia, quale situazione processuale (pressoché) neutra⁹⁰. Come noto, dottrina e giurisprudenza si mostrano, infatti, da sempre restie a riconoscere il disvalore del comportamento del soggetto che rimane totalmente inerte e indifferente alla notifica di un atto giudiziale⁹¹.

Al riguardo, occorre però segnalare il rischio di forti contraddizioni. Ciò in quanto, la delimitazione del campo di applicazione della norma alle sole parti costituite implica che la posizione del convenuto costituito sia, per così dire, più svantaggiosa rispetto a quella del convenuto che consapevolmente resta fuori dal processo⁹². Il primo, ove non contesti specificatamente i fatti allegati dall'attore, soggiace al rischio di subire l'automatico accertamento di quelli; il secondo, per contro, può restare inerme senza soggiacere, per ciò solo, ad alcuna conseguenza negativa.

⁸⁹ V. soprattutto PATTI, *ult. op. cit.*, 101, e SASSANI, *Commento all'art. 115*, cit., 73. *Contra* BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile (Un primo commento della l. 18 giugno. 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 749 ss., ritiene condivisibile l'opzione adottata di non assegnare alla contumacia il valore di una generale non contestazione.

⁹⁰ DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 111 ss. e PATTI, *Sub art. 2697 c.c. Delle prove Art. 2697-2739*, cit., 100, ravvisano nel nuovo art. 115 c.p.c. un segno di coerenza con il sistema processuale, posto che la norma ha un precedente nella disciplina dell'art. 186 *bis* c.p.c., che prescrive che la non contestazione delle somme domandate deve provenire «dalle parti costituite».

⁹¹ In dottrina, cfr., *ex multis*, PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione*, cit., 607; P. COMOGLIO, *Contumacia e mancata contestazione*, nota a C. Cost., 12 ottobre 2007, n. 340, cit., il quale evidenzia come il valore neutro attribuito alla contumacia fa sì che essa, più che una *ficta confessio*, si traduca invece in una *ficta contestatio*; in senso contrario, la posizione pressoché minoritaria di CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., 294 ss. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, v. Cass. 29 dicembre 2003, n. 16265.

⁹² Cfr. ancora PATTI, *ult. op. cit.*, 101, e SASSANI, *Commento all'art. 115*, cit., 73.

In conclusione, sulla base delle considerazioni svolte, è possibile constatare che il principio generale in materia di onere della prova può subire varie forme di intrusione da parte dell'autonomia privata che può esplicarsi in modi diversi. Più precisamente, tale autonomia può manifestarsi nella forma bilaterale, attraverso la stipula di un apposito patto di inversione dell'onere della prova *ex art. 2698 c.c.*, così come unilaterale, mediante consapevole inversione (unilaterale) dell'onere probatorio o comportamento processuale inattivo⁹³.

Come visto, infatti, può ben accadere che la concreta ripartizione del carico probatorio sia frutto di un comportamento inattivo della parte che, costituitasi, decide però di non contestare (specificatamente) i fatti dedotti dal controparte⁹⁴. A tale comportamento la legge ricollega l'effetto di determinare l'esclusione dell'allegazione avversaria dal novero di quelle che occorre provare, con la conseguenza che l'esigenza della prova si pone solo a seguito dell'altrui contestazione.

A questo proposito, è stato allora rilevato che la non contestazione produrrebbe un effetto diverso, addirittura più forte, rispetto alle altre fattispecie esaminate nel presente capitolo: non solo spostare il rischio della mancata prova, ma per così eliminarlo. Ciò in quanto la prova del fatto pacifico si rivelerebbe inutile – o, meglio, inammissibile – posto che quel fatto non necessita di alcuna verifica, non potendo essere oggetto di indagine istruttoria⁹⁵.

Riguardo l'efficacia della non contestazione, poi, le osservazioni che precedono sembrano portare a condividere l'opinione maggioritaria secondo cui il comportamento inattivo della parte costituita non può obbligare il giudice a considerare il fatto non specificatamente contestato come vero ed esistente. Diversamente opinando, infatti, si rischierebbe di attribuire alla contestazione

⁹³ Come osserva VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 715 ss.: «A prima vista sembrerebbe che la giurisprudenza abbia trasferito ed adattato all'ambiente del processo la regola sostanziale prevista dall'art. 2698 c.c.».

⁹⁴ V. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 298.

⁹⁵ Cfr. VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, cit., 16.

l'efficacia di prova legale, in contrasto con la regola generale secondo cui «il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento»⁹⁶.

Infine, è opportuno evidenziare che, posto che l'effetto della contestazione è impedire che la controparte sia liberata dall'onere della prova, tale comportamento dovrebbe essere espressione di una condotta di correttezza processuale – tanto nei riguardi dell'avversario, quanto nei confronti del sistema – e dunque del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c.⁹⁷

5. Strategia difensiva e “gestione” del rischio probatorio

Come anticipato nel primo capitolo, la formulazione dell'art. 2697 c.c. esclude l'esistenza all'interno del nostro ordinamento di temi fissi di prova. Trattandosi di una «norma in bianco», occorre invero fare riferimento alla disposizione sostanziale e, in particolare, alla qualificazione giuridica dei fatti in essa contenuta, al fine di individuare il contenuto dell'onere probatorio gravante sulle parti⁹⁸. Ne consegue che la determinazione del *thema probandum* si pone in

⁹⁶ Cfr., ad es., L.P. COMOGLIO, Sub Art. 2697 c.c., cit., 2973; FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1347; PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e il principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, 3144; TARUFFO, *Verità negoziata?*, cit., 87, 95.

⁹⁷ Secondo Cass. 15 novembre 2007, n. 23638, già nel panorama ante riforma si poteva concludere che: «nell'evoluzione giurisprudenziale, l'onere di contestazione – con il correlativo corollario del dovere, per il giudice, di ritenere non abbinabile di prova quanto non espressamente contestato – è divenuto principio generale che informa il sistema processuale civile». Esso poggia le proprie basi fondamentalmente sul tenore degli artt. 167 e 416 c.p.c., ma «non più soltanto» su di essi, dovendosi considerare «anche il carattere dispositivo del processo comportante una struttura dialettica a catena», nonché la generale organizzazione per preclusioni successive – che, in misura maggiore o minore caratterizza ogni sistema processuale – e il dovere di lealtà e probità, posto dall'art. 88 c.p.c. – che impone a entrambe le parti di collaborare fin dalle prime battute processuali a circoscrivere la materia realmente controversa, senza atteggiamenti volutamente defatiganti, ostruzionistici o solo negligenti. Non manca infine un forte richiamo al «generale principio di economia che deve sempre informare il processo, vieppiù alla luce del novellato art. 111 Cost.».

⁹⁸ La definizione di «norma in bianco» in riferimento all'art. 2697 c.c. appartiene ad ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 293.

rapporto di necessaria correlazione con il diritto sostanziale fatto valere nel processo, dipendendo direttamente dell'effetto giuridico richiesto⁹⁹.

In tale prospettiva, è stato allora osservato che seppur l'art. 2697 c.c. sembri dare per scontato che l'onere della prova gravante sull'attore abbia a oggetto i fatti costitutivi del diritto, esso in realtà attiene ai fatti costitutivi dell'azione. Il soggetto che invoca la tutela giurisdizionale deve, cioè, dimostrare i fatti posti a fondamento propria della domanda¹⁰⁰.

Questa premessa consente di mettere in evidenza che ai fini della determinazione del riparto degli oneri probatori, assume rilievo decisivo la strategia processuale scelta dalla parte, la cui prima manifestazione si realizza per tramite dell'onere dell'allegazione. Onere la cui autonomia è stata oggetto di ampi dibattiti dottrinali¹⁰¹.

A tal proposito, è stato osservato che il codice di rito, se da un lato contiene una precisa configurazione dell'onere della domanda (art. 112 c.p.c.) e

⁹⁹ Sul punto, v. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 369 ss., spec. 373 e 381.

¹⁰⁰ Cfr. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, 321 ss., spec. 337-338, il quale ritiene che l'affermazione secondo cui l'art. 2697 c.c. abbia a oggetto i fatti costitutivi del diritto di cui si chiede la tutela possa ritenersi corretta solo in limiti estremamente ristretti. Afferma l'A: «[...] in pratica essa è corretta solo per la tutela dei diritti di credito nascenti da contratto, per i quali com'è noto chi ne invoca la tutela è tenuto solo a provare l'esistenza dell'accordo (che è appunto il fatto costitutivo del diritto), spettando alla controparte ai sensi dell'art. 1218 c.c. di dimostrare che l'inadempimento o l'adempimento inesatto è avvenuto per causa ad essa non imputabile. Ma al di fuori della responsabilità contrattuale, la formula che impone di provare il fatto costitutivo del diritto non appare esatta, giacché la prova del solo fatto costitutivo del diritto non appare sufficiente per l'accoglimento della domanda». E ancora: «Questo criterio che lega l'onere della prova esclusivamente agli elementi costitutivi della domanda e alla presenza delle sue condizioni (legittimazione ed interesse), se esattamente inteso, consente di risolvere agevolmente tutti i problemi relativi alla ripartizione dell'onere della prova».

¹⁰¹ Dibattiti probabilmente sorti anche per via di un retaggio storico. E cioè: la circostanza che ai tempi dell'antico processo romano, benché nelle orazioni giudiziarie si distinguessero «*narratio*» e «*confirmatio*», si finisse poi di fatto con l'unire onere di allegazione e onere della prova, facendoli coincidere nel secondo. V. in argomento PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti. Diritto romano*, Camerino, 1985, 220-221. Fra i primi processualisti ad individuare chiaramente l'esistenza di un onere delle allegazioni, accanto e prima del regolamento dell'onere della prova, si ricordano BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 339 e MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 319.

dell'onere della prova (art. 115 c.p.c.), dall'altro, non delinea altrettanto chiaramente l'onere dell'allegazione, limitandosi ad accennarlo¹⁰².

L'unico riferimento si rinviene nell'art. 163, c. 3, n. 4, c.p.c. che impone espressamente all'attore che agisce in giudizio «l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni». È utile precisare che ai sensi del successivo art. 164, c. 4, c.p.c., la mancata indicazione della *causa petendi* determina la nullità dell'atto di citazione¹⁰³. La predisposizione di una severa sanzione sembra costituire ulteriore indice del fatto che l'onere di allegazione ha una sua autonoma dignità, distinta da quella dell'onere della prova¹⁰⁴.

A conferma della configurabilità di un autonomo onere dell'allegazione pare muovere anche la già citata pronuncia delle Sezioni Unite n. 13533/2001, in

¹⁰² Il riferimento è a SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 409 ss., spec. 416.

¹⁰³ Si noti la diversa disciplina in materia di nullità dell'atto di citazione prevista dall'art. 164, c. 4, c.p.c. per i vizi concernenti la *editio actionis*: mentre con riferimento al *petitum* rilevano sia l'«omissione» sia l'«assoluta incertezza», in rapporto alla *causa petendi* solo la (assoluta) «mancanza» di questa è causa di nullità della citazione. Ne deriva l'ammissibilità nel nostro ordinamento di domande fondate su circostanziazioni fattuali del tutto imprecise e generiche, con evidenti conseguenze negative in termini di abuso del processo. Diversa la situazione negli ordinamenti di *common law*. In particolare, negli Stati Uniti se, da un lato, l'art. 10 delle *Federal Rules of Civil Procedure* consente la proposizione di *notice pleading*, ossia di atti introduttivi generici, dall'altro, nel 2007 con la nota sentenza *Bell Atlantic Corporation v. Twombly* (generalmente citata come *Twombly*) la Corte Suprema Federale, in materia di controversie complesse, afferma la necessità di una maggiore fattualizzazione della pretesa, decretando nella sostanza un ritorno al «vecchio» *fact pleading*. In argomento, per tutti v. DONDI, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 529 ss., e DALLA BONTÀ, *La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introduttivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 141 ss. Per un quadro culturale completo del rapporto fra modalità di configurazione della domanda e strutturazione del modello processuale sotto il profilo dell'efficienza, v. DONDI-ANSANELLI-COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano, 2015, 97 ss.

¹⁰⁴ *Contra* SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 416, il quale, posto che sotto la vigenza del sistema antecedente all'entrata in vigore della l. 26 novembre 1990, n. 553 il difetto dell'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda non è causa di nullità della citazione, fa derivare dalla mancanza di sanzione l'impossibilità di qualificare l'allegazione come onere. Per una critica a tale argomentazione, v. PATTI, *Sub art. 2697 c.c. Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2015, 15.

tema di adempimento delle obbligazioni¹⁰⁵. Secondo la Suprema Corte, infatti, indipendentemente dal titolo della domanda, il creditore ha un mero onere di allegare l'inadempimento o l'inesatto adempimento, spettando, invece, al debitore provare l'avvenuto adempimento o la non imputabilità a sé dell'(eventuale) inadempimento¹⁰⁶.

Riconoscere all'allegazione una rilevanza pari a quella di altri istituti, quali quello della domanda e della prova, genera effetti di sicuro interesse non solo per il processualista. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui la legge presume in favore di una parte l'esistenza di un fatto costitutivo. Ebbene: assumere l'esistenza nel nostro ordinamento di un onere di allegazione distinto rispetto a quello della prova porta a concludere che la parte dispensata dal compito di provare il fatto presunto non è, però, esentata dall'onere di allegarlo¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, ad es. in *Corr. giur.*, 2001, 12, 1565, con nota critica di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota parzialmente critica di LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammendo*; in *Contr. e impr.*, 2002, 6, 100, con nota critica di CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349, con nota illustrativa di MEOLI, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*.

¹⁰⁶ Fra i molti favorevoli alla configurabilità di un onere dell'allegazione quale istituto autonomo rispetto all'onere della prova, oltre agli autori citati alla nota n. 101, si ricordano: CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi giuridiche della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 407 ss.; LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azioni in eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 450; COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 200 ss.; DE STEFANO, voce *Onere (dir. proc. civ.)*, *ivi*, 120; PUGLIATTI, voce *Eccezione (teoria generale)*, *ivi*, 156; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Camerino, 1982, 100; L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 279 ss.; PATTI, *ult. op. cit.*, 19. Sul punto, v. anche MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Studi in onore di Fazzalari*, III, Milano, 1993, 23 ss. In senso contrario v. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2^a ed., Roma, 1947, 21 ss., il quale ammette la necessità della fissazione 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.

¹⁰⁷ Cfr. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, 358; TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 19. Secondo PATTI, *ult. op. cit.*, 17, a conclusione analoga deve pervenirsi per quanto riguarda i fatti notori. *Contra* SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, *cit.*, 417, afferma che: « [...] ove si ammetta la sopravvivenza dell'onere di allegazione in caso di presunzione (definita dalla legge come dispensa dall'onere della prova) bisognerebbe per coerenza, data la stretta affinità della formulazione degli artt. 1988 c.c., sulla promessa di pagamento e ricognizione di debito, e 2728, comma 1, c.c., sulle presunzioni, costringere la parte che si serve di una promessa astratta di pagamento ad allegare la

Pertanto, due oneri autonomi quello dell'allegazione e quello della prova, seppur strettamente connessi, posto che il primo rappresenta il presupposto del secondo¹⁰⁸. D'altronde è noto che le parti debbano e possano nel corso del giudizio dimostrare solo i fatti da esse allegati, risultando loro preclusa la prova di fatti non dedotti in precedenza¹⁰⁹.

A tale considerazione si aggiunga quella per cui, mentre l'onere della prova può essere, in taluni casi tassativamente individuati, integrato mediante l'iniziativa probatoria *ex officio*, quello dell'allegazione no. Se da un lato, infatti, l'art. 115 c.p.c. si apre con la tipica formula di salvaguardia «salvi i casi previsti dalla legge», dall'altro l'art. 183, c. 4 c.p.c. circoscrive il potere del giudice di chiedere in sede di prima udienza chiarimenti alle parti nei limiti «dei fatti allegati»¹¹⁰. Da ciò si ricava che al giudice è consentito, in ipotesi eccezionali e tassativamente previste, disporre mezzi di prova; per contro, a costui è sempre precluso introdurre nel processo fatti non dedotti dai contendenti¹¹¹.

causa (senza provarla): il che non sembra conforme all'intenzione del legislatore [...]. L'elenco dei fatti da allegarsi va modellato (almeno per analogia) sull'elenco di quelli da provarsi, oppure va determinato con riferimento alla necessità di ricavare da tale elenco la *causa petendi*; in un caso o nell'altro, i fatti presunti non dovranno necessariamente essere allegati».

¹⁰⁸ Sul rapporto fra onere della prova e onere dell'allegazione, cfr. L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, cit., 278 ss.; RICCI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 835 ss.; MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, 6^a ed., I, Padova, 2012, 268.

¹⁰⁹ Si pensi, ad esempio, ai fatti oggetto della testimonianza di un terzo, risultanti dagli atti del procedimento.

¹¹⁰ Casi eccezionali in cui il giudice può disporre *ex officio* mezzi di prova sono previsti negli articoli 117 (interrogatorio non formale delle parti), 118 (ispezione di persone e di cose), 213 (richiesta di informazioni alla p.a.), 257 e 281 *ter* (assunzione di nuovi testimoni), 421 e 442 (poteri istruttori del giudice in controversie di lavoro e di previdenza e di assistenza obbligatorie), 714 (poteri istruttori nei procedimenti di interdizione o inabilitazione) del codice di rito.

¹¹¹ Di conseguenza, affinché il giudice possa disporre *ex officio* l'esperimento di una prova, è sempre necessario che l'allegazione della circostanza fattuale oggetto di dimostrazione sia avvenuta a opera della parte. Esemplicando: nell'ipotesi in cui il convenuto si limiti ad eccepire la prescrizione del credito e poi in udienza o nella prima memoria di cui all'art. 183, c. 6, c.p.c. deduca l'estinzione del credito per intervenuto pagamento, depositando la relativa istanza, tale fatto estintivo potrà essere rilevato d'ufficio dal giudice. Diversamente, ove l'intervenuto pagamento sia riferito da un *test*, essendosi il convenuto esclusivamente limitato ad eccepire che il credito si è prescritto, il giudice, pur convinto della veridicità del contenuto della testimonianza, non potrà rigettare la domanda attorea per intervenuto pagamento, posto il divieto di rilevare *ex officio* fatti estintivi non espressamente introdotti nel processo dalle parti.

La circostanza che l'oggetto del *thema probandum* sia circoscritto ai (soli) fatti allegati dalle parti sembra confermare che la strategia difensiva assume un ruolo primario e di esclusivo appannaggio della parte. E un'ulteriore conferma di ciò può cogliersi nel sistema di preclusioni introdotto, a fini di economia processuale, con le riforme degli anni '90¹¹².

L'attuale disciplina del rito civile prevede che attore e convenuto devono, a pena di decadenza, indicare rispettivamente nell'atto di citazione e nella comparsa di costituzione e risposta i fatti posti a fondamento delle proprie domande o eccezioni. Nella prima udienza di comparizione o nella prima memoria *ex art. 183, c. 6, c.p.c.*, infatti, è loro consentito soltanto «precisare e modificare le domande, eccezioni e le conclusioni già formulate». Dopo tale momento, qualsiasi allegazione è considerata tardiva¹¹³.

Sulla base delle considerazioni svolte, si ricava che nel nostro ordinamento vige un principio dispositivo “attenuato” in riferimento all'onere della prova; “assoluto” in rapporto a quello dell'allegazione. Il che fa sì che la strategia difensiva adottata negli atti introduttivi produca conseguenze in ordine alla (eventuale) successiva applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova in fase decisoria.

Come detto, infatti, ai fini dell'applicazione della regola di cui all'art. 2697 c.c. il giudice deve fare riferimento alla norma giuridica astratta, invocata dalle parti o da egli individuata in forza del principio *iura novit curia*, che disciplina la fattispecie. Posto che, tuttavia, l'operare del citato principio trova anch'esso un limite nell'onere di allegazione, sembra possibile concludere che la

¹¹² Sistema di preclusioni inaugurato con l'entrata in vigore della l. 26 novembre 1990, n. 353.

¹¹³ In proposito, si precisa che ove la tardività riguardi un'eccezione in senso stretto – ossia rilevabile esclusivamente su istanza di parte – al giudice è assolutamente precluso prendere in esame l'allegazione e disporre la relativa prova. Per contro, ove si tratti di fatti tardivamente dedotti, ma idonei a costituire oggetto di un'eccezione in senso lato, rimane esercitabile il potere ufficioso di ammissione della prova. Come osserva RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., 325, però, nel silenzio della legge, risulta spesso difficile stabilire se un determinato fatto debba costituire oggetto di un'eccezione in senso proprio o, viceversa, possa essere rilevato d'ufficio.

ripartizione del carico probatorio dipende dal contenuto della domanda, ossia dall'esposizione delle circostanze fattuali in sede di atti introduttivi¹¹⁴.

I ragionamenti svolti conducono a constatare che formulare una certa prospettazione dei fatti, ancorando il titolo della domanda a una determinata disposizione piuttosto che a un'altra, può rivelarsi una scelta difensiva più o meno vantaggiosa in termini di ripartizione del rischio della mancanza di prova.

Così, esemplificando: in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per i danni conseguenti a difetto di manutenzione delle strade, ove l'attore, allegando l'omissione, agisca ai sensi dell'art. 2043 c.c. sarà tenuto, secondo le regole generali in tema di responsabilità civile, a dare la prova che i danni subiti derivano da tale condotta. Viceversa, ove il danneggiato, deducendo che la pubblica amministrazione è custode dei beni demaniali a uso pubblico, invochi l'applicazione dell'art. 2051 c.c., non sarà tenuto a dare la prova della presenza di un'insidia o di un trabocchetto, potendosi avvalere dello specifico *favor* probatorio che la disposizione in materia di danno cagionato da cosa in custodia attribuisce al danneggiato¹¹⁵.

Non diverso sembra il discorso in caso di sinistri derivanti dalla circolazione stradale. La possibilità per il passeggero rimasto ferito di ottenere un

¹¹⁴ Si noti che la posizione del giudice risulta tutt'altro che semplice. Per un verso, costui incontra la difficoltà della corretta scomposizione della fattispecie astratta in elementi di diversa rilevanza, posto che – come rilevato nel cap. II, par. 5 – difficilmente dal dato normativo emerge con chiarezza e in maniera univoca la natura giuridica (costitutiva o impeditiva) di un dato elemento. Per altro verso, il compito del giudice può rivelarsi ulteriormente complicato nell'ipotesi in cui le parti stesse decidano convenzionalmente di attribuire ad alcuni elementi (costitutivi) della fattispecie una diversa rilevanza (impeditiva), al fine di influire sulla ripartizione dell'onere della prova. In argomento, MICHELL, *ult. op. cit.*, 276-277.

¹¹⁵ V. Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Mass. giust. civ.*, 2006, 2, secondo cui: «in caso di incidente avvenuto su strada statale, il danneggiato che domanda il risarcimento del pregiudizio sofferto in conseguenza dell'omessa o insufficiente manutenzione delle strade o di sue pertinenze (nel caso, un ponte) invocando la responsabilità della p.a. è tenuto, secondo le regole generali in tema di responsabilità civile, a dare la prova che i danni subiti derivano dalla cosa, in relazione alle circostanze del caso concreto. Tale prova consiste nella dimostrazione del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con la cosa in custodia, e può essere data anche con presunzioni, giacché la prova del danno è di per sé indice della sussistenza di un risultato "anomalo", e cioè dell'obiettiva deviazione dal modello di condotta improntato ad adeguata diligenza che normalmente evita il danno, non essendo il danneggiato viceversa tenuto a dare la prova anche della presenza di un'insidia o di un trabocchetto *ex art. 2051 c.c.*».

risarcimento ai sensi dell'art. 2043 c.c. è subordinata al positivo accertamento, in concreto, della colpa del conducente. Per contro, ove il terzo danneggiato, approfittando dell'interpretazione giurisprudenziale estensiva che ritiene applicabile l'art. 2054 c.c. ai sinistri comunque collegati a un rapporto di causalità con la circolazione del mezzo, agisca ai sensi di tale norma, potrà beneficiare del più favorevole regime probatorio *ivi* previsto¹¹⁶.

Gli esempi potrebbero proseguire: meglio per l'attore dedurre che un alunno si è autocagionato un danno (con conseguente assorbimento di questa fattispecie nel regime di cui all'art. 1218 c.c.), piuttosto che sostenere che il danno è stato determinato anche dall'intervento di un terzo (che potrà essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c.). Ciò che però premeva evidenziare sono le divergenti e alquanto incisive conseguenze che la linea difensiva scelta dalle parti nelle fasi iniziali del giudizio esercita sul piano della ripartizione dell'onere della prova. Una linea che, peraltro, una volta adottata non è più possibile mutare nel prosieguo¹¹⁷.

¹¹⁶ Cass. 26 ottobre 1998, n. 10629, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2716, chiarisce che «in materia di responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli, l'art. 2054 c.c. esprime, in ciascuno dei commi che lo compongono, principi di carattere generale, applicabili a tutti i soggetti che da tale circolazione, comunque, ricevano danni [...] L'inversione dell'onere probatorio a favore di chi, tra l'altro, non è in condizione di esercitare il controllo del rischio, mira a salvaguardare più efficacemente gli interessi che siano apparsi meritevoli di essere valorizzati e che, in mancanza di quel supporto rituale, si troverebbero più o meno seriamente impacciati nel momento del giudizio, avviati come tali a un probabile sacrificio. Sacrificio che, alla luce dell'innegabile evoluzione subita negli anni dal sistema della responsabilità civile, sarebbe anche in contrasto con la ormai riconosciuta funzione solidaristica e sociale delle norme di cui al titolo IX del libro IV del codice civile, e di quella di distribuzione mutualistica del rischio».

¹¹⁷ In tema di sinistro stradale, Cass. 12 giugno 2001, n. 7938, in *Danno e resp.*, 2002, 625, con nota di LAGHEZZA, afferma: «Il danneggiato da un incidente stradale, che nelle fasi di merito abbia dedotto la responsabilità dell'ente proprietario della strada sotto il profilo della mancata eliminazione di una situazione di pericolo occulto (cosiddetta insidia o trabocchetto) e, quindi, a norma dell'art. 2043 c.c., non può dedurre per la prima volta in sede di legittimità la questione della responsabilità dello stesso ente a norma dell'art. 2051 c.c., giacché l'invocazione di questa norma postula che sia stato prospettato al giudice di merito almeno il potere di custodia del convenuto sulla cosa che ha cagionato il danno e che, dunque, lo stesso convenuto sia stato messo in grado, nelle fasi di merito, di allegare e provare l'esistenza dell'eventuale caso fortuito ed il giudice di svolgere la valutazione sulla sua ricorrenza».

Conclusioni

Al termine di questa ricerca, è possibile svolgere qualche considerazione conclusiva in merito al tema – o problema – oggetto di indagine, descritto sin dalle pagine introduttive: verificare se la regola probatoria *ex art. 2697 c.c.* e i vari fenomeni che, in modi diversi, intervengono a “modificare” e “manipolare” quella regola rispondano tutti a una *ratio* “comune”.

Come illustrato nel cap. I, già all’epoca dell’antico processo romano, valutazioni basate su massime di esperienza, ragioni di opportunità, criteri di vita pratica, inducono ad addossare la prova, in prima battuta, all’attore. Un costume, poi sintetizzato nel noto brocardo «*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*». L’idea primitiva è che chi afferma un fatto ha l’onere di provarlo. Più precisamente: all’attore spetta dimostrare il fatto affermato a fondamento dell’*actio*; al convenuto quello posto a base dell’*exceptio*. Tale regola sopravvive durante il periodo intermedio per essere poi accolta nel *Code Civil* del 1804, e, per tramite di esso, entrare a far parte del nostro ordinamento.

La circostanza che la regola dell’onere della prova sia rimasta immutata nel corso dei secoli è stata letta come indice di una diffusa tendenza a riconoscere in essa la sintesi del bilanciamento degli interessi, pubblici e privati, coinvolti nel processo. Parimenti, però, è emerso che conformarsi a una rigida applicazione del disposto di cui all’art. 2697 c.c., se per un verso assicura prevedibilità e certezza del diritto, per altro verso risulta incapace di adattarsi e modularsi in ragione delle molteplici peculiarità che possono caratterizzare il singolo caso concreto.

I rischi connessi alla rigidità insita nella regola citata sono parsi da subito chiari al legislatore che è intervenuto a “modificarla” ed attenuarla inserendo, in numerosi settori del diritto civile, una serie di disposizioni (probatorie) specifiche. In questa logica sono nate presunzioni legali *iuris tantum* – affrontate

nel cap. II – che, come noto, hanno appunto l'effetto di dispensare colui a favore del quale sono previste dall'onere della prova, determinando un'inversione della regola di cui all'art. 2697 c.c.

Questo, ad esempio, il caso delle presunzioni dettate in tema di proprietà dagli artt. 880, 881, 897 e 899 c.c., quelle previste in materia di possesso dagli artt. 1141, 1142 e 1143 c.c. o dall'ipotesi di cui all'art. 1237, c. 2, c.c. Tale norma ricollegando, fino a prova contraria, alla consegna volontaria della copia del titolo di credito (redatto in forma pubblica) la liberazione del debitore, è volta ad agevolare quest'ultimo. In un eventuale processo, spetterà infatti al creditore provare che la restituzione non vi fu oppure non fu volontaria (sottrazione, sostituzione con altro documento rinnovato).

L'analisi delle "eccezioni" individuate dal legislatore è poi proseguita soffermandosi su alcune norme particolari di ripartizione dell'onere della prova, solo in apparenza sovrapponibili alle presunzioni relative. Emblematico il caso dell'art. 1218 c.c. ove, più che una presunzione di colpa del debitore inadempiente, è stabilita l'attribuzione del carico probatorio in capo al convenuto. La "modificazione" dell'onere della prova sembra invero dipendere dalla qualificazione giuridica di fatto impeditivo attribuita all'assenza di colpa. Ne consegue che imporre al convenuto l'onere di provare la «non imputabilità a sé dell'inadempimento», a ben vedere, altro non è che una conferma dell'operare della regola generale di cui all'art. 2697 c.c.

Parzialmente diverso è stato l'esito dell'indagine condotta nel settore dell'illecito aquiliano. In ambito extracontrattuale si è riscontrato che, al fine di facilitare la posizione dell'attore-danneggiato, il legislatore ha talvolta persino previsto uno spostamento – se non un ampliamento – del *thema probandum*. Il contenuto della prova liberatoria richiesta al convenuto-danneggiante consiste,

infatti, non solo nel dimostrare l'assenza di colpa, ma (anche) nel provare una serie di circostanze diverse ed ulteriori, elencate negli artt. 2047 ss. c.c.

A titolo esemplificativo, per sottrarsi al risarcimento del fatto illecito provocato dai figli minori o con loro conviventi, l'art. 2048 c.c. impone ai genitori di dimostrare di aver fatto «*tutto il possibile per evitare il danno*». La predisposizione di una prova liberatoria così severa – assenza di *culpa in educando*, oltre che di *culpa in vigilando* – pare riconducibile a una specifica finalità: consentire al danneggiato di ottenere un ristoro anche ove il danno sia stato prodotto dalla condotta di un minore che, come tale, non sempre è tenuto a risponderne.

Dall'esame delle diverse ipotesi di “modificazione” legislativa della regola di cui all'art. 2697 c.c. è emerso che le relative disposizioni che le contengono – siano esse presunzioni legali o norme particolari di ripartizione dell'onere della prova – si configurano (tutte) quali strumenti di protezione dei soggetti in indubbia posizione di debolezza nello svolgimento del rapporto sostanziale o che, in ambito processuale, incontrerebbero una serie maggiore di difficoltà probatorie.

L'indagine è quindi proseguita, nel cap. III, analizzando i fenomeni di “manipolazione” giurisprudenziale della regola dell'*onus probandi*. La volontà di offrire protezione a istanze di giustizia qualificate dalla presenza di interessi meritevoli di tutela ha indotto la giurisprudenza di legittimità ad andare oltre la propria funzione nomofilattica, creando presunzioni che finiscono, di fatto, per porsi sullo stesso piano delle presunzioni legali.

Così, ad esempio, muovendo dalla massima di esperienza secondo cui il denaro è normalmente impiegato in forme remunerative, la Suprema Corte ha per lungo tempo attribuito al creditore di obbligazioni pecuniarie, sul mero presupposto della propria qualità soggettiva di risparmiatore, quasi

automaticamente il diritto a ottenere, oltre al pagamento degli interessi, anche il risarcimento del c.d. maggior danno. Si tratta nuovamente di un intervento dettato da scelte di politica del diritto, sulla base di una valutazione comparata degli interessi concreti delle parti coinvolte.

È stato poi osservato che, talvolta, le presunzioni giurisprudenziali si basano su situazioni di mera verosimiglianza o valutazioni di probabilità del fatto da provare. Prendendo atto che, posta la limitatezza della conoscenza umana, il permanere del dubbio nella mente del giudice è qualcosa di fisiologico – e dunque ineliminabile – il ricorso a *standard* valutativi meno rigorosi è parso apprezzabile anche in termini di giustizia della decisioni. In certi casi, in effetti, seppur non certo potrebbe tuttavia essere verosimile e probabile che sussistano buone ragioni per ritenere provato ad esempio il fatto costitutivo della domanda attrice. Fare comunque ricorso alla regola di giudizio *ex art. 2697 c.c.* respingendo la domanda anche ove risulti altamente probabile (ossia quasi certa) la fondatezza della stessa, equivale a distruggere *in toto* il processo di avvicinamento alla verità che, benché solo in parte, era stato compiuto.

Il cap. IV è stato dedicato all'esame di uno dei più noti arresti giurisprudenziali in materia, ovvero la sentenza a Sezioni Unite n. 13533 del 2001, cui si deve l'ingresso definitivo nel nostro ordinamento del principio di «vicinanza» o «riferibilità» della prova. In realtà, tracce dell'idea di attribuire alla parte che si trova «più vicino» a una prova il compito di fornirla, pena il rischio connesso alla mancata dimostrazione del fatto cui tale prova è preordinata, si rinvengono già nel XII secolo.

È però grazie alla pubblicazione della citata pronuncia che entra davvero a far parte del diritto vivente il principio in forza del quale le regole sull'onere della prova devono essere interpretate sulla base di criteri di «ragionevolezza», con la conseguenza che in materia di responsabilità contrattuale, è «ragionevole» porre

in ogni caso – e, dunque, quale che sia la pretesa azionata – il carico probatorio in capo al debitore. Ciò sul rilievo che l'inadempimento è fatto prodottosi nella sfera di organizzazione e controllo del debitore; di conseguenza, è più facile per costui provare il proprio inadempimento che per il creditore dimostrare l'altrui inadempimento. Un'affermazione, quella delle Sezioni Unite, che sembra sottendere un attento bilanciamento tra i diritti costituzionali di azione e di difesa.

L'analisi delle tendenze giurisprudenziali successive ha poi confermato che il principio «di vicinanza» trova frequente applicazione anche in settori diversi da quello della responsabilità del debitore, caratterizzati dalla presenza di un soggetto forte e uno debole del rapporto sostanziale. In materia di responsabilità medica, ad esempio, attraverso l'alleggerimento del carico probatorio gravante sul paziente-danneggiato, la Cassazione ha dichiaratamente perseguito esigenze di giustizia ed equità in rapporto al caso concreto.

La comparazione con altri ordinamenti ha indotto a soffermarsi sul sistema spagnolo; sistema ove quello che da noi rappresenta ormai un «principio cardine dell'ordinamento» ha ricevuto espresso riconoscimento anche a livello normativo, per tramite della riforma del processo attuata nell'anno 2000. Il vigente art. 217, ap. 7., della *Ley de Enjuiciamiento Civil* stabilisce, infatti, che nell'applicare la *carga de la prueba*, il giudice deve tener presente la «*disponibilidad y facilidad probatoria*», con riferimento a ciascuno dei contendenti. Tale disposizione, lungi dal voler legittimare arbitri giudiziari o incertezze del diritto, è volta ad assicurare un'applicazione flessibile e dinamica della regola di giudizio, in un'ottica di valorizzazione delle peculiarità del caso concreto. Una necessità, questa, che – come visto – è avvertita anche in Latino-America, dove, già a partire dagli anni '90 del secolo scorso, iniziava a diffondersi la dottrina denominata «*cargas dinámicas de la prueba*».

Nell'ultimo capitolo, il V, l'attenzione è stata concentrata su diverse forme di "intrusione" che l'autonomia privata può esercitare sulla regola dell'onere della prova. Ciò ha consentito di esaminare i limiti richiesti dall'art. 2698 c.c. affinché il patto di deroga della regola di giudizio risulti valido ed efficace. In particolare, è risultato interessante approfondire la previsione codicistica secondo cui i patti di inversione o modificazione della dell'onere della prova sono validi a condizione che non determinino, per una delle parti, un'«eccessiva difficoltà nell'esercizio del diritto». Tale previsione pare infatti anch'essa ispirata a una logica di protezione (d'avanguardia) del soggetto che si trova in una posizione contrattuale più debole.

È stato inoltre osservato che la caratterizzazione dell'art. 2697 c.c. quale «norma in bianco» fa sì che la determinazione del *thema probandum* sia direttamente connessa all'effetto giuridico richiesto; e, dunque, al contenuto della domanda. Ne deriva che la strategia difensiva scelta dalla parte, la cui prima manifestazione si ha nell'onere dell'allegazione, assume un ruolo decisivo nella "gestione" del rischio probatorio. Prospettare una certa ricostruzione dei fatti, ancorando il titolo della domanda a una determinata disposizione, può invero rivelarsi vantaggioso in termini di ripartizione del rischio della mancata prova.

I ragionamenti svolti nel corso dell'indagine consentono, pertanto, di concludere che, nonostante sia frequente l'affermazione secondo cui il «principio di vicinanza» rappresenta un'eccezione alla regola generale in materia di prova, in realtà, il disposto di cui all'art. 2697 c.c. è proprio espressione di quel principio. Attribuire all'attore la prova dei fatti costitutivi della pretesa e al convenuto la dimostrazione dei fatti modificativi, estintivi e impeditivi dell'effetto giuridico dei primi significa, infatti, attribuire a ciascuna parte l'onere della prova dei fatti che, naturalmente, si trovano a quella "più vicini"; e, come tali, sono più agevoli da provare. Analogamente, un principio che suggerisce di distribuire in maniera elastica e dinamica l'*onus probandi*, in ragione di possibili squilibri tra le

posizioni sostanziali dei contendenti, equivale a far sì che il rischio della mancata prova ricada sempre sulla parte in grado di evitarlo con minori difficoltà.

Riguardo poi la fonte che interviene sulla regola dell'onere della prova, può osservarsi che le “modificazioni” legali, in quanto previsioni generali e astratte, costituiscono una garanzia di oggettività, assente, invece, nelle “manipolazioni” giurisprudenziali. Ciò nonostante, come visto, entrambi i fenomeni “adeguatori” meritano di essere apprezzati, in quanto finalizzati ad evitare che un'applicazione rigida della regola generale – lontana dalle esigenze del caso concreto – possa condurre all'impossibilità per una parte di provare le proprie ragioni, con conseguente rigetto di una pretesa fondata.

Del resto, la mancanza nel nostro ordinamento di una fase di *pre-trial* o *discovery* analoga a quella caratterizzante i sistemi di *common law*, mette in evidenza che attribuire alle parti ruoli probatori drasticamente predeterminati, può talvolta tradursi in un (ingiusto) diniego di giustizia.

In conclusione, sembra dimostrata la tesi iniziale secondo cui vi è identità tra la *ratio* giustificativa del disposto di cui all'art. 2697 c.c. e quella sottesa alle diverse ipotesi di “modificazione” e “manipolazione” dell'*onus probandi*. Sia la regola generale in materia di prova, sia i diversi fenomeni “adeguatori” di tale regola sono espressione di un più ampio principio – quello di vicinanza della prova – che assicura una soluzione delle controversie rispondente a un bilanciamento tra interessi concreti delle parti coinvolte, per definizione in conflitto.

BIBLIOGRAFIA

A

- AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore. Artt. 1490-1499*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012
- ALLORIO, *Forma e prova scritta nel pagamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, II, 202
- ALLORIO, *Per una teoria dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 192 ss.
- ALPA, *Controllo legislativo e controllo giudiziale dei contratti-standard. Il modello dell'Unfair Contract Terms Act*, 1977, in BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, I, Milano, 1979, I, 238
- ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 2001
- ALPA, *Un nuovo intervento della Corte di Cassazione in tema di rivalutazione monetaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 236
- ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, I e II, Milano, 1997
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1964
- ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig.*, XIII, Torino, 1966, 767
- ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 289
- ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, 2007, 4
- ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, 5^a ed., Padova, 2013
- ASTUTI, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in *Annali di Storia del Diritto*, XIV-XVII, 1970-1973.
- AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932

B

- BALENA, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 32
- BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile (Un primo commento della l. 18 giugno. 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 749
- BALZER, *Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess*, Berlin, 2011
- BARBERO, *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, 572
- BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962
- BELLISARIO, *Sub. art. 120*, in ALPA-ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 761
- BENEDETTI A.M., voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, 374
- BENEDETTI A.M., *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, 5 ss.

- BENEDETTI A.M., *L'abuso dei (e nei) rimedi contrattuali*, in VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Padova, 2016, 83-89
- BENEDETTI A.M., *Il testamento dell'incapace naturale*, in BENEDETTI A.M.-PAGLIANTINI, *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, Napoli, 2013, 65-92
- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 17
- BENTHAM, *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di BOWRING, Edinburgh, 1843
- BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953
- BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1120
- BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383
- BESSONE, *La ratio legis dell'art. 2048 c.c. e la responsabilità civile degli insegnanti per il fatto illecito dei minori*, in *Foro pad.*, 1981, 330.
- BESSONE, *La ratio legis dell'art. 2053 c.c. e i principi di responsabilità oggettiva per danni causati da rovina di edificio*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 52
- BETTI, *Ancora sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, 249
- BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936
- BETTI, *Ricognizione di debito e promessa di pagamento secondo il nuovo codice*, in *Temi emil. (Studi in memoria di Segré)*, 1943, II, 147
- BETTI, *Su di una pretesa inversione dell'onere della prova per fatto concludente*, in *Giur. it.*, 1950, I, 262
- BIANCA, *Diritto civile, V, Responsabilità*, Milano, 2012
- BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Artt. 1218-1219*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1979, 175 ss.
- BIANCA, *Il Contratto*, Milano, 1984
- BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979
- BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993
- BITETTO, *Responsabilità da prodotto difettoso a passo di gambero*, in *Danno e resp.*, 2007, 1220
- BOCCAGNA, *Le modifiche al primo libro del c.p.c.*, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 35
- BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Camerino, 1982
- BOLDING, *Aspects of the Burden of Proof*, in *4 Scandinavian Studies in Law*, 1960, 2 ss.
- BONGIORNO, voce *Accordo processuale*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988
- BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, Bologna, 1990
- BONNECASE, *La pensée jur. française*, Bordeaux, 1933, I, 509

BOVE, *La riforma della procedura*, in BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, 199

BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982.

BRANCA, *Promesse unilaterali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1962

BRIZZI, *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Dir. lav.*, 2003, II, 131

BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913

BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1991

BUSNELLI, *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999;

BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011

C

CABAÑAS GARCÍA, *Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil*, en *Actualidad Civil*, 1996-2, 349

CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983

CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 46

CALAMANDREI, *Massime di esperienza in Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 126

CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 165

CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 179

CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)* in *NLCC*, 2017, 453

CAMILLETTI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004

CAMMEO, *Lezioni di proc. civ. alla R. Università di Padova. Anno Accademico 1909-1910*

CAMPITELLI, voce *Presunzione (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 260

CANDIAN, voce *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 988

CANNATI, *Sul lavoratore non grava l'onere della prova circa l'esistenza del requisito dimensionale previsto dall'art. 18 St. lav.*, in *Riv. dir. lav.*, 2007, II, 215.

CAPONI, *Autonomia privata e processo: gli accordi processuali*, in *AA.VV., Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, 99

CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 523 ss.

CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Costituzione e “due process of law clause”)*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284

CAPPELLETTI, *Iniziative probatorie del giudice e basi giuridiche della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 407

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, I, Milano, 1962

CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto contemporaneo*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1966, 66.

CARAVAGLIOS, *La Cassazione si è pronunciata sull’incompatibilità tra regime di separazione dei beni e presunzione muciana*, in *Corr. giur.*, 1996, 407

CARAVAGLIOS, *La presunzione muciana supera l’esame della Consulta*, in *Corr. giur.*, 1995, 1138

CARIGLIA, *La ripartizione dell’onere della prova nelle azioni di accertamento negativo*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 701

CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013

CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell’onere di allegazione e dell’onere della prova*, in *Contr. e impr.*, 2002, 6, 100

CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell’onere di allegazione e dell’onere della prova*, in *Contr. e impr.*, 2002, 100

CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1942, 235

CARNELUTTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2^a ed., Roma, 1936.

CARNELUTTI, *Diritto romano: parte generale*, Padova, 1935.

CARNELUTTI, *Dovere giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, XIV, 57.

CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 106.

CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1951

CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947

CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992

CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Milano, 1936

CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 743

CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940.

CARNELUTTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950

CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *I contratti*, 2002, 118 ss.

CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1979

CARPI, *Introduzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 2

CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995

CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 27

CASTELLARI, *Volontà ed attività nel rapporto processuale civile*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, 356

CASTIGLIA, *Silenzio*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992

CATTANI, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi alle spettanze richieste dal lavoratore*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1909

CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 725

CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991

CAVALLONE, *In difesa della veriphobia ecc.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1

CEA, *Il principio della non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, I, 2019

CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268

CEA, *La non contestazione dei fatti e la Corte di cassazione: ovvero di un principio poco amato*, in *Foro it.*, 2005, I, 1, 727

CENDON-ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 757

CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano, 1993

CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984

COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977

COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 200

COMOGLIO L.P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319

COMOGLIO L.P., *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, 1043

COMOGLIO L.P., *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1063

COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, Torino, 2010

COMOGLIO L.P., *Le prove*, in *Tratt. Rescigno*, vol. XIX, Torino, 1985, 212

COMOGLIO L.P., *Sub Art. 2697 c.c.*, in *Comm. Alpa-Mariconda*, II ed., Milano, 2013, 2963

COMOGLIO L.P., *Sub Art. 2698 c.c.*, in *Comm. Alpa-Mariconda*, II ed., Milano, 2013, 2993 ss.

COMOGLIO L.P., *Valori etici e ideologie del "giusto processo"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 899

COMOGLIO L.P., voce *Allegazione*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 278

COMOGLIO P., *Contumacia e mancata contestazione, nel processo societario, dopo la parziale incostituzionalità dell'art. 13, comma 2°, d. lgs. 17.1.2003, n. 5: tanto rumore per nulla?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 387

COMOGLIO P., *L'accertamento negativo cautelare*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, 295

COMPORTE, *Esposizione al pericolo e responsabilità oggettiva*, Napoli, 1965

COMPORTE, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte. Artt. 2044-2048*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002

COMPORTI, *Le presunzioni di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 615
 CONFORTINI, *Posizioni della dottrina e della giurisprudenza italiane sul tema della messa in commercio di prodotti (difettosi e)*, in *Resp. civ. e prev.*, 1977, 544
 CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Un. Palermo, 1920
 CONSOLO, *Diritto civile e diritto processuale ovvero di un «gemellaggio» a rischio (quasi in un Vesperbild)*, in ROPPO-SIRENA (a cura di), *Il diritto civile e gli altri*, Milano, 2013, 355
 CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2010
 CONTI, *La Cassazione si pronuncia per la prima volta sul regime transitorio in tema di clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 2000, 1219
 COPPO, *La prova del nesso nei giudizi per omessa diagnosi prenatale*, in *Giur. it.*, 2014, 1578
 CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959,
 CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000
 CORDOPATRI, *Presunzione (Teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, 300
 CORTÉ DOMÍNGUEZ – MORENO CATENA, *Derecho Procesal civil: parte general*, 8ª ed., Valencia, 2005
 CORTÉ DOMÍNGUEZ, *Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba*, en *Rev. der. proc. iberoamer.*, 1972, 582
 COTTINO, voce *Caso fortuito*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 377
 CHIARLONI, *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2009, 403
 CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 129
 CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2009, 403
 CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1013
 CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 595
 CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 843
 CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1936
 CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, Roma
 CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965
 CHIOVENDA, *Romanesimo e Germanesimo*, in *Saggi di Dir. Proc. Civ.*, I, Roma, 1930, 214
 CHIOVENDA, voce *Azione di mero accertamento*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1937
 CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 45

D

- D'ALESSANDRO, *Onere della prova e legge applicabile*, in BOVE (a cura di), *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, 181 ss.
- D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, Napoli, 1999
- D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732
- D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996
- D'ANGELO, voce *Promesse unilaterali*, in *Dig. civ.*, XV, Torino, 1997, 428
- DALLA BONTÀ, *Divorzio transfrontaliero e domande connesse nel diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1488
- DALLA BONTÀ, *La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introduttivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 141
- DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva* (vers. it. a cura di TARUFFO), Bologna, 2003
- DAMÍAN MORENO, *Comentarios a la LEC*, op. col., coord. por LORCA NAVARRETE, Valladolid, 2000
- DANOVI, *La prova contraria*, Milano, 2004
- DE ANGELIS, *La tutela processuale contro le discriminazioni sessuali in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, 4
- DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 567
- DE CUPIS, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971
- DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979
- DE FANO, *Negativa qualiter probanda*, in AA.VV., *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus*, IV, Venezia, 1584
- DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2002
- DE MARIA, *Delle presunzioni. Artt. 2727-2729*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014
- DE MARTINO, *La giurisdizione di diritto romano*, Padova, 1937
- DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612.
- DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno e resp.*, 2005, 26.
- DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Milano, 1995
- DE NOVA, *Accordi delle parti e decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 59
- DE SARLO, *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, in *Archivio giur.*, CXIII, 1935, 199
- DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959

DE TOMMASO, *La prova dei fatti giuridici in genere*, in AA.VV., *Le prove civili – Manuale di casistica giuridica*, (diretto da LONGO), Torino, 1977, 68

DECOTTIGNIES, *Présomptions en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1950

DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 111

DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Tratt. Roppo*, V, Milano, 2006

DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 265

DENTI, *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983

DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 75

DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei paesi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 47

DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 31 ss.

DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 29

DENTI, *Scientificità della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 432

DI MAJO, *Il danno da svalutazione monetaria tra prove presuntive e regole di giudizio*, in *Corr. giur.*, 2008, 1555

DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 446

DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2015

DI MAJO, voce *Promessa unilaterale (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 57

DI PALMA, *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability*, in *Corr. giur.*, 2008, 811

DÍAZ FUENTES, *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Tratamiento y práctica*, 2^a ed., Barcelona, 2004.

DIEDERICHSEN, *Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislat und Anscheinsbeweis*, in *VersR*, 1966, 211

DOMAT, *Le leggi civili disposte secondo il loro ordine naturale*, Firenze, 1834

DONATUTI, *Le «praesumptiones iuris» come mezzi di svolgimento del diritto sostanziale romano*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1976

DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in diritto romano (loro origine)*, in *Ann. Perugia*, 1931, 1

DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011

DONDI *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 440

DONDI, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 529

DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985

DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in AA. VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 465
 DONDI, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della L. 23-3-2001, n. 89)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 62
 DONDI, voce *Abuso del processo*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 1
 DONDI-ANSANELLI, *Giustizia civile e problemi del giusto processo*, in *Pol. dir.*, 2007, 1
 DONDI-ANSANELLI-COMOGLIO P., *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano, 2015
 DONDI-GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 193
 DRAGONE, *Le S.U., la “vicinanza della prova” e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, 698

E

EKELÖF, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, in *ZZP*, 1962, 289
 EKELÖF, *Free Evaluation of Evidence*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1964, 47

F

FABBRINI, voce *Presunzioni*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1998, 279
 FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1335
 FADDA e BENZA, *Note a Windscheid, I, Delle Pandette*, Torino, 1926
 FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid, 2006
 FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007
 FERRERI, *Requisito dimensionale e onere della prova*, in *D&L* 1999, 675
 FERRERO, *Dichiarazione espressa, dichiarazione tacita e autonomia privata*, Milano, 1974
 FERRI, *Le parti e il rischio del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 37
 FERRIER, *La preuve et le contrat*, in *Mélanges dédiés à Michel Cabrillac*, Paris, 1999, 105
 FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2007
 FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004
 FINZI, *Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, 156
 FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma 1915
 FLEMING, *Burdens of proof*, in *Virginia L. Rev.*, 1951, 51 ss.
 FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966
 FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993
 FRANZONI, *Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*, in *Danno e resp.*, 1997, 452
 FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, Padova, 1988

FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948
FUSARO, *Note sulla direttiva comunitaria in tema di responsabilità del produttore*, in *Giur. comm.*, 1987, 131

G

GALANTINO, *Opzioni qualificatorie in tema di lavoro familiare*, in *Dir. lav.*, 1999, I, 262
GALGANO S., *Violenza nel consenso e matrimonio putativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1921, 439
GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 4^a ed., Padova, 2004
GALGANO, voce *Vendita (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, 495
GARBERÍ LLOBREGAT – BUITRÓN RAMÍREZ, *La prueba civil – Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2004
GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, Madrid, 1982
GAVAZZI, *L'onere tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1985
GHESTIN-GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1994
GHEZZI, *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, Milano, 1960
GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012
GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012
GIAMPICCOLO, *Le dichiarazioni recettizie*, in *Enc. giur.*, XII, Milano, 1965, 384
GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 778
GIANTURCO, Appendice ai §§ 1144, 1156 delle *Pandette* del GLÜCH, Libro XXI, Milano, 1906
GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2007
GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 240
GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547
GIULIANI, *Il concetto classico di prova: la prova come «argumentum»*, in *Jus*, 1960, 425
GIULIANI, *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961
GORGONI, *Alla ricerca della (prova) della causa del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1592
GORLA, *Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 24
GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 490
GRANATA, *Organizzazione di tendenza, contratto di lavoro subordinato e licenziamento individuale: il caso del telefono Azzurro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, 633

GRANDA, *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC*, en VV.AA., *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, 29
GRAZIANI, voce *Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991
GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile*, Milano, 2003
GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011
GRONDONA, *Il silenzio nella conclusione del contratto*, in *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, 119

H

HEDEMANN, *Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches*, Jena, 1904
HOFFMAN, *Der Anscheinsbeweis und die Lehre von der res ipsa loquitur*, Göttingen, 1985

I

INZITARI, *La terza sentenza delle sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1161
IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico. (Obbligo, onere)*, Napoli, 1973, 78

K

KASER, «*Praesumptio Muciana*», in *Studi De Francisci*, Milano, 1956
KOHLEK, *Zivilprozess und Konkursrecht*, in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, München, 1913
KOLLHOSSER, *Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung*, in *AcP*, 1965, 46

L

LA CHINA, voce *Norma (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 422
LAGARDE, *Verité et légitimé dans le droit de la preuve*, in *Droits*, 1966, 31
LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.*, 2002, I, 769
LATORRE, *Silenzio*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 543
LAURENT, *Principes*, XIX, n. 91, Paris, 1875
LEFEBVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nav.*, 1939, 176
LEONHARD, *Die Beweislat*, Berlin, 1926
LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano. Accesso giudiziale - Intervento istruttorio - Presunzioni*, Libro IX, Firenze, 1902
LESSONA, *Teoria delle prove*, I, Firenze, 1895
LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, Torino, 1927
LEVY, *La formation de la théorie romaine des preuves*, in *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, 31

LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551
 LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azioni in eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 450
 LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1992
 LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, in *Riv., dir. proc.*, 1948, III, 1, 154 ss
 LIEBMAN, *Proposta per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 461
 LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967
 LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999
 LOMONACO, *Delle obbligazioni*, Torino, 1908
 LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2009
 LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2006

M

MAIORCA, voce *Colpa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 535
 MAJELLO, *Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore e valutazioni del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria*, in *Dir. e giur.*, 1960, 44
 MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016
 MARCADÉ, *Spiegazione del Codice Napoleone*, Palermo, 1858
 MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1565
 MARICONDA, *Risarcimento del danno e onere della prova*, in *Corr. giur.*, 1996, 541
 MARICONDA, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*, in *Corr. giur.*, 1993, 572
 MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, in *Corr. giur.*, 1998, 784
 MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale: profili comparatistici e processuali*, Torino, 2012
 MARINONI – MITIDERO, *O projecto do CPC*, São Paulo, 2010
 MARINONI, *Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, 15
 MARTORANO, *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti difettosi*, in *Foro it.*, 1966, I, 13
 MASSETANI, *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it.*, 1989, I, 840
 MAZZIOTTI, *In tema di prestazioni di lavoro tra familiari e tra conviventi more uxorio*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, II, 464
 MAZZOTTA, *La terra è piatta? Forse... (A proposito di licenziamento disciplinare illegittimo e sanzioni conseguenti)*, in *Foro it.*, 1994, I, 2076
 MC CORMICK, *On Evidence*, 5^a ed., Eagan, Minnesota, 1999

MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Studi in onore di Fazzalari*, III, Milano, 1993

MENGHINI, *Lavoro gratuito e volontariato*, Milano, 1989

MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975

MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi": studio critico*, Milano, 1954

MEOLI, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349

MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti e oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1064

MICHELI, «Exceptio plurium concubentium» ed onere della prova, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, I, 341

MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942

MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di dir. civ. it.* (diretto da VASSALLI), VII, Torino, 1957

MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, Torino, 1968

MIRANDA, *Licenziamenti individuali ed onere della prova sul requisito dimensionale dell'impresa*, in *Giur. it.*, 2003, 456

MONTELEONE, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 130

MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, 6^a ed., I, Padova, 2012

MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 3^a ed., Madrid, 2002

MONTERO AROCA, *La prueba. Nociones generales (I)*, en MONTERO AROCA – GÓMEZ COLOMER – BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional II: proceso civil*, 22^a ed., Valencia, 2014

MONTERO AROCA, *Los principios generales del proceso*, en MONTERO AROCA – GÓMEZ COLOMER – BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I: parte general*, 22^a ed., Valencia, 2014

MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 65

MONTESANO, *Offerta della prova e inversione convenzionale dell'onere di prova*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 38

MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 1997

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748

MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, II, Milano, 1923

MOULY-GUILLEMAUD, *La sentence «nul ne peut se constituer de preuve à soi-même» ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, 253

MUGGIA, *Società collegate e onere probatorio sulle dimensioni dell'impresa: il formalismo come unico criterio interpretativo*, in *Dir. e lav.*, 2000, 160

MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil*, Barcelona, 2001

MUÑOZ SABATÉ, *Introducción a la probatica*, Barcelona, 2007

MUSIELAK, *Die Grundfragen des Beweisrechts*, München, 1984

MUSSI, *Quando il criterio della sufficiente probabilità scientifica diventa l'unico indice (presuntivo) della colpa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1134

N

NIEVA-FENOLL, *Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión*, in *Rev. der. proc.*, 2011, 91

NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974

NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010

O

OCCORSIO, *Cartella clinica e vicinanza della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1129.

OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian-Oppe-Trabucchi, III, Padova, 1992

ORLANDO CASCIO, *Teoria della responsabilità per colpa*, Milano, 1938

P

PALAZZO, *Le presunzioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 266

PALMIERI, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*, in *Foro. it.*, 2007, I, 2415

PANDOLFELLI-SCARPELLO-STELLA RICHTER-DALLARI, *Codice civile. Libro della tutela dei diritti illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1941

PARDOLESI, *Debiti di valuta, «danno da svalutazione» (e il disgorgement che non ti aspetti)*, in *Foro it.*, 2008, I, 2786

PARDOLESI-PONZANELLI (a cura di), *La responsabilità per danno da prodotti difettosi. Commentario al d.p.r. 24 maggio 1988, n.224*, in *Nuove leggi civ.*, 1989, 497

PATTI G.-PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993

PATTI, *Della prova testimoniale - Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2001

PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2015

PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in ROPPO-SIRENA (a cura di), *Il diritto civile e gli altri*, Milano, 2013, 311.

PATTI, *Funzione probatoria della forma, presunzioni e onere della prova: a proposito degli artt. 1988 e 1218 cod. civ.*, in *La forma degli atti nel diritto privato, Studi in onore di Giorgianni*, Napoli, 1988

PATTI, *Note in tema di lavoro familiare*, in *Nuovo dir. agr.*, 1977, 19

PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978

PATTI, *Ripartizione dell'onere probatorio, probabilità e verosimiglianza nella disciplina del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 705

PATTI, Sub. art. 2698 c.c. *Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2015

PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 149

PAZOS MÉNDEZ, *Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil*, en ABEL LLUCH – PICÓ I JUNOY, *Objeto y carga de la Prueba Civil*, Barcelona, 2007

PENNASILICO, *La dubbia costituzionalità della presunzione muciana tra Cassazione e Corte costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 630

PENNESI, *L'inosservanza dell'obbligo formativo nel contratto di formazione e lavoro: profili applicativi*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, 121

PESCATORE, *Logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 1883

PEYRANO, *Derecho Procesal Civil*, Lima, 1995

PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009

PICÒ I JUNOY, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1497

PICÓ Y JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003

PISTOLESE, *Prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova, 1935

POTHIER, *Oeuvres* (ed. Bugnot), Paris, 1861

POTHIER, *Traité de obligations*, Paris, 1761

PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, 604

PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e il principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, 3144

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 110

PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 49 ss.

PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265

PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241

PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991

PROTO PISANI, *La prova del "requisito dimensionale" ex art. 18 l. 300/70: un "grand arret" delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2006, I, 704

PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 77

PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002

PUGLIATTI, voce *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 156

PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento di debito*, in *Giur. it.*, 1948, I, 19

PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti. Diritto romano*, Camerino, 1985

PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, 2003, 478

R

RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni diritto civile italiano*, Torino, 1890

REGGI, voce *Presunzione (diritto romano)*, in *Enc. dir.* XXXV, Milano, 1986, 256

RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998

RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 217

RESCIGNO, *Status e capacità*, in PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, 21

RESTA, *La verità e il processo*, in *Pol. dir.*, 2004, 377

RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Annali della R. università di Macerata*, vol. XII, Talentino, 1938, 15 ss.

RICCA-BARBERIS, *I mezzi di prova in tavole sinottiche e l'onere del provare*, Torino, 1939

RICCI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 835

RICCI, *Premesse ad uno studio sulle prove atipiche*, Arezzo, 1990

RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1036

RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, 321

RICCI, *Trattato delle prove*, Torino, 1891

ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006

ROMANO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166

ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)* in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1996;

ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769.

ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001

ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Berlin, 1923

ROSS, *Social control*, New York, 1901

RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1971,

S

SACCO, in SACCO-DENOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3^a ed., Torino, 2004

SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 1

SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 399.

SACCO, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012, 1

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954

SAPONE, *Inesatto adempimento e riparto dell'onere probatorio: tra vicinanza della prova e presunzione di persistenza del diritto*, in *Giur. merito*, 2007, 971

SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940

SASSANI, *Commento all'art. 115*, in SALETTI-SASSANI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2009, 66

SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 401

SASSI-STEFANELLI, *Incapacità testamentarie. Artt. 591-600*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014

SATTA, voce *Accordo (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 300

SCACCHETTI, *La presunzione muciana*, Milano, 2002

SCALFI, *Considerazioni sulla responsabilità del vettore nel trasporto terrestre per la perdita a causa di furto delle cose trasportate*, in *Resp. civ. e prev.*, 1975, 471

SCALFI, *Risoluzione del contratto, I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 1991, *ad vocem*, 8

SCALISI, voce *Negoziato astratto*, in *Enc. del dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 77

SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989

SCODITTI, *Danni conseguenza e rapporto di causalità*, in *Foro it.*, 2000, I, 1917

SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sulla responsabilità dei padroni e dei committenti per il fatto dei domestici e dei commessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 170

SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, in RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, 674

SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 670

SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, 698

SEPE, *Maggior danno da svalutazione monetaria: una prospettiva finanziaria*, in *Foro it.*, 2008, I, 2786;

SERRA DOMÍNGUEZ, *La prueba de las obligaciones*, en *Comentarios al Código Civil*, t. XVI, vol. 2º, Madrid, 1991

SIRENA, *Possesso della cambiale da parte del debitore e presunzione di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 391

SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1939

SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 702

STARCK-ROLAND-BOYER, *Introduction au droit*, Paris, 2000

T

TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 83

TARUFFO, *Contro la veriphobia ecc.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 995

TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 411

- TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., *Il diritto privato - III L'abuso del diritto*, Padova, 1988, 435
- TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 533
- TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74
- TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1992
- TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009
- TARUFFO, *Le prove civili*, in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile I – Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2011, 439
- TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 733
- TARUFFO, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 1557
- TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389
- TARUFFO, *Recent and current reforms of civil procedure in Italy*, in TROCKER-VARANO (a cura di) *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005
- TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970
- TARUFFO, *Sub art. 2728 c.c.*, in *Comm. Cendon*, VI, Torino, 1991
- TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, suppl. al n. 3, 87
- TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 72
- TAVORMINA, *Profili dell'azione di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1015
- THAYER, *A preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, 1848
- TOMMASEO, *Delle prove*, in *Comm. UTET*, VI, Torino, 1991, 163
- TOSI, *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 191
- TOZZI, *L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 139
- TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010
- TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961
- TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in CIVINCINI-VENARDI (a cura di), *Quaderni di "Questione Giustizia"*, Milano, 2001, 36
- TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974

V

- VALLEBONA, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 809
- VALLEBONA, *L'onere della prova degli atti discriminatori*, in *Lav. e dir.*, 1989, 336
- VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988

- VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*, in *Riv. dir. lav.*, 2006, II, 440.
- VANZ, *Onere della prova e vicinanza della prova nelle liti IP*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, 175
- VASSALLI, *Matrimonio putativo*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, 350
- VELU, *La convention européenne des droits de l'homme et les garanties fondamentales des parties*, in *Civil litigation*, a cura di CAPPELLETTI-TALLON, Milano-New York, 1973, 326
- VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, in *Tratt. Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 87
- VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 719
- VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974
- VERDE, *Prova. b) Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579 ss.
- VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 601 ss.
- VINCENTI, *Recensione a Scacchetti, La presunzione Muciana*, Milano, 2002
- VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2008, 788
- VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987

W

- WACH, *Die Beweislat nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig, 1901
- WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, Bonn, 1986.
- WAGNER, *La preuve dans le droit des États-Unis*, (Extrait des Recueils de la Société Jean Bodin, t. XIX: *La preuve*) Brussels, 1963
- WILL, in *Le condizioni generali di contratto secondo la nuova legislazione tedesca: la loro disciplina nei rapporti interni e internazionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 77

Z

- ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 297
- ZINGALES, *Diritto alla prova, coerenza normativa e profili di incostituzionalità degli artt. 118 e 210 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 2128
- ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, London, 2003
- ZUFFI, *Sub art. 115*, in CONSOLO-DE CRISTOFARO (a cura di), *Codice di procedura civile. La riforma del 2009*, Milano, 2009
- ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, II, Tübingen, 1984