

INDICE

pag.

CAP. I

INTRODUZIONE: FONDAMENTO E CONFIGURAZIONE TEORICA DELL'ONERE DELLA PROVA

1. Premessa. L'onere della prova come *regola di giudizio*. 4
2. Onere della prova in senso soggettivo e onere della prova in senso oggettivo. 8
3. Segue. L'onere della prova formale (processuale) e sostanziale. 15
4. Onere della prova astratto e onere della prova concreto. 18

CAP. II

LA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

5. Il problema della ripartizione dell'onere della prova. 22
6. Onere della prova e oggetto della prova. 33
7. Segue. Fatti notori e massime d'esperienza. 35
8. Segue. I fatti non contestati 38
9. Segue. I fatti negativi. 54
10. Regole particolari sull'onere della prova e presunzioni legali. 68
11. Le presunzioni giurisprudenziali. 87
12. La ripartizione *convenzionale* dell'onere della prova. 112
13. Segue. L'*inversione unilaterale* dell'onere della prova. 118

CAP. III

LA RIPARTIZIONE DELL' ONERE DELLA PROVA NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

- | | |
|---|-----|
| 14. La <i>Normentheorie</i> di Rosenberg. | 123 |
| 15. Segue. Critiche alla <i>Normentheorie</i> . | 126 |
| 16. Segue. Regole alternative alla <i>Normentheorie</i> . Il suo progressivo superamento. | 133 |
| 17. Il funzionamento delle regole sull'onere della prova alla luce delle peculiarità proprie del sistema istruttorio del processo civile tedesco. Poteri probatori e modello processuale. | 136 |
| 18. Segue. I poteri istruttori del giudice. | 142 |
| 19. Segue. L'obbligo d'informazione a carico della parte non gravata dall'onere della prova. | 143 |
| 20. Segue. Il valore probatorio della trattazione processuale. | 149 |
| 21. Segue. L'esibizione dei documenti. Il potere discrezionale del giudice e l'imposizione dell'ordine di esibizione a carico della parte non gravata dall'onere della prova. | 151 |

CAP. IV

L'ONERE DELLA PROVA TRA VERITA' E VEROSIMIGLIANZA DEI FATTI. CENNI SULLE TEORIE SCANDINAVE DELLA VEROSIMIGLIANZA

- | | |
|---|-----|
| 22. Verità, verosimiglianza ed il principio del libero convincimento del giudice. | 159 |
| 23. Segue. La dottrina scandinava sulla verosimiglianza. | 161 |
| 24. Segue. La versione "estrema" delle tesi scandinave: la teoria della <i>verosimiglianza prevalente</i> . | 171 |
| 25. Segue. La prova <i>prima facie</i> o <i>Anscheinsbeweis</i> . | 176 |

CAP. V
LA RIPARTIZIONE DEGLI ONERI PROBATORI IN SEDE DI
GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA.

26. L'onere della prova nel processo amministrativo.	188
27. Segue. L'onere del principio di prova ed i poteri istruttori esercitabili <i>ex officio</i> dal giudice.	195
28. Segue. L'onere della prova nelle azioni risarcitorie e di condanna.	210
29. Segue. Conclusione.	213

CAP. VI
CENNI SULL'ONERE DELLA PROVA NEL PROCESSO PENALE. DIFFERENZE RISPETTO AL PROCESSO CIVILE

30. L'onere della prova nel processo penale: dal sistema "inquisitorio" a quello "accusatorio".	217
31. La presunzione di innocenza.	228
32. Onere della prova e libero convincimento del giudice: il problema del <i>quantum</i> della prova e il principio <i>in dubio pro reo</i> .	234

Indice bibliografico

Indice giurisprudenziale

CAP. I INTRODUZIONE: FONDAMENTO E CONFIGURAZIONE TEORICA DELL'ONERE DELLA PROVA

1. PREMESSA. L'ONERE DELLA PROVA COME *REGOLA DI GIUDIZIO*

In presenza di prove idonee a consentire al giudice di accertare la verità dei fatti rilevanti per la controversia, la questione di fatto viene risolta sulla base delle prove validamente acquisite, per mezzo di un giudizio che stabilisce appunto quali fatti possono considerarsi veri.

Ai fatti così accertati il giudice applicherà la regola di diritto che ritiene più appropriata per la decisione del caso concreto, pervenendo in questo modo a pronunciare la decisione finale.

Ciò accade (potrà accadere), tuttavia, solo quando i fatti rilevanti per la controversia possono essere positivamente accertati sulla base delle prove regolarmente acquisite, ossia quando la loro esistenza risulta dimostrata.

Problemi sorgono invece quando questa situazione non si verifica, cioè quando i fatti rilevanti per la soluzione della controver-

sia, o alcuni di questi fatti, non risultano esistenti sulla base delle prove disponibili. Il mancato raggiungimento della prova di un fatto rilevante può verificarsi in varie ipotesi: a) quando su quel fatto non sono state dedotte prove dalle parti, o non sono state ammesse; né sono state disposte prove su iniziativa del giudice; b) quando sul quel fatto sono stati ammessi o disposti mezzi di prova, ma essi non hanno avuto esito perché la loro assunzione è per qualche ragione fallita; c) quando sul quel fatto sono state assunte delle prove ma nonostante ciò permangono *dubbi* sull'esistenza del fatto, (cioè non è stato raggiunto il pieno convincimento del giudice).

In tutte queste ipotesi sorge un importante problema di decisione della controversia, in quanto, l'inesistenza (ossia la mancata prova) di un fatto giuridicamente rilevante, impedisce di applicare, come criterio di decisione, la norma di diritto sostanziale che presuppone l'esistenza (ossia la prova) di quel fatto, quale premessa e condizione delle conseguenze giuridiche che essa prevede e disciplina. Il giudice è, però, ugualmente obbligato a decidere nel merito la controversia, poiché negli ordinamenti moderni, al fine di salvaguardare il bene fondamentale della certezza, non è più

ammessa l'eventualità di una pronuncia di *non liquet*¹, la quale si tradurrebbe in un sostanziale diniego di giustizia.²

Emerge, dunque, la necessità di disporre di un criterio di decisione, una regola di giudizio, che non può essere la norma sostanziale ipoteticamente applicabile al caso concreto, il quale

¹ Priva di quella «*carica innovativa*», propria della funzione giurisdizionale (lasciando immutata la situazione sostanziale esistente all'inizio del processo), nonché sprovvista dell'attitudine ad essere stabile ed a porsi come regola futura del rapporto sostanziale dedotto in processo.

Vi è chi definisce la pronuncia di *non liquet*, come una non-sentenza, una sentenza inesistente, per mancanza assoluta dell'«*imperium sentenziale*». Cfr. LASERRA, *La prova civile*, Napoli, 1957.

Altri autori (cfr. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pag. 420) sostengono, invece, che la sentenza di *non liquet*, quanto al suo contenuto, equivale ad una pronuncia di rigetto vera e propria perché, come questa, lascia immutata la situazione giuridica preesistente al processo; mentre, quanto alla sua efficacia, poiché il giudice non ha la possibilità di privare la sua decisione del regime giuridico – cioè del carattere di stabilità – che le è proprio e che discende dalla disposizione dell'art. 2909 c.c., l'eventuale ipotetica sentenza di *non liquet* che il giudice dovesse emettere – a parte le responsabilità del magistrato in ordine al corretto esercizio della funzione giurisdizionale – non si presenterebbe tecnicamente affetta da un vizio “insanabile”, dal momento che, in forza del principio di trasformazione dei vizi della sentenza in motivi di gravame (art. 161, secondo comma, c.p.c.) essa sarebbe comunque suscettibile di passaggio in giudicato, sarebbe cioè una “sentenza di rigetto” a tutti gli effetti (cfr. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998, pag. 287).

² Anche in assenza di un'esplicita previsione normativa, in ogni Stato di diritto efficacemente organizzato, l'obbligo della decisione è collegato in maniera indissolubile alla posizione istituzionale del giudice e al contenuto della sua funzione. Nel nostro ordinamento, poi, di questo dovere esistono tracce assai cospicue. Si pensi, in particolare, all'art. 328 c.p., che configura specificamente il reato di “Rifiuto ed omissione d'atti d'ufficio”. Inoltre, l'art. 112 c.p.c., imponendo al giudice di pronunciare su tutte le domande, autorizza l'illazione secondo cui tale obbligo comprende necessariamente quello di emettere la pronuncia, qualunque ne sia il contenuto.

Tale dovere assume, peraltro, rilevanza costituzionale, in quanto l'art. 24 Cost. sancisce il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi. Il successivo art. 101 Cost., disponendo che i giudici sono soggetti alla legge, implica che, nell'esplicare le loro funzioni, essi verrebbero meno al precetto primario che li riguarda, ove rifiutassero di emanare decisioni, e pertanto di dare tutela ai cittadini.

consenta al giudice di decidere nel merito in mancanza della prova della verità di un fatto giuridicamente rilevante.

Questo criterio di decisione è costituito, in tutti gli ordinamenti, dal principio dell'onere della prova.

L'istituto dell'onere della prova svolge, pertanto, una duplice funzione: in primo luogo, ripartisce tra le parti l'onere di provare i fatti rilevanti per la soluzione della controversia, al fine di fornire al giudice gli elementi di decisione relativi alla questione di fatto; in secondo luogo consente al giudice di emettere in ogni caso una pronuncia di accoglimento o di rigetto della domanda, pur quando, cioè nonostante l'attività probatoria svolta dalle parti – oppure in sua mancanza – egli sia rimasto nel dubbio circa la verità dei fatti.³

A quest'ultimo riguardo merita precisare che il giudice, decidendo in applicazione della regola in esame, non «deve» presumere inesistenti i fatti non provati (ovvero provati in maniera in-

³ Sull'origine storica dell'onere della prova come regola di giudizio volta ad evitare il *non liquet* cfr. COMOGLIO, ult. op. cit., pag. 177 ss.; MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, pag. 151 ss. L'Autore ritiene il divieto di *non liquet* come il “contenuto minimo essenziale” della regola di giudizio, che può variare nel contenuto particolare nei vari processi. Cfr. ID., op. ult. cit., 152. Ritiene che da questo punto di vista la regola dell'onere della prova stia alla *quaestio facti* come l'art. 12 preleggi, che vieta al giudice di rifiutarsi di risolvere una controversia per mancanza di una precisa disposizione di legge, sta alla *quaestio iuris*, PROTO PISANI, *Apunti sulle prove civili*, in *Foro It.*, 1994, V, pag. 82.

sufficiente a determinare il convincimento giudiziale), egli invece non «può» considerare esistenti i medesimi.

La regola di giudizio dell'onere della prova esprime, dunque, un *principio logico elementare*, quel principio secondo cui nessuno può logicamente affermare l'esistenza di un fatto se di esso non esistono prove sufficienti. Chi, come il giudice, è chiamato ad affermare l'esistenza di un fatto deve disporre di elementi probatori che gli consentano di ritenerlo esistente; altrimenti egli – cui è inibito l'uso della scienza privata – non può affermarlo.⁴

2. ONERE DELLA PROVA IN SENSO SOGGETTIVO E ONERE DELLA PROVA IN SENSO OGGETTIVO

Nell'ambito della nozione generale dell'onere della prova vengono talvolta tracciate alcune distinzioni. Tra queste è frequente la distinzione tra onere della prova in senso soggettivo (*subje-*

⁴ Come ha osservato VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, Napoli, 1974, pag. 112 ss., la regola dell'onere della prova non fa che applicare i canoni della logica e “rispecchiare il carattere razionale del processo moderno”, il quale non tollera che il giudice decida non rigettando le pretese fondate su fatti non provati.

ktive Beweislast) e onere della prova in senso oggettivo (*objektive Beweislast*).⁵

L'onere della prova in senso soggettivo racchiude ed esprime la regola in forza della quale ciascuna parte deve fornire, nel corso del processo, la prova di determinati fatti e non di altri. Sotto questo profilo le regole relative all'onere della prova vengono intese come regole che si occupano della provenienza delle deduzioni probatorie. Si ritiene cioè che esse riguardino l'attività probatoria delle parti, indicando i fatti che ogni parte deve provare se vuole evitare la soccombenza.

In sede di decisione queste regole opererebbero nel senso di determinare la soccombenza della parte onerata che non è riuscita a dimostrare l'esistenza dei fatti rilevanti per la soluzione della controversia (fatti allegati), cioè che non è riuscita a soddisfare l'onere della prova.

⁵ TARUFFO, voce "onere della prova", in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.* Vol XIII, Torino, 1995, pag. 72 ss.; PATTI, *Prove: disposizioni generali* (Artt. 2697-2698), in *COMMENTARIO del codice civile. A cura di Scialoja e Branca. Libro VI: Della tutela dei diritti*, Bologna, 1987, pag. 78; GRASSO, *La pronuncia d'Ufficio*, Milano, 1967, pag. 1312; BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, 1996, pag. 9 ss.; ROSENBERG, *Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*, München, 1952, pag. 166 ss.; PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München, 1983, pag. 7 ss.; MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, Bonn, 1975, pag. 50 ss.; SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, Bonn, 2006, pag. 250 ss.

L'onere della prova in senso soggettivo è strettamente connesso al principio dispositivo, in quanto sancisce la correlazione necessaria secondo cui soddisfacimento dell'onere probatorio = accoglimento della domanda, mancato soddisfacimento dell'onere probatorio = soccombenza.

L'onere della prova in senso oggettivo riguarda, invece, l'esito finale e complessivo delle attività probatorie che si sono svolte nel corso del processo. Se le prove assunte consentono al giudice di ritenere dimostrata l'esistenza di tutti i fatti giuridicamente rilevanti, le regole sull'onere della prova non hanno modo di entrare in gioco e la controversia viene decisa applicando la disciplina sostanziale della fattispecie. Se, viceversa, un fatto rilevante risulta non provato, le regole sull'onere della prova trovano applicazione come regole (di giudizio) per stabilire quale parte debba sopportarne le conseguenze negative. L'onere della prova in senso oggettivo esprime, quindi, il rischio del mancato chiarimento della situazione di fatto e di conseguenza del mancato convincimento del giudice, determinando, al contempo, quale delle parti debba sopportare tale rischio.

Sotto questo profilo, l'onere della prova costituisce una regola di giudizio, la quale, esaurita la fase probatoria in modo infruttuoso, si rivolge al giudice, costituendo premessa e "contenuto" della decisione finale.

La distinzione tra onere della prova in senso soggettivo e onere della prova in senso oggettivo si deve alla dottrina austriaca dell'ottocento; è stata prontamente accolta da quella tedesca, mentre ha avuto un seguito minore nella letteratura italiana. Esistono, infatti, valide ragioni per ritenere che l'onere della prova in senso soggettivo non possa trovare applicazione nel nostro ordinamento. Un'importante ragione in tal senso deriva dalla presenza, più o meno estesa a seconda dei casi (o meglio dei riti, o modelli processuali) ma pur sempre significativa, di poteri di iniziativa istruttoria che il giudice esercita d'ufficio. Ciò implica che se un fatto risulta provato per effetto delle iniziative probatorie svolte dal giudice, non sarà soccombente la parte che aveva l'onere di provarlo e che pure non ha soddisfatto questo onere. Viene dunque meno il rapporto esclusivo tra ogni parte e i fatti che essa dovrebbe provare, che viene invece presupposto nell'ambito della concezione soggettiva dell'onere della prova.

Occorre d'altronde considerare che nel nostro ordinamento vige, secondo la *communis opinio* dottrinale e giurisprudenziale, il cosiddetto *principio di acquisizione processuale*, secondo il quale la prova si considera "acquisita" al giudizio, e viene utilizzata in sede di decisione, in quanto sia ammissibile, rilevante e produca elementi utili per la conoscenza dei fatti. Non rileva in alcun modo, invece, la sua provenienza, ossia la circostanza che essa sia stata dedotta dall'una o dall'altra parte, o sia stata disposta d'ufficio dal giudice. Ne deriva che un fatto che avrebbe dovuto essere provato dall'attore può essere dimostrato da una prova dedotta dal convenuto, e viceversa, e che un fatto che avrebbe dovuto essere provato dall'una o dall'altra parte può essere dimostrato da una prova disposta d'ufficio dal giudice. In nessun caso il giudice può dichiarare soccombente una parte se il fatto che essa aveva l'onere di provare risulta comunque provato, anche se non per effetto delle iniziative processuali di questa parte.⁶ Ciò equivale a dire che l'onere della prova in senso soggettivo non ha

⁶ Cfr., tra le tante, Cass. 25 marzo 1995, n. 3564 in *Rep. Foro it.*, 1995, voce prova civile in genere, n. 17. In dottrina, sul fatto che l'onere della prova è un potere ma non è un potere esclusivo, nel senso che «quando la legge dice che l'attore deve provare certi fatti, non vuol dire che soltanto l'attore può provare quei determinati fatti» cfr. VACCARELLA, *Lezioni sul processo civile di cognizione*, Bologna, 2006, pag. 220.

alcuna valenza operativa, poiché una prova non può essere esclusa dal processo, o dalla considerazione finale del giudice in sede di decisione, solo perché “proviene” da un soggetto che non aveva l’onere di provare il fatto su cui essa verte.

Alla luce delle suddette considerazioni parte della dottrina⁷ è giunta ad affermare che, in questa sede, la figura dell’ “onere” viene utilizzata in senso improprio e inidoneo a rappresentare in modo adeguato la “realtà dinamica del fenomeno processuale”, e che sia più corretto parlare, nella fattispecie in esame, di *rischio della mancata prova*⁸. In base all’insegnamento tradizionale, infatti, l’onere è caratterizzato dalla necessaria correlazione tra

⁷ Cfr. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., pag. 420; TARUFFO, voce “*onere della prova*”, cit., pag. 67ss; LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, pag. 265.

⁸ L’espressione sembra essere dogmaticamente più appropriata. Con essa non si vuole certo negare che la regola di giudizio, ancorché destinata al giudice, si riflette indirettamente anche sulla posizione della parte a cui sfavore opera, rendendone più intenso l’interesse a provare e comportando perciò, comunque, “una subiettivizzazione del pregiudizio derivante dal non raggiungimento della dimostrazione del fatto”, si vuole sottolineare, invece, come tale subiettivizzazione non è sufficiente a consentire la configurazione di un onere probatorio in senso soggettivo, perché a tal fine sarebbe necessario che, al soggetto a cui sfavore opera la regola di giudizio, fosse riservato in *modo esclusivo* il potere di procurare il materiale probatorio, mentre, al contrario, le prove possono essere acquisite anche per iniziativa della controparte o del giudice, senza che il rischio della mancata prova venga meno.

Parlare di “rischio della mancata prova” o, come pare più esatto, di “rischio di soccombenza per la mancata prova”, significa, perciò, sancire il definitivo abbandono di ogni traccia dell’originaria configurazione soggettiva dell’onere della prova, in favore della configurazione meramente oggettiva della regola di giudizio, rispetto alla quale le parti non sono destinatarie di oneri giuridici, ma di meri “poteri”.

l'esercizio di una facoltà e il conseguimento di un interesse, correlazione che viene, quindi, a mancare quando il conseguimento dell'interesse non dipende necessariamente dall'atto di esercizio.

In particolare, se si fosse in presenza di un *onere* in senso proprio, la parte chiamata a fornire la prova dovrebbe soccombere tutte le volte in cui “la prova medesima non è stata acquisita per effetto della sua propria attività processuale”⁹, così come dovrebbe ottenere una pronuncia favorevole tutte le volte in cui sia stato soddisfatto l'onere della prova. In realtà, invece, il mancato soddisfacimento dell'onere probatorio non determina automaticamente il rigetto della domanda o dell'eccezione (sacrificio dell'interesse perseguito) ma soltanto *l'aumento del rischio* che essa venga rigettata, in quanto, la domanda o l'eccezione può essere comunque accolta, potendo il giudice tenere conto delle prove favorevoli ad una parte anche quando provengono dall'altra parte o vengono acquisite d'ufficio dallo stesso giudice; parimenti, la parte “onerata” può risultare soccombente anche nonostante il soddisfacimento dell'onere probatorio, in quanto la decisione finale è sempre (fatta eccezione per le ipotesi di prova legale) il

⁹ SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., pag. 420.

frutto del *libero convincimento* del giudice, il quale valuterà il materiale probatorio acquisito durante la fase istruttoria “secondo il suo *prudente apprezzamento*” (art.116 c.p.c.).

In definitiva, il compimento dell’atto da parte del soggetto “onerato” non costituisce condizione necessaria e sufficiente per il soddisfacimento del suo interesse sostanziale, perché tanto il compimento quanto il mancato compimento dell’atto non assicurano, ne escludono necessariamente, una pronuncia favorevole del giudice.

3. SEGUE. L’ONERE DELLA PROVA FORMALE (PROCESSUALE) E SOSTANZIALE

Una variante della distinzione tra onere della prova in senso soggettivo e in senso oggettivo fa riferimento al momento del processo in cui l’onere della prova trova applicazione: la fase dell’introduzione delle prove e quella della loro valutazione e della decisione. Si distingue allora tra l’onere di introdurre nel processo i mezzi di prova (*onere formale*, detto anche *processuale*; *burden of producing evidence*; *Beweisführungslast*) e l’onere di dimostrare il fatto, convincendo il giudice della sua esistenza

(*onere sostanziale; burden of persuasion*).¹⁰ L'onere di dedurre le prove viene inteso in senso soggettivo, ossia con riferimento alla individuazione della parte chiamata a fornire la prova di un certo fatto, mentre l'onere di persuadere il giudice circa l'esistenza del fatto viene inteso in senso oggettivo, assumendo rilevanza solo quando persiste il dubbio sulla situazione di fatto, attraverso l'individuazione della parte che ne subisce le conseguenze negative.

Questa distinzione rappresenta un aspetto molto importante del sistema probatorio degli ordinamenti di *Common law*, a causa della presenza del *trial by jury*¹¹. E' nel processo con giuria, infatti, che emerge preliminarmente l'esigenza di stabilire se esistono le condizioni sufficienti affinché la causa giunga al dibattimento: la condizione essenziale è allora che le parti abbiano dedotto prove idonee a dimostrare la fondatezza delle loro domande ed eccezioni. Se una parte non ha dedotto prove sufficienti il *trial* non è necessario ed essa soccombe immediatamente.

¹⁰ BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, cit, pag. 9 ss.; PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 7 ss.; MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., pag 50 ss; TARUFFO, ult. op. cit., pag. 67 ss.

¹¹ *processo con giuria*

La situazione è, invece, diversa negli ordinamenti di *Civil law*, ed in quello italiano in particolare. Per un verso, come si è già accennato, la presenza dei poteri istruttori del giudice e il principio di acquisizione delle prove fanno passare nettamente in secondo piano la dimensione dell'onere della prova che attiene alla *deduzione* delle prove (onere formale) da parte del soggetto che ha l'onere di provare un determinato fatto. Per altro verso, l'andamento del processo non dipende dalle deduzioni probatorie delle parti, in quanto esso non si conclude in funzione dell'insufficienza delle deduzioni probatorie di una parte, né si ha soccombenza anticipata solo perché una parte non ha dedotto prove sufficienti. Al contrario, il processo prosegue fino alla decisione finale, indipendentemente da come le parti si comportano sul piano delle deduzioni probatorie. Ovviamente la parte che non ha dedotto prove è con ogni probabilità destinata a soccombere, ma ciò accade solo in sede di decisione finale, e soltanto qualora il fatto che essa avrebbe dovuto provare risulti indimostato, e non, invece, come conseguenza diretta e immediata dell'inadeguata o mancante deduzione probatoria.

Ciò comporta che negli ordinamenti di *Civil Law* non ha autonomo rilievo l'onere *processuale* della prova, ossia l'onere di dedurre mezzi di prova nel corso del processo. Ciò che rileva è l'onere della prova come *regola di giudizio* (onere sostanziale), ossia come criterio che il giudice adotta, nel momento finale del processo, al fine di decidere sulla vittoria o soccombenza delle parti in funzione della prova o mancata prova dei fatti. Naturalmente ogni parte ha un forte interesse a dedurre nel processo tutte le prove che potrebbero essere utili per dimostrare i fatti che ha l'onere di provare, ed ha anche il diritto di farlo, poiché si tratta di evitare il rischio della soccombenza derivante dal mancato chiarimento della situazione di fatto.

4. ONERE DELLA PROVA ASTRATTO E ONERE DELLA PROVA CONCRETO

Nella dottrina germanica¹² è diffusa la distinzione tra onere della prova astratto ed onere della prova concreto (*Abstrakte und Kon-*

¹² Vedi ROSENBERG, *Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*, cit., pag. 166 ss; PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 7 ss.

*krete Beweislast*¹³), la quale intende sottolineare il diverso modo in cui le problematiche relative all'onere della prova si atteggiavano secondo che si prenda in considerazione l'ipotesi astratta ovvero quella che "vive nell'ambiente creato da una concreta vicenda processuale".¹⁴

In particolare, con la prima espressione si indica la parte sulla quale incombe l'onere della prova in una certa fattispecie di diritto sostanziale, indipendentemente da un processo in via di svolgimento.

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

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

¹³ Occorre comunque precisare che tra gli stessi autori tedeschi, vi è chi ritiene tale distinzione inutile e foriera di equivoci. Vedi a tal riguardo KORSCH, *Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozess und das qualifizierte Geständnis*, Bonn, 1965, pag. 65 ss.

¹⁴ VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 26.

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

Parte della dottrina italiana¹⁵ ritiene che la figura dell'onere della prova concreto trovi, almeno per certi aspetti, un corrispondente nella nostra esperienza giuridica: si tratta della c.d. controprova di cui si serve la parte che vede il giudice convinto della bontà della prova fornita dall'altra parte o comunque orientato in senso più favorevole a quest'ultima, in base allo svolgimento del processo.

Si è, infatti affermato che sia l'onere della prova concreto sia la c.d. controprova riguardano un problema di disciplina del comportamento processuale delle parti, su cui di volta in volta incombe l'onere di fornire al giudice gli elementi necessari per pervenire al convincimento, o per modificare un convincimento in via di formazione.

A ciò si è obiettato¹⁶ che la c.d. controprova riguarda piuttosto un problema di legittimazione alla prova, mentre il problema dell'onere della prova si porrebbe, non durante l'evoluzione dinamica delle vicende processuali, ma soltanto in mancanza di e-

¹⁵ V. ad es. PATTI, *Prove: disposizioni generali* (Artt. 2697-2698), cit., pag. 17.

¹⁶ MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pag. 117.

lementi sufficienti per la decisione, come regola (di giudizio)
messa a disposizione del giudice per poter pronunciare la sentenza.

CAP. II LA RIPARTIZIONE DELL' ONERE DELLA PROVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

5. IL PROBLEMA DELLA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

Il problema relativo alla ripartizione dell'onere della prova è un problema assai complesso, che può essere affrontato in vari modi. Vi sono infatti ordinamenti, come quelli di *Common Law*¹⁷, nei quali non esistono norme dirette a risolverlo in termini generali. La conseguenza è che talvolta, come accade ad. es. in Inghilterra, è la giurisprudenza delle corti ad individuare il criterio generale secondo cui l'attore ha l'onere di provare i fatti che fondano la domanda e il convenuto ha l'onere di provare i fatti che fondano l'eccezione, ma anche di apportare a questo criterio numerose deroghe e vari adattamenti. Negli Stati Uniti, invece, le Corti non usano criteri generali di questo genere: l'orientamento prevalente è, infatti, quello di decidere caso per caso, attribuendo

¹⁷ In merito al sistema inglese, cfr. O'HARE-K.BROWNE, *Civil litigation*, London, 2003, pag. 559. Con riferimento all'esperienza statunitense, cfr. BAICKER-MCKEE, W.M. JANSSEN, J. B. CORR, *A student's Guide to the Federal Rules of civil procedure*, St. Paul M.T., 2002.

le conseguenze negative della mancata prova dei fatti all'una o all'altra parte, secondo criteri diversi e variabili nelle diverse materie a discrezione della corte¹⁸.

In altri ordinamenti, come quello tedesco (vedi *infra* § 14), esistono numerose norme che regolano l'allocazione dell'onere della prova in una serie di specifiche ipotesi, in mancanza di una norma giuridica che sancisca una regola di carattere generale. Ciò fa sorgere l'esigenza di individuare un principio non scritto che regoli la distribuzione dell'onere della prova, anche e specialmente nei casi in cui non esiste una norma *ad hoc*. Non a caso proprio la dottrina tedesca è stata particolarmente feconda di teorie¹⁹ dirette a formulare, sul piano teorico e sistematico, possibili criteri generali per la distribuzione degli oneri probatori tra le parti.

¹⁸ Secondo quanto sostenuto dallo studioso anglo-americano SCHWERING (*System der Beweislast im englisch-amerikanischen Zivilprozess*, Karlsruhe, 1969, pagg. 60-61), nel sistema processuale statunitense, tutti i tentativi indirizzati ad una ripartizione degli oneri probatori secondo schemi generali e, comunque, svincolati rispetto alle situazioni conflittuali espresse dal caso sottoposto a decisione sono miseramente falliti.

Il giurista anglo-americano, che non può fondarsi, nella maggioranza dei casi, su una norma giuridica sostanziale che abbia una "veste espressiva stabile", finisce, così, col sentire che la determinazione degli oneri probatori dipende da ragioni che attengono alla specificità del caso. Egli dichiara di far ricorso, a tal fine, a regole di probabilità, a valutazioni d'equità o a comparazione degli interessi in conflitto, talvolta prendendo in considerazione questi criteri isolatamente e talora mescolandoli insieme.

¹⁹ Prima tra tutte la *Normentheorie* di Rosenberg.

Vi sono poi ordinamenti, come ad es. il nostro, in cui il problema viene affrontato con norme di portata generale, oltre che con norme specifiche relative a particolari fattispecie.²⁰

A tal riguardo, mentre il Codice del 1865, nell'art 1312, si limitava a riprodurre l'art. 1315 del *code civil* relativo alla prova delle obbligazioni,²¹ il Codice civile vigente ha previsto una regola generale sull'onere della prova.²²

Tale regola generale²³ viene sancita dall'art. 2697 c.c. ai sensi del quale l'attore deve provare i fatti²⁴ costitutivi della domanda

²⁰ Una norma generale sull'onere della prova è presente ad es., nel codice civile svizzero: § 8 «*Ove la legge non disponga altrimenti, chi vuole dedurre il suo diritto da una circostanza di fatto da lui asserita, deve fornirne la prova*». Una norma di portata generale viene inoltre sancita nell'art 9 del codice di procedura civile francese: «*Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention*». (Ogni parte deve provare, conformemente alla legge, i fatti necessari per far accogliere la sua pretesa).

Sulle diverse tecniche adoperate nei codici civili per distribuire l'onere della prova v. LENHOFF, *The Law of Evidence* (*Am. J. Comp. Law*, 1954, pag. 332), il quale afferma che prevalgono nettamente le norme particolari dettate con riferimento ai diversi settori del diritto privato, mentre raramente si riscontrano norme a carattere generale, come quella dettata nel codice civile svizzero.

²¹ ponendo a carico di chi avesse domandato in giudizio l'esecuzione di un' obbligazione il "dovere" di provarla, e attribuendo a chi dal canto suo pretendesse di esserne liberato il "dovere" di provarne l'intervenuta "estinzione".

²² PATTI, *Prove: disposizioni generali* (*Artt. 2697-2698*), cit., pag. 17; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit.

²³ che può trovare una prima sintetica formulazione nelle parole del brocardo: "*onus probandi incumbit ei qui dicit*".

²⁴ Sono i *fatti giuridici* (o *principali*) ad interessare la problematica dell'onere della prova, mentre i fatti non qualificati da norme (ossia i cosiddetti *fatti semplici* o *secondari*) non sono coinvolti nella ripartizione degli oneri probatori.

Inoltre, come è noto, gli oneri probatori incumbenti sulle parti non possono mai riguardare norme giuridiche, poiché queste possono e debbono essere applicate d'ufficio dal giudice. Anche il complesso e dibattuto problema della conoscenza di norme straniera, antiche o consuetudinarie, tende, secondo l'orientamento preva-

(“chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”)²⁵ e il convenuto deve provare i fatti impeditivi, modificativi o estintivi (“chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda”)²⁶.

lente, ad essere risolto al di fuori degli schemi che valgono per gli oneri probatori: si applicano infatti la regola *jura novit curia* ed il principio di collaborazione tra il giudice e le parti. (cfr. VERDE, *L’onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 250 ss.). V. *amplius, infra*, § 6.

²⁵ Il fatto costitutivo è il fatto dal quale le norme fanno dipendere o discendere l’esistenza del diritto che viene fatto valere, ossia il fatto che rappresenta la premessa giuridicamente necessaria delle conseguenze che tali norme prevedono. Questo fatto “costituisce” il diritto appunto perché ne rappresenta la condizione necessaria e sufficiente: il diritto esiste se esiste il fatto che lo fonda.

²⁶ E’ noto che la configurazione dogmatica dei fatti “modificativi” ed “estintivi” non presenta alcuna difficoltà, in quanto essi si distinguono agevolmente dai “fatti costitutivi” per operare *ex nunc*, anziché *ab origine*, sull’efficacia della fattispecie sostanziale (cfr. VERDE, voce “prova”, (*teoria generale e dir proc. Civ.*), in *Enc. Dir.*, Vol XXXVII, Milano, 1988, pag. 630.)

Più complessa è la configurazione dogmatica dei c.d. “fatti impeditivi”, che operano, invece, sull’efficacia della fattispecie sostanziale *ex tunc*, ossia contestualmente ai fatti costitutivi.

Infatti, dopo aver dimostrato l’impossibilità di distinguere adeguatamente gli elementi costitutivi da quelli impeditivi sulla base di una presunta loro diversa “funzione” o “efficacia” nella produzione dell’effetto giuridico tipico della fattispecie astratta (cfr. sul punto, le osservazioni di CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, pag. 25), la dottrina ha rivolto l’attenzione alla “struttura” della fattispecie sostanziale. Sotto tale profilo, di contro alla teoria tradizionale che colloca il fatto impeditivo *considerato col segno invertito* tra “gli elementi essenziali del fatto giuridico” (cfr. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, pag. 339; di recente LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 2007, pag. 87) ha ottenuto importanti adesioni la dottrina del Grasso, che colloca il fatto impeditivo, similmente a quanto è ritenuto per il fatto modificativo e per quello estintivo, al di fuori della fattispecie giuridica propria dei fatti costitutivi, in sé già completa, ed all’interno di “una nuova, più complessa fattispecie” alla quale la legge riconosce l’attitudine ad influire *ab externo* sull’efficacia della fattispecie costitutiva, in modo tale da escludere che questa produca in tutto o *pro parte* gli effetti suoi propri (V. GRASSO, *La pronuncia d’Ufficio*, cit., pag. 252; in senso adesivo VERDE, *L’onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 199).

Per le origini di tale ultima teoria, v. ROSENBERG, *Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, cit., pag. 98 e ss, che contrappone la norma-base (*Grundnorm*) alla contro-norma (*Gegennorm*),

Così l'attore soccombe se non risulta provato il fatto costitutivo del diritto che egli intendeva far valere, e il convenuto soccombe se non ha provato il fatto che ha posto a base della sua eccezione. Poiché, inoltre, la posizione del convenuto è giuridicamente conseguente a quella dell'attore, egli avrà la vittoria quando l'attore non abbia provato il fatto costitutivo del diritto o, avendo l'attore provato questo fatto, il convenuto abbia provato il fatto a fondamento dell'eccezione. Per contro, il convenuto soccombe quando abbia fallito la prova del fatto impeditivo, modificativo o estintivo, e l'attore abbia invece provato il fatto costitutivo.

La ripartizione dell'onere probatorio tra le parti, che viene tracciata attraverso la distinzione tra fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi, risulta, in tal guisa, sovrapponibile alla ripartizione dell'onere di allegazione²⁷ dei fatti che stanno a base

caratterizzata quest'ultima dal contenere alcuni elementi in più della prima, tali da giustificare l'effetto contrario. (Sul punto, V. *amplius* Cap. III, § 14)

²⁷ Occorre rilevare l'esistenza di contrasti dottrinali in merito alla configurabilità di un onere di allegazione quale istituto autonomo rispetto all'onere della prova. Parte della dottrina l'ammette (cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Napoli, 1981; PUGLIATTI, in *Enc. del dir.*, voce *Eccezione (teoria generale)*, pag. 156.), anche se alcuni autori, in realtà, sembrano riferirsi all'onere della domanda (v. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., pag. 420); altra dottrina, viceversa, afferma decisamente l'inutilità del concetto (cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, pag. 25).

I dati normativi, d'altra parte, non sembrerebbero confortare del tutto la tesi positiva, poiché, mentre risulta espressamente previsto l'onere della domanda (art. 112 c.p.c.) e l'onere di *proporre* le prove, che altrimenti non possono essere poste dal

della domanda e dell'eccezione, tanto che viene a realizzarsi una perfetta simmetria tra la posizione dell'attore e quella del convenuto eccipiente, giacché sia la parte che *domanda* sia quella che *eccepisce* devono provare il fondamento delle proprie rispettive pretese (“*reus in excipiendo fit actor*”), anche se si tratta di pretese – come le eccezioni – limitate al rigetto della domanda avversaria.²⁸ In sostanza, attore e convenuto eccipiente, in quanto

giudice a fondamento della decisione (art. 115 c.p.c.), nulla si rinviene a proposito dell'onere di allegazione.

Uno spunto letterale può comunque trarsi dall'art. 163, terzo comma, n. 4 c.p.c., che prescrive, in ordine al contenuto dell'atto di citazione, “l'esposizione dei fatti (...) costituenti le ragioni della domanda”. Al riguardo, è stato osservato che il difetto di tale indicazione non è causa di nullità della citazione (art. 164 c.p.c.), né quindi di rigetto della domanda (Così SACCO, ult. op. cit., pag. 416). E' già dalla mancanza di sanzione dovrebbe farsi derivare l'impossibilità di qualificare l'allegazione come onere.

Tale argomentazione non appare, tuttavia, convincente, perché il risultato sfavorevole collegato al mancato soddisfacimento dell'onere non deve ravvisarsi nella eventuale nullità dell'atto di citazione, quanto nell'impossibilità di conseguire un risultato favorevole. Piuttosto, la formulazione della suddetta norma sembra confermare l'esattezza della tesi che, prendendo le mosse dalla distinzione tra fatti principali e fatti secondari, da cui inferire l'esistenza dei primi, afferma l'onere di allegazione soltanto per i primi, mentre per i secondi ammette la possibilità che essi vengano presi in esame dal giudice anche se non allegati dalla parte interessata, purché comunque essi emergano dal contraddittorio. (Cfr. GRASSO, *La pronuncia d'Ufficio*, cit., pag. 23; CAVALLONE, *I Poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, Milano, 1968, pag. 2).

L'onere di allegazione acquista una rilevanza del tutto autonoma, e pertanto l'importanza della figura si coglie agevolmente, nelle ipotesi in cui la parte è dispensata dall'onere di provare, ma non dall'onere di allegare i fatti. Ciò avviene nelle ipotesi in cui la legge presume l'esistenza di un fatto costitutivo – es. la buona fede (art. 1147, terzo comma) – dispensando quindi la parte che intende avvalersi degli effetti collegati dalla legge al fatto, dell'onere di provarlo. In tema di presunzioni legali, si rinvia al § 10.

²⁸ Naturalmente, nonostante che il convenuto eccipiente abbia *ab initio* l'interesse a fornire la prova dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi allegati, per lui l'attualità dell'onere della prova, ossia il rischio di soccombenza per mancata prova è subordinata all'esito positivo della prova che, dei fatti costitutivi contestati

entrambi *alleganti*, sono sottoposti ad un *identico trattamento giuridico* quanto all'onere probatorio, da ripartirsi in relazione all'effetto giuridico richiesto.²⁹

Inteso nei suoi termini generali, l'art. 2697 è una norma che non sembra avere contenuti particolarmente originali, collocandosi nell'orientamento seguito oltre che da una risalente tradizione³⁰, da tutti gli ordinamenti moderni nei quali le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali mirano all'individuazione di un criterio generale uniforme. La sua peculiarità più importante è allora quella di enunciare un principio espressamente posto dal legislatore, e quindi di risolvere a priori il problema dell'esistenza e del contenuto di una regola generale diretta a ripartire l'onere della prova.

Si ritiene che l'art. 2697 operi quella che viene comunemente definita come "semplificazione analitica della fattispecie", proprio

l'attore è tenuto ad offrire in via principale. In altri termini, la regola di giudizio dell'onere della prova può operare, diviene cioè *attuale* nei confronti del convenuto eccipiente soltanto quando risultino provati (o, eventualmente, ammessi) i fatti costitutivi del diritto invocato dall'attore.

²⁹ Come nota GRASSO, ult. op. cit., pag 262, la posizione del convenuto non è diversa da quella dell'attore: "egli non può vedere accolta la sua eccezione (...) senza che il modello [legale] più complesso, che egli richiama, sia integralmente provato".

³⁰ E' evidente, infatti, la continuità storica che la norma presenta rispetto a ben note massime del diritto romano, quali «*actori incumbit probatio*» e «*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*» che costituiscono il punto d'arrivo della prassi repubblicana.

in quanto prevede una ripartizione generale degli oneri probatori tra le parti in funzione delle rispettive posizioni processuali di “attore” e di “convenuto”, e delle modalità con cui la fattispecie sostanziale si configura nelle prospettive correlate a queste posizioni³¹.

La regola generale sancita dall’art. 2697 ha il pregio di essere semplice e di carattere generale, ma ha il difetto di essere meramente formale. Essa non è cioè idonea a determinare, da sola, la soluzione della controversia a favore dell’una o dell’altra parte, a seconda che dell’uno o dell’altro fatto manchi la prova nel singolo caso concreto. Infatti, solo facendo riferimento alla norma sostanziale che disciplina la fattispecie dedotta in giudizio (su cui verte il giudizio) è possibile stabilire davvero (in concreto) quali fatti devono essere provati da colui che intende far valere un diritto e quali devono essere provati da chi invoca l’inefficacia di quei fatti o la modificazione o l’estinzione di quel diritto.

L’art. 2697 opera così un preciso collegamento tra la regola che ripartisce l’onere probatorio e le singole norme di diritto sostanziale su cui si basa la pretesa di chi agisce o di chi eccepisce. I

³¹ TARUFFO, voce “*onere della prova*”, cit., pag. 67 ss.

fatti che costituiscono il fondamento del diritto su cui si basa l'azione in giudizio (art. 2697, comma 1) sono, infatti, quelli di volta in volta considerati rilevanti dalla norma di diritto sostanziale. Parimenti, per valutare la rilevanza dei fatti impeditivi, modificativi, o estintivi (art. 2697, comma 2) occorre fare riferimento alla norma di diritto sostanziale che disciplina tali fatti.³²

³² Escluso che la ripartizione degli oneri probatori possa trovare “una giustificazione razionale, assoluta generale” (cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pag. 786), il suo fondamento va perciò individuato, di volta in volta, ora in generiche ragioni di *opportunità*, di *giustizia distributiva*, di *equità*, che impongono che la qualificazione del fatto come costitutivo o come impeditivo, venga compiuta dalla legge in funzione della differente difficoltà delle parti del rapporto di reperire la prova della circostanza di fatto chiamata a comporre la fattispecie giuridica sostanziale; ora in ragioni attinenti al perseguimento di interessi spiccatamente generali (come, ad es., il favorire la circolazione della ricchezza o la riduzione dei costi che debbono essere sopportati dalla collettività con riguardo all'applicazione di un certo istituto); ora, semplicemente, nella scelta di avvantaggiare la posizione individuale di quello, fra i contendenti, ritenuto *parte debole* del rapporto.

Si deve riconoscere, in definitiva, che non è possibile parlare in astratto di fatti costitutivi, impeditivi od estintivi, e che *non esistono temi fissi di prova* (cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pag. 437), giacché la stessa circostanza fattuale può fungere in una fattispecie legale da fatto costitutivo, in un'altra da fatto impeditivo o estintivo di una fattispecie contrapposta.

L'individuazione della posizione dei fatti all'interno della fattispecie deve essere compiuta, invece, vagliando la configurazione delle *figurae* di diritto sostanziale, di volta in volta chiamate ad integrare l'art. 2697 c.c., secondo le comuni regole di interpretazione della legge.

L'analisi delle fattispecie giuridiche deve, infatti, muovere, secondo i principi generali, dall'interpretazione delle formule letterali adottate dal legislatore, tenendo presente che esse esprimono la contrapposizione tra fatto costitutivo e fatto impeditivo, secondo lo schema “regola-eccezione”; tuttavia, i risultati dell'analisi linguistica delle norme devono poi trovare conferma nella considerazione dell'effetto in vista del quale la circostanza di fatto è posta all'interno della fattispecie, ossia nell'esame dell'effetto giuridico richiesto dalla parte che allega il fatto stesso.

In questi termini, cfr. MICHELI, ult. op. cit., pag. 437; VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 422 ss. V. anche AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, il quale, in termini analoghi, sostiene che, dei fatti rilevanti, ogni parte “avrà l'onere di provare quelli che consentono l'applicazione della norma che le è favorevole”.

Tali considerazioni costituiscono il fondamento delle tesi che vedono nell'art. 2697 una "norma in bianco"³³ o che addirittura negano il carattere di norma giuridica, in quanto il suo contenuto è dato dalle singole norme di diritto sostanziale da applicare nel caso concreto in base alle affermazioni delle parti e alle prove da esse fornite.

Connessa alla suddetta questione è quella relativa alla natura giuridica della norma sancita dall'art 2967. Si discute, infatti, se essa abbia natura sostanziale o processuale.

Il problema non ha soltanto un valore teorico, ma ha anche dei risvolti pratici, tra cui l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato e di quelle attinenti alla successione delle leggi nel tempo.

La tesi che attribuisce natura sostanziale alla norma in questione si basa soprattutto sulla constatazione che i fatti costitutivi, modi-

³³ Vedi ad es. ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, pag. 293, il quale afferma che l'art. 2967 è una 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, tramite la tripartizione (o quadripartizione) dei fatti giuridici, nell'intera esperienza normativa*»; nello stesso senso SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., pag. 420; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pag. 98.

ficativi o estintivi, oggetto dell'onere della prova, sono disciplinati da norme di diritto sostanziale.³⁴

La tesi processuale si basa, di contro sulla circostanza che la norma disciplina l'attività probatoria delle parti e si rivolge al giudice, cioè ad un organo del processo, prescrivendogli una attività processuale per il caso in cui non venga fornita la prova dei fatti allegati dalle parti.

Ai fini della soluzione del problema occorre, innanzitutto, prendere in considerazione la *sede* prescelta dal legislatore per la previsione della norma generale sull'onere della prova, la quale è servita soprattutto a completare un sistema caratterizzato da un reticolato di disposizioni riguardanti l'onere della prova nei diversi settori del diritto privato. Eliminando la norma di derivazione francofona prevista nel codice ottocentesco, il codice civile vigente ha privilegiato una certa sistemazione, che tuttavia non significa distacco dalla precedente visione – di tipo *sostanziale* – del fenomeno.

³⁴ Secondo LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, pag 67, le norme sull'onere della prova appartengono al diritto sostanziale perché – in quanto regole di giudizio – incidono sul contenuto della decisione e non sul procedimento.

D'altra parte, anche l'orientamento secondo cui l'art. 2697 contiene una norma processuale in quanto offre al giudice la regola per decidere in caso di dubbio, ripartendo le conseguenze della mancata o insufficiente prova, afferma che tale ripartizione acquista un contenuto concreto soltanto se riferita al rapporto giuridico sostanziale fatto valere in giudizio. La norma processuale non potrebbe quindi operare senza recepire dal diritto sostanziale la qualifica attribuita agli elementi della fattispecie.

Un argomento decisivo per il riconoscimento della natura sostanziale della norma può, inoltre, ricavarsi, dall'art. 2698 c.c., che ammette la stipulazione di patti diretti a modificare l'onere della prova. Se, infatti, la norma sull'onere avesse carattere processuale non dovrebbe essere concesso alcuno spazio all'autonomia privata, poiché le parti non possono modificare, mediante accordi contrattuali, le regole del processo attinenti all'attività del giudice.

6. ONERE DELLA PROVA E OGGETTO DELLA PROVA

Un'importante aspetto che concerne la regola dell'onere della prova riguarda la determinazione del suo oggetto, ossia di ciò che le parti dovrebbero provare in giudizio.

Una prima indicazione deriva dal principio fondamentale secondo cui *jura novit curia*. Da tale principio consegue infatti che gli oneri probatori incombenti sulle parti non possono mai riguardare norme giuridiche, poiché queste possono e devono essere applicate d'ufficio dal giudice. Anche il complesso e dibattuto problema della conoscenza di norme straniere, antiche o consuetudinarie, viene risolto, secondo l'orientamento prevalente, al di fuori degli schemi che valgono per gli oneri probatori, in quanto trovano applicazione la regola *jura novit curia* ed il principio di collaborazione tra il giudice e le parti.

Ne discende che il problema dell'onere della prova non riguarda la determinazione della norma che il giudice dovrà applicare in sede di decisione, ma solo l'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione. Ciò implica non poche complicazioni che derivano dalla complessità della distinzione tra fatto e diritto, ma in linea generale pare incontestabile che l'onere della prova abbia a che vedere solo con i fatti della causa.

Ciò posto, sorge il problema di stabilire se per tutti i fatti rilevanti valgano i principi dell'onere della prova, o se vi siano particolari tipi di fatti per i quali questi principi subiscono deroghe o limitazioni.

7. SEGUE. FATTI NOTORI E MASSIME D'ESPERIENZA

Secondo una regola storicamente risalente, *notoria non egent probatione*, poiché l'appartenenza del fatto notorio alla cultura media del luogo e del momento in cui si forma la decisione fa sì che esso sia noto o conoscibile dal giudice senza la necessità che le parti ne dimostrino in giudizio l'esistenza.

I fatti notori sono disciplinati dall'art. 115, comma 2 c.p.c., il quale dispone che non hanno bisogno di prova “le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”. Un' analoga disposizione è riscontrabile nel § 291³⁵ della ZPO tedesca, ai sensi del quale i fatti noti al tribunale non necessitano di prova.

Questa impostazione normativa ammette l'esistenza di fatti che non devono essere provati ma non dice nulla circa la loro natura,

³⁵ § 291 ZPO: «*Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.*»

ossia non ne offre una compiuta definizione.³⁶ Pertanto, la deroga che così si determina rispetto all'ambito di applicazione delle regole sull'onere della prova dipenderà dal concetto di notorietà che viene adottato. A tal riguardo la notorietà del fatto sembra potersi desumere dall'appartenenza dello stesso al patrimonio di nozioni comuni alla generalità delle persone di media cultura, che vivono in un determinato momento storico e nell'ambiente dove interverrà la decisione, di modo che tali nozioni entrano a far parte della "comune esperienza". Si ritiene, inoltre che la notorietà del fatto possa essere anche relativa o ristretta, valendo in dato luogo o in uno specifico ambito sociale o professionale.³⁷

Talvolta si afferma che il fatto notorio non dovrebbe o non potrebbe mai essere oggetto di prova, ma non pare che questa esclusione debba valere in ogni caso. Altro è dire, infatti, che il fatto notorio *non ha bisogno* di essere provato, perché il giudice può tenerne conto d'ufficio, altro è dire che è impossibile dedurre

³⁶ Una definizione era invece contenuta nell'art 297 del progetto del vigente codice di procedura civile (elaborato da Carnelutti): «*Si reputano pubblicamente notori quei fatti la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione*».

³⁷ Esempi di fatti notori pacificamente ritenuti tali dalla giurisprudenza sono: la svalutazione monetaria (vedi Cass., 24 giugno 2003, n. 10022), l'esistenza di una guerra o di una calamità naturale abbattutasi in una zona determinata, la crisi edilizia (vedi da ultimo Cass., 18 marzo 2004, n. 5493), la durata della stagione turistica in una determinata zona (vedi Cass., 19 agosto 2003, n. 12112).

prove su di esso. Sembra, invece ragionevole affermare l'ammissibilità delle prove su un fatto notorio, specialmente quando sia dubbia la notorietà del fatto, o vi siano incertezze sull'eventualità che il giudice lo prenda in considerazione *ex officio*. Sarà eventualmente il giudice ad escludere queste prove perché non necessarie, ma solo in quanto decida di considerare notorio il fatto e quindi di porlo direttamente a base della decisione.

Parte della dottrina³⁸ configura un vero proprio dovere – e non una mera facoltà – del giudice di far uso del fatto notorio, mentre la giurisprudenza tende a ritenere che il giudice disponga, al riguardo, di un potere discrezionale. Se si segue quest'ultimo orientamento dovrà ammettersi la possibilità di dedurre prove sul fatto “potenzialmente” notorio, al fine di poterne dimostrare l'esistenza nell'ipotesi in cui il giudice non lo prenda in considerazione d'ufficio.

Cosa diversa dalla prova del fatto notorio è la prova della notorietà, da ammettersi ogniqualvolta occorra dimostrare che il fatto è effettivamente noto nella cultura media.

³⁸Vedi PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 78; GRASSO, *La pronuncia d'Ufficio*, cit., pag. 1312.

Per ragioni sostanzialmente analoghe a quelle che si invocano a proposito del fatto notorio, anche le massime d'esperienza vanno incluse nelle "le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza" e, perciò, escluse dal campo di applicazione delle regole relative all'onere della prova; di conseguenza anche di esse il giudice può far uso d'ufficio, indipendentemente dal fatto che esse siano state provate in giudizio.

Le massime o regole di esperienza sono nozioni di comune conoscenza o comunque facilmente accessibili, cioè rintracciabili nelle fonti di comune cultura. A differenza del fatto notorio, esse non hanno ad oggetto un fatto ma una regola, che si forma in base alla ripetuta esperienza in ordine al fatto dato, secondo un processo di astrazione e generalizzazione.³⁹

8. SEGUE. I FATTI NON CONTESTATI

Secondo il prevalente e consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità⁴⁰, peraltro confermato da autorevole dot-

³⁹ TARUFFO, voce "onere della prova", cit., pag. 67 ss.

⁴⁰ V. Cassazione civile, sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Giust. civ. Mass.* 2002, pag. 117.

Vedi anche Cass., 9 giugno 1999, n. 5699; Cass., 16 ottobre 1998, n. 10247; Cass., 5 dicembre 1992, n. 12947; Cass. 23 febbraio 1984: «...le circostanze di fatto che costituiscono la causa petendi della pretesa fatta valere in giudizio, ove non contestate dalla controparte costituita e contraddicente nel processo, ben possono esse-

trina⁴¹, sarebbero propriamente oggetto di prova, e quindi anche delle regole relative all'onere della prova, soltanto i fatti che siano oggetto di esplicita contestazione tra le parti.

A seguito dell'allegazione di un fatto compiuta da una parte, basterebbe il silenzio dell'altra parte a rendere il fatto “non contestato”; di conseguenza esso dovrebbe essere escluso dal *thema probandum*, e dovrebbe essere considerato come *vero* dal giudice. In altri termini, il fatto non espressamente contestato dalla controparte dovrebbe ritenersi “pacifico” tra le parti, e come tale non avrebbe bisogno di essere provato. Di conseguenza, ad esso non sarebbero applicabili le regole sull'onere della prova, in quanto la non contestazione avrebbe l'effetto di una *relevatio ab onere probandi* in favore della parte che ha allegato il fatto, e il giudice non dovrebbe (*rectius*, non potrebbe) neppure chiedersi se esso sia o non sia vero.

re ritenute del tutto pacifiche nel giudizio di merito... Né, tantomeno, data la vigenza del principio dispositivo, spetta al giudice accertare d'ufficio circostanze che, pur rientrando nei fatti costitutivi del diritto di cui si chiede l'accertamento, non siano oggetto di contestazione da parte del convenuto...». Contra, vedi Cass., 26 gennaio 1996, n. 600; Cass., 8 agosto 2000, n. 10434.

⁴¹ PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 68; VERDE, voce “prova”, cit., pag. 630. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, pag. 11, il quale afferma che: «il fatto non contestato non costituisce oggetto di prova, in quanto la mancanza di contestazione contribuisce a determinare l'apparenza della fondatezza della pretesa e ciò renderebbe superflua la prova.»

La legge di riforma del processo civile del 18 giugno 2009, n. 69 ha modificato il primo comma dell'art. 115 c.p.c., disponendo che il giudice deve porre a fondamento della decisione, oltre alle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, *“i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita⁴²”*.

Il nuovo testo dell'art. 115 c.p.c. ha posto gli interpreti dinanzi ad un primo difficile problema ermeneutico, e cioè ipotizzare che l'introduzione della nuova norma non sia altro che il riconoscimento normativo del consolidato orientamento del Giudice di legittimità, o invece valutare la nuova disciplina alla luce dell'assoluta originalità dell'impianto normativo.

⁴² La norma, facendo espresso riferimento alla parte costituita, esclude l'applicabilità della regola della non contestazione al contumace. Conseguenze ben diverse venivano fatte discendere alla contumacia (o tardiva costituzione) del convenuto nel previgente rito societario (d.lgs. n. 5/2003), il quale – attribuendo al predetto comportamento inerte valore di vera e propria *ficta confessio* – disponeva all'art. 13, secondo comma, che *“Se il convenuto non notifica la comparsa di risposta nel termine stabilito a norma dell'art. 2, comma 1, lett. c), ovvero dell'art. 3 comma 2, l'attore tempestivamente costituitosi, può notificare al convenuto una nuova memoria a norma dell'art. 6, ovvero depositare, previa notifica, istanza di fissazione dell'udienza; in quest'ultimo caso i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati ed il Tribunale decide sulla domanda in base alla conclusione di questa; se lo ritiene opportuno, il giudice deferisce all'attore giuramento suppletorio”*.

Tale norma era stata oggetto di una pronuncia di incostituzionalità (12 ottobre 2007, n. 340, in *Foro.it*, 2008, I, 721), con la quale il Giudice delle leggi – censurando l'opera del legislatore delegato sotto il profilo dell'eccesso di delega – ha espressamente affermato che quella dettata dalla suddetta disposizione era *“una regola del processo contumaciale in contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita”*.

In particolare, alla luce di una prima lettura della predetta modifica normativa si era ritenuto che il legislatore si fosse limitato ad una mera opera di positivizzazione del principio di non contestazione così come elaborato negli ultimi anni dalla Giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione.

Tale interpretazione della norma, che i primi commentatori tendono a dare⁴³, appare tuttavia scontrarsi⁴⁴ con il dato testuale della stessa e con l'assetto normativo delineato dal sistema processuale attualmente vigente.

Occorre, infatti, in primo luogo, considerare il principio di non contestazione è stato inserito nell'ambito di una disposizione "sulle prove" ed in particolare, di una disposizione che disciplina la disponibilità delle prove in sede decisoria e non già una disposizione sull'allegazione dei fatti dedotti in giudizio⁴⁵. Da ciò de-

⁴³ Cfr. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *www.judicium.it*, pag. 9; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, pag. 268; MINARDI, *Onere di contestazione: le conseguenze della mancata o tardiva contestazione dei fatti nel processo decisionale del Giudice*, in *Il Civilista*, 2010, II, pag. 26; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corriere Giuridico*, 2009, IX, pag. 1169.

⁴⁴ Come rilevato da SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*.

⁴⁵ Collocazione diversa veniva attribuita all'onere di contestazione così come disciplinato nel c.d. rito societario, ormai abrogato. L'art. 10, comma 2 *bis* del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, stabiliva infatti che "la notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza rende pacifici i fatti allegati dalle parti e in precedenza non specificamente contestati".

riva che il legislatore ha inteso utilizzare la non contestazione non già quale strumento per la fissazione formale dei fatti, ma come comportamento processualmente rilevante cui attribuire conseguenze sul piano probatorio⁴⁶.

In secondo luogo, dal tenore letterale del nuovo art. 115 c.p.c., sembrerebbe evincersi la volontà legislativa d'equiparare le prove valutabili dal giudice – che lo stesso può porre a fondamento della propria decisione – ed i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Il legislatore non ha dunque, almeno espressamente, previsto alcun vincolo di subordinazione gerarchica tra i due “strumenti” idonei a determinare il convincimento del giudice. Entrambi – prove e fatti non contestati – possono in egual modo (ed in egual misura) fondare la decisione giudiziale.

La realtà normativa delineata dal legislatore della riforma non esclude – a differenza della lettura del principio di non contestazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione – il

⁴⁶ In tal senso v. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in www.judicium.it. Di diverso avviso, invece, BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010, pag. 88, il quale sostiene che “la mancata contestazione non rappresenta una fonte del convincimento del giudice, essa non è un comportamento valutabile del giudice nella soluzione della *quaestio facti*, ma essa è propriamente un mezzo di fissazione formale del fatto allegato e non contestato, scaturente non da una prova del fatto, bensì dalla mancata necessità di provare il fatto.”

fatto non contestato dal *thema probandum*⁴⁷, non attribuisce ad esso efficacia di prova legale (come ad es. la confessione giudiziale)⁴⁸, ma valenza ed efficacia di prova liberamente valutabile, allo stesso ed identico modo di quanto non venga riconosciuto agli altri mezzi istruttori previsti dal codice di rito (ad es. la prova testimoniale).

Il primo comma del nuovo art. 115 c.p.c. riconosce al fatto non contestato lo stesso valore che attribuisce alla prova liberamente valutabile (e quindi non un rango inferiore, ma neanche un rango superiore), lasciando al giudice – secondo il suo *prudente ap-*

⁴⁷ Affinché un fatto sia escluso dal *thema probandum* e dall'ambito di applicazione dell'onere della prova, non è sufficiente la mera non contestazione, ma occorre che il fatto sia espressamente e concordemente allegato da entrambe le parti, poiché solo in questo caso si manifesta con certezza la volontà delle stesse di porre quel fatto fuori discussione.

Si discute, inoltre, se anche l'ammissione implicita di un fatto sia sufficiente ad esimere la parte che lo ha allegato dall'onere di provarlo.

Si pensi al seguente esempio: Tizio chiede l'esecuzione di un contratto, Caio eccipisce la compensazione o assume che la sua volontà era viziata da errore o dolo. Così facendo Caio ammette implicitamente che il contratto sia stato stipulato. Tizio è tenuto a fornire ugualmente la prova della stipulazione?

L'opinione affermativa è diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza (cfr. PATTI, *Prove: disposizioni generali* (Artt. 2697-2698), cit., pag. 71.) ma pare invece preferibile l'opinione contraria, secondo la quale nessuna condotta implicita o meramente omissiva è idonea ad escludere la necessità che i fatti allegati vengano provati in giudizio.

⁴⁸ Efficacia assimilabile alla prova legale viene espressamente attribuita al fatto non contestato dal sistema processuale tedesco, nel quale il § 138, comma 2, ZPO («*Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht*» / «I fatti che non sono espressamente contestati devono essere considerati come esistenti, se non risulta da altre dichiarazioni della parte che la stessa aveva invece intenzione di contestarli») equipara la mancata contestazione dei fatti allegati dalla controparte alla esplicita ammissione dei medesimi.

prezzamento ex art. 116, primo comma, c.p.c. ed alla luce delle massime d'esperienza – il potere di stabilire l'idoneità di tali elementi istruttori a determinare il suo convincimento.

La non contestazione – così come normativizzata – non determina dunque nemmeno una *relevatio ab onere probandi* (né, tanto meno, un'inversione dell'onere della prova), in quanto – non obbligando il giudice a considerarlo come *vero* (o meglio, come provato) – non solleva la parte che ha allegato il fatto non contestato dall'onere di determinare il convincimento dell'organo decidente. In altre parole, la non contestazione offre al giudice – allo stesso modo di quanto avviene con le prove liberamente valutabili – uno strumento⁴⁹ per pervenire al convincimento circa la sussistenza o meno dei fatti allegati, ma non elimina a priori (ed in maniera netta e radicale) la potenziale incertezza circa l'esistenza degli stessi, né tanto meno preclude al giudice la possibilità (ed anche il dovere) di porsi il problema del loro accertamento.

⁴⁹ “Uno”, tra i tanti a disposizione del decidente, destinato a sottostare all'esame del libero convincimento del giudice, prima di poter essere posto a fondamento della decisione.

Qualora la non contestazione – alla luce del complessivo quadro istruttorio – si sia, infatti, dimostrata insufficiente a determinare il convincimento del giudice circa la verità dei fatti non contestati⁵⁰, dovrà essere pronunciata la soccombenza della parte che ha allegato gli stessi (e quindi originariamente gravata dall'onere di provarli), in applicazione della regola di giudizio sancita dall'art. 2697 c.c. Così come, al contrario, la non contestazione, al pari di qualsiasi prova liberamente valutabile, potrà rivelarsi da sola (o unitamente ad altre risultanze istruttorie) idonea a fondare il convincimento del giudice, e quindi a provocare l'accoglimento della domanda o dell'eccezione proposta dalla parte che ha allegato i fatti non contestati.

Colui che ha allegato il fatto poi non contestato conserva dunque, in via teorica, l'onere di provarlo⁵¹, e dovrà valutare se – quantomeno nell'ottica di una difesa diligente – offrire la prova di tale fatto, contribuendo alla dimostrazione della sua esistenza. Sarà

⁵⁰ Alla luce, ad esempio di altre circostanze risultanti dagli atti o dell'esito sfavorevole delle prove addotte dalla parte onerata, ovvero della prova successivamente fornita dalla parte che non ha contestato.

⁵¹ Allo stesso modo in cui lo conserverebbe qualora ad esempio il convenuto produca un documento che risulti favorevole all'attore, il quale, invece di smentire, confermi l'esistenza del fatto allegato dallo stesso. In altre parole, rimane oggetto della sua valutazione discrezionale se ritenersi sereno per il comportamento della controparte (e per le conseguenze che allo stesso vengo ascritte dal nuovo art. 115 c.p.c.), ovvero se ritenere di volersi cautelare con una richiesta di ammissione di mezzi istruttori.

poi il giudice, in base all'abituale giudizio di rilevanza, a stabilire se ammettere o meno la prova offerta dalla parte gravata dall'onere, alla luce del – più o meno elevato – grado di incisività sul proprio convincimento che egli avrà ritenuto di riconoscere alla non contestazione.

Detta connotazione legislativa del principio di non contestazione si rivela, nei termini appena esposti, pienamente coerente con il sistema processuale italiano, esaltandone i caratteri e le peculiarità. Sarebbe stata infatti difficilmente compatibile con i canoni fondamentali dell'attuale rito civile, una norma che avesse imposto al giudice di ritenere come *veri*, e quindi di escludere dal *thema probandum*, i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita⁵², in un contesto normativo in cui non vengono at-

⁵² Non si può, tuttavia, non riconoscere che tale soluzione avrebbe portato con sé gli effetti positivi legati alla riduzione e semplificazione del lavoro del giudice, oltre che del procedimento, per quanto attiene allo svolgimento dell'attività istruttoria. In base a questa impostazione, se nessuno dei fatti allegati venisse contestato, non si avrebbe bisogno di provare alcunché e la decisione potrebbe limitarsi ai profili di diritto della controversia. Detto ciò, occorre allo stesso modo riconoscere che le esigenze legate all'economia processuale devono essere temperate con l'attuazione di altri valori (altrettanto importanti) inerenti al processo, quali la giustizia delle decisioni giudiziarie, fondate il più possibile sull'accertamento della verità processuale (e non già *utopisticamente* della c.d. verità materiale o oggettiva, estraneo alla nostra tradizione processualciviltistica, e degno piuttosto della concezione meramente pubblicistica del processo civile) – o quantomeno verosimiglianza – dei fatti rilevanti, che non possono essere sacrificati a priori. Se si accogliesse, infatti, una concezione meramente negoziale della verità processuale (figlia della concezione del processo esclusivamente come "*cosa privata delle parti*"), che attribuisce alle parti – attraverso il meccanismo di allegazione – non contestazione –

tribuite le stesse conseguenze alla contumacia, condotta che concreta la scelta della parte di astenersi da qualsiasi comportamento processuale, ed in cui viene riconosciuta efficacia di prova legale alla confessione giudiziale, cioè esclusivamente ad un'attività posta in essere dalla parte personalmente e non dal suo difensore⁵³, ed in ogni caso solo a seguito di un'espressa indicazione legislativa.

il potere assoluto di stabilire che cosa deve o non deve essere tenuto per vero ai fini della decisione, precludendo al giudice qualsiasi valutazione sul fatto non contestato, si giungerebbe in qualche caso a conseguenze discutibili, come ad esempio quella che si verifica nell'ipotesi in cui il giudice non può prendere in considerazione alcuna prova o altre risultanze istruttorie, neppure quando le stesse dimostrino palesemente la falsità del fatto non contestato, e soprattutto quando tale falsità risulti addirittura dimostrata da una prova legale (si pensi ad esempio ad un atto pubblico). Imporre al giudice di fondare la propria decisione sul postulato della verità del fatto non contestato, sottraendolo così aprioristicamente a qualsiasi verifica probatoria (ed in, senso lato, cognitiva) implica il serio rischio (stimato da una parte della Dottrina addirittura in misura pari al 50 %, cfr. TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. 3/2008, pag. 94) che la decisione della controversia si basi su un'asserzione fattuale per nulla rispondente alla realtà. Sicché non possono non aversi serie perplessità sul fatto che il vantaggio pratico che si otterrebbe, in termini di semplificazione del processo, escludendo il fatto non contestato dal *thema probandum* sia realmente in grado di controbilanciare la perdita, in termini di giustizia della decisione, che deriverebbe dall'assumere come vero un enunciato che, trovandosi potenzialmente in una situazione di incompatibilità e/o contraddizione con le risultanze istruttorie, ha invece buone probabilità di rivelarsi per nulla corrispondente alla verità processuale.

Risulta pertanto non condivisibile, oltre che estranea al nostro sistema processuale, la soluzione che esclude l'assunzione di mezzi di prova ammissibili e rilevanti intorno alla verità o falsità del fatto non contestato, se le parti abbiano comunque dedotto tali prove o il giudice le abbia disposte d'ufficio. Il fatto non contestato, infatti, deve essere effettivamente oggetto di decisione, nel senso che il giudice può (e deve) sempre trarre elementi di convincimento circa la verità o falsità dello stesso, da qualunque fonte di informazione che gli venga fornita nel corso del processo. Sul punto v. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit.

⁵³ Le dichiarazioni aventi contenuto confessorio provenienti dal difensore rilevano come mere ammissioni, ed acquistano, come tali, efficacia di prova liberamente valutabile dal giudice. (Sul punto cfr. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, II,

Con riferimento ai fatti oggetto dell'onere di contestazione, l'ambito di applicazione del principio in esame deve essere limitato ai fatti che l'allegante – sia esso attore o convenuto⁵⁴ – ha

Milano, XX ed, 2009, pag. 257; CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, pagg. 125, 153, 490). Con riguardo all'efficacia probatoria da riconoscere alle ammissioni, si è, in particolare, osservato come le stesse se, da un lato non hanno l'efficacia di piena prova, propria della confessione, dall'altro lato, non si limitano ad invertire l'onere della prova, né a fondare una presunzione, ma offrono un'immediata rappresentazione del fatto oggetto di prova, e sono suscettibili di libera valutazione da parte del giudice (v. DE MARINI, *Ammissione*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, pag. 253).

Gli aspetti relativi all'efficacia probatoria delle ammissioni provenienti dal difensore furono assai dibattuti dalla Dottrina e dalla Giurisprudenza sin dalla vigenza del codice del 1865. Già d'allora la maggior parte degli Autori (fra i tanti cfr. BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, pag. 189 ss.) sosteneva che il verificarsi degli effetti gravi e decisivi propri della confessione presupponesse la piena, diretta ed effettiva volontà del destinatario degli stessi (ossia della parte personalmente). Ma non per questo le ammissioni provenienti dal procuratore (o comunque presenti negli scritti difensivi) venivano considerate prive di effetto processuale, essendo le stesse rimesse al libero apprezzamento del giudice.

Con l'introduzione del codice vigente, l'inidoneità delle dichiarazioni *contra se* – contenute negli scritti difensivi privi della sottoscrizione della parte – ad assumere efficacia confessoria è resa poi evidente dall'art. 229 c.p.c., ai sensi del quale la confessione spontanea può essere contenuta in qualsiasi atto processuale, purché lo stesso sia firmato dalla parte personalmente.

⁵⁴ La nuova norma di cui all'art. 115 c.p.c. è chiara nel riferirsi, per precisa scelta, alla "parte costituita", con ciò attribuendo l'onere contestativo – e tutte le conseguenze che derivano dal suo mancato assolvimento – non solo al convenuto (soggetto tipicamente destinatario dell'obbligo processuale in questione) ma anche all'attore.

L'estensione dell'onere di contestazione anche all'attore era stata d'altronde già riconosciuta anche in alcune pronunce della Cassazione anteriori alla riforma del 2009: cfr. ad esempio Cass. 05 marzo 2003, n. 3245, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, pag. 452, secondo cui "*Il sistema di preclusioni su cui fonda il rito del lavoro (come il rito civile riformato) comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa, evidenziando con chiarezza gli elementi in contestazione; ne consegue che ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto che sia) un onere di allegazione (e di prova), il corretto sviluppo della dialettica processuale impone che l'altra parte prenda posizione in maniera precisa rispetto alle affermazioni della parte onerata, nella prima occasione processuale utile (e perciò nel corso dell'udienza di cui all'art. 420 c.p.c., se non ha potuto farlo nell'atto introduttivo), atteso che il principio di non contestazione, derivando dalla struttura del processo e non soltanto dalla formulazione dell'art. 416 bis c.p.c., è applicabile, ricorrendone i*

l'onere di provare⁵⁵. In altri termini, l'effetto pratico della non contestazione può prodursi solamente rispetto all'allegazione di fatti che spetterebbe alla parte allegante provare.

Qualora infatti l'attore, senza esservi tenuto, allegghi per mero scrupolo difensivo una circostanza negativa non configurante un elemento costitutivo della fattispecie, ma piuttosto la negazione dell'esistenza di un fatto impeditivo o estintivo, la mancata presa di posizione del convenuto con riguardo a tale allegazione non potrà produrre gli effetti propri della non contestazione *ex art. 115 c.p.c.*

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi⁵⁶ in cui l'attore, oltre ad allegare i fatti costitutivi del credito posto a fondamento della propria domanda, asserisce che il convenuto non lo ha pagato (allegando così un fatto che non ha l'onere di provare): in tal caso, la circostanza che il convenuto ometta di contestare il mancato pagamento non gli preclude, in un momento successivo (e addirittura

presupposti, anche con riguardo all'attore, ove oneri di allegazione (e prova) gravino anche sul convenuto". La Dottrina era parimenti giunta alla medesima conclusione, fondando detta equiparazione tra attore e convenuto sul principio di parità delle parti: cfr. RASCIO, *Note brevi sul "principio di non contestazione" (a margine di una importante sentenza)*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2002, IV, pag. 81.

⁵⁵ In questo senso SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, pag. 10.

⁵⁶ Prospettata da BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit.

tura in appello, ai sensi dell'art. 345, secondo comma) di formulare la relativa eccezione (considerato che il pagamento è un fatto estintivo pacificamente rilevabile anche d'ufficio), la cui prova, indipendentemente dall'allegazione non contestata, grava comunque su di lui.

L'eventuale non contestazione dello stesso fatto che la parte aveva l'onere di provare ⁵⁷, e che non ha provato, resta pertanto “assorbita” ⁵⁸ dalle conseguenze proprie della regola di giudizio fondata sull'onere della prova.

In altri termini, ciò che assume rilievo è l'adempimento (o il mancato adempimento) dell'onere della prova, rispetto al quale risulta indifferente la condotta processuale *ex art. 115 c.p.c.* della parte onerata.

Presenta, infine, indubbio interesse l'aspetto relativo ai presupposti ed alle modalità di esercizio dei poteri istruttori d'ufficio al fine di accertare l'esistenza dei fatti non contestati.

In altri termini, si pone il problema di stabilire se il giudice, dinanzi ad un fatto non contestato, può – ed entro quali limiti – dar

⁵⁷ La quale non può, in ogni caso, configurare la rinuncia a provare il fatto non contestato.

⁵⁸ SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., pag. 10.

vita all'istruttoria officiosa al fine di ricercare elementi probatori che confermino (o al contrario smentiscano) l'esistenza dello stesso.

Poiché il nuovo art. 115 c.p.c. attribuisce alla non contestazione efficacia di prova liberamente valutabile (e non già di prova legale)⁵⁹, può ben accadere che il giudice – alla luce del complessivo quadro istruttorio e permanendo lo stato di incertezza – non raggiunga il proprio (pieno) convincimento in ordine ai fatti oggetto di mancata contestazione. In tale ipotesi, il giudice può utilizzare i poteri di impulso probatorio officioso, riconosciutigli dall'attuale sistema processuale⁶⁰, al fine superare il disagio che deriverebbe dall'applicazione meccanicistica e formale della regola di giudizio fondata sull'onere della prova.

Il ricorso ai poteri istruttori d'ufficio – così come la scelta del giudice di non avvalersene – può, tuttavia, indirizzare, in maniera decisiva, il convincimento giudiziale a favore dell'una o

⁵⁹ Il problema non si pone, ovviamente, nell'ambito di quella ricostruzione che esclude il fatto non contestato dal *thema probandum*. E', infatti, evidente che la possibilità per il giudice di fare ricorso a questi poteri è limitata ai soli fatti bisognosi di prova.

⁶⁰ Il riconoscimento al giudice di poteri di ricerca della prova (limitatamente ai fatti allegati dalle parti) non costituisce una lesione del principio dispositivo, né contribuisce ad attribuire al rito civile i caratteri del processo inquisitorio, in quanto il giudice può agire esclusivamente entro i limiti tracciati dalle allegazioni delle parti.

dell'altra parte⁶¹. Ciò fa sorgere l'esigenza di oggettivizzare l'esercizio di tali poteri, potenzialmente idoneo ad alterare gli equilibri processuali⁶². Appare in questo senso condivisibile la soluzione⁶³ che legittima (e addirittura impone⁶⁴) l'utilizzo dei poteri in questione, tuttavia, contestualmente condizionandolo all'esistenza in sede istruttoria di una sorta di principio di prova⁶⁵ (o frammento di prova) in ordine ai medesimi fatti oggetto di attività probatoria d'ufficio, di modo che la stessa si presti all'assolvimento di una funzione esclusivamente integrativa (e non già meramente suppletiva) nell'accertamento dei fatti allegati dalle parti. Orbene, la non contestazione di un fatto allegato⁶⁶, nelle ipotesi in cui si dimostri insufficiente alla determinazione del convincimento giudiziale, potrà assurgere, quantomeno, al

⁶¹ Fermo restando che l'esercizio dei poteri istruttori *ex officio* non dev'essere mai aprioristicamente finalizzato al sostegno di una delle parti, bensì all'accertamento della verità processuale delle allegazioni fattuali.

⁶² Occorre predeterminare in modo chiaro sia i presupposti che il contenuto e le modalità di esercizio di tali poteri, affinché gli stessi, pur avendo natura discrezionale, risultino comunque guidati da criteri oggettivi.

⁶³ Riproposta ultimamente da FABIANI, *Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo*, in www.judicium.it.

⁶⁴ Sul dovere del giudice di esercitare i propri istruttori d'ufficio v. MARENCO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, pag. 133.

⁶⁵ In tema di principio di prova, v. SANTANGELI, *Evoluzioni legislative e giurisprudenziali in materia di introduzione, valutazione e onere della prova e del principio di prova nel processo civile e amministrativo di legittimità*, in *Il diritto delle prove – Atti del convegno di Catania, 21-22 novembre 2008*, Torino, 2009, pag. 19.

⁶⁶ Avendo natura di prova liberamente valutabile, ed essendo rimessa al prudente apprezzamento del giudice.

rango di *semiplena probatio*, idonea a legittimare l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio, preordinati alla ricerca di elementi di prova finalizzati al raggiungimento del convincimento definitivo in ordine all'esistenza (o meno) dei fatti non contestati.

Nel caso in cui invece il giudice non attribuisca alla mancata contestazione alcuna valenza probatoria (nemmeno quindi nei limiti della c.d. *semiplena probatio*), la controversia dovrà essere risolta attraverso l'applicazione della regola dell'onere della prova. Conseguentemente, quando, sulla base degli altri elementi istruttori eventualmente acquisiti al processo, potrà dirsi accertata l'esistenza del fatto non contestato, il giudice accoglierà la domanda dell'allegante, rigettandola invece nell'ipotesi opposta. In questa ipotesi deve, pertanto, ritenersi precluso al giudice – in mancanza di un qualsivoglia principio di prova in tal senso – l'esercizio di poteri istruttori d'ufficio finalizzati a dimostrare l'inesistenza del fatto non contestato, sostituendosi alla parte che non ha adempiuto l'onere di contestazione⁶⁷. Peraltro, la natura

⁶⁷ Il giudice non può sostituirsi alla parte rimasta inerte, la quale, attraverso la mancata contestazione ha offerto al decidente un elemento per valutare – secondo il suo prudente apprezzamento – la sussistenza del fatto non contestato. La non contestazione, quale prova liberamente valutabile, potrà indurre infatti il giudice a ritenere esistente il fatto non contestato, o – al contrario ed alla luce delle altre risultanze istruttorie – a concludere per la sua inesistenza. Soltanto quando la non contesta-

meramente sussidiaria ed integrativa dell'attività istruttoria disposta d'ufficio dal giudice implica che la stessa non potrà essere ordinata quando si sia comunque raggiunta una ricostruzione dei fatti oggetto della controversia sufficientemente certa. I poteri ufficiosi del giudice potranno essere quindi esercitati solo in caso di incertezza circa l'accertamento dei fatti medesimi.

9. SEGUE. I FATTI NEGATIVI

Uno dei problemi centrali della teorica dell'onere della prova è quello relativo alla prova del “fatto negativo”, o “negativamente determinato”.⁶⁸

E' noto, infatti, come il pensiero moderno abbia ereditato dal pensiero medievale⁶⁹ l'idea secondo cui la dimostrazione del fat-

zione si sia mostrata inidonea alla determinazione del pieno convincimento del giudice, lasciandolo nella “c.d. zona grigia”, quest'ultimo potrà attivare i propri poteri istruttori *ex officio*.

⁶⁸ Tra i numerosi casi offerti dal diritto positivo, nei quali sull'attore incombe l'onere della prova di un fatto negativo, si ricordano quello dell'azione di danni per omissioni colpose, nel quale va provato che il convenuto non ha fatto ciò che doveva (artt. 2047 ss. c.c.), e quello della *condictio indebiti*, nel quale si deve provare che ciò che si è pagato non era dovuto (art. 2033 c.c.). Tuttavia, il problema della prova del fatto negativo, oltre a riguardare l'*attore* che allega un fatto costitutivo definito negativamente dalla norma, può riguardare anche il *convenuto*, quando egli contesta l'esistenza del fatto definito positivamente nelle allegazioni dell'attore.

⁶⁹ Anche se viene, talora, attribuito alle fonti romane, in realtà il principio che afferma l'impossibilità e comunque l'inutilità della prova del fatto negativo (“*negativa non sunt probanda*”) si deve ai glossatori, i quali, allo scopo di temperare la regola che vietava al giudice di valutare liberamente l'inattività di chi era onerato

to negativo non può essere, praticamente e logicamente, fornita con la prova diretta, ma soltanto tramite la prova del fatto positivo contrario.

I pregiudizi filosofico-ideologici sottesi a questa impostazione sono stati svelati dalla dottrina contemporanea, la quale, rifiuta, pressoché unanimemente, il principio secondo cui *negativa non sunt probanda*, escludendo, perciò, che esso sia di per se sufficiente ad incidere sulla ripartizione degli oneri probatori o sulla determinazione di ciò che deve essere provato in giudizio⁷⁰. Si ritiene, infatti, che la determinazione negativa del fatto da parte della norma che lo prevede non sia idonea a modificare l'onere della prova che spetta alla parte che lo ha allegato.

In particolare, la prova *diretta* del fatto negativo può essere agevole e non presenta particolari difficoltà quando si tratta di una circostanza specifica ed esattamente individuata. Così ad es. che

della prova, lo elaborarono muovendo dall'idea aristotelico-tomistica secondo cui "*per rerum natura quod affirmatum est, quod negatur non est*".

⁷⁰ Occorre, comunque, precisare che l'idea dell'impossibilità della prova diretta del fatto negativo è ancora presente nella giurisprudenza della Cassazione. Secondo la Suprema Corte, infatti, se per un verso il carattere negativo del fatto da provare non incide sulla ripartizione dell'onere della prova e non ne determina l'inversione; per l'altro, la prova del fatto negativo può essere fornita, però, soltanto mediante presunzioni basate su fatti positivi (anche se non esattamente contrari a quello negativo) dai quali quello negativo può essere desunto. Vedi ad. es. Cass., 20 maggio 1993, n. 5744, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Prova civile in genere*, n. 31; Cass., 10 marzo 1986, n. 1614, in *N.G.C.C.*, 1986, I, pag. 598 ss.

Tizio *non* abbia fatto una certa dichiarazione a Caio in una determinata situazione è dimostrabile se un teste era presente a quella situazione e afferma che quella dichiarazione non è stata resa, ovvero se esiste un documento che si suppone riproduca tutte le dichiarazioni rese in quella situazione, e che tuttavia non contiene la dichiarazione di cui si discute. Analogamente, l'assenza di Tizio da un certo luogo in un certo momento può essere confermata da un teste presente in quel luogo e in quel momento.

In questi casi, tuttavia, se non si dispone di una prova rappresentativa diretta, la dimostrazione del fatto negativo può essere fornita *indirettamente*, facendo ricorso al meccanismo logico dell'alibi, ossia tramite la prova di un fatto positivo *diverso, incompatibile* con l'esistenza del fatto che si nega: in questo modo risulta provata la negazione del fatto (il c.d. "fatto negativo") e la fondatezza della tesi che presuppone tale negazione. Ad. es. se l'assenza di Tizio dal luogo L nel momento T non può essere dimostrata direttamente, potrà essere provata indirettamente dimostrando che Tizio nello stesso tempo era nel luogo P. Ai fini della prova, dunque, il fatto negativo non è altro che la conseguenza

logica della dimostrazione di un fatto positivo incompatibile con l'esistenza del fatto negato.

Il problema della prova del fatto negativo diventa, invece, più complesso quando diventano più vaghe e *indeterminate* le sue coordinate spazio-temporali, quando cioè la negazione, nella quale il fatto consiste, ha carattere (più o meno) *assoluto*, con riferimento al tempo, al luogo, alle persone o ad altre modalità del fatto. Ad es. Tizio non è *mai* stato in quel luogo, Tizio non ha *mai* svolto una certa attività ecc.

E' intuitivo, infatti, come sia estremamente *difficile* e talvolta anche *impossibile* fornire la prova diretta o indiretta dell'esistenza della negazione *indeterminata*, in quanto occorrerebbe fornire un numero *logicamente infinito* di prove per dimostrare che mai, o in nessun luogo, o con riferimento a nessuno, si verificato un certo fatto.

Al riguardo, non solo non si può realmente configurare una prova testimoniale attendibile (ad es. So che Tizio non hai *mai* detto..., So che Tizio non hai *mai* fatto...), ne tanto meno qualche tipo di prova documentale; ma è altresì, assai improbabile che funzioni la tecnica dell'alibi, poiché non è facile immaginare fatti incom-

patibili con fatti indeterminati nel tempo e/o nello spazio, se non in termini di generica e non rigorosa approssimazione.

Appare, pertanto, condivisibile la soluzione seguita dalla dottrina⁷¹ e dalla giurisprudenza⁷² prevalente secondo cui, in questi casi, occorre porre in essere una parziale *attenuazione* dell'onere probatorio.

Già Matteo Pescatore⁷³ osservava, infatti, che solo nelle c.d. negative determinate la prova può essere relativamente facile, mentre essa è di gran lunga più difficile nelle c.d. negative indeterminate, e soprattutto in questo secondo caso suggeriva di *alleggerire* l'onere della prova per mezzo di presunzioni fondate sulla “ragione di civile convivenza”.

Si ritiene perciò sufficiente – affinché l'onere della prova possa dirsi adempiuto – la prova di alcuni fatti indiziari dai quali il giudice, in via presuntiva, possa desumere la probabilità o la verosimiglianza del fatto negativo indeterminato.

⁷¹ Vedi ad es. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pag. 748 ss; PATTI, *Prove: disposizioni generali* (Artt. 2697-2698), cit., pag. 52 ss.

⁷² Vedi ad es. Cass., 13 febbraio 1998, n. 1557; Cass., 20 maggio 1993, n. 5744; Cass., 23 dicembre 1991, n. 13872; Cass., 28 novembre 1992, n. 12746).

⁷³ PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, 1883, pag. 100 e ss.

Sarà poi onere delle controparte dimostrare l'esistenza di un *fatto positivo incompatibile con il fatto negativo*, ossia, provare che anche *in un'unica occasione o in un solo luogo o con riferimento ad una sola persona* si è verificato un fatto incompatibile con il fatto negativo indeterminato. Ad es. è falso che Tizio non sia mai stato nel luogo L se si dimostra che *talvolta* vi è stato; è falso che Tizio non sia proprietario di alcun fondo in alcun luogo, se si dimostra che è proprietario di un fondo nel luogo L, e così via.⁷⁴

In sostanza, quindi, allorché il fatto negativo è indeterminato, occorrerà prendere atto dell'impossibilità di fornire la prova della sua esistenza e ribaltare il problema, puntando ad ottenere una conoscenza empirica di esso tramite la prova della sua eventuale inesistenza, e perciò della *falsità* dell'enunciato che lo esprime.

...ED IL FONDAMENTO LOGICO E LA *RATIO* DELLA REGOLA DI GIUDIZIO.

Occorre, peraltro, considerare, tuttavia, che il problema della prova del fatto negativo non ricorre soltanto quando la determi-

⁷⁴ LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, pag. 265; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, in *TRATTATO di diritto civile e commerciale*. Vol. III, Tomo 2, sez. 1, Milano, 1992, pag. 116 ss.

nazione negativa del fatto è esplicitata nelle affermazioni delle parti⁷⁵, ma costituisce un problema di ordine generale, perché la determinazione negativa del fatto, anche quando non scaturisce dalla configurazione della fattispecie giuridica o dalle contestazioni delle parti, emerge necessariamente dalla struttura logica del giudizio di fatto che, implica necessariamente, al di là del concreto atteggiamento dei contendenti, due determinazioni alternative del fatto, in rapporto di contraddizione tra loro: l'una *affermativa*, consistente nell'allegazione, ad opera di una delle parti, dell'esistenza del fatto (principale) da provare, ancorché negativamente definito; l'altra *negativa*, assertiva dell'inesistenza del fatto allegato.

Queste due ipotesi contraddittorie, nelle quali si articola la logica giudiziale, non sono tuttavia equivalenti tra di loro, giacché l'ipotesi affermativa ha un contenuto fattuale strutturalmente diverso da quello dell'ipotesi negativa. L'ipotesi negativa, infatti, in quanto tale, è *indeterminata*, perché abbraccia logicamente tutto il campo delle possibili ipotesi incompatibili con l'ipotesi affermativa, esplicitate o meno che siano; l'ipotesi affermativa, in-

⁷⁵ Di tale avviso invece, TARUFFO, ult. op.cit., pag. 116 ss.

vece, è *determinata*, perché si può affermare qualcosa soltanto non affermando il tutto, ma delineando all'interno di questo uno o più fatti empirici particolari.

Proprio considerando il diverso contenuto della *determinazione* di ciascuna delle ipotesi contraddittorie, è possibile cogliere come la regola di giudizio, nel richiedere che sia fornita la prova dell'ipotesi affermativa, piuttosto che di quella negativa, risponde per un verso a criteri di giustizia distributiva, per l'altro alla logica della probabilità.

Sotto il primo profilo può osservarsi che, dinanzi alle difficoltà di provare il fatto negativo più o meno indeterminato, porre il rischio di soccombenza per mancata prova – così come fa la norma dell'art. 2697 c.c. – a carico della parte che allega l'ipotesi affermativa (attore o convenuto eccipiente), a carico della parte cioè che allega l'ipotesi più *determinata* e, quindi, più agevole da provare, significa richiedere la prova alla parte che si trova *normalmente* nelle condizioni migliori per procurarsene la disponibilità e offrirla⁷⁶; significa osservare il principio della “pretendi-

⁷⁶ Così CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1957, pag. 375, secondo il quale il criterio seguito dalla legge per distribuire tra le parti l'onere della prova è «un criterio suggerito da una regola di esperienza, poiché qua-

bilità della prova”, garantendo, per un verso, l’effettività del diritto di difesa dell’*avversario-negante*, altrimenti posto in pericolo ove a quest’ultimo fosse richiesta la *probatio diabolica* dell’ipotesi negativa; e favorendo, per l’altro, grazie ad una più agevole acquisizione probatoria, la stessa ricerca della verità nel processo.

Ma è importante soprattutto osservare che la preferenza che, in mancanza di prove, la regola di giudizio accorda all’ipotesi negativa, trova fondamento anche nell’*id quod plerumque accidit*, come hanno mostrato gli studi epistemologici sulla probabilità.

Come è noto, l’idea tradizionale che la *ratio* della regola dell’onere della prova sia da ricercare nell’*id quod plerumque accidit*⁷⁷ è stata talora oggetto di esasperazioni da parte di talune dottrine che hanno inquadrato la regola di giudizio tra le figure probatorie, riconducendola talvolta allo schema della prova legale⁷⁸, talaltra a quello della “presunzione legale” *iuris tantum*⁷⁹.

si sempre colui a favore del quale un fatto costituisce la base di una pretesa e di una eccezione, si procura la disponibilità dei mezzi necessari per dimostrarlo».

⁷⁷ PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., pag. 106, che parla di “*probabilità naturale e (...) generale verosimiglianza*”.

⁷⁸ Sulla natura di prova legale delle regole di ripartizione dell’onere della prova, cfr. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità, Contributo alla teoria dell’utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Parte I - I principi*, Milano, 1974, pag. 174; ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937.

A tal riguardo, a parte l'improprietà⁸⁰ di inquadrare nella figura della prova legale una regola, come quella dell'onere della prova, che, anziché predeterminare l'attendibilità di taluni mezzi di prova, viene invece chiamata ad operare quando mancano prove sufficienti⁸¹; o di collocare la regola di giudizio tra le presunzioni legali, quando non è possibile instaurare alcuna inferenza da un "fatto noto" verso un "fatto ignoto"⁸²; giustamente è stato osservato, in senso critico, che l'inquadramento della regola di giudizio tra le figure probatorie può giustificarsi soltanto ove si pre-

⁷⁹ In tal senso soprattutto, PESCATORE, ult. op. cit. pag. 100 e ss.

⁸⁰ Rilevata da LOMBARDO, ult. op. cit., pag. 282.

⁸¹ Secondo MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pag. 193, la teoria che vede nella regola di giudizio una regola di prova legale sarebbe invece da respingere, perché le due *figurae iuris* si collocherebbero in fasi processuali distinte, in quanto "la prova legale (...) concerne il momento della formazione del convincimento del giudice (...) La regola dell'onere della prova esplica invece i suoi effetti tipici quando oramai la fase probatoria si è chiusa negativamente", ciò perché, secondo l'Autore, la regola di giudizio "importa direttamente l'accoglimento od il rigetto della domanda, mentre la fattispecie, fissata in virtù di una prova legale, deve essere poi sussunta ad un'altra norma giuridica".

La distinzione tra regole probatorie e regole di giudizio nei termini tracciati dal Micheli presenta alcuni margini di incertezza, giacché – come ha osservato CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, cit., pag. 177 – da un lato "anche le regole probatorie, in quanto disciplinano non il modo dell'esperimento ma il preciso valore della prova, sono, nel senso voluto dal predetto Autore, regole di *giudizio*, ossia esplicano i loro «effetti tipici quando oramai la fase probatoria si è chiusa», «influiscono cioè immediatamente sul contenuto della decisione»; dall'altro, allo stesso modo delle regole probatorie, anche le regole sull'onere della prova influiscono sul giudizio soltanto *mediamente*, "perché esse non tanto dispongono che abbia a *soccombere* colui il quale non adempia al suo proprio *onus probandi*, sibbene soltanto che sia tenuto per non vero il fatto non provato, onde la soccombenza deriverà in via mediata, sulla base della sussunzione ad un'altra norma giuridica della fattispecie, nella quale rientrerà appunto anche il fatto consistente nella negazione del fatto rimasto privo di prova".

⁸² CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., pag. 791.

supponga che il giudice, anche nel caso di mancata prova, accerti i fatti posti a base della decisione. Tale configurazione della decisione giudiziale, però, non corrisponde al contenuto della sentenza pronunciata facendo ricorso alla regola dell'onere della prova, perché⁸³ il giudice che pronuncia sul fatto rimasto incerto, non *deve* presumere inesistenti i fatti non provati, ma semplicemente non *può* considerare esistenti i medesimi⁸⁴.

Questa critica coglie nel segno e risulta certamente conclusiva nel dimostrare l'impossibilità di inquadrare la regola di giudizio tra le figure probatorie; essa, tuttavia, non preclude la possibilità di individuare una corrispondenza tra la decisione sul fatto imposta da tale regola e l'*id quod plerumque accidit*.

E' noto che, sul piano della logica giudiziale, la dottrina giuridica distingue la verosimiglianza dalla probabilità⁸⁵. Entrambe si collocano all'interno dell'*id quod plerumque accidit* e si fondano sulle massime d'esperienza da esso ricavate; tuttavia, la verosi-

⁸³ V. Cap. I, § 1.

⁸⁴ Cfr. VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 119; ROSENBERG, *Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*, cit., pag. 166. Secondo quest'ultimo Autore; "La libera valutazione e l'onere della prova dominano su due territori che sono bensì adiacenti, ma nettamente divisi l'uno dall'altro da linee di divisione marcate (...), dove finisce il regno della libera valutazione, comincia il dominio dell'onere della prova; quando il giudice ha percorso il primo senza trovar la sentenza, l'onere della prova gli offre ciò che la libera valutazione della prova gli ha negato."

⁸⁵ In tema di verosimiglianza e probabilità, v. *infra*, Cap. IV.

miglianza viene ritenuta dal giudice *in astratto* sulla base dell'*allegazione* del fatto, prescinde cioè dall'esistenza di qualsiasi elemento empirico in grado di darne conferma, e caratterizza l'asserzione fattuale che deve essere ancora verificata (equivale perciò alla mera *normalità*); la probabilità, invece, viene accertata dal giudice *in concreto*, sulla base delle *prove* di cui dispone, ed è propria dell'asserzione fattuale che è stata confermata da specifici elementi di prova.

Questa distinzione corrisponde a quella, enucleata dai filosofi della scienza, tra “probabilità assoluta” (o logica, o *a priori*) e “probabilità relativa” (o empirica, o *a posteriori*) di un'ipotesi; ossia, tra la probabilità che considera l'ipotesi in sé stessa, senza alcun rapporto con gli elementi empirici, e quella che invece considera l'ipotesi in rapporto agli elementi empirici e al grado di conferma (o corroborazione) che da essi può ricevere⁸⁶. E' chiaro, infatti, che la nozione di probabilità assoluta corrisponde a ciò che la processualistica denomina verosimiglianza, mentre la nozione di probabilità relativa corrisponde alla probabilità *tout*

⁸⁶ Per la distinzione tra “probabilità assoluta” e “grado di corroborazione” (o probabilità relativa) dell'ipotesi, cfr. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Milano 1995, pagg. 296 e 406.

court di una asserzione fattuale desunta dagli elementi di prova appositamente acquisiti.

Ora, è stato mostrato da Popper che la “probabilità assoluta” di un’ipotesi è *inversamente proporzionale* rispetto al contenuto empirico dell’ipotesi stessa. Infatti, all’aumento del contenuto empirico dell’ipotesi corrisponde la *diminuzione* della sua probabilità assoluta, mentre tale probabilità cresce se è minore il contenuto empirico dell’ipotesi⁸⁷. Ne deriva che l’ipotesi fattuale maggiormente determinata risulta quella meno probabile in senso assoluto, mentre l’ipotesi più indeterminata è quella che ha maggiore probabilità di corrispondere alla realtà.⁸⁸

⁸⁷ POPPER, *Verità, razionalità e accrescersi della conoscenza scientifica*, Bologna, 1972, pag. 374 e ss., che scrive: “(...) aumentando il contenuto [dell’asserzione fattuale], la probabilità decresce, e viceversa; o, in altre parole, il contenuto aumenta con l’aumentare dell’improbabilità. (...) Se dunque il nostro scopo è l’avanzamento o l’accrescersi della conoscenza, un’alta probabilità (nel senso di calcolo della probabilità) non può essere parimenti il nostro proposito: *questi due propositi sono incompatibili* (...) Se miriamo ad un elevato contenuto informativo (...) dobbiamo riconoscere che miriamo anche ad una bassa probabilità”, ossia ad una probabilità di falsificazione, perciò, “la probabilità assoluta di un asserto *a* è semplicemente il grado della sua debolezza logica, o mancanza di contenuto informativo”.

⁸⁸ A riprova della fondatezza della teoria popperiana della probabilità, si può addurre il seguente esempio, tratto dall’esperienza giudiziaria. Se Tizio è stato rinvenuto cadavere, l’enunciato “Tizio è morto” è altamente probabile essendo dotato di scarso contenuto informativo e la prova di esso risulterà relativamente facile da reperire; al limite, una prova può non essere neppure necessaria, quando, ricorrendone i presupposti, il fatto possa qualificarsi “notorio” (ad es., la morte di un capo di Stato). Mano a mano che, però, che cresce il contenuto dell’enunciato e vengono precisati i contorni del fatto, ossia il tempo, il luogo, le modalità dell’azione, etc. (ad es. “Tizio è stato ucciso”; “è stato colpito da un proiettile esploso da un arma da fuoco”; “l’arma utilizzata è una pistola”; “il delitto risale all’ora *x* del giorno *y*”),

Applicando questo principio alla logica giudiziale, si ricava che, in assenza di prove, l'ipotesi affermativa – quella cioè che contiene la *determinazione* del fatto costitutivo o del fatto impeditivo, modificativo o estintivo – è astrattamente meno probabile (in senso assoluto) rispetto all'ipotesi negativa; questa, al contrario, essendo dotata di minor contenuto assertivo fattuale, risulta maggiormente probabile rispetto alla prima.

La diversa *probabilità logica* delle due ipotesi fattuali contrapposte consente di portare alla luce la legge della probabilità che è sottesa alla regola di giudizio. Questa regola, in assenza di prove sufficienti, impone al giudice di respingere l'ipotesi affermativa, l'ipotesi cioè più determinata e, per ciò stesso, meno probabile in senso assoluto, e – correlativamente – di sancire la prevalenza dell'ipotesi negativa, che è più indeterminata (*rectius*, dotata di minore contenuto fattuale), ma è più probabile in senso assoluto rispetto alla prima.

In definitiva, in assenza di prove, la regola di giudizio indirizza la scelta del giudice in favore dell'ipotesi più verosimile, che corrisponde cioè, all'*id quod plerumque accidit*.

diminuisce la probabilità assoluta dell'ipotesi, perché, dettagliando il suo contenuto, essa si espone al rischio di essere smentita a mezzo delle prove (*falsificazione*).

Ciò non significa che la verosimiglianza, la probabilità in senso assoluto dei fatti, sia adottata, talvolta, dal legislatore come *ratio* ispiratrice delle regole giuridiche da esso dettate. E' ovvio, infatti, che la discrezionalità legislativa non tollera di essere costretta all'osservanza di criteri di ordine probabilistico, empiristico, ispirandosi essa essenzialmente a criteri di mera opportunità e ad apprezzamenti di valore.

La solare evidenza di tale rilievo non esclude, di per sé, tuttavia, che, pur nell'inconsapevolezza del legislatore e dello stesso giudice che applica il precetto da quello posto, la regola di giudizio dettata dall'art. 2697 c.c., essendo essenzialmente una regola di logica, nell'imporre al giudice, in mancanza di prove, di respingere l'ipotesi fattuale affermativa e di adottare quella negativa, si conformi al criterio dell'*id quod plerumque accidit* e indirizzi il giudice verso la decisione sul fatto *aprioristicamente più probabile*, ossia più verosimile.

10. REGOLE PARTICOLARI SULL'ONERE DELLA PROVA E PRESUNZIONI LEGALI

La regola fondamentale, sancita dall'art. 2697, secondo cui l'attore deve provare il fatto costitutivo del diritto fatto valere, e il convenuto deve provare i fatti che fondano le sue eccezioni, non si applica sempre in modo chiaro e rigoroso. Esistono, infatti, numerose fattispecie nelle quali – per ragioni e con modalità diverse – questa regola subisce deroghe e modificazioni.

Talvolta si tratta di *inversioni* degli oneri probatori, perché le posizioni delle parti si ribaltano in modo tale che tocca all'una provare ciò che dovrebbe essere provato dall'altra.

Più spesso si tratta di *modificazioni* o *attenuazioni*, in quanto accade che ad una parte non si richieda di provare tutto ciò che ad essa spetterebbe di provare: si verifica, in tal caso, una specie di *relevatio ab onere probandi* da cui può derivare o non derivare, a seconda dei casi, un aggravamento dell'onere probatorio che spetta alla controparte.

Ciò che suscita maggiore interesse, e che dunque occorre approfondire, non è tuttavia l'analisi della tipologia astratta delle variazioni che possono investire la regola dell'onere della prova, quanto l'esame delle tecniche e delle modalità che vengono im-

piegate per introdurre deviazioni, variazioni ed adattamenti del principio fondamentale.

Accade non di rado che specifiche norme di legge affermino che un determinato fatto “si presume”, sancendo in questo modo una presunzione legale. Un esempio è offerto dall’art. 1147, comma 3, c.c.⁸⁹ a proposito della buona fede nel possesso, ma è noto che le presunzioni legali sono assai numerose in molte aree dell’ordinamento.⁹⁰

L’effetto tipico della presunzione legale è di invertire l’assetto degli oneri probatori tra le parti, che esisterebbe se la presunzione non fosse prevista e si dovesse quindi applicare la regola generale di cui all’art. 2697.

⁸⁹ Il quale dispone che *“La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell’acquisto”*.

⁹⁰ Si pensi ad esempio alla presunzione di: commorienza (art. 4 c.c.); comunione tra i coniugi (art. 195 c.c.); concepimento durante il matrimonio (art. 232 c.c.); interposizione di persona nelle disposizioni testamentarie (art. 599 c.c.); revoca del testamento olografo (art. 684 c.c.); sostituzione testamentaria (art. 688 c.c.); comunione del muro divisorio (art. 880 c.c.); proprietà esclusiva del muro divisorio (art. 881 c.c.); comunione di fossi, siepi ed alberi (artt. 897, 898, 899 c.c.); uguaglianza delle quote dei partecipanti alla comunione (art. 1101 c.c.); possesso intermedio (art. 1142 c.c.) e anteriore (art. 1143 c.c.); termine per l’adempimento (art. 1184 c.c.); pagamento anche degli interessi, in caso di rilascio di quietanza per il capitale (art. 1199 c.c.); conoscenza da parte del destinatario della proposta di contratto, dell’accettazione e della loro revoca (art. 1335 c.c.); vendita a prova (art. 1521 c.c.); caso fortuito nel contratto di trasporto (art. 1694 c.c.); onerosità del mandato (art. 1709 c.c.); gratuità del deposito (art. 1767 c.c.); uguale concorso nella produzione del danno, nel caso di scontro tra veicoli (art. 2054, comma 2, c.c.); conferimenti dei soci nella società semplice (art. 2253 c.c.); conformità tra l’originale e la riproduzione del telegramma (art. 2706 c.c.).

La presunzione opera mediante una *relevatio ab onere probandi* in favore della parte che invoca il fatto presunto: questo fatto deve essere considerato dal giudice come se fosse vero, e quindi la parte che lo allega non ha bisogno di fornirne la prova. Ad essa basterà far valere la norma per la quale quel fatto si presume, al fine di invocare le conseguenze giuridiche favorevoli che discendono da quel fatto.

Le presunzioni legali vengono distinte in presunzioni *iuris et de iure* (o assolute) e presunzioni *iuris tantum* (o relative).⁹¹

Le presunzioni *assolute* sono incontestabili, vincolanti e non ammettono prova contraria. L'opinione generalmente accolta è peraltro che esse non regolino in realtà fenomeni probatori, ma siano dirette a disciplinare la fattispecie sostanziale. Si tratterebbe, in altri termini, di uno strumento “del quale il legislatore, per particolari ragioni, si avvale al fine di dare una determinata disciplina ad un rapporto giuridico o ad uno *status*, specificando talora la regola di esperienza su cui la stessa è fondata”⁹². E' certo comunque che le presunzioni assolute eliminano la necessità di

⁹¹ L'ordinamento tedesco distingue tra *unwiderlegbaren* e *widerlegbaren Vermutungen*.

⁹² VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 220.

provare il fatto presunto e precludono la possibilità di provare che esso non si è verificato. Esse non provocano, dunque, alcuna inversione degli oneri probatori.

Una classica ipotesi di presunzione legale assoluta è quella prevista dall'art. 232 c.c.⁹³ (presunzione di concepimento durante il matrimonio), essendo esclusa ogni prova tesa a dimostrare che il figlio, pur nato nel periodo indicato dalla norma, in realtà non venne concepito durante il matrimonio.⁹⁴

⁹³ Il quale dispone che “Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento della cessazione degli effetti civili del matrimonio./La presunzione non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente”.

⁹⁴ Un altro esempio significativo di presunzione legale assoluta è, poi, ravvisabile nella fattispecie prevista dall'art. 599 c.c., il quale dopo aver sancito la nullità delle disposizioni testamentarie a vantaggio delle persone incapaci a succedere anche se fatte a nome di interposta persona, dispone che si *considerano* persone interposte i genitori, i discendenti ed il coniuge della persona incapace. Viene, così, esclusa la prova di qualsiasi fatto tendente a dimostrare che nel singolo caso la disposizione testamentaria diretta al parente non era a vantaggio del soggetto incapace a succedere.

Presunzioni legali assolute vengono inoltre sancite dall’:

- art 1 della legge n. 1369 del 1960 (“*Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi*”), il quale dopo aver disposto il divieto di affidare “in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l’esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono”, afferma che si *considera* (senza la possibilità di fornire la prova contraria: Cass., 27 gennaio 2005, n.1676) appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto, anche per esecuzione di opere o servizi, in cui l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite

L'inversione dell'onere della prova è invece l'effetto tipico delle presunzioni legali relative, in quanto esse ammettono la prova contraria del fatto presunto⁹⁵. Poiché la presunzione elimina la necessità di provare il fatto per la parte che lo allega, lo spostamento dell'onere probatorio si verifica in quanto sarà l'altra parte a dover dimostrare il contrario, se vuole evitare la vittoria della parte che si giova della presunzione. In realtà, sotto il profilo oggettivo la distribuzione degli oneri probatori fra le parti non viene modificata dalla presunzione: la parte contro la quale essa opera deve ugualmente provare il contrario, così come accadrebbe se la presunzione non esistesse e la parte che allega il fatto ne fornisse la prova positiva. Ciò che muta è il normale andamento dell'onere della prova tra le parti sul piano dell'attualità: mentre, normalmente, il c.d. onere della prova contraria non è attuale *ab*

dall'appaltante, anche quando per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante;

- art. 69 del d.lgs. n. 276 del 2006 (*“Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30”*), il quale dispone che “I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esito (...) sono *considerati* rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto”.

⁹⁵La prova contraria (che può consistere anche in una presunzione semplice: Cass., 27 ottobre 1998, n. 10681) può riguardare oltre che il fatto oggetto della presunzione (ad es. la mala fede nel possesso) anche un fatto impeditivo rispetto agli effetti costitutivi del fatto presunto (ad. es. la prova dell'incolpevole impossibilità di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c.).

initio, ma diviene tale solo in caso di positivo esito della prova principale; nel caso di presunzione legale relativa, l'onere della prova contraria da parte del convenuto è attuale *ab initio*, giacché la parte che allega il fatto presunto fruisce di una *relevatio ab onere probandi*.

Il meccanismo essenziale della presunzione legale relativa consiste, dunque, nella *relevatio ab onere probandi* di cui fruisce la parte che allega il fatto presunto, e nell'ulteriore conseguenza per cui questa parte non corre il rischio della mancata prova di quel fatto, essendo destinata a vincere qualora la controparte non riesca a provare il contrario.

Le presunzioni relative vengono tradizionalmente distinte in presunzioni *proprie* e presunzioni *improprie* o “verità interinali” (c.d. inversioni dell'onere della prova), a seconda che, per poter operare, presuppongano che sia fornita la prova di un fatto secondario (fatto indiziante) ovvero ne prescindano⁹⁶. La presunzione relativa *propria* consiste in una *agevolazione* della prova, perché l'effetto probatorio previsto dalla legge si verifica a con-

⁹⁶ La dottrina germanica, soprattutto Rosenberg, contrappone la presunzione pura (*echte Vermutung*) a quella che non è tale (*unechte Vermutung*), perché priva di presupposto (*voraussetzungslos*) o di base (*Vermutungsbasis*).

dizione che venga provato un fatto diverso e più agevole da dimostrare (c.d. “fatto secondario”), dal quale la legge desume l’esistenza del “fatto principale” presunto (così, ad es., la presunzione legale di paternità prevista dagli art. 231 c.c. opera a condizione che sia dimostrata l’esistenza del matrimonio⁹⁷). La *verità interinale*, o inversione dell’onere della prova, consiste invece in un vero e proprio *esonero* dalla prova, perché la legge impone al giudice di considerare senz’altro provato un fatto finché non venga data la prova del contrario, senza muovere da alcun fatto secondario (così, ad es., nel caso della c.d. presunzione di buona fede nel possesso sancita dall’art. 1147, comma 2, c.c.).

Le presunzioni *iuris tantum* non vanno confuse con le “norme particolari” che ripartiscono l’onere della prova, spesso discostandosi dalla regola generale posta dall’art. 2697. Infatti, mentre nel caso della (mera) ripartizione dell’onere, la conseguenza della mancata prova consiste nel rigetto della domanda o dell’eccezione, e quindi nel mantenimento dello *status quo*; nel

⁹⁷ Allo stesso modo chi vuol giovare della presunzione di possesso intermedio ex art. 1142, dovrà prima provare il possesso attuale e remoto; e chi vuol trarre vantaggio dalla presunzione di conoscenza della proposta di contratto, dell’accettazione, della loro revoca e di ogni altra dichiarazione diretta ad una determinata persona (art. 1335 c.c.), dovrà provare che questa è giunta all’indirizzo del destinatario.

caso della presunzione *iuris tantum*, la conseguenza della mancata prova contraria alla presunzione consiste nel accoglimento della domanda o dell'eccezione proposta dalla parte che ha allegato il fatto presunto.

La figura della presunzione *iuris tantum* non va, inoltre, confusa con la presunzione-illazione, legislativa o giudiziale, disciplinata dall'art. 2727 c.c., che muove da un fatto noto per giungere ad un fatto ignoto.

Questa confusione fra la presunzione-illazione e la presunzione-regola probatoria deriva da una superata concezione della presunzione legale relativa come particolare tipo di illazione legislativa, e quindi come giudizio logico fondato sul calcolo delle probabilità. Questo insegnamento tendeva, perciò, a considerare la presunzione legale relativa come un vero e proprio mezzo di prova, analogo alla presunzione semplice, e non come uno strumento per designare la parte onerata della prova. Decisiva in senso contrario è la nota obiezione secondo cui la presunzione legale relativa non può considerarsi un mezzo di prova poiché non riguarda il convincimento del giudice, ma determina il suo dovere di ripartire in un determinato modo l'onere probatorio.

Le ragioni per cui la legge prevede presunzioni legali relative sono diverse da caso a caso, ma di frequente esse risalgono alla volontà di favorire la situazione processuale di una parte rispetto a quella dell'altra.⁹⁸ Talvolta la presunzione viene introdotta perché la prova dettagliata e specifica di un fatto appare molto difficile o impossibile⁹⁹. Altre volte la presunzione corrisponde al normale o più probabile andamento delle cose, ed opera nel senso di far sì che si debba fornire la prova del fatto che costituisce un'eccezione rispetto alla normalità¹⁰⁰. L'ipotesi più frequente è tuttavia quella in cui il legislatore interviene a modificare l'ordinaria distribuzione degli oneri probatori al fine di favorire la posizione di una parte, rendendo ad essa più agevole l'esercizio del proprio

⁹⁸ In generale, la manipolazione degli oneri probatori si spiega con ragioni attinenti all'allocazione di interessi e vantaggi sociali ed economici.

⁹⁹ Ad es., il terzo estraneo alla sfera di organizzazione di un'attività pericolosa può trovare difficoltà insuperabili nella prova che non siano state adottate tutte le misure idonee ad evitare l'incidente del quale sia rimasto vittima: di qui la presunzione di responsabilità prevista dall'art. 2050 c.c.

¹⁰⁰ Vedi ad es. l'art. 684 c.c., ai sensi del quale "il testamento olografo distrutto, lacerato o cancellato, in tutto o in parte, si *considera* (sulla base di un criterio di verosimiglianza logico-giuridica) in tutto o in parte revocato, *a meno che* si provi che fu distrutto, lacerato o cancellato da persona diversa dal testatore, ovvero si provi che il testatore non ebbe l'intenzione di revocarlo (circostanze meno probabili)".

Lo stesso può dirsi a proposito delle presunzioni previste negli artt. 881 c.c. (presunzione di proprietà esclusiva del muro divisorio nell'ipotesi in cui esiste un piovente); 897, comma 2, c.c. (presunzione di proprietà esclusiva del fosso se esistono scoli o spurghi); 898, comma 2, c.c. (presunzione di appartenenza della siepe al proprietario del fondo recintato); 1199, comma 2, c.c. (presunzione pagamento anche degli interessi, in caso di rilascio di quietanza per il capitale); 2706 c.c. (presunzione di conformità tra l'originale e la riproduzione del telegramma).

diritto. Una *ratio* di questo genere è evidente ad es. con riguardo alle presunzioni legali previste in favore del lavoratore che impugna il licenziamento, o in favore della lavoratrice che agisce contro una discriminazione.¹⁰¹ Una *ratio* analoga sta inoltre alla base delle presunzioni legali stabilite in favore di chi ha diritto al risarcimento dei danni (danneggiato), o all'acquirente di prodotti difettosi.¹⁰² Analoghi meccanismi vengono talvolta impiegati anche in favore di chi chiede il risarcimento di danni provocati da inquinamento o derivanti da responsabilità professionale.

Molto spesso, dunque, la presunzione relativa opera come uno strumento inteso a rafforzare la tutela di una parte rendendo più agevole la sua posizione processuale: la tecnica che il legislatore impiega a questo scopo consiste appunto nella riduzione o

¹⁰¹ L'art. 4, punto 5, della legge 10 aprile 1991 n. 125 in materia di «azioni positive» a tutela della parità sul luogo di lavoro, pone, infatti, in capo al datore di lavoro l'onere di provare l'inesistenza della discriminazione, quando la lavoratrice ricorrente fornisca elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, alla progressione di carriera e ai licenziamenti, che siano idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione dell'esistenza di atti e comportamenti discriminatori.

¹⁰² L'art. 8 del d.p.r. 27 maggio 1988, n. 224 – contenente le norme di attuazione della direttiva del Consiglio delle Comunità europee 25 luglio 1985, n. 374, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi – stabilisce, infatti, che il danneggiato ha l'onere di provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno, ma non la colpa del produttore (che, vertendosi in materia di responsabilità extracontrattuale, avrebbe dovuto, alla luce della regola di cui all'art. 2967 c.c., essere provata dal danneggiato). Sarà, invece, il produttore a dover provare di essere esente da colpa.

nell'eliminazione degli oneri probatori che a tale parte spetterebbero secondo i criteri generali, ma che renderebbero difficile la tutela effettiva dei suoi diritti.

A tal riguardo è stato, tuttavia, osservato che, soprattutto in materia di controversie di lavoro, può ravvisarsi il concreto pericolo che la ripartizione legale degli oneri (e conseguentemente dei rischi) probatori prescinda dall'effettiva possibilità della parte onerata di fornire la prova. In particolare, con riguardo a talune norme che prevedono un'inversione degli oneri probatori e che, esonerando una parte dalla prova del fatto positivo da essa allegato, addossano sull'altra l'onere di provare il fatto negativo contrario, è stato posto in luce¹⁰³ come esse, pur risultando dettate da *scelte ideologiche* più o meno comprensibili tese a favorire la parte del rapporto sostanziale ritenuta più debole (il lavoratore), non tengono conto, tuttavia, della difficoltà di reperimento della prova in cui può venirsi a trovare la parte onerata, la quale è po-

¹⁰³ Da LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit., pag. 282.

sta, talvolta, nella necessità di dover fornire una prova impossibile o comunque di estrema difficoltà.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Vedi ad es. l'art. 4, punto 5, della legge 10 aprile 1991 n. 125, che attribuisce al datore di lavoro convenuto l'onere di provare che la discriminazione della lavoratrice attrice non si è verificata, esonerando questa dalla prova del fatto positivo della discriminazione.

Questa previsione normativa, che pone a carico del datore di lavoro l'onere di provare l'inesistenza della discriminazione quando il ricorrente abbia fornito elementi di fatto idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione dell'esistenza di atti e comportamenti discriminatori, configura una presunzione legale relativa in cui il "fatto indiziante" non è costituito, come di norma, da un fatto preventivamente tipizzato dal legislatore e diverso da quello presumendo, ma dalla mera verosimiglianza di quest'ultimo. Potrebbe parlarsi, cioè, di una presunzione relativa con il fatto indiziante "in bianco" e, quindi, individuato di volta in volta dal giudice in base alle circostanze – elencate dalla norma – che il ricorrente deve indicare. Da queste circostanze, tuttavia, non è possibile desumere valutazioni di probabilità circa la verità dell'atto discriminatorio nel *singolo caso*, anche perché esse attengono a comportamenti "generalisti" del datore di lavoro e alle politiche di gestione dell'azienda, non alla fattispecie particolare che viene invocata. Non pare dunque che da esse si possano trarre inferenze probatorie in senso proprio, capaci cioè di attribuire conferma (sia pur "debole") al fatto concreto allegato nella singola causa. Sembra invece che esse costruiscano la base adeguata per un giudizio di verosimiglianza intorno a quel fatto, ossia per una valutazione della sua conformità agli orientamenti e ai comportamenti che appaiono essere tipici della gestione di un'azienda. In altri termini, ciò che esse possono dimostrare non è qualcosa che riguarda la conoscenza della specifica discriminazione subita dalla ricorrente, ma la plausibilità (ossia la verosimiglianza) della relativa allegazione. Questo non cambia in virtù del riferimento all'eventuale impiego di dati statistici. L'uso di statistiche non muta di per sé il problema della prova del fatto, poiché dalle frequenze statistiche non si inferisce direttamente la probabilità del singolo fatto concreto, ma solo la frequenza astratta di un'ipotesi entro una data classe di eventi.

La soccombenza del datore di lavoro in ragione della suddetta ripartizione degli oneri probatori viene così ad essere – per usare un paragone penalistico – in tutto equivalente a quella di un indiziato di furto che venisse condannato per non aver dimostrato pienamente la sua estraneità al fatto delittuoso di fronte alla raggiunta prova non della sua presenza, con in mano un sacco, presso il luogo del furto, ma solo della sua responsabilità e perfino sospettabilità per altri simili furti.

Occorre dunque chiedersi se sia costituzionalmente legittimo invertire a favore dell'attore l'onere della prova del fatto costitutivo, imposto nell'art. 2697 c.c., in base a "meri indizi", senza consentire al convenuto di ripristinare la distribuzione legale di quell'onere anch'egli in forza di "meri indizi" di segno contrario a quelli adottati dall'attore.

Nell'ordinamento italiano la soluzione del problema viene data dai principi ormai stabilmente posti dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo alle paritarie garanzie di difesa (*ex. 3 e 24 Cost.*) nei giudizi su diritti soggettivi.

In casi di questo genere, si è osservato, l'inversione o la modificazione degli oneri probatori cessa di essere un meccanismo *di prova*, e diventa in realtà un meccanismo *di predeterminazione della soccombenza*, che riduce nettamente il “tasso di veridicità” della decisione.

Non si discute qui il ben più generale e dibattuto problema se il processo civile debba o non debba tendere verso l'accertamento della verità dei fatti, e di quale verità si possa sensatamente parlare nell'ambito del processo¹⁰⁵ (vedi *infra* Cap. IV). Molto più

Ed infatti la giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla “parità delle armi” in materia di prove da assumere e da valutare nel processo civile contenzioso dimostra chiaramente l'incostituzionalità della normativa in esame.

In particolare, con la sentenza n. 128 del 1972, la Consulta ha sancito l'illegittimità delle norme che, per un medesimo fatto giuridico consentono ad una parte prove che sono escluse per l'altra, ed ha applicato tale principio alla dell'art. 6 dell'Allegato B al r.d.l. 15 novembre 1937, n. 1924 (Provvedimenti vari in materia di tasse ed imposte indirette sugli affari), che consentiva all'Amministrazione finanziaria di raggiungere la presunzione di esistenza di un contratto di appalto con «fatti... atti...scritti...o, ogni altro elemento informativo adeguato», mentre inibiva al contribuente l'uso di tutti gli strumenti probatori ora riferiti per vincere la suddetta presunzione.

Pertanto, non vi è dubbio che un'identica discriminazione a favore dell'attore contro il convenuto viene posta in essere dalla disposizione in esame, che consente al primo di raggiungere la presunzione relativa del fatto discriminatorio con gli elementi indiziari o statistici – su specificati – e inibisce l'uso di tali elementi per vincere la detta presunzione.

¹⁰⁵ In particolare, alla tesi secondo cui la veridicità e l'attendibilità del giudizio sui fatti (la ricostruzione veritiera dei fatti della causa) è una condizione necessaria perché si possa dire che la decisione giudiziale è *giusta* (vedi ad. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., pag. 25), si contrappone quella secondo cui il processo civile in quanto tale non ha nulla a che fare con la ricerca e l'accertamento della verità dei fatti; esso serve a risolvere controversie e non a produrre decisioni veritiere (Cfr. ad es. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, 1975, pag. 21; DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, pag. 212; CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*,

semplicemente, ed accontentandosi della generica e banale opzione per cui pare preferibile una decisione veritiera ad una decisione fondata su una ricostruzione falsa, errata o lacunosa dei fatti della causa, si tratta di chiedersi come certe manipolazioni degli oneri probatori possano conciliarsi con l'esigenza di far sì che la decisione si fondi il più possibile sulla prova dei fatti rilevanti.

in *Riv. dir. proc.*, 1978, pag. 722; CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1972, pag. 556). Risolvere conflitti significa trovare l'assetto di interessi più soddisfacente per le parti, ed eventualmente anche per l'ambiente sociale in cui il conflitto è sorto, garantendo valori come l'autonomia dei privati e la pace sociale; rispetto a questa finalità la ricerca della verità non è necessaria, può addirittura essere controproducente, e comunque rappresenta una funzione estranea a quella che si esplica nell'individuare il punto di equilibrio che produce la soluzione *pratica* del conflitto.

A quest'ultima impostazione può obiettarsi che se la funzione del processo non consiste affatto nell'accertamento della verità dei fatti, rimane allora da capire a che cosa mai servano le prove nel processo, posto che esse mirano a produrre esiti ai quali il processo stesso non è interessato.

In ogni caso, quando non si esclude sul piano ideologico che la verità sia da collocare tra gli scopi fondamentali del processo, e si ammette sul piano metodologico che essa possa essere stabilita, non si ci riferisce mai a verità "assolute" dei fatti (vedi ad es. TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986); si tende piuttosto (soprattutto nella dottrina scandinava e nella dottrina tedesca: vedi *infra* Cap. IV) a ricostruire l'accertamento del fatto in termini di verità "relativa", di gradi di approssimazione alla realtà materiale, di scelta della ipotesi più probabile sulla scorta degli elementi di conferma forniti dalle prove.

Il giudizio di fatto viene, quindi, inteso come la scelta dell'ipotesi razionalmente più attendibile tra le diverse ricostruzioni possibili dei fatti della causa; di conseguenza, la "verità dei fatti" è data dall'ipotesi più probabile, ovvero sorretta da maggiori elementi di conferma. Nell'ambito di questa tendenza diffusa, variano in qualche misura gli strumenti analitici impiegati per definire la struttura del giudizio di fatto: così, ad esempio, si ricorre talvolta al calcolo logico delle probabilità, altre volte all'analisi del procedimento inferenziale e dei criteri che lo giustificano, ed altre volte ancora alla versione statistico/quantitativa del calcolo probabilistico. Rimane, tuttavia, comune la tendenza ad elaborare un modello razionale della valutazione delle prove, pur rimanendo all'interno di concezioni relativistiche della verità giudiziale, e a considerare l'accertamento dei fatti in base alle prove come un giudizio a struttura inferenziale mirante ad identificare la ricostruzione dei fatti più attendibile sulla base oggettiva costituita da dati empirici e da regole del ragionamento.

In sostanza, una ripartizione legale dei rischi probatori che non tiene conto dell'estrema difficoltà di reperimento della prova in cui viene a trovarsi la parte onerata, non solo contrasta con quelle esigenze di giustizia distributiva che richiedono che la prova sia pretesa dalla parte che si trova normalmente nelle migliori condizioni per reperirla, ma risulta altresì *irrazionale* e contraria alla stessa ragion d'essere della ripartizione, la quale finisce per non essere più tale, divenendo invece un meccanismo di predeterminazione della soccombenza.

L'inversione o la modificazione degli oneri probatori deve, quindi, essere mantenuta entro limiti di *ragionevolezza*, tali da non porre a carico di una parte un onere probatorio di difficile o quasi impossibile adempimento, che renda altamente improbabile l'acquisizione di prove nel processo. Di conseguenza non sembra possa dubitarsi che le norme giuridiche sostanziali che di volta in volta, tramite la configurazione di fatti "presunti" *ex lege*, ripartiscono tra le parti i rischi della mancata prova, possano (debbano) essere sottoposte, come ogni altra norma di legge, al giudizio di

legittimità costituzionale, al fine di vagliare le loro eventuali deviazioni dai precetti posti dalla Carta fondamentale.¹⁰⁶

Il primo precetto costituzionale che il legislatore è tenuto ad osservare nella ripartizione legale dei rischi probatori è costituito dall'art. 24 Cost., che, al primo e al secondo comma, tutela rispettivamente il diritto di *azione* e il diritto di *difesa*. Non vi è dubbio, infatti, che l'eventuale configurazione, da parte del legislatore, di fatti presunti *iuris tantum* sulla base di criteri che facciano carico ad una delle parti dell'onere di una prova *eccessivamente difficile o impossibile*, e compromettano in tal modo

¹⁰⁶ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 144 del 2005, ha dichiarato, per violazione dell'art. 24 Cost., l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 3, del decreto-legge 22 febbraio 2002, n. 12, (il quale punisce l'impiego di lavoratori dipendenti non risultanti dalle scritture o altra documentazione obbligatorie, con la sanzione amministrativa dal 200% al 400% dell'importo, per ciascun lavoratore irregolare, del costo del lavoro, calcolato sulla base dei vigenti contratti collettivi nazionali per il periodo compreso tra l'inizio dell'anno e la data di constatazione della violazione), nella parte in cui non consente al datore di lavoro di provare che il rapporto di lavoro irregolare ha avuto inizio successivamente al primo gennaio dell'anno in cui è stata accertata la violazione, e che, dunque, ha avuto una durata inferiore rispetto a quella presunta dalla legge.

Tale presunzione assoluta – afferma la Corte – determina la lesione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., dal momento che preclude all'interessato ogni possibilità di provare circostanze che attengono alla propria effettiva condotta e che pertanto sono in grado di incidere sulla entità della sanzione che dovrà essergli irrogata.

Sebbene le argomentazioni svolte dalla Corte riguardino le presunzioni assolute, non sembra possa dubitarsi che non vi è alcuna sostanziale differenza tra le ipotesi in cui la prova contraria viene espressamente esclusa dal legislatore e quelle in cui viene di fatto preclusa, addossando ad una delle parti un onere probatorio di difficile o quasi impossibile adempimento. (Sulla rilevanza del potere di fornire la prova contraria ai fini di escludere la lesione del diritto di difesa, cfr. le ordinanze n. 140 del 2003 e n. 260 del 2000, nonché le sentenze n. 444 del 1995, n. 358 del 1994 e n. 283 del 1987).

l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale costituzionalmente riconosciuto, difficilmente potrebbe sfuggire a censura per violazione dell'art. 24, primo o secondo comma, Cost., poiché risulterebbero ingiustamente sacrificati il diritto di *azione* di chi intende ottenere la tutela giurisdizionale ovvero il diritto di *difesa* di chi è chiamato al contraddittorio dinanzi al giudice.

Accanto all'art. 24 Cost., un altro importante precetto costituzionale che il legislatore è tenuto ad osservare nel ripartire per via legale i rischi probatori, è rappresentato dal *principio di eguaglianza* sancito dall'art. 3, comma 1, Cost. E' noto, infatti, che la vasta elaborazione dottrinale e giurisprudenziale intorno al principio di eguaglianza formale ha riconosciuto che da esso promana un "principio di ragionevolezza", o "non-arbitrarietà" della legge, la cui violazione dà luogo ad un vero e proprio vizio di legittimità della norma legislativa.

Così se il *favor* legislativo verso una parte del rapporto sostanziale può legittimamente spingere verso una ripartizione dei rischi probatori che comporti, in mancanza di prove sufficienti, la vittoria di una parte sull'altra, deve tuttavia ritenersi che tale normativa risulti costituzionalmente censurabile, per violazione

dell'art. 3, comma 1, Cost., allorché essa ripartisca gli oneri probatori in modo tale da rendere *eccessivamente difficoltoso* nel processo il reperimento della prova per una delle parti; allorché, cioè, configuri nei confronti di una delle parti, un sostanziale svuotamento dei poteri processuali a lei formalmente riconosciuti, anche in confronto a quelli che l'altra parte può invece effettivamente esercitare, e, conseguentemente, una compromissione della sua reale possibilità di contribuire a determinare il contenuto della decisione del giudice; allorché, dunque, la ripartizione legale dei rischi probatori finisca per *privilegiare una decisione senza prove*, fondata sulla predeterminazione legislativa della parte (quasi) irreversibilmente destinata a soccombere.

Dai principi dettati dagli artt. 3 e 24 Cost., emerge, pertanto, un vero e proprio *limite della "non-eccessiva difficoltà" della prova*, che la discrezionalità legislativa non può superare; un criterio di praxeologia normativa, che il legislatore deve osservare nella configurazione delle fattispecie giuridiche.¹⁰⁷

¹⁰⁷ VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 220 ss.; ID, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pag. 721 ss; CENDON-ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, sta in *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*/ a cura di Cendon, Milano, 1994, pag. 143; TARUFFO, voce "*onere della prova*", cit., pag. 76; ID, *La prova dei fatti giuridici: nozio-*

11. LE PRESUNZIONI GIURISPRUDENZIALI

Le presunzioni legali (vedi *supra* § 10) sono tipicamente e propriamente stabilite dal legislatore nell'ambito della disciplina delle singole fattispecie. Esse derivano da scelte di politica legislativa, talora discutibili, ma comunque formulate in norme solitamente chiare, e in ogni caso generali ed astratte. La manipolazione degli oneri probatori rientra d'altronde nella potestà del legislatore di dettare la disciplina che ritiene più adeguata in ordine alle varie situazioni giuridicamente rilevanti.

ni generali, cit., pag. 481; ID, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., pag. 733 ss; ID, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Studi in onore di Vittorio Denti: il processo di cognizione*, vol. II, pag. 377; ID, *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., pag. 236; ID, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pag. 77 ss; ID, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, pag. 553 ss.; LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit., pag. 282; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., pag. 408; PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 102 ss; FABBRINI TOMBARI, *Note in tema di presunzioni legali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, pag. 917 ss; VALLEBONA, *L'onere della prova degli atti discriminatori*, in *Lavoro e Diritto*, 1989, pag. 336; ID, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pag. 812; COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., pag. 287; ITALIA, *Le presunzioni legali*, Milano, 1999, pag. 17 ss; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2002, pag. 538; LEIPOLD, *Beweislastregeln und Gesetzliche Vermutungen*, cit, pag. 17 ss; PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 48 ss; MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., pag. 60 ss; ROSENBERG, *Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*, cit., pag. 199 ss; BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, cit., pag. 263 ss.; REINECKE, *Die Beweislastverteilung in Burgelichen Recht und im Arbeitsrecht als Rechtpolitische Regelungsaufgabe*, Berlin, 1982, pag. 27 ss; MONTESANO, *Parere pro veritate*, in *Mass. giur. lav.*, 1990, pag. 500 ss.

Questa operazione può essere razionale o poco razionale, giustificata o no, a seconda dell'atteggiamento che si assume attorno alle scelte politiche del legislatore. Pare talvolta che queste scelte vengano compiute in modo scarsamente consapevole delle conseguenze che esse possono produrre sul piano delle concrete dinamiche processuali, ed ancor meno delle implicazioni che esse hanno sulla decisione; si è pur sempre, peraltro, nell'ambito dell'applicazione di norme, per quanto discutibili queste possano apparire.

Esistono tuttavia, ed hanno importanza non trascurabile, fenomeni che non rientrano in alcuna previsione legislativa ma che tuttavia implicano inversioni o modificazioni del normale riparto degli oneri probatori, per di più in modo del tutto indipendente dalla volontà delle parti. E' il caso delle cosiddette *presunzioni giurisprudenziali*: si tratta di un fenomeno frequente che si verifica quando la giurisprudenza crea, indipendentemente da ogni previsione normativa, la presunzione della verità di un fatto, attribuendo di conseguenza all'altra parte l'onere di dimostrare il contrario se vuole evitare di soccombere. Il meccanismo che così viene posto in essere è analogo a quello che si riscontra nelle pre-

sunzioni legali relative: si ha infatti una *relevatio ab onere probandi* in favore della parte che invoca un determinato fatto. La parte viene dispensata dal fornire la prova, ed è destinata a vincere automaticamente se l'altra parte non dimostra il contrario. Incombe sull'altra parte l'onere di fornire la prova contraria alla presunzione se vuole ribaltare l'esito della decisione.

La differenza tra le presunzioni giurisprudenziali e quelle legali consiste nel fatto che in quest'ultime è la legge a porre in essere la *relevatio ab onere probandi*, mentre nelle presunzioni giurisprudenziali è il giudice ad affermare che un fatto è presunto, e quindi ne occorre eventualmente la prova contraria. Di solito questa affermazione si fonda sulla considerazione che il fatto in questione rientra nella "normalità" o nella "ragionevolezza", e quindi non avrebbe un reale bisogno di essere provato. Donde la conseguenza che solo il suo contrario avrebbe bisogno di prova. Sotto questo profilo le presunzioni giurisprudenziali presentano forti analogie con l'istituto dell'*Anscheinsbeweis* (vedi *infra* § 25).

Tuttavia, le ragioni che spingono i giudici a formulare presunzioni giurisprudenziali possono essere varie, ma si riconducono

ad un'unica direttiva fondamentale: l'animo umano è istintivamente portato a semplificare e a dare per costante ciò che sulla base dell'esperienza acquisita si produce normalmente¹⁰⁸. In qualche caso, poi, la ripartizione giudiziale degli oneri probatori diventa uno strumento per proteggere la parte che avrebbe difficoltà probatorie, ovvero per concedere protezione alla parte che nello svolgimento del rapporto sostanziale è in indubbia posizione di debolezza.

La verità è che il problema della ripartizione degli oneri probatori tra le parti non può essere risolto soltanto sul piano del positivismo giuridico, attraverso la sussunzione dei fatti nei tipi prefissati dal legislatore, quasi che il sistema positivo sia un mondo chiuso ed autosufficiente. Talvolta, invero, gli schemi normativi offerti dalla legge si rivelano inidonei a prevedere il multiforme divenire della vita reale.

Come è stato rilevato, vi sono "classi o tipi o forme di tutela giurisdizionale, nelle quali il canone dell'art. 2697 è del tutto o quasi

¹⁰⁸ A tal riguardo VERDE (*L'inversione degli oneri probatori nel processo*, cit., pag. 719), afferma, a proposito delle presunzioni giurisprudenziali, che «*si tratta di un fenomeno dietro il quale si nascondono non poche insidie e pericoli, e tuttavia un fenomeno inevitabile nella misura in cui è ineliminabile la tendenza dello spirito umano ad una sorta di economia anche per ciò che attiene la ricerca e l'indagine conoscitiva*».

del tutto privo di significato. Si pensi ai casi nei quali la ripartizione degli oneri probatori riguardi fattispecie processuali, o ai casi in cui manchino precise norme di diritto da applicare ovvero a quelli rispetto ai quali i giudici rivendicano a sé una funzione non meramente sostitutiva, ma autonomamente creativa di autentici beni giuridici”¹⁰⁹. In questi casi l’art. 2697 si rivela inidoneo a fungere da criterio di ripartizione dei rischi probatori tra le parti, cosicché il giudice è chiamato a supplire alle inadeguatezze della disciplina giuridica, ad integrare e a modificare la ripartizione degli oneri probatori che discenderebbe dalla pura e semplice applicazione delle norme positive, adottando parametri più adeguati alla multiformità delle fattispecie concrete sottoposte al suo giudizio.

La tecnica delle presunzioni giurisprudenziali non tocca la struttura della fattispecie sostanziale, che rimane immutata¹¹⁰, ma consiste nella “dispensa dalla prova” di taluni elementi costitutivi

¹⁰⁹ VERDE, *L’onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 158 ss.

¹¹⁰ Vedi VERDE, ult. op. cit., pag. 154, il quale sottolinea come, in forza della presunzione giurisprudenziale, il “fatto costitutivo” non viene trasformato in “fatto impeditivo”, ma rimane tale anche se viene giudizialmente presunto. *Contra* vedi PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 111, il quale afferma che «la ripartizione dell’onere della prova, attuata mediante la “creazione” di presunzioni, si risolve in uno strumento destinato ad incidere sulla disciplina sostanziale del rapporto».

di essa, nella “semplificazione” della fattispecie, cui il giudice ricorre quando risulta difficile fornire una prova completa e analitica del fatto, a causa della particolare complessità degli elementi che lo compongono: in questi casi, il giudice, formulando la presunzione giurisprudenziale, può considerare “come esaurito il carico probatorio che secondo il diritto sostanziale sarebbe addossato alla parte, quando risulti provata una porzione della complessiva fattispecie”¹¹¹, che normalmente ossia secondo l’*id quod plerumque accidit*, ricorre sempre con la porzione non provata.

Il giudice, quando formula una presunzione giurisprudenziale, non vuole esprimere un proprio formato convincimento sull’esistenza o sull’inesistenza dei *facta probanda*, ma intende semplicemente dispensare la parte a favore della quale opera la presunzione, dal provare talune circostanze fattuali costitutive della fattispecie.

La presunzione giurisprudenziale non realizza, perciò, una vera e propria inversione degli oneri probatori, non tramuta il fatto costitutivo in fatto impeditivo e non impone l’onere della prova principale a chi era legalmente onerato soltanto alla prova contra-

¹¹¹ VERDE, *L’inversione degli oneri probatori nel processo*, cit., pag. 719.

ria o viceversa; essa, invece, esonerando dalla prova principale del fatto costitutivo, si limita a rendere *attuale* l'onere della prova contraria del fatto costitutivo stesso, onere quest'ultimo che, altrimenti sarebbe inattuale fino a quando di tale fatto non viene acquisita la prova piena. In questo senso la presunzione giurisprudenziale presenta “forti analogie” con la prova *prima facie*¹¹² (vedi *infra* § 25) e come questa si colloca, anziché sul piano della *prova in senso proprio*, sul piano della mera *verosimiglianza*.

Le fattispecie in cui la giurisprudenza ha affermato (o è solita affermare) l'esistenza di presunzioni sono numerose e varie. Tra più note si può ricordare quella riguardante la prestazione di la-

¹¹² E' noto, infatti, che nella prova *prima facie* il giudice fonda il proprio convincimento, non sulle prove o sugli indizi acquisiti nel processo, ma sulle massime d'esperienza che lasciano presumere con un alto grado di probabilità che, ciò che l'attore asserisce e deve provare è in realtà avvenuto.

La prova *prima facie* si distingue dalle normali presunzioni per il fatto che mentre nelle presunzioni si pone in essere un'inferenza da un fatto noto (fatto indiziante) ad un fatto ignoto (*factum probandum*), guidata da un criterio desunto dalle massime d'esperienza, nella prova *prima facie*, mancando qualsiasi elemento probatorio o fatto indiziante da cui muovere, *non si compie alcuna inferenza*, ma si ha la “qualificazione” del *factum probandum*, all'interno di una categoria tracciata dalle massime d'esperienza, che consente di stabilire che quel fatto – in base alla comune esperienza – rientra nella normalità, nell'*id quod plerumque accidit*. Sulla base di tale qualificazione, il giudice può non respingere la domanda ogni qual volta, è possibile *prima facie* ritenere tale prova raggiunta sulla base delle semplici massime d'esperienza, in attesa dell'eventuale prova contraria, che al convenuto – proprio perché il convincimento del giudice è formato solo *prima facie* – deve essere consentita.

La prova *prima facie* si differenzia, inoltre, dalle presunzioni per il fatto che essa non *dispensa* una parte dall'onere di provare il fatto allegato, attribuendo conseguentemente alla controparte l'onere di provare il contrario; essa si limita ad effettuare una “riduzione bilaterale dell'esigenza di provare il fatto”, in quanto sulla controparte non incombe l'onere di fornire una prova piena, ma soltanto di rendere inverosimili le asserzioni della parte onerata.

voro tra familiari che si presume a titolo gratuito¹¹³. A favore di tale presunzione si osserva che tra persone conviventi e legate da vincoli di parentela o affinità, l'esistenza di affetti familiari e di una comunanza di interessi economici conduce a considerare la prestazione lavorativa come effettuata *affectionis vel benevolentiae causa*. Altre ipotesi hanno riguardato il carattere fraudolento del licenziamento di un lavoratore subordinato, seguito subito dopo da una riassunzione con le stesse mansioni¹¹⁴; l'*animus spoliandi*, che si presume sussistere tutte le volte in cui il soggetto agente abbia privato altri del possesso o della detenzione in modo

¹¹³ «Nel caso di lavoro domestico presso parenti conviventi sussiste una presunzione di gratuità della prestazione, essendo, di norma, insolito il sorgere di un vero e proprio rapporto di lavoro tra persone legate da comune interesse ed affetto; onde è da ritenersi, salva una rigorosa prova del contrario, che l'estrinsecazione di attività lavorativa sia, in tali condizioni, dipendente da motivi di solidarietà e di gratitudine in relazione anche ai vantaggi derivanti dalla convivenza; e che la semplice prestazione di lavoro domestico da parte di parenti conviventi non rivela affatto quella giuridica subordinazione che è connotata al rapporto di lavoro». Vedi Cass., 29 marzo 1974, n. 650; Cass., 10 febbraio 1973, n. 398; Cass., 12 luglio 1972, n. 2344; Cass., 20 novembre 1971, n. 3360; Cass., 2 agosto 1971, n. 2544; Cass., 22 marzo 1968, n. 962.

Oggi, l'espressa esclusione legislativa della gratuità del lavoro svolto all'interno dell'impresa familiare (art. 230 *bis*) induce viceversa a ritenere, con maggiore certezza rispetto al passato, che dall'esistenza di rapporti affettivi non sia possibile fare discendere alcuna presunzione di gratuità della prestazione lavorativa.

¹¹⁴ «Deve presumersi fraudolento il licenziamento del lavoratore ogni qualvolta sia seguito da un'immediata riassunzione, con le stesse mansioni, con identiche modalità lavorative e alle medesime condizioni, dato che in tal caso è ragionevole ritenere che il precedente rapporto sia rimasto integro ed immutato, malgrado l'apparente volontà di risolverlo e di costituirne uno nuovo; trattasi però di una presunzione che può esser vinta dalla prova contraria, incombente al datore di lavoro, il quale deve dimostrare la mancanza di un intento fraudolento, e che il licenziamento e la riassunzione sono stati determinati da cause obiettive e da particolari, giustificate esigenze aziendali». Vedi Cass., 29 novembre 1968, n. 3852; Cass., 12 settembre 1970, n. 1398; Cass., 24 aprile 1971, n. 1202.

violento o clandestino, nonostante addirittura la convinzione del soggetto di agire esercitando un proprio diritto¹¹⁵; l'incapacità del testatore, affetto da malattia che influisce gravemente sulla psiche, nel momento del testamento¹¹⁶

A titolo illustrativo possono, inoltre, rammentarsi le seguenti ipotesi: con riguardo all'atto interruttivo della prescrizione, la spedizione della lettera raccomandata – attestata attraverso il rilascio della ricevuta – fa presumere l'arrivo a destinazione della lettera, in considerazione dei particolari doveri che la raccomandata impone al servizio postale¹¹⁷; in difetto di prova contraria della parte convenuta, le indicazioni contenute presso le riviste che sono specializzate nel fornire la programmazione settimanale delle varie emittenti televisive, rappresentano una prova – esse stesse – circa l'avvenuta trasmissione del film¹¹⁸; ove l'imprenditore sia

¹¹⁵ «L'animus spoliandi è insito nel fatto stesso di privare altri del possesso o della detenzione totale o parziale in modo violento o clandestino, perché la violenza o la clandestinità implicano la consapevolezza di agire contro la volontà, espressa o presunta, del possessore o del detentore, ne giova allo spogliatore la convinzione di esercitare un proprio diritto». Vedi Cass., 29 gennaio 1973, n. 1298; Cass., 14 luglio 1972, n. 2401; Cass., 10 febbraio 1970, n. 334.

¹¹⁶ «Si può ben presumere che il testatore, affetto da malattia che influisce permanentemente sulla psiche, abbia redatto il testamento in stato di incapacità, spettando a chi sostiene la validità del testamento di provare un eventuale lucido intervallo nel momento della redazione di esso». Vedi Cass., 2 maggio 1969, n. 1454; Cass., 23 gennaio 1991, n. 652.

¹¹⁷ Vedi Cass., 16 settembre 1986, n. 5617.

¹¹⁸ Vedi App. Roma, 26 aprile 1988, in *TR*, 1988, II, pag. 406.

una società iscritta nel Registro delle imprese, si dovrà presumere che la sede effettiva coincida con quella risultante da tale registro.¹¹⁹

La dottrina ha osservato che presunzioni giurisprudenziali, di volta in volta formulate dai giudici, trovano il loro fondamento in una pluralità di criteri alternativi tra loro, quali la normalità (*l'id quod plerumque accidit*)¹²⁰, l'apparenza¹²¹, la vicinanza della prova¹²², la presunzione di possesso¹²³, la presunzione di conformità al diritto¹²⁴, il favore per la più debole del rapporto sostanziale¹²⁵.

L'ampia discrezionalità esercitata dal giudice nella scelta dei criteri da porre a base della ripartizione giudiziale dei rischi probatori ha allarmato non poco gli studiosi del processo, che hanno

¹¹⁹ Cass., 19 gennaio 1991, n. 525.

¹²⁰ Si pensi alla presunzione di gratuità delle prestazioni fra parenti conviventi.

¹²¹ Si pensi alla presunzione di incapacità del testatore affetto da malattia psichica permanente.

¹²² La vicinanza della prova è alla base delle sentenze che gravano il datore di lavoro, nel caso in cui il lavoratore abbia reclamato l'indennità per lavori nocivi, dell'onere di provare di aver posto in essere tutti gli accorgimenti tecnici per evitare il pericolo di danni. Vedi ad es. Cass., 6 giugno 1968, n. 1720.

¹²³ Vedi ad es. Cass., 11 febbraio 1969, n. 478, secondo cui «*qualora il debitore sia in possesso del titolo di credito (nel caso di specie una cambiale) si presume che ne abbia pagato l'importo*».

¹²⁴ Vedi ad es. Cass., 6 marzo 1968, n. 727, secondo cui «*le spese e gli onorari patuiti nel conferimento di un incarico si presumono conformi a tariffa*»; Cass., 28 gennaio 1972, n. 208, secondo cui «*chi impugna un brevetto industriale deve dare una prova atta a vincere la presunzione di legittimità che lo assiste*».

¹²⁵ Si pensi alla presunzione di fraudolenza, nel caso di licenziamento seguito da immediata riassunzione.

posto in luce il pericolo di arbitri incontrollati del giudice e il conseguente pericolo di pervenire a decisioni giudiziali irrazionali ed ingiuste.¹²⁶

Tale pericolo è stato soprattutto sottolineato con riguardo a quelle ipotesi nelle quali il giudice, ritenendo ad esempio la “verosimiglianza” del fatto allegato dall’attore, trasferisca sul convenuto l’”onere della prova contraria” e questa prova risulti eccessivamente difficile o impossibile perché verte su una *negativa* più o meno indeterminata. In questi casi, come ha avvertito il Taruffo¹²⁷ “il giudice (...) non effettua solo una modificazione degli oneri probatori, (...) egli in realtà predetermina la (probabile o certa) soccombenza del convenuto gravato di un onere che non gli spetta ma che soprattutto non può soddisfare, ed in tal modo esclude l’eventualità che di quel fatto si consegua davvero la prova in giudizio”.

¹²⁶ Vedi ad es. TARUFFO (*Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., pag. 751), il quale a proposito delle presunzioni afferma che «*marchingegni di questo genere sono talvolta discutibili quando a servirsene è il legislatore. Essi sono però sempre fonte di grave dubbio quando a servirsene è il giudice, al di fuori di ogni regola preconstituita e senza alcuna considerazione per il principio fondamentale del contraddittorio*». Una posizione più estrema è stata assunta da PATTI (*Prove: disposizioni generali* (Artt. 2697-2698), cit., pag. 111) secondo il quale «*Ogni presunzione giurisprudenziale rappresenta una violazione dell’art. 2697 c.c., in quanto determina una diversa ripartizione dell’onere della prova*».

¹²⁷ TARUFFO, ult. op. cit., pag. 751.

E' chiaro, infatti, che senza considerare adeguatamente la difficoltà di prova nella quale può venirsi a trovare la parte a carico della quale opera la presunzione giurisprudenziale, la ripartizione giudiziale dei rischi probatori può rivelarsi un meccanismo di *predeterminazione della soccombenza*, con tutti i pericoli connessi all'incertezza della tutela giuridica che ne deriva.

Ora, se si considera che il legislatore, nel dettare la ripartizione "legale" dei rischi probatori, deve comunque osservare il limite emergente dagli artt. 3 e 24 Cost.¹²⁸, non deve cioè porre a carico della parte un onere probatorio impossibile o comunque di estrema difficoltà, v'è da credere che il giudice, nel formulare una presunzione giurisprudenziale, sia tenuto all'osservanza di criteri e limiti ben più precisi e rigorosi di quelli imposti al legislatore.

Non si può certo ammettere, infatti, che il giudice possa operare secondo l'ampia discrezionalità che compete al legislatore e, come questi, possa ripartire i rischi probatori tra le parti ispirandosi a generiche ragioni di opportunità, a *favores* verso determinati interessi generali o verso determinati soggetti del rapporto sostanziale. La discrezionalità del giudice è, e soprattutto deve essere

¹²⁸ Per i limiti posti alla ripartizione legale dell'onere probatorio vedi *supra* n. 10.

più ristretta, più circoscritta di quella del legislatore, potendo ammettersi che egli possa intervenire per modificare la ripartizione degli oneri probatori, quale discenderebbe dalla stretta applicazione dell'art. 2697 c.c., soltanto quando, in relazione alla fattispecie sottopostagli, esiste una *obiettiva difficoltà di prova*, che può finire per creare un'irragionevole disparità di trattamento tra le parti, anche in ordine all'effettivo esercizio dei diritti di azione o di difesa (artt. 3 e 24 Cost.).

La formulazione di una presunzione giurisprudenziale, perciò, può considerarsi legittima soltanto a condizione che essa, ispirandosi al c.d. principio della “pretendibilità della prova”, intervenga a *correggere una ripartizione legale dei rischi probatori che, in concreto, risulti violare il limite della “non eccessiva difficoltà della prova”*.¹²⁹

Anche qui, dunque, il criterio della “non eccessiva difficoltà” della prova assume un ruolo decisivo nella ripartizione del carico probatorio. Però, mentre nella ripartizione “legale” tale criterio

¹²⁹ Secondo CARUSO (*Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *Riv. giur. Lav.*, 1982, I, pag. 203) affinché possa essere formulata la presunzione giurisprudenziale, è necessario che, nel caso concreto, non risulti valida la massima d'esperienza secondo cui, normalmente, colui che allega il fatto si trova nella migliore posizione per reperire e fornire la prova.

opera *in negativo*, come “limite” che l’amplissima discrezionalità del legislatore non può superare, pena la violazione degli artt. 3 e 24 Cost.; nella ripartizione “giudiziale”, invece, il criterio opera *in positivo*, come “presupposto” del potere del giudice, nel senso che esso, risultando violato nel caso concreto dalla ripartizione “legale”, legittima il giudice a correggerla.

Ne deriva che, come il sindacato di legittimità costituzionale costituisce il rimedio contro l’irrazionale ed ingiusta ripartizione dei rischi probatori, che possa rilevarsi, oltre che nella fattispecie concreta, anche nella fattispecie giuridica considerata nella sua astrattezza e nella sua validità *erga omnes*; così, la presunzione giurisprudenziale rappresenta il rimedio contro l’irrazionale e ingiusta ripartizione dei rischi probatori che risulti soltanto nella concretezza e nella specificità della fattispecie sottoposta all’esame del giudice.

Perciò, i vari criteri che sono stati individuati dalla dottrina, come quelli che il giudice, di fatto segue nella formulazione delle presunzioni giurisprudenziali, lungi dal poter essere considerati come dotati di propria autonomia, devono essere reputati null’altro che “criteri sussidiari”, che fungono da “sintomi” dell’esistenza

di una situazione di *eccessiva difficoltà* della prova per la parte “legalmente onerata”, normalmente non ricorrente nel processo e tale da richiedere, nel caso specifico, una correzione della regola legale di giudizio.¹³⁰

Soltanto la necessità di evitare, alla parte “legalmente onerata”, l’eccessiva difficoltà della prova può consentire al giudice di formulare una presunzione giurisprudenziale e, così, di dispensarla dalla prova.

¹³⁰ Anche il criterio del “*favore per la parte più debole del rapporto*”, pure posto a base di numerose presunzioni giurisprudenziali, soprattutto in materia di controversie di lavoro, non può essere considerato come *dotato di vita propria* rispetto al criterio della “non eccessiva difficoltà” della prova, ma come un mero criterio *sussidiario* che può fungere da *sintomo* della maggiore vicinanza di una parte alla prova del fatto. Il giudice, perciò, può tener conto, non solo del contenuto e del *modus* di presentazione della domanda, ma anche della concreta posizione delle parti sul piano materiale (ad es., la particolare situazione di debolezza del lavoratore rispetto al datore di lavoro, nello specifico rapporto sottopostogli), del *petitum* della controversia, della *causa petendi*, del *tipo* di prove offerte, e da questi elementi inferire che la parte che allega un dato fatto giuridico ha maggiore difficoltà di reperire la prova rispetto all’avversario; non può, invece, modificare la ripartizione legislativa degli oneri probatori sulla base della semplice debolezza della parte sul piano del rapporto sostanziale, quando, nonostante tale debolezza, non si possa ritenere che essa incontri particolare difficoltà nel reperire la prova del *factum probandum*. Diversamente opinando, ritenendo cioè che la debolezza della parte nel rapporto sostanziale possa costituire un criterio autonomo di ripartizione dell’onere, a prescindere dalla difficoltà della prova, e ammettendo che tale criterio possa condurre il giudice a porre il rischio della mancata prova (anche) a carico della parte per la quale la prova risulta impossibile o di difficilissimo reperimento, si finirebbe per rimettere la concessione della tutela giurisdizionale all’arbitrio del giudice. Soltanto ancorando l’intervento del giudice sulla ripartizione degli oneri probatori alla necessità di correggere una concreta situazione di eccessiva difficoltà della prova, e di favorire quindi un più facile reperimento delle prove nel processo, si pongono, invece, le premesse per realizzare concretamente una reale collaborazione tra i soggetti processuali; si dà, in sostanza, concreta attuazione alle garanzie dell’azione e della difesa, “nel senso della *effettività* e della *parità reale* delle parti nel processo”.

Precisati i limiti cui va incontro la discrezionalità del giudice nel determinare il contenuto (il *quid*) della presunzione giurisprudenziale, sono ancora da precisare le *modalità* (il *quomodo*) che il giudice è tenuto ad osservare per formularla e il *momento* (il *quando*) nel quale egli può formularla.

La mancata precisazione di questi profili della figura in esame renderebbe inevitabile, infatti, riconoscere al giudice il potere di formulare la presunzione giurisprudenziale anche con la sentenza, quando egli, dopo la discussione finale della causa, si chiude nel silenzio della propria coscienza per deliberare.

Questa configurazione della presunzione giurisprudenziale risulterebbe, però, incompatibile con il corretto andamento del contraddittorio, dal punto di vista della reale possibilità delle parti di partecipare all'elaborazione del contenuto della sentenza mediante le loro iniziative probatorie. E' chiaro, infatti, che il concreto esercizio del diritto di difesa può risultare gravemente vulnerato, se la parte, dopo aver fatto erroneo affidamento, ad esempio sull'idea che il rischio della mancata prova incombe sull'avversario in forza della regola ordinaria posta dall'art. 2697 c.c., si trova poi ad apprendere *ex post*, dalla sentenza che la di-

chiara soccombente, che in realtà il giudice, formulando una presunzione giurisprudenziale, aveva riversato su di essa l'onere probatorio.

La necessità di elaborare compiutamente la figura della presunzione giurisprudenziale, anche con riguardo ai *modi* e ai *tempi* ai quali il giudice deve attenersi nel formularla, risponde, perciò, non soltanto ad esigenze di compiutezza dogmatica, ma anche alla necessità di rendere l'istituto compatibile con i principi generali e inderogabili che informano lo strumento processuale.

Sotto tale profilo, a tutela del diritto di difesa e dell'effettività del contraddittorio, deve ritenersi che il giudice, quando ritenga di doversi discostare dalla ripartizione dei rischi probatori fissata in astratto dalla legge, abbia il dovere di *formalizzare* la presunzione giurisprudenziale in un apposito "*provvedimento ordinatorio*", con il quale, oltre a manifestare alle parti quale criterio di giudizio egli si dà per il caso in cui il *factum probandum* rimanga sfornito di prova sufficiente, deve concedere loro un congruo termine per dedurre nuovi mezzi di prova.¹³¹

¹³¹ Per la necessità di emanare un apposito "provvedimento inversivo" che informi le parti della ripartizione del carico probatorio previsto dal giudice in deroga a quello legale vedi CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità pro-*

Il dovere del giudice di formalizzare la presunzione giurisprudenziale in un apposito provvedimento da emettere nel contraddittorio con le parti e di consentire a queste la deduzione di ulteriori mezzi di prova, non è esplicitamente previsto dal dettato normativo; e, d'altra parte, evidentemente, neanche avrebbe potuto essere previsto dalla legge, dal momento che la figura della presunzione giurisprudenziale è una creazione della dottrina e della giurisprudenza. Si tratta, tuttavia, di un dovere agevolmente ricavabile dalla disciplina processuale; anzi, implicito nel sistema.

Questo, infatti, per un verso prevede il “dovere” del giudice, fin dalla prima udienza di trattazione, di “indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione” (art.183, comma 4, c.p.c.); per l'altro, prescrive che il giudice, quando assegna alle parti un termine per dedurre nuovi mezzi di prova ovvero quando dispone mezzi di prova d'ufficio, è tenuto a concedere alle parti stesse un apposito termine (perentorio) entro il quale esse abbiano la possibilità di dedurre gli

cessuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo, cit., pag. 208. In senso contrario vedi VERDE, L'onere della Prova nel Processo Civile, cit., pag. 158 ss, il quale ritiene sufficiente a garantire l'effettività del contraddittorio, la semplice prevedibilità, in termini di conformità ai canoni razionali, dell'atteggiamento del giudice in ordine alla ripartizione dei rischi della mancata prova.

ulteriori mezzi di prova che ritengono utili (art.183, comma 6 e 8, c.p.c.). A ciò si aggiunge che, il secondo comma dell'art. 101 c.p.c., recentemente introdotto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, prevede che “Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

Tenuto conto dell'intensa analogia che esiste tra le situazioni disciplinate da queste norme e quella propria della presunzione giurisprudenziale, non può dubitarsi, alla stregua del generale canone interpretativo posto dall'art. 12, comma 2, disp. prel. c.c., che il giudice è tenuto a concedere alle parti un apposito termine anche nel caso in cui decida di formulare una presunzione giurisprudenziale.

In definitiva, la presunzione giurisprudenziale deve essere formalizzata in un apposito provvedimento ordinatorio. Questo provvedimento, che ha la forma dell'ordinanza, può essere adottato dal giudice a norma dell'art.183, comma 4, c.p.c., fin dalla

prima udienza di trattazione, in coordinazione con i termini perentori entro i quali le parti devono formulare le loro istanze di ammissione delle prove; ovvero, può essere adottato durante la trattazione della causa, con l'attribuzione in questo caso alle parti della possibilità di dedurre mezzi istruttori entro l'ulteriore termine fissato a norma dell' art.183, comma 8, c.p.c., da ritenersi analogicamente applicabile al caso di specie.

Non può ammettersi, invece, la formulazione di una presunzione giurisprudenziale per la prima volta con la sentenza. Qualora il giudice decida soltanto nella camera di consiglio finale di formulare una presunzione giurisprudenziale, egli non può farlo con la sentenza, ma è tenuto a pronunciare un'apposita ordinanza, con la quale, enunciata la presunzione, rimette la causa nella fase istruttoria, concedendo alle parti un congruo termine per dedurre nuovi mezzi di prova.

Il contraddittorio, perciò, non soltanto informa il *modus procedendi* tramite il quale il giudice può formulare la presunzione giurisprudenziale, ma costituisce anche il contesto temporale all'interno del quale questa può essere formulata.

Il giudice, in sostanza, può formulare la presunzione giurisprudenziale soltanto *nell'ambito del contraddittorio con le parti e fino a quando permane il contraddittorio*.

L'ordinanza con la quale il giudice pone la causa in decisione – che costituisce l'atto che pone fine al contraddittorio – rappresenta, dunque, il *limite temporale ultimo* entro il quale il giudice può formulare la presunzione giurisprudenziale. Oltre tale atto, egli non può formulare alcuna presunzione giurisprudenziale, se non riaprendo il contraddittorio con le parti tramite apposita ordinanza.

Soltanto osservando queste regole processuali, implicite nel sistema, la parte, venuta a conoscenza di essere stata “onerata” della prova su iniziativa del giudice, viene posta nelle condizioni di assolvere tempestivamente l’“onere” impostole e di scongiurare, così, il rischio di una sentenza a lei sfavorevole; soltanto osservando tali regole è possibile evitare che la manipolazione giudiziale dell'onere probatorio si risolva in un criterio di “decisione senza prove” ed è possibile, invece, favorire l'acquisizione di nuovi elementi di prova.

L'ordinamento prevede poi una serie di rimedi contro i possibili abusi del giudice nella ripartizione del rischio di soccombenza per mancata prova.

Il problema del controllo dell'osservanza dei criteri posti a salvaguardia della corretta ripartizione dei rischi probatori tra le parti, esistente in sede di ripartizione legale, si fa qui molto più pressante, perché, ovviamente, il pericolo che il giudice eserciti malamente la propria discrezionalità – la quale, per sua natura, deve tener conto della multiformità delle fattispecie concrete sottopostegli – è di gran lunga più elevato del corrispondente pericolo connesso all'esercizio della discrezionalità legislativa.

Un *primo ordine di controlli* sul corretto esercizio del potere discrezionale del giudice è possibile, innanzi tutto, dinanzi allo stesso giudice che ha formulato la presunzione giurisprudenziale.

In seguito all'ordinanza con la quale il giudice comunica la presunzione giurisprudenziale alle parti, queste, venute a conoscenza della ripartizione dei rischi probatori tracciata dal giudice, sono poste nella condizione di interloquire sul merito della presunzione giurisprudenziale stessa ed eventualmente – ove essa, in contrasto con le regole della comune esperienza, non sia giustifi-

cata dalla necessità di evitare l'eccessiva difficoltà di prova per la parte "legalmente onerata" – possono indurre il giudice a rivenderla – modificandola, per così dire, in sede di *autotutela* – o rinunciare ad essa.

Il contraddittorio si configura, in tal modo, come uno *strumento di controllo preventivo, ante sententiam*, dell'esercizio del potere discrezionale del giudice, in quanto può indurre il giudice stesso che ha formulato la presunzione giurisprudenziale a modificarla o a revocarla, prima che essa si rifletta sul contenuto della sentenza.

Un secondo ordine di controlli sul corretto esercizio del potere discrezionale del giudice è poi assicurato, *ex post*, dalla motivazione della sentenza e dal sistema delle impugnazioni.

Le parti, infatti, attraverso l'esame della motivazione della sentenza, vengono poste in condizione di conoscere le massime d'esperienza sulla base delle quali il giudice ha adottato la presunzione giurisprudenziale e, ove abbiano motivo di ritenere che quest'ultima non sia giustificata dalla necessità di evitare l'eccessiva difficoltà di prova per la parte "legalmente onerata", possono instaurare un contraddittorio *successivo* dinanzi al giu-

dice del gravame, al fine di ottenere la revisione della regola di giudizio posta con la presunzione.

In proposito, si rivela importante il controllo che può essere svolto, non solo dal giudice di appello, ma anche da quello di legittimità; anche se non è agevole qualificare i vari tipi di vizi della sentenza attinenti alla ripartizione giudiziale dei rischi probatori, denunciabili dinanzi alla Corte di cassazione.

E' noto che, secondo l'opinione tradizionale¹³², l'inosservanza della regola di giudizio posta dall'art. 2697 c.c. comporta la falsa applicazione della legge sostanziale, in quanto la norma giuridica (materiale) viene applicata in modo diverso da quello prescritto dal principio giuridico dell'onere della prova; si tratterebbe, pertanto, di un *error in iudicando*, denunciabile dinanzi al giudice di legittimità ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.¹³³

¹³² Vedi MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pag. 238; VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 127.

¹³³ Cfr. Cassazione civile, sez. III, 22 febbraio 2007, n. 4196, in Guida al diritto 2007, 14, 55: "Deve escludersi che l'art. 2697 c.c. sia norma processuale, la cui violazione comporti un "*error in procedendo*", denunciabile in sede di ricorso per cassazione avverso pronuncia resa secondo equità dal giudice di pace, piuttosto che un non denunciabile "*error in iudicando*". Le norme poste dal libro sesto, titolo secondo, del codice civile in materia d'onere della prova e d'idoneità delle prove adottate dalle parti onde assolvere a tale onere, infatti, regolano, l'individuazione del soggetto tenuto a fornire la dimostrazione dei fatti costitutivi, o modificativi, o estintivi dei diritti dedotti in giudizio, l'astratta idoneità di ciascuno dei mezzi presi in considerazione all'assolvimento di tale funzione con riferimento a specifiche esigenze, la forma che ciascuno di questi deve assumere onde tale idoneità possa essere loro riconosciuta, non la valutazione dei risultati ottenuti mediante l'esperi-

Tale soluzione, tuttavia, non può essere mutuata *de plano* per il caso in cui il giudice, per ripartire tra le parti i rischi probatori, abbia fatto ricorso ad una presunzione giurisprudenziale, perché in tal caso il controllo dell'osservanza della regola di giudizio formulata dal giudice non può prescindere dal controllo della correttezza della formulazione della presunzione giurisprudenziale stessa e dei criteri che hanno presieduto alla sua formulazione.

A questo proposito, si tratta di stabilire se la formulazione di una presunzione giurisprudenziale in assenza del presupposto che la legittima – ossia in assenza di una situazione in cui, alla luce delle massime d'esperienza, si può dire che la ripartizione legale degli oneri probatori violi il limite della “non eccessiva difficoltà” della prova – dia luogo ad una falsa applicazione della norma sostanziale al rapporto giuridico controverso, come tale censurabile a norma del citato art. 360 n. 3 c.p.c.; ovvero ad un vizio della motivazione della sentenza denunciabile a norma dell'art. 360 n. 5 c.p.c.

Sembra corretto ritenere che ogni qual volta la presunzione giurisprudenziale sia stata formulata dal giudice sulla base di una

mento dei mezzi stessi, valutazione regolata, invece, dagli art. 115 e 116 c.p.c., la cui erroneità ridonda, se del caso, in vizio deducibile ex art. 360 n. 5 c.p.c.”.

massima d'esperienza inesistente (ossia non rispondente alla realtà), poiché in tal caso viene erroneamente disapplicata la norma dell'art. 2697, si verifica una falsa applicazione della legge sostanziale, censurabile ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.; mentre il vizio della motivazione va riservato a quei casi in cui, pur essendo la presunzione giurisprudenziale conforme alla comune esperienza, o risulta assente, insufficiente o illogica l'esposizione dei motivi che hanno presieduto alla scelta della regola d'esperienza tra più regole astrattamente possibili, ovvero, dalla presunzione correttamente formulata è stata inferita una conclusione ad essa logicamente non conseguente.¹³⁴

12. LA RIPARTIZIONE *CONVENZIONALE* DELL'ONERE DELLA PROVA

¹³⁴ LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit., pag. 292 ss.; TARUFFO, voce "onere della prova", cit., pag. 77 ss; ID, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., pag. 751 ss.; VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pagg. 138 ss., 465 ss.; ID, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, cit., pag. 715 ss.; PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 109 ss.; ID, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, pag. 708; CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, cit., pag. 203 ss; CENDON-ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, cit., pag. 129 ss; VALLEBONA, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pag. 809 ss.; DENTI, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pag. 710 ss.

Durante la vigenza del codice civile del 1865, la mancanza di una esplicita previsione normativa volta a disciplinare il problema della ripartizione convenzionale degli oneri probatori, aveva provocato in dottrina accese dispute tra chi escludeva la possibilità per le parti di stipulare accordi tendenti a modificare la ripartizione legale dell'onere della prova, sul presupposto che la regola di giudizio, riguardando l'attività del giudice, non può essere oggetto di disposizione delle parti; e chi, invece, ammetteva la validità e l'efficacia di tali accordi, inquadrandoli nella categoria degli atti dispositivi concernenti l'esercizio dell'azione.

Il problema è stato risolto in via legislativa dall'art. 2698 del c.c. vigente, il quale ammette la validità dei patti volti ad invertire o a modificare l'onere della prova, sanzionandoli però con la nullità “quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere ad una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto”.

La possibilità delle parti di invertire o modificare la distribuzione degli oneri probatori, con un atto di autonomia negoziale, è quindi sottoposta a due condizioni (limiti normativi):

- a) In primo luogo, tali accordi devono riguardare diritti “disponibili” dalle parti¹³⁵. Si ritiene, tuttavia, che la possibilità per le parti di stipulare patti sull’onere della prova sia preclusa, non soltanto quando i diritti non sono disponibili, ma anche laddove, pur vertendosi in materia di diritti rimessi alla disponibilità dei privati, il legislatore abbia introdotto una norma espressa per l’individuazione del soggetto “onerato” oppure una presunzione legale, così manifestando l’intento di disciplinare *in modo cogente* la ripartizione del rischio di soccombenza per la mancata prova.
- b) La seconda condizione è che i patti volti ad invertire o a modificare l’onere della prova non abbiano come effetto quello di rendere alla parte “onerata” eccessivamente difficile l’esercizio del diritto.¹³⁶ Questa condizione risponde alla fina-

¹³⁵ L’”Indisponibilità” del diritto – come si ricava dall’art. 1966, comma 2, c.c. – può essere fissata *per legge* (come nel caso dei diritti sui beni demaniali, di quelli tendenti a far dichiarare la falsità di un atto o la nullità del contratto) ovvero desunta dalla *natura* stessa del diritto (come nel caso dei diritti c.d. personalissimi o dei diritti di famiglia).

¹³⁶ Per es. vedi Trib. Cagliari, 9 settembre 1947: “la clausola di polizza di assicurazione incendi la quale disponga che l’assicurato, in caso di apertura di un procedimento giudiziario, debba dimostrare che il sinistro non è avvenuto per dolo (o colpa grave) proprio o delle persone delle quali legalmente risponde, contiene un patto di inversione dell’onere della prova, il quale aggrava eccessivamente per l’assicurato l’esercizio del proprio diritto, costringendolo, ove le cause del sinistro non siano chiare ed accertabili in modo oggettivo, a fornire una serie di prove che comporterebbero un serio dispendio di attività, che sarebbero comunque di incerto

lità di evitare che una parte (spesso la parte “debole” del rapporto sostanziale), accettando l’accordo che inverte o modifica la distribuzione degli oneri probatori, finisca col danneggiare eccessivamente la propria posizione processuale. Il limite della “non-eccessiva difficoltà” dell’esercizio del diritto deve essere valutato in concreto dal giudice, avendo riguardo delle specifiche caratteristiche della singola fattispecie e della natura dell’atto da compiere. Il giudice dovrà tener conto di ogni elemento che riguardi la prova dei fatti, come i costi e la concreta possibilità, per la parte onerata, di procurarsi i mezzi probatori occorrenti per dimostrare l’esistenza del fatto che la parte non avrebbe l’onere di provare secondo le regole generali.

Secondo parte della dottrina¹³⁷, il limite della “non-eccessiva difficoltà” dell’esercizio del diritto non è altro che un’applicazione del criterio della “*non-eccesiva difficoltà*” della prova (vedi *supra* §10), che opera nel caso di ripartizione legale degli oneri probatori e che qui, anziché essere ri-

rilevato probatorio. Tale patto deve ritenersi, pertanto, nullo ai sensi dell’art. 2698 c.c.”.

¹³⁷ Vedi ad es. LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit., pag. 313.

cavato dal sistema¹³⁸, trova invece una specifica previsione nel dettato del diritto positivo.

Il giudice sarà, perciò, chiamato a verificare se l'inversione o la modificazione convenzionale degli oneri probatori renda, per la parte onerata, eccessivamente arduo e difficoltoso il reperimento di mezzi di prova idonei a supportare le sue affermazioni in fatto; se cioè, l'inversione o la modificazione convenzionale degli oneri probatori, svuotando il dibattito processuale di ogni reale contenuto, finisca per imporre al giudice una sentenza *senza prove*, dando luogo, così, ad un vero e proprio, quanto inammissibile, meccanismo *di pre-determinazione convenzionale della soccombenza*.

In questo senso, il limite della “non-eccessiva difficoltà” della prova si giustifica non soltanto con la necessità di garantire la parità di trattamento delle parti nel processo o con la necessità di far sì che l'eventuale volontà di rinunciare al diritto venga perseguita con gli strumenti offerti dal diritto sostanziale senza l'uso improprio del processo o, ancora, con l'esigenza di tutelare la parte debole del rapporto dagli eccessivi limiti che

¹³⁸ Precisamente, dai principi sanciti negli artt. 3 e 24 Cost.

all'esercizio del suo diritto potrebbero essere "imposti" *ante causam* dalla controparte¹³⁹; ma anche e soprattutto, per quel che riguarda il fine conoscitivo del processo, con la necessità di garantire l'effettività del contraddittorio e il *reale* confronto dialettico tra le parti nell'accertamento del fatto.

Quando il giudice accerta che, in seguito all'inversione o alla modificazione convenzionale dell'onere probatorio, il limite della "non-eccessiva difficoltà" della prova è stato superato, egli deve dichiarare la nullità dell'accordo, che, pertanto, viene riconosciuto inidoneo *ex tunc* a produrre qualsiasi effetto giuridico. In questo caso, caduta la convenzione tra le parti, al giudice non rimane che ricorrere alla ripartizione "legale" dell'onere della prova, applicando la regola generale di cui all'art. 2697.¹⁴⁰

¹³⁹ Ciò accade soprattutto nei patti contenuti nelle condizioni generali di contratto.

¹⁴⁰ TARUFFO, voce "onere della prova", cit., pag. 74; VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 128 ss; ID, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, cit., 1992, pag. 721 ss.; LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit., pag. 310 ss.; PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 181 ss; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pag. 163 ss.; MONTESANO, *Offerta della prova e inversione convenzionale dell'onere di prova*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, III, pag. 38 ss.; BETTI, *Su di una pretesa inversione dell'onere della prova per fatto concludente*, in *Giur. It.*, 1950, I, pag. 264; DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, pag. 28.

13. SEGUE. L'*INVERSIONE UNILATERALE* DELL'ONERE DELLA PROVA

Può accadere che una parte, nell'effettuare le proprie deduzioni probatorie, offra di fornire la prova di un fatto che non avrebbe l'onere di provare secondo l'art. 2697. Tale ipotesi – alla luce del principio dell'acquisizione processale – non incide sulla ripartizione degli oneri probatori.

Pertanto, se la prova offerta dalla parte non “onerata” è ammissibile e rilevante, essa viene ammessa e poi assunta; e se essa ha esito positivo verrà utilizzata per accertare l'esistenza del fatto che ne rappresenta l'oggetto. Nel caso in cui la prova (offerta dalla parte non onerata) abbia esito negativo, e quindi nessuna delle parti determini il convincimento del giudice, dovrà essere considerata soccombente quella gravata dall'onere, perché non ha fornito la prova delle allegazioni, contestate dal suo avversario, nonostante che quest'ultimo non abbia provato le sue affermazioni.

Il giudice dunque può ammettere o meno, in base all'abituale giudizio di rilevanza, la prova offerta dalla parte non gravata dall'onere; ma, pur quando tale prova non determina il suo con-

vincimento, né questo si forma in base ad altri elementi, non può applicare la regola sull'onere a carico della parte che non era tenuta a provare, ritenendola quindi soccombente.

A tal riguardo, appare contestabile quel risalente indirizzo giurisprudenziale che tendeva ad identificare l'offerta della parte non "onerata" con una "assunzione *unilaterale* dell'onere", cioè con un atto di rinuncia della parte alla favorevole posizione processuale derivante dall'art. 2697¹⁴¹. Se, infatti, nel processo è richiesta la collaborazione delle parti al fine di facilitare il compito del giudice nella ricerca della verità, non può ammettersi una ricostruzione dell'istituto che determinerebbe gravi rischi per la parte non tenuta a provare, inducendola ad un comportamento passivo. Risulta quindi arbitraria l'interpretazione del comportamento processuale della parte che chiede di provare i fatti alla cui dimostrazione non è tenuta come un "contegno concludente" a cui collegare una sanzione di autoresponsabilità processuale. La san-

¹⁴¹ Vedi ad. es. Cass., 11 marzo 1949, n. 765, in *Giur. It.*, 1950, I, pag. 261; Cass., 31 gennaio 1949, n.145, in *Foro It.*, 1949, I, pag. 652.

Tale orientamento giurisprudenziale veniva così criticato da BETTI (*Su di una pretesa inversione dell'onere della prova per fatto concludente*, cit., pag. 264): «...Esso porta difilato a incoraggiare l'inerzia della parte avversa a quella a cui incombe l'onere della prova, dato il timore che una sua iniziativa nella collaborazione all'istruttoria possa essere interpretata dal giudice, non già come semplice offerta di prova contraria, ma niente meno che come esonero della controparte dall'onere della prova a lei incombente. Non diremmo che un simile risultato sia tale da promuovere la buona fede processuale e neppure l'economia dei giudizi.»

zione (della soccombenza nel giudizio) non può essere ricollegata al mancato raggiungimento dell'effetto a cui la parte tendeva¹⁴² ma soltanto all'inadempimento di un onere.

E' vero che la regola legale in tema di onere della prova può essere modificata, in forza dell'art. 2698, mediante un atto di autonomia privata. Ma anche accogliendo la tesi secondo cui tale norma non esclude la configurabilità di un negozio unilaterale, occorre che il negozio unilaterale sussista effettivamente: occorre, cioè che il contegno sia "univocamente concludente", vale a dire assolutamente incompatibile con la permanenza dell'onere della prova in capo alla controparte. Ciò non si configura se la parte si limita ad offrire la prova. L'offerta di prova costituisce, infatti, un atto di esercizio del diritto alla prova, mediante il quale la parte cerca di influire sul convincimento del giudice, e che non può certamente trasformarsi in *onere* nel caso in cui la prova si riveli infruttuosa ed inutile e, quindi, non conduca a detto convincimento.¹⁴³

¹⁴² Cioè il convincimento favorevole del giudice

¹⁴³ Può, inoltre, accadere che la parte, date le molteplici possibili impostazioni della controversia e configurazioni giuridiche dei rapporti in contesa, non sappia, al momento di dedurre le prove, quale sia la ripartizione dell'onere probatorio, e offra di conseguenza una prova della quale non le incombe l'onere. In tal caso, dunque, la parte non vuole investire, a favore dell'avversario, l'onere della prova, ma vuole

Alla luce delle suddette considerazioni emerge chiaramente che, cosa diversa dalla semplice offerta di prova proveniente dalla parte non onerata è la *inversione unilaterale* dell'onere della prova, la quale si configura quando una parte si assume – attraverso una *chiara ed univoca* manifestazione di volontà¹⁴⁴ – l'onere di provare un fatto che non sarebbe tenuta a provare secondo le regole generali (ad. es. l'attore chiede di provare che un fatto estintivo non si è verificato, indipendentemente dal fatto che il convenuto ne dia la prova positiva; o, il convenuto chiede di provare che il fatto costitutivo non si è verificato, indipendentemente dall'attività probatoria dell'attore).

soltanto prendere normali cautele, necessarie ad ogni diligente difesa, in vista di quello che potrà essere il risultato finale degli accertamenti e delle valutazioni, in fatto e in diritto, dei rapporti controversi. Né la controparte potrà ragionevolmente scorgere nel comportamento della parte che offre la prova una volontà di invertire l'onere probatorio. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'attore, invocando il suo diritto al risarcimento per un fatto dannoso, sia in dubbio sulla natura – contrattuale o extracontrattuale – della responsabilità del convenuto, e prospettando entrambe le possibili configurazioni giuridiche del caso, offra la prova della colpa dello stesso convenuto, ai sensi degli artt. 2697 e 2043 c.c.: in tal caso, se dal complesso degli accertamenti e delle valutazioni sugli elementi della causa risulti la natura contrattuale dell'invocata responsabilità, dovrà applicarsi il principio dell'art. 1218 c.c. e l'attore non potrà soggiacere alle conseguenze della mancata prova della colpa.

¹⁴⁴ La giurisprudenza più recente richiede “*l'inequivoca* volontà di rinunciare ai benefici e ai vantaggi derivanti dall'applicazione dell'art. 2697, e di subire le conseguenze dell'eventuale fallimento della prova dedotta ed offerta”. Vedi ad es. Cass., 28 giugno 1984, n. 3796 (in *Foro It., Rep.*, 1984, voce *Prova civile in genere*, n. 10); Cass., 22 ottobre 1976, n. 3741 (in *Foro It., Rep.*, 1976, voce *Prova civile in genere*, n. 9); Cass., 7 luglio 2005, n. 14306 (in *Guida al Diritto*, 2005, n.34, pag. 65); Cass., 10 dicembre 2002, n. 17573 (in *Dir. e Prat. Trib.*, 2003, II, pag. 1095); Cass., 24 aprile 1988, n. 3167 (in *Mass. Giur.it.*, 1988)

Che la parte si assuma questo onere – invertendone la distribuzione originaria – non significa solo che essa offre una prova che non sarebbe tenuta a dedurre, ma soprattutto che essa si assume le conseguenze negative che deriverebbero dalla mancata prova del fatto.¹⁴⁵

¹⁴⁵ TARUFFO, voce “*onere della prova*”, cit., pag. 75; PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 185 ss; VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 220 ss; ID, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pag. 721 ss.; BETTI, *Su di una pretesa inversione dell'onere della prova per fatto concludente*, cit., pag. 264; MONTESANO, *Offerta della prova e inversione convenzionale dell'onere di prova*, cit., pag. 38 ss.; DENTI, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, cit., pag. 709 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pag. 163.

CAP. III LA RIPARTIZIONE DELL' ONERE DELLA PROVA NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

14. LA *NORMENTHEORIE* DI ROSENBERG

Nell'ordinamento tedesco manca, così come nel codice civile italiano del 1865, la previsione espressa di una regola generale sulla ripartizione degli oneri probatori¹⁴⁶. Ma in realtà da ciò non deriva alcuna differenza rilevante¹⁴⁷, perché il principio generale che, nella prassi, si applica non è sostanzialmente diverso da quello sancito nell'art. 2697 c.c. Tale principio si basa sulla *Normentheorie*, la nota teoria elaborata da Rosenberg nella sua fondamentale monografia sull'onere della prova.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Una norma generale sull'onere della prova era invece prevista nel § 193 del primo progetto del BGB. Si trattava, precisamente, di alcune “disposizioni generali” (§§ 193-198), che facevano riferimento a diversi settori del diritto privato, non inserite poi nel secondo progetto. Dai lavori preparatori risulta che esse furono ritenute inutili perché dalle norme di diritto sostanziale – “se ben formulate ed interpretate” – deve potersi dedurre non soltanto il *thema probandum* ma anche la ripartizione dell'onere della prova.

¹⁴⁷ Come rilevato da GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1970.

¹⁴⁸ «*Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*», München, 1952.

Secondo la *Normentheorie* una norma può essere applicata soltanto quando sussistono tutti i presupposti di fatto richiesti dalla norma stessa per il verificarsi delle conseguenze giuridiche che essa prevede e disciplina. L'onere di provare questi presupposti di fatto grava sulla parte che dall'applicazione della norma riceverebbe effetti favorevoli. Essa, di conseguenza sopporta lo svantaggio derivante dal permanere del dubbio circa la situazione di fatto.

Dall'analisi della fattispecie giuridica invocata dalle parti deriverebbe, dunque, l'individuazione di "chi deve provare cosa" e di conseguenza, anche, l'individuazione di chi deve sopportare le conseguenze negative della mancata prova dei fatti.

In altri termini, la *Normentheorie* desume la ripartizione dell'onere della prova tra le parti dalle diverse relazioni (di complementarità e quindi di reciproca integrazione, ovvero di opposizione e quindi di reciproca esclusione) in cui le norme di diritto sostanziale si trovano tra di loro. Ad una norma fondamentale, che prevede il sorgere dell'effetto giuridico, possono contrapporsi delle «*contro norme*», che impediscono fin dall'inizio il sorgere dell'effetto, ovvero, lo sospendono o lo estinguono. Ogni parte

ha l'onere di provare il verificarsi della fattispecie della norma, i cui effetti le sono favorevoli. Nella concezione di Rosenberg, il giudice applica solo una di queste norme: la norma fondamentale o una contronorma.

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

Se al termine del processo residua l'incertezza sull'esistenza dei presupposti di fatto della norma di cui la parte invoca l'applicazione (indipendentemente dal fatto che la parte sia rimasta inerte o abbia fornito prove non sufficienti, oppure che la controparte abbia fornito adeguate controprove), il giudice accerta

che il correlativo effetto non si è verificato e respinge la domanda. In tal caso, la conseguenza negativa per la parte (ossia la soccombenza) deriva, non tanto dall'inadempimento in astratto di un onere, ma piuttosto dall'impossibilità per il giudice di applicare la norma invocata, a causa della mancata prova di un determinato presupposto. Il giudice, infatti, deve essere *convinto* dell'esistenza di tutti i presupposti della norma di cui la parte chiede l'applicazione. Se sussiste un dubbio circa la sussistenza (anche di uno solo) dei presupposti richiesti dalla norma, non è possibile la sua applicazione.

Il contenuto della decisione del giudice, in caso di mancata formazione del convincimento è, pertanto, il “riflesso”, una mera “conseguenza”, della disapplicazione della norma di diritto sostanziale su cui si basa la pretesa della parte.

15. SEGUE. CRITICHE ALLA *NORMENTHEORIE*

La *Normentheorie* ha offerto per decenni il criterio indiscusso per la ripartizione dell'onere della prova nell'ordinamento tedesco. Da alcuni anni, tuttavia, non mancano acute critiche che mettono in luce problemi di regolamentazione – relativi soprattutto alle

tematiche più recenti – comuni alla nostra esperienza ed offrono criteri di soluzione adeguati, almeno in parte, anche in base alla disciplina del codice civile italiano.¹⁴⁹

Il principale è più diffuso rimprovero mosso alla *Normentheorie* è quello di un eccessivo “*formal-positivismo*”: essa impedirebbe, cioè, di tenere conto di molteplici aspetti necessari per la realizzazione di una giustizia sostanziale.¹⁵⁰

In particolare, non risulta chiaramente in base a quale norma il giudice possa equiparare l’incertezza sull’esistenza del fatto rilevante (per l’applicazione della norma invocata dalla parte) al caso in cui il giudice è *convinto* della non esistenza dello stesso¹⁵¹.

Tale equiparazione sarebbe difficilmente conciliabile con il seguente assunto. Le norme giuridiche ricollegano effetti a fattispecie nella realtà sostanziale; l’unica alternativa è che la fattispecie si sia verificata o non si sia verificata; l’incertezza processuale sull’esistenza dei fatti rilevanti non può essere appiattita né sulla

¹⁴⁹ Punto di partenza del dibattito sull’onere della prova – che si riapre negli anni sessanta con la monografia di LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, cit. – è la soluzione insoddisfacente del problema del *non liquet* offerta dalla *Normentheorie*.

¹⁵⁰ SCHWAB, *Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie*, in *Festschrift fuer Bruns*, pag. 505. Cfr. altresì PRÜTTING, *Grundprobleme des Beweisrechts*, in *JA*, 1985, pag. 313 ss.

¹⁵¹ SCHWAB, ult. op cit., pag. 505.

prima, né sulla seconda ipotesi. Ci si chiede, in particolare¹⁵², in base a quale norma (principio, o strumento tecnico-giuridico¹⁵³) il giudice possa parificare la mancata o insufficiente prova del fatto alla (esistenza o) inesistenza del medesimo, e come tale parificazione possa conciliarsi con il § 286 ZPO¹⁵⁴, il quale pretende dall'organo giudicante il pieno convincimento circa la verità o non verità dell'affermazione di un fatto.

Secondo alcuni, il giudice agirebbe avvalendosi di una sorta di prova legale per effetto della quale egli *deve* considerare inesistenti i fatti non (sufficientemente) provati, ovvero di una presunzione di inesistenza dei fatti non provati. Secondo altri, l'equiparazione si realizzerebbe attraverso il ricorso allo schema

¹⁵² Cfr. LEIPOLD, ult. op. cit., pag. 32.

¹⁵³ La dottrina tedesca parla di «*Operationsregel*»

¹⁵⁴ «*Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind./ An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.*» (Il giudice deve decidere secondo libero convincimento se l'affermazione di un fatto sia da considerare come vera o come non vera, tenuto conto di tutto il contenuto della trattazione e del risultato di un'eventuale istruzione probatoria. Nella sentenza devono essere indicati i motivi che hanno guidato il convincimento giudiziale./ Il giudice è vincolato a regole probatorie legislative solo nei casi indicati da questa legge.)

Secondo l'orientamento maggioritario il § 286 ZPO esclude che il criterio del convincimento giudiziale circa l'affermazione dell'esistenza dei fatti rilevanti possa essere, nei processi a cognizione piena, un qualcosa di diverso e di minore della verità (o comunque di un grado di probabilità molto alto, che confina con il convincimento della verità).

della finzione, il quale guiderebbe il giudice nel “fingere” l’esistenza di una certa fattispecie (ad. es. i presupposti del diritto del convenuto se l’attore non è riuscito a fornire la prova della sua pretesa), consentendo in tal modo il superamento dell’incertezza sulla situazione di fatto. Vi è, infine, chi ritiene che il giudice, chiamato a decidere in caso di mancata (o insufficiente) prova, non “deve” presumere inesistenti i fatti non provati, egli invece non “può” considerare esistenti i medesimi. In altri termini, il giudice non dà mai per “verificati” i fatti rimasti ignoti, ma implicitamente li considera e dichiara come inesistenti, nella sola misura in cui non siano stati sufficientemente provati da chi ne aveva l’interesse e l’onere (o da chiunque altro nel giudizio). Il giudice, cioè, non è tenuto a dare alcunché per “presunto” o per “inesistente”, ma semplicemente *non accerta il fatto*, rimasto indimostrato per difetto di prova, e dal suo mancato accertamento si limita a trarre il presupposto tecnico-giuridico per il rigetto della domanda o dell’eccezione che sul medesimo si fonda.

Un’altra critica che la dottrina tedesca muove alla *Normentheorie* è quella di rendere, in molti casi, eccessivamente difficile la po-

sizione di chi agisce in giudizio. La conseguenza di ciò viene ravvisata nella creazione di regole diverse (particolari criteri sulla ripartizione dell'onere probatorio) da parte della giurisprudenza, che in alcuni casi capovolge il risultato a cui si dovrebbe pervenire in base alla *Normentheorie*, pur restando legata al suo schema fondamentale. Gli esempi più noti e frequenti riguardano la responsabilità del produttore¹⁵⁵ e la responsabilità professionale del medico¹⁵⁶. Nel primo caso, in base al criterio fondamentale elaborato da Rosenberg, il consumatore danneggiato dovrebbe provare che il danno provocato da un prodotto sia imputabile alla colpa del produttore o dei suoi ausiliari. Questa conclusione viene considerata imprevedibile nei confronti del consumatore, che non conosce gli aspetti interni e i dati tecnici del sistema produttivo. Così, seguendo una fondamentale decisione del *Bundesgerichtshof*¹⁵⁷, la giurisprudenza pone a carico del produttore l'onere

¹⁵⁵ In tema di responsabilità del produttore vedi WAHRENDORF, *Die Prinzipien der Beweislast in Haftungsrecht*, Köln, 1976, pag. 112 ss.

¹⁵⁶ In tema di responsabilità professionale del medico vedi FASTENRATH, *Arzthaftpflichtprozeß und Beweislastverteilung*, Frankfurt am Main, 1990; SICK, *Beweisrecht im Arzthaftpflichtprozeß*, Frankfurt am Main, 1986, pag. 96 ss; YOUNG-KYU PARK, *Das system des Arzthaftugrechts*, Frankfurt am Main, 1992, pag. 10 ss; KAUFMANN, *Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozess*, Köln, 1984, pag. 5 ss; CHIANG, *Beweislast und Beweiserleichterung bei der Haftung von Angehörigen der Freien Berufe*, München, 1999, cit., pag. 30 ss.

¹⁵⁷ BGH, 3 giugno 1975, in *NJW*, 1975, pag. 1827.

di provare che il danno provocato dal prodotto non sia imputabile a colpa sua o dei suoi ausiliari.

Nel secondo caso, in base alla regola fondamentale derivante dalla *Normentheorie*, il paziente sarebbe tenuto a provare (anche) il nesso di causalità esistente tra l'*errore grave* del medico ed il danno. Ciò renderebbe eccessivamente difficile, al paziente, la tutela giudiziaria del proprio diritto, in quanto esso, solitamente, non dispone né della documentazione adeguata (ad es. cartelle cliniche) né delle cognizioni tecniche idonee a dimostrare la riconducibilità del danno sofferto (insorgenza o aggravamento della patologia) all'errore professionale del medico. La giurisprudenza addossa, pertanto, al medico l'onere di provare che tra l'errore grave¹⁵⁸ (che deve essere provato dal paziente) ed il verificarsi del danno non sussiste un rapporto di causalità, cioè che il danno si sarebbe verificato anche senza l'errore.¹⁵⁹

¹⁵⁸ E' doveroso precisare che tale inversione dell'onere probatorio viene prevista dalla giurisprudenza tedesca soltanto in caso di *errori particolarmente gravi del medico*.

¹⁵⁹ Un esempio dell'attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità in Germania, in materia di prova (regole di ripartizione dell'onere probatorio e *quantum* di prova) della responsabilità medica (ed in particolare del nesso di causalità) viene offerto dalla sentenza del BGH, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06. Con tale sentenza, la Suprema Corte tedesca ribadisce l'orientamento secondo cui, in applicazione del principio generale *onus probandi incumbit ei qui agit*, l'attore-paziente, sia che si tratti di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, deve provare:

-
- a) che la condotta (attiva o omissiva) del medico non è conforme alle regole di diligenza dettate dalla *lex artis* (errore diagnostico o errore terapeutico);
 - b) che la lesione verificatasi nella sfera del paziente è eziologicamente riconducibile all'errore (causalità materiale, "*haftungsbegründende Kausalität*");
 - c) che la lesione ha provocato i danni di cui si chiede il risarcimento (causalità giuridica o risarcitoria).

Accertata la sussistenza di un errore, risulta dunque indispensabile accertare non solo il nesso eziologico intercorrente tra la condotta (omissiva o attiva) e l'evento dannoso (nell'ambito del giudizio *sull'an* della responsabilità), bensì anche quello tra l'evento dannoso e i danni cd. consequenziali (nell'ambito del giudizio sul risarcimento).

Secondo il costante orientamento del BGH, ai fini dell'accertamento della causalità materiale, non è richiesta una certezza assoluta e nemmeno una probabilità vicina alla certezza, ma un "*grado di certezza utilizzabile nella vita pratica*" (*ein im täglichen Leben brauchbarer Grad von Gewissheit*) e cioè un ragionevole grado di certezza che sia tale da escludere ragionevolmente (sempre secondo il libero apprezzamento del giudice) ogni dubbio circa l'esistenza di un nesso causale tra l'evento dannoso (lesione della salute) e la condotta omissiva o commissiva (BGH 17.2.1970, in *NJW* 1970, pag. 946; BGH 18.1.2000, in *NJW* 2000, pag. 953; BGH 14.1.1993, in *NJW* 1993, pag. 937).

Per quanto riguarda, invece, la causalità giuridica, la Suprema Corte tedesca ha ribadito il proprio costante orientamento secondo il quale il rigore probatorio (grado probatorio) va diminuito ai sensi del § 287 ZPO. Secondo tale disposizione, infatti, in caso di controversia *sull'an* di un danno (consequenziale) nonché nell'ipotesi in cui è impossibile dare la prova dell'ammontare preciso del danno, l'accertamento tanto dell'esistenza quanto dell'ammontare del danno subito dal danneggiato avviene sulla base del libero apprezzamento del giudice che deve tener conto di tutte le circostanze concrete del caso.

Secondo il pacifico orientamento del BGH, il § 287 ZPO non richiede una "*ragionevole certezza*" ai fini dell'accertamento della causalità giuridica, bastando, invece, una prevalente probabilità (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*) che il danno conseguenza sia derivato dalla lesione, a sua volta riconducibile con ragionevole certezza alla sfera del danneggiante.

Si può, quindi, concludere che, sotto il profilo dell'onere probatorio, la Suprema Corte tedesca segue il principio secondo il quale l'onere di provare l'errore sanitario grava sempre sul paziente, trattasi di responsabilità contrattuale ossia extracontrattuale.

Conseguentemente è in ogni caso il paziente che deve fornire la prova del nesso causale tra l'errore diagnostico/terapeutico e l'aggravamento della situazione patologica del paziente medesimo nonché della violazione della *lex artis*. Nelle sole ipotesi, invece, in cui il medico incorre in *gravi errori diagnostici o terapeutici* (*grobe Bahndlungsfehler*), la Suprema Corte tedesca ammette l'inversione dell'onere della prova in ordine al rapporto di causalità materiale.

Per la prova della causalità giuridica, invece, l'inversione dell'onere della prova è consentita nei soli casi in cui i danni-conseguenza possono qualificarsi come conseguenze tipiche della lesione primaria (*typische Folge der Primärverletzung*).

In entrambi i casi, dunque, l'onere della prova viene trasferito (ad opera della giurisprudenza) sul produttore o sul medico, disattendendo, in tal modo, il principio (derivante dalla *Normentheorie*) in base al quale il danneggiato deve provare *tutti* i fatti che costituiscono il presupposto per il sorgere della sua pretesa al risarcimento del danno.

Sulla base delle suddette considerazioni si afferma l'impraticabilità di una regola generale che addossa sempre su chi esercita la pretesa l'onere di provare *tutti* i fatti che devono sussistere affinché questa possa essere soddisfatta.

16. SEGUE. REGOLE ALTERNATIVE ALLA *NORMENTHEORIE*. IL SUO PROGRESSIVO SUPERAMENTO.

Diverse sono le strade che nell'ordinamento tedesco si battono per mitigare le difficoltà che l'astratta ripartizione dell'onere della prova provoca a chi agisce in giudizio e per confinare in casi eccezionali l'applicazione della regola di giudizio sancita dalla *Normentheorie*.

Accanto alle tecniche di modificazione o inversione giurisprudenziale dell'onere della prova (vedi *supra* § 11), note anche

nell'ordinamento italiano, si prospetta la possibilità di ridurre, o addirittura eliminare il ricorso alla regola di giudizio basata sull'onere della prova, attraverso il ricorso alla teoria scandinava sulla verosimiglianza.¹⁶⁰

Viene, poi, prospettata la possibilità di ripartire l'onere probatorio in base a criteri diversi da quello tradizionale. Tra questi, soprattutto in materia di responsabilità civile, assumono particolare rilievo il criterio basato sul carattere "tipico" delle fattispecie; il c.d. principio di protezione¹⁶¹, il quale tende a ripartire l'onere probatorio in considerazione del "peso" economico di una parte e della rilevanza costituzionale della situazione giuridica fatta valere in giudizio; infine, il principio di vicinanza (o della migliore attitudine alla prova)¹⁶². Quest'ultimo criterio ripartisce l'onere della prova tenendo in considerazione il fatto che ciascuno è in grado di dare meglio la prova delle circostanze attinenti alla sua sfera di attività e di organizzazione.

Sebbene nessuno dei suddetti principi possa assurgere a criterio generale per la ripartizione degli oneri probatori, ciò che occorre

¹⁶⁰ Sul punto v. *infra*, Cap. IV, § 23.

¹⁶¹ "Schutzprinzip"

¹⁶² "Kriterium der Beweismöglichkeiten"

evidenziare è il disagio teorico e pratico che si registra nelle ipotesi di decisione giudiziale adottata sulla base della regola di giudizio sull'onere della prova, e la conseguente esigenza di superamento della teoria tradizionale, che, soprattutto nei settori indicati conduce a risultati insoddisfacenti.¹⁶³

In difficoltà analoghe, come si è visto (vedi *supra* Cap. III), si dibatte la giurisprudenza italiana, costretta a prendere le mosse dalla regola – in gran parte coincidente con quella proposta dalla *Normentheorie* – contenuta nell'art. 2697.

Ma proprio la presenza di una norma, e quindi di un principio generale in essa contenuto, inducono ad accogliere con molta circospezione le teorie che viceversa prendono le mosse dalla man-

¹⁶³ Il disagio è acuito nell'ordinamento tedesco dal § 286 ZPO, il quale pretende dal giudice il pieno convincimento circa la verità o non verità dell'affermazione di un fatto. Secondo l'orientamento maggioritario il § 286 ZPO esclude che il criterio del convincimento giudiziale circa l'affermazione dell'esistenza dei fatti rilevanti nei processi a cognizione piena possa essere — almeno di regola, salvo cioè deviazioni legislative da questo criterio come quelle dei §§ 287 e 294 ZPO — un qualcosa di diverso e di minore della verità (o comunque di un grado di probabilità molto alto, che confina con il convincimento della verità).

Si esclude in particolare che tale criterio possa essere quello della «probabilità prevalente», anche se proprio quest'aspetto ha dato vita ad uno dei filoni di dibattito più interessanti e controversi: quello che ha ad oggetto il *Beweismaß*, il criterio o quantum della prova. Cfr. sul punto BENDER, *Das Beweismass*, in *Festschrift für F. Baur*, Tübingen, 1981, pag. 247 ss.

canza di una regola generale e dalla eventuale presenza di singole e specifiche norme in settori determinati.¹⁶⁴

17. IL FUNZIONAMENTO DELLE REGOLE SULL'ONERE DELLA PROVA ALLA LUCE DELLE PECULIARITÀ PROPRIE DEL SISTEMA ISTRUTTORIO DEL PROCESSO CIVILE TEDESCO. POTERI PROBATORI E MODELLO PROCESSUALE.

Come è noto, lo studio di un determinato istituto processuale non può essere condotto senza la costante e vigile considerazione ed analisi delle sue interrelazioni con l'ordinamento in cui esso si colloca.

¹⁶⁴ ROSENBERG, *Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*, cit., pag. 91 ss; SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 269 ss; BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, cit., pag. 9 ss; LEIPOLD, *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1985, pag. 5; ROSENBERG, -SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, 2004, pag. 779 ss; ZÖLLER, *Kommentar ZPO*, da § 284 a 287 ZPO, Köln, 2007, pag. da 866 a 892; SCHULZ, *Gedanken über die Verteilung der Beweislast*, Hamburg, 1949; WAHRENDORF, *Die Prinzipien der Beweislast in Haftungsrecht*, cit., pag. 50 ss; REINECKE, *Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe*, cit., pag. 18 ss; SCHLEMMER SCHULTE, *Beweislast und Grundgesetz: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur zivilprozessualen Beweislast im Haftungsrecht*, Köln, 1997, pag. 10 ss; STEIN-JONAS, *Kommentar ZPO*, da § 284 a 287 ZPO, Tübingen, 1996, pag. da 473 a 574; MUSIELAK, *Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., pag. 40 ss; LEIPOLD, *Beweislastregeln und Gesetzliche Vermutungen*, cit., pag. 31; PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 7 ss; PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 85; CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. Dir. Civ.*, IV, 2006, pag. 535; VERDE, *L'onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 112 ss; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pag. 96; TARUFFO, voce "onere della prova", cit., pag. 67 ss.

Occorrerà, pertanto, esaminare brevemente i caratteri fondamentali e le peculiarità del sistema processuale civile tedesco – soprattutto dal punto di vista dell’istruzione – al fine verificare come gli stessi condizionino e determinino le modalità operative dell’istituto dell’onere della prova.

In particolare, muovendo dall’introduzione della controversia, occorre considerare che, in Germania, il giudizio di cognizione ordinaria si propone con ricorso e non già con citazione (§ 253, quinto comma, ZPO). In questo modo, il giudice acquista immediata conoscenza dell’oggetto della controversia, ancor prima della notifica dell’atto introduttivo del giudizio al convenuto.

Tale “*cognizione preliminare*” consente quindi al giudice di scegliere il rito (o meglio il *modello processuale*) più adeguato alla causa, e cioè decidere se fissare subito un’udienza o ordinare un procedimento preliminare per lo scambio di comparse (§ 272, secondo comma, ZPO).

In altri termini, il giudice può calibrare fin dall’inizio lo svolgimento del processo in considerazione della complessità della singola controversia (§ 272 ZPO), scegliendo di far precedere l’udienza principale dalla fissazione della “*prima udienza imme-*

diata”, *Früher erster Termin* (§ 275 ZPO) oppure dal procedimento preliminare scritto, *Schriftliches Vorverfahren*¹⁶⁵, (§ 276 ZPO).

Il processo civile tedesco è dominato dalla cosiddetta “*Konzentrationsmaxime*”, la massima o principio di concentrazione. Mentre, infatti, in Italia le udienze di prima comparizione delle parti e di trattazione della causa sono state riunite soltanto nel 2005¹⁶⁶, il codice di rito tedesco prevede – sin dalla riforma del 1976¹⁶⁷ – che la trattazione della causa deve essere svolta e definita in un’unica udienza “ben preparata”, l’*Haupttermin* (§ 272, primo comma, ZPO).

La prescrizione normativa di trattare l’intera causa in un’unica udienza è indirizzata in primo luogo al giudice, il quale viene –

¹⁶⁵ Nella prassi, i giudici preferiscono la seconda strada, poiché presenta un vantaggio spesso decisivo: al convenuto viene assegnato un primo termine di due settimane, semplicemente per manifestare la sua volontà di difendersi, ed un ulteriore termine (minimo di due settimane), per depositare la sua comparsa di risposta. Se il convenuto non manifesta la volontà di difendersi entro il primo termine, può subire immediatamente, su istanza dell’attore (§ 331, terzo comma, ZPO), una sentenza contumaciale.

¹⁶⁶ Cfr. art. 183 c.p.c., modificato dalla legge 14 maggio 2005, n. 80.

¹⁶⁷ Operata dalla legge sulla semplificazione del processo civile del 3 dicembre 1976, BGBl. I, p. 3281.

perciò – munito d'importanti poteri (*latu sensu* ordinatori e direttivi) finalizzati alla preparazione della causa.¹⁶⁸

Il § 273 ZPO, prevede, infatti, che il giudice può imporre alle parti di svolgere tutta una serie di attività preparatorie dell'*udienza principale*, nella quale la controversia trova di regola, effettivamente, la propria risoluzione.

Tra queste attività occorre segnalare: l'integrazione o il chiarimento delle allegazioni contenute negli atti introduttivi (con l'assegnazione se del caso di un termine a tal fine), l'esibizione di documenti e il deposito di oggetti¹⁶⁹ di ispezione, la comparizione personale delle parti, nonché la comparizione di testimoni, cui le parti si sono riferiti, e di consulenti tecnici, la produzione di documenti e la richiesta di informazioni ufficiali alla Pubblica Amministrazione.

Il § 273 ZPO non detta un elenco tassativo di misure: il giudice può assumere misure preparatorie non menzionate dalla legge, purché funzionali ad un'effettiva preparazione della causa.

¹⁶⁸ La fase preparatoria non serve solo ad informare le parti ed a consentir loro di prepararsi all'udienza, ma è utile anche ad informare il giudice ed a metterlo nelle condizioni di esercitare i propri poteri direttivi, nonché ad anticipare parzialmente l'istruzione probatoria. Solo gli aspetti rilevanti della controversia non chiariti nella prima fase sono oggetto di trattazione nell'udienza principale.

¹⁶⁹ V. §§ 273, secondo comma, n. 5, 142, primo comma, 144, primo comma, ZPO.

Vi è poi un altro aspetto della disciplina del § 273 ZPO da sottolineare, per la notevole incidenza pratica ai fini della concentrazione della fase preparatoria e del successo dell'udienza principale. Nel quadro della serie di provvedimenti preparatori, quelli probatori non sono adottati di regola attraverso il formale provvedimento istruttorio previsto dal § 358 ZPO, che deve contenere la menzione dettagliata dei temi e dei capitoli di prova, la precisazione della parte che deduce la prova, l'indicazione dei mezzi di prova, bensì attraverso un agile provvedimento che contiene solo una breve e generica indicazione del tema di prova.

Si delinea, così, un modello processuale flessibile con notevoli possibilità di adattamento alle caratteristiche delle singole controversie. Le fasi di questo modello sono scandite da termini previsti dalla legge, la cui durata è però fissata in concreto dal giudice, oppure da determinazioni temporali del tutto elastiche, come: *“L'udienza deve aver luogo il più presto possibile”* (§ 272, terzo comma, ZPO); oppure: la parte deve far valere *“tempestivamente”* i suoi mezzi di attacco e di difesa all'udienza (§ 282, primo comma, ZPO), nonché comunicare *“tempestivamente”* alla controparte, prima dell'udienza, i mezzi di attacco e di difesa sui

quali è prevedibile che quest'ultima non possa prendere posizione senza previa informazione (§ 282, secondo comma, ZPO).

Il ruolo attivo del giudice, chiaramente previsto dal sistema processuale civile tedesco, si colloca nella linea di sviluppo originatasi modernamente dall'opera legislativa di Franz Klein, cui si deve il codice di procedura civile austriaco del 1895¹⁷⁰. Tale opera ha trovato un grande prosecutore in Germania in Fritz Baur¹⁷¹, attraverso i suoi impulsi dati prima alla prassi (il modello di Stoccarda, messo in funzione nel 1967 da Rolf Bender, presidente della ventesima sezione civile del Tribunale di quella città)¹⁷² e poi alla legislazione (la *Vereinfachungsnovelle* del 1976).

Si sviluppa così, in un arco di tempo molto breve, un terzo modello fondamentale di processo di cognizione, imperniato sull'udienza principale, che si affianca al modello a struttura trifasica (fase preparatoria, istruttoria e decisoria), tipico del rito

¹⁷⁰ Cfr. KLEIN, *Zeit und Geistesströmungen im Prozesse*, II ed., Frankfurt, 1958. Su questo sviluppo, v. in senso critico in Italia CIPRIANI, *Nel centenario del regolamento di Klein*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pag. 969 ss.

¹⁷¹ Cfr. BAUR, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*, Berlin 1966.

¹⁷² V. BENDER, *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen*, in *DriZ*, 1968, pag. 163 ss.

ordinario di cognizione italiano, ed al modello a struttura bifasica (*pre-trial, trial*), tipico del classico processo anglo-americano.¹⁷³

18. SEGUE. I POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE

Analizzato il contesto sistematico del processo civile si, può passare a trattare dei caratteri fondamentali dell'istruzione probatoria e delle interazioni tra le stesse e la regola di giudizio dell'onere della prova.

Il quadro legislativo del codice di procedura civile tedesco è indubbiamente caratterizzato da ampi poteri d'iniziativa d'ufficio del giudice: quelli intesi al chiarimento ed all'integrazione delle allegazioni e delle domande delle parti, nonché quelli relativi all'istruzione probatoria.

Vi è innanzitutto il *Fragerecht*, cioè il potere di interrogare le parti allo scopo di chiarire le domande ed i fatti posti a fondamento delle stesse, cui si collega il potere di disporre la comparizione personale delle parti.

Notevoli sono poi i margini che la legge riconosce all'iniziativa del giudice nel campo dell'istruzione probatoria. Con l'eccezione

¹⁷³ Cfr. STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, in *RabelsZ*, 2005, p. 201 ss., pag. 223.

della prova testimoniale, il giudice può disporre d'ufficio l'assunzione di tutti i mezzi di prova: l'esibizione di documenti, l'ispezione e la consulenza tecnica, nonché il giuramento suppletorio in caso di *semiplena probatio*.

Se però dal piano delle norme di legge si passa all'analisi della realtà effettuale, la concreta prassi processuale è tuttora ispirata al dominio delle parti, certamente nell'allegazione e nella sostanziazione dei fatti rilevanti, ma anche nella disponibilità dei mezzi di prova, poiché i giudici impiegano in modo parsimonioso i loro poteri istruttori d'ufficio.

19. SEGUE. L'OBBLIGO D'INFORMAZIONE A CARICO DELLA PARTE NON GRAVATA DALL'ONERE DELLA PROVA.

Con riferimento specifico all'istituto in esame, come ricordato nei precedenti paragrafi, nell'ordinamento tedesco non è espressamente formulata a livello legislativo una norma generale sull'onere della prova, come l'art. 2697 del codice civile italiano. Viceversa la disposizione che fissa il principio del libero convincimento del giudice, il § 286 ZPO, è molto ampia, e per certi aspetti molto diversa dal nostro art. 116 c.p.c. Giova riprodurre il

testo per intero: *«il giudice deve decidere secondo libero convincimento se l'affermazione di un fatto sia da considerare come vera o come non vera, tenuto conto di tutto il contenuto della trattazione e del risultato di un'eventuale istruzione probatoria. Nella sentenza devono essere indicati i motivi che hanno guidato il convincimento giudiziale./Il giudice è vincolato a regole probatorie legislative solo nei casi indicati da questa legge».*

L'assenza di una disposizione generale espressa sull'onere della prova e la presenza di una profonda, impegnativa norma sul libero convincimento, che costituisce senza dubbio il principio centrale dell'intero diritto delle prove tedesco¹⁷⁴, ha fatto sì che le interrelazioni tra le due problematiche siano state particolarmente messe a fuoco nell'ordinamento tedesco.

Come sopra rilevato¹⁷⁵, nel sistema processuale tedesco sono diverse le strade battute per superare le difficoltà derivanti dall'astratta ripartizione degli onere probatori e per ridurre il più possibile l'applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova.

¹⁷⁴ PRÜTTING, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, V ed., München 2010, § 286, pag. 2778 ss.

¹⁷⁵ V. § 10.

A tal riguardo, oltre alle tecniche, alle regole ed alle tesi precedentemente esposte, viene concretamente praticata la possibilità di mettere a frutto il sapere e le informazioni della parte non gravata dell'onere della prova.

In particolare, una prima possibilità di ricorrere alle informazioni della parte non gravata dell'onere della prova è quella di prevedere, a vantaggio della parte onerata, una *pretesa sostanziale* alla consegna di cose, all'esibizione di documenti ed al rilascio di altre informazioni. Questa è la strada battuta dalla giurisprudenza tedesca¹⁷⁶ che, basandosi su norme dal tenore molto ampio e generico, come il § 242 BGB, e, più specificamente, il § 810 BGB, ha sviluppato obblighi di informazione e di comunicazione in una notevole serie di rapporti di diritto privato.¹⁷⁷

E' stata inoltre prevista la possibilità di imporre, in capo alla parte non gravata dell'onere della prova, un *obbligo processuale di informazione*. L'operazione, già tentata a suo tempo dalla dottrina più risalente, ed in particolare da F. Von Hippel nel 1939¹⁷⁸, è

¹⁷⁶ Cfr. da ultimo, BGH (*Bundesgerichtshof*), 4 settembre 2011, in *NJW*, 2012, pag. 456; BGH (*Bundesgerichtshof*), 23 marzo 2010, in *NJW*, 2010, pag. 798.

¹⁷⁷ LANG, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Berlin 1999, pag. 99 ss.

¹⁷⁸ V. VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt, 1939.

stata riproposta più di recente, con un approccio teorico ed ideologico radicalmente mutato, da R. Stürner nel 1976¹⁷⁹. Con una complessa argomentazione analogica che fa perno sui §§ 138, 423, 445, 448, 372a, 656 ZPO, Stürner perviene ad affermare l'esistenza di un obbligo generale di informazione a carico della parte non gravata dell'onere della prova. L'obbligo sarebbe di natura processuale, ma opererebbe anche fuori e prima del processo, e rinverrebbe la propria sanzione, in caso di omissione colposa di informazione, nella finzione di esistenza del fatto affermato dalla controparte. Viceversa, in caso di oggettiva impossibilità di fornire l'informazione, il rischio del mancato accertamento continuerebbe a ricadere sulla parte gravata dell'onere della prova.

Fino alla metà degli anni novanta, la tesi di Stürner aveva suscitato un ampio dibattito, ma raccolto pochi consensi, anche se molto autorevoli¹⁸⁰. Il *Bundesgerichtshof* aveva espressamente preso in considerazione la sua tesi, ma l'aveva rigettata¹⁸¹. Due le

¹⁷⁹ STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, 1976.

¹⁸⁰ V. HENCKEL, in *ZZP*, 1992, pag. 100 ss. *Recensione alla monografia di Stürner-Schlosser, Die lange deutsche Reise in die processuale Moderne*, in *JZ*, 1991, pag. 599 ss.

¹⁸¹ BGH, 11 giugno 1990, in *JZ*, 1991, pag. 630 ss.

principali obiezioni: l'esiguità delle disposizioni di diritto positivo sulla cui base si dovrebbe fondare un obbligo così impegnativo; il fatto che essa, in caso di omissione colposa dell'informazione, aggirerebbe la "ripartizione dei rischi" discendente dalla disciplina dell'onere della prova¹⁸².

Lo scenario muta nel 1996: nel *Gutachten* rilasciato in vista del sessantunesimo *Deutscher Juristentag*, nel quadro di una proposta tesa al rafforzamento della cognizione del giudizio di primo grado, funzionale alla riforma dei mezzi di impugnazione, P. Gottwald suggerisce l'introduzione *de iure condendo*, attraverso una riformulazione del § 138, comma II ZPO, di un obbligo processuale generale di informazione a carico della parte non gravata dell'onere della prova¹⁸³. Sebbene questo suggerimento non venga accolto nelle tesi finali del congresso del 1996, né nella riforma dello ZPO del 2001, esso costituisce un importante criterio di orientamento nella soluzione dei problemi posti dalla nuova disciplina del potere d'ufficio di disporre l'esibizione di docu-

¹⁸² PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 72 ss; ID, *Informationsbeschaffung durch neue Urkundenvorlagepflichten*, in *Festschrift für Janos Nemeth*, Budapest 2003.

¹⁸³ GOTTWALD, *Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts*, cit., pag. 15 ss.

menti (§ 142 ZPO), nonché del potere d'ufficio di disporre l'esibizione di oggetti di ispezione o di consulenza tecnica (§ 144 ZPO), v. *infra*, § 21.

Ora, a prescindere dal predetto orientamento, rimane il dato testuale del § 138, primo comma, ZPO (“*Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächlichen Umstände vollständig und der Wahrheit abzugeben*”), il quale pone a carico delle parti uno specifico obbligo di chiarificazione e di verità¹⁸⁴ delle allegazioni fattuali¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Il *Wahrheitspflicht* è stato espressamente introdotto con la riforma del processo civile del 1933.

Le affermazioni false della parte che non ha prestato giuramento, non configurano tuttavia di per sé un reato, come accade per il caso di falsa testimonianza (cfr. § 153 StGB). Però in tutte le cause di natura patrimoniale, la violazione del dovere di dire la verità costituisce una truffa processuale (*Prozessbetrug*: § 263 StGB), se per questo motivo il giudice decide la causa in favore della parte che ha violato tale dovere.

¹⁸⁵ Come è noto, nell'alveo delle tradizioni in cui si colloca il nostro sistema processuale, accanto ai consueti *doveri di lealtà e di probità* (cfr. art. 88 c.p.c.) non esiste, né è mai esistito, un analogo “obbligo” o “dovere di verità” a carico delle parti.

Nondimeno, nell'ambito dei lavori preparatori del codice di rito del 1942, l'introduzione di un vero e proprio *dovere* od *obbligo di verità*, a carico delle parti e dei rispettivi difensori, era stata accolta da taluni progetti (ad es. , dall'art. 20, primo comma, del Progetto Chiovenda, in rapporto al “dovere di non dire consapevolmente cosa contraria al vero”; dall'art. 28 del Progetto Carmelutti, con riguardo al “dovere di affermare al giudice i fatti secondo la verità”; dall'art. 26 del Progetto preliminare Solmi, con riguardo “all'obbligo di esporre al giudice i fatti secondo verità”. Si preferì, poi, optare per “il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità”, non soltanto in funzione del “credito di correttezza” tradizionalmente attribuito al ceto forense italiano, ma soprattutto in considerazione del fatto che – in un sistema ancora fondato sull'efficacia di prova legale della confessione e del giuramento – un *obbligo generalizzato di verità* si sarebbe potuto risolvere in uno strumento inquisitorio, del tutto incompatibile con la dominante presente del principio dispositivo.

Tali doveri, tuttavia, nell'attuale interpretazione giurisprudenziale, si pongono nel quadro di una efficace e proficua cooperazione fra i soggetti del processo, non indicando – ad oggi – in maniera determinante sulla ripartizione dell'onere della prova. La sanzione dell'inadempimento dell'obbligo di chiarimento e di verità non viene equiparata a quella che consegue al mancato soddisfacimento dell'onere probatorio, gravante sulla controparte.

In definitiva, l'obbligo di chiarimento della controparte serve a facilitare il soddisfacimento dell'onere della prova, ma non incide sulla regola di giudizio ad esso collegata.

20. SEGUE. IL VALORE PROBATORIO DELLA TRATTAZIONE PROCESSUALE.

Occorre, inoltre, osservare che la stessa norma sul libero convincimento (e cioè il § 286 ZPO) possiede una notevole risorsa per confinare nell'ordinamento tedesco in casi meno frequenti che in altri ordinamenti (come ad esempio il nostro) l'applicazione della regola di giudizio sull'onere della prova.

Nel decidere secondo il suo libero convincimento il giudice deve tenere conto non solo del risultato di un'eventuale istruzione pro-

batoria, bensì anche di tutto il contenuto della trattazione nel corso del processo. La differenza rispetto all'art. 116 del codice di procedura civile italiano si percepisce immediatamente.

Mentre l'art. 116, secondo comma, c.p.c. consente di valutare il contegno delle parti nel processo solo come argomento di prova, il § 286 ZPO pone la valutazione del contenuto della trattazione processuale esattamente sullo stesso piano del risultato dell'istruzione probatoria¹⁸⁶.

Ampio è il margine di libertà che si dischiude così al giudice nella valutazione di tutto ciò che accade nel processo. Egli può legittimamente convincersi della verità (o della falsità) dell'affermazione di un fatto senza la necessità di svolgere una correlativa istruzione probatoria, oppure può ritenere l'affermazione di una parte più credibile di quella di un teste.¹⁸⁷

Infatti, la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* permette addirittura al giudice di merito di fondare il proprio convincimento uni-

¹⁸⁶ Cfr. al riguardo BREHM, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen 1982.

¹⁸⁷ PRÜTTING, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, V ed., cit., pag. 1781 ss.

camente sul risultato dell'interrogatorio libero, anche se i testimoni della controparte hanno deposto in senso contrario.¹⁸⁸

21. SEGUE. L'ESIBIZIONE DEI DOCUMENTI. IL POTERE DISCREZIONALE DEL GIUDICE E L'IMPOSIZIONE DELL'ORDINE DI ESIBIZIONE A CARICO DELLA PARTE NON GRAVATA DALL'ONERE DELLA PROVA.

Nel processo tedesco l'esibizione dei documenti può essere disposta su istanza di parte (§§ 421-431 ZPO) o d'ufficio (§ 142 ZPO).

L'istanza di parte può indirizzarsi all'esibizione di un documento posseduto dalla controparte o da un terzo, e presuppone per il proprio accoglimento, che il destinatario sia tenuto all'esibizione sulla base di disposizioni di diritto sostanziale (particolarmente importante è il § 810 BGB¹⁸⁹) oppure, se si tratta della controparte, che questa si sia riferita al documento nei propri scritti difensivi.

¹⁸⁸ BGH, 6 agosto 2005, in *NJW*, 2005, pag. 2021.

¹⁸⁹ Inoltre, un dovere d'esibizione di diritto sostanziale si trova, ad es. nei §§ 259, 371, 402, 666, 716, 810 BGB e §§ 118, 157 HGB.

In caso di rifiuto della controparte, le affermazioni della parte sulla qualità ed il contenuto del documento possono essere ritenute come provate.

In caso di rifiuto del terzo, questi può essere costretto all'esibizione attraverso la proposizione di un'apposita domanda giudiziale. Questa disciplina non è stata sostanzialmente modificata dalla riforma del 2001.

Per quanto attiene al potere d'ufficio del giudice di disporre l'esibizione dei documenti, nei suoi tratti essenziali la sua regolamentazione era rimasta inalterata dall'emanazione della CPO nel 1877. Nel suo primo comma l'allora § 133 CPO, divenuto § 142 ZPO con la Novella del 1898, contemplava il potere d'ufficio del giudice di ordinare alla parte l'esibizione dei documenti che si trovano nelle sue mani. Il potere prescinde dall'esistenza di un obbligo sostanziale di esibizione in capo al destinatario dell'ordine.

Dopo alcune oscillazioni iniziali, giurisprudenza e dottrina si trovano concordi sul punto che l'ordine di esibizione di documenti è un vero e proprio mezzo di prova di fatti controversi, pur potendo

se del caso servire anche solo al chiarimento e alla integrazione di allegazioni vaghe o lacunose della parte.¹⁹⁰

Con la riforma del processo civile tedesco del 2001, è stato previsto che l'ordine di esibizione possa essere impartito anche al terzo, senza che ciò presupponga l'esistenza di un obbligo sostanziale in capo a quest'ultimo.

Il primo comma del § 142 ZPO prevede attualmente: « Il giudice può ordinare che una parte o un terzo esibisca i documenti che si trovano in suo possesso o altra documentazione, cui una parte ha fatto riferimento. A tal fine il giudice può assegnare un termine e può disporre che la documentazione esibita rimanga depositata presso la cancelleria per un lasso di tempo da lui stabilito».

Il secondo comma aggiunge che i terzi non sono obbligati all'esibizione, qualora questa non sia da loro esigibile¹⁹¹ oppure qualora essi possano invocare uno dei motivi di astensione dalla testimonianza previsti dai §§ da 383 a 385 ZPO.

Inoltre si dichiarano applicabili i §§ da 386 a 390 ZPO. Un rilevante significato assume in particolare l'applicabilità del § 390

¹⁹⁰ PETERS, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, Tübingen, 1983, pag. 145.

¹⁹¹ Cfr. SCHLOSSER, *Französische Anregungen zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO*, in *Festschrift für Sonnenberger*, München 2004, pag. 135 ss.

ZPO: in caso di rifiuto ingiustificato di esibire il documento, è comminata una sanzione pecuniaria; in caso di rifiuto ripetuto, è disposto l'arresto del terzo.

Se si concentra l'attenzione sull'ipotesi in cui l'ordine d'ufficio di esibizione serva alla prova di fatti controversi, il primo presupposto in ordine logico affinché il giudice possa emanarlo è che la allegazione dei fatti ad opera della parte sia sufficientemente « sostanziata ».

Il potere del giudice di disporre d'ufficio l'esibizione dei documenti, pur sganciato dalla sussistenza di un obbligo sostanziale di esibizione in capo al destinatario dell'ordine, non può, infatti, trasformarsi in uno strumento per compiere « spedizioni esplorative » nei confronti delle parti e dei terzi.¹⁹²

In altri termini, la nuova disciplina non libera la parte dal proprio onere di allegazione e di prova. Il giudice può ordinare l'esibizione del documento solo sulla base di un'allegazione sostanziata della parte e può tenere conto dell'interesse della con-

¹⁹² ZEKOLL-BOLT, *Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?*, in *NJW*, 2002, pag. 3129.

troparte al mantenimento dei segreti nell'ambito della discrezionalità che gli è concessa nell'esercizio di questo potere.¹⁹³

Ciò premesso, si è posto il problema di verificare se ed in che limiti possa essere destinataria dell'ordine d'ufficio di esibizione anche la parte che non è gravata dell'onere della prova.

In particolare, la formulazione letterale del § 133 CPO prevedeva che potesse essere destinataria dell'ordine di esibizione unicamente la parte che si era riferita al documento. Questa correlazione era tuttavia venuta meno in via di interpretazione sistematica, dal momento che il § 273, secondo, n. 1 ZPO, nel testo introdotto dalla *Vereinfachungsnovelle* del 1976 (ed anteriore ai ritocchi apportati dalla riforma del 2001), concedeva al giudice, nel quadro della disciplina della serie di provvedimenti preparatori dell'udienza di cui si è già parlato nei paragrafi precedenti¹⁹⁴, il

¹⁹³ Occorre tuttavia, considerare che l'analisi della prassi giurisprudenziale formatasi nei primi anni di applicazione della riforma rivela che i giudici, nell'impiegare il loro potere così rimodellato, frequentemente non si attengono a questi requisiti, e così dispongono genericamente l'esibizione della documentazione sanitaria relativa ad un paziente (v. OLG *Saarbrücken*, in *MDR*, 2003, pag. 1250) oppure un'intera cartella d'archivio di documenti, individuata solo attraverso una determinata scritta riportata sull'etichetta (v. LG *Ingolstadt*, in *ZinsO*, 2002, pag. 990). Queste applicazioni hanno destato reazioni critiche: in questo modo — si osserva (cfr. LEIPOLD, *Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess*, in *Festschrift für W. Gerhardt*, Köln 2004, pag. 563 ss. — il compito di selezionare la documentazione rilevante ricade sul giudice (o sul consulente tecnico), cosicché l'attività giudiziale si avvicinerrebbe pericolosamente alla ricerca d'ufficio dei fatti e delle fonti di prova.

¹⁹⁴ V. in particolare § 17.

potere di ordinare alle parti l'esibizione di documenti, senza delimitare l'ordine alla parte che si è riferita a questi ultimi. Si poneva così il problema se potesse essere destinataria dell'ordine di esibizione anche la parte che non è gravata dell'onere della prova.

La riforma del 2001 ha risolto il problema in senso positivo, poiché ricollega il potere del giudice di ordinare l'esibizione al fatto che una parte si sia riferita al documento.

La tesi contraria appare animata dall'intento di appiattare i presupposti del potere d'ufficio sui presupposti dell'istanza di parte (che sono previsti dai §§ 422, 423 ZPO) e riprende così una concezione proposta prima della modifica legislativa. In altri termini, quando la parte, che si è riferita ad un documento nel possesso della controparte, è gravata dell'onere della prova dei fatti da provare attraverso l'esibizione del documento, quest'ultima potrebbe essere disposta solo se la controparte è obbligata all'esibizione da norme di diritto sostanziale, oppure se essa stessa ha fatto riferimento al documento.

Ciò spiegherebbe il fatto che il legislatore non abbia previsto dei limiti all'obbligo di esibizione.

In realtà il potere d'ufficio di ordinare l'esibizione dei documenti si fonda su una base diversa da quella del corrispondente potere di parte. Il primo è stato ampliato proprio per superare i limiti del secondo. Ciò rappresenta una specifica concretizzazione dell'idea dell'obbligo processuale di informazione a carico della parte non gravata dell'onere della prova.

Se si accoglie la tesi che la parte non gravata dell'onere della prova possa essere destinataria dell'ordine di esibizione in generale (e non solo entro i limiti in cui sarebbe ammissibile un'istanza di parte), ne scaturisce la conseguenza che i fatti allegati dalla parte gravata dell'onere della prova — in ipotesi rappresentati dal documento detenuto dalla controparte — possono essere ritenuti come provati se la controparte non ottempera all'ordine giudiziale di esibizione (arg. § 427, secondo comma, ZPO), indipendentemente dal fatto che essa sia tenuta all'esibizione da norme di diritto sostanziale o si sia riferita essa stessa al documento.

Inoltre, nelle ipotesi in cui l'acquisizione al processo del documento rilevante dipenda esclusivamente dall'iniziativa del giudice, in quanto non esistono i presupposti per l'esercizio del potere

di parte, la discrezionalità del giudice sembra ridursi praticamente a zero. In tal caso il prezzo del mancato esercizio del potere di ordinare l'esibizione sarebbe infatti frequentemente troppo alto: la decisione sulla base della regola di giudizio sull'onere della prova.¹⁹⁵

¹⁹⁵ V. STADLER, *Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung: erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozessrechtsreform*, in *Festschrift für Beys*, Atene, 2003, pag. 1625 ss.
SCHLOSSER, *Französische Anregungen zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO*, cit., pag. 135 ss.

CAP. IV L'ONERE DELLA PROVA TRA VERITÀ E VEROSIMIGLIANZA DEI FATTI. CENNI SULLE TEORIE SCANDINAVE DELLA VEROSIMIGLIANZA

22. VERITÀ, VEROSIMIGLIANZA ED IL PRINCIPIO DEL LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE.

La “regola di giudizio” sancita dall’art. 2697 c.c. trova applicazione, in base all’insegnamento tradizionale, quando il giudice non è pervenuto al convincimento circa la verità dei fatti.¹⁹⁶

Il principio del libero convincimento del giudice¹⁹⁷, in connessione con la valutazione delle prove, rappresenta certamente uno dei temi centrali del processo e nel contempo uno dei cardini dell’ordinamento giuridico.

¹⁹⁶ ROSENBERG (*Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*, op. cit.), esaminando il rapporto tra il principio del libero convincimento e la regola sull’onere della prova, afferma che il primo dice al giudice di raggiungere liberamente il convincimento circa la verità o meno dei fatti allegati, in base alla sua esperienza di vita; mentre la regola sull’onere della prova (in senso oggettivo) gli dice come deve agire quando non ha conseguito il convincimento. L’onere della prova dà quindi al giudice quella possibilità di decidere che gli ha negato il principio del libero convincimento.

Secondo PRÜTTING (*Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 7 ss.), onere della prova e convincimento del giudice costituiscono due fenomeni distinti, che in un certo senso si escludono a vicenda, essendo la mancata formazione del convincimento ad imporre al giudice il ricorso alla norma sull’onere della prova.

¹⁹⁷ Sancito nell’ordinamento italiano dall’art. 116 c.p.c., e in quello tedesco dal § 286 ZPO (*Freie Beweiswürdigung*)

Verità e certezza racchiudono il nucleo della problematica ed esprimono la tensione ed il travaglio del giudice, il quale al momento della decisione, superando un margine di dubbio sempre presente, si “convince” della *verità* dei fatti o viceversa dichiara di non aver raggiunto la *certezza* ed applica la regola sull’onere della prova, respingendo la domanda o l’eccezione.¹⁹⁸

“Data la limitatezza della conoscenza umana, nessuno può pervenire alla assoluta certezza circa l’esistenza di una fattispecie. Sono sempre ipotizzabili astratte possibilità di non esistenza. Chi è cosciente dei limiti della conoscenza umana non ammetterà mai di essere talmente convinto dell’esistenza di un certo accadimento da escludere assolutamente un errore. Per questo motivo nella vita pratica il più alto grado di verosimiglianza, che si consegue con la migliore applicazione possibile dei mezzi di conoscenza esistenti, vale come verità, e la coscienza di chi ha svolto questo processo conoscitivo circa l’esistenza di un’alta verosimiglianza vale come convincimento della verità”.¹⁹⁹

¹⁹⁸ A tal riguardo CALAMANDREI (*Il giudice e lo storico*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1972, pag. 866) definisce la regola sull’onere della prova come un espediente «*grossolano ma sbrigativo a disposizione del giudice per trasformare la sua perplessità psicologica in certezza giuridica*» .

¹⁹⁹ Reichgericht (Corte suprema del Reich) 14 gennaio 1865.

Questa fondamentale considerazione coincide, in gran parte, con la tesi secondo cui tutto il sistema probatorio civile è preordinato non solo a consentire, ma addirittura ad imporre al giudice di accontentarsi, nel giudicare sui fatti, di quel surrogato della verità che è la verosimiglianza (*Wahrscheinlichkeit*). La valutazione del giudice, per quanto libera, porta in ogni caso ad un giudizio di probabilità e di verosimiglianza, non di verità assoluta.²⁰⁰

23. SEGUE. LA DOTTRINA SCANDINAVA SULLA VEROSIMIGLIANZA

L'applicazione della regola dell'onere della prova può presentare, in sede convincimento del giudice, alcuni inconvenienti, nei casi in cui esso, pur in presenza di prove idonee a dimostrare la verosimiglianza del fatto ma non tali da vincere ogni possibile dubbio circa l'esistenza del fatto stesso, non si sente di proclamarsi convinto e respinge la domanda. In queste ipotesi il giudice distrugge il processo di avvicinamento alla verità e si affida ad

²⁰⁰ Ma l'antica decisione appartiene altresì importante perché, prendendo le mosse dalla norma del § 286 ZPO, pone l'accento sui più importanti problemi legati al principio del libero convincimento del giudice: in primo luogo, quello di stabilire quando può (e deve) ritenersi sussistente il convincimento o, in altri termini, di che cosa deve essere convinto il giudice (la dottrina tedesca parla di *Beweismaß*, ma anche di *Beweisquantum*, di *Beweiskriterium* o di *Beweisstärke*)

una regola che, pur avendo un preciso fondamento (e assicurando una decisione tecnicamente ineccepibile), ricorrendo le suddette circostanze, non garantisce la prevalenza della verità (il conseguimento del “risultato giusto”) e accentua il rischio di negare la tutela del diritto nonostante la sussistenza di buone *probabilità* che la “ragione” stia in effetti dalla parte di chi ha agito ma non è riuscito a determinare il “convincimento” del giudice.²⁰¹

Si comprende allora perché in altre esperienze giuridiche, soprattutto negli ordinamenti scandinavi, prevalga, anche a livello legislativo, la tendenza a restringere l’ambito di applicazione della norma sull’onere della prova e soprattutto ad attuare un progressivo superamento della *certezza* quale fondamento del con-

²⁰¹ Di tali inconvenienti si rende conto anche CALAMANDREI (*Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972, pag. 126 ss.) quando afferma che «*si potrebbe immaginare un sistema processuale (...) in cui la ripartizione dell’onere della prova, invece che essere rigidamente prestabilita secondo la posizione processuale delle parti e secondo la natura dei fatti da provare ragguagliata al rapporto giuridico, fosse determinata di volta in volta dal giudice secondo una preventiva valutazione comparativa della verosimiglianza delle affermazioni delle parti. Per far questo non sarebbe necessario trasformare il processo civile da dispositivo in inquisitorio e dare al giudice, come nel processo penale il potere di ricercare d’ufficio la verità anche fuori dalle allegazioni delle parti; ma pur conservando il principio secondo il quale il giudice deve decidere *secundum alligata et probata*, si dovrebbe consentire al giudice, su tutti i punti in cui le allegazioni delle parti contrapposte fossero tra loro in contrasto, di far gravare l’onere della prova sull’una o sull’altra parte, secondo il diverso grado di probabilità che a suo giudizio dovesse attribuirsi alle diverse affermazioni. Dovrebbe bastare, in altre parole, che l’affermazione della parte fosse verosimile perché il giudice dovesse invertire in suo vantaggio l’onere della prova, facendo gravare sulla controparte l’onere di provare il contrario*».

vincimento del giudice, ed anzi talvolta dello stesso convincimento soggettivo.

L'esigenza di fondo è, evidentemente quella di sottrarre l'accertamento del fatto all'arbitrio soggettivo del giudice, ancorandolo a criteri il più possibile "oggettivi".

A tale risultato si perviene richiedendo alla parte di dimostrare soltanto un certo "grado" (normativamente predeterminato) di verosimiglianza o di probabilità, e stabilendo che il giudice deve considerarlo sufficiente per ritenere un fatto provato²⁰².

La reazione contro il soggettivismo della valutazione del giudice sulle prove si traduce, quindi, nell'elaborazione di parametri quantitativi che dovrebbero guidare – oggettivizzandola – tale valutazione.

Il giudice non deve, pertanto, pervenire al convincimento della verità, ma semplicemente accertare, in base alle prove fornite dalle parti, se la sussistenza di una certa fattispecie presenti il grado di verosimiglianza previsto dalla legge. Il permanere del dubbio è quindi previsto ed è in un certo senso fisiologico: il giu-

²⁰² Evitando così la *finzione* di un convincimento che elimina ogni dubbio.

dice non deve sforzarsi di compire quel “passo ulteriore”, che lo conduca al supremo momento della certezza interiore.

Secondo questo sistema il valore delle prove non è predeterminato. Certo, il giudice deve tener conto delle massime d’esperienza e soprattutto del parere dei periti e dei consulenti, ma a lui spetta determinare in ultima analisi il valore probante dei fatti e quindi stabilire se nel caso concreto sia stato raggiunto il “grado” di prova richiesto dalla legge²⁰³. A questo proposito, in dottrina e in giurisprudenza si fa anche ricorso alla statistica ed alla matematica che, soprattutto in certe materie, possono servire a determinare il grado di probabilità di un certo fatto.²⁰⁴

²⁰³ Secondo PRÜTTING (*Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 76 ss.), poiché è il giudice a stabilire nel caso concreto il grado di verosimiglianza offerto dalla singola prova, anche la teoria in esame che tende alla oggettività del giudizio presenta tuttavia aspetti soggettivistici.

²⁰⁴ Lo sviluppo di alcuni settori di conoscenza, dall’economia alla statistica matematica, dalla psicologia sperimentale alle analisi biologiche o spettroscopiche, incrementa sicuramente la proporzione delle situazioni in cui si hanno conoscenze di base, formulate in termini di frequenza statistica, utilizzabili nell’ambito dell’accertamento dei fatti. E’ chiaro peraltro che non qualunque conoscenza genericamente attinente al fatto da provare serve a fondare l’accertamento del fatto, poiché può anche trattarsi di conoscenze fondate ma non tali da incidere su di esso. Ad es., sapere che il 60% o il 90% delle testimonianze rese in giudizi aventi ad oggetto incidenti stradali sono false (ammesso che questo si possa sapere), non offre alcun elemento per valutare, sulla base di dati oggettivi, se la testimonianza resa da Tizio in un determinato processo per incidente stradale sia vera o sia falsa. Sono invece da considerare rilevanti solo quelle conoscenze di base da cui possono trarsi inferenze sul fatto specifico, ossia sull’attendibilità dell’ipotesi che lo riguarda (si pensi ad esempio alle prove ematologiche o biologiche, o alle diagnosi mediche). Mentre può accadere abbastanza spesso di disporre di conoscenze genericamente afferenti al tipo di fatto in questione, è assai raro che il giudice abbia a disposizione frequenze statistiche direttamente rilevanti per l’accertamento del fatto specifico.

Tale orientamento nasce in Scandinavia e si sviluppa soprattutto in Svezia per merito di Per Olof Ekelöf²⁰⁵ e di Per Olof Bolding²⁰⁶, ma viene recepito anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca²⁰⁷. La tesi elaborata dalla dottrina svedese può sin-

D'altra parte, l'idea che l'impiego del calcolo matematico sia di per sé una garanzia, o addirittura la garanzia unica della razionalità del ragionamento probatorio, è alquanto diffusa ma è altrettanto *naïve* sul piano metodologico. E' infatti evidente che la razionalità non coincide col calcolo matematico, e tanto meno col calcolo probabilistico. Questi tipi di calcolo sono certamente razionali se correttamente applicati (il che, peraltro, non sempre accade nelle loro "versioni probatorie") ma, ovviamente, non si può definire "soggettivo" o "irrazionale" tutto ciò che non si adatta alla loro applicazione o non è riconducibile alle loro condizioni di impiego. In sostanza, essi non sono affatto l'unico strumento possibile per razionalizzare la valutazione delle prove e il conseguente giudizio sulle ipotesi di fatto. Anzi, secondo PESCATORE (*Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, pag. 253) «l'esattezza del calcolo delle probabilità come in genere l'esattezza e certezza matematica riposano essenzialmente sopra la certezza di un'ipotesi rigorosamente definita; e i casi della vita sociale raramente o non mai si lasciano ridurre ad ipotesi tali»

Riassumendo, a parte la fede eccessiva nell'efficacia miracolosa delle statistiche, per cui si tende a sopravvalutare il significato di ciò che viene espresso con numeri, non va dimenticato che l'uso probatorio di dati statistici implica problemi complessi e di grande rilievo. Si tratta da un lato, di garantire la rilevanza di quei dati nel caso concreto, e di risolvere la questione di quali inferenze probatorie possano trarsi da essi in ordine alla dimostrazione del fatto specifico, essendo questo un terreno di accesi dibattiti e di doverosi dubbi. Dall'altro lato, occorre considerare che l'uso diretto della prova statistica implica una manipolazione del fatto che si pone a base della domanda e ad oggetto della decisione, poichè di solito non si tratta di un fatto individuale specificamente definito.

²⁰⁵ EKELÖF, *La libera valutazione delle prove*, in *Studi per Segni*, vol. II, Milano, 1967, pag. 93 ss.; ID, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, in *ZZP*, 75, 1962, pag. 289 ss.; ID, *Beweiswert*, in *Festschrift für Baur*, Tübingen, 1981, pag. 343 ss.; ID, *Le mie riflessioni sul valore probatorio*, in *La teoria del valore probatorio*, a cura di Gärdenfors, Hansson e Sahlin, Milano, pag. 1997, 1 ss.

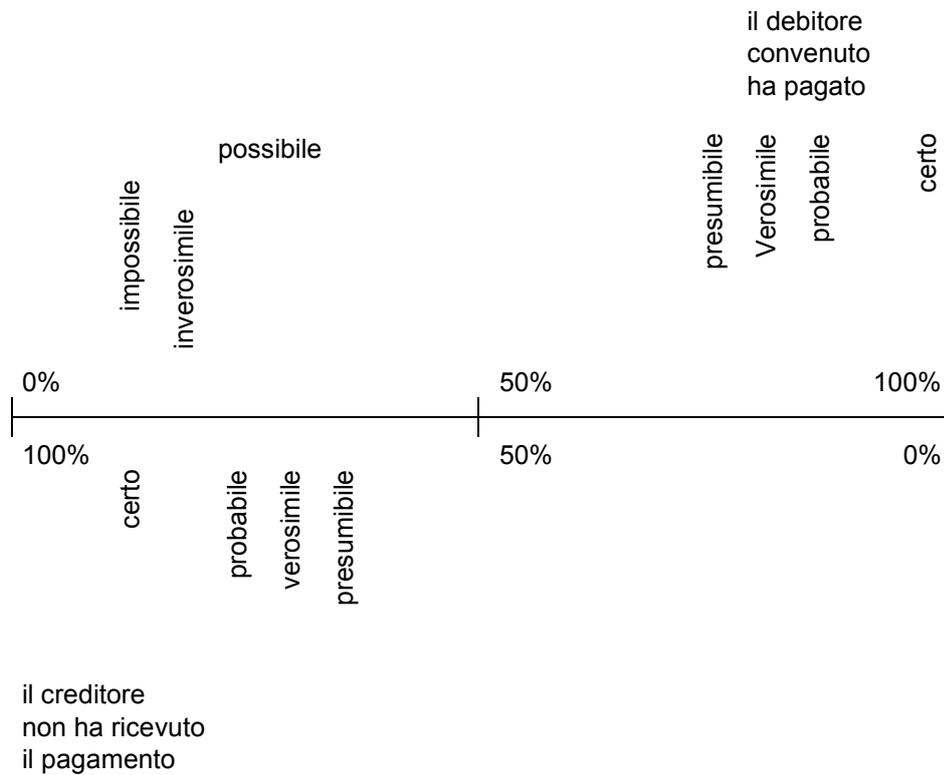
²⁰⁶ BOLDING, *Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im schwedischen Zivilprozeß*, in *Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung*, pag. 57 ss. Ma vedi anche BENDER, *Das Beweismass*, in *Festschrift für F. Baur*, cit., pag. 247 ss.

²⁰⁷ Vedi ad es. ESSER, *Vorwort*, in *Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung*, pag. 10 ss, il quale afferma che «la buona realtà ci costringe ad abbandonare la nostra idea di *freie Überzeugungsbildung* (libero convincimento) e a rimpiazzarla con un più realistico ed efficace giudizio di *verosimiglianza*».

tetizzarsi nella visione della decisione del giudice, circa la verità di un fatto, come un puro giudizio di verosimiglianza, e nel conseguente rifiuto di un convincimento del giudice inteso come “certezza personale”. Il giudice deve semplicemente accertare se un certo fatto, a seguito dello svolgimento di una determinata attività probatoria, abbia raggiunto il grado di verosimiglianza previsto dalla legge. Se la legge non offre alcuna indicazione al riguardo, il grado di verosimiglianza deve essere stabilito dal giudice²⁰⁸, tenendo conto tra l’altro delle conseguenze che deriverebbero dal pretendere un grado di verosimiglianza troppo alto e quindi – in caso di mancato raggiungimento di questo grado da parte di chi è gravato dell’ onere della prova – dalla decisione della controversia in base alla regola sull’onere della prova.

Lo schema generalmente adoperato per illustrare la tesi in esame è il seguente:

²⁰⁸ In questo modo la teoria in esame sembra smentire gli scopi che si era proposta, accentuando – invece di ridurre – la discrezionalità e l’arbitrio dell’organo giudicante.



Così, ad esempio, se per un determinato rapporto della vita di relazione la legge richiede un grado di verosimiglianza del 75%, la prova non può considerarsi raggiunta se il giudice accerta, ad es. un grado del 70%. Viceversa, la prova deve considerarsi raggiunta, e non si pone un problema di “convincimento”, quando viene accertato un grado di verosimiglianza del 75% (o più).²⁰⁹

²⁰⁹ Secondo PATTI (*Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, pag. 714), l'art. 8, comma 2, del d.p.r. 27 maggio 1988, n. 224 – contenente le norme di attuazione della direttiva del Consiglio delle Comunità europee 25 luglio 1985, n. 374, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi – consentendo al produttore di liberarsi dalla responsabilità provando soltanto che “è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in

L'obiezione principale che viene rivolta alla teoria in esame è quella secondo cui essa non dice nulla sulle concrete modalità per quantificare in termini percentuali il grado di verosimiglianza offerto dalla singola prova, mancando in giudizio la possibilità di determinare razionalmente la quantità numerica del grado di attendibilità della singola ipotesi probatoria.

Di questa fondamentale carenza si è reso conto uno degli autori della teoria, ossia Ekelöf, che ha rettificato il suo pensiero escludendo appunto che il valore della singola prova sia numericamente determinabile. Coerentemente egli propone l'uso di una scala di valori 0-1, entro la quale non operano più frazioni numericamente determinate, ma qualificazioni "vaghe" del valore della singola prova, come "quasi certo", "altamente probabile", "verosimile", "presumibile", ecc.

Questo mutamento di indirizzo è significativo ma non può non avere un effetto devastante sull'insieme della teoria esposta, la quale – come si è detto – si fonda sulla premessa che il valore

circolazione", comporterebbe un accoglimento, anche soltanto parziale – nel nostro ordinamento – della teoria in esame.

In base a quanto disposto dalla norma in questione, infatti, il convincimento del giudice non ha come punto d'arrivo la «certezza» ma la probabilità, sebbene non risulti previsto il suo «grado». Pertanto, il produttore, per soddisfare l'onere probatorio a lui imposto, non dovrà fornire una prova *piena* ma soltanto una prova tale da determinare un favorevole giudizio di probabilità.

probatorio del singolo elemento di prova venga in qualche modo quantificato (e oggettivizzato).

Ci si chiede²¹⁰, inoltre, in base a quale criterio il legislatore – o in mancanza il giudice – può stabilire il grado di verosimiglianza necessario affinché un fatto possa (debba) considerarsi provato. Rimane, infatti da dimostrare, ad es., perché una probabilità sia “alta”²¹¹ quando è superiore al 75 % (e non quando è superiore all’80 o al 70 %), o perché sia equivalente alla verità se è superiore al 99,8 % (e non, ad es., al 99,5 % o al 95 %, o ad altri valori). Esempi di questo genere rendono evidente che si tratta di quantificazioni completamente arbitrarie, che nel migliore dei casi possono essere impiegate come modi per esprimere rozze approssimazioni ma che non hanno alcun significato numerico attendibile. Di conseguenza esse appaiono difficilmente controllabili sia da parte del giudice chiamato ad applicarle nel caso concreto, sia da parte di coloro che intendano sottoporre a controllo il ragionamento probatorio seguito dal giudice. E’ allora altrettanto evidente che esse non possono servire né per costruire

²¹⁰Vedi ad es. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., pag. 109 ss.

²¹¹ «*hohe Wahrscheinlichkeit*»

distinzioni precise fra “gradi di valore” delle prove, né tanto meno come base per elaborare una teoria quantitativa della prova fondata su quantificazioni numeriche.²¹²

²¹²MUSIELAK, ult. op. cit., pag. 109 ss; PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 72 ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, pag. 173 ss; HUBER, *Das Beweismaß in Zivilprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pag. 83 ss; SCREIBER, *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*, Berlin-Heidelberg-New York, pag. 13 ss.; SCHNEIDER, *Beweis und Beweiswürdigung*, München, 1989, pag. 7 ss.; GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, pag. 38; REINECKE, *Die Beweislastverteilung in Burgelichen Recht und im Arbeitsrecht als Rechtpolitische Regelungsaufgabe*, cit., pag. 189; ZÖLLER, *Kommentar ZPO*, cit., pag. da 866 a 892; BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, cit., pag. 27; KUR, *Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, pag. 44; SCHERER, *Das Beweismaß bei der glaubhaftmachung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, pag. 31; LEIPOLD, *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess*, cit., pag. 5 ss.; STEIN-JONAS, *Kommentar ZPO*, cit., pag. da 473 a 574; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 765 ss; SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 265 ss.; PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 158 ss.; BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, pag. 1119 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pag. 7 ss.; LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit., pag. 268 ss.; CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, cit., pag. 535; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, cit., pag. 152 ss.; ID, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., pag. 751 ss.; ID, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, cit., pag. 388 ss.; ID, *Libero convincimento del giudice I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990; ID, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, pag. 219 ss.; ID, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, pag. 315 ss.; ID, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, pag. 785 ss.; ID, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, cit., pag. 553 ss; CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., pag. 615 ss.; ID, *Il giudice e lo storico*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1972, pag. 393 ss.; CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Quest. giust.*, 1987, pag. 509; DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv.dir. proc.*, 1972; NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pag. 47 ss.

24. SEGUE. LA VERSIONE “ESTREMA” DELLE TESI SCANDINAVE: LA TEORIA DELLA *VEROSIMIGLIANZA PREVALENTE*.

Le più recenti dottrine svedesi giungono ad un punto estremo, affermando che nei casi in cui la legge non prevede espressamente un certo grado di verosimiglianza, né sussistono ragioni specifiche perché il giudice lo ricostruisca, occorre comunque evitare il ricorso alla regola sull'onere della prova, che meno di ogni altra garantirebbe un risultato giusto. Spingendo alle estreme conseguenze la teoria sul grado di verosimiglianza, si sostiene pertanto che, in mancanza di meglio, il giudice deve limitarsi ad accertare una sia pur leggera prevalenza di verosimiglianza delle prove: così sarebbe sufficiente per considerare provato un fatto il 51%. Anche un solo grado di verosimiglianza in più del 50% rende più vicino alla verità il fatto *probandum* di una parte piuttosto che quello dell'altra e di conseguenza sarebbe consentita al giudice una decisione razionalmente meglio motivata di quella presa in base alla regola sull'onere della prova. In tal senso si parla di *Överviktsprincip* e nella dottrina tedesca di *Überwiegensprinzip*,

nel sistema italiano si potrebbe parlare di principio della prevalenza (o della verosimiglianza prevalente).

Questo principio, a ben vedere, svolge la stessa funzione della regola sull'onere della prova, cioè la funzione di una “norma di chiusura” del sistema. Infatti, mediante la norma sull'onere della prova il giudice è posto nella condizione di pronunciare in ogni caso, anche quando egli non sia in grado di formarsi il proprio convincimento circa l'esistenza dei fatti rilevanti. Mediante l'*Überwiegensprinzip* – parimenti – il giudice viene posto nella condizione di giungere comunque ad una decisione, risultando di scuola il caso in cui non sia possibile stabilire una prevalenza sia pur minima (1%) tra le prove.

La teoria esposta ha esercitato una notevole influenza nell'esperienza tedesca ²¹³, anche se secondo parte della dottri-

²¹³ Vedi ad es. KEGEL, *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegende Warscheinlichkeit*, in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung. Festschrift für Kronstein*, Karlsruhe, 1967, pag. 321 ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., pag. 173 ss; MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., pag. 109 ss.

Una certa eco si riscontra pure negli ordinamenti anglosassoni, ove comunque già in seguito ad una evoluzione autonoma, la valutazione delle prove è trattata in termini di calcolo matematico di *chance*.

Nel processo civile, infatti, si richiede all'attore di provare il fatto con «*preponderance of evidence*», mentre il principio del «*beyond reasonable doubt*» continua ovviamente a valere per il processo penale. (Sul punto, con riferimento all'ordinamento italiano, v. Cap. VI, § 32).

In questo contesto non manca neanche chi (vedi EGGLESTON, *Evidence, Proof, Probability*, London, 1983, pag. 10), capovolgendo in un certo senso la prospettiva

na²¹⁴ la mera prevalenza di verosimiglianza non soltanto rende inapplicabile la regola sull'onere della prova ma esclude altresì la rilevanza del principio del libero convincimento, in quanto il giudice deve decidere anche se in realtà non possiede alcun elemento di convinzione diverso dalla “mera” prevalenza.

In particolare, secondo alcuni autori²¹⁵ l'applicazione pratica del principio della verosimiglianza prevalente può portare a risultati insoddisfacenti nel caso in cui due ipotesi di fatto abbiano gradi di verosimiglianza solo lievemente diversi, e quello in cui esse abbiano valori diversi, ma entrambi assai bassi.

Nel primo caso, in cui ad es. l'ipotesi VX abbia un grado di verosimiglianza del 80%, e l'ipotesi FX (o VY incompatibile) del 70%, ci si può chiedere se una differenza del 10%, poco rilevante nelle grandezze in questione, sia una base razionale sufficiente per considerare attendibile la prima ipotesi e scartare la seconda.

Nel contesto in esame la risposta è affermativa: è razionale infatti considerare vera l'ipotesi più probabile, anche se lo scarto è ri-

abituale, ritiene che il fatto affermato in giudizio, in assenza di ogni prova, presenta più probabilità di essere vero piuttosto che falso.

²¹⁴ Vedi ad es. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 72 ss.

²¹⁵ Vedi ad es. MOTSCH, *Vom Prozess als Beweis zum Überwiegensprinzip*, in *Gedächtnisschrift für J. Rüdiger*, Berlin-Heidelberg-New York, 1978, pag. 334 ss.; HUBER, *Das Beweismaß in Zivilprozess*, cit., pag. 83 ss.

dotto. Ovviamente possono esistere contesti²¹⁶ in cui questo criterio di decisione può risultare insoddisfacente per le ragioni più varie²¹⁷, ma ciò non dimostra che esso sia in linea di principio irrazionale. Ciò dimostra solo che possono esistere ragioni per cui esso è poco adeguato per scopi determinati, e che quindi possono indurre ad adottare criteri di altra natura. Peraltro, laddove queste ragioni non vi siano, e altri criteri non siano chiaramente formulati o non siano giustificatamente da privilegiare, il criterio della verosimiglianza (o probabilità) prevalente può ragionevolmente essere applicato anche quando la prevalenza derivi da uno scarto non particolarmente rilevante.

L'altro problema sorge, come si è detto, quando entrambe le ipotesi presentino gradi di verosimiglianza assai bassi. Se ad es. l'ipotesi VX presenti un grado di verosimiglianza del 30%, e l'ipotesi FX del 20%, il criterio in esame implica che si scelga VX come ipotesi attendibile, ma ciò porta ad assumere come “vera” un'ipotesi sul fatto che in realtà è (in termini assoluti) scar-

²¹⁶ Vedi ad es. il nostro ordinamento, ed in genere tutti i sistemi in cui esiste una regola esplicita che disciplina la ripartizione dell'onere della prova.

²¹⁷ Prima fra tutte quella secondo cui spetterebbe al legislatore, e non al giudice, il compito ripartire tra le parti il rischio del mancato chiarimento della situazione di fatto, nonché quello di stabilire i requisiti della prova, cioè quale debba essere il grado di prova necessario per considerare il fatto provato.

samente probabile. Questo inconveniente è reale e rilevante, ma esso non dimostra che il criterio in esame sia in generale irrazionale. Esso può essere infatti evitato prevedendo un limite minimo di verosimiglianza al di sotto del quale non è ragionevole considerare attendibile l'ipotesi sul fatto. In sostanza si può mantenere il criterio della probabilità prevalente con l'avvertenza che l'ipotesi che esso individua può essere assunta a base della decisione solo se essa è *di per sé* attendibile almeno al livello minimo (definito da un valore di verosimiglianza complessivo almeno pari al 50%). Se nessuna delle ipotesi sul fatto supera questo livello ci si trova in una situazione non identica ma analoga a quella in cui tutte le ipotesi valgono 0: di conseguenza la controversia dovrà essere decisa applicando la regola dell'onere della prova. Nelle ipotesi in cui non si ravvisa una evidente verosimiglianza si ritiene, pertanto, preferibile l'applicazione della regola tradizionale sull'onere della prova.

In ogni caso, la dottrina tedesca²¹⁸, pur ritenendo (difficilmente applicabile) inapplicabile la versione “estrema” della teoria scan-

²¹⁸ Vedi ad es. SCREIBER, *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*, cit., pag. 13 ss.; SCHNEIDER, *Beweis und Beweiswürdigung*, cit., pag. 7 ss.; GREGER, (*Beweis und Wahrscheinlichkeit*, cit., pag. 38) secondo il quale «sembra

dinava sulla verosimiglianza (*Überwiegensprinzip*), accoglie pressoché unanimemente la tesi secondo cui il convincimento del giudice non deve collegarsi alla verità, intesa come raggiungimento della certezza interiore, ma alla verosimiglianza.²¹⁹

25. SEGUE. LA PROVA *PRIMA FACIE* O *ANSCHEINSBEWEIS*

essere un dato ormai difficilmente discutibile che – per quel che riguarda il risultato della valutazione delle prove da parte del giudice – non si possa parlare in termini di verità o certezza, essendo pacificamente ammesso che il risultato della valutazione giudiziale è sempre l’acquisizione di un alto grado di probabilità».

²¹⁹ EKELÖF, *La libera valutazione delle prove*, cit., pag. 93 ss.; ID, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, cit., pag. 289 ss.; ID, *Beweiswert*, in *Festschrift für Baur*, cit., pag. 343 ss.; ID, *Le mie riflessioni sul valore probatorio*, cit., pag. 1 ss.; BOLDING, *Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im schwedischen Zivilprozeß*, in *Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung*, pag. 57 ss.; BENDER, *Das Beweismass*, in *Festschrift für F. Baur*, cit., pag. 247 ss; Vedi ad es. REINECKE, *Die Beweislastverteilung in Burgelichen Recht und im Arbeitsrecht als Rechtspolitische Regelungsaufgabe*, cit., pag. 189; MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., pag. 109 ss; PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 72 ss.; ZÖLLER, *Kommentar ZPO*, cit., pag. da 866 a 892; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., pag. 173 ss; BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, cit., pag. 27; KUR, *Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess*, cit., pag. 44; SCHERER, *Das Beweismaß bei der glaubhaftmachung*, cit., pag. 31; ESSER, *Vorwort*, cit., pag. 10 ss; LEIPOLD, *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess*, cit., pag. 5 ss.; STEIN-JONAS, *Kommentar ZPO*, cit., pag. da 473 a 574; ROSENBERG,-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 765 ss.; SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 265 ss.; PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 158 ss.; BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, cit., pag. 1119 ss.; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, cit., pag. 152 ss.; ID, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., pag. 219 ss.; ID, *Idee per una teoria della decisione giusta*, cit., pag. 315 ss.; DENTI, ult. op. cit.

Il diritto tedesco conosce un istituto di estremo interesse, l'*Anscheinsbeweis*²²⁰, il quale presenta alcuni punti di contatto con la teoria scandinava della verosimiglianza. Anzi, secondo una parte della dottrina²²¹, questo istituto, da tempo accolto dal *Bundesgerichtshof* (Corte federale di Cassazione), diminuendo il “grado di verosimiglianza” richiesto per considerare provato un fatto, avrebbe introdotto nel processo civile tedesco la teoria della verosimiglianza prevalente.

Tuttavia, anche se presentano alcune caratteristiche comuni, si tratta di due fenomeni distinti e indipendenti.

L'istituto dell'*Anscheinsbeweis* racchiude tutte quelle ipotesi – particolarmente frequenti nel caso di accertamento del nesso causale e della responsabilità ai fini del risarcimento del danno, ma presenti anche in altri settori – nelle quali, senza alcuna previsione normativa in tal senso, la giurisprudenza ritiene sufficiente che una parte (ed in particolare, la parte onerata) dimostri

²²⁰ Ma la dottrina tedesca parla anche di *Beweis auf erste Sicht*, *Beweis auf ersten Besicht*, *Beweis auf den ersten Blick*, *Wahrscheinlichkeitsbeweis*, *Beweis des ersten Anscheins* ecc.

Si tratta di un istituto di creazione pretoria, oggetto di numerose analisi e riflessioni dottrinali.

²²¹ Vedi ad es. KEGEL, *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit*, cit., pag. 333 ss.; MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., pag. 104.

l'*apparenza* (*Anschein*) del fatto allegato, ponendo di conseguenza a carico della controparte l'onere di dimostrare la possibilità di un diverso svolgimento dei fatti (e cioè, che, in realtà il fatto è diverso da come appare *prima facie*).

La teoria dell'*Anscheinsbeweis* si basa sul rilievo secondo cui in alcuni settori della vita di relazione si verificano con una certa regolarità degli “accadimenti tipici” (si tratta delle c.d. *typische Geschehensabläufe*) che, considerati alla luce di adeguate massime d'esperienza, consentirebbero di trarre conclusioni intorno allo specifico fatto che si tratta di provare. Ne consegue che le circostanze concrete del caso singolo non sono in linea di principio rilevanti – proprio per il loro carattere tipico – ai fini del giudizio di fatto. La parte onerata, favorita dal carattere tipico della fattispecie, non deve quindi fornire una prova piena, per consentire al giudice di pervenire al convincimento secondo gli abituali parametri, ma deve dimostrare soltanto la ricorrenza di una fattispecie tipica e quindi l'*apparenza* di una certa situazione.

Non è chiaro in dottrina²²² se l'*Anscheinsbeweis* dia luogo ad una vera e propria inversione dell'onere probatorio, o ad una mera riduzione (attenuazione) dell'onere che incombe sull'attore.

Al riguardo, l'opinione che sembra preferibile²²³ è quella secondo cui l'istituto in esame non determina una inversione dell'onere della prova – o meglio la determina solo in senso improprio – perché la parte nei cui confronti è fatta valere l'apparenza generata dalla situazione tipica, cioè quella su cui non grava l'onere della prova, può limitarsi a provare fatti che rendono (soltanto) inverosimili le asserzioni della parte onerata, ed allora quest'ultima dovrà fornire una prova piena. Non si può parlare di una vera e propria inversione dell'onere della prova perché la controparte è tenuta soltanto a fare venire meno la situazione di apparenza, non a fornire una prova piena, così come invece avviene nelle ipotesi di inversione dell'onere probatorio. Anche per la controparte si abbassa il livello probatorio e la sua reazione impone il ritorno alle normali regole (onere probatorio “pieno” a carico dell'attore). Semmai può allora parlarsi di una parziale in-

²²² Vedi sul punto ROMMÉ, *Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pag. 153 ss.

²²³ Vedi KEGEL, *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit*, in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung. Festschrift für Kronstein*, Karlsruhe, 1967, pag. 326 ss.

versione dell'onere della prova “da un punto di vista pratico”, o meglio di una sorta di “riduzione bilaterale dell'esigenza di provare il fatto”.

Il compito della parte su cui grava l'onere probatorio risulta comunque facilitato, perché il giudice, se la controparte non reagisce, o non riesce a provare fatti tali da rendere inverosimili le allegazioni della parte onerata, deve decidere in favore di quest'ultima sulla base (non di un convincimento “pieno” ma) della ricorrenza di una fattispecie tipica e quindi di una mera probabilità (di una situazione di semplice verosimiglianza).

Secondo l'opinione dominante²²⁴, l'istituto dell'*Anscheinsbeweis*, deve essere inquadrato nell'ambito della *Beweiswürdigung*, cioè della valutazione delle prove (e non già dell'onere della prova²²⁵). Esso incide, infatti, sui principi attinenti la valutazione giudiziale delle prove, stabilendo che il giudice per considerare

²²⁴ Vedi ad es. HAINMÜLLER, *Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeiten im heutigen deutschen Schadensersatzprozess*, in *Juristische Studien*, Tübingen, 1966, pag. 272; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, München, 1982, pag. 476; ENGELS, *Der Anscheinbeweis der Kausalität*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1985, pag. 22 ss.

²²⁵ Senz'altro superata appare, l'idea di ricondurre l'istituto in esame alla regola dell'onere della prova. Tale regola, infatti, trova applicazione soltanto quando il giudice non perviene al convincimento, mentre l'*Anscheinbeweis* determina in un certo senso il formarsi del convincimento – ma potrebbe dirsi che ne prescinde – tranne che la controparte faccia venire meno l'apparenza, nel qual caso deve nuovamente farsi riferimento ai parametri abituali.

provato un fatto può e deve ritenere sufficiente la probabilità (o, verosimiglianza) – conseguita in base a regole d’esperienza – che esso si sia verificato.

Si potrebbe avere l’impressione, esaminando la dottrina tedesca sull’istituto, che essa si sia abbandonata ad esercitazioni prevalentemente accademiche o d’indole chiaramente concettuale. Tuttavia, dietro il procedimento classificatorio e la preoccupazione sistematica, che sono il prodotto tipico dell’indole degli studiosi in parola, si nasconde la coscienza di un’evoluzione nella prassi giurisprudenziale e quindi nell’applicazione pratica del diritto, che non può lasciare indifferenti.

Gli ambiti di applicazione dell’istituto in esame sono molto vari²²⁶. Numerose sentenze riguardano questioni relative all’accertamento del nesso di causalità e della colpa ai fini del risarcimento del danno, nelle ipotesi di incendi, incidenti automobilistici e di responsabilità professionale.

²²⁶ Sul punto vedi ad es. GREGER, *Praxis und Dogmatik des Anscheinbeweis*, in *VersR*, 1980, pag. 1092 ss.; KEGEL, *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit*, cit., pag. 327 ss.; FASTENRATH, *Arzthaftpflichtprozeß und Beweislastverteilung*, cit., pag. 23; SICK, *Beweisrecht im Arzthaftpflichtprozeß*, cit., pag. 96 ss.; YOUNG-KYU PARK, *Das system des Arzthaftungsrechts*, cit., pag. 202; CHIANG, *Beweislast und Beweiserleichterung bei der Haftung von Angehörigen der Freien Berufe*, cit., pag. 120 ss.

Con riferimento al nesso di causalità, ad esempio, si afferma che la connessione tra il comportamento dell'agente e l'evento dannoso deve ammettersi in base alla tipicità dello svolgimento dei fatti secondo una regola di esperienza. Se nel caso concreto non vengono provati – dalla controparte – fatti tali da indurre ad ammettere un diverso svolgimento, o perlomeno tali da rendere credibile un anomalo svolgimento dei fatti, il giudice può e deve ritenere provato il nesso di causalità. Così, in caso di incendio si considera provato il nesso di causalità quando lavori pericolosi vengono effettuati vicino a sostanze infiammabili.

Per quanto riguarda la colpa, essa si ritiene sussistente quando ricorre uno svolgimento tipico del fatto e secondo la regola d'esperienza l'evento dannoso deve essere ricondotto ad un comportamento colposo, salvo comunque che vengano provati – dalla controparte – fatti tali da indurre a ritenere il contrario. Esempi tipici sono la dimenticanza da parte di un medico di un tampone nella ferita di un paziente; l'investimento da parte del conducente di un'automobile di alcuni passanti su un marciapiede oppure di un'auto regolarmente parcheggiata.

Nel compiere operazioni di questo genere la giurisprudenza sembra essere mossa da finalità non irragionevoli, e soprattutto dall'esigenza di evitare complesse e difficili operazioni probatorie dirette a verificare l'esistenza di fatti "verosimili" e tipicamente "normali".

Si assiste, però, in questo modo, all'affermazione di una tendenza del ragionamento giudiziale verso forme astratte o formali. Invece che aderire al caso concreto con una ricerca condotta *ex novo* in relazione alle singole ipotesi, esso si pone come un dato preconstituito che occorre "scuotere" (*erschuttern*) con una prova di verosimiglianza; quasi che ci sia da vincere una "resistenza passiva" o un "torpore" per spingere il giudice al compimento del suo dovere di indagine.

La teoria dell'*Anscheinsbeweis* – così come la teoria della verosimiglianza prevalente – si espone alla critica²²⁷ secondo cui spetterebbe soltanto al legislatore che opera con norme generali, e non al giudice che decide caso per caso, la potestà di modellare l'assetto degli oneri probatori delle parti (e quindi le rispettive

²²⁷ Mossa principalmente da MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., pag. 84 ss.

probabilità di successo nel momento della decisione finale)²²⁸.

Inoltre, tale istituto avrebbe come risvolto negativo il fatto che le parti vengono poste in una condizione di incertezza e di aleatorietà rispetto agli oneri probatori. Vi sarebbe, altresì, il rischio di compromettere la garanzia del contraddittorio manipolando questi oneri in modo discrezionale e surrettizio. Inoltre, non vi sarebbe ragione per privilegiare, sotto il profilo dell'onere della prova, la parte che invoca una situazione di fatto “tipica”, “normale”, e quindi più facilmente dimostrabile con prove, rendendo ulteriormente più difficile la posizione della controparte.

Non va dimenticato, d'altronde, che l'*Anscheinsbeweis* non sembra agevolmente importabile nel nostro paese. Un non recente tentativo in questo senso non ha avuto successo²²⁹, e l'opinione da tempo consolidata in dottrina è che la prova prima *facie* non esista nell'ordinamento italiano²³⁰.

Del resto, nella stessa dottrina germanica si sottolinea che l'*Anscheinsbeweis* è rimasta un istituto tipico ed esclusivo del di-

²²⁸ Secondo WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., pag. 208 ss., l'*Anscheinsbeweis* sarebbe in realtà un espediente di cui i giudici si servono per manipolare l'accertamento del fatto.

²²⁹ Questo tentativo risale allo scritto di PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime d'esperienza*, Padova, 1935, pag. 11 ss.

²³⁰ Vedi MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pag. 204 ss.

ritto tedesco, non esportabile e non esportato proprio a causa delle perplessità di fondo che esso fa sorgere.

Il concetto di *Anscheinsbeweis* risulta, infatti, caratterizzato da ambiguità che lo rendono di difficile utilizzazione, e ne hanno sostanzialmente limitato l'impiego alla cultura processualistica tedesca. Anche in questa dottrina, d'altronde, non mancano autorevoli voci²³¹ nel senso che il concetto di *Anscheinsbeweis*, pur diffusissimo nella prassi giudiziaria, sia superfluo e sostanzialmente inutile nell'ambito della teoria delle prove.

In realtà l'aspetto più problematico del concetto di *Anscheinsbeweis* è che non è ben chiara la natura della *apparenza* del fatto che verrebbe derivata dalle "circostanze tipiche" per mezzo delle massime d'esperienza.

Per un verso, infatti, si tende a configurare tale *apparenza* in termini probatori, ossia come se si trattasse di una sorta di prova debole, o di "bassa probabilità", relativa all'ipotesi sullo specifico fatto da provare: l'apparenza del fatto sarebbe dunque qualcosa di simile ad una *probatio inferior*, affidata comunque alla

²³¹ Vedi ad es. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., pag. 208 ss.; MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., pag. 83 ss.; HUBER, *Das Beweismaß in Zivilprozess*, cit., pag. 83 ss.

libera valutazione del giudice, che non equivale alla prova del fatto ma è sufficiente a far sorgere in capo all'altra parte l'onere della prova contraria. Non è affatto chiaro quale sia il grado di questa specie di prova²³², né in che cosa essa si distingua da altri fenomeni probatori²³³, né per quale ragione essa venga ritenuta sufficiente a produrre tale effetto; pur tuttavia sembrerebbe che essa sia capace di attribuire un pur minimo grado di attendibilità all'ipotesi sul fatto.

Per altro verso, l'*apparenza* del fatto sembra da ricondurre invece a qualcosa di simile al "normale accadimento dei fatti". Se allora, la base dell'istituto deve essere ravvisata nella tipicità dello svolgimento dei fatti in certi settori, sicché la normale esperienza finisce col rendere irrilevanti le circostanze concrete del singolo caso, e la parte non deve provare il fatto ma solo mostrare la ricorrenza di una fattispecie tipica, non è sul terreno della prova che ci si trova (neppure su quello di una prova inferiore

²³² Pare infatti che il concetto in esame operi nel senso di ridurre il grado di prova occorrente per stabilire il fatto, ma non è chiaro come avvenga questa riduzione, e quale sia il minor grado di prova che identifica l' *Anscheinsbeweis*. Al riguardo, non appaiono soddisfacenti neppure i tentativi di definire tale grado in termini di probabilità statistica.

²³³ Non appare possibile, in particolare, distinguere rigorosamente l' *Anscheinsbeweis* dalla *Indizienbeweis* (prova indiziaria). Ma se davvero è così, allora vengono meno l'autonomia e la consistenza del concetto di *Anscheinsbeweis*, trattandosi di un inutile duplicazione concettuale.

o debole), ma su quello della mera allegazione di un fatto che risulta qualificabile come corrispondente alla “normalità” o alla “tipicità” dello schema ricorrente nell’*id quod plerumque accidit* relativo a quel settore di esperienza.²³⁴

²³⁴ MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., pag. 83 ss.; PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pag. 94 ss.; SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 266; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 769 ss.; REINECKE, *Die Beweislastverteilung in Burgelichen Recht und im Arbeitsrecht als Rechtspolitische Regelungsaufgabe*, cit., pag. 89; BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, cit., pag. 158; WAHRENDORF, *Die Prinzipien der Beweislast in Haftungsrecht*, cit., pag. 31 ss.; LEIPOLD, *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess*, cit., pag. 11 ss.; WASSERMEYER, *Der prima facie Beweis*, Köln, 1954; SCHNEIDER, *Beweis und Beweiswürdigung*, cit., pag. 85 ss.; ENGELS, *Der Anscheinbeweis der Kausalität*, cit., pag. 51 ss.; TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., pag. 740 ss.; ID, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, cit., pag. 483 ss.; ID, voce “*onere della prova*”, cit., pag. 77; VERDE, *L’onere della Prova nel Processo Civile*, cit., pag. 112 ss.; PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit., pag. 169 ss.; ID, *Ripartizione dell’onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, cit., pag. 715 ss.

CAP. V LA RIPARTIZIONE DEGLI ONERI PROBATORI IN SEDE DI GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA.

26. L'ONERE DELLA PROVA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Il nuovo codice del processo amministrativo, approvato con D.lgs 2 luglio 2010, n. 104, conferma l'applicazione, nei giudizi impugnatori, del principio canonico dell'onere della prova, seppure mitigato dalla possibilità per il giudice amministrativo di acquisire *ex officio* gli elementi di conoscenza (o meglio, gli elementi istruttori) che ritiene utili ai fini della decisione.

L'articolo 63, primo comma, dispone, infatti che: *“Fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti”*.

Quanto specificamente al contenuto della regola di giudizio, il successivo articolo 64, primo comma, prevede espressamente che: *“Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che*

siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni”.^{235 236}

In particolare, quelli che spetta al ricorrente offrire al giudice, nella veste di legittimato ad agire, sono gli elementi di prova del fatto costitutivo dell'interesse o del diritto che si pretende leso. Quelli che spetta al resistente (amministrazione o controinteressato) fornire al giudice, nella veste di legittimato a contraddire, sono gli elementi di prova contraria ai fatti dedotti dal ricorrente. In entrambi i casi l'onere della prova, diretta o contraria, è limitato ai fatti «disponibili» alle parti.

Si tratta, come è evidente, di una norma diversa e più flessibile rispetto alla regola consacrata nell'art. 2697 c.c., che grava le

²³⁵ Viene evidenziata (cfr. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, 2012, in www.giustizia-amministrativa.it) la discrasia fra il primo comma dell'art. 63 e il primo comma dell'art. 64: nell'uno «resta fermo l'onere della prova a carico delle parti» nell'altro «spetta alle parti di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti a fondamento della domanda e delle eccezioni». «Di fronte alla finalità dell'art. 63, co. 1 di considerare mezzi di prova i «chiarimenti e documenti» che il giudice ha la facoltà di «chiedere alle parti anche d'ufficio», l'affermazione contenuta nell'*incipit* della disposizione suona come un'affermazione quantomeno distonica.»

²³⁶ In ordine alle norme in commento, giova richiamare il Resoconto del seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'Università degli studi di Messina. In quella sede, R. Villata intravede una debolezza nell'affermazione solenne con cui si apre l'art. 74 (ora 63), sull'onere della prova. La forma lessicale viene considerata discutibile (una subordinata, una principale, un rinvio ai principi del primo comma). Secondo F.G. Scoca, c'è una certa insicurezza nella disciplina della prova perché, da un lato, si afferma genericamente il valore del principio dell'onere della prova, dall'altro, si consente al giudice di intervenire d'ufficio e senza istanza di parte nell'acquisizione della prova.

parti dell'onere di fornire, non già la prova dei fatti costitutivi, o di quelli impeditivi, modificativi o estintivi, ma più semplicemente *gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità*²³⁷; norma che consente, dunque, di modulare, caso per caso, la regola di giudizio, sulla base di un criterio (quello di disponibilità, non lontano, peraltro, da quello di vicinanza²³⁸ già adottato nel processo civile), anche in ragione di una eventuale difficoltà, da parte del privato, di accedere alle fonti di prova in possesso della pubblica amministrazione.²³⁹

Quando, perciò, gli elementi di prova che siano nella disponibilità delle parti, riguardanti il fatto costitutivo dell'azione o

²³⁷ Come sostenuto da LAMBERTI, ult. op. cit., “Il confronto delle [due] disposizioni distingue il processo amministrativo da quello civile e ne individua l'unico (ma importante) punto il comune. Diversamente da quello civile, nel processo amministrativo la prova deve essere «meno piena» perché limitata agli «elementi disponibili» alla parte. Analogamente al processo civile l'onere della prova deve riguardare «i fatti» in disponibilità della parte, privata o pubblica essa sia. Nell'art. 64, la parola «fatti» è ripetuta due volte: a proposito degli elementi di prova che le parti devono fornire al giudice e a proposito delle prove proposte dalle parti, che il giudice deve porre a fondamento della sua decisione.

I «fatti» (e non i «documenti») sono oggetto di prova nel giudizio amministrativo come in quello civile ma lo sono in maniera «meno piena» del giudizio civile: alla stregua cioè di «elementi di prova nella disponibilità delle parti».”

²³⁸ Cfr. ZONNO, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, in www.giustizia-amministrativa.it: «la “disponibilità” del mezzo di prova esprime il principio della “vicinanza della prova” che impone che l'onere probatorio vada addossato alla parte che abbia disponibilità e che rappresenta la *ratio* ispiratrice del potere di intervento del Giudice nel processo, onde bilanciare la posizione di squilibrio processuale».

²³⁹ Cfr. SANTANGELI, *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili: commentario al Decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150*, Milano, 2012, pag. 53; ID, *Evoluzioni legislative e giurisprudenziali in materia di introduzione, valutazione e onere della prova e del principio di prova nel processo civile e amministrativo di legittimità*, cit., pag. 19.

dell'eccezione fatte valere in giudizio, siano insufficienti per giungere alla decisione, soccorre il potere acquisitivo del giudice amministrativo. In questo si sostanzia la diversità della regola contenuta nel primo comma dell'art. 64 c.p.a, rispetto a quella dell'art. 2697 c.c.

Il principio dell'onere della prova viene, poi, (ulteriormente e,) parzialmente temperato dalle previsioni contenute nei successivi commi del medesimo articolo 64, c.p.a.

Il secondo comma prevede, infatti, che *“Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione [oltre a] le prove proposte dalle parti (...) i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”*²⁴⁰. Mentre, il terzo comma prevede, che *“Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del de-*

²⁴⁰ Anche nel processo amministrativo, dunque, i fatti non contestati sono confluiti nel concetto di prova, menzionato nel primo comma dell'art. 64 c.p.a., con la conseguenza che, una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione dell'Amministrazione costituita attribuisce valore probatorio a quanto dedotto dal ricorrente. Quanto poi alla “forza probatoria” da riconoscere alla non contestazione, ed all'esercizio dei poteri officiosi del giudice in presenza di fatti non contestati, valgono le medesime considerazioni svolte con riferimento al processo civile, cui si rinvia (cfr. Cap. II, § 8).

*cidere*²⁴¹ *che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione*²⁴².

Orbene, dalla lettura delle predette disposizioni, emerge dunque che, con l'opera di codificazione, è stato, sostanzialmente accolto e consacrato l'assetto e l'impianto istruttorio del giudizio amministrativo previgente, così come *scolpito* dall'attività normativa del legislatore, e progressivamente delineato ed integrato in sede pretoria²⁴³.

²⁴¹ La richiesta di chiarimenti e documenti alle parti "anche d'ufficio" sembra simile ai "chiarimenti necessari" che il giudice civile chiede, ai sensi dell'art. 183, quarto comma, c.p.c., nell'udienza di trattazione.

²⁴² Tale potere di integrazione del materiale istruttorio, esercitato dal giudice anche d'ufficio, fa capo al dovere di correttezza imposto all'amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1, legge n. 241/1990. L'autorità amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza: come tale è tenuta a fornire al giudice le informazioni e i documenti utili ai fini del decidere e se non lo fa il giudice può acquisirli «anche d'ufficio».

²⁴³ L'evoluzione dell'istruzione del processo amministrativo è passata per rilevanti modifiche legislative, accompagnate da un confronto non sempre sincronico tra la Corte costituzionale ed i giudici amministrativi, che ha contribuito a ridisegnare sia l'oggetto del processo amministrativo, teso sempre più alla gestione di materie di giurisdizione esclusiva, sia la stessa natura dell'istruttoria.

La lettura tradizionale del processo amministrativo si incentrava quasi esclusivamente sull'analisi della legittimità dell'atto, sicché la prova dei fatti affermati non si palesava come elemento essenziale.

D'altro canto, la limitata attenzione al dato di fatto, se in contraddizione con quanto posto alla base dell'atto amministrativo, si spiegava anche con il tradizionale intendimento del giudice amministrativo di evitare, attraverso l'esame del fatto, per l'appunto, di intromettersi nelle valutazioni riservate all'autorità amministrativa.

La disponibilità dei mezzi istruttori, ma anche i mezzi stessi del processo amministrativo, erano limitati, negandosi, ad esempio, la testimonianza e la consulenza tecnica d'ufficio. E l'adozione dei pochi mezzi di prova ammessi sembrava riconducibile ad una scelta del giudice, più che ad un diritto della parte.

Pertanto, la sensazione che traspare in una prima fase del processo amministrativo è quella per cui l'istruttoria fosse sostanzialmente sotto la signoria del giudice.

Non era quindi semplice determinare il ruolo della parte. Per certi versi, in tale sistema istruttorio, alla parte era impedita la piena estrinsecazione del diritto alle prove, risultando, però, d'altro canto, mitigato l'onere di allegazioni tempestive ed analitiche. E la stessa decisione del giudice tendeva di fatto a raggiungere la verità probabile sui fatti, non a far prevalere strettamente il principio dell'onere della prova.

Si trattava, pertanto, di meccanismi incentrati su due elementi: da un lato, la limitazione dei mezzi istruttori previsti rendeva ingiusto ascrivere alla parte le conseguenze della mancata piena prova; dall'altro, una struttura dell'attività pubblica che vede l'amministrazione come depositaria di documentazione e titolare di attività di estranee alla conoscenza ed al controllo della parte privata.

Da qui discendeva, quindi, (sul punto v. *infra*), una diversa lettura degli obblighi imposti alla parte privata, richiamata non proprio alla prova, ma talora, ad un "principio di prova" (in particolare, ma non solo) per la deduzione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere (manifesta ingiustizia o disparità di trattamento, sviamento di potere, illogicità manifesta, travisamento dei fatti, contraddittorietà tra provvedimento impugnato e precedenti provvedimenti, ecc.); richiedendosi, talora, quasi come ulteriore requisito di ammissibilità del ricorso e comunque come elemento indispensabile perché il giudice esercitasse i propri poteri istruttori, una prospettazione delle censure del ricorso non vaga e generica, assistita da elementi di seria consistenza, relativamente al profilo di fatto delle stesse.

Tale impostazione, invero non così univocamente adottata dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Giust. Amm., 26 novembre 1986, n. 258), è stata progressivamente e parzialmente modificata alla luce delle recenti radicali riforme legislative in tema di istruzione probatoria.

In particolare, l'art. 7 della legge 21 luglio del 2000, n. 205, ha esteso a tutta la giurisdizione esclusiva l'utilizzabilità dei mezzi di prova previsti nel processo civile (ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento) e della consulenza tecnica d'ufficio.

Permaneva, tuttavia, in via interpretativa l'incertezza sulla estensione delle prove anche alla tutela degli interessi legittimi, anche se – a ben vedere – i poteri cognitivi e decisorii del giudice amministrativo attengono anche a questioni di carattere puramente patrimoniale, come il risarcimento dei danni.

L'art. 16 della legge 21 luglio del 2000, n. 205 estende, inoltre, espressamente, la possibilità di ricorrere alla consulenza tecnica anche nella giurisdizione di legittimità.

La legge 21 luglio del 2000, n. 205 ha aperto una nuova fase dell'istruttoria, in cui l'onere delle parti di fornire un principio di prova assume i connotati di un vero e proprio obbligo del ricorrente, delle parti intimato e dei controinteressati di allegare alla domanda tutti gli elementi necessari a fondare la loro pretesa, che siano nella propria disponibilità.

Lo scopo principale della novella legislativa è quello di assicurare la pienezza del contraddittorio, che postula a sua volta l'onere delle parti a fornire in sede processuale gli elementi necessari per fondare il convincimento del giudice.

Tali innovazioni, nel loro complesso, hanno consentito un accesso diretto al fatto controverso, non più limitato né influenzato, come nell'originario art. 44 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054.

Va, nondimeno, registrato il limitato approccio, in concreto, del giudice amministrativo ai nuovi mezzi di prova (fatta eccezione per la consulenza tecnica). "Ciò

Le suddette norme si annodano, infatti, perfettamente al tessuto giurisprudenziale antecedente all'avvento del nuovo codice, assestato sul principio dispositivo con il temperamento del potere del giudice di acquisire *ex officio* gli elementi necessari al proprio convincimento.

Si tratta del cd. principio dispositivo con metodo acquisitivo, che nasce dall'esigenza di individuare un punto di equilibrio tra il diritto di provare o far accertare in giudizio l'esattezza delle proprie affermazioni di cui all'art. 24 Cost., da una parte, e l'ordinaria difficoltà a reperire il relativo materiale probatorio, in quanto solitamente nella disponibilità della Pubblica Amministrazione, dall'altra parte.

probabilmente conferma, da una parte, una reale centralità dell'atto amministrativo, del documento come elemento centrale della maggior parte dei giudizi, ed è anche spia della preoccupazione diffusa del giudice amministrativo di evitare di rifare il procedimento amministrativo in sede giurisdizionale per accertare un fatto; insieme, probabilmente, alla preoccupazione che, in assenza di incisive modifiche della fase di trattazione, la generalizzata ammissione dei nuovi mezzi di prova conduca ad un ulteriore rallentamento dei processi, allo sconvolgimento degli equilibri raggiunti, che hanno visto sempre un tentativo di contemperamento tra i diritti delle parti, le prerogative della pubblica amministrazione e le concrete possibilità di incisione dei tribunali, al fine di mantenere una tutela effettiva; una tutela che rischierebbe di essere travolta, con inaccettabili e generalizzati ritardi, da un elevato ricorso a mezzi di prova costituendi." (cfr. SANTANGELI, *Evoluzioni legislative e giurisprudenziali in materia di introduzione, valutazione e onere della prova e del principio di prova nel processo civile e amministrativo di legittimità*, cit., pag. 33.)

Dette considerazioni trovano, peraltro, conferma nelle recenti pronunzie della giurisprudenza amministrativa²⁴⁴, secondo cui *“nel processo amministrativo, anche dopo l’entrata in vigore del nuovo codice approvato con D.L.vo 2 luglio 2010 n. 104 (cfr. art. 64, comma 3, cod. proc. amm.), il sistema probatorio è fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, il quale comporta l’onere per il ricorrente di presentare almeno un indizio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6118): e ciò, per l’appunto, è contemplato dal “sistema” proprio in quanto il ricorrente, di per sé, non ha la disponibilità delle prove, essendo queste nell’esclusivo possesso dell’amministrazione ed essendo quindi sufficiente che egli fornisca un principio di prova.”*

27. SEGUE. L’ONERE DEL PRINCIPIO DI PROVA ED I POTERI ISTRUTTORI ESERCITABILI *EX OFFICIO* DAL GIUDICE.

²⁴⁴ V. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 16 maggio 2011 n. 2955
Conforme Consiglio di Stato sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3135.

Nel processo amministrativo di legittimità – pur essendo lo stesso un processo di parti, tutte dotate dei medesimi poteri processuali²⁴⁵ – il ricorrente si trova (sovente) in evidente difficoltà in ordine al reperimento del materiale istruttorio, poiché detto materiale è normalmente nella disponibilità dell'Amministrazione che ha esercitato il proprio potere, ed ha adottato il provvedimento nei confronti del quale il privato ha proposto l'impugnativa²⁴⁶. Conseguentemente, da oltre un cinquantennio, la giurisprudenza amministrativa – sulla scorta di autorevole dottrina – sostiene che il ricorrente non sia gravato un vero e proprio onere della prova (in senso pieno)²⁴⁷, ma soltanto dell'onere di fornire un principio di prova²⁴⁸, una *semiplena probatio*.

²⁴⁵ Sostanzialmente improntato al principio dispositivo, secondo cui, *iudex secundum alligata et probata partium iudicare debet*.

²⁴⁶ Tale impostazione non è cambiata neanche dopo che la legge 7 agosto 1990, n. 241 ha riconosciuto al cittadino il diritto di accedere agli atti amministrativi, il diritto, cioè, di ottenere dall'Amministrazione tutti i documenti che gli sono utili per la sua tutela in giudizio: e ciò perché l'esercizio di quel diritto non incide sul termine per ricorrere, che, di conseguenza, può anche spirare nel momento in cui il ricorrente, senza sua colpa, non ha ancora ottenuto gli atti sulla base dei quali argomentare le proprie domande.

²⁴⁷ Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953: «Tale principio [dell'onere della prova] deve essere modulato in ragione della posizione sostanziale della parte privata, posizione che nel processo amministrativo è di «materiale e istituzionale inferiorità nei confronti dell'Amministrazione». Nello stesso senso cfr. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1956, pag. 169.

²⁴⁸ In altri termini, l'onere della prova “degrada” ad onere del principio di prova. Sulla configurabilità e sull'essenza di tale onere, cfr. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, pag. 600 ss (con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali).

Sarà poi il giudice a sopperire alla disparità tra le posizioni sostanziali delle parti, acquisendo d'ufficio documenti ed altri elementi istruttori²⁴⁹ di cui gli sia stata prospettata (ed eventualmente dimostrata) l'esistenza.^{250 251}

In altri termini, in presenza del principio di prova, potrà legittimarsi l'esercizio, da parte del giudice, dei poteri di impulso probatorio officioso, riconosciutigli dall'attuale sistema processuale, e preordinati dall'acquisizione di elementi di prova finalizzati al raggiungimento del convincimento definitivo in ordine alla illegittimità (o meno) del provvedimento impugnato.

In ogni caso, l'attività probatoria d'ufficio potrà assolvere – in ossequio al principio dispositivo c.d. “attenuato”²⁵² – ad una fun-

²⁴⁹ La sintesi della regola è ben scolpita dalla seguente massima: “Nel processo amministrativo il ricorrente non è tenuto a fornire la prova completa dei profili in fatto delle proprie doglianze, essendo sufficiente che all'uopo adduca elementi di seria consistenza, potendo e dovendo sopperire, alle eventuali manchevolezze, l'organo giudicante, attraverso l'esercizio dei poteri istruttori di cui all'art. 44 del R.D. n. 1054 del 1924”: Cons. Stato Sez. VI, 9 maggio 1983 n. 345.

²⁵⁰ Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, ult. op. cit., pag. 102 ss. e 202 ss.; SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, pag. 376.

²⁵¹ Si tratta di un'operazione di “riequilibrio” dell'originaria disegualianza tra le parti, peraltro non ignota al nostro ordinamento, essendo stato osservato (v. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, pag. 246) che analoghi meccanismi il legislatore introduce anche nel processo civile, nell'ambito di riti speciali caratterizzati dalla presenza di una parte “debole”, come il processo del lavoro.

²⁵² Il carattere dispositivo, cioè, viene temperato dal metodo acquisitivo, in forza del quale il giudice ha il potere di addossare l'incombente istruttorio alla parte che egli ritiene avere la possibilità di darvi corso. Ciò al fine di realizzare tra le parti la situazione di parità *ab origine* mancante, attribuendo ad esse una uguale possibilità di contribuire alla decisione, così sopperendo alle possibili deficienze di quello che

zione esclusivamente integrativa (e non già meramente suppletiva) nell'accertamento dei fatti allegati dall'attore.

Occorre, infatti, considerare che il potere istruttorio d'ufficio non può ovviare all'inerzia dell'istante, risolvendosi nella totale esenzione dall'adempimento degli oneri probatori in capo alle parti, ma deve ritenersi esercitabile soltanto in via integrativa e secondo le indicazioni della parte interessata, al solo fine dell'acquisizione di atti o informazioni necessari e funzionali all'accertamento degli elementi posti a fondamento della domanda, nei casi in cui la relativa produzione si riveli impossibile, estremamente difficile o particolarmente onerosa per l'istante.²⁵³

Il temperamento del principio dell'onere della prova – caratterizzante il giudizio amministrativo di legittimità, nei termini appena esposti – non può, infatti, tradursi nella possibilità per il ricorren-

è il nucleo centrale del processo, il contraddittorio, che potrebbe essere pregiudicato proprio dalla posizione di disparità tra le parti.

²⁵³ In altri termini, il giudice non può colmare – facendo ricorso ai poteri istruttori d'ufficio – le lacune probatorie della parte onerata.

Il potere officioso non è illimitato né il principio dispositivo con metodo acquisitivo costituisce una regola tralaticia applicata meccanicamente, anche laddove non ve ne sia alcuna necessità o giustificazione. Il limite, infatti, del metodo acquisitivo non può che essere rappresentato, in base alle premesse appena poste, dal principio di vicinanza della prova che impone che l'onere probatorio vada addossato alla parte che abbia nella “sua disponibilità” il mezzo di prova. (Cfr. ZONNO, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, cit.)

te di limitarsi ad esporre mere dichiarazioni, asserzioni o supposizioni, che trasferiscano l'accertamento della loro eventuale fondatezza interamente all'attività istruttoria del giudice.

L'onere del ricorrente di fornire un principio di prova già al momento della proposizione della domanda traeva – ancor prima dell'opera di codificazione – il proprio fondamento dalla lettura congiunta dell'art. 6, n. 3, R.D. 17 agosto 1907, n. 642 (secondo cui il ricorso deve contenere “la esposizione sommaria dei fatti, i motivi sui si fonda il ricorso, con la indicazione degli articoli di legge o di regolamento che si ritengono violati e le conclusioni”), dell'art. 44, primo comma, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (secondo cui “Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso, riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica”), dell'art. 21, secondo comma, legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (che prevedeva l'onere per il ricorrente

di depositare “copia del provvedimento impugnato...e dei documenti di cui...intenda avvalersi in giudizio”), e dell’art. 23, quinto comma, sempre della legge n. 1034 del 1971 (secondo cui “Il Presidente dispone, ove occorra, gli incumbenti istruttori”).

Tale onere è da sempre inteso in giurisprudenza come elemento ulteriore che determina l’ammissibilità del ricorso o comunque come elemento necessario che permette lo svolgimento dell’istruzione probatoria nel corso del processo. Il Giudice potrà, quindi, esercitare i propri poteri istruttori a condizione che l’affare risulti, sebbene in maniera incompleta, già “istruito” dalla parte ricorrente, sulla quale grava dunque l’onere non soltanto di introdurre i fatti principali, ma anche di fornire (contestualmente a tale introduzione) elementi di prova idonei a rappresentarli in maniera attendibile e puntuale.

E’ stato osservato²⁵⁴ come tale onere di fornire, in seno al ricorso, elementi indiziari per denunciare la non rispondenza al vero dei fatti indicati nel provvedimento impugnato vada accettato e condiviso ancora adesso, laddove anzi la maggiore possibilità di par-

²⁵⁴ Cfr. SANTANGELI, *Evoluzioni legislative e giurisprudenziali in materia di introduzione, valutazione e onere della prova e del principio di prova nel processo civile e amministrativo di legittimità*, cit., pag. 33.

tecipazione ed accesso del privato al procedimento amministrativo renderà questo compito ancor più semplice. Ciò consentirà una più rapida e proficua gestione del processo, analogamente a quanto può avvenire in altri modelli processuali, attraverso l'inserimento di immediate preclusioni.

Infatti, le impostazioni esegetiche dell'onere del principio di prova che in qualche misura si spingono fino a richiedere un minimo di attività preprocessuale alla parte, possono, in teoria, esercitare un effetto deflattivo, tutte le volte in cui la conoscenza degli esiti dell'istruttoria procedimentale della pubblica amministrazione sconsigli di intraprendere un ricorso destinato al rigetto.

Inoltre, l'applicazione dell'istituto in questione opera a vantaggio del principio della ragionevole durata del processo, mirando a consentire la celebrazione di processi più rapidi. E può, altresì, garantire un ragionevole "filtro", anche per il tramite di consulenze di parte, diretto ad evitare un'esplosione di richieste al giudice amministrativo per l'annullamento di provvedimenti fondati su valutazioni tecniche operate dalla pubblica amministrazione.

L'onere del principio di prova, inoltre – che va comunque sempre armonizzato con eventuali esigenze della parte istante che posso-

no talora rendere opportuno un immediato ricorso alla tutela giurisdizionale – determina, dunque, un aggravio della posizione del ricorrente; aggravio che, tuttavia, va temperato con l'esigenza di rendere maggiormente efficiente lo svolgimento del processo.

Nondimeno, vengono ravvisate ragioni ostative all'operatività dell'onere in questione.²⁵⁵ Si è, infatti, ritenuto che, “un utilizzo rigoroso e poco elastico di tale filtro potrebbe costituire una vulnerazione della garanzia del diritto di azione consacrato nell'art. 24 Cost. e creare una sorta di giurisdizione condizionata”. Inoltre, “l'obbligo di adempiere al suddetto onere potrebbe, nella prassi giudiziaria, trasformarsi in un inutile formalismo, o, evenienza ancor più grave, costituire un pericoloso strumento (...) in grado di arrestare, sempre in violazione dell'art. 24 Cost., l'iter processuale (il rischio, in questo caso, è dunque quello che le fasi di avvio e di istruzione del processo risultino subordinate a decisioni arbitrarie dei giudici)”.

Nondimeno, la configurazione – sia in sede legislativa che giurisprudenziale – di un onere del principio di prova nel processo amministrativo di legittimità, appare condivisibile.

²⁵⁵ Cfr. SANTANGELI, ult. op cit., pag. 33.

Invero, in questo momento storico, caratterizzato dalla piena partecipazione del privato al procedimento amministrativo, può attribuirsi alle parti ricorrenti l'onere di svolgere una minima attività processuale diretta all'acquisizione di tutti quei dati che consentono, già al momento della presentazione della domanda, di avvalorare, in fatto, le censure di illegittimità dedotte in sede di ricorso.²⁵⁶

²⁵⁶ Consiglio Stato, sez. V, 18 settembre 2006, n. 5438, in *Foro amm.* CDS 2006, 9, pag. 2534: "Questo Consiglio ha chiarito che nel processo amministrativo il principio dell'onere della prova subisce una attenuazione, sul presupposto della riconosciuta disparità di posizione fra privato e pubblica amministrazione, ritenendosi sufficiente la produzione di un principio di prova, salvo che gli elementi probatori siano nella piena disponibilità della parte interessata (Sez. V: 11 maggio 1998, n. 551; 23 novembre 1994, n. 1360; 23 aprile 1991, n. 637), e che tale principio di prova si realizza, a sua volta, con la produzione di elementi di seria consistenza (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2001, n. 1900).

Ciò comporta che gli elementi addotti dall'interessato, che aveva richiamato anche la delibera di conferimento dell'incarico, dovevano considerarsi sufficienti per l'esame della domanda, spettando all'Amministrazione il dovere di produrre in giudizio la relativa documentazione o in mancanza al Presidente del TAR o al Collegio di provvedere all'istruttoria dell'affare.

Né in qualche modo tali doveri istruttori dell'Amministrazione, del Presidente del TAR o del Collegio si sono attenuati per effetto dell'introduzione del "diritto di accesso" ai documenti amministrativi di cui alla L. 7.8.1990 n. 241 e successive modificazioni (...).

Invero, il "diritto" di accesso non ha una funzione meramente strumentale alla difesa in giudizio della situazione sottostante, ma ha una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e dalla stessa possibilità di instaurazione del medesimo (...).

Il "diritto" di accesso è collegato a una riforma di fondo dell'amministrazione, informata ai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività amministrativa. Ed è evidente, in tale contesto, che si creino ambiti soggettivi normativamente riconosciuti di interessi giuridicamente rilevanti, anche in contrapposizione tra di loro: interesse all'accesso; interesse alla riservatezza di terzi; tutela del segreto.

Trattasi, a ben vedere, di situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli

In altri termini, se nella fattispecie concreta sottoposta all'attenzione del giudice risulta agevole, attraverso gli strumenti e gli istituti previsti dalle leggi sul procedimento amministrativo, l'esercizio del diritto all'informazione sugli elementi posti a base del provvedimento, "la presenza di un «filtro mobile», quale l'onere del principio di prova, alla presentazione di ricorsi volti a contestare, alla luce di tali elementi, la legittimità dell'azione amministrativa può oggi essere serenamente accettata".

In ordine, poi, ai poteri istruttori del giudice amministrativo, occorre evidenziare la permanenza del potere dello stesso di assumere liberamente i mezzi di prova più opportuni, come pare indirettamente confermato dal mantenuto divieto di interrogatorio formale e giuramento; elemento, questo, che sotto altro aspetto deve, in via interpretativa, condurre a rifiutare la lettura del principio di non contestazione nel processo amministrativo come re-

interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (...).

Ma l'esercizio di tali poteri strumentali di accesso, tutelati dalla L. n. 241/1990 e successive modificazioni, deve ritenersi una facoltà dell'interessato, che può anche ritenere preferibile l'instaurazione immediata del giudizio amministrativo, salvo poi l'attivazione dei poteri istruttori da parte del giudice amministrativo. Per cui, dal mancato esercizio del "diritto" di accesso, il giudice amministrativo non può far scaturire conseguenze negative in ordine all'onere della prova a carico dell'interessato."

gola rigida, come invece si è inclini a ritenere nel processo civile²⁵⁷.

Per altro verso, la nuova disciplina sembra dettata per riconoscere anche un vero e proprio diritto ai mezzi istruttori in capo ai privati; rimane tuttavia fermo il compito del giudice amministrativo, in primo luogo, di esaminare l'ammissibilità e la rilevanza delle prove richieste, con una rigorosa valutazione di questo requisito onde evitare l'ingresso nel processo di prove a forte rischio di inutilità, sia sotto il profilo della irrilevanza del fatto da provare o del rifiuto del giudice comunque di prenderlo in considerazione, sia sotto il profilo della inutilità degli esiti del mezzo istruttorio ai fini del convincimento del giudice sull'esistenza e le modalità del fatto.

Sarebbe, quindi ammissibile, nelle peculiarità dei poteri del giudice amministrativo, la scelta di procedere all'assunzione di altri mezzi di prova diversi da quelli richiesti dalle parti, che renderebbe superflui questi ultimi, quando il fatto sia comunque ritenuto dal giudice come altrimenti provato, o quando dall'assunzione di un diverso mezzo di prova il giudice tragga il

²⁵⁷ V. Cap. II, § 8.

convincimento, ma in questo caso dovrà essere inequivocabile, pena l'ingiustificata compressione dei diritti di difesa delle parti, che il fatto sia diversamente avvenuto.

Orbene, le considerazioni appena svolte conducono ad un'altra necessaria rivisitazione del tema relativo all'esistenza del principio dell'onere della prova nel processo amministrativo di legittimità.

Va, infatti, in primo luogo considerato che l'attenuazione del principio dell'onere della prova non può più essere pienamente giustificata, quantomeno in via generale, esclusivamente alla luce della particolare posizione della parte istante. Le assicurate possibilità di intervento nel procedimento amministrativo, il diritto di accesso ed i poteri istruttori, se pur non integrali, oggi comunque consentiti alle parti private impongono, infatti, una riflessione di taglio parzialmente più ampio.

Occorre, inoltre, ricordare che il principio dell'onere della prova, cioè la necessità di ritenere non esistente un fatto come conseguenza automatica della mancata piena prova, è regola logica ma non unica, e ben possono proporsi riflessioni e soluzioni parziali-

mente diverse, se le esigenze di cognizione e processuali lo richiedono.²⁵⁸

Appare dunque utile partire dal divieto di assunzione delle menzionate prove legali e dai poteri istruttori dell'organo giurisdizionale, che sembrano configurare, nelle intenzioni del legislatore, come recepite ed esaltate dalla giurisprudenza, un ruolo necessariamente attivo del giudice amministrativo nella individuazione dei fatti necessari alla pronuncia.

Il giudice amministrativo può incidere sul profilo della non applicazione dell'onere e valutare il fatto per come lo ritiene più probabile, scegliendo la ricostruzione con una maggiore libertà in ordine alla valutazione della prova.

In altri termini, il giudice dovrà decidere a suo giudizio come si sono svolti quei fatti che è chiamato direttamente a conoscere, e dovrà dare la lettura più convincente tra quelle astrattamente pro-

²⁵⁸T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 17 gennaio 2008, n. 294, in *Foro amm.* TAR 2008, pag. 1, 125: “*anche nel processo amministrativo vale il principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 cod. civ., secondo il quale spetta al ricorrente fornire la dimostrazione dei fatti posti a fondamento della propria domanda. Lo stesso principio risulta mitigato nel menzionato processo unicamente nell'ipotesi in cui il ricorrente non abbia la disponibilità delle prove, essendo queste nell'esclusivo possesso dell'amministrazione. In tal caso, infatti, è sufficiente che il ricorrente fornisca un principio di prova.*”

ponibili, per poi verificare, sulla base di tale ricostruzione, la legittimità dell'operato della pubblica amministrazione.

Tale lettura non appare essere in contrasto con il principio di terzietà di cui all'art. 111 Cost., in quanto non si tratta di attribuire al giudice il potere (discrezionale ed arbitrario) di andare incontro alle esigenze di una parte a danno dell'altra. A meno che, non si voglia, in termini più ampi riflettere – addirittura – sulla compatibilità con il modello costituzionale di giusto processo del ruolo del giudice nell'istruttoria, o sulla libertà nella valutazione della prova, senza tuttavia ignorare che, la scelta di privilegiare una funzione assolutamente passiva del giudice nella materia in esame – pur rispondendo a criteri ed intenti sicuramente ammirevoli – non sembra necessariamente imposta quale unica possibile lettura del principio del giusto processo.²⁵⁹

Con riferimento, infine, alla questione relativa alle opzioni decisorie del giudice in ipotesi di incertezza, quando una soluzione favorisca la prospettazione del ricorrente ed un'altra invece un accertamento del fatto che “salverebbe” l'atto amministrativo,

²⁵⁹ Al contrario, recenti orientamenti tendono a ritenere necessario proprio il ricorso ai poteri istruttori d'ufficio per rispettare il dettato di cui all'art. 111 Cost. In argomento v. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pag. 129; TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pag. 456.

quando cioè si pone con maggiore incertezza il problema della valutazione della prova, assume rilievo l'analisi dei comportamenti processuali e preprocessuali delle parti del processo, che costituisce un legittimo strumento per determinare il convincimento giudiziale.

Si tratta di una riflessione che attiene ai rapporti delle parti processuali con le fonti di prova, secondo un criterio di vicinanza della prova.

Sotto questo profilo, va, in via generale, rammentata la necessaria attività di collaborazione della pubblica amministrazione all'attività istruttoria, anche quando la stessa legittimamente decida di non costituirsi in giudizio; e va, altresì, evidenziata la possibilità di desumere argomenti di prova quando l'autorità amministrativa non ottemperi tempestivamente alle richieste istruttorie; elementi, questi, che, uniti all'osservanza del principio di prova da parte del ricorrente, ben possono consentire al giudice di preferire la ricostruzione dei fatti per come prospettata dalla parte privata.

Deve tuttavia sottolinearsi che, oggi, colui che propone la domanda si trova frequentemente nella possibilità di provare i fatti

di causa; in questi casi, ovviamente, come comportamento processuale deve valutarsi anche l'atteggiamento ingiustificatamente negligente della parte ricorrente.

28. SEGUE. L'ONERE DELLA PROVA NELLE AZIONI RISARCITORIE E DI CONDANNA.

Le considerazioni sopra esposte valgono esclusivamente per i giudizi impugnatori, e non anche per i processi su diritti soggettivi e di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi²⁶⁰.

In questi casi troveranno applicazione i consueti criteri probatori riconducibili alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi deduce di aver subito un danno deve fornire la prova dello stesso, sia in ordine all'*an* che al *quantum*.

Tale impostazione risulta pienamente avallata dalla giurisprudenza amministrativa²⁶¹, secondo cui “*La domanda di risarcimento*

²⁶⁰ In tema di giudizi risarcitori, vi è chi distingue – cfr. DE LISE, *L'istruzione nel processo amministrativo, relazione al Convegno su Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo nel nuovo secolo*, svoltosi al Consiglio di Stato il 23 aprile 2008 – tra la prova dell'*an*, in ordine alla quale non viene meno “la caratteristica integrazione tra principio dispositivo e metodo acquisitivo”, e la prova del *quantum* del risarcimento, in relazione alla quale “non sussistono ragioni per discostarsi dai tradizionali principi civilistici secondo cui l'onere della prova sia per il danno emergente che per il lucro cessante, incombe su chi fa valere la pretesa in giudizio, ossia sul ricorrente”.

²⁶¹ Consiglio Stato, sez. V, 15 settembre 2010, n. 6797, in *Foro amm. CDS* 2010, 9, pag. 1868.

dei danni è regolata dal principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., in base al quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, per cui grava sul danneggiato l'onere di provare, ai sensi del citato articolo, tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito (danno, nesso causale e colpa); segue da ciò che il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale, richiedendo la positiva verifica, oltre che della lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento, della sussistenza della colpa o del dolo dell'Amministrazione e del nesso causale tra l'illecito e il danno subito; in particolare il risarcimento del danno conseguente a lesione di interesse legittimo pretensivo è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso), alla dimostrazione, secondo un giudizio di prognosi formulato ex ante, che l'aspirazione al provvedimento fosse destinata nel caso di specie ad esito favorevole, quindi alla dimostrazione, ancorché fondata con il ricorso a presunzioni, della spettanza definitiva del bene collegato a tale interesse, ma siffatto giudizio pro-

gnostico non può essere consentito allorché detta spettanza sia caratterizzata da consistenti margini di aleatorietà.”

In sostanza, quindi, il giudizio risarcitorio da lesione di interessi legittimi postula il superamento dei principi classici del processo amministrativo, modellati sullo schema del giudizio di impugnazione: al privato, cioè, non basta la deduzione, in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo, dell'illegittimità dell'atto e del relativo “principio di prova”, essendo necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione, ex artt. 2697 codice civile e 115, comma 1, c.p.c., degli elementi che consentano di concludere in senso a lui favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento. Occorre quindi fornire la prova del danno, nella sua esistenza e nel suo ammontare, secondo le regole di cui agli artt. 1223, 1226 e 1227, richiamati dall'art. 2056 c.c. L'azione risarcitoria è, infatti, soggetta, sul piano probatorio, all'integrale applicazione del principio dell'onere della prova, poiché la limitazione di detto onere - che governa il processo amministrativo impugnatorio - si fonda sulla naturale ineguaglianza delle parti, privato e pubblica Amministrazione, e quindi sul generale possesso dei documenti da parte dei pubblici uffici che resistono in giudizio,

mentre in caso di risarcimento danni la dimostrazione di questi avviene attraverso elementi di prova nella disponibilità del soggetto leso.²⁶²

Inoltre, il sistema istruttorio sopra esposto, che prevede un rilevante potere *acquisitivo* del giudice amministrativo non trova altresì applicazione quando il cittadino agisce nei confronti dell'Amministrazione lamentandosi che questa non abbia adempiuto a un suo obbligo; in questo caso, infatti, l'Amministrazione non esercita un potere, non adotta un vero provvedimento, e, di conseguenza, deve ritenersi che il cittadino sia in grado di dimostrare in fatto quanto corrisponde alle sue domande. Anche in questo caso, l'onere della prova è pieno.²⁶³

29. SEGUE. CONCLUSIONE.

In conclusione, ad oggi, nel processo amministrativo la conformità all'art. 2697 c.c. della “regola di giudizio” rimane, per lo più

²⁶² Cfr. T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 04 marzo 2010, n. 82, in *Foro amm. TAR* 2010, 3, pag. 905; VOLPE, *Profili di effettività nella disciplina processuale del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Giustizia.It*, 2003, IV.

²⁶³ Cfr. CHIRULLI, *L'istruzione*, in *Il nuovo processo amministrativo*, Commentario diretto da R. CARANTA, Bologna, 2011, pag. 537: “Laddove il Codice stabilisce che spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità (art. 64) ciò significa soltanto che quando il privato si confronta con il potere dell'amministrazione ha l'onere del principio di prova e quando si confronta con l'obbligo dell'amministrazione ha l'onere pieno di prova: l'ordinamento processuale attribuisce perciò al giudice un ampio potere di valutazione”.

confinata negli spazi (sia pure ampi) dell'azione di condanna (compresi i giudizi risarcitori) dove non esiste alcuna ragione per offrire sul piano istruttorio maggior tutela ad una parte piuttosto che all'altra²⁶⁴. Per il resto, anche se l'art. 63 c.p.a. sembra essere stato "ritagliato" sul processo civile, nel quale sono le parti che devono fornire la prova sulla quale il giudice deve formare il suo convincimento, il "metodo acquisitivo" continua ad incombere sul processo amministrativo.

Riassumendo, la regola di cui all'art. 2697 c.c., che esclude la possibilità dell'intervento officioso del giudice sul fatto, viene ritenuta applicabile ogniqualvolta non ricorra disuguaglianza di posizioni tra la p.a. e il privato, come avviene quando si verte esclusivamente sulla spettanza, o meno, di un risarcimento del danno²⁶⁵, ma non quando oggetto dell'azione sia l'annullamento

²⁶⁴ T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 02 settembre 2010, n. 3445, in *Foro amm.*, 9, pag. 2953: "La limitazione dell'onere probatorio che governa il processo amministrativo si fonda sulla naturale ineguaglianza delle parti, privato e p.a., e quindi sul generale possesso dei documenti da parte dei pubblici uffici che resistono in giudizio, nel mentre in caso risarcitorio si tratta in tutta evidenza di documentazione in possesso di parte ricorrente. Né può sopperirsi alle carenze probatorie di parte attraverso una liquidazione equitativa (...), che concerne solo la mera quantificazione mentre spetta al ricorrente che agisce "provare" gli elementi costitutivi della sua pretesa."

²⁶⁵ Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2010 n. 8006: con la conseguenza che, a pena di un'inammissibile inversione del regime dell'onere della prova, non è consentito al giudice amministrativo di sostituirsi alla parte onerata quando quest'ultima si trovi nell'impossibilità di provare il fatto posto a base della sua azione.

di un atto la cui emanazione postula la supremazia dell'amministrazione e la necessità della ricerca officiosa degli elementi di prova per riequilibrare la situazione di diseguaglianza del privato²⁶⁶.

Le regole di ripartizione dell'onere probatorio possono dunque distinguersi – dal punto di vista applicativo – con riferimento a due diversi modelli processuali, uno risarcitorio regolato dal principio dispositivo, e un altro annullatorio sottoposto alla nota mitigazione «acquisitiva»: nell'uno, l'onere della prova grava tutto sul ricorrente perché ne ha la completa disponibilità, nell'altro il ricorrente viene esonerato dalla prova piena, rimanendo tenuto alla presentazione di almeno un indizio di prova (un principio di prova) affinché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori ed acquisire la prova piena dei fatti, essendone la disponibilità nell'esclusivo possesso dell'amministrazione²⁶⁷.

²⁶⁶ V. Cons. Stato, sez. IV, 24 ottobre 2011, n. 5696, secondo cui il c.d. metodo acquisitivo consente al giudice di integrare allegazioni probatorie anche parziali, senza peraltro sostituirsi al diretto interessato, il quale deve comunque fornire qualche elemento di riscontro su vizi appresi anche in modo indiretto o desunti dalla documentazione interna acquisita a seguito di accesso agli atti, in nessun caso risultando ammissibili censure del tutto generiche o basate su semplici supposizioni. *Adde*: Cons. Stato sez. IV, 16 maggio 2011, n. 2955; Cons. Stato sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924.

²⁶⁷ Cons. St, sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924, in *Guida al diritto* 2011, 9, pag. 85; e *Red. amm. CDS* 2011, 02. Anteriormente al codice del processo, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 settembre 2010, n. 32207, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 9, pag.

Quando si verte esclusivamente sulla spettanza, o meno, di un risarcimento del danno, trova piena applicazione la regola contenuta nell'art. 2697 c.c., secondo la quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, senza che possa concepirsi la sostituzione «officiosa» del giudice amministrativo alla parte onerata che si trovi nell'impossibilità di provare il fatto posto a base della sua azione²⁶⁸. Allorchè la domanda si incentri sull'annullamento di un provvedimento opera il «principio dispositivo con metodo acquisitivo», sopravvissuto nel Codice del processo ma considerato al rango di «opzione residuale» da applicare quando ricorra un'effettiva disequaglianza di posizioni tra amministrazione e privato.

2864; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 7 aprile 2010, n. 975, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 04.

²⁶⁸ «La domanda risarcitoria deve essere rigettata ove non emergano adeguate prove in ordine all'effettiva consistenza del danno. Non è sufficiente la mera quantificazione del danno asseritamente subito neppure nel caso in cui la lesione asseritamente subita riguardi diritti della persona umana; infatti, il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza, che deve essere allegato e provato, dovendosi disattendere invece la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso (cd. "danno evento")»: Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006, in *Foro Amm. CDS*, 2011, 2362; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 11 gennaio 2012; T.A.R. Sicilia, Catania sez. II, 13 aprile 2011, n. 895, in *Foro amm. TAR* 2011, 4, pag. 1420; Cons. St., sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006, in *Foro Amm. CDS*, 2011, 11, pag. 2362.

CAP. VI CENNI SULL'ONERE DELLA PROVA NEL PROCESSO PENALE. DIFFERENZE RISPETTO AL PROCESSO CIVILE

30. L'ONERE DELLA PROVA NEL PROCESSO PENALE: DAL SISTEMA "INQUISITORIO" A QUELLO "ACCUSATORIO"

Negli ultimi anni il tema dell'onere della prova nel processo penale è oggetto di un rinnovato e crescente interesse scientifico. Se durante la vigenza del codice di procedura penale del 1930 prevaleva in dottrina l'opinione che negava la configurabilità dell'onere della prova nel processo penale, l'entrata in vigore del codice del 1988 ha dato inizio ad un graduale ripensamento della problematica alla luce del mutato quadro normativo di riferimento.

Durante la vigenza del codice di procedura penale del 1930 larga parte della dottrina²⁶⁹, pur con diversità di sfumature, negava l'esistenza dell'onere della prova nel processo penale.

²⁶⁹ Vedi ad es. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., pag. 25; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, 1961, pag. 328.

Il maggior ostacolo veniva ravvisato nella incompatibilità dell'istituto con il rito *inquisitorio* ed in particolare con il modello probatorio delineato dal “codice Rocco”, imperniato sui principi dell'iniziativa probatoria officiosa e della libera ricerca della verità materiale. In tale sistema il giudice aveva il dovere, indipendentemente dalle istanze delle parti, di ricercare, ammettere ed assumere le prove necessarie all'accertamento della verità, mentre le parti stesse non erano titolari di un diritto al compimento di determinate attività istruttorie. Si affermava in dottrina che l'istituto dell'onere della prova presupponeva un “giudice inattivo” e pertanto non era configurabile quando al giudice era attribuita una “facoltà istruttoria suppletiva autonoma”.

Tale argomento, fondato su una pretesa libertà illimitata del giudice nella ricerca della verità, poteva tuttavia condurre a negare l'esistenza solamente dell'onere formale e non anche di quello sostanziale.²⁷⁰ La prevalenza dei poteri inquisitori del giudice escludeva infatti l'esistenza in ambito probatorio di un potere dispositivo delle parti, al quale l'onere formale in qualche misura si

²⁷⁰ Sulla differenza tra onere della prova sostanziale e onere della prova formale vedi *supra* Cap. I, § 3.

ricollega, ma non certamente l'operatività di una regola di giudizio sulla decisione del fatto incerto.

Un ulteriore argomento posto a fondamento della tesi dell'inesistenza dell'onere della prova veniva ravvisato nella peculiare posizione del pubblico ministero nel processo. Essendo soggetto pubblico, istituzionalmente obbligato all'osservanza della legge, il pubblico ministero – si affermava – agisce solo per dovere e non per interesse²⁷¹, è organo di giustizia e non parte. Non si potrebbe dunque parlare di un conflitto di interessi del pubblico ministero con l'imputato; in altri termini non sarebbe configurabile una lite, considerata condizione essenziale perché l'onere della prova possa funzionare come meccanismo di stimolo delle parti.

L'assunto appare in realtà privo di consistenza. Si può convenire sul fatto che il pubblico ministero non è un organo necessariamente di accusa: perseguendo un interesse pubblico, egli ha, infatti, un obbligo istituzionale di accertare la verità, un dovere di correttezza e di lealtà in base al quale deve mirare alla condanna soltanto del colpevole. E' tuttavia altrettanto sicuro che il pub-

²⁷¹ CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, cit., pag. 210.

blico ministero, nel momento in cui, esercitando l'azione penale, afferma la colpevolezza dell'imputato e ne chiede la condanna, mostra un interesse, sia pure non personale, in contrasto con quello dell'imputato e si assume l'onere di provarne la responsabilità.

A ben vedere il motivo più valido per negare l'esistenza dell'onere formale nel sistema processuale del codice del 1930 era il mancato riconoscimento, in concreto, del diritto alla prova.

Se concettualmente l'onere presuppone che il soggetto onerato abbia la reale possibilità di evitare le conseguenze negative collegate al suo mancato adempimento, nel caso in esame le parti dovrebbero avere effettivamente diritto al compimento degli atti processuali che esse reputano necessari. Nel sistema processuale previgente, invece, l'esistenza di un diritto alla prova, fortemente sostenuta ed argomentata dalla dottrina sulla base delle norme costituzionali ed internazionali, si traduceva, nella prassi giudiziaria, in non più di una mera aspettativa. Le parti potevano solamente formulare istanze probatorie che il giudice non era obbligato ad accogliere, avendo ampia discrezionalità tanto sui criteri di ammissione quanto sui tempi e sulle modalità della deci-

sione. Da un lato, infatti, le norme facevano costante riferimento al generico parametro della “necessità ai fini dell’accertamento della verità”; dall’altro non era neppure garantita una decisione immediata e distinta da quella conclusiva della fase processuale.

Il codice di procedura penale del 1988 ha introdotto importanti innovazioni nella disciplina delle prove, tanto da far parlare di una vera e propria “rifondazione” della materia. Da un lato il procedimento probatorio è stato regolamentato nei momenti fondamentali della ricerca, dell’ammissione, dell’assunzione e della valutazione della prova. Dall’altro è stato accolto, pur con alcune eccezioni, il principio dispositivo: le parti hanno l’onere di ricercare le fonti di prova e di introdurre i mezzi di prova nel processo, nonché, ove si tratti di dichiarazioni, quello di formulare le domande.

La ricerca delle fonti di prova spetta in primo luogo al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria, che, nella fase delle indagini preliminari, compiono, nell’ambito delle rispettive attribuzioni, le investigazioni necessarie per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale, ma anche alla difesa, avendo la

nuova disciplina introdotta dalla legge 7 dicembre del 2000, n. 397²⁷², definitivamente legittimato l'indagine difensiva.

Circa l'ammissione delle prove, la regola generale, prevista dall'art. 190, comma 1, c.p.p., secondo cui le prove sono ammesse a richiesta di parte, comporta un vero e proprio ribaltamento di prospettiva rispetto al modello processuale previgente, basato, come detto, sull'iniziativa officiosa del giudice, alla quale oggi il comma 2 dell'art. 190 riserva invece un ruolo esclusivamente residuale.

L'iniziativa probatoria, precedentemente monopolio del giudice, viene adesso attribuita in via prioritaria alle parti, alle quali è riconosciuto il "diritto alla prova", e cioè il diritto ad ottenere l'ammissione di tutte le prove richieste che non siano vietate dalla legge, manifestamente superflue o irrilevanti. L'art. 190 c.p.p. non si limita, infatti, all'enunciazione del principio, ma individua gli specifici criteri in base ai quali deve essere accolta la richiesta di ammissione di un mezzo di prova, obbliga il giudice ad una pronuncia immediata sulle richieste delle parti e pone il contrad-

²⁷² Si tratta degli artt. da 391-*bis* al 391-*decies* del c.p.p.

dittorio quale passaggio obbligato per la revoca dei provvedimenti sull'ammissione della prova.

Rispetto al sistema previgente, dunque, il baricentro si sposta decisamente dal potere d'ufficio del giudice all'iniziativa delle parti. Così operando, il legislatore mostra una chiara propensione per l'adozione del principio dispositivo: la disponibilità della prova è stata ritenuta la tecnica più idonea ad assicurare il contraddittorio ed a garantire la terzietà, anche psichica, del giudice. L'iniziativa probatoria viene affidata alle parti nella consapevolezza che il metodo dialettico e il contraddittorio sono i migliori strumenti per la ricerca e l'accertamento della verità, che emerge meglio dall'attività di parti contrapposte che non dalla solitaria ricerca di un giudice.

Il codice di procedura penale del 1988 ha comunque accolto un principio dispositivo "attenuato", in quanto il potere attribuito alle parti non giunge a condizionare irrimediabilmente l'accertamento giudiziale. Terzietà ed imparzialità non significano passività, indifferenza del giudice rispetto alla definizione

del processo secondo giustizia²⁷³. L'istruzione non è un "affare delle parti" rispetto alla quale il giudice ha funzione notarile, di mero arbitro. Quando le parti non abbiano esaurientemente illustrato il *thema probandum* il giudice può infatti intervenire d'ufficio sia formulando domande (art. 506, comma 2, c.p.p.) sia assumendo nuovi mezzi di prova (art. 507 c.p.p.).

Diversamente da quanto accade nel processo civile, il principio dispositivo non si accompagna affatto al potere delle parti di disporre dell'oggetto del processo. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sancito dall'art. 112 Cost., impedisce di attribuire al pubblico ministero il potere di disporre dell'imputazione. Nemmeno l'imputato può disporre del proprio diritto di libertà, in quanto, a differenza del giudizio civile, la confessione non ha valore di prova legale.

Nell'ordinamento processuale penale il principio dispositivo non attiene dunque alla tutela giurisdizionale, ma esclusivamente alla tecnica di accertamento del fatto, e risulta comunque temperato

²⁷³ Anche negli ordinamenti di *common law* la cosiddetta "*sporting theory*", che attribuisce al giudice il ruolo di mero "arbitro sportivo" della contesa fra le parti è stata da tempo superata.

da alcuni poteri residuali di iniziativa probatoria riservati al giudice.

Occorre, infine, rilevare che parte della dottrina²⁷⁴ nega la configurabilità dell'onere della prova anche nel rito di stampo *accusatorio* delineato dal codice del 1988, asserendo che la Corte Costituzionale²⁷⁵ ha affermato che il principio dispositivo in materia di prova “non trova riscontro né nei principi della legge delega né nel tessuto normativo concretamente disegnato dal codice”, e che l'art. 507 c.p.p.²⁷⁶, così come interpretato dalle Sezioni unite e dalla Consulta, consente al giudice di assumere d'ufficio anche mezzi di prova dai quali le parti siano decadute²⁷⁷.

A tale impostazione può, tuttavia, obiettarsi che – in base al *principio di acquisizione processuale* – l'onere della prova non com-

²⁷⁴ Vedi ad es. AMODIO, *Rovistando tra le macerie della procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 2942; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1994, pag. 264; UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura dello stesso, Milano, 1992, pag. 1 ss

²⁷⁵ V. Sent. n. 111 del 1993

²⁷⁶ Il quale dispone al primo comma che: «*terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova*».

²⁷⁷ Nell'interpretazione dei supremi organi giurisdizionali il potere officioso del giudice concerne, infatti, tutte le prove comunque non precedentemente assunte, comprese quelle che le parti non hanno tempestivamente dedotto, ed anche in assenza di qualsiasi precedente acquisizione probatoria, a condizione che *esse risultino dagli atti del giudizio e la loro assunzione appaia decisiva*. E' altresì necessario che le parti siano poste in condizione di ottenere l'ammissione delle eventuali *prove contrarie*. Vedi ad es. Cass. S.U., 6 novembre 1992, n. 11227; Cass., 8 febbraio 2005, n. 12226.

porta che il giudice debba convincersi dell'esistenza di un fatto sulla base di soli mezzi di prova introdotti dalla parte onerata, ben potendo egli trarre elementi di prova anche da quelli introdotti dalle altre parti o assunti d'ufficio.

Del resto l'interpretazione estensiva dell'art. 507 c.p.p. non appare tale da sconvolgere il modello probatorio delineato dal codice del 1988, che resta ispirato ad un principio dispositivo "attenuato". Infatti è assicurata la priorità dell'iniziativa delle parti, in quanto il giudice può esercitare il potere d'ufficio solo quando si è conclusa l'attività probatoria delle parti, se vi è stata. L'ambito di operatività del potere d'ufficio del giudice risulta così inversamente proporzionale alla "qualità" dell'attività istruttoria delle parti che, esercitando correttamente il loro diritto alla prova, limitano fino ad escluderla la possibilità di intervento *ex officio* del giudice.

Il giudice non può "avvalersi dell'art. 507 per verificare solo una propria ipotesi ricostruttiva sulla base di mezzi di prova non dotati di sicura conclusione"²⁷⁸. La condizione delle rilevabilità *ex*

²⁷⁸ Così Cass. S.U., 6 novembre 1992, n. 11227

actis del mezzo di prova da assumere e della sua decisività appare idonea ad “evitare incontrollabili iniziative giudiziarie”.

L’art. 507 c.p.p. non individua un potere di autonoma investigazione del giudice dibattimentale, che non può “impegnarsi nell’accertamento di fatti e circostanze diversi da quelli dedotti nell’imputazione del pubblico ministero”.²⁷⁹

Si tratta dunque di un’iniziativa probatoria suppletiva, complementare, cronologicamente successiva all’eventuale attività delle parti, subordinata ad una situazione di necessità, ad un’istruzione dibattimentale non esauriente, quando dagli atti emergano tematiche non sondate o non sufficientemente approfondite.

Si può, pertanto, concludere che l’interpretazione estensiva dell’art. 507 non comporta l’insussistenza a carico delle parti dell’onere formale di introdurre i mezzi di prova idonei a dimostrare i fatti allegati.²⁸⁰

²⁷⁹ Così si esprime la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U., suppl. ord. n. 2, 24 ottobre 1988, pag. 60.

²⁸⁰ QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1998, pag. 1254 ss.; PIZZI, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, pag.195 ss.; SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALA’, *Diritto processuale penale*, Milano, 2006; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2006, pag. 200; GAITO, *Onere della prova e processo penale, Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, III, pag. 514 ss.; AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, cit; MELCHIONDA, *Considerazioni sull’onere della prova nel processo pe-*

31. LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA

L'art. 27, comma 2, Cost. afferma che "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva". Come è noto, il Costituente ha accolto una formulazione "in negativo" del principio, in luogo di quella tradizionale²⁸¹ secondo cui l'imputato è presunto innocente, al fine di sottolineare la compatibilità costituzionale della custodia cautelare prima della sentenza irrevocabile di condanna. Ciò ha fatto sì che in dottrina si manifestassero opinioni divergenti in ordine all'effettivo significato del principio costituzionale e alla reale equivalenza tra il concetto di "innocenza" e quello di "non colpevolezza".

Alcuni studiosi²⁸² hanno sostenuto che la formula adottata non esprime alcuna presunzione di innocenza e hanno ridimensionato la portata del principio, intendendola come una semplice constatazione della situazione "neutrale" dell'imputato nel corso del

nale, in *Crit. pen.*, 1969, pag. 114; BARGI, *Procedimento probatorio e Giusto processo*, Napoli, 1990, pag. 70.

²⁸¹ La formulazione "in positivo" era adottata già dall'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino approvata dall'Assemblea costituente francese nel 1789.

²⁸² Vedi ad es. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino, 1952, pag. 202; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., pag. 476 ss.; GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1949, pag. 189. ss.; MARCUCCI, *Presunzione d'innocenza dell'imputato e presunzione di inesistenza del delitto*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1949, pag. 119.

processo, non considerato colpevole ma neppure innocente. La Corte Costituzionale (sentenza n. 124 del 1972²⁸³) ha aderito a questa interpretazione riduttiva, escludendo che l' art. 27, comma 2, Cost. abbia sancito una presunzione di innocenza, dal momento che durante il processo non esiste un colpevole né un innocente, ma soltanto un imputato²⁸⁴.

Secondo tale indirizzo, dunque, la condizione di “non colpevole” non si identificherebbe con quella di “innocente”, con il rischio, però di privare la norma costituzionale di qualsiasi effetto giuridico.

Un'altra corrente dottrinale²⁸⁵ ha invece affermato l'equivalenza delle due formule, superando la dicotomia “innocenza”–“non colpevolezza”, scarsamente plausibile sia dal punto di vista se-

²⁸³ La Corte ha, in particolare, affermato che *«la condizione di non colpevole non sembra identificarsi con quella di innocente: chi, durante il processo, è non colpevole può essere giudicato, con la sentenza definitiva, innocente oppure colpevole. Se fosse vero il contrario sarebbe illegittima ogni misura di carcerazione preventiva che è, invece, ammessa dall'ultimo comma dell'art. 13 Cost»*.

²⁸⁴ Che nel processo esista soltanto un imputato è ovvio, fino ai limiti del lapalissiano. Ma chi si esprimeva in tal senso non cadeva, a ben guardare, in una tautologia, poiché al termine “imputato” attribuiva significato e conseguenze ben precise. Per “imputato”, cioè, non si intendeva semplicemente il soggetto sottoposto a procedimento penale, ma, ed in maniera più pregnante, quel soggetto che, per solo fatto di essere sottoposto a procedimento penale, poteva subire del tutto legittimamente limitazioni anche notevoli alla originaria sfera di libertà. L'imputazione, quindi, giustificerebbe da sola – secondo questa impostazione – una sorta di *deminutio capitis* del cittadino, dando vita ad uno *status* intermedio tra questi e il condannato.

²⁸⁵ ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, Bologna, 1979, pag. 27; BELLA-VISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1956, pag. 116.

mantico sia sotto il profilo squisitamente logico. Le due espressioni costituiscono infatti semplici varianti lessicali del medesimo concetto: negare la colpevolezza non può significare altro che riconoscere l'innocenza.

Quest'ultima interpretazione del precetto costituzionale trova autorevole conforto nella formulazione del medesimo principio nelle Carte internazionali sui diritti dell'uomo ratificate dall'Italia. L'art. 6, comma 2, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²⁸⁶ e l'art. 14 n. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici²⁸⁷, ma anche ultimamente l'art. II-108, comma 1, della Costituzione Europea, firmata a Roma il 29 ottobre 2004²⁸⁸, affermano, infatti, "in positivo" la presunzione di innocenza. Quale che sia la loro collocazione nella gerarchia delle fonti²⁸⁹, è certo che tali norme, es-

²⁸⁶ Resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

«Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata».

²⁸⁷ *«Ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente».*

²⁸⁸ *«Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata».* Con riferimento alla Costituzione Europea, occorre, in ogni caso, rammentare che la stessa – come è noto – non è mai entrata in vigore a causa dell'interruzione del procedimento di ratifica, imposto dagli esiti negativi dei referendum popolari indetti in Francia e nei Paesi Bassi.

²⁸⁹ A tal riguardo la Corte costituzionale (sent. n. 10 del 1993) ha affermato che le norme della Convenzione europea e del Patto internazionale *«sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti concernenti i re-*

sendo state ratificate dal nostro Paese, risultano fonti di diritto interno, comportando il recepimento, quanto meno con efficacia di legge ordinaria, della presunzione di innocenza.

Secondo l'opinione più diffusa, nella presunzione prevista dall'art. 27, comma 2, Cost. è possibile cogliere un duplice significato: una regola di trattamento dell'imputato e una regola probatoria o di giudizio, strettamente collegate dal punto di vista logico.

Sotto il primo profilo, la norma costituzionale sancisce il divieto di assimilare l'imputato al condannato²⁹⁰, e conseguentemente di limitare, nel corso del processo, la sua libertà personale con finalità di anticipazione della pena.

Sotto il secondo profilo, il principio, come regola di giudizio, attribuisce l'onere della prova alla pubblica accusa, garantendo all'imputato di non dover provare alcunché fino a quando il pubblico ministero non abbia interamente dimostrato la sua colpevolezza, e imponendo al giudice l'assoluzione anche laddove vi

lativi ordini di esecuzione», ma sono «insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria».

²⁹⁰ Vedi Corte Cost., n. 33 del 1959, secondo cui la presunzione di non colpevolezza rappresenta un principio fondamentale di civiltà e di giustizia, che vieta di considerare colpevole l'imputato prima della condanna definitiva, «*sotto qualsiasi aspetto e per ogni effetto*».

sia finanche il solo dubbio della sua responsabilità. Presumere l'imputato innocente equivale, quindi, ad affermare che egli non è tenuto a dimostrare la sua innocenza, ma spetta all'accusa dare la prova della sua responsabilità.

Si tratta ovviamente di una presunzione legale *iuris tantum*, e cioè valida finché non sia stato dimostrato il contrario.

L'imputato non ha dunque la necessità di provare la sua innocenza fino a quando la sua reità non sia stata provata dall'accusa. Tuttavia, una volta che il pubblico ministero ha dimostrato l'esistenza degli elementi costitutivi del reato, assolvendo così l'onere della prova, spetta alla difesa fornire prove che contrastino efficacemente quelle portate dall'accusa, dimostrando la mancanza di credibilità delle fonti ovvero l'inattendibilità degli elementi probatori di accusa, o ancora fornendo prove a discarico, ovvero provando l'esistenza di fatti che escludono la illiceità penale del fatto (ad. es. di una causa di giustificazione o di non punibilità). L'imputato può anche provare che egli non ha tenuto la condotta asserita dall'accusa o che l'evento non si è verificato.

Se la difesa riesce a convincere il giudice, l'onere della prova torna a gravare sull'accusa, e così via. Fino alla sentenza definitiva l'onere della prova segue la dialettica delle parti e fa carico, di volta in volta, a quella contro cui la prova è stata raggiunta.

Poiché il momento in cui viene fornita la prova del fatto non coincide, di regola, con quello in cui il giudice si convince dell'esistenza dello stesso, le parti sono chiamate ad anticipare la valutazione del giudice, formulando un giudizio prognostico circa l'idoneità o meno degli elementi addotti a convincerlo. Si tratta di un giudizio di probabilità, in quanto fino al momento della decisione non è possibile sapere con certezza se l'onere di convincere il giudice è stato o meno soddisfatto.

Ciò che le parti devono provare è, in sintesi, la reità o l'innocenza dell'imputato. Al fine di dare concretezza alla regola di giudizio occorre tuttavia stabilire con precisione quali fatti ciascuna parte deve provare e, di conseguenza, come viene ripartito il rischio della mancata prova.

All'accusa spetta in primo luogo la prova della sussistenza del fatto criminoso e della sua commissione da parte dell'imputato, ma, sotto un profilo più generale, l'onere della prova comprende

tutti gli elementi sfavorevoli all'imputato, comprese le circostanze aggravanti e gli indici di capacità criminale e di pericolosità.

Alla difesa spetta di provare che il fatto non è avvenuto, che l'imputato non ne è l'autore, che sussistono cause di giustificazione e di non punibilità, nonché la presenza di circostanze attenuanti e degli indici di attitudine sociale, in una parola tutti i fatti dai quali possono comunque derivare conseguenze favorevoli per l'imputato.²⁹¹

32. ONERE DELLA PROVA E LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE: IL PROBLEMA DEL *QUANTUM* DELLA PROVA E IL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

La quantità di prova necessaria ai fini del convincimento del giudice, è diversa nel processo civile e in quello penale. Nel primo, il *quantum* di prova è identico per l'attore e per il convenuto. Nel

²⁹¹ QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, cit., pag. 1254 ss.; TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., pag. 220; GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e presunzione di non colpevolezza*, in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1998, pag. 1172 ss.; ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit.; PAULESU, voce "Presunzione di non colpevolezza", in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino 1995, pag. 690; GAITO, *Onere della prova e processo penale*, cit., pag. 514 ss.; SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALA', *Diritto processuale penale*, cit.; PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Foro pen.*, 1965, pag. 2.

processo civile lo standard probatorio viene, generalmente, espresso in termini di probabilità e di verosimiglianza. L'attore deve provare i fatti costitutivi del diritto in modo tale da convincere il giudice che la propria ricostruzione appare più probabile di ogni ipotesi contraria (art. 2697, comma 1, c.c.). Se la prova da lui fornita appare insufficiente (e cioè inidonea a far ritenere la tesi dell'attore più probabile rispetto alle ipotesi contrarie) o contraddittoria (nel senso che esistono anche elementi idonei a far ritenere ugualmente probabili altre ricostruzioni contrarie) il giudice rigetta la domanda.

Parimenti avviene quando l'onere della prova spetta al convenuto. In base all'art. 2697, comma 2, c.c., "chi eccepisce l'inefficacia (dei fatti costitutivi) del diritto ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda". Ciò significa che in capo al convenuto esiste il medesimo standard probatorio previsto per l'attore. Occorre, infatti, che il convenuto fornisca prove tali da far ritenere l'esistenza dei fatti impeditivi o estintivi più probabile che l'inesistenza degli stessi. In caso contrario, il giudice civile respinge l'eccezione.

La norma trova la sua giustificazione nella sostanziale equivalenza dei diritti sui quali si controverte nel processo civile.

Viceversa, nel processo penale colui che accusa (il pubblico ministero) ha l'onere di provare la reità dell'imputato in modo da eliminare ogni *ragionevole dubbio*. Tale standard probatorio è rimasto a lungo privo di un espresso riconoscimento normativo all'interno del codice di procedura penale. Fino al 2006 l'art. 530, comma 2, c.p.p. si limitava, infatti, a stabilire che il giudice doveva pronunciare sentenza di assoluzione quando era "insufficiente" o "contraddittoria" la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da una persona imputabile. Tuttavia nessuna norma prevedeva esplicitamente il "parametro" in base al quale valutare l'insufficienza o la contraddittorietà della prova d'accusa.

La giurisprudenza, dal canto suo, aveva già accolto il principio in base al quale nel processo penale la reità doveva essere provata oltre ogni ragionevole dubbio.²⁹² Si era già, pertanto, affermata

²⁹² Cass. Pen., S.U., 11 settembre 2002: «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio[...] non può non comportare [...] l'esito assolutorio stabilito dall'art. 530, comma 2, c.p.p.». Nella

l'idea secondo cui le prove d'accusa erano insufficienti quando il pubblico ministero non aveva dimostrato la reità eliminando nel giudice ogni *ragionevole dubbio*; mentre esse dovevano ritenersi contraddittorie quando, pur essendo prevalenti rispetto alle prove d'innocenza, lasciavano residuare uno o più ragionevoli dubbi.

Con la legge n. 46 del 2006 il Parlamento ha modificato l'art. 533, comma 1, c.p.p. relativo alla sentenza di condanna e ha stabilito che il giudice pronuncia tale sentenza quando l'imputato "risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio". Tale modifica si ripercuote, ovviamente sulla interpretazione della norma relativa alla sentenza di assoluzione, confermando il suddetto orientamento giurisprudenziale. La pro-

sentenza si afferma, inoltre, che, per condannare, occorre "una conclusione caratterizzata da un alto grado di credibilità razionale."

La definizione di "ragionevole dubbio", che sintetizza efficacemente l'orientamento prevalente nei sistemi processuali di *common law*, è quella contenuta nel § 1096 del c.p. della California: «*il ragionevole dubbio non è un mero dubbio possibile, perché qualsiasi cosa si riferisca agli affari umani e sia collegata a giudizi morali è aperta a qualche dubbio possibile o immaginario. E' quella situazione che, dopo tutte le valutazioni e le considerazioni sulle prove lascia la mente dei giurati in una condizione tale per cui essi non possono dire di provare una convinzione incrollabile, prossima alla certezza morale, sulla verità dell'accusa*».

va d'accusa che lascia residuare un ragionevole dubbio, è equiparata alla mancata prova.²⁹³

L'aggettivo "ragionevole" significa "comprensibile da una persona razionale" e dunque oggettivabile attraverso una motivazione che faccia riferimento ad argomentazioni logiche e, cioè, che rispetti il principio di non contraddizione. Non potrà trattarsi, pertanto, di un dubbio meramente psicologico, possibile o congetturale, percepito soggettivamente dal giudice; ma neppure di un dubbio di tipo puramente "logico", che deriva dalla possibilità di ipotizzare una spiegazione alternativa, la quale, per quanto sostenibile da un punto di vista razionale, appaia puramente teorica, non trovando alcun supporto nelle prove reperite.

Si può, quindi, ritenere che l'accusa ha adempiuto l'onere probatorio quando ogni differente spiegazione del fatto contestato,

²⁹³ In una delle prime applicazioni giurisprudenziali della regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio", il Tribunale di Padova, sentenza 17 luglio 2006, afferma che «L'art. 533, comma 1°, c.p.p., nel prescrivere che la colpevolezza dell'imputato deve essere provata al di là di ogni ragionevole dubbio, ha recepito un canone di giudizio tipico degli ordinamenti di common law, e, tuttavia, ormai già diffuso da tempo nell'Europa continentale. Da esso discende che non ogni dubbio che possa affacciarsi alla mente del giudicante è tale da impedire la condanna dell'imputato, ma soltanto il dubbio che si qualifichi come ragionevole; altrimenti, paradossalmente, nessuna condanna potrebbe essere mai pronunciata, potendo sempre essere adombrato il dubbio cartesiano sulla stessa esistenza della realtà».

basata sulle prove, appare non ragionevole; viceversa, l'accusa non ha adempiuto l'onere quando appare ragionevole una differente spiegazione del fatto in modo tale da escludere la reità dell'imputato.

Si è soliti affermare che nel processo penale il criterio del ragionevole dubbio costituisce una regola probatoria e di giudizio.

Come regola probatoria il criterio ha due accezioni, per un verso, indica la peculiarità dell'onere sostanziale della prova²⁹⁴, che nel processo penale grava in prima battuta sul pubblico ministero, con un *quantum* assai più elevato rispetto all'imputato; per altro verso, attraverso il criterio del ragionevole dubbio si giunge ad affermare che l'ipotesi accusatoria idonea a determinare la condanna è quella che resiste all'urto del contraddittorio e alla prospettazione delle ipotesi alternative attraverso la dialettica delle parti.

Come regola di giudizio, il criterio del ragionevole dubbio indica la "decisione" che il giudice deve prendere se all'esito dell'istruzione probatoria si trova di fronte al dubbio: ossia deve

²⁹⁴ Per la definizione di onere della prova sostanziale vedi *supra* Cap. I, § 3.

ritenere come non provata la reità e, conseguentemente, deve assolvere l'imputato.

Un'altra particolarità del processo penale consiste nel fatto che il dubbio – sulla base del principio *in dubio pro reo* – va a favore dell'imputato anche quando questi ha l'onere della prova, è cioè quando egli deve convincere il giudice dell'esistenza di un fatto favorevole. Ai sensi dell'art. 530, comma 3, c.p.p., “se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità, ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione”. Ciò vuol dire che il dubbio sull'esistenza di un fatto impeditivo o estintivo (per usare una qualificazione civilistica) va a favore dell'imputato, che può essere considerato il “convenuto” nel processo penale.

Il Legislatore non ha inserito nella norma in oggetto l'aggettivo “ragionevole”. Tuttavia, l'art. 530, comma 3, c.p.p. deve interpretarsi congiuntamente all'art. 533, comma 1, come modificato dalla legge n. 46 del 2006. Pertanto, l'imputato avrà soddisfatto l'onere della prova e sarà prosciolto se, attraverso la prova delle

scriminati, avrà fatto sorgere nel giudice un dubbio ragionevole sulla propria reità.

Ciò è razionalmente giustificabile perché nel processo penale (a differenza del processo civile) non vi è una sostanziale equivalenza tra le posizioni soggettive contrapposte: è soltanto l'imputato che può ricevere dalla decisione un pregiudizio nel suo diritto più importante, quello della libertà personale.

Occorre, inoltre, tener conto che l'imputato, se pure ha l'onere di provare i fatti a sé favorevoli, tuttavia non ha quei poteri coercitivi di ricerca delle fonti di prova che nel nostro sistema spettano soltanto al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria. Pertanto, al fine di far sorgere un ragionevole dubbio, egli potrebbe limitarsi ad asserire l'esistenza di un fatto estintivo (ad es. una causa di giustificazione o un alibi); spetterà poi all'autorità inquirente condurre le indagini per evitare che nel giudice si formi un convincimento favorevole all'imputato.

Tuttavia quest'ultimo ha l'onere di indicare con sufficiente precisione i fatti e di introdurre almeno un principio di prova. Ad esempio l'imputato che eccepisce l'esistenza di un alibi deve indicare con esattezza il luogo nel quale afferma di essersi trovato e

le sembianze delle persone che erano presenti. Soltanto la pubblica accusa ha i poteri coercitivi per identificare i testimoni; ove non lo faccia, rischia di lasciar sopravvivere un dubbio ragionevole che andrà a favore dell'imputato. Viceversa, può accadere che l'imputato si limiti ad indicare in modo impreciso fatti che soltanto lui poteva conoscere, impedendo all'accusa di condurre indagini per accertarli; in tal caso egli non adempie l'onere della prova perché non fa sorgere un dubbio ragionevole.

Si può in, sostanza, concludere che nel processo penale la regola sull'onere della prova pone tra le parti una ripartizione del rischio della prova "mancante", non di quella "incerta". Mentre il fatto ignoto comporta una decisione sfavorevole alla parte onerata della prova di esso, l'incertezza si risolve sempre a favore della difesa in virtù del principio *in dubio pro reo*. Infatti, l'incertezza dei risultati probatori impedisce di superare il dato di partenza, costituzionalmente garantito, che è rappresentato dall'innocenza dell'imputato.²⁹⁵

²⁹⁵ QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, cit., pag. 1270 ss.; TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, pag. 145; CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*. L. 20 febbraio 2006, n. 46 "legge Pecorella", (a cura di) Scalfati, Milano, 2006, pag. 87; DANIELE, *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, I, pag 253 ss.; PALIERO, *Il «ra-*

gionevole dubbio» diventa criterio, in Guida dir. 2006, X, pag. 73; CANZIO, L'«oltre il ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio, in Riv. it. dir. proc. pen. 2004, pag. 305 ss.; UBERTIS, La ricerca della verità giudiziale, cit., pag. 1 ss.; KOSTORIS, Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla c.d. «legge Pecorella», in Riv. dir. proc., 2006, pag. 642.

²⁹⁵ Sent. n. 111 del 1993.

INDICE BIBLIOGRAFICO

ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm.* R.I. 1985, pag. 679.

ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937.

AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in Aa.Vv., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, dir. da Amodio e Dominioni, I, Milano 1989, pag. XXIX
- *Rovistando tra le macerie della procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 2942.

ANDOLINA-VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990.

ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Nss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1968, pag. 260 ss.

AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932.

BAICKER-MCKEE, W.M. JANSSEN, J. B. CORR, *A student's Guide to the Federal Rules of civil procedure*, St. Paul M.T., 2002.

BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in www.judicium.it.

BARGI, *Procedimento probatorio e Giusto processo*, Napoli, 1990.

BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München, 1996, pag. 27.

- *Handbuch der Beweislast im Privatrecht*, Köln –Berlin–Bonn–München, 1991.

BAUR, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*, Berlin 1966.

BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1956, pag. 116.

BENDER, *Das Beweismass*, in *Festschrift für F. Baur*, Tübingen, 1981, pag. 247 ss.

- *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen*, in *DriZ*, 1968, pag. 163 ss.

BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, pag. 328 ss.

BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, pag. 1119 ss.

BETTI, *Su di una pretesa inversione dell'onere della prova per fatto concludente*, in *Giur. It.*, 1950, I, pag. 264.

- *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.

- *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, pag. 189 ss.

BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Napoli, 1981.

BOLDING, *Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im schwedischen Zivilprozeß*, in *Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung*, pag. 57 ss.

BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010, pag. 88.

BREHM, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen 1982.

BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in www.judicium.it, pag. 9.

CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1972, pag. 393 ss.

- *Il processo come gioco*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1972, pag. 556
- *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972, pag. 615 ss.

CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1956, pag. 169.

CANZIO, *L'«oltre il ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, pag. 305 ss.

CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, *Riv. dir. civ.*, IV, 2006, pag. 535.

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, Contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Parte I - I principi*, Milano, 1974, pag. 174.

CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, pag. 11.

- *La prova civile*, Roma, 1947, pag. 25.
- *Prove civili e prove penali*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1925, pag. 210.
- *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1957, pag. 375.

CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.

CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *Riv. giur. Lav.*, 1982, I, pag. 203.

CASTIGLIONE, *Il sistema probatorio nel processo amministrativo*, in *T.A.R.*, 1990, II, pag. 237.

CATALANO, *La prova d'alibi*, Milano, 1998.

CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, pag. 722.

- *I Poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, Milano, 1968.

CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, pag. 268.

CENDON-ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza / a cura di Cendon*, Milano, 1994, pag. 143.

CHIANG, *Beweislast und Beweiserleichterung bei der Haftung von Angehörigen der Freien Berufe*, München, 1999, pag. 120 ss.

CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Quest. giust.*, 1987, pag. 509

- *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, pag. 827.

- *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pag. 129.

CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, pag. 370.

CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.

CHIRULLI, *L'istruzione*, in *Il nuovo processo amministrativo*, Commentario diretto da Caranta, Bologna, 2011.

CIPRIANI, *Nel centenario del regolamento di Klein*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pag. 969 ss.

CIVININI, *L'interrogatorio delle parti e dei loro difensori*, *Quaderni del C.S.M., Il nuovo processo civile e il giudice di pace*, n. 92, 1997, II, pag. 110.

COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998, pag. 287.

CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, pag. 25.

CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. L. 20 febbraio 2006, n. 46 "legge Pecorella"*, (a cura di) Scalfati, Milano, 2006, pag. 87.

CUNIBERTI, *Principi nell'istruzione nel processo amministrativo*, in *Studium Juris* 1997, II, pag. 79.

DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, pag. 212.

DANIELE, *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, I, pag. 253 ss.

DE LISE, *L'istruzione nel processo amministrativo*, relazione al Convegno su *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo nel nuovo secolo*, svoltosi al Consiglio di Stato il 23 aprile 2008.

DE MARINI, *Ammissione*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, pag. 253.

DENTI, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pag. 710 ss.

- *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, pag. 28.

- *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv.dir. proc.*, 1972, pag. 414 ss.

EGGLESTON, *Evidence, Proof, Probability*, London, 1983, pag. 10.

EKELÖF, *Beweiswert*, in *Festschrift für Baur*, Tübingen, 1981, pag. 343 ss.

- *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, in *ZZP*, 75, 1962, pag. 289 ss.
- *La libera valutazione delle prove*, in *Studi per Segni*, vol. II, Milano, 1967, pag. 93 ss.
- *Le mie riflessioni sul valore probatorio*, in *La teoria del valore probatorio*, a cura di Gärdenfors, Hansson e Sahlin, Milano, 1997, pag. 1 ss.

ENGELS, *Der Anscheinbeweis der Kausalität*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1985, pag. 22 ss.

ERTEL, *Grundfragen des Deutschen und Italienischen arzthaftungprozess in vergleich*, Frankfurt am Main, 1996, pag. 202.

ESSER, *Vorvort*, in *Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung*, pag. 10 ss.

FABBRINI TOMBARI, *Note in tema di presunzioni legali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, pag. 917 ss.

FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corriere Giuridico*, 2009, IX, pag. 1169.

- *Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo*, in www.judicium.it.

FASTENRATH, *Arzthaftungspflichtprozeß und Beweislastverteilung*, Frankfurt am Main, 1990, pag. 23.

GAITO, *Onere della prova e processo penale, Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, III, pag. 514.

GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, pag. 1021.

- *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di Cassese S., t. V, II ed., Milano, 2003, pag. 4391.

- *Le prove nel processo amministrativo*, Milano, 1994.

GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e presunzione di non colpevolezza*, in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1998, pag. 1172 ss.

GOTTWALD, *Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?*, München 1996, pag. 15 ss.

GRASSO, *La pronuncia d'Ufficio*, Milano, 1967, pag. 1312.

- *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, sub art. 117, pag. 1254.

GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, Köln –Berlin-Bonn-München, 1978, pag. 38.

- *Praxis und Dogmatik des Anscheinbeweis*, in *VersR*, 1980, pag. 1092 ss.

GRUMETTO, *Brevi osservazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Giust. civ.* 2001, II, pag. 201.

GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1970.

GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1949, pag. 189 ss.

HAINMÜLLER, *Der Anscheinbeweis und die Fahrlässigkeiten im heutigen deutschen Schadensersatzprozess*, in *Juristische Studien*, Tübingen, 1966, pag. 272.

HENCKEL, in *ZZP*, 1992, pag. 100 ss. *Recensione alla monografia di Stürner-Schlosser, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne*, in *JZ*, 1991, pag. 599 ss.

HOFMAN, *Die Umkehr der Beweislast in der Kausalfrage*, Karlsruhe, 1972.

HUBER, *Das Beweismaß in Zivilprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pag. 83 ss.

ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, Bologna, 1979.

ITALIA, *Le presunzioni legali*, Milano, 1999, pag. 17 ss.

KAUFMANN, *Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozess*, Köln, 1984, pag. 5 ss.

KEGEL, *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegende Warscheinlichkeit*, in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung. Festschrift für Kronstein*, Karlsruhe, 1967, pag. 3 ss.

KLEIN, *Zeit und Geistesströmungen im Prozesse*, II ed., Frankfurt, 1958.

KORSCH, *Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozess und das qualifizierte Geständis*, Bonn, 1965, pag. 65 ss.

KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla c.d. «legge Pecorella»*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pag. 642.

KUR, *Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, pag. 44.

LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, 2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

LANG, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Berlin, 1999, pag. 99 ss.

LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, München, 1982, pag. 476.

LASERRA, *La prova civile*, Napoli, 1957.

LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, pag. 67.

- *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1985, pag. 5 ss.
- *Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess*, in *Festschrift für W. Gerhardt*, Köln 2004, pag. 563 ss.

LENHOFF, *The Law of Evidence (Am. J. Comp. Law)*, 1954, pag. 332.

LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, pag. 476 ss.

LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 2007.

LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999.

LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1994, pag. 264.

LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, 1975, pag. 21.

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Milano IX ed, 2007.

- *Diritto Processuale Civile*, II, Milano, XX ed, 2009.

MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino, 1952, pag. 202.

MARCUCCI, *Presunzione d'innocenza dell'imputato e presunzione di inesistenza del delitto*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1949, pag. 119.

MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, pag. 133.

MAXEN, *Über Beweislast, Einreden und Exceptionen*, Göttingen, 1861, pag. 288.

MELCHIONDA, *Considerazioni sull'onere della prova nel processo penale*, in *Crit. pen.*, 1969.

MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, pag. 204 ss.

MIGLIORINI L., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977.

MINARDI, *Onere di contestazione: le conseguenze della mancata o tardiva contestazione dei fatti nel processo decisionale del Giudice*, in *Il Civilista*, 2010, II, pag. 26.

MONTESANO, *Offerta della prova e inversione convenzionale dell'onere di prova*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, III, pag. 38 ss.

- *Parere pro veritate*, in *Mass. giur. lav.*, 1990, pag. 500 ss.

MOTSCH, *Vom Prozess als Beweis zum Überwiegensprinzip*, in *Gedächtnisschrift für J. Rödiger*, Berlin-Heidelberg-New York, 1978, pag. 334 ss.

MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, Bonn, 1975, pag. 109 ss.

NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pag. 47 ss.

O'HARE-K.BROWNE, *Civil litigation*, London, 2003, pag. 559.

PALIERO, *Il «ragionevole dubbio» diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, X, pag. 73

PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, in *COMMENTARIO del codice civile. A cura di Scialoja e Branca. Libro VI: Della tutela dei diritti*, Bologna, 1987, pag. 158 ss.

- *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, pag. 714.

PAULESU, voce "*Presunzione di non colpevolezza*", in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino 1995, pag. 690.

PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, 1883, pag. 100 ss.

- *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, pag. 253.

PETERS, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, Tübingen, 1983, pag. 145.

PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Foro pen.*, 1965, pag. 2.

PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime d'esperienza*, Padova, 1935, pag. 11 ss.

PIZZI, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, pag. 195 ss.

POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Milano 1995.

- *Verità, razionalità e accrescersi della conoscenza scientifica*, Bologna, 1972.

PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006.

- *Appunti sulle prove civili*, in *Foro It.*, 1994, V, pag. 82.

PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München, 1983, pag. 72 ss.

- *Grundprobleme des Beweisrechts*, in *JA*, 1985, pag. 313 ss.

- *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, V ed., München 2010, § 286, pag. 2778 ss.

- *Informationsbeschaffung durch neue Urkundenvorlagepflichten*, in *Festschrift für Janos Nemeth*, Budapest 2003.

PUGLIATTI, in *Enc. del dir.*, voce *Eccezione (teoria generale)*, pag. 156.

PULIATTI, *Responsabilità professionale, condanne più facili per i medici*, in *Diritto e Giustizia*, 2004, n. 28, pag. 34.

QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1998, pag. 1254 ss.

RASCIO, *Note brevi sul “principio di non contestazione” (a margine di una importante sentenza)*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2002, IV, pag. 81.

REINECKE, *Die Beweislastverteilung in Burgelichen Recht und im Arbeitsrecht als Rechtspolitische Regelungsaufgabe*, Berlin, 1990, pag. 27 ss.

ROMMÉ, *Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*, Köln –Berlin-Bonn-München, 1989, pag. 153 ss.

ROSENBERG, *Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*, München, 1952, pag. 166 ss.

ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, 2004, pag. 765 ss.

SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, I, pag. 420.

SAITTA F., *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la l. n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.* 1996, II, pag. 1.

SALTELLI, *Processo amministrativo di primo grado*, in *Codice del processo amministrativo*, Commentario a cura di Leone-Maruotti-Saltelli, Padova, 2010, pag. 594.

SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, pag. 376.

SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in www.judicium.it.

- *Evoluzioni legislative e giurisprudenziali in materia di introduzione, valutazione e onere della prova e del principio di prova nel processo civile e amministrativo di legittimità*, in *Il diritto delle prove – Atti del convegno di Catania, 21-22 novembre 2008*, Torino, 2009, pag. 19.

- *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili: commentario al Decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150*, Milano, 2012, pag. 53.

SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, pag. 8.

SCHERER, *Das Beweismaß bei der glaubhaftmachung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, pag. 31.

SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, Bonn, 2006, pag. 269 ss.

SCHLEMMER SCHULTE, *Beweislast und Grundgesetz: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur zivilprozessualen Beweislast im Haftungsrecht*, Köln, 1997, pag. 10 ss.

SCHLOSSER, *Französische Anregungen zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO*, in *Festschrift für Sonnenberger*, München, 2004, pag. 135 ss.

SCHNEIDER, *Beweis und Beweiswürdigung*, München, 1989, pag. 7 ss.

SCHULZ, *Gedanken über die Verteilung der Beweislast*, Hamburg, 1949.

SCHWAB, *Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie*, in *Festschrift fuer Bruns*, pag. 505.

SCHWERING, *System der Beweislast im englisch-amerikanischen Zivilprozess*, Karlsruhe, 1969, pag. 60-61.

SCOCA, *Mezzi di prova e attività istruttoria*, in *Il processo amministrativo*, Commentario a cura di A. Quaranta – V. Lopilato, Milano, 2011, pag. 539.

SCREIBER, *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*, Berlin-Heidelberg-New York, pag. 13 ss.

SICK, *Beweisrecht im Arzthaftpflichtprozeß*, Frankfurt am Main, 1986, pag. 96 ss.

SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALA', *Diritto processuale penale*, Milano, 2006.

SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959.

SMID, *Der prima facie Beweis*, Berlin, 1925.

STADLER, *Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung: erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozessrechtsreform*, in *Festschrift für Beys*, Atene, 2003, pag. 1625 ss.

STEIN-JONAS, *Kommentar ZPO*, da § 284 a 287 ZPO, Tübingen, 1996, pag. da 473 a 574.

STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, in *RabelsZ*, 2005, pag. 201 ss.

- *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, 1976.

TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, pag. 785 ss.

- *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, pag. 553 ss.
- *Giudizio: processo, decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, pag. 787 ss.
- *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, pag. 315 ss.
- *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pag. 77 ss.
- *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, in *TRATTATO di diritto civile e commerciale*. Vol. III, Tomo 2, sez.1, Milano, 1992, pag. 116 ss.
- *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, pag. 219 ss.
- *Libero convincimento del giudice I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990.
- *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Studi in onore di Vittorio Denti: il processo di cognizione*, vol. II, pag. 377
- *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986.
- *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pag. 733 ss.
- *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pag. 36 ss.
- *Voce "onere della prova"*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.* Vol XIII, Torino, 1995, pag. 77 ss.
- *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. 3/2008, 94.
- *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pag. 456.

TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, pag. 145.

- *Manuale di procedura penale*, Milano, 2006, pag. 220.

TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, pag. 246.

TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2002, pag. 538.

UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura dello stesso, Milano, 1992, pag. 1 ss.

VACCARELLA, *Lezioni sul processo civile di cognizione*, Bologna, 2006, pag. 220.

VALLEBONA, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pag. 812.

- *L'onere della prova degli atti discriminatori*, in *Lavoro e Diritto*, 1989, pag. 336.

- *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988.

VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pag. 721 ss.

- *L'onere della Prova nel Processo Civile*, Napoli, 1974, pag. 112 ss.

- voce "prova", (*teoria generale e dir proc. Civ.*), in *Enc. Dir.*, Vol XXXVII, Milano, 1988, pag. 625 ss.

VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991, pag. 123.

VOLPE, *Profili di effettività nella disciplina processuale del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Giustizia.It*, 2003, IV.

VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt, 1939.

WAGNER, in *Münchener Kommentar zum BGB4*, § 823, Rn 729.

WAHRENDORF, *Die Prinzipien der Beweislast in Haftungsrecht*, Köln, 1976, pag. 112 ss.

WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, pag. 173 ss.

WASSERMEYER, *Der prima facie Beweis*, Köln, 1954

YOUNG-KYU PARK, *Das system des Artzhaftugrechts*, Frankfurt am Main, 1992, pag. 202.

ZEKOLL-BOLT, *Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?*, in *NJW*, 2002, pag. 3129.

ZÖLLER, *Kommentar ZPO*, da § 284 a 287 ZPO, Köln, 2007, pag. da 866 a 892.

ZONNO, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, in www.giustizia-amministrativa.it.

INDICE GIURISPRUDENZIALE

- Cass., 31 gennaio 1949, n. 145, in *Foro It.*, 1949, I, pag. 652.
- Cass., 11 marzo 1949, n. 765, in *Giur. It.*, 1950, I, pag. 261.
- Cass., 6 marzo 1968, n. 727, in *Foro It.*, 1968, n. 1057.
- Cass., 22 marzo 1968, n. 962, in *Mass. Giur. It.*, 1968.
- Cass., 6 giugno 1968, n. 1720, in *Foro It.*, 1968, n. 2021.
- Cass., 29 novembre 1968, n. 3852, in *Mass. Giur. It.*, 1968.
- Cass., 11 febbraio 1969, n. 478, in *Foro It.*, 1969, n. 1089.
- Cass., 2 maggio 1969, n. 1454, in *Mass. Giur. It.*, 1969.
- Cass., 10 febbraio 1970, n. 334, in *Mass. Giur. It.*, 1970.
- Cass., 12 settembre 1970, n. 1398, in *Mass. Giur. It.*, 1970.
- Cass., 24 aprile 1971, n. 1202, in *Mass. Giur. It.*, 1971.
- Cass., 2 agosto 1971, n. 2544, in *Mass. Giur. It.*, 1971.
- Cass., 20 novembre 1971, n. 3360, in *Mass. Giur. It.*, 1971.
- Cass., 28 gennaio 1972, n. 208, in *Foro It.*, 1983, n. 1174.
- Cass., 12 luglio 1972, n. 2344, in *Mass. Giur. It.*, 1972.
- Cass., 14 luglio 1972, n. 2401, in *Mass. Giur. It.*, 1973.
- Cass., 29 gennaio 1973, n. 1298, in *Mass. Giur. It.*, 1973.
- Cass., 10 febbraio 1973, n. 398, in *Mass. Giur. It.*, 1973.

- Cass., 29 marzo 1974, n. 650, in *Mass. Giur. It.*, 1974.
- Cass., 22 ottobre 1976, n. 3741, in *Foro It., Rep.*, 1976, voce *Prova civile in genere*, n. 9.
- Cass., 24 febbraio 1984, in *Foro It.*, 1984, n. 1277.
- Cass., 28 giugno 1984, n. 3796, in *Foro It., Rep.*, 1984, voce *Prova civile in genere*, n. 10.
- Cass., 10 marzo 1986, n. 1614, in *N.G.C.C.*, 1986, I, pag. 598 ss.
- Cass., 16 settembre 1986, n. 5617, in *Mass. Giur. It.*, 1986.
- Cass., 24 aprile 1988, n. 3167, in *Mass. Giur.it.*, 1988.
- Cass., 19 gennaio 1991, n. 525, in *Mass. Giur. It.*, 1991.
- Cass., 23 gennaio 1991, n. 652, in *Mass. Giur. It.*, 1991.
- Cass., 23 dicembre 1991, n. 13872, in *Mass. Giur. It.*, 1991.
- Cass., S.U., 6 novembre 1992, n. 11227, in *Mass. Giur. It.*, 1992.
- Cass., 28 novembre 1992, n. 12746, in *Mass. Giur. It.*, 1992.
- Cass., 5 dicembre 1992, n. 12947, in *Mass. Giur. It.*, 1992.
- Cass., 20 maggio 1993, n. 5744, in *Rep. Foro it.* 1993, voce *Prova civile in genere*, n. 31.
- Cass., 26 gennaio 1996, n. 600, in *Mass. Giur. It.*, 1996.
- Cass., 13 febbraio 1998, n. 1557, in *Giur. It.*, 1998, pag. 2261.
- Cass., 16 ottobre 1998, n. 10247, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

- Cass., 27 ottobre 1998, n. 10681, in *Mass. Giur. It.*, 1998.
- Cass., 9 giugno 1999, n. 5699, in *Mass. Giur. It.*, 1999.
- Cass., 8 agosto 2000, n. 10434, in *Mass. Giur. It.*, 2000.
- Cass., S.U., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Giust. civ. Mass.* 2002, pag. 117.
- Cass. S.U., 11 settembre 2002, in *Guida al Diritto*, 2002, n. 38, pag. 62.
- Cass., 10 dicembre 2002, n. 17573, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2003, II, pag. 1095.
- Cass. 05 marzo 2003, n. 3245, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 452.
- Cass., 24 giugno 2003, n. 10022, in *Guida al Diritto*, 2003, n. 36, pag. 78.
- Cass., 19 agosto 2003, n. 12112, in *Guida al Diritto*, 2003, n. 38, pag. 74.
- Cass., 18 marzo 2004, n. 5493, in *Gius.*, 2004, pag. 3025.
- Cass., 27 gennaio 2005, n. 1676, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2006, n. 42, pag. 2405.
- Cass., 8 febbraio 2005, n. 11949, in *Riv. Pen.*, 2006, VI, pag. 762.
- Cass., 7 luglio 2005, n. 14306, in *Guida al Diritto*, 2005, n.34, pag. 65.
- Trib. Cagliari, 9 settembre 1947, in *Assicuraz.*, 1948, II, pag. 89.

- App. Roma, 26 aprile 1988, in *TR*, 1988, II, pag. 406.
- Trib. Padova, 17 luglio 2006, in *Riv. dir. proc.*, 2007, I, pag. 249.

- Cons. Stato sez. VI, 9 maggio 1983 n. 345, in *Cons. Stato*, 1983, I, pag. 569.
- Cons. Giust. Amm., 26 novembre 1986, n. 258, in *Cons. Stato*, 1986, I, pag. 1835.
- Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2006, n. 5438, in *Foro amm. CDS* 2006, 9, pag. 2534.
- T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 17 gennaio 2008, n. 294, in *Foro amm. TAR* 2008, 1, pag. 125.
- T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 04 marzo 2010, n. 82, in *Foro amm. TAR* 2010.
- T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 7 aprile 2010, n. 975, in *Foro Amm. TAR*, 2010, pag. 4.
- T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2010, n. 3445, in *Foro amm.*, pag. 9, pag. 2953.
- T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 settembre 2010, n. 32207, in *Foro amm. TAR*, 2010, 9, pag. 2864.
- Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2010, n. 6797, in *Foro amm. CDS* 2010, 9, pag. 1868.
- Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2010 n. 8006, in *Foro amm. CDS*, 201, 11, pag. 2362.

- Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924, in *Guida al diritto 2011*, 9, pag. 85.
- T.A.R. Sicilia, Catania sez. II, 13 aprile 2011, n. 895, in *Foro amm. TAR*, 2011, 4, pag. 1420.
- Cons. Stato, sez. IV, 16 maggio 2011 n. 2955, in *www.ildirittoamministrativo.it*.
- Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3135, in *www.ildirittoamministrativo.it*.
- Cons. Stato, sez. IV, 24 ottobre 2011, n. 5696, in *Cons. Stato*, 2012, I, pag. 183.
- T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 11 gennaio 2012, in *www.ildirittoamministrativo.it*.

- Corte Cost., Sent. n. 33 del 1959, in *CED Cassazione*, 1959.
- Corte Cost., Sent. n. 124 del 1972, in *CED Cassazione*, 1972.
- Corte Cost., Sent. n. 128 del 1972, in *CED Cassazione*, 1972.
- Corte Cost., Sent. n. 283 del 1987, in *CED Cassazione*, 1987.
- Corte Cost., Sent. n. 10 del 1993, in *Cass. Pen.*, 1993, pag. 796.
- Corte Cost., Sent. n. 111 del 1993, in *Foro It.*, 1993, I, pag. 1356.
- Corte Cost., Sent. n. 358 del 1994, in *Giur. It.*, 1995, I, pag. 1.
- Corte Cost., Sent. n. 444 del 1995, in *Cons. Stato*, 1995, II, pag. 1718.

- Corte Cost., Ord. n. 260 del 2000, in *Giur. Costit.*, 2000, pag. 2049.
- Corte Cost., Ord. n. 140 del 2003, in *CED Cassazione*, 2003.
- Corte Cost., Sent. n. 144 del 2005, in *Corriere Giur.*, 2005, V, pag. 697.
- Corte Cost. Sent. n. 340, del 2007, in *Foro.it*, 2008, I, pag. 721.

- OLG (*Oberlandesgericht*) Saarbrücken, in *MDR*, 2003, pag. 1250.
- LG (*Landgericht*) Ingolstadt, in *ZinsO*, 2002, pag. 990.

- BGH (*Bundesgerichtshof*), 17 febbraio 1970, in *NJW*, 1970, pag. 946.
- BGH (*Bundesgerichtshof*), 3 giugno 1975, in *NJW*, 1975, pag. 1827.
- BGH (*Bundesgerichtshof*), 11 giugno 1990, in *JZ*, 1991, pag. 630 ss.
- BGH (*Bundesgerichtshof*), 14 gennaio 1993, in *NJW* 1993, pag. 937.
- BGH (*Bundesgerichtshof*), 18 gennaio 2000, in *NJW* 2000, pag. 953.
- BGH (*Bundesgerichtshof*), 6 agosto 2005, in *NJW*, 2005, pag. 2021.
- BGH (*Bundesgerichtshof*), 12 febbraio 2008, in *VI ZR*, pag. 226.

- BGH (*Bundesgerichtshof*), 23 marzo 2010, in *NJW*, 2010, pag. 798.
- BGH (*Bundesgerichtshof*), 4 settembre 2011, in *NJW*, 2012, pag. 456.
- Reichgericht (*Corte suprema del Reich*) 14 gennaio 1865, in *RGZ*, 15, pag. 338 ss.