

# ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

Bramante, Cinque, Guerinoni, Hirata,  
Maniaci, Nurra, Ortu, Vacca

XXIII

2018

INSCHIBBOLETH



# ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

## ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

### *Direttore scientifico*

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

### *Vice Direttore scientifico*

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

### *Comitato di direzione*

Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Christoph SCHMID (Università di Brema); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona)

### *Comitato di redazione*

Dario FARACE (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo "USP"); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

### *Comitato dei revisori*

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”)

### *Segreteria di redazione*

Carlo ATTANASIO; Roberta BENDINELLI; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Maria Teresa NURRA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: [www.archiviogiuridicosassarese.org](http://www.archiviogiuridicosassarese.org).  
Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

*Prima serie:* Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.  
*Seconda serie:* Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019. Periodicità: semestrale.

ISSN Print: 2240-4856

ISSN on line: 2240-4864

© 2019, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: [info@inschibbolethedizioni.com](mailto:info@inschibbolethedizioni.com). Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: [rivista@archiviogiuridicosassarese.org](mailto:rivista@archiviogiuridicosassarese.org). Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo unico 2018 pubblicato on line il 20 dicembre 2019.

## INDICE

### *Saggi*

MARIA VITTORIA BRAMANTE, *Contributo allo studio del calmiere di Diocleziano. Origo e qualitas rerum venalium* p. 11

ALBA CINQUE, *Le strategie di prevenzione e risoluzione della lite elaborate dalla dottrina francese: Les modes alternatifs de règlement des litiges (M.A.R.L.)* p. 79

ALESSANDRO HIRATA, *Sachidentität und tignum iunctum bei Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8* p. 89

ARTURO MANIACI, *Chi deve provare cosa. Distribuzione del carico probatorio e strategie difensive* p. 99

MARIA TERESA NURRA, *Profili risarcitori e assicurativi in tema di inondazioni* p. 151

ROSANNA ORTU, *La Vestale Massima Flavia Publicia: un'imprenditrice nell'antica Roma?* p. 169

ALESSIA VACCA, *Right to a Healthy Environment? Transparency, Sustainable Development and Climate Change in the Energy Law Sector* p. 183

### *Rassegne*

EZIO GUERINONI, *I contratti bancari: appunti sulle fonti* p. 211

*Saggi*

# Chi deve provare cosa. Distribuzione del carico probatorio e strategie difensive\*

Arturo Maniaci

*Sommario:* 1. Premessa: l'importanza delle regole probatorie ai fini della elaborazione di una strategia difensiva. – 2. Processo e verità: 15 argomenti contro-epistemici. – 2.1. Primo argomento contro-epistemico: la tecnica giuridica della fattispecie. – 2.2. Secondo argomento contro-epistemico: il principio dispositivo. – 2.3. Terzo argomento contro-epistemico: il sistema delle preclusioni istruttorie. – 2.4. Quarto argomento contro-epistemico: i divieti e i limiti legali di alcuni mezzi di prova tipici. – 2.5. Quinto argomento contro-epistemico: la salvaguardia di interessi e valori ritenuti preminenti. – 2.6. Sesto argomento contro-epistemico: le prove legali. – 2.7. Settimo argomento contro-epistemico: le prove illegali. – 2.8. Ottavo argomento contro-epistemico: le prove c.d. innominate (o atipiche). – 2.9. Nono argomento contro-epistemico: il divieto di scienza privata del giudicante. – 2.10. Decimo argomento contro-epistemico: il principio del contraddittorio. – 2.11. Undicesimo argomento contro-epistemico: le tecniche di conservazione delle prove orali. – 2.12. Dodicesimo argomento contro-epistemico: la cosa giudicata (o il giudicato). – 2.13. Tredicesimo argomento contro-epistemico: il funzionamento del processo. – 2.14. Quattordicesimo argomento contro-epistemico: il ruolo dell'avvocato. – 2.15. Quindicesimo argomento contro-epistemico: l'onere della prova come regola di giudizio. – 3. Se quello della prova sia un onere: chi afferma e non prova, soccombe? – 4. La regola di giudizio stabilita dall'art. 2697 cod. civ.: portata e limiti – 5. (Segue) Le deroghe legali e giurisprudenziali. – 6. (Segue) Un criterio succedaneo o alternativo: la c.d. vicinanza della prova. – 7. Conclusioni.

## *1. Premessa: l'importanza delle regole probatorie ai fini della elaborazione di una strategia difensiva*

Chi deve provare cosa. Quello che nel linguaggio dei giuristi viene convenzionalmente espresso dal sintagma «onere della prova», oltre ad essere già stato considerato come «una fra le più fini costruzioni concettuali del pensiero

\* Lo scritto è parte integrante di un volume collettaneo dal titolo *Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, destinato ad essere pubblicato nel 2020 per i tipi di Giuffrè Francis Lefebvre.

giuridico»<sup>1</sup>, è stato additato, in tempi più recenti, come uno «tra i problemi più complessi tra quanti sorgono nell'ambito del diritto processuale»<sup>2</sup>: ne sono, infatti, controversi il fondamento, il significato, la portata, le articolazioni, i limiti e financo la nozione<sup>3</sup>, come emergerà anche dalla lettura delle pagine che seguono.

Certo è che, condizionando (o comunque influenzando sul) l'esito di una controversia, le regole in materia probatoria determinano la "quotazione" delle azioni (intese qui, ovviamente, non come strumenti di investimento borsistico, ma come mezzi di accesso al giudizio).

A titolo meramente esemplificativo, osserviamo in proposito che l'azione di rivendicazione della proprietà registra un "ribasso" rispetto all'azione di reintegrazione del possesso, perché la prova dell'acquisto della proprietà a titolo derivativo è reputata estremamente rigorosa<sup>4</sup>, tant'è che la giurisprudenza ha cercato in vari modi di attenuare quella che tradizionalmente viene chiamata la *'probatio diabolica'* gravante sul rivendicante la proprietà, a seconda delle particolarità della singola controversia e, segnatamente, della posizione o dell'atteggiamento processuale assunto dal convenuto (che non si limiti a trincerarsi dietro il comodo espediente del *'possideo quia possideo'*)<sup>5</sup>; nei casi in cui il rivendicante sia nel possesso legittimo del bene, poi, la giurisprudenza – sempre nell'ottica di agevolare sul piano probatorio l'attore proprietario – ha coniato una nuova azione, e cioè l'azione di accertamento della proprietà (che non ha finalità recuperatoria)<sup>6</sup>, così sconvolgendo quell'assetto apparen-

<sup>1</sup> K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Giuffrè, Milano 1970, p. 84.

<sup>2</sup> M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 228.

<sup>3</sup> Anche lo stesso concetto di prova è stato autorevolmente annoverato «tra i concetti giuridici [...] più difficili da definire» (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Foro, Roma 1951, p. 380). Sulle diverse accezioni di significato del lemma polisemico «prova» (oggetto, attività, mezzo, procedimento, risultato), v. E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, Vallardi, Milano 1921, p. 5.

<sup>4</sup> Da tempo si riconosce che la prova rappresenta «il maggiore scoglio» nella proposizione dell'azione di rivendicazione: S. FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, p. 55.

<sup>5</sup> Cfr., da ultimo, Cass. ord. 7 giugno 2018, n. 14734, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce "Proprietà (azioni a difesa)", n. 6; Cass. 14 dicembre 2016, n. 25793, *ivi*, 2016, voce cit., 4; Cass. 22 aprile 2016, n. 8215, *ivi*, 2016, voce cit., n. 5; Cass. 18 gennaio 2016, n. 694, *ivi*, 2016, voce cit., n. 3. Sottolinea che l'onere probatorio del rivendicante risulta «notevolmente attenuato» dalla prassi giurisprudenziale A. NATUCCI, *Rivendica e «probatio diabolica»*, in *Quadr.*, 1990, p. 527; *Id.*, *L'onere della prova nell'azione di rivendica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, p. 541; v. anche M. COSTANZA, *Azione di rivendica e onere della prova*, in *Giust. civ.*, I, 2010, p. 124, secondo cui tale temperamento sposterebbe l'equilibrio del contenzioso su un «piano di maggiore equità e correttezza».

<sup>6</sup> Cass. 30 dicembre 2011, n. 30606, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce "Proprietà (azioni a difesa)", n. 5; Cass. 18 agosto 2003, n. 12091, *ivi*, 2003, voce cit., n. 3; Cass. 9 giugno 2000, n. 7894, *ivi*, 2000, voce cit., n. 9; Cass. 4 dicembre 1997, n. 12300, *ivi*, 1997, voce cit., n. 9.



temente granitico dettato dal Capo IV del Titolo II del Libro III e basato su un «arsenale di azioni tipiche»<sup>7</sup>.

Un vero e proprio caso di *probatio diabolica* sembra essere diventato quello relativo alla domanda di addebito della responsabilità nei giudizi di separazione personale fra coniugi, in cui si richiede, *inter alia*, l'accertamento della sussistenza di un nesso di causalità fra la condotta integrante gli estremi di una grave violazione dei doveri coniugali lamentata e la situazione di intollerabilità della convivenza<sup>8</sup>: ecco perché la frequenza (della proposizione e, soprattutto, dell'accoglimento) delle domande di addebito è assai scarsa e da tempo si propone *de iure condendo* l'abrogazione dell'istituto dell'addebito<sup>9</sup>.

Del resto, sono proprio ragioni connesse a ostacoli di tipo probatorio quelle che stanno alla base di ipotesi di «abrogazione tacita» (*scilicet*, per via giurisprudenziale) di altri istituti, come il fondo patrimoniale, atteso che l'effetto cui aspira il costituente (o i costituenti), e cioè la protezione patrimoniale di certi beni o frutti (*arg. ex art. 170 cod. civ.*), viene per così dire annichilito da regole operazionali che esigono dal debitore interessato ad avvalersi del vincolo della inespropriabilità la prova della estraneità del debito ai bisogni della famiglia (ovvero, in subordine, la conoscenza di tale estraneità da parte del creditore): i giudici italiani offrono, infatti, una nozione talmente ampia di «bisogni della famiglia»<sup>10</sup> che risulta in concreto difficile ipotizzare un esempio (anche «di scuola») di debito assunto per esigenze extrafamiliari.

Viceversa, in altri casi è dato registrare un fenomeno di rivitalizzazione di strumenti il ricorso ai quali era prima obsoleto a causa di seri ostacoli sotto il profilo probatorio: così, l'inefficacia derivante da un'azione revocatoria ordinaria di atti a titolo oneroso, che finora il creditore era restio a promuovere, attese le difficoltà connesse alla prova dell'elemento soggettivo del *consilium fraudis* (in capo al debitore alienante) e della *scientia fraudis* (in capo al terzo acquirente), può oggi essere più agevolmente ottenuta avvalendosi del peculiare espediente del c.d. pignoramento revocatorio delineato dal nuovo (e per certi versi «mimetizzato») art. 2929-*bis* cod. civ., che sposta sul debitore esecu-

<sup>7</sup> A. GAMBARO, *La proprietà (Beni, proprietà, comunione)*, Giuffrè, Milano 1990, p. 364.

<sup>8</sup> Cass. 25 maggio 2016, n. 10823 (in *Fam. e dir.*, 2016, p. 1044 ss.) si sforza, infatti, di attenuare il rigore del principio, sottolineando significativamente che altrimenti si verserebbe in una ipotesi di *probatio diabolica*, vertente sul fatto che il matrimonio era felice sino alla vigilia dell'evento integrante la violazione dei relativi doveri.

<sup>9</sup> L. BALESTRA, *I presupposti della separazione giudiziale: l'intollerabilità della convivenza*, in G. Ferrando, *Separazione e divorzio*, nella *Giur. sist. Bigiavi*, I, UTET, Torino 2003, p. 273; C. RIMINI, *Separazione e divorzio: verso una riforma?*, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 482. L'abrogazione dell'istituto *de quo* è ora contemplata dal disegno di legge Atto S. 735 di riforma dell'affidamento condiviso, presentato nel corso della XVIII Legislatura.

<sup>10</sup> V. ad es. Cass. 11 luglio 2014, n. 15886, in *Giur. it.*, 2015, p. 577; Cass. 7 gennaio 1984, n. 134, in *Foro it.*, 1985, I, c. 558. La giurisprudenza finisce così per addossare «al debitore titolare del bene oneri probatori estremamente gravosi per escluderne l'assoggettamento all'azione esecutiva» (E. QUADRI, *Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, I, 2014, p. 132).

tato l'onere di reagire provando che l'atto dispositivo non era pregiudizievole per le ragioni creditorie<sup>11</sup>.

Un'azione, le cui "oscillazioni" hanno costantemente risentito del regime probatorio, è quella con cui il paziente (che si assume) danneggiato fa valere in giudizio la responsabilità (civile) in ambito sanitario: si può forse affermare che i vari interventi giurisprudenziali e normativi via via susseguiti negli ultimi anni (dal 1999 ad oggi), caratterizzati da diversità di vedute in ordine alla natura della responsabilità (ricondata, di volta in volta, nell'alveo contrattuale o extracontrattuale, ovvero – come emerge dalla scelta attuata dal legislatore con l'ultima riforma contenuta nella Legge 8 marzo 2017, n. 24, e cioè nella c.d. Legge Gelli-Bianco – all'una e all'altra, a seconda della qualità rivestita dal soggetto legittimato passivo nell'azione risarcitoria: professionista sanitario ovvero struttura medica o socio-sanitaria), siano stati mossi, anzitutto, da preoccupazioni e finalità di ordine probatorio<sup>12</sup>.

In ogni caso, se la qualificazione della natura di una certa azione comporta ricadute sul piano probatorio, è destinata inevitabilmente a mutare anche la considerazione della quantità e qualità della tutela somministrata dal sistema ordinamentale a una data situazione giuridica soggettiva: si pensi, ad esempio, all'azione di responsabilità precontrattuale, che soltanto negli ultimi tempi è stata ricondata dalla giurisprudenza di legittimità nell'alveo della responsabilità per inadempimento di un obbligo preesistente<sup>13</sup>, ovvero all'azione di responsabilità da attività di direzione e coordinamento svolta da parte di soggetti estranei alle dinamiche di potere della società etero-diretta (art. 2497 cod. civ.), in relazione alla quale si dibatte tuttora se ricorrano gli estremi di un'azione di responsabilità extracontrattuale ovvero se sia più corretto optare per una qualificazione in termini di responsabilità c.d. contrattuale<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Secondo A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 59/2016, terza e non ultima puntata della never ending story (sulle sofferenze bancarie)*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1338, la novella legislativa, oltre che (o più che) modificare gli oneri probatori, avrebbe ancor prima comportato un'inversione degli oneri di iniziativa processuale: dal creditore al debitore, appunto. Di «giudizio revocatorio invertito» discorrono anche D. CONCETTI-L. SARTORI, *Il nuovo art. 2929 bis c.c. tra tutela del ceto creditorio e certezza del diritto*, in *Notar.*, 2016, p. 145 ss.

<sup>12</sup> Sul tema, dopo la Legge Gelli-Bianco, v. in particolare S. BARONE, *L'onere della prova nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria alla luce della legge n. 24/2017*, in AA. VV., *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, a cura di C. Consolo, Giappichelli, Torino 2018, p. 1 ss.; A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, p. 217 ss.; U. SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1680 ss.

<sup>13</sup> Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, p. 2565 ss., con nota di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, anticipata da Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1227, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*. Sul tema, cfr., *ex multis*, C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1515 ss.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, p. 35 ss.

<sup>14</sup> Entrambe le opinioni sono per vero degnamente rappresentate in dottrina. Per la prima (extracontrattuale), v. ad es. F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. cod.*

In alcune occasioni, infine, un mutamento di indirizzo giurisprudenziale in punto a regime probatorio può influire sulla scelta dell'*an* e del *quomodo* dell'iniziativa processuale: si pensi, a titolo esemplificativo, alla questione della contestazione della genuinità del testamento olografo, in relazione alla quale è sopravvenuto un intervento nomofilattico e innovativo della Suprema Corte, secondo cui non sarebbe sufficiente il mero disconoscimento del documento, né sarebbe al contempo richiesta la proposizione di una querela di falso, ma è necessario chiedere in giudizio con apposita domanda l'accertamento negativo della falsità del testamento olografo<sup>15</sup>.

Già da questi rilievi si desume che l'elaborazione e l'organizzazione della strategia difensiva nel processo da parte di un avvocato passa anche, se non soprattutto, attraverso la conoscenza delle regole sottese alla "scacchiera" del diritto probatorio e che ogni incertezza relativa a tali regole si riflette indeclinabilmente sulla prevedibilità dell'esito della controversia.

## 2. Processo e verità: 15 argomenti contro-epistemici

Il primo tema meritevole di indagine è rappresentato dai rapporti che intercorrono fra processo civile e verità c.d. materiale (o oggettiva)<sup>16</sup>, perché il loro modo di atteggiarsi rispecchia l'essenza di un dato sistema probatorio, la cui comprensione è fondamentale ai fini dell'impostazione di qualsivoglia strategia difensiva.

Posto che le situazioni giuridiche soggettive reclamano stabilità e certezza, il vincolo che contraddistingue ogni processo sta nella necessità di decidere<sup>17</sup>,

*civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2005, p. 95 ss.; G. SBISÀ, in *Direzione e coordinamento di società*, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Giuffrè, Milano 2012, p. 87. Per la seconda (contrattuale), v. ad es. R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, I, 2003, p. 670 ss.; R. WEIGMANN, *La nuova disciplina dei gruppi di società: il punto di vista del giurista*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. Benazzo - S. Patriarca - G. Presti, Milano 2003, p. 158; A. GAMBINO, *Su taluni problemi in tema di gruppi*, in *Giur. comm.*, I, 2012, p. 8. Propone, invece, di distinguere, a seconda che la responsabilità sia verso la società (o i soci della) controllata (nel qual caso sarà contrattuale), ovvero verso terzi e creditori della società controllante (nel quale caso sarà extracontrattuale) C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2018, p. 331 ss.

<sup>15</sup> Cass. S.U. 15 giugno 2015, n. 12307, pubblicata su varie Riviste, fra cui *Corr. giur.*, 2016, p. 198 ss., con nota di M. SESTA, *Onere della prova e procedimento di impugnazione di testamento olografo: la terza via delle sezioni unite*.

<sup>16</sup> Per solito contrapposta (anche dalla dottrina tedesca) alla verità «formelle» o «prozessuale» (cfr. per tutti H.-J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilproceß*, de Gruyter, Berlin-New York 1975, p. 118; per ulteriori riferimenti, v. M. SCHWEIZER, *Beweiswürdigung und Beweismaß. Rationalität und Intuition*, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, p. 41).

<sup>17</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbrajo, Milano 1995, p. 13. In generale, il diritto viene rappresentato come «il mondo della decisione» (N. IRTI, *Dubbio e decisione*, ora in *ID.*, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016, p. 117).

sicché non è contestabile che il processo sia uno strumento istituzionalmente volto a dirimere una controversia (o a comporre un conflitto intersoggettivo).

Una delle questioni più spinose è, però, se nella legalità della decisione della lite debba trovare necessariamente ingresso, ovvero se dalla stessa esuli (o quantomeno possa concorrervi solo accidentalmente), la componente epistemica, e cioè se il processo sia al servizio della ricerca della verità storica ovvero prevalga su di essa l'esigenza di definizione del caso<sup>18</sup>.

Or bene, se si interroga la storia del pensiero giuridico, da lunga pezza viene riconosciuto che scopo primario del processo civile non può essere l'accertamento della verità c.d. materiale dei fatti: per quanto desiderabile, questo non è, né può essere, un risultato necessario o garantito<sup>19</sup>.

Se non bastasse la storia, anche la geografia (*scilicet*, il diritto processuale civile comparato) conferma che in altri sistemi giuridici, come quelli di *Common Law*, il modello *adversarial* non ha mai avuto per oggetto o per finalità la ricerca della verità, come gli stessi esponenti della *verophobia* danno senza remore atto e documentano<sup>20</sup>.

In ogni caso, alla luce dell'esame del sistema italiano vigente, emergerà chiaramente come la corrispondenza fra l'accertamento contenuto in una decisione e la vicenda del mondo reale oggetto del giudizio non sia una delle (e tampoco la) finalità sottesa al processo (quantomeno: civile), né il valore che quest'ultimo tende a garantire.

A sostegno di tale assunto, cercheremo di offrire plurimi (per l'esattezza: 15) argomenti contro-epistemici.

### 2.1. Primo argomento contro-epistemico: la tecnica giuridica della *fattispecie*.

Il processo non è il luogo o il tempo in cui avviene la pura rappresentazione della realtà dei fatti, ma è condizionato – sia nel suo svolgimento, sia nel

<sup>18</sup> Il dibattito ha appassionato alcuni fra i più autorevoli processualisti e vede, in particolare, contrapposti, da una parte, M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 74 ss. (v. anche ID., *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 1243) e, dall'altra, B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1 ss., cui è seguita una replica di M. TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 995 ss. (v. anche ID., *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1117 ss.).

<sup>19</sup> In questo senso, v. già A. WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung: Gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879*, Marcus, Bonn 1896, pp. 198-199; E. BELING, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, de Gruyter, Berlin 1928, pp. 238-239. Nell'ambito della dottrina italiana, cfr. gli Autori menzionati da G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, Napoli 1974, p. 35, nota 46; da ultimo, sul tema, cfr. *amplius* M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Giappichelli, Torino 2018, p. 26 ss.

<sup>20</sup> M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in AA. Vv., *Le prove nel processo civile*. Atti del XXV Convegno nazionale, Cagliari 7-8 ottobre 2005, Giuffrè, Milano 2007, p. 84.

suo esito – da una immanente esigenza di qualificazione dei fatti (per di più somministrati, sotto forma di allegazione, dalle parti), che quindi vengono inevitabilmente selezionati, ricomposti, costruiti.

Significativamente, i giuristi non si interessano di fatti (altrimenti destinati, in quanto ‘grezzi’ o ‘bruti’, a rimanere confinati nella dimensione metagiuridica), bensì di fattispecie, consegnate come tali a un giudizio di rilevanza, che non consente di vedere che una figura, o un aspetto, o meglio uno “spicchio”, della realtà (*species facti*)<sup>21</sup>: ed è solo questo che formerà oggetto della decisione, in funzione – appunto – di una qualificazione.

Come è stato osservato, infatti, il ‘fatto’ del giurista «non è, e non può essere, l’insieme di tutti indistintamente gli elementi che costituiscono il quadro di una realtà concreta, ma, fra gli innumerevoli elementi costituenti la realtà di un istante, impone una selezione»<sup>22</sup>.

Questa delicata e accurata attività di depurazione e di scelta di quanto dell’accaduto offrire all’organo giudicante, in cui – è bene sottolinearlo – si consuma il primo momento di strategia difensiva, si traduce già in un limite cognitivo alla scoperta o ricostruzione della realtà materiale su cui verte la decisione, perché, sin dall’inizio della lite, questa realtà potrà essere considerata soltanto da una certa prospettiva o angolatura<sup>23</sup>, cui potranno certo aggiungersi altre prospettive o angolature (eventualmente offerte per iniziativa di altri soggetti del processo), che tuttavia non integrano né completano lo sguardo cognitivo del giudicante sull’intera vicenda storica di cui si controverte.

In definitiva, se in tutta la materia probatoria svolge un ruolo essenziale lo schema della fattispecie<sup>24</sup>, la condensazione stessa del fatto storico (che già comporta una riduzione del fatto grezzo) in fattispecie determina di per sé una alterazione della vicenda storica oggetto di giudizio e, dunque, una inevitabile frattura tra verità c.d. materiale e verità giuridica.

<sup>21</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 230, secondo cui la fattispecie è «quel tanto di fatto giuridico, che il legislatore fa vedere» [corsivo dell’A.]. La paternità storico-esegetica del termine spetta, comunque, a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, Torino 1960, p. 2, nota 2.

<sup>22</sup> M. ROTONDI, *Considerazioni in “fatto” e in “diritto”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, pp. 950-951.

<sup>23</sup> Il punto è con il consueto nitore colto da N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 56: «La coscienza normativa, poiché valuta i fatti, ha bisogno di un criterio di giudizio [...]. Il quale determina, esso e non il puro e semplice accadere, la “verità” giuridica del fatto, la verità, come è ovvio, secondo il prescelto punto di vista». In termini analoghi, fra i processualisti, v. A. CHIZZINI, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Giuffrè, Milano 2018, p. 54 ss.

<sup>24</sup> Senza la fattispecie, non sarebbe neppure concepibile una teoria dell’onere della prova (R. SACCO-P. CISIANO, *Il fatto, l’atto, il negozio*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, UTET, Torino 2005, p. 1).

## 2.2. Secondo argomento contro-epistemico: il principio dispositivo

Non è soltanto la logica della fattispecie (che induce il giurista a ricostruire i fatti nell'ottica della loro qualificazione e) che ridimensiona la componente veritativa della decisione.

Gli stessi fatti risentono del condizionamento dovuto alla loro provenienza soggettiva. Qualunque affermazione, o asserzione, o narrazione processuale, è per sua natura parziale e selettiva, in quanto interessata: «Each party has a case of his or her own to make, and selects facts that uphold the case each seeks to make. One could not in any event tell the whole story of the past, however hard one might try. Every account has to be selective»<sup>25</sup>.

Le regole del processo civile non soltanto consentono, ma anzitutto impongono, di rispettare tale volontà selettiva manifestata dai privati rispetto al fatto, atteso il principio dispositivo (*arg. ex art. 115 cod. proc. civ.*). Ne consegue che l'organo preposto a decidere si basa, anzitutto, sugli elementi offerti dalle parti e non può andare (ufficiosamente) alla ricerca di una "verità" diversa da quella prospettata dalle parti, se non nei casi eccezionali, contemplati dalla legge (fra i quali rientra anche quello previsto dall'art. 3 del D.Lgs. n. 251/2007 e succ. mod. in tema di protezione internazionale dello straniero) o che trovano giustificazione in finalità di ordine eminentemente pubblicistico (come nei procedimenti di separazione e di divorzio in cui occorra adottare provvedimenti che riguardano, direttamente o indirettamente, figli minori<sup>26</sup>): il monopolio delle parti in ordine all'allegazione dei fatti e alle iniziative probatorie da assumere (e cioè, in definitiva, al *thema decidendum* e *probandum*) viene garantito, tutelato e anzi favorito dal sistema<sup>27</sup>, anche a discapito, dunque, di qualsivoglia altra pretesa veritativa.

## 2.3. Terzo argomento contro-epistemico: il sistema delle preclusioni istruttorie

Qualunque processo è composto da fasi ed è per sua natura fatto di cadenze, scadenze e decadenze.

<sup>25</sup> N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford-New York 2005, p. 221.

<sup>26</sup> Sul punto, cfr. da ultimo F. DANOVI, *L'istruttoria patrimoniale nel processo di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 991, nota 6, ove gli opportuni riferimenti giurisprudenziali in tal senso.

<sup>27</sup> Sul principio dispositivo quale limite al potere cognitivo del giudice cfr., fra gli altri, D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Giappichelli, Torino 2001, p. 12 ss., ove (p. 16, nota 10) ulteriori riferimenti dottrinali; J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Il Mulino, Bologna 2004, p. 66. Altri lo considerano anche in stretta connessione con il principio di imparzialità del giudice, e quindi come espressione dello Stato di diritto: F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, CEDAM, Padova 1953, p. 149; E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 556 ss.; E. FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 201; L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 191 ss.

La preclusione assurge, quindi, a elemento coesistente alla nozione di processo<sup>28</sup>, che consta di regole, la cui inosservanza dà luogo a conseguenze tendenzialmente definitive ed irreversibili. Come è stato sottolineato anche dalla giurisprudenza, il regime di preclusioni sotteso al rito civile ordinario è del tutto sottratto alla disponibilità delle parti, essendo previsto a tutela dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, sicché, indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte, la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice<sup>29</sup>, e sono inibiti «movimenti a ritroso»<sup>30</sup>.

Nel processo civile, in particolare, è previsto un sistema di preclusioni (non solo in punto ad allegazione di fatti, ma anche) istruttorie, che col tempo è progressivamente diventato sempre più rigido<sup>31</sup>.

È chiaro che la fissazione legale di barriere temporali alla libertà di iniziativa istruttoria delle parti comporta un concreto rischio di non corrispondenza dei fatti oggetto del giudizio alla verità materiale<sup>32</sup>. Tant'è che la giurisprudenza, consapevole di tale rischio, con riguardo al c.d. rito del lavoro, che prevede poteri ufficiosi del giudice più ampi rispetto a quelli previsti per il processo civile ordinario (cfr. art. 421 cod. proc. civ.), ha cercato di attenuare il rigore delle preclusioni istruttorie, attribuendo al giudice (anche d'appello) il potere di sopperire alle lacune conoscitive risultanti dal materiale probatorio offerto in giudizio dalle parti, invocando significativamente al riguardo un'esigenza di ricerca della «verità materiale»<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Si tratta, cioè, di «un ingrediente di cui non si può fare a meno per costruire la nozione del processo, inteso come serie di atti [...] cronologicamente ordinati in vista del provvedimento finale» (V. ANDRIOLI, voce *Preclusione*, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, *Teoria generale del processo. Processo civile*, Giuffrè, Milano 2007, p. 307; v. anche E. GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 644).

<sup>29</sup> Cass. 7 aprile 2000, n. 4376, in *Giudice di pace*, 2000, p. 294 ss.

<sup>30</sup> Cass. S.U. 20 aprile 2005, n. 8202, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1690 ss.

<sup>31</sup> Per un'analisi complessiva del sistema delle preclusioni processuali, si rinvia *amplius* a G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 45 ss.; per una ricostruzione storico-comparatistica, cfr. V. BATTAGLIA, *Le preclusioni nel processo civile ordinario di cognizione in tribunale*, Giappichelli, Torino 2012, p. 3 ss.

<sup>32</sup> Cfr. ad es. B. CAVALLONE, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in AA. VV., *Problemi relativi alla prova nel processo civile. Atti dell'incontro di studio* (Como, 16 maggio 2014), Bononia, Bologna 2016, p. 15, che considera i limiti temporali nella raccolta del materiale di fatto processuale «inevitabilmente "antiepistemic»»; A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in AA. VV., *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di L. Marafioti e R. Del Coco, Giappichelli, Torino 2012, p. 21, il quale dà atto dell'opinione comune per cui la finalità della preclusione consiste in un'«aspirazione alla certezza che prevale rispetto all'aspirazione alla [...] verità».

<sup>33</sup> In tal senso, cfr. ad es. Cass., sez. lav., 6 ottobre 2016, n. 20055, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce «Lavoro e previdenza (controversie)», n. 114; Cass., sez. lav., 29 settembre 2016, n. 19305, *ivi*, 2016, voce cit., n. 115.

#### 2.4. Quarto argomento contro-epistemico: i divieti e i limiti legali di alcuni mezzi di prova tipici

Non ogni mezzo di prova previsto dalla legge può essere assunto nel processo civile.

È la legge stessa a prevedere espressamente divieti o limiti all'assunzione di alcune prove (tipiche e costituenti).

Così, ad esempio, è vietato il deferimento o il riferimento del giuramento su un fatto illecito del delato (*arg. ex art. 2739, 1° comma, cod. civ.*), ove per «fatto illecito» si intende qualsiasi fatto riprovato dall'ordinamento giuridico o dalla coscienza sociale<sup>34</sup>.

Così, la prova testimoniale conosce numerosi limiti soggettivi e oggettivi di ammissibilità, in ragione dell'interesse di cui la persona eventualmente chiamata a deporre sia portatrice (*arg. ex art. 246 cod. proc. civ.*)<sup>35</sup>, ovvero, rispettivamente, del valore (art. 2721 cod. civ.) o dell'oggetto della controversia (artt. 1417, 2722-2723 e 2725 cod. civ.; art. 621 cod. proc. civ., richiamato dall'art. 103 L.F.).

Sebbene questi limiti (ad esclusione di quello previsto dall'art. 621 cod. proc. civ.) siano dalla legge stessa dichiarati in alcuni casi derogabili e comunque siano dalla giurisprudenza ritenuti superabili per effetto del carattere relativo della nullità prevista per la loro inosservanza e dunque della possibile sanatoria *ex art. 157, 2° comma, cod. proc. civ.*<sup>36</sup>, è certo che la presenza di una serie di divieti (o ostacoli) legali all'assunzione di determinati mezzi di prova può rappresentare un grave *vulnus* all'accertamento della verità.

#### 2.5. Quinto argomento contro-epistemico: la salvaguardia di interessi e valori ritenuti preminenti.

Qualunque disciplina moderna del processo non è insensibile a interessi e valori, quali la dignità umana, l'autodeterminazione individuale, l'integrità fisica e la libertà morale della persona, la cui salvaguardia può rivelarsi ma-

<sup>34</sup> Cass. 25 agosto 1998, n. 8423, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce "Giuramento civile", n. 11; Cass. 15 marzo 2007, n. 5994, in *Arch. giur. circ.*, 2007, p. 1041. Sulla *ratio* del divieto (tradizionalmente ravvisata nell'esigenza di impedire che il delato sia astretto fra due alternative: ammettere una propria responsabilità ovvero giurare il falso), v. Cass. 29 novembre 2013, n. 26851, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce "Giuramento civile", n. 3.

<sup>35</sup> Sulla nozione di interesse che comporta l'incapacità a testimoniare, v. ad es. Cass., sez. lav., 21 ottobre 2015, n. 21418, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce "Prova testimoniale", n. 24; Cass. 14 febbraio 2013, n. 3642, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 725. In dottrina, sul punto, cfr. ad es. L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 233 ss. e 315 ss.

<sup>36</sup> L'unica eccezione è rappresentata dal caso della forma scritta di un contratto *ad substantiam*, in cui la giurisprudenza vi ravvisa una ragione di ordine pubblico (Cass. 12 maggio 1999, n. 4690, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Prova testimoniale", n. 6; Cass. 24 novembre 2015, n. 23934, *ivi*, 2015, voce *cit.*, n. 9).



nifestamente antiepistemica, e cioè incompatibile con l'accertamento della verità c.d. materiale.

Le regole probatorie riflettono indubbiamente questa esigenza, quando, ad esempio prevedono, quale limite generale all'ordine di ispezione e di esibizione, il «grave danno per la parte o per il terzo» (v. artt. 118, 1° comma e 210, 1° comma, cod. proc. civ.)<sup>37</sup>; quando subordinano l'accertamento tecnico preventivo o l'ispezione giudiziale corporale al consenso dell'interessato (v. art. 696 cod. proc. civ., come riscritto dalla Corte costituzionale); quando prescrivono che l'ispezione corporale sia circondata da ogni opportuna «cautela diretta a garantire il rispetto della persona» (v. art. 260, 2° comma, cod. proc. civ.; art. 245, 2° comma, cod. proc. pen.); quando tendono a mantenere riservate determinate informazioni, tutelando alcuni segreti, come quello professionale, d'ufficio o di Stato (v. art. 118, 1° comma, cod. proc. civ.; artt. 200, 201 e 202 cod. proc. pen., richiamati dall'art. 249 cod. proc. civ.).

Più in generale, considerato il limite alla formazione del materiale probatorio individuato dall'art. 3 della CEDU, che stabilisce che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti», l'attività di acquisizione di dati, notizie ed elementi conoscitivi è comunque subordinata al rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo, costituzionalmente protetti (v. in particolare artt. 2, 13, 14, 15, 16 e 32 Cost.): ciò si riflette anche sul piano del *quomodo* della dinamica probatoria, traducendosi, ad esempio, nel divieto di utilizzazione di metodi, tecniche o strumenti idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione (v. anche art. 188 cod. proc. pen.) o sulla libertà morale della persona (v. anche art. 189 cod. proc. pen.)<sup>38</sup>, o anche solo ad accertare la personalità o le qualità psichiche di un soggetto (*arg. ex* art. 220, 2° comma, cod. proc. pen.).

È, cioè, bandito dal processo (*cave*: da qualunque processo) ogni «espedito psico-fisico»<sup>39</sup>, con la conseguenza che le prove acquisite in violazione di diritti fondamentali della persona sono viziate da assoluta inutilizzabilità<sup>40</sup>.

Qualsivoglia esigenza di accertamento processuale deve, quindi, sempre cedere il passo alla tutela della dignità e della personalità umana, che nell'or-

<sup>37</sup> Sui presupposti idonei ad integrare tale formula legislativa, in assenza di precedenti giurisprudenziali, cfr. D. VOLPINO, *L'ispezione*, in AA. VV., *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Giuffrè, Milano 2012, p. 908.

<sup>38</sup> Sull'applicabilità dei principi espressi da tali disposizioni all'istruttoria civile, v. ad es. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, Torino 2017, p. 302.

<sup>39</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, p. 616, il quale fa i seguenti esempi: «fame, sete, luce abbagliante, buio, caldo e freddo, esami estenuanti, messinscena traumatiche [...], e minacce».

<sup>40</sup> È il tema delle prove c.d. incostituzionali, su cui v. *amplius* C. MAINARDIS, *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, p. 371 ss.; L. P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 30 ss.; nella letteratura tedesca, v. A. FINK, *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß*, Diss., Köln 1994, p. 84 ss., spec. p. 109.

dinamento giuridico assumono il rango di valori individuali di vertice<sup>41</sup>, come tali non suscettibili di essere sacrificati in favore di uno pseudo-interesse pubblicistico alla conoscenza della verità.

## 2.6. Sesto argomento contro-epistemico: le prove legali

Storicamente figlie della giustizia medioevale (che conosceva duelli e altri generi di ordalie, o giudizi di Dio)<sup>42</sup> e sorte dall'esigenza (politica e ideologica) di porre un freno al potere e all'arbitrio del giudice<sup>43</sup>, permangono nel diritto vigente – così come in tutti gli ordinamenti processuali civili moderni<sup>44</sup> – regole che predeterminano l'efficacia probatoria di alcuni mezzi di prova, con la conseguenza che, nell'attività di accertamento del fatto, il giudicante è soggetto al vincolo rappresentato da quel meccanismo giuridico cui conviene il nome di "prove legali" (atto pubblico; scrittura privata; presunzioni legali; giuramento; confessione).

Il sistema delle c.d. prove legali<sup>45</sup> incide, quindi, direttamente sul potere dell'organo decidente di valutazione discrezionale di rispondenza al vero di certi fatti o circostanze. Anzi, in un certo senso impone al giudicante di prendere le distanze dalla c.d. verità materiale, proprio in ragione della valutazione

<sup>41</sup> Sulla centralità della persona umana quale valore fondante dell'ordinamento repubblicano, come tale sovraordinato rispetto ad altri valori o interessi, cfr. per tutti P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli 1972, *passim*, spec. p. 161 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli 2006, p. 720 ss.

<sup>42</sup> Cfr. A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Il Mulino, Bologna 2003, pp. 64-65 e 280; J. GILISSEN, *La preuve en Europe du XVIe siècle au début du XIXe siècle*, in *Recueils de la société J. Bodin*, XVII, *La preuve*, 1965, p. 760. Per una ricostruzione storica dei vincoli legali alla libertà di valutazione probatoria del giudice, cfr. G.W. WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, Tauchnitz, Leipzig 1878, p. 187 ss.

<sup>43</sup> A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano 1961, pp. 160 e 236; G. TARELLO, *Il «problema penale» nel secolo XVIII*, in *Mat. storia cult. giur.*, V, 1975, p. 23; per ulteriori riferimenti, v. G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano 1979, p. 125, nota 111.

<sup>44</sup> È noto che quasi tutti gli ordinamenti processuali continentali recepiscono in materia probatoria il modello c.d. misto, basato sulla regola del libero convincimento, cui si accompagna una serie, più o meno ampia, di eccezioni (S. PATTI, *Prova legale e «apprezzamento dei mezzi di prova» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 425; sul punto, da ultimo v. M. RUSSO, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 29, nota 116 e 236).

<sup>45</sup> La categoria sarebbe «completamente sconosciuta all'ordinamento penale» (Cass. S.U. 18 novembre 2008, n. 27337, in *Corr. giur.*, 2009, p. 477 ss.) e vista con deciso sfavore dal legislatore in materia di giustizia amministrativa (*arg. ex art. 63, 5° comma, cod. proc. amm.*) (ma in senso critico si pone F.G. SCOCA, *Art. 63 c.p.a.*, in A. Quaranta-V. Lopilato [cur.], *Il processo amministrativo. Commentario al D.Lgs. 104/2010*, Giuffrè, Milano 2011, p. 545 ss.) e contabile (*arg. ex art. 94, 4° comma, D.Lgs. n. 174/2016*).

del risultato conoscitivo compiuta *ex ante* e in via astratta dal legislatore<sup>46</sup>, e non suscettibile di formare oggetto né di contestazione né di deroghe pattizie<sup>47</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che i poteri del giudicante siano annichiliti, in quanto quest'ultimo, lungi dal ridursi a mero esecutore di direttive o – come è stato detto – a un «burocrate»<sup>48</sup>, dovrà pur sempre valutare se ricorrano gli estremi di una prova legale, considerato anche che: (i) in alcune ipotesi di prova documentale, come la scrittura privata, la relativa efficacia probatoria può dipendere dalla reazione della parte contro cui la scrittura viene prodotta (che assume valore di prova legale soltanto ove autenticata, riconosciuta, non disconosciuta o verificata); (ii) in alcune ipotesi di prova costituenda, come il giuramento decisorio o suppletorio, non risulta così agevole accertare la decisività ai fini della risoluzione della lite della circostanza che ne formi oggetto ovvero, rispettivamente, la sussistenza del requisito della *semiplena probatio*, che si colloca in una sorta di “limbo” tra mancata prova e prova fornita in modo completo; (iii) in altre ipotesi, come la confessione, anche a tacer del problema della necessità e dell'individuazione dell'elemento soggettivo (c.d. *animus confitendi*)<sup>49</sup>, il rango di piena prova è esclusa da elementi basati sulla provenienza o sulla “direzione” soggettiva, ovvero sulla fonte della dichiarazione del confitente, ovvero sul suo contenuto (tant'è che la confessione degrada a prova liberamente apprezzabile quando è fatta da uno dei litisconsorti necessari, o a un terzo, o contenuta in un testamento, ovvero quando sia “complessa” o “qualificata” e la verità dei fatti o delle circostanze aggiunte sia contestata dall'altra parte); (iv) nei casi di conflitto fra più prove, appartenenti al novero di quelle legali, fuori dalla circoscritta ipotesi regolata dall'art. 2739 cod. civ., rivive la regola del libero convincimento del giudice<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. S. PATTI, *Liberò convincimento e valutazione delle prove*, in AA. Vv., *Le prove nel diritto civile amministrativo e tributario*, a cura di C. Glendi - S. Patti - E. Picozza, Giappichelli, Torino 1986, pp. 50-51; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano 1992, p. 158; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Giuffrè, Milano 1999, p. 541; ulteriori riferimenti in A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 30, nota 7. Già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Jovene, Napoli, 1923, p. 811 scriveva: «Nella prova legale il momento probatorio si presenta alla mente del legislatore anziché a quella del giudice».

<sup>47</sup> Nel senso che quella delle prove c.d. legali è materia sottratta alla disponibilità delle parti v. ad es. S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2010, p. 275, ove ulteriori riferimenti.

<sup>48</sup> S. PATTI, *Liberò convincimento e valutazione delle prove*, cit., p. 43.

<sup>49</sup> Sul punto, cfr. *amplius* M. RUSSO, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, cit., p. 98 ss.

<sup>50</sup> La questione è piuttosto negletta in dottrina (fra i pochi ad averla affrontata, cfr. G. DE STEFANO, *Collisione di prove civili*, Giuffrè, Milano 1951; M. RUSSO, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, cit., p. 200 ss.).

In ogni caso, una volta che si riconosca la qualifica di prova legale con efficacia piena e assoluta a un determinato mezzo di prova, quest'ultimo è caratterizzato dalla incontrovertibilità e insindacabilità del relativo esito, che secondo la giurisprudenza si traduce in una superiorità gerarchica, o prevalenza, su tutte le altre eventuali risultanze probatorie (anche di segno contrario) soggette alla regola del libero apprezzamento<sup>51</sup>.

È evidente che qui la coerenza del risultato probatorio risponde ad una logica e ad un meccanismo di certezza giuridica, il cui funzionamento prescinde da qualsivoglia pretesa veritativa. Non a caso, infatti, è stato riconosciuto che «le prove legali sono intrinsecamente contrarie all'accertamento della verità»<sup>52</sup>.

### 2.7. Settimo argomento contro-epistemico: le prove illegali

Salva la doverosa precisazione terminologica e semantica, per cui nessuna prova può mai per sua natura essere qualificata come illegale o illecita, perché illegale o illecito può essere soltanto il suo modo di formazione o di acquisizione, è certo che alle prove illegalmente o illecitamente formate o acquisite<sup>53</sup> viene comunque riservato un trattamento diverso rispetto alle altre prove.

Pur in assenza nel *corpus* normativo del Codice di procedura civile di una disposizione come quella che si legge oggi nell'art. 191 cod. proc. pen.<sup>54</sup>, un risalente e diffuso orientamento dottrinale propendeva per l'assoluta inutilizzabilità delle risultanze delle prove materialmente acquisite o formate in violazione di norme sostanziali (penali o civili)<sup>55</sup>.

Negli ultimi tempi, mentre la giurisprudenza penale è abbastanza ferma nel ritenere operante il divieto di utilizzazione delle prove acquisite con modi illegali, e cioè con comportamenti integranti gli estremi della condotta dei reati di interferenze illecite nella vita privata o di violazione di domicilio o di

<sup>51</sup> Si tratta di un orientamento consolidato: cfr. ad. es. Cass. 6 febbraio 2003, n. 1747, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce "Prova civile in genere", n. 53; Cass. 28 agosto 2000, n. 11199, *ivi*, 2000, voce cit., n. 43; Cass. 12 maggio 1998, n. 4777, *ivi*, 1998, voce cit., n. 46. *Contra*, in dottrina, L. LOMBARDO, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 622 ss.

<sup>52</sup> M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in AA. VV., *La prova nel processo civile*, cit., p. 215. V. anche I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Giuffrè, Milano 1995, p. 41, la quale parla di «certezza meramente giuridica, cogente ed insuperabile, prodotta in modo astratto ed automatico dal sistema di prova legale».

<sup>53</sup> Sulla nozione e sul significato dell'espressione ellittica "prove illecite", v. da ultimo L. PASANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 2 e 155.

<sup>54</sup> Per la vocazione di tale disposizione ad esprimere un principio generale v. però F. ANGELONI, *Le prove illecite*, 1992, p. 372 ss., ove riferimenti giurisprudenziali in questo senso.

<sup>55</sup> F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, II, p. 70; E. ALLORIO, *Efficacia giuridica delle prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Studi in onore di B. Biondi*, IV, Giuffrè, Milano 1965, p. 214 ss.; V. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Nss. D. I.*, XIV, UTET, Torino 1967, p. 291; V. DENTI, voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano 1988, p. 720.

violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza<sup>56</sup>, la giurisprudenza civile esibisce un atteggiamento meno rigoroso, proponendo una regola di inutilizzabilità a carattere flessibile, graduata su misura del singolo caso, in ragione della gerarchia mobile degli interessi costituzionalmente protetti, che legittimerebbe una valutazione comparativa di tutti i diritti e valori in gioco<sup>57</sup>.

Ma quest'ultima interpretazione, secondo cui alla parte "lesa" dall'introduzione, utilizzazione e valutazione della prova illecitamente acquisita prima del processo non sarebbe attribuita altra forma di tutela che quella risarcitoria, da esperirsi, peraltro, in altro momento giurisdizionale (penale o civile)<sup>58</sup>, oltre a dare àdito a una disarmonia sistematica (si vorrebbe ricomprendere la "prova illecita" nel materiale decisorio, salvo però connettere al comportamento con cui la stessa è stata formata o acquisita sanzioni extraprocessuali), non esclude che, all'esito di quel giudizio discrezionale di bilanciamento fra diritto di difesa e di prova, da un lato, e tutela di un interesse individuale, dall'altro, venga data prevalenza alla seconda di tali esigenze. In tale ipotesi, l'accertamento della verità verrebbe subordinato alla garanzia di effettività di tutela di un diritto della persona, di rilevanza costituzionale, e troverebbe spazio soltanto se e nella misura in cui lo stesso risultato probatorio potesse essere conseguito con altri strumenti, che l'ordinamento giuridico prevede e mette a disposizione dei privati (come ad es. l'istanza di esibizione)<sup>59</sup>.

## 2.8. Ottavo argomento contro-epistemico: le prove c.d. innominate (o atipiche)

È noto che molti sistemi – come alcuni codici di rito sudamericani (brasiliano, argentino e venezuelano), l'ordinamento spagnolo (v. art. 299 *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000) o quello canonico (v. can. 1527 *Codex iuris*

<sup>56</sup> Cass. pen., 29 marzo 2011, n. 35383, in *Banca dati Foro it.*; Cass. pen. 21 maggio 2014, n. 25177, in *Giur. it.*, 2014, p. 2037; Cass. pen. (ud. 30 maggio 2014) 13 agosto 2014, n. 35681, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1547; Cass. pen. 24 ottobre 2014, n. 46786, in *Banca dati Foro it.* (sia pure con qualche distinguo in relazione alle caratteristiche dei luoghi oggetto di videoriprese eseguite da privati); *contra*, però, Cass. pen., 24 marzo 2011, n. 18908 in *Riv. Guardia fin.*, 2012, p. 782, in tema di registrazione di conversazioni da parte di un investigatore privato (che, aderendo in un certo senso a una visione orwelliana della società, si spinge ad affermare che «chi conversa accetta il rischio che la conversazione sia documentata mediante registrazione»).

<sup>57</sup> Cfr. ad es. Trib. Torino, 8 maggio 2013, in *Giur. it.*, 2013, p. 2480; Trib. Bari, 16 febbraio 2002, in *Merito*, 2007, fasc. 2, p. 22; per altri precedenti, v. L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., pp. 31-32, nota 101. Anche la giurisprudenza tedesca sembra non propendere per soluzioni rigidamente dogmatiche (come attesta J. WEICHBRODT, *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess: zur Rolle strafprozessualer Beweisverbote bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, p. 202).

<sup>58</sup> In questo senso, cfr. ad es. G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 70; G. RESTA, *Privacy e processo civile: il problema della litigation «anonima»*, in *Dir. inf.*, 2005, p. 691.

<sup>59</sup> Sul punto, cfr. A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 703-704.

*canonici* del 1983, ove si parla di «*probationes cuiuslibet generis*») – contengono una clausola generale di “apertura” alle prove c.d. innominate o atipiche.

Anche il nostro ordinamento ha in passato conosciuto una siffatta clausola generale (v., con riferimento al giudizio contabile, art. 73 R.D. n. 1214/1933 e art. 15 R.D. n. 1038/1933, ora abrogati; molto più rigido, invece, appare il vigente dettato dell’art. 94 del D.Lgs. n. 174/2016), che è contemplata ancora oggi, in relazione al processo penale (v. art. 189 cod. proc. pen., che espressamente ammette, sia pure entro certi limiti, le «prove non disciplinate dalla legge»).

Il legislatore del processo civile è stato silente sul punto, ma non completamente (v. artt. 310, 3° comma e 698, 3° comma, cod. proc. civ.), sicché oggi le prove innominate, o atipiche, sono ritenute ammissibili dalla maggioranza degli interpreti, teorici e pratici<sup>60</sup>.

Si tratta di prove formate altrove (*scil.* in altri processi, penali, amministrativi o civili di cognizione, fra le stesse parti o fra soggetti parzialmente coincidenti con le parti del giudizio<sup>61</sup>), con altre modalità (*scil.* fuori da qualsivoglia processo o in un processo sommario), o con altre finalità (*scil.* con finalità diversa da quella che la legge vi riconnette in via tipica). In via esemplificativa, possono essere menzionate le seguenti: le scritture provenienti da terzi estranei alla controversia (che non sono, né possono essere equiparate a, scrittura private), i verbali di prove espletate in altri giudizi, le sentenze rese in altri processi, le consulenze tecniche d’ufficio (CTU) espletate in altri processi, le informazioni assunte dal consulente tecnico d’ufficio e le risposte da questi fornite al di fuori del mandato, le perizie stragiudiziali.

Come si vede, in realtà si tratta nella stragrande maggioranza dei casi di documenti, la cui efficacia probatoria non è, però, quella della prova documentale, perché la prova atipica viene sul piano del valore probatorio degradata ad elemento su cui basare una presunzione giudiziale semplice o un argomento di prova, che come tali possono, quindi, assurgere a fonte determinante del

<sup>60</sup> Sul tema, e per l’ammissibilità, cfr. – dopo gli studi pionieristici di M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, I, Giuffrè, Milano 1962, p. 268 ss. e di M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 389 ss. – G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Giuffrè, Milano 1999, p. 74 ss.; G. MAERO, *Le prove atipiche nel processo civile*, CEDAM, Padova 2001, p. 38 ss.; per ulteriori riferimenti (in relazione sia al processo penale sia a quello civile), v. C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, Giuffrè, Milano 2011, p. 140, nota 11; in giurisprudenza, da ultimo, v. Cass. 20 gennaio 2017, n. 1593, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce “Prova civile in genere”, n. 16; Cass., sez. lav., 22 febbraio 2016, n. 3425, in *Notiz. giur. lav.*, 2016, p. 342; Cass. 1° settembre 2015, n. 17392, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce “Prova civile in genere”, n. 41; Cass. 5 marzo 2010, n. 5440, in *Giur. it.*, 2010, p. 2589.

<sup>61</sup> Sulla possibilità di invocare l’efficacia indiretta di un accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato in un altro giudizio, da parte di chiunque vi abbia interesse, v. Cass. 18 maggio 1999, n. 4821, in *Notiz. giur. lav.*, 1999, p. 719; Cass. 21 settembre 2007, n. 19492, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce “Obbligazioni in genere”, n. 96.

convincimento del giudice soltanto in difetto di un adeguato raffronto critico con altri elementi o risultanze del processo<sup>62</sup>.

Ne consegue che tutte le prove atipiche sono portatrici di una “verità” soltanto relativa, bisognosa di ulteriori conferme, ovvero destinata ad essere smentita o accantonata in sede decisionale.

### 2.9. Nono argomento contro-epistemico: il divieto di scienza privata del giudicante

Se il giudicante (*curia*) è “signore” nel giudizio di diritto (e cioè negli *iura*, che è infatti tenuto a conoscere: *novit*), nel giudizio di fatto il monopolio spetta ai litiganti.

Corollario del principio dispositivo è, infatti, che il giudice possa conoscere dei soli fatti allegati e delle sole prove dedotte dalle parti (o, al più, dal pubblico ministero), salva l'integrazione di tale conoscenza con le massime di esperienza e con il fatto notorio (che però allude ad una conoscenza universale, collettiva o comunque spersonalizzata), nonché con il sapere tecnico eventualmente apportato da “ausiliari” scelti dal giudicante (quest'ultimo, peraltro, suscettibile, almeno *in thesi*, di essere disatteso dal giudicante medesimo, elevato a *peritus peritorum*).

La *ratio* del divieto di scienza privata, codificato dall'art. 97 disp. att. cod. proc. civ. ed espressione di un «principio fondamentale che regge, e ha sempre retto, in ogni processo, la formazione del giudizio di fatto»<sup>63</sup>, viene tradizionalmente ravvisata in un duplice ordine di garanzie che presiedono a ogni processo: la terzietà ed imparzialità del giudicante, il cui campo cognitivo è (e deve essere) delimitato dai confini spazio-temporali di quel singolo processo, nonché il diritto alla difesa e al contraddittorio, che impone che venga sottoposto al vaglio dialettico ed elèntico delle parti ogni informazione che possa influire sul giudizio di fatto<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> È l'esito di una serie di pronunce di merito che vedono come relatore o estensore il medesimo giudice (dott. G. Morlini): Trib. Ivrea, 14 maggio 2008, in *Foro pad.*, 2008, I, c. 255; Trib. Piacenza, 21 settembre 2009, in *Arch. locaz.*, 2010, p. 190; Trib. Reggio Emilia, 23 maggio 2013, in *Corr. merito*, 2013, p. 1047; Trib. Reggio Emilia, 2 luglio 2014, in *Foro pad.*, 2015, I, c. 128; Trib. Reggio Emilia, 1° dicembre 2014, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2955. *Contra*, però, nel senso che la prova atipica può essere fonte unica di convincimento, v. Cass. 4 gennaio 1977, n. 17, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce “Prova civile in genere”, n. 63; Cass. 23 luglio 1987, n. 6431, in *Riv. legisl. fisc.*, 1988, p. 492; Cass. 9 marzo 2000, n. 2668, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce “Prova civile in genere”, n. 52.

<sup>63</sup> B. CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, ora in ID., *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto*, Pacini, Pisa 2016, p. 232. È interessante segnalare che il divieto *de quo* ha storicamente caratterizzato anche i processi a struttura inquisitoria (come documenta C. GLENDI, *I poteri del giudice nell'istruttoria del processo tributario*, in AA. Vv., *Le prove nel diritto civile amministrativo e tributario*, cit., p. 228).

<sup>64</sup> Sul punto, cfr. B. CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, cit., p. 233; L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 47.

Se è precluso al giudicante ricercare fonti di prova o attingere a conoscenze extraprocessuali, ciò significa che, anche ove il giudicante avesse la certezza (acquisita individualmente o anche per caso) che la realtà rappresentata in giudizio sia divergente da quella reale, non gli sarebbe consentito in alcun modo far entrare quest'ultima nel materiale oggetto di decisione: come è stato rilevato, dal divieto di utilizzazione della scienza privata da parte del giudice deriva «la necessità di non tener conto di fatti rilevanti per l'accertamento della verità, anche se contrastanti con quelli che risultano dagli atti processuali»<sup>65</sup>.

## 2.10. *Decimo argomento contro-epistemico: il principio del contraddittorio*

È noto che non può parlarsi di una “giustizia” della decisione senza che al suo esito abbiano concorso gli interessati: il principio del contraddittorio è immanente alla nozione di processo, tant'è che, da principio già desumibile dagli artt. 3 e 24 Cost., è stato elevato a tratto distintivo del c.d. ‘giusto processo’ (art. 111, 2° comma, Cost.)<sup>66</sup>.

Se è vero che la Costituzione prevede che il contraddittorio debba necessariamente permeare la fase di formazione della prova soltanto con riferimento al processo penale (art. 111, 4° comma, Cost.), anche nel processo civile è riconosciuto alle parti sia il diritto di agire provando sia quello di reagire controprovando, dovendo le stesse essere sempre poste in condizione di interloquire sulle deduzioni e controdeduzioni dei mezzi di prova, così come sulle modalità di acquisizione e di assunzione del materiale istruttorio su cui il giudicante è chiamato a decidere, nonché di influire sul risultato dell'attività probatoria<sup>67</sup>, eventualmente avvalendosi della garanzia della c.d. prova contraria, salva soltanto una valutazione *ex post*, e cioè dopo la produzione e l'ingresso nel giudizio, delle (sole) prove documentali prodotte e quindi già acquisite al processo<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 27.

<sup>66</sup> Sul rapporto fra giusto processo e contraddittorio, cfr. M. MANZIN, *Del contraddittorio come principio e come metodo*, in AA. Vv., *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, a cura di M. Manzin e F. Puppo, Giuffrè, Milano 2008, p. 3 ss. Sull'essenza del contraddittorio cfr., in vece di tanti, E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 861; A. CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo comma 2° dell'art. 101 c.p.c.*, in ID., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, UTET, Torino 2014, p. 271.

<sup>67</sup> Cfr. ad es. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3ª ed., UTET, Torino 2010, pp. 40-41; M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 435; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 636 ss.

<sup>68</sup> Nel senso che la produzione di documenti (esclusa l'eccezionale ipotesi prevista dall'art. 698 cod. proc. civ.) non è subordinata a un previo giudizio di ammissibilità e rilevanza v. G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, cit., p. 102; D. VOLPINO, *L'acquisizione di documenti*, in AA. Vv., *La prova nel processo civile*, cit., pp. 782-783.



Tuttavia, anche il pieno ed effettivo rispetto della garanzia fondamentale del diritto di difesa e del contraddittorio nel processo non è in grado di assicurare la conformità del contenuto della decisione alla verità materiale<sup>69</sup>, che anzi nei *facta allegata et probata* dalle parti trova un suo vincolo preclusivo<sup>70</sup>.

### 2.11. Undicesimo argomento contro-epistemico: le tecniche di conservazione delle prove orali

È noto che alcuni mezzi di prova, e cioè le prove costituenti (come ad es. la testimonianza orale, l'interrogatorio formale, la confessione giudiziale, il giuramento), sono caratterizzate da una modalità di formazione che presuppone sia il superamento di un previo giudizio di ammissibilità e rilevanza da parte del giudicante, sia una fase posteriore di assunzione nel processo.

L'assunzione delle prove costituenti rappresenta il momento cruciale dell'attività istruttoria orale, perché dalla stessa dipende l'efficacia dimostrativa (prima soltanto potenziale o ipotetica<sup>71</sup>) dei fatti che ne costituiscono l'oggetto.

Posto che l'assunzione di tali mezzi di prova avviene, di regola, nel processo, nel corso di una o più udienze destinate a tal fine (v. art. 184 cod. proc. civ.), occorre che della relativa attività di espletamento rimanga traccia, in vista e ai fini della successiva decisione.

Sebbene anche in tale fase sia garantito il diritto al contraddittorio, essendo prevista la possibilità di ciascuna parte di parteciparvi (*arg. ex art. 206 cod. proc. civ.*), le modalità di conservazione previste dal nostro sistema, consistenti nella documentazione scritta delle dichiarazioni orali attraverso la forma del verbale (v. gli artt. 126, 130 e 207 cod. proc. civ., *quibus adde* l'art. 44 disp. att. cod. proc. civ.), non consentono, tuttavia, una ricostruzione fedele di tutto quanto realmente avvenuto nell'oralità, considerato che soltanto le "risultanze" del verbale si possono considerare *in actis*, e cioè materiale utilizzabile per il giudizio di fatto.

Come è stato opportunamente sottolineato, con la tecnica di redazione del verbale sponsorizzata dal nostro sistema, il legislatore del processo civile (salva la speciale e residuale ipotesi prevista dall'art. 422 cod. proc. civ. con riguardo al processo del lavoro) ha rinunciato *a priori* «alla completezza e alla fedeltà [...] in favore [...] della *sintesi*, cioè in definitiva di un *riassunto*, in qualche

<sup>69</sup> Lo rilevava già F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 135; più di recente, cfr. ad es. F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, ed. it. a cura di G.B. Ratti e V. Velluzzi, Carocci, Roma 2016, p. 266, nota 14.

<sup>70</sup> A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2013, p. 526: «Altri fatti potrebbero smentire o correggere la ricostruzione della verità storica; ma il giudice deve trascurarli se le parti non li allegano».

<sup>71</sup> C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino 2017, p. 105.

misura libero e “creativo”, degli accadimenti di udienza»<sup>72</sup>, tant’è vero che, *de iure condendo*, si propongono altre forme o modalità tecniche di conservazione (più sofisticate o tecnologiche, ad esempio fonografica o audiovisiva)<sup>73</sup>.

In effetti, qualunque avvocato sa – sebbene non sia frequente che se ne lamenti, per ragioni in parte tecnico-processuali, basate cioè sulla oggettiva difficoltà di contestare il verbale, e in parte dipendenti dal ruolo rivestito, che gli impone l’onere di non “inimicarsi” il giudicante che ha assistito o partecipato alla redazione del verbale di causa – che la verbalizzazione compiuta nel processo civile non soltanto non può per sua natura riprodurre la realtà extra-verbale (che comprende sia quella paraverbale sia quella non verbale: registro, volume, velocità, ritmo, cadenza, tono e modulazione della voce; micro-movimenti del corpo, gesti o altri segnali, anche del sistema cinestetico), ma non è spesso neppure idonea a rispecchiare il contenuto delle dichiarazioni compiute in udienza<sup>74</sup>, e quindi, in definitiva, la realtà vissuta (non già prima o fuori, bensì) durante il processo.

## 2.12. Dodicesimo argomento contro-epistemico: la cosa giudicata (o il giudicato)

Qualsiasi forma di tutela giurisdizionale civile (sia essa dichiarativa, costitutiva o di condanna) presuppone un accertamento, che per sua natura è destinato a diventare irretrattabile: ché «l’accertamento in tanto può dirsi tale in quanto è incontrovertibile»<sup>75</sup>.

L’istituto della cosa giudicata (con i suoi corollari, fra i quali la previsione legislativa dei casi eccezionali e tassativi di revocazione straordinaria delle sentenze: v. art. 395, nn. 1, 2, 3 e 6 cod. proc. civ.) sopperisce a tale esigenza, che si traduce nella necessità *ut sit finis litium* e nella certezza o stabilità dell’accertamento dei rapporti e delle situazioni giuridiche soggettive.

Ciò rappresenta il tratto qualificante della nozione costituzionale di giurisdizione (*arg. ex art. 111, 7° comma, Cost.*)<sup>76</sup>, che presuppone l’autorità del giudicato, cui è connaturato un effetto preclusivo rispetto non soltanto a futuri

<sup>72</sup> B. CAVALLONE, *Il verbale nel processo civile*, ora in ID., *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto*, cit., p. 99.

<sup>73</sup> Cfr. sempre B. CAVALLONE, *Il verbale nel processo civile*, ora in ID., *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto*, cit., p. 101, che segnala, come possibile modello per il processo civile, quello offerto dall’art. 134 cod. proc. pen.

<sup>74</sup> Non nuoce in proposito ricordare una frase detta per celia da uno storico del diritto (ricordata da F. CARPI, *La prova testimoniale nel processo civile*, in AA. VV., *L’avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Giuffrè, Milano 2003, p. 445), secondo cui l’utilizzo del termine “verbale” non è casuale, in quanto solo per metà è “ver” (e cioè corrispondente al vero), mentre per l’altra metà è “bale” (e cioè riporta “balle”).

<sup>75</sup> Così, da ultimo, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 420; ma v. già A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, p. 11 ss.

<sup>76</sup> In questo senso, cfr. A. CERINO-CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (Meditazioni sull’art. 111, comma 2, Cost.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, pp. 428-429.

o successivi giudizi<sup>77</sup> o decisioni (ivi comprese le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, di fronte alle quali, nonostante la loro retroattività, il giudicato manifesta la propria resistenza passiva<sup>78</sup>), ma anche ad eventuali negozi giuridici tendenti a rimuoverne gli effetti preclusivi e sollecitare un nuovo giudizio della medesima controversia<sup>79</sup>.

Le sentenze non diventano definitive, perché vere. Anzi, si può in un certo senso dire che le sentenze sono vere, perché (e quando) diventano definitive.

Non deve, quindi, essere sopravvalutata la valenza semantica della locuzione «affermazione oggettiva di verità», con la quale la nostra giurisprudenza con una certa disinvoltura designa il giudicato, perché tale espressione viene utilizzata al solo e precipuo scopo di sottolinearne la c.d. efficacia riflessa nei confronti di soggetti rimasti estranei al processo in cui il giudicato medesimo si sia formato<sup>80</sup>.

Il noto passo di Ulpiano «*res iudicata pro veritate accipitur*» (D. 50.17.207) coglie molto bene l'aspetto della finzione di verità: il contenuto cristallizzato nell'accertamento giudiziale definitivo (*res iudicata*) viene equiparato alla verità (*pro veritate*), proprio perché tale non è, o quantomeno l'ordinamento non pretende che lo sia. Tant'è che un giurista medievale, annoverato fra i massimi esponenti della Scuola di Orléans, Jacques de Révigny (Jacobus de Ravanis), reinterpreta il passo ulpiano, scriveva: «*si habetis pro veritate, non est veritas*»<sup>81</sup>.

E si tratta di un limite immanente a qualunque organizzazione giuridica, che si accontenta, e non può che accontentarsi, di un surrogato della verità, per ragioni eminentemente politiche e pratiche. Come è stato detto, nel «*pro*» di quella paremia sta «la coscienza dei limiti del giudizio umano, della sua necessaria imperfezione e inadeguatezza», trattandosi di «una verità della quale si avverte tutta la fallacia e la limitatezza, ma della quale non si può fare a meno»<sup>82</sup>. In altri termini, esigenze di certezza impongono che siano tollerate dal sistema giuridico soluzioni rapide ed efficienti di conflitti di interesse, pur

<sup>77</sup> Sul punto, v. ad es. G. VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 17; prima, v. G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *ID.*, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Giuffrè, Milano 1993, p. 231 ss.

<sup>78</sup> Le diverse giurisprudenze domestiche (esclusa, ovviamente, quella penale) sono fermissime sul punto: di recente, v. Cass., sez. lav., 7 luglio 2016, n. 13884, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce «Corte costituzionale», n. 86; Cons. Stato, 13 marzo 2013, n. 1515, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, p. 788; Cons. Stato, 18 giugno 2009, n. 3997, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, p. 1450; Cass. S.U. 2 dicembre 2008, n. 28545, in *Mass. Foro it.*, 2008, p. 1092.

<sup>79</sup> In tal senso, cfr. da ultimo G.N. NARDO, *Note in tema di giudicato*, in *www.judicium.it*, 29 novembre 2017, §§ 3 e 8.

<sup>80</sup> *Ex multis*, v. Cass., sez. lav., 31 gennaio 2014, n. 2137, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce «Cosa giudicata civile», n. 42; Cass. 18 giugno 1990, n. 6126, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 30 ss.; Cass. 22 novembre 1984, n. 6029, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 2815 ss.

<sup>81</sup> J. DE RÉVIGNY (JACOBUS DE RAVANIS), *Lectura super Codice*, Parisiis, 1519, f. 362.

<sup>82</sup> F. MACIOCE, *La lealtà: una filosofia del comportamento processuale*, Giappichelli, Torino 2005, p. 202.

quando incorporate in accertamenti non rispondenti a verità effettuali o in decisioni ingiuste: «dove [...] ogni caso sia indefinitamente giudicabile, ogni lite diventa un focolaio cronico; nessun corpo sociale tollera simili tensioni»<sup>83</sup>.

Del resto, anche nell'ordinamento giuridico canonico, permeato dall'esigenza di salvaguardare non già la certezza dei rapporti giuridici, ma soprattutto il valore supremo della *salus animarum*, e quindi tradizionalmente refrattario ad accogliere nel suo seno l'istituto della cosa giudicata, in relazione alle sentenze in materia di *status* personale e, in particolare, di nullità matrimoniale<sup>84</sup>, si registra una smentita del dogma sancito nel dodicesimo secolo dalla decretale *Lator* di Alessandro III, da cui trae ispirazione il canone 1643 del *Codex iuris canonici* del 1983 («*Numquam transeunt in rem iudicatam causae de statu personarum, haud exceptis causis de coniugum separatione*»): lo attestano sia il canone 1641, che se non sconfessa quantomeno ridimensiona il principio declamato nel canone 1643, contemplando ipotesi di passaggio in giudicato, sia la previsione di un termine e di motivi qualificati per la *nova causae propositio* al tribunale di terzo grado (cfr. can. 1644, § 1 e can. 1681, così come riformulati a seguito delle Lettere apostoliche in forma di *Motu proprio* «*Mitis Iudex Dominus Iesus*» e «*Mitis et Misericors Iesus*» del 15 agosto 2015, nonché del rescritto «*ex audientia sanctissimi*» di Papa Francesco del 7 dicembre 2015<sup>85</sup>).

### 2.13. *Tredicesimo argomento contro-epistemico: il funzionamento del processo*

Che cosa hanno in comune denaro, proprietà, crediti, tasse, promesse, scommesse, vendite, mutui, matrimoni, divorzi, codici fiscali, esami, lauree, licenziamenti, sindacati, votazioni, parlamenti, governi, società per azioni, leggi, tribunali, avvocati, monsignori, cavalieri della Repubblica, presidenti<sup>86</sup>?

Sono tutti oggetti appartenenti alla dimensione del mondo sociale, e cioè costruiti artificialmente dall'uomo, attraverso convenzioni, regole, costumi,

<sup>83</sup> F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1985, pp. 604-605. Più di recente, v. N. IRTI, *Senso del giudicato*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016, p. 102: «Fine e decisione si implicano con logica reciprocità: non sarebbe la fine dei giudizi, se questi fossero ancora contestabili e sostituibili; non sarebbe la decisione, se tutto non fosse ormai detto e discusso, e se, per così dire, le voci disputanti non fossero ormai ridotte al silenzio».

<sup>84</sup> Sul tema, cfr. L. MUSSELLI, *Il concetto di giudicato nelle fonti storiche del diritto canonico (Dalle origini al XVII° secolo)*, CEDAM, Padova 1972, p. 23 ss.; S. BERLINGÒ, voce *Giudicato V) Diritto canonico*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma 1989, p. 1 ss.; J. LLOBELL, *Verità e giudicato. La riformulazione del concetto di appello canonico*, in AA. VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1997, p. 27 ss.; A. BETTETINI, *Verità, giustizia, certezza: sulla cosa giudicata nel diritto della Chiesa*, CEDAM, Padova 2002.

<sup>85</sup> Sul punto, cfr. *amplius* G. BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (parte terza), in [www.statoechniese.it](http://www.statoechniese.it), n. 11/2016, p. 34 ss.

<sup>86</sup> Mutuiamo qui in parte l'elenco elaborato da M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Bari, 2009, p. IX; ID., *Documentalità: ontologia del mondo sociale*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2007, 2, p. 245.

mentalità, e come tali reclamano giudizi soggettivo-relazionali, inidonei ad esprimere una verità sensibile (o spazio-temporale)<sup>87</sup>.

Anche il processo è ascrivibile a tale dimensione, tant'è che lo si potrebbe agevolmente aggiungere all'elenco degli oggetti sociali sopra menzionati.

Al pari (*rectius*, più) di ogni altra istituzione sociale, o fatto istituzionale<sup>88</sup>, il processo è, quindi, condizionato e limitato dalle strutture e dalle regole che lo governano, dagli strumenti di ricerca e dai metodi epistemologici che lo contraddistinguono, nonché dai ragionamenti retorici e dal contesto topico che lo ammantano: elementi, tutti questi, che per loro natura non si interessano del fatto empirico nella sua «datità» assoluta e incondizionata<sup>89</sup>.

È stato efficacemente scritto che «qualunque disciplina giuridica dell'indagine giudiziale sul fatto non può non consistere, in realtà, in un sistema di ostacoli a quella verifica», sicché chi è preposto all'attività di formazione del giudizio può e deve «utilizzare soltanto le informazioni che sono state raccolte nei tempi e nei modi previsti, o almeno consentiti, dal regolamento del processo»<sup>90</sup>, non potendo prefigurarsi, neppure in teoria, un ordinamento giuridico che deliberatamente si astenga dal dettare una disciplina delle forme, dei modi, dei tempi e delle funzioni del sistema probatorio<sup>91</sup>.

Corollario di tutto ciò è che il processo è veicolato per (e vincolato a) offrire una «verità convenzionale»<sup>92</sup>, che – in ragione della mera esistenza di un

<sup>87</sup> Per la distinzione fra giudizi oggettivo-cognitivi e giudizi soggettivo-relazionali (nei quali rientrano quelli normativi), a seconda che l'atteggiamento del soggetto sia verso qualcosa di esistente ovvero di immaginario, v. L. PETRAZYCKI, *Nowe podstawy logiki i klasyfikacja umiejtności*, Nakładem Towarzystwa im. Leona Petrażyckiego, Varsavia 1909-1910, p. 111, menzionato da E. FITTIPALDI-G. LORINI, *Il giusrealismo continentale*, in AA. Vv., *Che cos'è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, a cura di G. Bongiovanni - G. Pino - C. Roversi, Giappichelli, Torino 2016, pp. 238-239. Sulla non corrispondenza fra linguaggio e realtà, v. R. RORTY, *La filosofia dopo la filosofia. Contingenza, ironia, solidarietà*, Laterza, Roma-Bari 1989, pp. 11-12. In generale, sulle diverse concezioni della verità (di cui quella semantica gode in ambito filosofico di maggior appeal rispetto a quella corrispondentista), v. G. VOLPE, *Teorie della verità*, Guerini, Milano 2005, p. 87 ss.; L. BELLOTTI, *Teorie della verità*, ETS, Pisa 2008, p. 17 ss.; per ulteriori riferimenti bibliografici sul punto, v. P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, Giappichelli, Torino 2017, pp. 46-47, nota 54.

<sup>88</sup> Sul tema, cfr. *amplius* J.R. SEARLE, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford 2010.

<sup>89</sup> M. MARSONET, *Verità, scienza e diritto*, in AA. Vv., *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. Amoretti - M. Marsonet, Giuffrè, Milano 2007, p. 169.

<sup>90</sup> Così, B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, ora in ID., *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto*, cit., pp. 188 e 191. V. anche A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 82-83.

<sup>91</sup> «Every legal system includes rules of evidence»: A. LENHOFF, *The Law of Evidence. A Comparative Study Based Essentially on Austrian and New York Law*, in *3 Am. J. Comp. Law*, p. 313 (1954).

<sup>92</sup> M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Giappichelli, Torino 2002, p. 292. Ma v. già F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2ª ed., Edizioni dell'Ateneo, Roma 1947, p. 31 ss.

modello processuale e di regole probatorie, quali che siano – è qualcosa di sensibilmente diverso rispetto alla c.d. verità vera<sup>93</sup>.

La legalità della prova giudiziaria si traduce, allora, sempre in un sistema di prove tutte, quantomeno *lato sensu*, legali<sup>94</sup>, nel senso che qualsivoglia disciplina del fenomeno probatorio (regole di ammissibilità, esclusione, rilevanza, efficacia, valutazione, etc.), ivi comprese le regole (legali o giurisprudenziali) sulle prove c.d. atipiche, comporta una restrizione dell'orizzonte cognitivo e decisionale di chi è investito del potere giurisdicente.

#### 2.14. *Quattordicesimo argomento contro-epistemico: il ruolo dell'avvocato*

All'emancipazione del processo da una logica puramente atletica contribuisce pure l'agire dell'avvocato, che non è – habermasianamente parlando – un "agire comunicativo", e cioè aperto a qualsiasi esito dialogico, bensì un "agire strategico", e cioè orientato ad un determinato scopo pratico finale, rappresentato dal successo del proprio cliente<sup>95</sup>.

Se la qualità tipica dell'avvocato (e in un certo senso istituzionalmente connaturata al suo ruolo) è la partigianeria (o parzialità), non dovrebbe destare scalpore giuridico l'idea del processo quale momento in cui è normale, o fisiologico, che (le parti e) i loro difensori siano autorizzati alla reticenza o alla incompletezza<sup>96</sup>.

In cosa consista il dovere di verità dell'avvocato, deontologicamente (ma solo deontologicamente) statuito, si ricava, poi, da una lettura attenta e scrupolosa dell'art. 50 del Codice deontologico forense. Si tratta, cioè, di un dovere a contenuto meramente negativo: che si traduce, appunto, non nel dovere di

<sup>93</sup> Anche un esponente della *verophilia* come M. TARUFFO, *Giustizia, procedure e processo*, in *Ragion pratica*, n. 9, 1997, p. 145 ss. è costretto a parlare di «verità proceduralmente condizionata».

<sup>94</sup> Lo aveva già intuito C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, CEDAM, Padova 1940, p. 147.

<sup>95</sup> Sul punto, rinviamo il lettore interessato alle istruttive e suggestive pagine di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., pp. 480 ss. e 509 ss. Cfr. anche G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1463 ss., il quale esclude perentoriamente che sull'avvocato incomba un dovere di verità; un'affermazione altrettanto perentoria si legge persino in M. TARUFFO, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 2018, p. 1316: «L'avvocato non ha alcun dovere di ricercare la verità».

<sup>96</sup> Tant'è che il nostro sistema prevede un dovere di condotta processuale secondo i canoni di lealtà e probità (art. 88 cod. proc. civ.), nel contenuto del quale non rientra l'obbligo di dire la verità (come anche attestato dai lavori preparatori al Codice di rito del 1940). Questo è anche l'orientamento maggioritario della dottrina, anche di quella più autorevole (copiosi riferimenti in G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano 2010, p. 446, nota 234 e in M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., pp. 516-517, in nota), nonché della giurisprudenza (Cass. 16 ottobre 1998, n. 10247, in *Arch. circolaz.*, 1999, p. 17; Cass. 19 novembre 1994, n. 9839, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce "Procedimento civile", n. 82). Sul tema, cfr. A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 47 ss. e 491 ss.

collaborare attivamente alla ricerca della verità di tutti i fatti rilevanti, ma semplicemente nel divieto di rilasciare dichiarazioni false o di offrire documenti o elementi di prova della cui falsità si sia consapevoli<sup>97</sup>.

Del resto, neppure in un processo che è annoverato fra quelli più sensibili al valore della verità, quale è il processo penale, appare configurabile un dovere di verità circa i fatti materiali a carico dell'imputato, né, conseguentemente, a carico del difensore, avendo costui tutte «le facoltà e i diritti che la legge riconosce all'imputato» (art. 99 cod. proc. pen.).

Allo stato, è dato rinvenire una sola ipotesi (peraltro, assai discussa e discutibile) in cui l'avvocato si trasforma in una figura “anomala” di pubblico ufficiale, come tale tenuto a farsi garante della genuinità, completezza e veridicità delle dichiarazioni e informazioni a lui rilasciate o trasmesse. Questa ipotesi è stata costruita (*rectius*, inventata di sana pianta) dalla giurisprudenza<sup>98</sup>, sulla base di un istituto, quello delle indagini difensive, fino al 2000 timidamente confinato nelle disposizioni di attuazione del codice di rito penale (art. 38 disp. att. cod. proc. pen.), ed oggi invece reso ben visibile nel *corpus* normativo codicistico (art. 391-*bis* ss. cod. proc. pen.), che era destinato a attuare una parità e simmetria di posizioni fra il pubblico ministero e il difensore nella fase procedimentale delle indagini.

In realtà, questa simmetria è stata attuata soltanto in ciò, che il Pubblico Ministero ha il dovere (ma puramente teorico!) di accertare anche fatti e circostanze favorevoli all'indagato (art. 358 cod. proc. pen.), mentre il difensore penale – secondo la decisione di legittimità testé prefata – avrebbe il dovere di verbalizzare fedelmente ed integralmente le dichiarazioni a lui rilasciate da una persona informata sui fatti, con la conseguenza che la condotta dell'avvocato che in sede di indagini difensive ometta di trascrivere le circostanze sfavorevoli al proprio assistito integrerebbe non soltanto un illecito deontologico, ma anche un reato, anzi più reati (falso ideologico e favoreggiamento personale).

Ma è evidente che, ragionando in questi termini, l'avvocato dismetterebbe l'abito di libero professionista, la cui specifica funzione consiste nel garantire la effettività della difesa e la tutela dei diritti del cittadino che gliene ha conferito mandato (*arg. ex* art. 1, 2° comma, lett. *b* e art. 2, 2° comma, L. n. 247/2012), per assumere quello di pubblico ufficiale (privo di poteri autoritativi, epperò) la cui funzione diventerebbe quella di reprimere i reati (ma in senso contrario depone univocamente l'art. 334-*bis* cod. proc. pen.), venendo così meno agli obblighi derivanti dall'incarico professionale. Peraltro, verrebbe meno anche quella facoltà, che caratterizza qualsivoglia strategia difensiva, di utilizzare o meno, e selezionare, il materiale informativo raccolto, che invece, assunto

<sup>97</sup> In questo senso, v. L. P. COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 135 (sulla base del previgente art. 14); più di recente, M. LA TORRE, *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, in AA. Vv., *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin - P. Moro, Giuffrè, Milano 2010, p. 54 ss.

<sup>98</sup> Cass. S.U. 28 settembre 2006, n. 32009, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3985 ss.

non si sa come ad “atto pubblico”, non si troverebbe più nella sua esclusiva disponibilità, ma, appena formato, verrebbe acquisito d’ufficio [...] allo Stato<sup>99</sup>.

### 2.15. *Quindicesimo argomento contro-epistemico: l’onere della prova come regola di giudizio*

Ogni processo deve avere un epilogo. E ogni processo civile che non si concluda con una pronunzia di rito (o meramente processuale) deve sfociare in una decisione che accerti la fondatezza o meno delle ragioni dell’uno o dell’altro contendente, e cioè che sciolga il dubbio e scelga una delle possibilità offerte al giudicante<sup>100</sup>.

Si tratta di un corollario del divieto di *non liquet*, che vige in tutti i sistemi giuridici moderni<sup>101</sup> e che rappresenta – oltre che un principio di ordine pubblico processuale, desumibile da varie disposizioni, sia di rango costituzionale (artt. 24 e 101 Cost. ), sia di rango ordinario (art. 12 disp. prel. cod. civ.; art. 328 cod. pen.; art. 112 cod. proc. civ.) – la quintessenza della funzione giurisdizionale<sup>102</sup>.

Logico, quindi, che l’ordinamento giuridico preveda strumenti di predeterminazione del contenuto della decisione della controversia<sup>103</sup>.

Uno di questi strumenti è rappresentato dalla regola c.d. dell’onere della prova, che, qualora non ci siano elementi sufficienti per la formazione del convincimento del giudicante, sopperisce o supplisce alla lacuna cognitiva, imponendo all’organo decidente una soluzione obbligata<sup>104</sup> ovvero – come è

<sup>99</sup> La dottrina non ha, infatti, mancato di muovere severe e serrate critiche a quanto statuito da quell’unica decisione di legittimità (cfr., in vece di tanti, E. AMODIO, *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 1457 ss.; L. SURACI, *Le indagini difensive*, Giappichelli, Torino 2014, p. 225 ss.).

<sup>100</sup> In ciò, del resto, sta la «terribile grandezza del giudice», in quanto «[s]empre la decisione giudiziale [...] lascia sul campo tracce di dolore» (N. IRTI, *Per la magistratura ordinaria nella storia dell’Italia unita*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 131).

<sup>101</sup> «In modern legal systems, the judge cannot as a rule evade his basic duty, that of adjudicating. He has the option of either allowing or of rejecting the plaintiff’s claims»: A. M. RABELLO, *Non liquet: from Modern Law to Roman Law*, in *10 Ann. Surv. Int’l & Comp. L.*, p. 1 (2004), cui si rinvia per la ricostruzione storica e l’indagine comparatistica circa il divieto *de quo*. È significativo che anche il Regolamento arbitrale internazionale ICSID per la risoluzione delle controversie relative ad investimenti prevede (art. 42, § 2) che «The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law».

<sup>102</sup> V. G.A. MICHELI, *L’onere della prova*, rist., CEDAM, Padova 1966, pp. 6-7.

<sup>103</sup> Si potrebbe anche discorrere di meccanismi «di predeterminazione della soccombenza» (M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 750) o «di proiezione anticipata di una regola del decidere» (F. CORDERO, *Tre studi sulla prova penale*, Giuffrè, Milano 1963, p. 40, nota 92).

<sup>104</sup> Cfr. F. CORDERO, *Il giudizio d’onore*, Milano 1959, p. 64; G. VERDE, *L’onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 21 e 37. Che la regola dell’onere della prova integri un precetto rivolto soprattutto al giudice è stato sottolineato anche dalla dottrina tedesca (cfr. ad es. H. PRÜTTING, *Beweislast und Beweismaß. Der Einfluss Leo Rosenbergs und Karl Heinz Schwabs auf die Entwicklung eines modernen Beweisrechts*, in *ZZP*, 2010, p. 135 ss.), pur in



stato autorevolmente scritto – trasformando la sua «perplexità psicologica in certezza giuridica»<sup>105</sup>.

Ciò significa che, in caso di dubbio o di incertezza, non soltanto è precluso al giudicante ricercare da sé elementi probatori, ma il fatto non accertato sarà (*rectius*, dovrà essere) trattato come fatto accertato (e quindi come storicamente ‘vero’). Tant’è che anche la giurisprudenza qualifica la sentenza di rigetto o di accoglimento dipendente da una situazione di prova mancante o insufficiente come sentenza di merito, che, una volta passata in giudicato, preclude la proposizione della domanda fra le stesse parti, non essendo ammesse nel nostro sistema giuridico pronunce “allo stato degli atti”<sup>106</sup>.

Ecco perché si parla, ed è corretto parlare, di onere della prova come regola (finale o residuale) di giudizio<sup>107</sup>: perché tale regola è volta a far ricadere l’esito dell’incertezza probatoria, e dunque il correlativo rischio, su una delle parti processuali, destinata sotto tale profilo a soccombere. È, quindi, evidente che già la stessa vigenza di una regola (o criterio, quale che sia) di ripartizione del rischio probatorio appare incompatibile con la ricerca e l’accertamento della verità dei (*rectius*, delle allegazioni delle parti circa determinati) fatti.

Ma su tale regola, che dovrebbe in realtà essere annoverata (per ragioni di priorità logica e assiologica) fra i primi argomenti contro-epistemici, ci intratterremo diffusamente *infra*, nei paragrafi che seguono.

### 3. Se quello della prova sia un onere: chi afferma e non prova, soccombe?

Prima di addentrarci ad esaminare le spinose questioni che si aggirano e si agglutinano intorno alla c.d. regola dell’onere della prova, non nuoce verificare se o in che senso quello della prova sia tecnicamente qualificabile come «onere».

Come è noto, l’onere della prova è ancora oggi menzionato nella letteratura giuridica manualistica come un esempio classico o tipico di onere<sup>108</sup>.

assenza nell’ordinamento tedesco di una disposizione analoga al nostro art. 2697 cod. civ. (per vero contenuta nel progetto preliminare del B.G.B.: sulle ragioni dell’omessa previsione della regola, cfr. *amplius* G.A. MICHELI, *L’onere della prova*, cit., p. 53, nota 153).

<sup>105</sup> P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, p. 114.

<sup>106</sup> V. ad es. Cass. 12 novembre 1983, n. 6744, in *Dir. e giur.*, 1983, p. 898; Pret. Salerno, 16 marzo 1996, in *Rass. locaz.*, 1996, p. 211.

<sup>107</sup> È la nota tesi di G.A. MICHELI, *L’onere della prova*, cit., pp. 177 ss., 216 e 313 ss., poi seguita dalla dottrina prevalente (fra cui M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino 1995, p. 74).

<sup>108</sup> Per non menzionare che alcuni fra i più recenti manuali di diritto privato, v. F. GALGANO, *Diritto privato*, 17<sup>a</sup> ed., a cura di N. Zorzi, Kluwer-CEDAM, Milano-Padova 2017, p. 23; P. ZATTI - V. COLUSSI, *Diritto privato*, 16<sup>a</sup> ed., con la collaborazione di A. Fusaro, Kluwer-CEDAM, Milano-Padova 2017, p. 76; F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, 6<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino 2016, p. 142; C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano 2016, p. 56. Fra i pochissimi manuali che non cedono al fascino della *vulgata*, si segnala A. TORRENTE -

Ciò che caratterizza dogmaticamente tale situazione giuridica soggettiva, e che consente di distinguerla dall'altra posizione passiva in cui può in astratto articolarsi il contenuto di un rapporto giuridico, e cioè dall'obbligo, è il vincolo a tenere una certa condotta in vista del raggiungimento di una finalità, nel senso che tale condotta non può essere coattivamente imposta o sanzionata, ma costituisce un passaggio necessario (*condicio sine qua non*) per raggiungere quella finalità<sup>109</sup>.

Per rappresentare lo schema dell'onere, si utilizza tradizionalmente la formula 'se vuoi che si produca B, devi agire nel modo A', in cui B è il vantaggio o l'effetto giuridico favorevole che può conseguire il soggetto destinatario della norma, mentre A è il comportamento previsto dall'ordinamento giuridico: le norme che prevedono un onere, quindi, prescrivono un comportamento sottoposto a una duplice condizione (quella soggettiva che l'agente persegua un certo scopo e quella oggettiva di attuazione dello scopo perseguito) e in sede di teoria generale vengono denominate 'finali'<sup>110</sup>, o 'tecniche'<sup>111</sup>, o 'tecnologiche'<sup>112</sup>.

Trasposto il problema nel contesto dinamico del processo, occorre chiedersi se la prova delle circostanze ad opera dalla parte che le alleggi in giudizio sia condizione necessaria per l'accoglimento della domanda (o dell'eccezione) proposta, e cioè se la parte che non provi ciò che afferma si veda per tale ragione dichiarare soccombente dall'organo preposto alla decisione.

In proposito, già autorevole dottrina aveva contestato che l'iniziativa probatoria delle parti potesse essere inquadrata nella figura dogmatica dell'onere, parlando di onere imperfetto, incompleto, semipieno, alleviato<sup>113</sup> ed osservando che la prova può provenire dalla controparte, da un terzo chiamato in giudizio, nonché dall'organo munito di potere giurisdicente<sup>114</sup>.

P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 20<sup>a</sup> ed., a cura di F. Anelli e C. Granelli, Giuffrè, Milano 2017, p. 87.

<sup>109</sup> La norma che fa di un dato comportamento l'oggetto di un onere, cioè, «non consente un diverso modo di tutela o di realizzazione dell'interesse considerato» (A. PALERMO, voce *Onere*, in *Nss. D. I.*, XI, UTET, Torino 1965, p. 916); ovvero, detto altrimenti, l'onere si traduce in un potere «il cui esercizio costituisce l'unico mezzo per raggiungere il fine giuridico diviso» (V. DURANTE, voce *Onere*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Il Veltro, Roma 1991, p. 5). Sulla controversa figura dell'onere, da alcuni considerata spuria o priva di autonomia dogmatica, v. G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino 1970, pp. 14-15; N. IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, ora in *Id.*, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano 1984, p. 160 ss.

<sup>110</sup> G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino 1913, pp. 61 ss., 73 ss. e 86.

<sup>111</sup> G. AZZONI, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Franco Angeli, Milano 1991, pp. 13 e 40; G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, ETS, Pisa 2008, p. 19 ss.

<sup>112</sup> S. MORONI, *Regole tecnonomiche*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Milano 1998, p. 163.

<sup>113</sup> Cfr. gli Autori citati da G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 62, nota 6 e da G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 14, note 4, 5 e 6.

<sup>114</sup> R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 400.

La prima smentita della regola dell'onere della prova, declinata nella nota paremia per cui *onus probandi incumbit ei cui dicit*, consiste, quindi, in un principio generale dell'ordinamento giuridico processuale civile, non scritto in alcuna disposizione del codice di rito (sebbene desumibile dagli artt. 208, 1° comma e 245, 2° comma, cod. proc. civ.<sup>115</sup>), denominato principio di acquisizione processuale, in base al quale è indifferente il soggetto processuale da cui provenga o per iniziativa del quale venga acquisito un elemento conoscitivo<sup>116</sup>, perché ogniqualvolta un mezzo, una fonte, o un elemento, di prova sia ritualmente ammesso in giudizio, è sottratto alla disponibilità di chi l'ha introdotto, diventando stabilmente materiale istruttorio comune alle parti e al giudice, il quale può utilizzarlo come base del suo convincimento<sup>117</sup>. Da tempo la giurisprudenza vede con favore tale principio, che ora ritiene costituzionalizzato nell'art. 111 Cost. sul c.d. giusto processo<sup>118</sup>: c'è solo da chiedersi fino a che punto possa spingersi la regola della indisponibilità degli effetti delle prove già assunte e dei documenti già prodotti, e dunque della facoltà di eccepire l'inammissibilità o la nullità della prova testimoniale già assunta, ovvero di ritiro di un documento già prodotto<sup>119</sup>.

Un altro istituto, espressamente previsto dalla legge (art. 115, 2° comma, cod. proc. civ.), che esonera completamente le parti del processo da qualsivoglia onere probatorio (o, se si preferisce, rende superflua qualsiasi attività di accertamento) su una determinata circostanza dedotta, è rappresentato dal c.d. fatto notorio<sup>120</sup>, che secondo un orientamento diffuso non ha neppure bi-

<sup>115</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 308.

<sup>116</sup> G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 148, che già lo aveva definito «principio fondamentale del processo moderno»; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, CEDAM, Padova 1970, p. 15 ss.; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Comm. cod. proc. civ.*, dir. da E. Allorio, I, 2, UTET, Torino 1973, p. 1303; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, CEDAM, Padova 1991, pp. 132 ss. e 263 ss.; S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 57; L.P. COMOLIO, *Le prove civili*, cit., p. 317.

<sup>117</sup> Sulla nozione generale di acquisizione come modalità attraverso cui un elemento conoscitivo assume il rango di prova su cui il giudice può fondare la sua decisione v. C. CESARI, *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., II, UTET, Torino 2004, p. 694 ss.

<sup>118</sup> V. ad es. Cass. 14 gennaio 2016, n. 455, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce "Prova civile in genere", n. 16; Cass. 30 giugno 2015, n. 13400, ivi, 2015, voce cit., n. 48.

<sup>119</sup> Al tema è dedicato il saggio di D. TURRONI, *Produzione e acquisizione del documento nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 180 ss., ove si critica l'orientamento della giurisprudenza, non uniforme e non sempre coerente con la declamazione del principio *de quo*.

<sup>120</sup> Sulla nozione, v. P. CALAMANDREI, *Per la definizione di fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, p. 273 ss.; G.A. MICHELI, *Sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, p. 286 ss.; V. DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, I, p. 247 ss.; S. PATTI, voce *Prova. I) Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Il Veltro, Roma 1991, pp. 7-8; per ulteriori riferimenti, v. M. ROTONDI, *Considerazioni in "fatto" e in "diritto"*, cit., pp. 959-960, nota 15. Si ritiene, peraltro, che il fatto notorio possa avere una portata (geografica, sociale ovvero culturale) ristretta o settoriale (M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit., 70; G. DE STEFANO, *Note minime sulla cosiddetta notorietà locale*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 102; in giurisprudenza, da ultimo, v. Cass. ord. 6 marzo 2017, n. 5530, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce "Prova civile in genere", n. 15). Sui rapporti con il fenomeno di Internet, cfr. F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, in *Annali it. dir. aut.*,

sogno di essere allegato e può, quindi, essere conosciuto d'ufficio dall'organo giurisdicente, non rientrando nel *thema probandum*<sup>121</sup>.

Parimenti, un principio che consente alla parte di ritenersi esonerata dal dimostrare l'esistenza di una circostanza che altrimenti sarebbe tenuta a provare è quello c.d. di non contestazione, che oggi si trova consacrato in una disposizione generale sul processo civile (v. ultimo inciso dell'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ.), presa poi quasi pedissequamente a mutuo dal legislatore del processo amministrativo (art. 64, 2° comma, cod. proc. amm.)<sup>122</sup> e del giudizio contabile (art. 95, 1° comma, D.Lgs. n. 174/2016). Come noto, l'effetto processuale tipico che discende dall'applicazione di tale principio consiste nella *relevatio ab onere probandi*, e cioè nell'espunzione dal *thema probandum* di una, o della, circostanza non specificamente contestata dalla parte costituita in un processo in cui si controverta su diritti disponibili: il che si traduce, in definitiva, in una deroga all'obbligo del giudice di rigettare la domanda (o l'eccezione) basata su fatti non provati<sup>123</sup>. Ciò significa, dunque, che la mancata specifica contestazione di un fatto, ad opera di una parte processuale diversa da quella che lo abbia affermato (sia questa l'attore o il convenuto), pur non assurgendo a prova legale o comunque a fonte autonoma di prova<sup>124</sup>, può rendere irrelati i due termini dell'allegazione e della prova, spezzando l'automatismo inattività processuale della parte/soccombenza della medesima parte.

*Ex converso*, in applicazione del medesimo principio, si può senza ambagi sostenere che la scelta volontaria di rimanere contumaci si risolve non già in

2015, p. 383 ss.; su come il fatto notorio operi all'interno della dinamica del processo, cfr. V. BARONCINI, *Il regime processuale del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 333 ss.

<sup>121</sup> G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 119; L. MONTESANO, *Osservazioni sui fatti notori*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 222 ss.; G. DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, 1947, p. 16 ss.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 329; da atto che questa è l'opinione della dottrina maggioritaria E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Giappichelli, Torino 2014, p. 28.

<sup>122</sup> Osserva, tuttavia, come la recezione della regola da un sistema processuale ad un altro non avvenga acriticamente e senza resistenze R. VINCENZI, *Sul principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1506 ss.

<sup>123</sup> In questo senso, v. già A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1995, p. 281.

<sup>124</sup> Questa è l'opinione prevalente in dottrina (*ex multis*: A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino 2012, p. 569; S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Aa. Vv.*, *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, in *Quad. Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 91; I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, p. 238; C.M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 273; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it*, §§ 4 e 5), mentre di contrario avviso è la giurisprudenza più recente (Cass. 17 giugno 2016, n. 12517, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce "Prova civile in genere", n. 30; Cass. 18 giugno 2015, n. 12600, *ivi*, 2015, voce "Procedimento civile", n. 269; Cass. 9 marzo 2012, n. 3727, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 401; ma nella stessa direzione della dottrina prevalente v. Cass., sez. lav., 4 aprile 2017, n. 8708, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce "Appello civile", n. 37, sia pure con riguardo alla questione della rivalutazione del materiale probatorio in sede di appello).

una mera inattività (in considerazione del carattere equivoco e neutro che il nostro sistema domestico riserva a tale contegno processuale<sup>125</sup>), bensì in una precisa strategia difensiva, volta a far emergere (ove vi siano) le lacune probatorie della controparte. In altri termini, un convenuto che disponga di scarse difese in fatto e decida di non costituirsi potrebbe in pratica mettere in serie difficoltà l'attore, che per ciò solo sarebbe (questa volta, sì) onerato di costruire un edificio probatorio completo e solido<sup>126</sup>.

Un ulteriore istituto che per sua natura esclude l'applicabilità della c.d. regola sull'onere della prova (in quanto ne rappresenta un'alternativa o un surrogato) è il giuramento suppletorio, che il giudice può discrezionalmente deferire a una delle parti e dal cui esito dipende l'esito della controversia (*arg. ex art. 2736, n. 1 cod. civ.*)<sup>127</sup>.

Inoltre, è indubbio che, sebbene non influisca direttamente sulla distribuzione dei carichi probatori, l'esercizio, da parte dell'organo preposto a decidere, di poteri ufficiosi di iniziativa istruttoria può certamente aggravare o agevolare la posizione processuale di una delle parti in ordine ai fatti dalla stessa allegati<sup>128</sup>: anche nei processi a carattere spiccatamente dispositivo, come il processo civile italiano di cognizione, le parti non mantengono un dominio assoluto in materia probatoria e residuano spazi di esplicazione di un siffatto

<sup>125</sup> Il punto è pacifico: in dottrina, cfr. per tutti G. GIANNOZZI, *La contumacia nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1963, p. 110 ss.; in giurisprudenza, cfr. ad es. Cass. 11 luglio 2003, n. 10948, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce "Prova civile in genere", n. 55. Volgendo lo sguardo alla disciplina del procedimento europeo per le controversie di modesta entità, invece, le cose stanno diversamente (cfr. art. 7, § 3 Regolamento CE n. 861/2007, che attribuisce rilievo alla mancata tempestiva replica della parte interessata ai fini dell'emissione di una condanna).

<sup>126</sup> Come giustamente osservato, la contumacia «finisce con l'equivalere, sul piano pratico, ad una "contestazione specifica", dando vita ad una *ficta contestatio* che viene ad escludere qualsiasi vantaggio probatorio per la parte costituita»: L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in AA. VV., *Problemi relativi alla prova nel processo civile*, cit., p. 27; in senso analogo, cfr. G. FRUS, *Il principio di non contestazione tra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali: soggetti, oggetto e modalità della contestazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), § 3, secondo cui la contumacia del convenuto «lo salvaguarda e protegge, non sgravando l'attore del benché minimo onere probatorio».

<sup>127</sup> Che questa sia la funzione di tale istituto riconosce espressamente F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano 2011, p. 161; nello stesso senso, v. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 196; M. G. BELLU, *Giuramento suppletorio e poteri del giudice*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1122; da ultimo, cfr. S. PATTI, *Onere della prova e giuramento suppletorio: un problema di coordinamento*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2541.

Dal canto suo, la giurisprudenza sottolinea che i fatti oggetto di un giuramento suppletorio espletato «non possono non considerarsi definitivamente accertati» (Cass. 15 novembre 2001, n. 14317, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce "Giuramento civile", n. 12). Anche la dottrina ha di recente osservato che questa sarebbe «l'unica ipotesi prevista dal sistema in cui l'iniziativa del giudice si presenta non soltanto officiosa e insindacabile, ma altresì idonea alla formazione di una prova legale, in modo del tutto indipendente dalla volontà reattiva delle parti» (F. DANOVI, *Il linguaggio del processo*, Giuffrè, Milano 2018, p. 101).

<sup>128</sup> Cfr. sul punto M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit., p. 72: «se un fatto risulta provato per effetto delle iniziative probatorie svolte dal giudice, ciò implica che non sarà soccombente la parte che aveva l'onere di provarlo e che pure non ha soddisfatto questo onere».

tipo di potere (si pensi, ad esempio, alla disciplina della prova testimoniale, in cui si registra una progressiva intensità del potere officioso del giudice, correlata all'ordine progressivo numerico delle disposizioni che compongono il § 8 della Sezione III del Capo II del Titolo I del Libro II del Codice di procedura civile<sup>129</sup>).

In definitiva, quello della prova non integra dogmaticamente gli estremi di una situazione giuridica soggettiva passiva sussumibile nella categoria dell'onere<sup>130</sup>, ma allude, al più, a un peso (o carico), inteso come “rischio” gravante sulla parte processuale che proponga una domanda o un'eccezione e non provi le circostanze allegare a sostegno della domanda o dell'eccezione, nel senso di vedere così aumentare il rischio del rigetto della domanda o dell'eccezione<sup>131</sup>.

Del resto, ciò è confermato anche dalla terminologia giuridica utilizzata in altre lingue europee: in inglese si parla di *burden (of the proof)*, in francese di *fardeau (de la preuve)*, in spagnolo di *carga (de la prueba)*.

#### 4. La regola di giudizio stabilita dall'art. 2697 cod. civ.: portata e limiti

L'importanza della regola stabilita dall'art. 2697 cod. civ. non va, certamente, sottovalutata.

Si tratta, infatti, di una disposizione che: (i) rappresenta il precipitato della teorica della c.d. semplificazione analitica della fattispecie<sup>132</sup>, secondo cui

<sup>129</sup> Art. 245, 1° comma (potere di ridurre o eliminare i testi indicati dalle parti); art. 253, 1° comma (potere di rivolgere ai testi domande a chiarimento dei fatti); art. 254 (potere di disporre il confronto fra testi che abbiano reso deposizioni divergenti); art. 257 (potere di disporre l'esame dei c.d. testi di riferimento e di riesaminare testi già interrogati o di sentire testi già eliminati o esclusi per rinuncia). All'elenco va aggiunto, benché abbia diversa collocazione topografica, l'art. 281-ter (che contempla il potere di disporre una prova testimoniale non richiesta dalle parti e di formulare direttamente i capitoli di prova orale).

<sup>130</sup> Secondo alcuni, peraltro, quello della prova potrebbe essere annoverato fra le situazioni giuridiche soggettive attive (alludiamo a quella copiosa letteratura che parla di un diritto alla prova: fra i primi in Italia, v. L. P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, CEDAM, Padova 1970, pp. 148 ss. e 217 ss.; M. CAPPELLETTI - V. VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 637 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1974, p. 509 ss.; G.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 382; M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 77. Ma pare che questa sia più che altro una formula suggestiva, utilizzata per sottolineare alcuni corollari o aspetti (sia pure fra i più salienti) della tutela giurisdizionale, e quindi di un altro diritto, costituzionalmente garantito (di azione e di difesa).

<sup>131</sup> In questo senso, cfr. R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., p. 402; S. PATTI, *Le prove*, cit., pp. 78-79; parlava già di rischio per la mancata prova T. SICILIANI, *L'onere della prova nel processo civile*, I, Noci, 1907, p. 27; nella letteratura giuspenalistica, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano 1987, p. 1008.

<sup>132</sup> La cui formulazione originaria risalirebbe a R. JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, IV, Marescq, Paris 1888, p. 199 ss., per essere poi recepita in Italia da G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in ID., *Scritti*

criteri di economicità, razionalità ed efficienza processuale impongono che, se e fino a quando una parte non abbia fornito la prova dei fatti allegati a sostegno della propria domanda, non sorge l'esigenza per l'altra parte di dare la controprova dei fatti con essi incompatibili (di qui, la distinzione tra fatti costitutivi, da un lato, e fatti impeditivi modificativi estintivi, dall'altro lato, su cui si tornerà *infra*)<sup>133</sup>; (ii) esprime un principio informatore del sistema delle garanzie giurisdizionali<sup>134</sup>, con conseguente impugnabilità sotto tale profilo delle sentenze emesse dal giudice di pace nell'ambito della propria giurisdizione equitativa necessaria, ai sensi dell'art. 113, 2° comma, cod. proc. civ. (v. art. 339, 3° comma, cod. proc. civ.); (iii) trova applicazione in ogni processo: civile, arbitrale<sup>135</sup>, tributario<sup>136</sup> e, sia pure con gli opportuni adattamenti, amministrativo (in cui occorre tener conto dall'assetto non paritario dei rapporti intercorrenti tra privato e P.A., anche nella produzione di documenti<sup>137</sup>) e penale (in cui non vige il principio dispositivo in materia probatoria<sup>138</sup> e in cui la presunzione costituzionale di non colpevolezza preclude che qualsiasi rischio di incertezza o mancata prova possa ricadere sull'imputato<sup>139</sup>).

Tuttavia, l'art. 2697 cod. civ. non è in grado di fornire la risposta alla domanda "chi deve provare cosa", perché, pur volendo somministrare, come detto, una regola finale di giudizio, appare come una «vera e propria norma in bianco», che «abbisogna di due integrazioni: l'una [...] costituita dall'identificazione dell'effetto vagheggiato dall'attore; l'altra [...] data dall'inserzione dell'effetto,

*giuridici*, III, Giuffrè, Milano 1948, p. 19 ss. (cfr. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 181, nota 252).

<sup>133</sup> G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 23, 38 e 50. In giurisprudenza, v. Cass. 25 maggio 1998, n. 5192, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce "Prova civile in genere", n. 12; Cass. 5 marzo 1993, n. 2680, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 441.

<sup>134</sup> Cons. Stato, 17 novembre 2015, n. 5250, in *Foro amm.*, 2015, p. 2800; Cass. 6 maggio 2005, n. 9403, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 5; *contra*, però, Cass. S.U. 14 gennaio 2009, n. 564, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce "Procedimento civile davanti al giudice di pace", n. 32.

<sup>135</sup> In questo senso, v. G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 193; F. DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 28; A. FABBÌ, *La prova nell'arbitrato internazionale*, Giappichelli, Torino 2014, p. 70 ss. (in relazione all'arbitrato internazionale). *Contra*, invece, M. BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 994 ss.; ID., *La giustizia privata*, 4° ed., Giuffrè, Milano 2018, p. 159.

<sup>136</sup> Cass. 15 febbraio 2017, n. 3978, in [www.iltributo.it](http://www.iltributo.it); Cass. 20 gennaio 2016, n. 955, in *Corr. trib.*, 2016, p. 1797.

<sup>137</sup> Cfr. Cons. Stato 25 maggio 2011, n. 3135, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lombardia, 19 novembre 2008, n. 5442, in *Urb. e app.*, 2009, p. 353. Ma v. ora art. 63 e 64 cod. proc. amm. (da cui traggono ispirazione anche gli artt. 94 e 95 del D.Lgs. n. 174/2016 in materia di giustizia contabile).

<sup>138</sup> Lo esclude con fermezza Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. cost.*, 1993, p. 901 ss., spec. p. 916.

<sup>139</sup> Sul punto, cfr., sotto il vigore del Codice di procedura penale del 1930, G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 270 ss.; dopo l'entrata in vigore del Codice di procedura penale del 1988, E. AMODIO, *Rovistando tra le macerie della procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2942; G. UBERTIS, *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino 1995, p. 97 ss.; P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, Milano 2014, p. 69 ss.

tramite la tripartizione (o quadripartizione) dei fatti giuridici, nell'intera esperienza normativa»<sup>140</sup>. In altri termini, non appare corretto configurare quello delineato dall'art. 2697 cod. civ. come l'unico (e forse, sotto tale profilo, neppure come un) modello di ripartizione del rischio probatorio<sup>141</sup>.

Benché sia auspicabile<sup>142</sup> che, ai fini della elaborazione di una strategia difensiva, le parti (e i loro difensori) conoscano in anticipo e in tempo utile i criteri di allocazione o distribuzione del rischio derivante dalla mancata prova dei fatti allegati, sulla base della mera formulazione dell'art. 2697 cod. civ. non risulta, quindi, agevole valutare, soppesare e in un certo senso "tarare" le esigenze documentali e istruttorie del caso concreto in relazione all'esito della decisione finale, in quanto sul piano probatorio quest'ultimo dipenderà dall'effetto giuridico (o vantaggio) cui aspira il soggetto richiedente, dalla posizione processuale assunta dalle parti rispetto alla fattispecie sostanziale, nonché da altri fattori che incidono sul fenomeno probatorio, fra i quali lo stesso atteggiamento processuale tenuto in concreto dalla controparte.

Salve espresse deroghe o modificazioni legislative, o correttivi giurisprudenziali, della regola di giudizio stabilita dall'art. 2697 cod. civ., che vedremo *infra* (§§ seguenti), sono, infatti, rarissime le ipotesi in cui il legislatore prende posizione sul problema della distribuzione fra le parti dei temi di prova, prevedendo "chi debba provare esattamente cosa".

Pur dopo avendo svolto un attento esame dei vari settori dell'ordinamento giuridico italiano, ci consta, infatti, che previsioni del genere siano assai circoscritte.

Fra queste ipotesi normative, ricordiamo (salvo che il lettore esperto riesca a reperire ulteriori): l'art. 121, 1° comma, del Codice della proprietà industriale, significativamente rubricato «Ripartizione dell'onere della prova», ove è previsto che «l'onere di provare la nullità o la decadenza del titolo di proprietà industriale incombe in ogni caso a chi impugna il titolo», mentre «l'onere di provare la contraffazione incombe al titolare» (salvo quanto previsto dall'art. 67 cod. propr. ind.)<sup>143</sup>; l'art. 2 del Regolamento CE n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato

<sup>140</sup> V. ANDRIOLI, voce *Prova* (1967), ora in ID., *Studi sulle prove civili*, Giuffrè, Milano 2008, p. 89. La tesi è condivisa da G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 125, che considera la disposizione «del tutto priva di contenuto normativo», e da M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit., p. 68, secondo cui si tratterebbe di un mero criterio di rinvio alle norme sostanziali di volta in volta applicabili.

<sup>141</sup> Nel senso della pluralità o concorrenza di modelli (anche extralegali) di ripartizione del rischio probatorio cfr. per tutti G. M. UDA, *La prova del pagamento*, in AA. VV., *La liberazione del debitore*, a cura di M. Talamanca e M. Maggiolo, in *Trattato delle obbligazioni, La struttura e l'adempimento*, V, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, CEDAM, Padova 2010, pp. 494, 499 ss. e 513.

<sup>142</sup> Come auspicato da M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, pp. 431-432.

<sup>143</sup> La prova della nullità pare (stando alla giurisprudenza: Trib. Bologna, 20 ottobre 2009, in *Giur. dir. ind.*, 2009, 1263) rigorosa, mentre quella della decadenza è più agevole, considerato



UE (ora artt. 101 e 102 Trattato FUE), significativamente rubricato «Onere della prova», secondo cui, «in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del Trattato incombe alla parte o all'Autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte»<sup>144</sup>; l'art. 5, § 4, del Regolamento CE n. 261/2004, in materia di compensazione e assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo e di ritardo prolungato, ove è previsto, con riferimento all'ipotesi di cancellazione del volo, che «l'onere della prova, per quanto riguarda se e quando il passeggero è stato avvertito della cancellazione del volo, incombe al vettore aereo operativo»<sup>145</sup>; l'art. 120 del Codice del consumo, rubricato «Prova», che in tema di responsabilità del produttore prevede che «il danneggiato deve provare il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno», mentre «il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni dell'art. 118. Ai fini dell'esclusione da responsabilità prevista nell'art. 118, comma 1, lettera b), è sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione»<sup>146</sup>.

In assenza di indicazioni legislative univoche come quelle appena passate in rassegna, l'interprete non trova nella formulazione dell'enunciato normativo un referente su cui possa riporre sicuro affidamento ai fini della individuazione dei fatti costitutivi della pretesa e di quelli aventi rispetto a questi efficacia impeditiva<sup>147</sup>.

che la disposizione *de qua* si accontenta di qualunque mezzo (v. ad es. Trib. Bologna, 13 giugno 2011, in *Giur. dir. ind.*, 2012, p. 284).

<sup>144</sup> Sul tema, cfr. *amplius* R. NAZZINI, *The Wood Began to Move: An Essay on Consumer Welfare, Evidence and Burden of Proof in Article 82 Cases*, in *31 E.L. Rev.*, p. 530 ss. (2006); A. KALINTIRI, *The Allocation of the Legal Burden of Proof in Article 101 TFEU Cases: A 'Clear' Rule with Not-So-Clear Implications*, in *34 YEL*, 2015, p. 232 ss.

<sup>145</sup> Ritiene che la regola sia espressione di principi generali dell'ordinamento giuridico italiano in tema di ripartizione del carico probatorio Cass. ord. 23 gennaio 2018, n. 1584, in *Danno e resp.*, 2018, p. 749 ss., spec. p. 751.

<sup>146</sup> Per un'applicazione letterale (sia pure con riferimento al previgente art. 8 D.P.R. n. 224/1988), v. Cass. 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 350 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*. Ispirata a un maggior *favor* per il danneggiato appare, invece, Corte giust. UE, 21 giugno 2017, C-621/15, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 1810 (sulle ricadute della pronuncia in tema di onere della prova si diffonde A. FUSARO, *Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di Giustizia, in Europa e dir. priv.*, 2018, p. 349 ss.).

<sup>147</sup> Sulla nozione – in passato contestata (cfr. E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Athenaeum, Roma 1915, p. 349 ss.) – di fatto c.d. impeditivo, cfr. ad es. S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Rev. e agg. di A. Falzea, pref. di N. Irti, Giuffrè, Milano 1996, p. 26, secondo cui è tale «qualsiasi discordanza che si venga a determinare tra la situazione di fatto concreta e la previsione normativa, tale da provocare la irrilevanza o la inefficacia della situazione dal punto di vista giuridico»; P. SENOFONTE, *Il concetto di fatto impeditivo*, in *Studi in onore di L. Coviello*, Napoli, 1978, p. 505 ss.

In alcuni casi, certamente, il tenore letterale dell'enunciato normativo può essere di ausilio per la soluzione del problema: così, a titolo esemplificativo, l'uso di congiunzioni subordinative condizionali semplici, come «se» (v. ad es. art. 1448, 1° comma, cod. civ., in tema di rescissione del contratto: «Se vi è sproporzione...») o «quando» (v. ad es. art. 624, 1° comma, cod. civ., in tema di impugnazione del testamento per vizi del consenso: «...quando è l'effetto di...»), ovvero composte, come «qualora» (v. ad es. art. 10 cod. civ., in tema di abuso dell'immagine altrui: «Qualora l'immagine...»), sembrano deporre nel senso della qualificazione della fattispecie contemplata nella protasi normativa come fatto costitutivo; *ex converso*, l'uso di congiunzioni subordinative limitative, come «eccetto che» (v. ad es. art. 2742, 1° comma, cod. civ., in tema di surrogazione reale dell'indennità assicurativa alla cosa oggetto di garanzia reale), «tranne che» (v. ad es. art. 1430 cod. civ., in tema di errore di calcolo ed errore in quantità), «a meno che» (v. ad es. art. 437 cod. civ., in tema di obbligazione alimentare del donatario, in relazione alla fattispecie della donazione obnuziale e remuneratoria), o «salvo che» (v. ad es. art. 737 cod. civ., in relazione alla fattispecie della dispensa da collazione), ovvero la semplice formulazione in negativo dello stesso enunciato normativo (v. ad es. art. 1227, 2° comma, cod. civ., in relazione al risarcimento dei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza; art. 1667, 1° comma, secondo alinea, cod. civ., in relazione alla fattispecie della conoscenza o riconoscibilità delle difformità o dei vizi dell'opera da parte del committente ai fini della operatività o meno della garanzia dell'appaltatore) sembrano deporre nel senso della qualificazione della fattispecie ivi contemplata come fatto impeditivo<sup>148</sup>.

Ma in molti altri casi, nell'ottica della soluzione di una controversia, lo strumento dell'analisi grammaticale, lessicale o sintattica è lungi dal somministrare all'interprete criteri utili ai fini della distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi: anzitutto, perché non sempre l'interprete ha a che fare con una fattispecie legale (ciò che avviene quando, ad esempio, si tratta di una lacuna normativa, che rende applicabile una clausola, o un principio, generale); in secondo luogo, perché, nel caso in cui l'interprete abbia a che fare con una fattispecie legale, nessun elemento può essere considerato, di per sé, costitutivo o impeditivo<sup>149</sup>, dipendendo la sua natura non tanto dalla logica o dal modo in cui è stata costruita la fattispecie dal legislatore (secondo criteri di normalità, o regolarità, ovvero di anormalità, o eccezionalità<sup>150</sup>), bensì, soprattutto, dagli effetti giuridici cui una parte aspira, nonché dalla dinamica processuale<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> Altre esemplificazioni in R. SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 17.

<sup>149</sup> Cfr. sul punto E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Giuffrè, Milano 1967, p. 258 ss.

<sup>150</sup> A tale criterio faceva appello G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 789.

<sup>151</sup> Che il problema della distribuzione dell'onere della prova non può essere sempre risolto in base al solo dato normativo è riconosciuto anche dalla dottrina tedesca (W. GRUNSKY, *L'onere*

In definitiva, la regola di giudizio stabilita dall'art. 2697 cod. civ., non individuando temi fissi di prova, non è di per sé sufficiente a risolvere il problema della ripartizione del carico probatorio fra le parti di un processo, sicché è necessario fare ricorso ad altre regole o principi, che, come vedremo subito, possono essere sponsorizzati dal legislatore ovvero dall'interprete. E ciò, comunque, fermo restando lo spazio riservato dall'ordinamento giuridico all'autonomia privata, che può esplicarsi anche in materia probatoria e prima del processo o in vista di questo (*arg. ex art. 2698 cod. civ.*), purché vengano rispettati i limiti inderogabili previsti dall'ordinamento giuridico: all'indisponibilità del diritto e all'effetto di rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, contemplati dallo stesso art. 2698 cod. civ., si possono aggiungere i limiti di validità derivanti dall'eventuale abusività di clausole probatorie inserite in contratti stipulati fra un professionista e un consumatore (v. art. 33, 2° comma, lett. *t* cod. cons., che presume abusive, e quindi nulle, le clausole che sanciscono a carico del consumatore «limitazioni all'adduzione di prove» e «inversioni o modificazioni dell'onere della prova»<sup>152</sup>), ovvero dal contenuto del patto probatorio, che non può avere ad oggetto l'attività di giudizio, e cioè il potere del giudicante nell'ammissione, assunzione o valutazione delle prove, né la loro efficacia<sup>153</sup>.

##### 5. (Segue) *Le deroghe legali e giurisprudenziali*

Posto che l'esito finale di una lite è condizionato (anche, se non soprattutto) dal criterio (o dai criteri) con cui viene allocato o ripartito il rischio della mancata prova di certi fatti, il legislatore può ricorrere a strumenti, tecniche o istituti che prevedono una certa distribuzione di tale rischio, derogando espressamente alla regola di giudizio stabilita dall'art. 2697 cod. civ.

*della prova nel diritto tedesco*, AA. VV., *Le prove nel diritto civile amministrativo e tributario*, cit., pp. 17-18). Nella dottrina italiana, cfr. G. VERDE, voce *Prova in generale (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Giuffrè, Milano 1988, p. 631 ss., il quale ammonisce di astenersi da «rigide prese di posizione, essendo pur sempre necessario prendere in considerazione la fattispecie tipica in funzione dell'effetto in vista del quale è stata costruita»; A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Annali del Seminario giuridico* (Univ. Catania), VII (2006-2007), Giuffrè, Milano 2008, p. 4 ss.

<sup>152</sup> Sul tema, v. S. PATTI, *La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 513 ss.; E. DALMOTTO, *L'onere della prova e la protezione del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 142 ss.

<sup>153</sup> In questo senso, v. già G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 248; gli fa eco S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 269; ID., *La disponibilità delle prove*, cit., p. 97; nello stesso senso, più di recente, G. F. RICCI, *Diritto processuale civile*, III, Giappichelli, Torino 2017, p. 498. Al tema è dedicato lo studio di T. M. PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè, Milano 2009, la quale documenta (ivi, p. 49, nota 103) che anche la dottrina tedesca ritiene inderogabili in via pattizia le norme sull'apprezzamento delle prove. Per un quadro ancora più aggiornato, v. G. BAUMGÄRTEL - H. G. LAUMEN - H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*<sup>3</sup>, Heymanns, Köln 2016, p. 638 ss.

Ciò può avvenire per ragioni diverse (ma tutte accomunate dal fatto di esprimere principi di ordine pubblico): la tutela di interessi ritenuti preminenti rispetto ad altri; il *favor* per una certa categoria di soggetti (istituzionalmente “deboli”); l’intenzione di controbilanciare, sopperire o rimediare a situazioni di squilibrio processuale originario<sup>154</sup>.

Tali strumenti sono, in particolare, i seguenti: (i) le presunzioni legali assolute; (ii) le presunzioni legali relative; (iii) le regole di inversione legislativa dell’onere della prova; (iv) le presunzioni giurisprudenziali.

(i) *Le presunzioni legali assolute*

Le presunzioni legali sono inferenze normative<sup>155</sup>, utilizzate dal legislatore per favorire, da un lato, la celerità e la prevedibilità delle decisioni e, dall’altro lato, i soggetti che versano in certe situazioni o condizioni, ovvero rivestono certe posizioni o qualità (*arg. ex art. 2728, 1° comma, cod. civ.*: «...coloro a favore dei quali sono stabilite»).

La particolarità delle presunzioni legali assolute (o *iuris et de iure*) sta in ciò, che contro le relative conseguenze giuridiche «non può essere data la prova contraria» (art. 2728, 2° comma, cod. civ.).

Si tratta, più che di una regola di giudizio che incide sulla ripartizione del carico probatorio, di una particolare tecnica di costruzione della fattispecie sostanziale, che viene contemplata dal legislatore come direttamente costitutiva dell’effetto giuridico<sup>156</sup>, con conseguenti problemi di eventuale incostituzionalità, proprio sotto il profilo della violazione del diritto a contrastare l’effetto giuridico disposto dal legislatore<sup>157</sup>.

Gli esempi di presunzioni legali assolute non sono numerosi.

Si tratta, ad esempio, di ipotesi in cui la legge proscrive il compimento di atti giuridici da parte di determinati soggetti o fra determinati soggetti che versano in una particolare situazione di conflitto di interessi (v. ad es. gli artt. 599, 799, 1261 e 1471 cod. civ.), ovvero vieta la stipulazione di certi accordi o clausole, ritenute lesive di interessi giuridici fondamentali, quando eccedano una certa soglia di tolleranza stabilita in via astratta e preventiva dal sistema (v.

<sup>154</sup> Come osserva M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 230, queste come altre *rationes* possono anche concorrere e combinarsi fra loro. Già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 127 sottolineava l’esigenza di «facilitare certe condizioni giuridiche (di figlio, di proprietario, di possessore, di creditore ecc.)» (cui oggi dovremmo aggiungere quella di lavoratore, di consumatore, di risparmiatore, di assicurato, di cliente bancario, ecc.).

<sup>155</sup> G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, 2ª ed., Giappichelli, Torino 2016, pp. 155-156.

<sup>156</sup> Cfr. G. FABBRINI TOMBARI, *Note in tema di presunzioni legali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 921, ove ulteriori riferimenti alla dottrina classica. Cfr. anche F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 287, secondo cui «v’è poca differenza, eccetto che nella loro formulazione, tra una presunzione assoluta e una norma giuridica».

<sup>157</sup> Cfr. sul punto J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 44-45.

ad es. art. 7, 3° comma, D.Lgs. n. 231/2002, così come modificato dal D.Lgs. n. 192/2012, attuativo della Direttiva 2000/35/CE, recante la disciplina delle conseguenze dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: «Si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora. Non è ammessa la prova contraria»).

Una materia in cui non è inusuale il ricorso allo strumento delle presunzioni legali assolute è rappresentata dal diritto societario: così, ad esempio, l'art. 2497-*septies* cod. civ. prevede che, in presenza di un contratto o di una clausola statutaria da cui deriva il potere di una società di esercitare un'attività di direzione e coordinamento di un'altra società, non è ammessa la prova circa la non ricorrenza dell'esercizio di tale attività<sup>158</sup>, e tale disposizione di carattere generale viene parzialmente derogata dalla normativa speciale in tema di impresa sociale, posto che, secondo l'art. 4, 1° comma, del D.Lgs. n. 155/2006, «Si considera, in ogni caso, esercitare attività di direzione e controllo il soggetto che, per previsioni statutarie o per qualsiasi altra ragione, abbia la facoltà di nomina della maggioranza degli organi di amministrazione»<sup>159</sup>; così, in materia di offerte pubbliche di acquisto e di scambio di società italiane quotate, l'art. 101-*bis*, comma 4-*bis* del T.U.F. prevede quattro ipotesi di «azioni di concerto», assistite da una presunzione legale assoluta<sup>160</sup>.

Non può, invece, essere considerata una presunzione legale assoluta quella che viene per solito presentata nella manualistica come “ipotesi di scuola” di tale istituto, e cioè la presunzione di concepimento del figlio nato durante il matrimonio (art. 232 cod. civ.), in quanto è lo stesso legislatore a smentire l'assunto (v. artt. 234 e 243-*bis* cod. civ.)<sup>161</sup>.

Infine, è opportuno sottolineare l'esigenza di non confondere il fenomeno (o istituto) delle presunzioni legali assolute, che stabiliscono la piena equivalenza, ai fini della produzione degli effetti giuridici previsti da una disposizione, di un fatto ulteriore, quello presunto, a un elemento costitutivo della fattispecie sostanziale, con altri fenomeni (o istituti).

<sup>158</sup> La dottrina maggioritaria, anche sulla base del confronto letterale con il testo della disposizione precedente (art. 2497-*sexies* cod. civ.), vi rinviene una presunzione legale assoluta: in tal senso, cfr. ad es. A. IRACE, *Presunzioni*, in AA. Vv., *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Giappichelli, Torino 2003, p. 348; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 331.

<sup>159</sup> Ritiene che il rapporto fra le due norme sia sussumibile nello schema norma generale/norma speciale V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di imprese sociali*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 1293 ss.

<sup>160</sup> In tal senso v., *ex multis*, M. C. MOSCA, *Comportamenti di concerto e patti parasociali*, in *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*, EGEA, Milano 2011, p. 454; EAD., *Azioni di concerto e OPA obbligatoria*, EGEA, Milano 2013, p. 122 ss.; G. GUIZZI-A. TUCCI, *Acquisto di concerto*, in AA. Vv., *Le offerte pubbliche di acquisto*, a cura di M. Stella Richter jr., Torino 2011, p. 264.

<sup>161</sup> Sul punto, v. A. MARTINO, *Art. 232*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Torino 2010, pp. 438-439, ed ivi gli opportuni riferimenti dottrinali. Alla fattispecie *de qua* sembra più attagliarsi la categoria della *Interimswahrheit* (verità interinale), elaborata dal più autorevole giurista austriaco del secolo XIX (J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II, 5ª ed., 1892, p. 598 ss.).

La presunzione legale assoluta si distingue, anzitutto, dalla finzione in ragione del fatto che, mentre la presunzione tende a cristallizzare massime di esperienza inferenziale<sup>162</sup>, secondo criteri razionali di verosimiglianza (ciò che si presume è *id quod plerumque accidit*, o ciò che si ritiene più probabile avvenga), la finzione giuridica presuppone per sua natura la divergenza tra la situazione di fatto contemplata dalla finzione e la realtà, nel senso che, mentre con la prima il diritto amministra l'incertezza del vero, risolvendo il dubbio, la seconda riposa sulla certezza del falso, in quanto con essa il diritto manipola consapevolmente la realtà (ad esempio, quando si dice che, in mancanza della dichiarazione in udienza, ad opera del difensore, dell'evento interruttivo del processo costituito dalla morte della parte rappresentata, il soggetto si considera processualmente in vita, si dice qualcosa di difforme dal vero, nella consapevolezza di tale falsità)<sup>163</sup>.

Non sono, poi, annoverabili come presunzioni legali assolute le ipotesi in cui il legislatore compie una valutazione legale tipica di determinati interessi o rapporti: così, ad esempio, il fatto che il legislatore abbia fissato in diciotto anni la maggiore età non significa che opera una presunzione di capacità di discernimento e di autodeterminazione responsabile<sup>164</sup>.

## (ii) *Le presunzioni legali relative*

Sono presunzioni legali relative, o *iuris tantum* (o vincibili, o discutibili<sup>165</sup>), quelle che fissano formalmente un fatto come elemento costitutivo della fattispecie, che però si consolida come definitivamente esistente, se allegato dalla parte interessata e a condizione che non venga dall'altra parte fornita la prova del fatto impeditivo (o, come si dice, talvolta anche da parte del legislatore, la prova contraria<sup>166</sup>).

La semplificazione della struttura della fattispecie sostanziale operata attraverso lo strumento della presunzione legale relativa non può che influire, sia pure indirettamente, sulla ripartizione del rischio derivante dalla mancata

<sup>162</sup> Cfr. ad es. L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 650 ss.

<sup>163</sup> La distinzione tra finzione e presunzione è ben lumeggiata da Y. THOMAS, *Fictio legis*, Quodlibet, Macerata 2016, p. 17 ss. Sulla distinzione *de qua*, cfr. anche P. FORIERS, *Présomptions et fictions*, in AA. VV., *Les présomptions et fictions en droit*, a cura di Ch. Perelman e P. Foriers, Bruylant, Bruxelles 1974, p. 8 ss.; F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, CEDAM, Padova 1979, p. 172 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla distinzione fra presunzioni legali assolute e finzioni giuridiche*, in *Giust. civ.*, II, 1982, p. 227 ss.; in chiave comparatistica, v. R. GAMA, *Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach*, in AA. VV., *Legal fictions in Theory and Practice*, a cura di M. Del Mar - W. Twining, Springer, London 2015, p. 347 ss.

<sup>164</sup> V. sul punto M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 768-769.

<sup>165</sup> Per questa terminologia, v. L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, F.lli Bocca, Torino 1890, p. 15.

<sup>166</sup> Che peraltro può essere fornita con ogni mezzo, ivi comprese le presunzioni semplici (Cass. 1° febbraio 2000, n. 1087, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce "Presunzione", n. 3; Cass. 27 ottobre 1998, n. 10681, ivi, 1998, voce cit., n. 3).

prova di un fatto, perché il fatto presunto dalla legge viene elevato a fatto costitutivo non bisognoso di essere provato da chi voglia trarre da esso effetti giuridici favorevoli<sup>167</sup>.

Gli esempi di presunzioni legali relative sono copiosi.

Si registra, infatti, l'impiego legislativo dello strumento nei più disparati rami dell'albero dell'esperienza giuridica<sup>168</sup>: sia in settori del diritto "buco-lici", come le regole che prevedono una presunzione di comunione di fossi, siepi e alberi (artt. 897-899 cod. civ.); sia nel contesto di istituti assai contigui con le situazioni reali di appartenenza, come la disciplina del possesso, ove è prevista la presunzione di buona fede soggettiva del possessore (art. 1147, 3° comma, cod. civ.); sia nel settore cruciale del diritto privato patrimoniale, come la disciplina del contratto in generale, ove è contemplata una presunzione di conoscenza a favore di chi emette una dichiarazione prenegoziale (art. 1335 cod. civ.)<sup>169</sup>; sia nel vasto ambito della responsabilità civile, che conosce un nutrito gruppo di presunzioni di colpa<sup>170</sup>, nonché alcune ipotesi di presunzioni di danno, come quella di recente prevista in materia di illecito *antitrust* (v. art. 14, 2° comma, D.Lgs. n. 3/2017, che detta una presunzione legale relativa del danno cagionato da una violazione del diritto della concorrenza consistente in un cartello); sia in settori nevralgici del *droit des affaires*, come il diritto delle società di capitali, che prevede una presunzione relativa di esercizio di attività di direzione e coordinamento di società, derivante da qualificati rapporti di controllo societario (art. 2497-*sexies* cod. civ.).

Ma il settore dell'esperienza giuridica in cui più è stata avvertita, specie negli ultimi tempi, l'esigenza (di politica del diritto) di avvalersi di presunzioni legali, appare il diritto tributario, materia notoriamente caratterizzata da forme eterogenee e articolate di imposizione autoritativa. Sotto tale profilo, appare assai eloquente la presunzione di residenza in Italia di chi sia cancellato dall'anagrafe della popolazione residente e si sia trasferito in uno dei Paesi c.d. a fiscalità privilegiata (cfr. art. 2, comma 2-*bis* del T.U.I.R.)<sup>171</sup>: pur

<sup>167</sup> Cfr. G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 200-201; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, Milano 1975, p. 353 ss.

<sup>168</sup> Un ricco inventario si può leggere in G. FABBRINI TOMBARI, *Note in tema di presunzioni legali*, cit., p. 931 ss.

<sup>169</sup> Vi hanno ravvisato una regola a tutela della speditezza dei traffici giuridici P. CENDON - P. ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 773.

<sup>170</sup> Come è stato osservato, la *ratio* sottesa all'attenuazione del principio di responsabilità per colpa che caratterizza l'introduzione di forme aggravate di responsabilità attraverso la previsione di prove liberatorie più o meno difficoltose a carico del preteso responsabile consiste nel salvaguardare interessi che altrimenti rischierebbero di rimanere privi di tutela (F. TOPPETTI, *La responsabilità presunta "fino a prova contraria"*, Giuffrè, Milano 2008, p. 2 ss.).

<sup>171</sup> Il lettore che volesse per curiosità consultare tale *black list* avrebbe la possibilità di scoprire nuovi luoghi esotici (fra cui l'isola di Nauru, che vanta più primati mondiali: repubblica indipendente classificata come la più piccola, senza una capitale ufficiale e con una percentuale di abitanti affetti da obesità superiore al 90%).

essendo tale presunzione legale di carattere relativo, la prova contraria è praticamente quasi “diabolica”, considerato che la giurisprudenza ritiene che un qualsiasi collegamento personale o familiare con l'Italia (ivi compresa l'attività consistente nel recarsi in Italia per fare visita a un parente) è sufficiente a sterilizzare ogni tentativo di superare la presunzione di residenza nello Stato italiano<sup>172</sup>. Per quanto sia un tema controverso presso gli interpreti teorici e pratici, poi, possono essere sussunte sotto la categoria delle presunzioni legali relative (o comunque considerati strumenti a queste equiparate) tutti quei congegni di accertamento standardizzato del reddito imponibile, basati su dati estimativo-statistici, su cui il legislatore tributario sembra fare sempre più affidamento: spesometri, reddimetri, ricavometri, riccometri, così come – già da lunga pezza (in quanto introdotti nell'ordinamento giuridico italiano da ben sei lustri) – i c.d. studi di settore<sup>173</sup>.

Infine, non nuoce ricordare che anche le presunzioni legali relative non devono essere confuse con fenomeni resi apparentemente simili dal linguaggio fuorviante utilizzato dal legislatore, e in particolare con quelle regole che suppliscono alla disciplina di certi rapporti negoziali: si tratta, infatti, semplicemente di regole sussidiarie, che integrano il precetto negoziale incompleto, e cioè che prevedono determinati effetti giuridici in mancanza di manifestazioni di volontà di segno contrario da parte dei privati<sup>174</sup>: così, ad esempio, nel silenzio delle parti, il mandato si presume oneroso (art. 1709 cod. civ.) e il deposito gratuito (art. 1767 cod. civ.)<sup>175</sup>, ove la onerosità e, rispettivamente, la gratuità

<sup>172</sup> Fra le decisioni più recenti, v. ad es. Cass. 15 giugno 2016, n. 12311, in *Riv. giur. trib.*, 2016, p. 767 ss.

<sup>173</sup> In tal senso, v. I. MANZONI - G. VANZ, *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Giappichelli, Torino 2008, p. 356; R. LUPI, *Diritto tributario. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2005, p. 149; A. FANTOZZI, *Gli studi di settore nell'accertamento del reddito d'impresa*, in AA. Vv., *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di L. Perrone e C. Berliri, ESI, Roma-Napoli, 2006, p. 383 ss.; G. GAFFURI, *Brevi considerazioni sugli studi di settore*, in *Boll. trib.*, 2001, p. 21; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, UTET, Torino 2006, p. 236, sia pure limitatamente alla componente dei ricavi; da ultimo, v. T. M. PEZZANI, *Efficacia probatoria degli studi di settore nel processo tributario*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1069 ss. (e p. 1059, nota 15, per ulteriori riferimenti, anche giurisprudenziali). *Contra*, invece, nel senso che non darebbero luogo neppure a presunzioni semplici (o ad altro mezzo di prova), v. M. VERSIGLIONI, *Efficienza, effettività e potenzialità (attuale e futuribile) degli studi di settore*, in *Studi di settore e tutela del contribuente*, a cura di P. Boria, Giuffrè, Milano 2010, p. 31 ss.; ID., *Prova e studi di settore*, Milano 2007, p. 203 ss. In generale, sul tema delle presunzioni nel diritto tributario, v. G. GENTILI, *Le presunzioni nel diritto tributario*, CEDAM, Padova 1984; A. MARCHESELLI, *Le presunzioni nel diritto tributario: dalle stime agli studi di settore*, Giappichelli, Torino 2008.

<sup>174</sup> Potrebbe essere qui richiamata la categoria delle «norme recessive» come *species* del *genus* delle norme dispositive (utilizza tale espressione E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Giuffrè, Milano 2006, p. 395 per riferirsi a quelle ipotesi in cui l'intervento della disciplina legale è confinato a uno spazio residuale).

<sup>175</sup> Sul punto, cfr. *amplius* G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 270 ss. Ancor prima, v. C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, V, Torino 1926, p. 169 ss.



sono unanimemente considerati effetti (o elementi) naturali del contratto, che come tali, però, non hanno tecnicamente valenza o portata probatoria.

(iii) *Le regole di inversione legislativa dell'onere della prova.*

Affini alle disposizioni che stabiliscono presunzioni relative sono le disposizioni in cui il legislatore prevede un'inversione della ripartizione del carico probatorio, e cioè una distribuzione del rischio della mancata prova diversa da quella conseguente all'applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 cod. civ.

Benché ai fini pratici possa risultare evanescente, la differenza sta in ciò, che mentre nelle presunzioni legali relative il fatto presunto è da ritenersi già *ab origine* provato, a meno che chi ha interesse a contestare il fatto presunto non fornisca nel corso del processo la prova contraria, nelle regole di inversione legislativa del carico probatorio il rischio della mancata prova grava sul soggetto che vanta una posizione sostanziale, o versi in una situazione, privilegiata rispetto ad un altro, il quale viene in questo modo favorito.

Traendo origine storica da un acceso dibattito registrato in Italia alla fine del secolo XIX, in cui il tema degli infortuni sul lavoro aveva sollecitato alcuni giuristi e deputati a superare la astratta e formale uguaglianza imposta dal diritto comune della responsabilità aquiliana, proponendo l'introduzione di una normativa speciale volta a modificare la disciplina degli oneri probatori in materia, attese anche le «difficoltà della prova» gravante sul lavoratore<sup>176</sup>, le regole di inversione legislativa dell'onere della prova sono oggi un fenomeno normativo piuttosto diffuso, tanto che la giurisprudenza ha avuto già occasione di chiarire che tale fenomeno gode della garanzia della riserva di legge<sup>177</sup> e che risponde a ragioni di politica del diritto, consistenti nell'assicurare a un soggetto fragile o che non abbia la disponibilità di (o la possibilità di accesso a) fonti di prova un trattamento probatorio di favore.

Le ipotesi più significative si rinvencono, oltre che nella materia giuslavoristica, dove – come si è appena visto – sono state originariamente concepite, nel diritto dei consumi e, più in generale, nei settori normativi dedicati alla contrattazione c.d. asimmetrica.

Nel diritto del lavoro, ad esempio, in caso di licenziamento individuale, anche dopo l'entrata in vigore del *Jobs Act* (D.Lgs. n. 23/2015), rimane fermo il principio, stabilito dall'art. 5 della L. n. 604/1966, secondo cui non è il

<sup>176</sup> F. SCHUPFER, *La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, Eredi Botta, Roma, 1883, p. 15 ss.; cfr. anche E. VIDARI, *La legislazione sociale in Italia*, in *Mon. trib.*, 1886, p. 1045 ss. Le discussioni parlamentari dell'epoca, sulla introduzione di una regola di inversione degli oneri probatori in tema di infortuni sul lavoro, sono attentamente ripercorse da G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano 1991, p. 166 ss.

<sup>177</sup> Cass. 6 aprile 2001, n. 5154, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 735; Cass. 28 giugno 1984, n. 3796, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 2736 ss.

lavoratore subordinato a doversi fare carico del rischio della mancata prova relativa all'insussistenza di una «giusta causa» o di un «giustificato motivo» soggettivo, ma è il datore di lavoro il soggetto su cui incombe il rischio della mancata prova della legittimità del licenziamento<sup>178</sup>.

In materia di diritto antidiscriminatorio, il c.d. Codice delle pari opportunità fra uomo e donna (oggi contenuto nel D.Lgs. n. 198/2006, modificato dal D.Lgs. n. 5/2010) stabilisce (all'art. 40, che riproduce più o meno il contenuto dell'art. 28, 4° comma, del D.Lgs. n. 150/2001): «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione». Si tratta di una disposizione che tecnicamente prevede, più che un'inversione dell'onere della prova<sup>179</sup>, una modificazione o un alleggerimento del carico probatorio, posto che sulla parte che denuncia l'esistenza di un comportamento discriminatorio per ragioni sessuali in ambito lavorativo incombe un onere semplificato (una sorta di *semiplena probatio*, basata anche su meri dati di carattere statistico), mentre grava sul presunto autore della discriminazione il rischio della mancata prova della insussistenza della discriminazione sessuale denunciata<sup>180</sup>. Laddove gli artt. 4, 3° comma, del D.Lgs. n. 215/2003 e 4, 4° comma, del D.Lgs. n. 216/2003, in relazione ad altri fattori di rischio in materia di occupazione e condizioni di lavoro (ragioni di razza e origine etnica e, rispettivamente, ragioni di religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale), non prevedono né presunzioni legali relative, né inversioni o modificazioni

<sup>178</sup> D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in AA. Vv., *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, a cura di F. Carinci e C. Cester, Adapt, 2015, p. 212 (anche sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata); M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 395 ss.; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in AA. Vv., *Jobs Act e licenziamento*, a cura di R. Pessi - C. Pisani - G. Proia - A. Vallebona, Giappichelli, Torino 2015, p. 36 ss.; in giurisprudenza, v. Trib. Milano, 14 marzo 2017, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, p. 617. Sulla questione, cfr. *amplius*, da ultimo, M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino 2017, p. 73 ss. È, tuttavia, discusso se l'art. 5 l. n. 604/1966 preveda un'inversione dell'onere della prova (in chiave affermativa, v. M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, CEDAM, Padova 2005, p. 166 ss.; G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano 2008, p. 167; *contra*, L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento fra i "principi" costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2007, p. 657 ss.).

<sup>179</sup> In questo senso, A. VALLEBONA, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 811.

<sup>180</sup> Sul punto, cfr., anche per l'illustrazione delle diverse posizioni assunte sul tema, E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, cit., p. 126 ss. In giurisprudenza, v. Cass., sez. lav., 3 febbraio 2016, n. 2113, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, p. 765 ss.; Cass., sez. lav., 5 giugno 2013, n. 14206, in *Mass. giur. lav.*, 2013, p. 667 ss.

dell'onere della prova, ma presunzioni giudiziali semplici, come è confermato dalle espressioni linguistiche utilizzate («...in termini gravi, precisi e concordanti...») e dall'espresso richiamo all'art. 2729, 1° comma, cod. civ.

In materia di contratti di investimento, il legislatore, con l'art. 23, 6° comma, del T.U.F. (la cui formulazione è riprodotta dall'art. 178 cod. ass. priv., in relazione alle polizze *unit* e *index linked*, nonché ai contratti di capitalizzazione), ha contemplato una regola destinata ad attuare quantomeno nelle intenzioni un'inversione dell'onere della prova nell'ambito dei giudizi di risarcimento dei danni subiti dagli investitori<sup>181</sup>: inversione che ha per oggetto, però, soltanto l'elemento della specifica diligenza richiesta nello svolgimento del servizio.

Analoga previsione è contenuta in materia bancaria: in tema di servizi di pagamento, l'art. 126-*bis*, 4° comma, del T.U.B., introdotto dal D.Lgs. n. 11/2010, prevede, infatti, che «spetta al prestatore dei servizi di pagamento l'onere della prova di aver correttamente adempiuto agli obblighi previsti dal presente capo». Peraltro, il medesimo D.Lgs. n. 11/2010 contempla un'ulteriore ipotesi di inversione dell'onere della prova, prevedendo (art. 10, 1° comma) che, «qualora l'utilizzatore di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita o sostenga che questa non sia stata correttamente eseguita, è onere del prestatore di servizi di pagamento provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti» e precisando (art. 10, 2° comma) che, in questo caso, «l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utilizzatore medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'art. 7».

Infine, nel contesto della disciplina dei contratti dei consumatori, l'art. 67-*vicies semel*, 1° comma, cod. cons., in materia di contratti a distanza di servizi finanziari conclusi tra un fornitore e un consumatore, prevede che «sul fornitore grava l'onere riguardante: a) l'adempimento agli obblighi di informazione del consumatore; b) la prestazione del consenso del consumatore alla conclusione del contratto; c) l'esecuzione del contratto; d) la responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto». Con riferimento ai giudizi basati sull'inadempimento di un'obbligazione del fornitore, tuttavia, tale regola, pur essendo formulata così come è formulata, non determina una vera e propria inversione dell'onere della prova a carico del fornitore, perché è ormai *ius receptum* che il creditore della prestazione inesattamente adempiuta (purché questa non sia di carattere negativo) è chiamato unicamente a provare la fonte negoziale o legale dell'obbligazione, limitandosi ad allegare

<sup>181</sup> La *ratio* consiste, infatti, nella particolare asimmetria dei rapporti assicurativo-finanziari (P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Giuffrè, Milano 2011, p. 184).

l'inesattezza dell'adempimento, posto che incombe sul debitore convenuto l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento dell'obbligazione ovvero l'impossibilità sopravvenuta della prestazione<sup>182</sup>, sicché la disposizione non sembra apportare una deroga alla regola di giudizio di cui all'art. 2697 cod. civ.

(iv) *Le presunzioni giurisprudenziali*

Sullo stesso piano delle presunzioni legali relative si pongono le c.d. presunzioni giurisprudenziali, che rispetto alle prime si differenziano soltanto in ragione della loro fonte: che non è la legge, ma, appunto, la giurisprudenza, la quale ha da tempo forgiato regole di ripartizione del carico probatorio che portano a un esito diverso rispetto a quanto risulterebbe dall'applicazione della regola di giudizio stabilita dall'art. 2697 cod. civ.

Le ipotesi sinora registrate comprendono, a titolo meramente esemplificativo, la presunzione dell'*animus spoliandi*, insito nella privazione del possesso o della detenzione in modo violento o clandestino (anche quando lo *spoliator* sia convinto di agire *iure*), la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative rese in favore di uno stretto parente o di un convivente o comunque *affectionis vel benevolentiae causa*, ovvero il riconoscimento della sussistenza presuntiva del danno derivante da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie ex art. 1224 cod. civ.<sup>183</sup>.

La manipolazione dei criteri di distribuzione del carico probatorio, ad opera del giudicante, è stata fortemente criticata dalla dottrina, sia italiana<sup>184</sup>, sia tedesca<sup>185</sup>.

E si capisce: una modificazione dei criteri di distribuzione del carico probatorio nel corso del giudizio (anzi, *ex post*, con la decisione) può infirmare, se non compromettere in via irreversibile, la strategia difensiva probatoria elaborata dal difensore di una delle parti.

<sup>182</sup> Tale principio è stato affermato in chiave nomofilattica da Cass. S.U. 30 ottobre 2001, n. 13533 (pubblicata in varie Riviste, fra cui *Contratti*, 2002, p. 113 ss., con commento di U. CARNEVALI) ed è stato ribadito da una pleora di giudicati (cfr. ad es. Cass. 13 giugno 2006, n. 13674, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Contratto in genere", n. 622; Cass. 12 febbraio 2010, n. 3373, ivi, 2010, voce "Obbligazioni in genere", n. 56; Cass. 27 marzo 2015, n. 6249, ivi, 2015, voce "Contratto in genere", n. 452).

<sup>183</sup> Per un inventario delle fattispecie più ricorrenti, cfr. G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, V, c. 178 ss.; S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 139 ss.; in materia giuslavoristica, A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, CEDAM, Padova 1988, pp. 23 ss. e 153 ss.

<sup>184</sup> V. soprattutto M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit., pp. 77-78; ID., *L'onere come figura processuale*, cit., p. 433; S. PATTI, voce *Prova*, cit., p. 13. Ancor prima, v. F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, CEDAM, Padova 1936, p. 819 ss.

<sup>185</sup> M. ARENDT - M. TEUBNER, *Uralt-Sparbücher - Verjährung von Auszahlungsansprüchen und Beweiswert*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2001, p. 546 ss.; N. VOSSEN, *Beweisführungslast des Gesellschafters für die Erfüllung seiner Einlageverpflichtung auch noch nach 20 Jahren?*, in *Deutsches Steuerrecht*, 2004, p. 1299 ss.; M. WAGNER, *Anmerkung an BGH 09.07.2007*, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2007, p. 687 ss.

Il giudizio si concluderebbe, infatti, con una decisione “a sorpresa”. Tale esito sarebbe, poi, aggravato dalla difficoltà di impugnare una decisione che abbia discrezionalmente (*rectius*, surrettiziamente) fatto ricadere le conseguenze della mancata prova di un determinato fatto su una parte diversa da quella destinata a soccombere in base alle previsioni fatte in applicazione del sistema probatorio legale; e ciò, a tacer d’altro in quanto non sarebbe agevole dedurre come motivo di impugnazione della decisione la violazione del contraddittorio su una questione probatoria, tanto più considerato che la giurisprudenza, dietro l’ombrello retorico del principio dispositivo (*iuxta alligata et probata*), esonera il giudice dall’obbligo di segnalare d’ufficio eventuali deficienze probatorie che caratterizzano la difesa di una delle parti<sup>186</sup>.

#### 6. (Segue) Un criterio succedaneo o alternativo: la c.d. vicinanza della prova

Confinato nella seconda metà del secolo XIX al rango di eccezione alla regola generale *ei incumbit probatio qui dicit*<sup>187</sup>, assunto nella seconda metà del secolo XX come uno dei criteri che servono ad individuare gli elementi costitutivi e impeditivi, in funzione integrativa della regola legale di ripartizione del rischio probatorio, consacrata oggi dall’art. 2697 cod. civ.<sup>188</sup>, nel secolo XXI quello della c.d. vicinanza (o prossimità, riferibilità, o disponibilità) dei mezzi di prova sembra essere destinato ad assurgere a criterio autonomo di distribuzione del rischio della mancata prova di un fatto<sup>189</sup>.

Il ricorso a tale criterio (sponsorizzato in alcuni settori anche dal legislatore: cfr. ad es. art. 64, 1° comma, cod. proc. amm.) è stato favorito da ragioni logico-esegetiche (in mancanza di deroghe legislative espresse, l’art. 2697 cod. civ. rimane una disposizione che, come si è visto, necessita di essere riempita e

<sup>186</sup> Cass. ord. 6 novembre 2013, n. 24861, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce “Procedimento civile”, n. 179.

<sup>187</sup> M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, UTET, Torino, 1883, p. 106 ss., il quale eleva la supposizione per cui «ciascuno conosca le cose sue» a «ragione di convenienza civile», in grado appunto di apportare deroghe e temperamenti alla regola generale dell’onere della prova.

<sup>188</sup> V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Edizioni di Comunità, Milano 1971, p. 25 ss.; G. VERDE, *L’onere della prova nel processo civile*, cit., p. 466; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit., p. 300 ss., il quale ritiene comunque operante il limite del rispetto del principio del contraddittorio.

<sup>189</sup> Sul tema, cfr. A.A. DOLMETTA - U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova e prodotti d’impresa del comparto finanziario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, I, p. 659 ss.; C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1383 ss. (anche per spunti comparatistici); M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi...*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 360 ss. Il criterio è visto oggi con favore sia dalla giurisprudenza (v. ad es. Cass. ord. 18 aprile 2018, n. 9565, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce “Fallimento”, n. 63; Cass. 14 gennaio 2016, n. 486, ivi, 2016, voce “Agenzia”, n. 5; Cass., sez. lav., 25 luglio 2008, n. 20484, ivi, 2008, voce “Prova civile in genere”, n. 18) sia dalla paragiurisprudenza (v. ad es. ABF Bologna, 16 gennaio 2017, n. 5359, reperibile in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it>).

integrata), da ragioni culturali e ideologiche (la crisi del giuspositivismo legalista e formalista ha progressivamente indotto l'interprete ad affrancarsi dalla logica della fattispecie e a farsi carico di istanze eminentemente assiologiche), nonché, soprattutto, da ragioni basate sulla valorizzazione, in ambito probatorio, della nozione costituzionale di azione e difesa in giudizio e del principio del c.d. giusto processo (che impongono di interpretare la legge in modo da non rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio di tale diritto<sup>190</sup>).

Quello della vicinanza della prova si presenta, quindi, come un criterio flessibile, insofferente alla predeterminazione rigida di temi di prova e in grado di guidare l'interprete nella ricerca della soluzione che in tema di allocazione o distribuzione degli oneri probatori appaia come la più idonea a garantire la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive<sup>191</sup>, e cioè quella per cui – in assenza di previsioni derogatorie della regola generale stabilita dall'art. 2697 cod. civ. – il rischio probatorio deve gravare sulla parte che ha la maggiore facilità nella conoscenza di certi fatti o circostanze (perché ricadono nella sua sfera d'azione) o nell'accesso alle (o reperibilità delle) fonti di prova di quei fatti o circostanze<sup>192</sup>.

Così, ad esempio, in materia di vendita di diritto comune, in caso di vizi o mancanza di qualità materiali che rendono il bene acquistato inidoneo all'uso, la soluzione più corretta sarebbe quella di addossare al compratore il rischio derivante dalla mancata prova – oltre che della conclusione del contratto – dell'anomalia materiale del bene, nonché della sua sussistenza al momento della consegna, perché da questo momento il bene è uscito dalla sfera materiale di controllo del venditore, sicché soltanto il compratore ha la possibilità di verificare la rispondenza del bene alle determinazioni legali e convenzionali<sup>193</sup>.

Così, al legittimario che si assuma lesa e che proponga un'azione di riduzione avente ad oggetto le disposizioni testamentarie o donative del *de cuius*, non può essere imposto<sup>194</sup> l'onere di indicare con esattezza entro quali limiti

<sup>190</sup> Cfr. ad es. Corte cost., 22 dicembre 1989, n. 568, in *Giur. cost.*, 1989, p. 2613 ss., in motivazione; Cass. S.U. 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, c. 704 ss., in motivazione.

<sup>191</sup> Sul tema, cfr., in vece di tanti, G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. div.*, 2017, p. 666 ss., spec. 670.

<sup>192</sup> *Cave!* L'asimmetria delle posizioni sostanziali delle parti non corrisponde necessariamente a una asimmetria nella prossimità alla prova. Per non fare che un esempio: se la relazione fra banca e cliente è giuridicamente caratterizzata da disparità di forze, ciò non significa che il cliente non abbia accesso ai documenti relativi al rapporto contrattuale, atteso che la legge consente (anzi, impone) che questi ne acquisisca la disponibilità (il punto non è sfuggito alle nostre corti: Cass. 12 settembre 2016, n. 17923, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it); Cass. 4 aprile 2016, n. 6511, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

<sup>193</sup> L'importanza della questione (su cui ci permettiamo di rinviare il lettore interessato ad A. MANIACI, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, ETS, Pisa 2018, p. 114 ss.) è confermata da una recente ordinanza interlocutoria ex art. 374, 2° comma, cod. proc. civ., che preconizza un intervento nomofilattico in materia (Cass. ord. 26 settembre 2018, n. 23015, allo stato inedita).

<sup>194</sup> Come impone una costante giurisprudenza (Cass. 14 ottobre 2016, n. 20830, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce "Successione ereditaria", n. 174; Cass. 30 giugno 2011, n. 14473, in *Riv. not.*, 2012, p. 458 ss.; Cass. 17 ottobre 1992, n. 11432, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce "Successione ereditaria", n. 87).

è stata lesa la sua quota di riserva, perché potrebbe non conoscere o essere in condizione di conoscere tutti i beni che compongono il *relictum* e il *donatum*, e dunque la misura della quota di riserva violata.

Così, in materia di obblighi dei genitori di mantenimento del figlio maggiorenni, appare corretto non imporre<sup>195</sup> ai genitori (o a uno di essi) il rischio della mancata prova del raggiungimento dell'indipendenza economica ovvero della colpevole imputabilità al figlio del mancato conseguimento di tale indipendenza, bensì addossare al figlio maggiorenni che aspira ad ottenere il contributo genitoriale di mantenimento il rischio della mancata prova delle ragioni e delle circostanze ostative all'inserimento in un contesto lavorativo o professionale confacente con il proprio percorso di formazione e tali da giustificare la persistenza dell'obbligo di mantenimento, che altrimenti sarebbe assistita da una presunzione (giurisprudenziale).

Si può ravvisare nella vicinanza della prova un criterio alternativo o succedaneo della regola c.d. dell'onere della prova, e che potremmo chiamare – in contrapposizione alle presunzioni (legali) – “postsunzione”<sup>196</sup> giudiziale.

L'adozione di tale criterio sembra forse evocare un ritorno all'antico, e cioè al sistema benthamiano, che voleva demandare al giudice il potere di stabilire liberamente su quale parte far ricadere il rischio della mancata prova di certi fatti. Tuttavia, non si può negare che l'applicazione del criterio in esame comporta per il giudicante l'assolvimento di un obbligo di puntuale e specifica motivazione, secondo parametri controllabili e verificabili da tutte le parti processuali.

Infine, può concepirsi un'ulteriore modalità di impiego del criterio *de quo*, e cioè in funzione sanzionatoria del comportamento, processuale o preprocesuale, di una delle parti<sup>197</sup>, che abbia dolosamente distrutto, o con colpa grave perduto o reso indisponibili le fonti o gli elementi di prova del diritto della controparte, che, a causa di un fatto alla stessa non imputabile (ed anzi imputabile all'altra parte), non si trova più “vicina” alla prova come lo sarebbe stata originariamente. Tale situazione, che verrebbe accertata durante il processo, dopo la fase istruttoria, può, quindi, giustificare una diversa distribuzione del carico probatorio in sede di decisione finale. Si pensi ai casi, già noti all'esperienza giurisprudenziale, della distruzione o mancata conservazione della cartella clinica, in vista di un eventuale giudizio di risarcimento del danno promosso dal paziente danneggiato<sup>198</sup>, ovvero della omessa o erronea tenuta delle scrit-

<sup>195</sup> Come impone una costante giurisprudenza (v. ad es. Cass. 22 giugno 2016, n. 12952, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 236; Cass. 20 agosto 2014, n. 18076, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1021; Cass. 26 settembre 2011, n. 19589, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1553 ss.).

<sup>196</sup> Per l'uso di questa terminologia, v. P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, CEDAM, Padova 1940, p. 99 ss., che però considerava tale figura incompatibile con qualsivoglia criterio di ripartizione del carico probatorio.

<sup>197</sup> Ricorre alla nozione di «sanzione probatoria» contro la parte non cooperativa M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 458 ss.

<sup>198</sup> Sul punto, cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano 2017, p. 631; V. OCCORSIO, *Onere della prova e responsabilità medica*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, a cura di N. Todeschini, Giuffrè, Milano 2016, p. 376 ss.

ture contabili dell'imprenditore *in bonis*, in vista dell'eventuale esperimento di azioni restitutorie, risarcitorie o revocatorie contro lo stesso imprenditore da parte di organi di procedure concorsuali.

Del resto, la giurisprudenza non è del tutto aliena a questo tipo di argomento, posto che in qualche occasione, proprio sul terreno della distribuzione degli oneri probatori, ha ritenuto necessario accertare se la possibilità per una parte di offrire una prova di circostanze rilevanti dipendesse o meno da un comportamento imputabile alla controparte, salvo però porre alla base della *ratio decidendi* una presunzione (giudiziale semplice? giurisprudenziale?) contro la parte che aveva impedito il libero esercizio del diritto dell'altra di avvalersi dei mezzi di prova resi disponibili dal sistema<sup>199</sup>.

## 7. Conclusioni

Come si è visto, la prova è, rimane, e sempre sarà, il momento cruciale e centrale del processo: «Il giudice [...] è al centro d'un minuscolo cerchio di luce, di là dal quale tutto è buio: dietro di lui l'enigma del passato, davanti l'enigma del futuro. Quel minuscolo cerchio è la prova. [...] La prova è il cuore del problema del giudizio, come il giudizio è il cuore del problema del pensiero»<sup>200</sup>.

Non è, quindi, possibile, o comunque sarebbe vivamente sconsigliato a qualunque difensore, elaborare una strategia difensiva senza porsi incessantemente la domanda 'chi deve provare cosa': la risposta è, infatti, destinata a condizionare l'attività del difensore, sia prima, sia durante il processo.

Lo aveva già intuito il giurista che nel secolo XVII fece per primo un *usus modernus Pandectarum*: «in probatione consistit tota virtus causarum, pondusque litis, et exitus totius controversiae»<sup>201</sup>.

Gli ultimi secoli hanno confermato che l'importanza del momento probatorio va persino oltre il processo e la situazione giuridica soggettiva che ne forma oggetto: la prova plasma il modo di essere stesso del diritto, inteso come esperienza giuridica.

Del resto, la stessa *scientia iuris* si riduce in fondo – come è stato felicemente detto – a «una scienza di prove, ed il diritto stesso non esiste indipendentemente dalla sua prova»<sup>202</sup>.

<sup>199</sup> V. Cass. 18 marzo 2015, n. 5409, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce "Presunzione", n. 2.

<sup>200</sup> F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Athenaeum, Roma 1915, rist. 1992, p. 8.

<sup>201</sup> S. STRYK, *Dissertationum juridicarum ex jure publico, privato, feudali et statuario materias exhibens*, VII, J. Celli e F. Nuti, Firenze, 1839, Proemio, p. 6.

<sup>202</sup> A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., p. 233.



*Abstract* [Ita]

L'Autore, dopo aver svolto un'indagine sui rapporti fra processo e verità, si sofferma sull'analisi delle regole legali e dei principi giurisprudenziali che presiedono alla distribuzione del carico probatorio nel processo civile.

*Abstract* [Eng]

After carrying out a survey on the relationship between trial and truth, the Author focuses on the analysis of the legal rules and jurisprudential principles that govern the distribution of the burden of proof in a civil trial.

*Keywords:* formal legal truth, substantial truth, evidence, burden of proof, proof-proximity principle.