



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CATTEDRA DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

LA VICINANZA DELLA PROVA

RELATORE

Chiar. mo Prof. Andrea Panzarola

CANDIDATO

Vincenzo Tulumello

N. Matricola 166183

CORRELATORE

Chiar. mo Prof. Ferruccio Auletta

ANNO ACCADEMICO 2024-2025

INDICE

INDICE	2
INTRODUZIONE	4

CAPITOLO I

BREVE ANALISI STORICA DEL CONCETTO DI ONERE DELLA PROVA

1. L'onere della prova nel diritto romano	7
2. L'onere della prova presso gli antichi popoli germanici	17
3. Il medioevo e i glossatori	20
4. Il tardo diritto comune tedesco	22
5. L'onere della prova e la <i>freie richterliche Beweiswürdigung</i>	26
6. La <i>Normentheorie</i> di Rosenberg	34
7. Le prime critiche alla <i>Normentheorie</i>	39
8. Cenni sulla problematica dell'onere della prova nella dottrina italiana	45

CAPITOLO II

IL CRITERIO DELLA VICINANZA DELLA PROVA

1. La vicinanza della prova e la crisi del criterio tradizionale	59
2. Vicinanza della prova e verosimiglianza dell'allegazione di parte	63
3. Vicinanza e standard di prova	74
4. Vicinanza della prova e doveri di lealtà processuale	79
5. Vicinanza e onerosità della preconstituzione della prova	89
6. La vicinanza della prova come parametro in relazione ad altre regole	95
7. Vicinanza della prova e interpretazione	100
8. La vicinanza della prova negli ordinamenti di lingua spagnola	105

CAPITOLO III

MODALITÀ ALTERNATIVE DI RISOLUZIONE DELLE ASIMMETRIE PROBATORIE

1. Il possibile ritorno ad un provvedimento sull'onere della prova	111
2. Vicinanza della prova e <i>Discovery</i>	114
3. Il dogma dell'onere della prova nella dottrina tedesca contemporanea	116
4. L' <i>Anscheinsbeweis</i>	124

5. L'Aufklärungspflicht	132
6. La Beweisvereitelung	139
7. La sekundäre Behauptungslast	142
CONCLUSIONE	147
BIBLIOGRAFIA	148
GIURISPRUDENZA CITATA	158

INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha ad oggetto un'indagine relativa al tema della vicinanza della prova.

La figura in esame è, ormai da alcuni anni, di centrale rilevanza nel discorso relativo al riparto dell'onere della prova nel processo civile italiano.

La vaghezza di tale criterio, peraltro, fa sì che di esso non esista una vera e propria definizione. La vicinanza viene quindi ora interpretata come mera prossimità spaziale al mezzo di prova, ora come riferibilità di un fatto alla sfera di controllo di un soggetto, altre volte ancora in termini di minor costo di precostituzione della prova, e così via. Ad ogni buon conto, non si è mai dubitato che la migliore attitudine di un soggetto a fornire la prova intorno a un determinato fatto abbia costituito il criterio ispiratore di molte regole di riparto dell'onere, spesso anche assai risalenti.

Oggigiorno, tuttavia, la figura in discorso è spesso utilizzata dalle corti italiane al fine di giustificare un'inversione dell'onere della prova a svantaggio della parte più vicina al mezzo di prova. Il criterio della vicinanza non rappresenta più dunque solo una ragione giustificatrice sottesa alla regola che attribuisce il carico della prova ad una parte piuttosto che all'altra. Essa funge oggi da autonomo criterio di riparto dell'onere della prova, o, per utilizzare una terminologia classica, da vera e propria regola di giudizio.

La sistemazione privilegiata del discorso intorno alla vicinanza della prova è certamente quella del riparto dei carichi istruttori. Tuttavia tale figura, in considerazione della propria notevole astrattezza, si presta a rendersi trasversale a numerosi altri istituti del diritto delle prove. Per questa ragione, pur avendo principalmente considerato le sue implicazioni in relazione all'onere della prova, nel corso del presente elaborato si è ritenuto opportuno richiamare, pur brevemente, i rapporti della figura in esame con la valutazione della prova, il libero convincimento del giudice, gli standard di prova, l'onere di allegazione etc.

Lo scopo che il presente lavoro si prefigge è meditare se l'impiego del criterio della vicinanza appena descritto conduca ad esiti desiderabili. Ci si dovrà pertanto domandare se esso, piuttosto che assurgere a parametro fondamentale secondo il quale distribuire il carico della prova, non potrebbe forse essere invece più proficuamente impiegato attraverso altre modalità, tali da alleggerire la posizione della parte lontana dalla prova lasciando al contempo impregiudicato il riparto dell'onere.

A tale scopo, è parso conveniente porre nel capitolo in apertura dell'elaborato una breve disamina storica, per osservare sommariamente il progressivo formarsi del dogma dell'onere della prova e la relazione di esso con il criterio della vicinanza, che da sempre contribuisce ad indirizzare la ripartizione dei carichi istruttori.

Si è poi dedicato un secondo capitolo alla figura della vicinanza della prova nel diritto contemporaneo. L'ipotesi da cui si intende prendere le mosse è basata sulla distinzione fra quelle facilitazioni probatorie che consentono alla parte di dimostrare la mera verosimiglianza delle proprie allegazioni e quelle che invece manipolano più propriamente l'onere della prova, assegnandolo alla parte più vicina alla fonte di prova per ragioni latamente equitative. Nell'analisi relativa all'applicazione del criterio della vicinanza nel diritto italiano, sarà opportuno altresì riflettere sui rapporti di tale figura con l'interpretazione delle norme sostanziali e con il centrale tema della precostituzione dei mezzi istruttori, che il principio in esame influenza sensibilmente.

Nel terzo ed ultimo capitolo, infine, si vuole proporre una disamina di tecniche alternative alla manipolazione dell'onere della prova attraverso le quali è possibile facilitare la posizione dell'onerato "lontano" dalla prova stessa.

Nel corso di tutto il lavoro è stato fondamentale il costante confronto con la dottrina dei paesi di lingua tedesca. Pur non potendosi condividere l'affermazione di Friedrich Stein¹ secondo la quale, con riferimento al diritto delle prove, tutti gli altri popoli potrebbero andare a scuola dai Tedeschi, si deve riconoscere il notevole

¹ "In Bezug auf das Beweisrecht können jene (si riferisce in particolare a Francesi, Inglesi e Americani) Völker getrost bei uns in die Schule gehen" (F. STEIN, *Das private Wissen des Richters*, I ed. Leipzig 1893, Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1969, p. 4 dell'Introduzione).

grado di elaborazione concettuale che questi temi hanno conosciuto in Germania ed in Austria. Le citazioni sono state naturalmente mantenute nella lingua originale, vista la difficoltà di trasporre in italiano le espressioni e i termini tedeschi.

CAPITOLO I

BREVE ANALISI STORICA DEL CONCETTO DI ONERE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. L'onere della prova nel diritto romano - 2. L'onere della prova presso gli antichi popoli germanici- 3. Il medioevo e i glossatori- 4. Il tardo diritto comune tedesco - 5. L'onere della prova e la *freie richterliche Beweiswürdigung* - 6. La *Normentheorie* di Rosenberg - 7. Le prime critiche alla *Normentheorie* - 8. Cenni sulla problematica dell'onere della prova nella dottrina italiana

1. L'onere della prova nel diritto romano

Il tema dell'onere della prova divide gli studiosi di diritto romano non meno di quelli dei sistemi giuridici contemporanei. Sul funzionamento di questo principio presso gli antichi sono state formulate le proposte ricostruttive più disparate, spesso nel senso di svalutare profondamente la portata concreta dell'istituto. Gli studiosi moderni hanno analizzato le fonti romane alla ricerca di argomenti a sostegno delle proprie tesi, con il risultato che sul riparto dei carichi probatori nella giurisprudenza classica regna una profonda diversità di vedute, del tutto speculare a quella che caratterizza i sistemi giuridici attuali². Vi è pure chi ha contestato l'utilità dello studio delle fonti classiche, mostrando perplessità sul valore dei pareri degli antichi giuristi³.

² Basti considerare le opposte teorie di Hermann Fitting e di Franz Leonhard, che si richiamano entrambi alle fonti classiche e traggono conseguenze opposte dagli stessi frammenti. Cfr. H. GERBER, *Die Grundlagen der Beweislast*, in ZZP, 1889, Band 13, pp. 21 ss. e F. LEONHARD, *Die Beweislast*, Verlag von F. Vahlen, Berlin, 1904, pp. 10 ss.

Così W. LAGENBECK, *Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1860, p. 256: “die Versuche der römischen Juristen, an sich treffende Ansprüche mit Gründen zu belegen, bekanntlich oft sehr viel zu wünschen übrig lassen”

Ad ogni modo, per secoli lo studio del problema dell'onere della prova è stato condotto sulla base dei testi romani, ragion per cui nessuna ricerca relativa al problema dell'allocazione dei carichi probatori può prescindere da una pur breve analisi del tema. Nella marcata profondità di vedute che regna sull'argomento, si cercherà pertanto di evidenziare alcuni aspetti che possono essere tenuti per fermi, soffermandosi in particolare sui profili attinenti a quello che più propriamente è l'oggetto di questo lavoro, ossia la vicinanza alla prova.

Il processo romano delle origini si svolgeva secondo forme rituali religiose compiute davanti ai sacerdoti⁴. Esso presenta evidenti affinità con l'ordalia degli antichi popoli germanici, essendo il giudizio rimesso non ad un giudice umano, ma alla divinità⁵.

Di “prova” in senso proprio, ovvero come strumento di persuasione rivolto ad un giudice terzo, si può parlare solo a partire dalla completa laicizzazione del procedimento, quando prende forma il processo sacramentale⁶. In questo periodo remoto è probabile che tanto la valutazione della prova quanto il riparto dei carichi probatori fossero regolati da rigide regole⁷. Tuttavia, è stato autorevolmente sostenuto che già allora l'apprezzamento delle risultanze istruttorie fosse essenzialmente rimesso al libero convincimento del giudice⁸.

Quel che più interessa è che non esisteva una regola di giudizio volta a ripartire fra le parti le conseguenze dell'incertezza dei fatti. A tal riguardo, emblematico è il caso della *legis actio sacramento in rem*. In questo caso, infatti, entrambe le parti giuravano di essere proprietarie della cosa, trovandosi in una posizione

⁴ V. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Le legis actiones*, vol. 1, Edizioni Ricerche, Roma, 1962, p. 407; M. KASER, *das römische Zivilprozessrecht*, Beck, München 1966, p. 85

⁵ V. F. LEONHARD, *op. cit.* p.10, il quale afferma che in questa fase è probabile che fosse il convenuto ad essere chiamato alla prova e a doversi discolpare tramite giuramento. Cfr. pure G. A. MICELI, *L'onere della prova*, ristampa, CEDAM, Padova, 1966, p. 16.

⁶ Sul processo sacramentale romano v. A. CORBINO, *Diritto privato romano*, IV edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 774 ss.

⁷ M. KASER, *op. loc. cit.*; ID, *Beweislast und Vermutung in römischen Formularprozeß*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 1954, Band 71 p. 226.

⁸ G. PUGLIESE, *op. cit.* p. 410; v. pure J. NIEVA FENOLL, *La valoraciòn de la prueba*, Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 39, il quale afferma che tutti i sistemi arcaici, incluso quello romano, dovettero essere improntati alla libera valutazione della prova da parte del giudice, libero di formare il proprio convincimento sulla base delle risultanze istruttorie.

pariordinata. Ognuna di esse doveva dimostrare la fondatezza della propria pretesa, fornendo prove più convincenti di quelle avversarie⁹. Nel caso in cui il giudice fosse rimasto incerto rispetto ai fatti, egli non applicava una regola di giudizio, ma assegnava la cosa alla parte che aveva fornito le prove “meno insufficienti”, decidendo a favore della parte “*wessen Vorbringen er für das Glaubwürdigere hält*”¹⁰. Oggetto di accertamento non sarebbe stata la proprietà assoluta, ma quella relativa, dovendosi valutare quale delle parti fosse titolare del diritto “più forte”¹¹. Diverso era invece il caso dell’*actio in personam*, in cui il fallimento della prova da parte dell’attore comportava tendenzialmente (ma non sempre) l’assoluzione del *reus*.

Di fronte all’incertezza dei fatti, il giudice poteva anche giurare di *sibi non liquere* rifiutandosi di decidere la controversia¹². Numerose liti, inoltre, in questa fase sono ancora decise attraverso il deferimento del giuramento.

Emerge dunque con chiarezza come, nel processo per *legis actiones*, non vi fosse alcuno spazio per la regola di giudizio dell’onere della prova, ossia per la predeterminazione della parte interessata dalle conseguenze dell’incertezza dei fatti oggetto di accertamento nel processo. Nell’azione *in personam*, di contro, prende già forma il principio per cui è l’attore, di massima, a dover provare la fondatezza della propria pretesa, pena il respingimento della domanda.

⁹ M. KASER, *Das römische Zivilprozess* cit., p. 86.

¹⁰ M. KASER, *Beweislast und Vermutung* cit. p. 224.

¹¹ In tempi recenti, questa impostazione ha rappresentato la base della teoria svedese dell’*Överviktsprincip*, legata al nome di Per Olaf Ekelöf. Secondo questo Autore, nel processo civile non esiste una vera e propria situazione di *non liquet*: il giudice deve sempre decidere a favore della parte la cui ricostruzione dei fatti è anche leggermente più probabile di quella dell’avversario. Nessuno spazio, dunque, per una regola di decisione sull’incertezza: o il giudice è persuaso dell’esistenza del fatto, o lo è della sua inesistenza. Per un’esposizione della dottrina svedese v. S. PATTI, *Le prove: parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, p. 230. Per una critica di tale impostazione v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, in *trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Vol. III, t. 2, sez. 1, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 182 ss; ID, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 222; G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast*, Band 1 (Grundlagen), IV Auflage, Wolters Kluwer, Köln, 2019, p. 200; G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, p. 39; H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, Beck, München, 1983, pp. 72 ss.

¹² G. PUGLIESE, *op. cit. loc. cit.*

Nella successiva fase del processo formulare si afferma definitivamente il principio della libera valutazione della prova, per cui il giudice è libero di formare il proprio convincimento sui fatti di causa alla luce del discrezionale apprezzamento delle risultanze istruttorie, che provengono sempre dalle parti. Il giudice privato gode anche della più ampia libertà nell'individuare la parte a cui richiedere la prova. In questa fase egli non dispone di mezzi istruttori suoi propri, ma accerta il fatto grazie alla collaborazione delle parti¹³.

Bisogna però chiedersi se, in questa fase, esistesse una regola di giudizio che imponesse al giudice di decidere sempre a favore di una parte nel caso in cui i fatti controversi fossero rimasti incerti. Il tema fu oggetto di un intenso dibattito scientifico negli anni cinquanta del secolo passato, in seguito alla pubblicazione di un saggio di Ernst Levy¹⁴. Secondo l'illustre Autore, nel processo *per formulas* non esisteva la moderna distinzione fra l'onere della prova astrattamente determinato e la valutazione delle prove introdotte nel singolo processo. Quando l'attore provava una parvenza di fondatezza del diritto vantato, pur senza aver assolto il proprio “onere primario”, il giudice poteva bene esigere la prova contraria dal convenuto, e poi di nuovo dall'attore, dinamicamente¹⁵. Sebbene il criterio di fondo fosse nel senso che chi affermava un fatto a sostegno della propria domanda doveva provarlo, nulla impediva al giudice di decidere favorevolmente all'attore *non probante*, formando il proprio convincimento alla luce delle qualità morali delle parti, della loro condotta processuale, dei loro rapporti sociali ed economici e così via¹⁶.

Il criterio fondamentale utilizzato dal giudice nel richiedere la prova alle parti prescindeva dalla formula redatta dal pretore e si basava sulla facilità della prova,

¹³ “Die Beweisführung ist im Zivilprozess Sache der Parteien, nicht des Gerichts” M. KASER., *Das römische Zivilprozess* cit., p. 87.

¹⁴ E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht*, in *JURA - Rivista internazionale di diritto romano e antico*, vol. III, 1952, pp. 155-179.

¹⁵ E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht*, cit., p. 155.

¹⁶ A tal proposito è frequentemente citato un passo (14,2,4) delle *Notti Attiche* di Aulo Gellio, in cui l'autore si trova a dover decidere, in veste di giudice privato, su di un caso in cui nessuno dei contendenti era riuscito a provare il fatto. Egli, citando a propria volta Catone il censore, afferma che la lite va risolta basandosi sulle qualità morali delle parti in causa. Solo se i contendenti dovessero essere parimenti virtuosi è consigliabile respingere la domanda dell'attore.

tendendo in particolare a dispensare la parte dalla prova dei fatti negativi¹⁷. In generale, si può affermare che nel processo formulare romano il giudice richiedesse la prova alla parte più vicina ad essa¹⁸, ossia quella per cui l'introduzione del mezzo istruttorio nel processo doveva risultare meno onerosa. In tale attività il *iudex privatus* faceva largo uso di massime d'esperienza e si basava sulla maggiore o minore verosimiglianza delle allegazioni di parte. Sin dalle origini, infatti, alla domanda pratica “chi deve provare cosa?” si è risposto basandosi sulle regole dell'esperienza, ricavate dalla *Praxis des Lebens*. Da essa erano fatti derivare però criteri solo orientativi, ancora non cristallizzati in vere e proprie regole¹⁹.

Per Levy, come pure per Kaser, il problema dell'onere della prova si risolve dunque, nel diritto romano classico, in quello della valutazione delle risultanze istruttorie. Se di onere si può parlare, esso non ha nulla a che fare con la regola di giudizio sul fatto incerto, ma è una “vorläufige Last, die im Verlauf des Prozesses nach richterlichem Ermessen sehr wohl auf die Gegenseite hinüberwechseln mochte”²⁰. Il convenuto, pertanto, non poteva limitarsi a contestare i fatti avversari, sperando che l'attore fallisse nel dimostrare il fondamento dell'*intentio*, ma doveva effettivamente persuadere il giudice della bontà della propria narrazione della vicenda. Il giudice privato, come visto, avrebbe infatti potuto bene accogliere la domanda attorea pure in assenza della prova dei presupposti fattuali della stessa, valutando circostanze estranee al tema di prova. La regola per cui la domanda

¹⁷E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht*, cit., p. 168; cfr. H. FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast* cit., pp. 21 ss.

¹⁸M. KASER, *Beweislast und Vermutung* cit. p. 221; W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 10, in cui l'A. sottolinea come la “Bequemlichkeit des Richters wie der Parteien” fosse determinante nella ripartizione dei carichi istruttori.

¹⁹KASER parla appunto di “*Fingerzeige*”, di direttive tecniche atte a guidare il giudice nella valutazione dei fatti. Tali direttive non possono che essere derivate dalla comune esperienza, ossia dall'*id quod plerumque accidit*, suggerendo di richiedere la prova ora alla parte che afferma il fatto meno verosimile, ora a quella che si ritiene essere nella posizione più favorevole per provarlo. Emerge dunque l'impossibilità di distinguere compiutamente, in questa fase, fra onere e valutazione della prova. V. M. KASER, *Beweislast und Vermutung* cit. p. 244.; conformemente L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010, p. 257, che parla di “mere indicazioni di convenienza, per lo più di fattura retorica o di matrice giurisprudenziale, le quali assumono un criterio d'esperienza e d'opportunità a supporto di una ripartizione giustificata dall'interesse probatorio del soggetto che in giudizio agisce ed afferma il fatto a lui favorevole”.

²⁰E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht* cit., p. 178.

dell'attore andava rigettata se egli non provava le premesse di fatto del proprio diritto è probabilmente idonea a descrivere in modo approssimativo il concreto funzionamento del processo, ma non costituiva assolutamente una prescrizione vincolante per il giudice²¹.

Giovanni Pugliese, all'opposto, ha sostenuto che già nel processo *per formulas* il problema della decisione sul fatto incerto fosse scisso da quello della valutazione delle prove²². In base alla formula del pretore, l'attore avrebbe dovuto provare il fondamento dell'*intentio* e il convenuto quello della *exceptio*. L'affermazione compiuta davanti al magistrato e cristallizzata nella formula non era però il solo criterio decisivo, essendo determinate il profilo sostanziale della “*natura giuridica del fatto da provare*”²³. Non sempre, infatti, il convenuto era tenuto a provare i fatti posti a base della *exceptio*, dovendosi distinguere quelle difese che consistevano in una mera contestazione delle allegazioni dell'attore, e che non esoneravano quest'ultimo dalla prova del fatto contestato²⁴, da quelle che si sostanziavano nell'allegazione di un fatto nuovo, idoneo a paralizzare il diritto del domandante.

Tali fatti sarebbero dovuti pertanto essere dimostrati dal convenuto.

Il criterio processuale ricavato dalla formula, basato sulla distinzione tra *intentio* ed *exceptio*, veniva dunque integrato, secondo Giovanni Pugliese, attraverso “*la sostanza delle allegazioni delle parti*”²⁵, ossia sulla base della posizione del fatto rispetto alla fattispecie invocata. In realtà Pugliese, pur attribuendo ai giuristi romani un rigore dogmatico ben superiore a quello che emerge dalle ricostruzioni

²¹ E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht* cit., loc. cit.

²² Cfr. G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, in RIDA - Revue Internationale des Droits de l'Antiquité, 1956, Tome III, pp. 349-422. Conformemente G. A. MICHELI, *L'onere della prova* cit. p. 22. Per un riassunto della polemica tra Levy, Kaser e Pugliese v. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane (ristampa), Napoli, 2013, pp. 161 ss.

²³ G. PUGLIESE, *L'onere della prova* cit., p. 391.

²⁴ L'Autore richiama come esempio la *exceptio interrogatoria*. Con essa il convenuto negava di essere erede del debitore dell'attore. Il *reus* non faceva pertanto valere un fatto diverso, ma negava un fatto già allegato dall'attore e che pertanto veniva fatto ricadere nell'onere della prova di questi. V. G. PUGLIESE, *L'onere della prova* cit. pp. 374 ss.

²⁵ G. PUGLIESE, *L'onere della prova* cit. p. 374.

di Levy e Kaser²⁶, non manca di sottolineare come su molte questioni le soluzioni offerte dalla giurisprudenza oscillassero, con evidenti manipolazioni basate su ragioni di convenienza. Il rigore della regola di giudizio era ulteriormente attenuato da due fattori: la possibilità di astenersi dal decidere in caso di *non liquet*, sempre ammessa per il giudice privato, e il potere in capo a costui di ordinare alla parte tecnicamente non onerata l'esibizione di documenti nella sua disponibilità²⁷.

Dunque anche chi, come Pugliese, vuole ammettere l'esistenza di una regola che predeterminasse le conseguenze dell'incertezza dei fatti controversi nel processo romano, si trova costretto a constatare che la sua concreta portata operativa dovesse essere piuttosto trascurabile²⁸. Meglio dire, con Levy, che il principio per cui la domanda dell'attore andava rigettata se egli falliva nel provare i fatti posti a fondamento del diritto vantato era piuttosto un *modus operandi* tendenziale nel processo romano classico, che non rappresentava però una regola vera e propria²⁹. Fra tutte le fonti romane, c'è un frammento la cui importanza è stata decisiva nella storia della dogmatica dell'onere della prova. Si tratta del celebre passo di Paolo che afferma “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”³⁰. Del parere del grande

²⁶ Secondo lo Studioso austriaco, i numerosi frammenti nei quali i giuristi classici si pronunciano intorno alla definizione dei ruoli di attore e convenuto con riferimento alle parti coinvolte nel processo non hanno nulla a che fare con il tema della ripartizione del rischio della mancata prova. Ricollegandosi all'analisi di Levy, Kaser mette infatti in luce come, laddove i giuristi classici avevano cura definire il ruolo delle parti, ciò non fosse dettato da esigenze relative al riparto dell'onere della prova, ma venisse in rilievo in relazione a istituti diversi (si pensi in particolare all'individuazione del *reus* ai fini del *vadimonium*). Tale identificazione dei ruoli processuali era particolarmente problematica nei cd. *iudicia duplicita*, in cui entrambe le parti avanzavano una contrapposta pretesa. Cfr. M. KASER, *Beweislast und Vermutung* cit., pp. 237 ss.; E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht* cit., pp. 162 ss. Laddove, invece, i giuristi si interrogavano sulle circostanze bisognose di prova, essi intendevano indagare principalmente l'oggetto della controversia, “*quid actum sit*”, e dunque ciò che è bisognoso di prova in quanto fatto giuridicamente rilevante (*thema probandum*), prescindendo dal profilo attinente all'individuazione della parte chiamata a dimostrare il fatto. Cfr. pure W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 9, dove l'A. sottolinea come un sistema dettagliato di regole sull'onere della prova sarebbe stato inutile in un contesto in cui il giudice non era un giurista, ed era spesso ignaro financo della stessa esistenza delle norme.

²⁷ Ci si riferisce ad un celebre rescritto dell'imperatore Antonino Pio (Imp. Pius Antoninus A. Manlio C.2,1,1) che è stato oggetto di particolare attenzione da parte degli studiosi e sul quale si tornerà in relazione al tema dell'obbligo di chiarimento delle parti.

²⁸ G. PUGLIESE *op. ult. cit.* pp. 394 ss.

²⁹ E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht* cit., p. 178.

³⁰ L. 29 ad. ed. (D. 22, 3, 2). Si tratta di una regola di buonsenso pratico, “*ein Princip, welches (...) jedermann aus der Erfahrung des gemeinen Lebens kennt*” (W. LAGENBECK, *Die Beweisführung*

giurista classico sono due le interpretazioni fondamentali. La prima, che ha finito per trionfare nel diritto postclassico - e, a seguito della riscoperta dei giuristi medievali, ha mantenuto una rilevanza decisiva fino ad oggi - è quella che intende il passo nel senso di esonerare dalla prova la parte che afferma un fatto negativo³¹. L'onere della prova graverebbe sempre dunque su colui che afferma un fatto “positivo”, consistente in un mutamento della realtà preesistente. Il secondo filone interpretativo attribuisce all'espressione di Paolo un significato più strettamente processuale: la mera contestazione, da parte del convenuto, dei fatti allegati dall'attore non trasla l'onere della prova in capo a costui, avendo la negazione dei fatti affermati dall'avversario l'unico effetto di rendere questi ultimi bisognosi di prova³². Dall'interpretazione che si dà delle parole di Paolo discendono conseguenze decisive per la teoria dell'onere della prova, sulle quali sarà necessario ritornare nel corso di questo lavoro.

Proseguendo in prospettiva diacronica, è ora opportuno concentrare l'attenzione sull'evoluzione del concetto di onere della prova a seguito dell'irreversibile crisi del processo formulare in epoca tardoantica. Il diritto postclassico e giustinianeo è caratterizzato dal progressivo restringimento della libera valutazione della prova da parte del giudice, attraverso l'assegnazione ai singoli mezzi istruttori un valore fisso e predeterminato. In questa fase, i giudici vengono inoltre dotati di autonomi poteri istruttori, contrariamente alla tradizione romana.

Particolarmente interessante ai fini di questa ricerca è la nascita delle presunzioni³³ legali, fino a quel momento sconosciute al diritto romano. Le inferenze che sin dalle origini i giudici privati avevano condotto, basandosi su massime d'esperienza, per

cit., pp. 9-10). Nello stesso senso TARUFFO (*La semplice verità* cit., p. 48) secondo il quale “*questa regola vale in generale in molte aree di esperienza*”.

³¹ Cfr. M. KASER, *Beweislast und Vermutung* cit., p. 223; E. LEVY *op. cit.* 168; H. FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast* cit., p. 24, H. GERBER, *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast*, Druck und Verlag von Friedrich Maute, Jena, 1858, p. 36.

³² Cfr. W. LAGENBECK, *op. cit.* p. 249 ss.; G. PUGLIESE, *L'onere della prova* cit., p. 387 (“*qui negat*” come contrapposto a “*qui dicit*”, non vuol dire “chi allega un fatto negativo” ma “chi nega o contesta quanto afferma l'avversario”); G. A. MICHELI, *L'onere* cit., pp. 32 ss.

³³ Il termine latino *praesumptio* deriva dalla parola di origine stoica πρόληψις, che indica un sapere prognostico basato sull'esperienza. V. M. KASER, *Beweislast und Vermutung* cit., p. 236.

desumere fatti ignoti da fatti noti³⁴, iniziano progressivamente a cristallizzarsi e a diventare regole fisse di valutazione della prova.

Oltre alle regole di riparto dell'onere frutto del consolidarsi di massime empiriche, ve ne sono altre derivate dalla giurisprudenza. È stato messo in luce come molte *præsumptiones* del diritto giustinianeo fossero basate su regole di interpretazione, originariamente non vincolanti, elaborate dai giureconsulti. Esse, come visto, si riferivano essenzialmente all'analisi del rapporto controverso al fine di individuare i fatti giuridicamente rilevanti e i ruoli delle parti rispetto ad essi, prescindendo dall'allocazione dell'onere della prova³⁵.

Queste presunzioni legali, che non di rado attraverso la compilazione di Giustiniano sono giunte fino ai diritti moderni, sostituiscono ora come premessa maggiore del sillogismo una regola giuridica, e pertanto vincolante per il giudice, ad una empirica, basata sull'esperienza e, in quanto tale, avente mero carattere orientativo³⁶. Tale fenomeno va letto nel contesto generale del diritto postclassico, in cui la sfiducia degli imperatori nei confronti del corpo giudiziario porta alla significativa riduzione dei profili di discrezionalità dei giudici³⁷. Questi ultimi sono adesso vincolati da veri e propri temi fissi di prova, non potendo più ripartire i carichi istruttori secondo la sensibilità dettata dal caso concreto.

³⁴ Sono quelle che i giuristi medievali chiameranno *præsumptiones hominis*, inferenze da un fatto noto a uno ignoto basate sulla probabilità desunta da massime di esperienza. Non a caso, Kaser parla di “*Wahrscheinlichkeitsschlüsse*” (V. M. KASER, *Beweislast und Vermutung* cit., p. 236). Anche FITTING (*Die Grundlagen* cit., p. 68) afferma che nel processo romano classico si potesse al più discorrere di *Erfahrungsvermutungen*, e non di vere presunzioni legali.

³⁵ Ragion per cui, secondo Kaser, tali regole di interpretazione (“*Auslegungsregeln*”), afferenti al diritto sostanziale, diventano con Giustiniano norme processuali di prova legale. Cfr. M. KASER, *Das römische Zivilprozess* cit., p. 488. V. in proposito anche nota 26. Sulle *Auslegungsregeln* e il loro rapporto con l'onere della prova v. H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 133.

³⁶ Nella sua opera classica sulla scienza privata del giudice, Friedrich Stein sottolinea proprio come presunzioni e regole di prova legale sostituiscano, quale premessa maggiore del sillogismo, una regola dettata dall'esperienza con una dettata dalla legge. Spesso tali norme derivano proprio dalle regole dell'esperienza, “*so dass heut Rechtssatz ist, was gestern freies Ergebnis der Kenntnis des Lebens war*” (F. STEIN, *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, I edizione Leipzig 1893, Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1969, p. 47. Anche TARUFFO (*La semplice verità* cit., p. 163) parla di tali regole come del frutto di un'assolutizzazione di una massima di esperienza “*che appare ragionevole ma che in realtà non ha portata davvero generale*”.

³⁷ Afferma Kaser che di fronte all'incertezza dovuta all'inaffidabilità della giurisprudenza tardoimperiale, limitare la discrezionalità dei giudici attraverso regole fisse dovette sembrare agli imperatori “*das geringere Übel*”. V. M. KASER, *Das römische Zivilprozess* cit., p. 485.

Fra tutte le presunzioni affermatesi in questo periodo, importanza primaria ebbe quella che solleva dalla prova chi afferma un fatto negativo. Questa regola si basa evidentemente sulla maggiore facilità della prova del fatto positivo rispetto alla mera negazione, presumendosi che l'attore fosse più vicino alla prova degli elementi positivi invocati a sostegno del suo diritto. Tale presunzione, come avremo modo di vedere, assurse a vero e proprio dogma nel Basso Medioevo³⁸.

La nascita delle presunzioni in senso proprio si accompagna dunque alla fine del processo formulare. I concetti di *actio* ed *exceptio* ora non indicano più soltanto delle parti della formula, ma acquistano un valore sostanziale. In particolare, la *exceptio* passa dall'indicare la generica difesa processuale del convenuto a riferirsi più propriamente alla eccezione in senso sostanziale dei moderni³⁹. Ne consegue, dunque, che nella prassi sia stato onerato l'attore della prova relativa ai fatti che sorreggono la domanda, mentre il convenuto di quelli posti a base dell'eccezione⁴⁰. Quest'ultimo, a differenza che in passato, vince la causa pure se rimane del tutto inerte e non partecipa alla fase istruttoria, nel caso in cui l'attore non riesca a provare il fondamento della domanda. Nascono dunque concetti simili a quelli di onere primario e secondario, che, come visto, erano estranei al processo formulare⁴¹.

In conclusione, si può dunque osservare come nel processo romano classico il problema dell'onere della prova non fosse formulato in termini di ripartizione del rischio dell'incertezza, ma di pratica esigenza di partecipare alla formazione del convincimento del giudice nell'agone processuale. Inoltre, già *ab antiquo* si nota il progressivo processo di cristallizzazione di criteri di valutazione della prova basati sulla comune esperienza in vere e proprie presunzioni legali. Tale fenomeno non è

³⁸ *Infra*, par. 3.

³⁹ Sull'eccezione nel diritto moderno, ed in particolare in rapporto all'onere della prova v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo I (*Le tutele. di merito, sommarie ed esecutive*), CEDAM, Padova, 2006, pp. 241 ss.

⁴⁰ G. PUGLIESE, *L'onere della prova* cit., p. 419.

⁴¹ E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht* cit., p. 176.

esclusivo dei sistemi giuridici antichi, ma, come si vedrà, gioca un ruolo non di poco momento anche nel diritto moderno⁴².

2. L'onere della prova presso gli antichi popoli germanici

Del tutto diverso fu l'approccio dei popoli germanici al diritto delle prove e, in particolare, alla tematica dell'onere della prova.

In origine, è probabile che la soluzione delle controversie non fosse delegata ad un terzo, né venisse demandata al giudizio della divinità: gli antichi germani erano infatti soliti farsi giustizia da sé, affidandosi alla bravura nell'uso delle armi⁴³. Quando anche presso le popolazioni barbare si diffuse la prassi di affidare la decisione ad una figura terza, essa viene individuata nel dio. La profonda commistione fra giustizia e religione, che fu superata dai Romani in uno stadio già piuttosto precoce della loro storia, rappresenta dunque invece il tratto saliente del processo germanico.

Il convenuto, che è piuttosto un aggredito⁴⁴, deve purificarsi davanti alla divinità dell'offesa subita, esercitando il proprio diritto alla prova, di solito per mezzo del giuramento. Il giudice deve stabilire quale prova il convenuto era tenuto a prestare di fronte alla centena degli armati⁴⁵. Tale cimento poteva consistere nel celebre

⁴² Questo aspetto è stato messo particolarmente in luce da Giovanni Verde nella sua celebre monografia. Sul pensiero dell'Autore si tornerà più diffusamente nel corso del presente capitolo (*infra*, par. 8).

⁴³ Cfr. G. SALVIOLI, *Trattato di storia del diritto italiano, dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, VI edizione, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Milano-Roma-Napoli, 1908, p. 768.

⁴⁴ Tant'è che i tedeschi parlano a tal proposito di "Angegriffener". V. W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit. p. 13.

⁴⁵ Fondamentale era il ruolo del popolo in armi, che nei giorni consacrati al culto si riuniva nel bosco sacro per partecipare alla formazione della sentenza. I parenti e i commilitoni della parte facevano sentire la loro voce per dare maggior valore alla dichiarazione del sodale. Costoro, chiamati *coniuratores* o *Eideshelfer*, non erano dei testimoni, ma rappresentavano al giudice il buon nome e l'onestà della parte che supportavano. V. W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 16 (dove l'autore sottolinea l'importanza della "Zuverlässigkeit und Redlichkeit" della parte per l'esito della decisione); G. SALVIOLI, *Trattato* cit pp. 771 ss.

duello, nella prova del fuoco, dell’acqua, o più spesso, come detto, nel meno cruento giuramento⁴⁶.

Una volta compiuta, la prova non veniva valutata dal giudice: se riusciva, essa automaticamente comportava la vittoria della lite; viceversa, se essa falliva, non vi era modo di sottrarsi alla soccombenza, che non di rado comportava la morte. La differenza con il diritto romano, basato come visto sulla libera valutazione della prova, è lampante: “*l’apprezzamento morale del giudice non richiedesi, né contasi, essendo sopraffatto dalla coazione della forma. Nulla era lasciato al criterio del giudice, ma tutto era sottoposto a norme che dovevansi osservare, perché una prova valesse*”⁴⁷. La decisione non è dunque presa dal giudice, ma dalla divinità, che esprime il proprio incontestabile favore per la parte che riesce a superare il cimento. La decisione del giudice (*Beweisurteil*), con la quale egli individua la prova da prestare, è inevitabilmente condizionata alla riuscita della prova stessa⁴⁸. Tale modello processuale è oggi noto come “ordalia”, latinizzazione della parola *Urtheil*, che a propria volta deriva da *erteilen* (concedere)⁴⁹. Tale sistema non era evidentemente volto all’accertamento della verità materiale, ma prescindeva del tutto dalla scoperta di essa. Per i popoli germanici un accertamento dei fatti coerente con la realtà non era presupposto necessario di una decisione socialmente condivisibile, potendosi pertanto il loro sistema processuale ben definirsi irrazionale.

Ci si è chiesti come mai, a differenza dei Romani, i popoli settentrionali attribuissero l’onere della prova al convenuto. Innanzitutto, è opportuno notare come quello dell’aggredito non fosse un vero e proprio peso, un carico della prova, ma semmai un *diritto* alla prova⁵⁰, essendo egli nella posizione (vantaggiosa) di

⁴⁶ Per una disamina delle varie prove a cui l’aggredito era sottoposto v. M. TARUFFO, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti* cit., p. 5.

⁴⁷ G. SALVIOLE, *Trattato* cit. loc. cit.

⁴⁸ M. TARUFFO, *La semplice verità* cit., p. 6: “*L’ordalia (...) si realizza attraverso un èprueve, ossia attraverso il superamento di una prova piuttosto che attraverso la produzione di prove nel senso moderno del termine*”. Si può dire dunque che una siffatta prova più che un *Beweis* era una *Prüfung*, un vero e proprio cimento, una sfida da superare.

⁴⁹ Così J. NIEVA FENOLL, *La valoraciòn* cit. p. 41.

⁵⁰ V. W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 41; G. A. MICHELI, *L’onere della prova* cit., p. 25.

purificarsi dall'offesa subita. La prova contraria dell'attore, infatti, non era all'epoca prevista, per cui se la prova del convenuto riusciva, costui non aveva margine di replica. Il giudice, ascoltate le narrazioni delle due parti, assegnava la prova sulla base della loro verosimiglianza. Egli, al netto delle affermazioni di attore e convenuto, si convinceva di quale parte fosse nella posizione più idonea a fornire la prova, e tale scelta ricadeva di solito sul convenuto, in quanto più prossimo o più vicino alla stessa⁵¹. Era dunque un criterio di mera convenienza quello che spingeva gli antichi giudici germanici ad assegnare l'onere della prova all'aggredito, in quanto per costui la prova risultava meno onerosa. Ciò è particolarmente evidente nel caso del giuramento, giacché il convenuto giurava su fatti che lo riguardavano e su cui poteva fornire informazioni migliori rispetto all'attore⁵².

Interessanti sviluppi del sistema germanico originario si registrano presso i Longobardi stanziati in Italia all'inizio del Basso Medioevo. Grazie all'influsso della scuola di Pavia, ebbe luogo una parziale riscoperta del diritto romano, che si fuse con le regole e gli istituti più propriamente germanici. All'inizio dello scorso millennio, si diffonde nel processo longobardo la regola romanistica “*actore non probante reus absolvitur*”. L'onere della prova viene fatto gravare dunque sull'attore, che deve dimostrare i presupposti della propria pretesa. Il convenuto è ammesso alla prova contraria nel caso in cui quella primaria sia fornita dall'attore. Tuttavia, se l'attore non riesce a provare, può sempre deferire il giuramento all'avversario, ritornandosi così nella sostanza al sistema germanico⁵³.

⁵¹ V. G. A. MICHELI, *L'onere* cit., il quale non manca di sottolineare come tale criterio di convenienza riposasse su massime di esperienza, di cui il giudice si serviva per individuare la parte che *verosimilmente* era nella posizione migliore per provare (*ivi*, p. 29). V. anche F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 31.

⁵² W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., pp. 18-19: “er (il giuramento) sich auf des Schwörenden eigene Handlungen bezog, da in Ansehung dieser der Handelnde selbst bessere Auskunft zu geben vermöge”.

⁵³ V. G. SALVIOLI, *Trattato* cit., pp. 777 ss.

3. Il medioevo e i glossatori

La riscoperta delle fonti romane ad opera dei giuristi medievali portò a ripristinare la regola che impone la prova dei presupposti della domanda all'attore. Dalla compilazione giustinianea i glossatori medievali ereditarono un complesso sistema di prove legali e presunzioni, che essi contribuirono ad arricchire sempre più, fino a limitare quasi del tutto il libero convincimento del giudice⁵⁴.

Come visto, la valutazione discrezionale della prova era stata uno degli aspetti salienti del processo romano, ma la scarsa preparazione tecnica dei giudici impone ora di abbandonare questo principio. Pare anzi opportuno ai giuristi elaborare criteri per guidare la valutazione delle risultanze istruttorie, nell'ottica di una maggior certezza e prevedibilità delle decisioni⁵⁵. I glossatori furono particolarmente inclini ad indirizzare il riparto dei carichi probatori mediante presunzioni basate sull'*id quod plerumque accidit*. Proprio in questo periodo, infatti, nasce la tendenza a spiegare il riparto dell'onere della prova solo facendo ricorso a presunzioni. La parte onerata deve dunque vincere la presunzione del contrario di ciò che essa intende provare⁵⁶.

Molte di queste inferenze probatorie col tempo si cristallizzano in vere e proprie norme e da *praesumptiones hominis* diventano *præsumptiones iuris*, che i medievali distinguono in *iuris tantum* (suscettibili di essere confutate tramite la prova del contrario) e *iuris et de iure* (che non ammettono la prova contraria).

Fra tutte queste presunzioni, la più importante è di sicuro quella riassunta nel celebre brocardo *negativa non sunt probanda*. Tale regola, come visto già di fatto accolta nel diritto romano, produce una *relevatio ab onere probandi* a beneficio

⁵⁴ J. NIEVA FENOLL, *La valoraciòn* cit., p. 62, conduce un'analisi di diverse compilazioni legislative medievali e giunge alla conclusione che il sistema fosse concegnato per garantire al giudice ampi margini di discrezionalità in fatto di valutazione della prova. Secondo questo autore, fu la prassi e la corruzione degli usi forensi a costringere il sistema entro le maglie di presunzioni e prove legali sempre più rigide.

⁵⁵ Cfr. M. NARDOZZA, *Onere della prova e logica presuntiva. Note sul pensiero dei glossatori (tra XII e XIII secolo)*, in Riv. dir. proc., 2024, III, pp. 870 ss.

⁵⁶ V. M. NARDOZZA, *Onere della prova* cit. pp. 874 ss. per un'ampia disamina delle presunzioni elaborate dai glossatori.

della parte che afferma un fatto negativo, in ragione della difficoltà della prova⁵⁷. Secondo la mentalità dei giuristi medievali, quindi, il fatto negativo è presunto, e dunque occorre la prova del fatto positivo contrario. Tale principio si basa su ragioni di convenienza, essendo volto ad esonerare l'attore dalla dimostrazione dei fatti la cui prova sarebbe così difficile da frustrare in concreto l'esigenza di tutela giurisdizionale⁵⁸. In un certo qual modo, dunque, anche la dottrina delle negative si basa sulla vicinanza della prova, e non a caso è stata utilizzata in tempi recenti come argomento a sostegno di essa⁵⁹.

Merito di Micheli è stato l'aver messo in luce la stretta correlazione fra la dottrina delle negative e la filosofia scolastica⁶⁰. La gnoseologia tomistica, infatti, rinveniva il principio di ogni conoscenza nella percezione sensoriale, secondo il noto insegnamento di Aristotele. Ne discende che, secondo questa impostazione, un “non fatto”, ossia una mera negazione, dovesse essere praticamente inconoscibile.

Secondo le sottili distinzioni proprie della filosofia medievale, i glossatori distinguono fra *negativa facti indeterminati, iuris e qualitatis*. In particolare, è la prova delle negative indeterminate ad apparire più difficoltosa, poiché la loro veridicità non può essere dimostrata attraverso un fatto incompatibile con il loro contrario⁶¹.

Anche presso i commentatori si conserva la tendenza a fissare temi di prova tramite presunzioni e a limitare il libero convincimento del giudice. La dottrina delle

⁵⁷ Essa è frutto della prima interpretazione già vista del passo di Paolo “*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*”, che intende “*negat*” come riferito all’allegazione di un fatto negativo. Ci vorranno secoli per superare quest’impostazione: v. W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 249.

⁵⁸ F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 36: “*Es zeigt sich hier aufs deutlichste, daß alle diese Regeln nur auf der Schwierigkeit der beweisführung beruhen*”.

⁵⁹ In tempi più vicini ai nostri, HERMANN FITTING (*Die Grundlagen* cit., p. 60) sottolineava come la dottrina delle negative fosse ispirata dalla sana e ragionevole esigenza (*von einem gesunden praktischen Gefühl geleitet*) di facilitare la prova dei fatti troppo complessi da dimostrare, la quale, per certi aspetti, pare sottesa a tutta la teorica dell’onere della prova.

⁶⁰ G.A. MICELI, *L’onere della prova* cit., pp. 34 ss.

⁶¹ Il tema della negativa indeterminata è tuttora oggetto di marcato interesse da parte degli studiosi. Vi si tornerà nel secondo capitolo, quando verrà esaminata la relazione fra vicinanza e prova del fatto negativo (*infra*, Cap. II, par. 4).

negative rimane centrale, anche se alcuni autori ammettono numerose e rilevanti deroghe, che sembrano talvolta addirittura negare il principio di partenza⁶².

In generale, l'influsso del diritto romano porta ad un accoglimento del principio del libero convincimento molto parziale, in quanto esso è fortemente limitato dal proliferare delle prove legali, ed in particolare del giuramento. In questo contesto l'onere della prova assume il significato che tradizionalmente gli è più proprio. Una volta fornita la prova, che deve provenire rigorosamente dalla parte onerata, il giudice è vincolato a trarre da essa le conseguenze che la legge prescrive⁶³. Il concreto riparto dei carichi di prova, tuttavia, è di massima ispirato alla facilità e alla non eccesiva gravosità della prova, principi che in questi secoli trovano applicazione attraverso la dottrina delle negative.

4. Il tardo diritto comune tedesco

È ora opportuno volgere lo sguardo alla struttura del processo del tardo *gemeines Recht* e alla sua relazione con l'allocazione dei carichi di prova. Esso presenta infatti alcune peculiarità, rispetto alla tradizione romanistica, le quali hanno influito profondamente sull'elaborazione moderna del dogma dell'onere della prova. Nei sistemi processuali derivati direttamente dal diritto romano, com'è noto, la fase istruttoria è infatti demandata in prevalenza all'iniziativa parti, che delimitano esse stesse il *thema probandum* attraverso le proprie allegazioni, senza che vi sia peraltro

⁶² “Ubi cumque negatio est causa intentionis alicuius sive agentis sive excipientis ei qui negati incumbit probatio” (BARTOLO, *Commentario in Dig. Lugduni*, 1555, in D.45,1,8, citato da G. A. MICHELI, *L'onere della prova* cit., p. 39 n. 109). Anche Piacentino e Bulgari ammettevano la prova delle negative “per alia ut per medium”: v. F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., pp. 37 e ss.; M. NARDOZZA, *Onere della prova* cit., loc. cit.

⁶³ V. G. SALVIOLI, *Trattato* cit, p. 784, dove l'autore afferma che il trionfo delle prove legali sia da leggersi come conseguenza dell'influsso del diritto germanico, legato ad un concetto di verità formale ed intriso di ritualismo. Non va però dimenticato come i giuristi medievali traessero gran parte delle prove legali dal *Corpus Iuris Civilis*: v. M. KASER, *Das römische Zivilprozess* cit., pp. 488 ss. Proprio per questo motivo, gli studiosi tedeschi dell'Ottocento attribuivano viceversa alla “falsa maestà latina” l'origine del profluvio di presunzioni e prove legali che aveva inquinato l'originaria purezza del processo germanico. V. in tal senso W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 345, che fa risalire il sistema delle prove legali all'influsso esercitato dal processo canonico su quello tedesco.

una rigida scansione procedurale fra il momento dell'affermazione e quello della dimostrazione dei fatti.

Al contrario, in Germania la procedura prevedeva un “*vorbereitendes Verfahren*”, un procedimento preparatorio finalizzato a delimitare oggetto, onere e termini della prova. In questa fase preliminare, le parti svolgevano le proprie narrazioni, richiedendo pure l'assunzione dei mezzi istruttori⁶⁴. Sulla base della verosimiglianza di tali affermazioni, il giudice adottava il *Beweisinterlocut*, che fissava il *thema probandum* e ripartiva l'onere della prova fra le parti. Questo atto del giudice, il cui nome deriva dalle *interlocutiones*⁶⁵ del processo giustinianeo, era davvero “*der Schwerpunkt des ganzen Prozesses*”⁶⁶, giacché era a tutti gli effetti un provvedimento di merito, pur condizionato alla riuscita della prova.

Una volta che la prova era riuscita alla parte onerata, essa era sottratta al libero apprezzamento del giudice, vigendo il sistema delle prove legali. Più correttamente, si può dire che la valutazione della prova si svolgesse, nel *gemeines Recht*, già *ex ante*, ossia prima che la stessa fosse assunta, proprio attraverso il *Beweisinterlocut*⁶⁷.

Il concetto di *Beweislast* che va formandosi in questa cornice è dunque quello di un onere vero e proprio, in senso tecnico. Si tratta di un onere soggettivo, giacché è necessario che la prova provenga proprio dalla parte onerata, che deve assolvere la propria “épreuve” per vincere la causa⁶⁸. Il peso della prova deve essere immancabilmente assolto dall'onerato per non soccombere: si tratta di una

⁶⁴ G. A. MICHELI, *L'onere della prova* cit., p. 51.

⁶⁵ Trattavasi di sentenze interlocutorie che indicavano le prove a cui le parti erano tenute. V. M. KASER, *Das römische Zivilprozess* cit., p. 390.

⁶⁶ W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 28.

⁶⁷ G. A. MICHELI, *L'onere* cit., p. 305 n. 183: “*La sentenza di prova era infatti preceduta da una fase nella quale il giudice determinava quale delle due pretese fosse più verosimile, anticipando in tal modo quel giudizio che il magistrato formula solo dopo l'esperimento delle prove, e nel caso in cui queste si dimostrino insufficienti. La valutazione di queste ultime seguiva invece dopo che le parti avevano esplicato la rispettiva attività probatoria, e si riduceva alla constatazione se la parte onerata avesse oppur no addotto una prova sufficiente per persuadere il giudice*”. Sul carattere di “*Endurtheil*”, e dunque di sentenza di merito, del *Beweisintlocut* v. W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 201.

⁶⁸ Chiaramente si suppone qui un caso in cui i profili controversi attengano solo alla ricostruzione del fatto. È ovvio, infatti, che la domanda dell'attore che soddisfaceva l'onere della prova potesse ben essere respinta in diritto.

condizione al contempo *necessaria* e *sufficiente* per la vittoria. La prova deve essere resa necessariamente dalla parte onerata, perché se fosse apportata dall'avversario non sarebbe ammissibile; essa è inoltre sempre sufficiente, perché il *Beweisintrelocut* ne predetermina il valore, sottraendola ad una valutazione *ex post* del giudice⁶⁹. Se la prova riesce, la causa è dunque vinta⁷⁰.

Il principale pregio di questo sistema era quello di garantire la massima concentrazione processuale. La causa poteva essere infatti definita con un'unica udienza, nella quale si valutava se la prova richiesta dal *Beweisinterlocut*⁷¹, e più precisamente da quella parte del provvedimento che prende il nome di *Beweissatz*, era stata fornita⁷². Si può anzi dire che la netta divisione del procedimento in due fasi, una relativa alla affermazione dei fatti, l'altra all'assunzione della prova, sia alla base della distinzione che gli studiosi tedeschi tracciano tra *Behauptungslast* e *Beweislast*, che non trova invece accoglimento unanime presso la dottrina italiana⁷³. Ciò premesso, è ora opportuno chiedersi secondo quali criteri i giudici dell'epoca ripartissero fra le parti l'onere della prova.

Preliminarmente, bisogna sottolineare come in questa fase il problema si ponga solo in termini soggettivi. La speculazione dei giuristi tedeschi si rivolge dunque solo

⁶⁹ G. A. MICHELI (*op. cit* p. 57) sottolinea come un onere della prova così concepito fosse inscindibilmente legato al sistema delle prove legali, tanto da potersi considerare una regola di prova legale esso stesso. V. su questo aspetto J. NIEVA FENOLL, *La valoraciòn* cit., pp. 49 ss; S. PATTI, *Le prove* cit., p. 226.

⁷⁰ V. nota 68.

⁷¹ Particolarmente discussa era all'epoca la questione del contenuto del *Beweisinterlocut*. Per alcuni autori, con tale provvedimento il giudice era tenuto solo indicare il rapporto giuridico che doveva essere oggetto di accertamento, delimitando il *thema probandum* ma lasciando le parti libere di scegliere i fatti più opportuni per dimostrare il sorgere o l'estinguersi del diritto. Secondo altri, invece, il magistrato doveva dettagliatamente individuare la singola circostanza di fatto da provare, senza lasciare alle parti la scelta sul concreto elemento fattuale da porre a fondamento della domanda o eccezione. Per un riassunto di tale interessante dibattito v. W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., pp. 228 ss.

⁷² Tutte le allegazioni, contestazioni e richieste istruttorie dovevano svolgersi e concludersi in un'unica fase processuale. Questa marcata concentrazione del procedimento è un riflesso della *Eventualmaxime*, che impone “*daß alle concurrenten Prozeßhandlungen derselben Streitsache auf einmal vorgenommen und möglichst zugleich vollendet werden*”. W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 32.

⁷³ V. S. PATTI, *Le prove* cit., p. 54.

alla soluzione del problema “*wer muß beweisen?*”, nel quale si risolve l’intera problematica dell’onere della prova⁷⁴.

Nella Germania del XVIII secolo si consolida la tendenza a considerare il tema del riparto dei carichi probatori attraverso la lente delle presunzioni. Gli studiosi successivi hanno definito questa impostazione *Vermutungstheorie*. Secondo tale dottrina, dire che una parte ha l’onere della prova significa dire che deve vincere la presunzione del contrario del fatto che è onerata di provare. Le varie presunzioni atte a sciogliere il problema del riparto nei singoli casi vengono fatte derivare dalla ragione naturale, secondo le tendenze filosofiche del tempo. Nota infatti Franz Leonhard come ancora non fosse maturata la sensibilità necessaria per considerare il problema dell’onere in termini puramente giuridici, ma come, invece, si continuasse ad affrontarlo sulla base della logica, del buon senso pratico, della *naturalis ratio*⁷⁵.

Fra le più importanti presunzioni è necessario menzionare anzitutto la ormai classica dottrina delle negative, ora espressa nei seguenti termini: “*negantis factum naturali ratione probatio nulla est*”⁷⁶.

In secondo luogo, compaiono due nuovi criteri di massima la cui importanza si rivelerà decisiva. Si tratta della tesi della specificità⁷⁷, per cui vanno provate solo le

⁷⁴ Cfr. L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, III Auflage, C.H. Beck, München-Berlin, 1953, p. 18. Si vedrà invece come l’impostazione del problema in termini oggettivi (“*was muß bewiesen werden?*”) sarà al centro della riflessione condotta nel secolo scorso.

⁷⁵ F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p.44.

⁷⁶ H. GERBER, *Beiträge* cit., p.2.; per un’approfondita disamina del dibattito sulla dottrina delle negative nel tardo diritto comune tedesco v. pure W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., pp. 249 ss. Sul tema della prova del fatto negativo si avrà comunque modo di tornare successivamente (*infra*, cap. II, par. 4).

⁷⁷ In Italia, il principio di specificità è legato al magistero di Giuseppe Chiovenda, che lo indicava come criterio fondamentale per risolvere il riparto dell’onere della prova, unitamente a quello della normalità. L’illustre Maestro era scettico rispetto alla possibilità di formulare una regola generale sul riparto dell’onere della prova, e auspicava un maggiore coinvolgimento dei giudici nell’allocazione dei carichi istruttori, secondo la sensibilità dettata del caso singolo. V. in proposito G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, ristampa anastatica inalterata con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli, Jovene, Napoli, 1980, pp. 778 ss. Tale impostazione era assai diffusa fra gli studiosi tedeschi del XIX secolo. WILHELM LAGENBECK (*Die Beweisführung* cit., p. 280), ad esempio, affermava che l’attore dovesse provare solo le “*äußere Merkmale*” del suo diritto, ossia quei fatti “*welche uns zeigen, daß eine bestimmte Species des Rechts unter dem in concreto obwaltenden Umständen entstanden ist, die Thatsachen also, durch welche das bestimmte Recht in concreto in die Sinnwelt hervortritt*”. In tal senso v. anche A. WACH, *Die Beweislast nach dem*

condizioni specifiche atte a far sorgere il diritto, mentre l'assenza di quelle generiche va provata dal convenuto, e della presunzione di persistenza del diritto⁷⁸. Secondo quest'ultima, il diritto, una volta sorto, si reputa esistente fino a che non se ne dimostri l'estinzione.

Il processo del tardo diritto comune tedesco è dunque caratterizzato da una nozione “forte” di onere della prova, con cui la dottrina moderna, anche italiana, dovrà fare i conti. Contestualmente, la riflessione dei giuristi conduce all'individuazione di ulteriori criteri di massima per ripartire l'onere, sempre basati sull'esigenza di facilitare la posizione dell'attore rispetto a quelle circostanze la cui dimostrazione sarebbe eccessivo pretendere da costui.

5. L'onere della prova e la *freie richterliche Beweiswürdigung*

In seguito alla Rivoluzione francese, inizia ad essere avvertita anche in Germania l'esigenza di superare il sistema di valutazione della prova basato su prove legali. Esso era ormai percepito come ingiusto, in quanto l'accertamento dei fatti al quale la prova legale conduceva era sovente ben distante dalla verità materiale, la cui ricostruzione accurata inizia ad essere considerata come un presupposto indefettibile della decisione giusta⁷⁹.

Il dibattito scientifico ha inizialmente ad oggetto la possibilità di introdurre la giuria sul modello inglese. All'epoca, infatti, la libera formazione del convincimento dell'organo chiamato a decidere era associata alla struttura del processo

Bürgerlichen Gesetzbuche, in ZZP, 1901, Band 29, pp. 359 ss. Posizioni fortemente critiche si ritrovano invece in H. GERBER, *Beiträge* cit., p.15. Particolarmente efficace, e forse decisiva, è la critica del criterio di specificità condotta da Franz LEONHARD (*Die Beweislast* cit., pp. 81 ss.), che individua numerosi casi in cui all'attore è richiesta la prova anche delle condizioni generali del diritto vantato. Su tale principio v. anche L. P. COMOGLIO, *Le prove civili* cit., pp. 268 ss.

⁷⁸ Questo argomento è ancora oggi speso in alcune pronunce con riferimento alla vicinanza della prova, per cui ci si riserva di ritornarvi in seguito (*infra*, cap. II par. 4). Tale principio fu oggetto di una raffinata elaborazione da parte di Hermann FITTING (*Die Grundlagen* cit., p. 18 ss.), che ne ravvisava il fondamento nelle leggi della natura.

⁷⁹ Sul tema v. in generale M. TARUFFO, *La semplice verità* cit.

anglosassone, la quale parve però inaccettabile ai giuristi tedeschi⁸⁰. Il *verdict* della giuria non era infatti motivato, e appariva rimesso al cieco arbitrio dei giudici del fatto.

Il dibattito sfociò nella redazione del §259⁸¹ della ZPO del 1877, il quale consacrava la *freie Beweiswürdigung*, senza però eliminare del tutto le prove legali dal sistema⁸². Il ritorno al principio - come visto, già proprio del diritto romano - rappresenta una svolta decisiva nel senso del massimizzare l'accuratezza dell'accertamento della verità, affidandosi alla prudenza e all'esperienza del giudice nella ricostruzione dei fatti⁸³.

In tale contesto, l'onere della prova ne esce profondamente trasfigurato. Il processo delineato dalla ZPO nazionale abbatte i due pilastri su cui era stata costruita fino ad allora la dogmatica della *Beweislast*⁸⁴. Venuti meno infatti sia il *Beweisinterlocut* che il sistema delle prove legali, la parte non può più limitarsi a fornire la prova richiesta dal giudice per avere la certezza di vincere. I temi di prova non sono più fissati preliminarmente dal giudice, ma è il gioco delle reciproche allegazioni delle parti a delimitare i fatti controversi, e pertanto bisognosi di prova. Pure la individuazione della parte onerata, un tempo certa perché fissata nel provvedimento interlocutorio, deve ora per forza essere rimessa ad altri criteri.

⁸⁰ Per una ricostruzione di questo dibattito v. J. NIEVA FENOLL, *La valoración* cit., pp. 78 ss.

⁸¹ Si tratta dell'attuale §286 ZPO attuale, rubricato appunto “*Freie Beweiswürdigung*”. Si riporta il testo integrale della norma: „(1) 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.
(2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.”

⁸² La persistenza di prove con un valore fisso è frutto dell'esigenza di conciliare la libera valutazione delle risultanze istruttorie con la *Verhandlungsmáxime*. “Los autores siempre fueron conscientes de que una cierta dosis de “verdad formal” tenía que existir, al menos en el proceso civil, dada la vigencia del principio dispositivo en este proceso, de manera que esa verdad material no podía llegar a anular nunca ese poder de disposición” (J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba* cit. p. 83); nel senso di un legame fra prove legali, onere soggettivo e principio dispositivo v. anche S. PATTI, *Le prove* cit. p. 51.

⁸³ Questa novità stimolò l'interesse degli studiosi per il tema della formazione del convincimento giudiziale dei fatti, come testimonia il lavoro di Friedrich Stein già citato (v. *supra*, nota 36).

⁸⁴ V. F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 41.

Si avverte, però, che di parte onerata deve parlarsi in senso necessariamente diverso dopo il 1877. È evidente, infatti, come l'assolvimento dell'onere non sia più condizione al contempo necessaria e sufficiente alla vittoria. Non è *necessaria*, perché in ragione di quel principio che in Italia sarà chiamato di acquisizione processuale il convincimento del giudice sul *factum probandum* può derivare anche da prove fornite dall'avversario dell'onerato⁸⁵. Non è nemmeno *sufficiente*, perché la prova non ha più un valore fisso, e dunque sta al giudice valutare se essa sia riuscita o meno, anche alla luce del complesso delle risultanze istruttorie⁸⁶.

L'imporsi della *freie Beweiswürdigung* rese pertanto inadeguata la concezione tradizionale dell'onere della prova. Il problema trovò così una nuova formulazione attraverso la distinzione di due figure diverse di onere probatorio, adeguate al nuovo modello processuale. Accanto all'onere soggettivo, ossia l'esigenza pratica della parte che vuole vincere la causa di produrre la prova all'uopo richiesta, viene individuato un onere della prova in senso oggettivo⁸⁷. Esso consiste nell'allocazione dell'incertezza in relazione ai fatti bisognosi di prova. Tale figura indica dunque chi, in caso di persistenza dell'incertezza rispetto al *factum probandum*, perderà la causa. Questa nuova figura prescinde del tutto dalla condotta delle parti, giacché il soddisfacimento del carico oggettivo può essere raggiunto pure se l'onerato rimane del tutto inerte⁸⁸. Esso, dunque, più che un onere in senso tecnico, sembra consistere

⁸⁵ Ma pure acquisite d'ufficio su iniziativa dello stesso magistrato, sebbene all'epoca i poteri istruttori del giudice civile fossero meno intensi di oggi.

⁸⁶ Tale aspetto è messo bene in luce da Salvatore PATTI (*Le prove* cit., p. 87): “la parte gradua lo sforzo probatorio in ragione della sua utilità per il raggiungimento del fine perseguito, cioè della sentenza favorevole, ma soprattutto in rapporto alla evidenza dei fatti”, e dunque anche al convincimento che il giudice è andato man mano formandosi nel corso del procedimento.

⁸⁷ Si afferma spesso che la figura dell'onere oggettivo sia nata nel diritto austriaco, grazie ai contributi offerti da Julis Glaser. Cfr. J. GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883 (citato da G. BAUMGÄRTL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 154, nota 64). Secondo MICHELI (*L'onere* cit., p. 108), l'aspetto oggettivo del problema fu sollevato per la prima volta in Austria perché in quel sistema processuale l'attività istruttoria del giudice era assolutamente prevalente rispetto a quella delle parti. Le iniziative probatorie da queste ultime assunte, pur se riuscite, non conferivano la certezza della vittoria, né spesso erano neppure necessarie a tal fine.

⁸⁸ Si è pertanto provato a qualificare l'onere della prova come “onere imperfetto”, per sottolineare come il suo soddisfacimento da parte dell'onerato, di per sé, non garantisca la realizzazione dell'esito in funzione del quale esso è adempiuto. V. S. PATTI, *Le prove* cit., p. 79 ss.; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili* cit., pp. 253 ss.

in una regola rivolta al giudice, volta a riempire di contenuto la decisione sul fatto incerto.

Il rischio dell'incertezza dei fatti bisognosi di prova necessita di nuovi criteri di ripartizione, i quali devono per forza essere generali ed astratti. Il giudice, infatti, non dispone più di un provvedimento con cui ripartire l'onere, di modo che adesso le parti devono essere in condizione di conoscere i rispettivi carichi probatori già prima di avventurarsi nel processo.

Il pensiero giuridico positivista giunge così ad elaborare un criterio basato interamente sulle norme. Esso prende il nome di *Minimaltheorie*⁸⁹ e si basa a sua volta sul criterio della normalità giuridica, contrapposto a quello della normalità naturale. Fino a questo momento, infatti, era frequente che l'onere della prova fosse fatto ricadere sulla parte che affermava il fatto meno probabile, in quanto contrario all'*id quod plerumque accidit*⁹⁰.

Questa impostazione empiristica stride con la mentalità positivista ormai affermatasi, e viene superata riferendo adesso il concetto di normalità non più ai fatti, ma alle norme. I fondamenti della nuova concezione possono riassumersi come segue. Il presupposto di fondo è che l'attore ha interesse a provare la nascita del proprio diritto, mentre il convenuto il mancato sorgere o l'estinzione dello stesso. La persistenza del diritto non è oggetto di prova, perché in base alle leggi della natura uno stato non può cambiare senza che una causa efficiente lo modifichi⁹¹.

Oggetto di prova sono dunque fatti produttivi di effetti giuridici, che vengono suddivisi in quattro categorie, in ragione dell'effetto che essi sono idonei a generare⁹². L'attore deve provare le *rechtserzeugende Tatsachen*, ossia i fatti da cui

⁸⁹ Essa fu la concezione di gran lunga dominante nella Germania guglielmina. V. F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., pp. 97 ss.

⁹⁰ Il criterio dell'anormalità “naturale” o “fattuale” è ancora oggi fondamentale. Vi si tornerà pertanto del prosieguo del lavoro, quando si parlerà più propriamente di vicinanza della prova, e specialmente in relazione all'*Ancheinsbeweis* (*infra*, Cap. III, par. 4). Intanto, per uno sguardo generale sul tema, si rinvia a M. GARAVAGLIA, *La ripartizione dell'onere della prova nel processo civile. Premesse per uno studio di diritto comparato*, CLEUP, Padova, 2022, pp. 134 ss.

⁹¹ “Wenn kein Grund für die Annahme einer Veränderung besteht, notwendig die Fortdauer des bisherigen Zustandes angenommen werden muss” (H. FITTING, *Die Grundlagen* cit., p. 18).

⁹² Per tale distinzione v. H. FITTING, *op. cit.*, p. 45; W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 305.

scaturisce il proprio diritto. Il convenuto deve provare invece i fatti che neutralizzano la pretesa dell'attore, i quali possono essere ascritti a tre tipologie. Le circostanze che sono il presupposto applicativo delle norme che estinguono il diritto dell'attore sono le *rechtsvernichtende Tatsachen*. Vi sono poi norme che non estinguono un diritto, ma precludono l'accoglimento della domanda dell'attore ponendo un ostacolo all'esercizio del diritto stesso, alla sua attitudine ad imporsi (*Durchsetzbarkeit*): esse contengono le *rechtshemmende Tatsachen*⁹³. Infine, vi sono fatti i quali impediscono addirittura il sorgere del diritto stesso, negandone la stessa produzione, che vengono chiamati *rechtshindernde Tatsachen*.

A queste quattro categorie di fatti corrispondono altrettanti tipi di norme, di cui le *Tatsachen* rappresentano solo, come detto, i presupposti concreti per l'applicazione⁹⁴.

Le *rechtsvernichtende* e *rechtshemmende Normen* si lasciano individuare facilmente, presupponendo la nascita del diritto vantato dall'avversario. Esse trovano fondamento in fatti diversi rispetto a quelli che sostanziano la pretesa dell'attore, ed è dunque naturale che essi debbano essere dimostrati dal convenuto. Maggiori problemi scaturiscono dal postulare l'esistenza delle *rechtshindernde Tatsachen*, che ormai da secoli costituiscono un argomento fortemente dibattuto⁹⁵.

⁹³ Mentre le *rechtszeugende*, *rechtsvernichtende* e *rechtshindernde Tatsachen* furono presto accolte in Italia col nome rispettivamente di fatti costitutivi, estintivi e impeditivi, lo stesso non avvenne per le *rechtshemmende Tatsachen*, che difficilmente possono essere tradotte nella nostra lingua. Tali fatti non estinguono il diritto, né ne impediscono il sorgere, ma ostacolano cionondimeno l'accoglimento della domanda dell'attore in base a ragioni *lato sensu* equitative. Esempi ne sono la prescrizione, il *pactum de non petendo*, l'eccezione di inadempimento. Wilhelm LAGENBECK (*Die Beweisführung* cit., p. 319) individua in tali fatti il fondamento della *excipiente Einrede*: si tratta dunque di circostanze che integrano eccezioni nel senso proprio del diritto romano classico, ossia idonee ad impedire la *condematio* per ragioni legate all'*aequitas*. V. pure H. GERBER, *Beiträge* cit., p. 39.

⁹⁴ H. FITTING, *op. cit.*, p. 45.

⁹⁵ Nella dottrina dell'epoca era già presente la consapevolezza dell'impossibilità di distinguere, sul piano meramente strutturale, il fatto impeditivo dal contrario di quello costitutivo. Si ammette infatti come sul piano strettamente giuridico possa sembrare addirittura illogico affermare che, affinché un diritto sorga, ne devono sussistere tutti i presupposti di fatto, salvo poi onerare il convenuto della prova dell'assenza di quegli stessi presupposti (v. H. GERBER, *Beiträge* cit., p. 13). LAGENBECK (*Die Beweisführung* cit., p. 307) individua nei fatti impeditivi il presupposto della “*leugnende Einrede*”: già dalla terminologia utilizzata, si evince la difficoltà di scindere l'eccezione impeditiva dalla mera contestazione dell'allegazione attorea. D'altronde, il problema della confessione qualificata (*qualifizierte Geständnis*) o della negazione motivata (*motivierte Leugnung*) ai fini del riparto dei

Le circostanze impeditive, negando lo stesso nascere del diritto, non sono infatti altro che la negazione dei presupposti dell'esistenza del diritto stesso. La mera analisi della singola disposizione non permette dunque di sciogliere il nodo della loro individuazione, dovendosi l'interprete per forza affidare ad un criterio diverso. Il principio fondamentale, ancora oggi tendenzialmente accolto, venne individuato nei rapporti di regola ad eccezione fra le norme. Accanto ad ogni norma che pone in capo all'attore un diritto, ne esiste dunque un'altra che contiene tutti gli elementi costitutivi della prima, più un nuovo elemento, ossia il fatto impeditivo. La norma-eccezione è idonea a produrre una *Gegenwirkung* che priva di efficacia la norma-regola⁹⁶.

Per individuare quale norma costituisca la regola e quale l'eccezione si torna così a quel criterio dell'anormalità giuridica a cui prima si accennava. Vi sarebbero infatti degli effetti giuridici che il legislatore presuppone come normali⁹⁷, mentre altri, che le norme hanno cura di mettere ben in risalto, sarebbero eccezionali, e dunque andrebbero provati da chi li fa valere. Il "normale giuridico" può ben essere diverso dal "normale statistico", come nel caso della presunzione di commorienza⁹⁸.

L'individuazione dei rapporti di regola ad eccezione si ottiene principalmente grazie all'analisi letterale delle norme⁹⁹. In particolare, lo studio delle congiunzioni e dei nessi logici impiegati dal legislatore sarebbe sufficiente a risolvere la maggior parte dei dubbi sulla natura, costitutiva o impeditiva, degli elementi della

carichi istruttori è stato uno dei terreni di scontro più accesi degli ultimi secoli fra gli studiosi di onere della prova. V. in proposito *infra*, nota 126.

⁹⁶ H. FITTING, *Die Grundlagen* cit., p. 41. Si noti che la norma eccezionale così descritta integra tanto una *Ausnahme* quanto una *Einrede*, termini che invece la nostra lingua riassume genericamente sotto il termine "eccezione".

⁹⁷ Secondo FITTING (*Die Grundlagen* p.48) l'uomo maggiorenne, in pieno possesso delle facoltà fisiche e mentali sarebbe assunto dalla legge come "*der Normalmensch*". Circostanze eccezionali, in quanto deroghe alla regola, sono la minore età, l'incapacità etc. L'esempio, assai problematico, mostra alcuni dei tanti nodi irrisolti della teoria della normalità giuridica, della quale però è difficile fare del tutto a meno. D'altronde lo stesso CHIOVENDA (*Principi* cit., p. 789) sottolinea come il rapporto fra normalità e anormalità fosse trasversale a tutte le più autorevoli teorie del tempo.

⁹⁸ Sulla quale v. M. GARAVGLIA, *La ripartizione* cit., p. 145, nota 167; G. VERDE, *L'onere* cit., pp. 246 ss.; S. PATTI, *Le prove* cit., p. 137.

⁹⁹ H. FITTING, *Die Grundlagen* cit., p. 49.

fattispecie. Questa impostazione prende il nome di *Satzbaulehre*, ed è ancora oggi vitale tanto in Italia quanto in Germania¹⁰⁰.

La riflessione sull'onere della prova in termini esclusivamente oggettivi e i tentativi di risolvere il problema della ripartizione dello stesso basandosi solo sull'interpretazione letterale delle norme e sull'analisi della fattispecie sostanziale sono sintomatici del rigoroso giuspositivismo degli studiosi di questo periodo. Questa intensa elaborazione dottrinale finì peraltro per riversarsi sui lunghi lavori preparatori del codice civile tedesco, entrato in vigore, com'è noto, solo nel 1900. Il progetto del 1888 contiene alcune norme sul riparto dell'onere della prova, che di fatto codificano la *Minimaltheorie*. Il §193¹⁰¹ riguardava l'allocazione dell'onere in relazione alle circostanze costitutive, da un lato, estintive e “*rechtshemmende*” dall'altro: l'attore deve provare le prime, il convenuto le seconde.

Particolarmente interessante è il §194¹⁰², che riguarda la relazione fra fatti costitutivi e impeditivi. L'*Entwurf* disponeva infatti che era onere del convenuto provare le circostanze particolari atte ad impedire la regolare efficacia del negozio, dando riconoscimento espresso al criterio regola-eccezione.

Come è noto, tali norme saranno espunte dalla redazione definitiva, in quanto ritenute superflue. La *Satzbaulehre* aveva trovato un grado di adesione tale, che i codificatori ritinnero che norme espresse sul riparto dell'onere della prova

¹⁰⁰ L'importanza dell'analisi testuale è sottolineata, nella nostra dottrina, da Giovanni Verde, che la vede come uno degli strumenti più utili per risolvere i casi dubbi di riparto dell'onere (v. G. VERDE, *L'onere* cit., pp. 267 ss.; ID, voce *Prova*, in Enciclopedia del Diritto Giuffrè, XXXVII, 1988, pp. 632 ss.). In Germania, la *Satzbaulehre* è alla base di un imponente lavoro di Gottfried Baumgärtel, Hans-Wili Laumen e Hanns Prütting, un trattato in tre volumi dal titolo *Handbuch der Beweislast*, nel quale i tre studiosi analizzano singolarmente tutte le norme del BGB al fine di scogliere il nodo dell'allocazione dei carichi istruttori caso per caso.

¹⁰¹ “Wer einen Anspruch geltend macht, hat die zur Begründung desselben erforderlichen Thatsachen zu beweisen. Wer die Aufhebung eines Anspruches oder die Hemmung der Wirksamkeit desselben geltend macht, hat die Thatsachen zu beweisen, welche zur Begründung der Aufhebung oder Hemmung erforderlich sind”.

¹⁰² Si riporta solo il primo Absatz: “Wer die rechtliche Wirkung eines Thatbestandes wegen sonderer, die regelmäßige Wirksamkeit ausschließender Thatsachen verneint, hat diese besonderen Thatsachen zu beweisen.”

sarebbero risultate inutili¹⁰³, potendosi il problema risolvere sulla base dell’analisi testuale delle singole norme sostanziali.

Questo atteggiamento “legalistico” sarà poi oggetto delle critiche degli studiosi più recenti, che affermeranno l’impossibilità di comprimere tutta la realtà giuridica entro gli schemi costipati delle norme¹⁰⁴. Invece, gli studiosi tedeschi dell’epoca delle codificazioni temperarono l’apparente rigidità della determinazione generale ed astratta del sistema di riparto dell’onere della prova così delineato attraverso il “correttivo” della libera valutazione. Le massime d’esperienza impiegate dal giudice avevano spesso l’effetto di facilitare il compito della parte formalmente onerata, ma praticamente impossibilitata a fornire la prova. Secondo Fitting, ad esempio, se una parte attraverso la propria condotta impedisce all’avversario onerato l’assolvimento della prova, il giudice sarà portato a ritenere il *factum probandum* dimostrato, in ragione della massima di esperienza per cui chi ostacola la prova dell’avversario lo fa perché essa, se riuscisse, produrrebbe conseguenze per lui sfavorevoli¹⁰⁵.

Lo stesso autore individua, accanto all’onere astratto, determinato nel modo sopra esposto, un onere concreto, che trasla da una parte all’altra secondo la progressiva formazione del convincimento del giudice, ma che non incide sulle regole di riparto astrattamente determinate dal diritto positivo¹⁰⁶.

Pare dunque esagerato parlare di freddo rigore legalista. Tale apparenza è ingenerata dalla attitudine di quei giuristi a scindere il problema *giuridico* del riparto delle conseguenze del fatto incerto, da decidersi non caso per caso ma sulla

¹⁰³ La scelta del legislatore tedesco destò la perplessità di MICELI (*L’onere* cit., p. 53), che notava come “può essere assai dubbio se seguire prevalentemente il sistema di configurare la fattispecie legale, in modo che da essa possa dedursi il criterio per la ripartizione dell’onere della prova, oppure se invece non convenga dettare principi a carattere generale”.

¹⁰⁴ V. in tal senso G. VERDE, *L’onere* cit., p. 173.

¹⁰⁵ H. FITTING, *Die Grundlagen* cit., p.74. Nello stesso senso v. L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 189; G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 85. Tali osservazioni sono alla base della moderna dottrina della *Beweisverteilung*, tecnica utilizzata dalla giurisprudenza tedesca per alleggerire la posizione dell’onerato a fronte della mancata collaborazione dell’avversario. Su di essa si tornerà nel prosieguo dell’elaborato (*infra*, Cap. III, par. 6).

¹⁰⁶ H. FITTING, *op. cit.*, p. 67. La dottrina tedesca contemporanea parla in proposito di *konkrete Beweisförgungslast*.

base di norme generali ed astratte, da quello della valutazione della prova, che è invece una *questione di fatto*.

Solo il primo tema è risolto sul piano normativo, mentre il secondo, conformato di volta in volta dalle esigenze del caso concreto, funge da valvola di sicurezza per non imporre alle parti carichi di prova esageratamente gravosi: “*so wird durch das stete Eingreifen der Regel des Lebens jede unbillige Härte der grundsätzlich bestehenden Beweislast beseitigt*”¹⁰⁷.

6. La *Normentheorie* di Rosenberg

I codificatori tedeschi intesero dunque, come anticipato, risolvere il problema del riparto dell'onere astrattamente, sulla base della semplificazione analitica della fattispecie e dei rapporti fra le norme sostanziali, rinunciando a dettare espressamente una regola generale.

Tale impostazione trovò una grandiosa sistemazione sul piano teorico grazie a Leo Rosenberg e alla sua opera “*die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*”, pubblicata per la prima volta proprio nel 1900 come *Doktoratschrift* e aggiornata più volte¹⁰⁸. Tale monografia è tuttora la base della corrente maniera di intendere l'onere della prova e il suo riparto fra le parti del processo civile. Il suo successo non è stato limitato ai paesi di lingua tedesca: la concezione di Rosenberg, detta *Normentheorie*¹⁰⁹, si è imposta anche in Italia¹¹⁰, in Spagna e nei paesi di lingua castigliana¹¹¹.

¹⁰⁷ H. FITTING, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁸ Per il presente lavoro si è fatto riferimento alla terza edizione del 1953, già numerose volte citata.

¹⁰⁹ Sulla quale v. in generale G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., pp. 217 ss.

¹¹⁰ La sua influenza nel nostro paese è confermata dall'importanza che Gian Antonio Micheli e Giovanni Verde, nei loro rispettivi lavori, attribuiscono al pensiero di Rosenberg. V. G. A. MICHELI, *L'onere* cit., pp. 398 ss.; G. VERDE, *L'onere* cit., p. 15. V. pure M. GARAVAGLIA, *La ripartizione* cit., p. 120 ss.; S. PATTI, *Le prove* cit., pp. 115 ss.

¹¹¹ Il libro fu infatti tradotto da Ernesto Krotoschin in questa lingua ed ha ancora grande diffusione in tutto il mondo ispanofono. Cfr. X. A. LLUCH, J. PICÓ I JUNOY, *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007.

Egli ebbe il merito di riformulare efficacemente i contenuti essenziali della *Minimaltheorie* e della *Satzbaulehre*, arricchendoli però di elementi originali e di una attenta analisi di ipotesi particolari di riparto dell'onere probatorio, che rendono la sua monografia un lavoro ancora oggi fra i più completi sul tema.

Rosenberg accoglie le teorie di derivazione austriaca che scindono l'onere in due distinte figure. Egli distingue pertanto un onere della prova in senso concreto (*Beweisführungslast*) ed uno in senso astratto (*Feststellungslast*). Il primo risponde alla domanda “chi deve provare cosa?” e consiste nella necessità pratica di dimostrare l'esistenza di un fatto per evitare una decisione sfavorevole¹¹². Tale figura, alla quale l'autore afferma non potersi del tutto rinunciare¹¹³, è fortemente influenzata dalla libera valutazione della prova condotta dal giudice nella dinamica del processo. La convinzione che il giudice va formandosi nell'avanzare del procedimento sposta l'onere soggettivo da una parte all'altra, che si vedrà gravata della *praktische Notwendigkeit*¹¹⁴ di rispondere alle attività istruttorie avversarie per non soccombere.

La *Feststellungslast*, invece, altro non è che la conseguenza dell'incertezza di una circostanza rilevante per la decisione, e risponde alla domanda “cosa deve essere provato?”. Essa, dunque, presuppone una situazione di *non liquet*, e indica quale parte sarà gravata delle conseguenze sfavorevoli della perdurante e irrisolvibile

¹¹² L. ROSENBERG, *die Beweislast* cit., pp. 18 ss.

¹¹³ Molti autori, dopo il riconoscimento espresso nella libera valutazione della prova nella ZPO del 1877, avevano affermato che l'onere della prova soggettivo, ossia l'unico concepito nel diritto comune, fosse ormai “*eine juristische Antiquität*” (L. ROSENBERG, *op. cit.*, p. 62). Rosenberg sottolinea, però, come pure in un processo retto dal principio acquisitivo, l'introduzione della prova nel procedimento rimanga essenzialmente demandata all'iniziativa delle parti. La *Beweisführungslast* serve pertanto a stimolare l'attività istruttoria delle parti, quale “*Druck auf die Beweistätigkeit der Parteien*” ai fini della ricostruzione della verità (L. ROSENBERG, *op. cit.*, p. 22). Emerge qui la funzione latamente epistemica dell'onere della prova, su cui v. M. TARUFFO, *La semplice verità* cit., p. 228. A tal proposito, Rosenberg individua pure delle ipotesi in cui si può ancora parlare di onere soggettivo in senso astratto (*subjektive Feststellungslast*). È il caso, ad esempio, degli *Urkundeprozesse* regolati da §§ 595 ff. ZPO, in cui pure un'eventuale confessione del convenuto circa l'esistenza del debito non comporta l'accoglimento della domanda, dovendo la prova essere rigorosamente fornita dall'attore per mezzo di documenti (v. L. ROSENBERG, *op. cit.* p.22). Sull'*Urkundeprozess* v. B. HESS, O. JAUERING, *Zivilprozessrecht*, XXX Auflage, C. H. Beck, München, 2011, p. 354.

¹¹⁴ L. ROSENBERG, *op. cit.*, p. 60.

incertezza di un fatto¹¹⁵. L'onere oggettivo interessa la parte per la quale l'applicazione della norma produrrebbe conseguenze favorevoli: è dunque una semplice e logica conseguenza della *Rechtsanwendung* (applicazione del diritto), essendo scontato che il giudice non possa dichiarare un effetto giuridico favorevole per la parte se essa non prova tutti i presupposti concreti della norma che lo prevede¹¹⁶.

L'onere oggettivo è assolutamente indipendente dalla dinamica processuale. Esso, infatti, non risente né della attività istruttorie delle parti, che influiscono solo sulla *Beweisführungslast*, né dei ruoli processuali, essendo spesso i panni di attore e di convenuto determinati dal mero caso¹¹⁷. Mentre l'onere soggettivo e concreto è dunque influenzato dalle massime di esperienza e dalle valutazioni del giudice, l'onere oggettivo è astrattamente determinato dalla legge e non può né deve mai essere modificato dal magistrato, che si farebbe così arbitrariamente legislatore¹¹⁸. Attraverso questa distinzione sul piano dogmatico, Rosenberg scinde la valutazione della prova del problema dell'onere quale ripartizione astratta delle conseguenze del fatto incerto, cementando quel *Trennungsdogma*¹¹⁹ che costituisce il punto di partenza irrinunciabile per qualsiasi discorso sull'onere della prova.

¹¹⁵ L. ROSENBERG, *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁶ Dal punto di vista teorico, è stato sottolineato come questo sia l'aspetto più fallace della teoria di Rosenberg. È infatti parso a molti evidente che il rigetto della domanda dell'attore a seguito del perdurare dell'incertezza sui presupposti di fatto della propria pretesa presupponga una regola che imponga al giudice di decidere proprio per il rigetto, non potendo il fenomeno essere ridotto a mera conseguenza pratica della teoria della fattispecie e della applicazione del diritto. Gli studiosi più recenti si sono dunque adoperati per individuare argomenti a sostegno di una *Operationsregel* sul caso incerto. Sul tema v. *infra*, Cap. III, par. 3.

¹¹⁷ “Der konkrete Prozeß auf die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast keinen Einfluß ausübt” L. ROSENBERG *op. cit.*, p. 173.

¹¹⁸ Con una metafora tanto celebre quanto icastica, l'illustre Autore afferma che, se il giudice volesse guidare il naviglio del singolo processo per mezzo delle “stelle della giustizia”, e dunque prescindendo dalla volontà della legge, egli finirebbe per fare naufragio nelle tempeste ed incertezze dell'alto mare (L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 93).

¹¹⁹ Sottolinea Rosenberg come l'onere della prova quale criterio di decisione sul fatto incerto presupponga proprio il *non liquet*, inteso come fallimento della valutazione della prova, ovvero l'incapacità del giudice di formarsi un convincimento positivo o negativo sul *factum probandum* (L. ROSENBERG, *op. cit.*, p. 62). Tale tema è ripreso pure dalla dottrina tedesca più recente: v. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 198; G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 39.

La *Grundregel* della *Normentheorie* prescrive, alla luce di quanto detto, che ogni parte debba provare i fatti che rappresentano i presupposti concreti della norma di cui chiede l'applicazione. Centrale è pertanto il criterio dell'interesse, dovendo la parte provare i fatti che integrano la fattispecie della norma a sé favorevole¹²⁰.

Le norme vengono distinte nelle quattro categorie proprie della *Minimaltheorie*. Con riferimento a quelle che devono essere provate dal convenuto bisogna distinguere da un lato le *rechtsvernichtende* e le *rechtsauschließende Normen*, che corrispondono ai fatti estintivi della dottrina italiana e presuppongono il sorgere del diritto dell'attore, dalle *rechtshindernde Normen*, ossia le norme impeditive¹²¹.

Rosenberg è ben consapevole che tali fatti non sono altro che presupposti negativi del sorgere del diritto dell'attore¹²², e che non sono “ontologicamente” distinguibili da quelli costitutivi. Per individuare il fatto impeditivo, l'Autore indica quindi due criteri di massima. Il primo riguarda le fattispecie a formazione progressiva: il fatto impeditivo qui non estingue un diritto, ma è idoneo a paralizzare sul nascere una fattispecie in divenire, pur quando essa abbia già prodotto degli effetti interinali¹²³.

In tutti gli altri casi, si deve fare riferimento al rapporto di regola ad eccezione fra le norme sostanziali. Allo scopo, è utile affidarsi primariamente all'analisi letterale di nessi e congiunzioni, senza timore di seguire le indicazioni all'uopo inserite dal legislatore nel BGB¹²⁴.

Ad ogni modo, il postulato di fondo è lo stesso già visto a proposito della *Minimaltheorie*: il fatto impeditivo integra la fattispecie di una norma che presenta tutti gli elementi costitutivi del diritto vantato dall'attore, più quello impeditivo, e

¹²⁰ Sull' *Interessenzwang* come criterio fondamentale v. S. PATTI, *Le prove* cit. p. 50.

¹²¹ Vi sono poi le *hinderungshindernde Normen*, che vengono fatte valere attraverso una controccezione dell'attore: v. L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 102.

¹²² Non essendo esse altro che “negative Voraussetzungen der Rechtsbergründung” (L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 122).

¹²³ Ad esempio, la revoca della proposta contrattuale impedisce il perfezionamento del contratto, ma estingue pure alcuni effetti giuridici che si erano interinalmente prodotti, come il diritto potestativo di accettare in capo all'oblato. V. L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 123.

¹²⁴ L'Autore afferma che non bisogna aver timore di analizzare il testo delle norme, giacché esse “nicht Hieroglyphen oder hebräische Schriftzeichen sind” (L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 128).

che è dotata di una propria autonoma efficacia giuridica, che consiste nel neutralizzare il sorgere del diritto attoreo¹²⁵.

Il fatto impeditivo si distingue poi dalla mera contestazione. Il primo, infatti, postula l'ammissione da parte del convenuto degli elementi costitutivi, e consiste nella prova di un fatto estraneo alla fattispecie invocata dall'attore, per cui è oggetto di prova diretta (*Hauptbeweis*) da parte del convenuto stesso. Se questi invece nega i fatti allegati dall'attore, o ne allega altri che sono con i primi incompatibili, si è di fronte ad una contestazione mera che non sposta in alcun modo l'onere gravante sul domandante¹²⁶. Alle stesse conclusioni si deve giungere se il convenuto non allega fatti che integrano una norma impeditiva, ma si richiama ad una fattispecie totalmente diversa da quella azionata dall'attore: chi chiede il pagamento del mutuo e si vede contestare che la somma fu sì prestata, ma a titolo di donazione, è comunque onerato di provare i presupposti del contratto di mutuo¹²⁷.

L'illustre Autore non è insensibile al tema delle difficoltà concrete incontrate dalla parte onerata della prova dei fatti che ne fondano la pretesa. L'onere della prova può infatti essere temperato ed alleggerito grazie alla libera valutazione del giudice, che, valendosi di massime di esperienza, può desumere di volta in volta conseguenze favorevoli all'onerato¹²⁸.

¹²⁵ L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 132. La differenza tra fatto costitutivo e impeditivo si coglie già dunque nella struttura della norma, a prescindere dal momento processuale.

¹²⁶ Si è molto dibattuto, come già accennato in precedenza (nota 95), sull'assai complesso problema della negazione motivata o confessione qualificata, con la quale il convenuto non si limita a negare semplicemente le allegazioni dell'attore, né procede a sollevare un'eccezione basata su un fatto estintivo, ma afferma che i fatti si sono svolti diversamente. Si tratta di quella che gli antichi chiamavano *exceptio rei non sic sed aliter gestae* (su cui v. G. A. MICHELI, *L'onere* cit., p. 401). Con riferimento a tale problema sono state formulate essenzialmente due tesi. Secondo la *Leugnungstheorie*, di cui il principale esponente è Franz Leonhard, tutte le difese sollevate dal convenuto che non integrano l'allegazione di un fatto estintivo sono mere contestazioni, con la conseguenza che sarà onere dell'attore smentirle. Quest'ultimo viene però assistito da presunzioni semplici e regole di esperienza che ne facilitano l'arduo compito (v. F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 226 ss.). Viceversa, la *Einredetheorie*, che trova il suo campione in Leo Rosenberg, afferma che quelle difese che consistono nell'allegazione di fatti anche solo in parte compatibili con le affermazioni dell'attore integrano non una mera contestazione, ma una vera e propria eccezione, il cui presupposto (ossia il fatto impeditivo) rientra nell'onere della prova oggettivo del convenuto (L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., pp. 261 ss.). Sul tema v. anche G. A. MICHELI, *L'onere* cit., pp. 403 ss., il quale propende per la seconda teoria.

¹²⁷ L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 261.

¹²⁸ L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 189.

L’adattamento dell’onere all’andamento del processo e alla concreta posizione delle parti, nonché il suo plasmarsi dinamicamente secondo il convincimento che il giudice va progressivamente formandosi, riguardano però solo la *Beweisführungslast*¹²⁹. Mai può tutto questo influire sulla regola dell’onere oggettivo, che è determinata astrattamente dalla legge e non risente né delle massime di esperienza, né delle ragioni di convenienza che spingono il giudice a richiedere concretamente la produzione della prova all’una o all’altra parte. Anche di fronte al tema delle difficoltà probatorie, il *Trennungsdogma* viene dunque confermato: “*in keinem Falle aber kann die Schwierigkeit, ja selbst nicht die Unmöglichkeit der Beweisführung zu einer Abänderung unseres Beweislastgrundsatzes führen*”¹³⁰.

7. Le prime critiche alla *Normentheorie*

Prima di volgere lo sguardo all’Italia, è opportuno prendere in considerazione le opinioni di alcuni autori tedeschi, divergenti rispetto alla tesi maggioritaria. Essa, che trova con Rosenberg la sua più brillante e completa formulazione, identifica l’onere della prova con il rischio dell’incertezza dei fatti oggetto di prova, e lo ripartisce fra le parti secondo una rigorosa analisi delle norme sostanziali, basandosi sul tenore letterale delle stesse e sui rapporti di regola-eccezione tra esse intercorrenti. Tale concezione, dimostratasi vincitrice fino ai giorni nostri, incontrò in realtà quasi subito le critiche di due autorevoli esponenti della dottrina del tempo, i cui contributi è opportuno brevemente riassumere, in ragione della loro importanza.

In un celebre e denso contributo¹³¹ di poco successivo all’entrata in vigore del BGB, Adolf Wach prende posizione nel dibattito sul riparto dell’onere della prova.

¹²⁹ E infatti solo con riferimento ad essa può sussistere un rischio di confusione fra onere e valutazione della prova. V. L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 20.

¹³⁰ L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 328.

¹³¹ A. WACH, *Die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuche*, in ZZP, 1901, Band 29, pp. 359 ss.

Ripercorrendo la vicenda che aveva spinto il legislatore tedesco a rimuovere le norme generali sull'onere della prova dal nuovo codice civile, l'illustre Autore evidenzia come sia impossibile pensare di risolvere il problema dei carichi probatori basandosi solo su indici letterali.

L'analisi testuale costituisce solo il punto di partenza, rimanendo il riparto dell'onere una *Auslegungsfrage*¹³², una questione di interpretazione. È impossibile trovare un principio generale atto a risolvere tutti i casi dubbi, giacché né la legge nel suo tenore letterale, né tantomeno altri criteri metagiuridici individuati dalla dottrina come la probabilità, la verosimiglianza o la buona fede forniscono la soluzione definitiva al problema¹³³. La legge, tuttavia, fornisce all'interprete indicazione su quale efficacia giuridica il fatto abbia nell'economia della fattispecie a cui appartiene, orientando l'allocazione dell'onere secondo il criterio ormai pacifico per cui l'attore deve provare le circostanze che fondano la nascita del diritto e il convenuto quelle che ne paralizzano l'efficacia o ne comportano l'estinzione.

Un altro assunto assai significativo del pensiero di Wach, che costituisce un contributo fondamentale alla teoria dell'onere della prova, consiste nell'aver messo in luce l'impossibilità di individuare la parte onerata solo sulla base dello stretto diritto sostanziale. La distinzione fra elementi costitutivi, estintivi, modificativi e impeditivi trae la propria origine dal diritto sostanziale, ma è priva di significato se si prescinde dal momento processuale¹³⁴, in cui si guarda al fatto da accertare “dal

¹³² A. WACH, *Die Beweislast* cit., p. 377. Posizioni affini si ritrovano nella dottrina tedesca contemporanea: secondo GOTTFRIED BAUMGÄRTEL (*Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 111), “ob eine Norm die Regel oder eine Ausnahme darstellt, ist durch Auslegung zu ermitteln”.

¹³³ A. WACH, *Die Beweislast* cit., p. 384. Dello stesso ordine di idee era anche LAGENBECK (*die Beweisführung* cit., p. 271): “wähne man nicht, daß die Sache (il riparto dell'onere della prova) mit Formulierung eines einzigen Satzes abgethan sei, unter welchen sich alle möglichen in der Praxis vorkommenden Fälle mit Leichtigkeit bringen ließen”. Conformemente H. GERBER, *Beiträge* cit., p.6. L'approccio di Wach, che propone di integrare l'interpretazione letterale con altri criteri, volti ad individuare la ragione giustificatrice del riparto dell'onere, sembra porre le prime basi di una teoria dell'interpretazione applicata all'onere della prova. L'intuizione dell'illustre Maestro esercitò dunque una sicura influenza sugli studi di Rodolfo Sacco e Hanns Prütting, sui quali v. rispettivamente *infra*, Cap. I, par. 8, e Cap. III par. 3.

¹³⁴ Wach non è il primo a sottolineare l'insopprimibilità del momento processuale ai fini della ripartizione dell'onere della prova. Circa un cinquantennio prima, HERMANN GERBER (*Beiträge* cit., p. 26 ss.) dimostrava come secondo il solo diritto sostanziale l'attore avrebbe dovuto provare tutti i presupposti dell'accoglimento della domanda, e dunque pure l'assenza di fatti impeditivi ed estintivi. Si tratta della ben nota questione del principio di simultaneità giuridica, che egli risolveva

punto di vista delle parti”¹³⁵. Solo nella dinamica del processo, dando rilievo alle richieste avanzate dalle parti, si può riempire di senso la distinzione degli elementi della fattispecie, la quale altrimenti resterebbe priva di autonomo significato¹³⁶. Questo perché, se si osserva solo il lato sostanziale del fenomeno, presupposto dell'accoglimento della domanda dell'attore è, come visto, non solo la presenza di tutti i fatti costitutivi, ma pure la contestuale assenza dei fatti impeditivi ed estintivi¹³⁷. Per riempire questi termini di contenuto, al riferimento alla norma sostanziale deve dunque seguire la considerazione della pretesa fatta valere nel processo, in ragione della quale il fatto viene affermato¹³⁸. Merito di Wach è dunque quello di aver dato il peso opportuno alla dinamica processuale, sottolineando la rilevanza del *petitum* ai fini del riparto dei carichi di prova.

Il più notevole antagonista di Leo Rosenberg fu però Franz Leonhard. In una celebre monografia del 1908¹³⁹, non meno grandiosa e complessa di quella dell'avversario dialettico¹⁴⁰, egli sgretola i presupposti della *Normentheorie* proponendo un'impostazione tutta improntata alla semplificazione della complicata costruzione dogmatica allora imperante¹⁴¹.

teorizzando due diverse fattispecie: una sostanziale (*materieller Klagegrund*), composta tanto dai fatti costitutivi quanto dal contrario di quelli impeditivi, e una processuale (*formeller Klagegrund*), comprensiva dei soli fatti costitutivi, che è poi quella effettivamente determinante per l'onere della prova. Merito di Wach è però quello di aver posto l'accento specificamente sull'importanza delle richieste delle parti, ossia delle pretese da loro avanzate in giudizio. Tale spunto verrà approfondito da Micheli, come si avrà modo di vedere nel prossimo paragrafo.

¹³⁵ A. WACH, *Die Beweislast* cit., p. 363.

¹³⁶ “Solche verschiedene Bewerthung (degli elementi della fattispecie) erfolgt schon im Hinblick auf die prozessuale Beweislast und hat ausserhalb des Prozesses keine selbständige Bedeutung” (A. WACH, *Die Beweislast* cit., p. 363).

¹³⁷ È il centrale problema della simultaneità giuridica, su cui si tornerà spesso nel prosieguo del presente capitolo.

¹³⁸ D'altronde, l'affermazione di un fatto da parte del convenuto può integrare di volta in volta una contestazione semplice, una negazione indiretta o motivata, un'ecezione in senso tecnico, una domanda riconvenzionale. Da tale esempio si evince l'irrinunciabilità del momento processuale ai fini del riparto dell'onere (A. WACH, *Die Beweislast* cit., p. 380).

¹³⁹ F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit. L'opera conobbe una seconda edizione nel 1926. Sul pensiero di tale Autore v. anche D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, pp. 22 ss;

¹⁴⁰ A cui egli si riferisce spesso proprio col termine “*Gegner*”.

¹⁴¹ Per una generale esposizione del pensiero di Leonhard v. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 212; G. A. MICHELI, *L'onere* cit., pp. 406 (specie nota 78), 408.

Il suo lavoro, pur influente sulla dottrina tedesca ed italiana successiva, riscosse un successo ben minore di quello di Rosenberg. Tuttavia, alcune delle considerazioni ivi svolte appaiono di grande modernità e forniscono utili strumenti all'analisi del tema della vicinanza della prova. Per questi motivi, è opportuno ripercorrere brevemente gli snodi principali del discorso dell'Autore tedesco.

Anche Leonhard concepisce l'onere della prova come una regola di decisione sul fatto incerto rivolta al giudice. Tale idea deriva dall'ovvia constatazione che un effetto giuridico non può essere dichiarato, se i suoi presupposti di fatto non vengono accertati: non è pertanto necessario postulare una regola di giudizio vera e propria, essendo la stessa immanente all'esercizio della tutela giurisdizionale. Si può anzi dire che l'onere della prova altro non è che la dottrina della fattispecie formulata negativamente¹⁴².

Esso è solo oggettivo: non si può più infatti pensarlo, come all'epoca del diritto comune, come necessità giuridica di un comportamento della parte e che proprio da quella parte deve provenire¹⁴³. Non si può dunque più parlare di onere in senso tecnico o di obbligo della prova in capo alle parti, ma può discorrersi solo di una necessità pratica¹⁴⁴ relativa alla dimostrazione dei fatti che le norme sostanziali individuano quali presupposti per la produzione degli effetti giuridici da esse previsti.

L'onere della prova grava dunque per intero sull'attore, il quale deve dimostrare l'esistenza di tutti i presupposti fattuali del proprio diritto. La categoria del fatto impeditivo è per Leonhard erronea ed inutile: tali circostanze non integrano un'apposita fattispecie, dato che non introducono un proprio effetto giuridico. Essi producono semmai la negazione di un effetto, e come tali non sono altro che una mera negazione dei fatti allegati esplicitamente o implicitamente dell'attore, non diversamente dalle mere contestazioni¹⁴⁵.

¹⁴² F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 144. Come per Rosenberg, anche per Leonhard l'onere della prova si risolve dunque interamente nella *Rechtsanwendung* (applicazione del diritto). Sulla crisi di tale presupposto v. *infra*, Cap. III par. 3.

¹⁴³ F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 239.

¹⁴⁴ F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 151.

¹⁴⁵ F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., pp. 161 ss. Non è dunque un caso che alla dottrina di Leonhard ci si riferisca spesso col nome di *Leugnungstheorie*.

Il convenuto ha invece l'onere di provare i fatti estintivi. Essi integrano una vera e propria eccezione, poiché la loro allegazione non consiste in una mera richiesta di rigetto della domanda, ma nell'esercizio di un potere sostanziale volto a provocare l'estinzione del diritto già sorto in capo all'attore. Essi spiegano i propri effetti *ex nunc*, solo dopo che il diritto dell'avversario è nato, ed appartengono ad una fattispecie a tutti gli effetti diversa rispetto a quella azionata dall'attore¹⁴⁶.

Sgomberato il campo dall'ingombrante categoria del fatto impeditivo, ne emerge un quadro assai sfavorevole per chi agisce in giudizio, che secondo la teoria di Leonhard si vede accollato un onere molto gravoso. Ma altro è l'onere della prova oggettivamente determinato dalle norme, altro è la necessità concreta di fornire la prova nel corso del procedimento, che è essenzialmente un problema di formazione del convincimento del giudice¹⁴⁷.

Il criterio fondamentale che Leonhard individua per alleggerire questo carico è quello della vicinanza della prova, intesa in una duplice prospettiva.

Talvolta, infatti, per parte più vicina alla prova si intende quella sotto la cui percezione diretta il *factum probandum* si è verificato, e che per ragioni di convenienza può essere tenuta, su comando del giudice, a collaborare all'accertamento della verità¹⁴⁸. Talaltra il giudice, a fronte dell'affermazione di un

¹⁴⁶ Spiegando i loro effetti solo dopo la nascita del diritto attoreo, i fatti estintivi non pongono neanche oggi gravi problemi di identificazione. Tale aspetto è messo in luce, fra gli altri, da Claudio CONSOLO (*Spiegazioni di diritto processuale* cit., p. 245), il quale sottolinea come tra la realizzazione del fatto costitutivo e quella del fatto estintivo intercorra sempre “*uno scarto temporale*” che “*rende agevole la distinzione*.”

¹⁴⁷ Grande importanza ha il rapporto tra l'allegazione e la prova dei fatti, che l'autore imposta nei seguenti termini. L'attore si vede gravato dell'onere (*konkrete Darlegungslast*) di allegare esplicitamente solo quei fatti che servono a rendere la domanda concludente (*schlüssig*), essendo onere del convenuto contestare espressamente i fatti implicitamente presupposti dalla pretesa del domandante ma non esplicitamente affermati (*Anregungslast*). Il convenuto deve dunque contestare quei fatti i quali, pur inessenziali alla sostanziazione della domanda, sono stati implicitamente allegati dall'attore. Egli deve anche introdurre nuove prove per “scuotere” il convincimento che man mano il giudice va formandosi circa la veridicità delle affermazioni dell'attore grazie ai contributi istruttori di quest'ultimo (*Widerlegungslast*). *Anregungslast* e *Widerlegungslast* insieme compongono l'*Abwehrlast* del convenuto. Dunque, la maggior parte delle norme che sembrano porre in capo al convenuto l'onere della prova si riferiscono invece all'*Anregungslast*, che non ha nulla a che fare con la dimostrazione dei fatti, ma solo con la loro allegazione. V. F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., pp. 193 ss.

¹⁴⁸ L'autore è il primo a riconoscere un'autentica *Aufklärungspflicht* (obbligo di chiarimento, su cui vedi più diffusamente *infra*, Cap. III, par. 5)) in capo alla parte non onerata, la quale si trova più vicina alla prova. Essa non può trincerarsi dietro un riottoso silenzio, ma è tenuta, sotto certe

fatto poco verosimile da parte del convenuto, tende a richiedere proprio a costui di dimostrare la veridicità del proprio assunto. Pur gravando l'onere oggettivo in capo all'attore, in ragione di una massima di esperienza il giudice si convince della maggiore probabilità delle allegazioni del domandante rispetto a quelle del suo avversario, finendo così per gravare quest'ultimo di quello che l'autore definisce *konkrete Darlegungspflicht*¹⁴⁹.

La necessità concreta che il convenuto fornisca la prova non ha, salvo che per i fatti estintivi, nulla a che fare con l'onere della prova, ma è dettata dunque da ragioni ora di verosimiglianza, ora di convenienza e di lealtà processuale, che appartengono al campo della valutazione delle risultanze istruttorie, e non a quello della decisione sul fatto incerto¹⁵⁰. La vicinanza della prova, dunque, induce il giudice a pretendere la dimostrazione del fatto da chi incontra minori difficoltà nel provarne la veridicità, ma si atteggia diversamente a seconda che trovi ragione in una massima dettata dall'esperienza o nella *Billigkeit* processuale.

Da un primo punto di vista, la verosimiglianza delle allegazioni delle parti gioca un ruolo fondamentale nella formazione progressiva del convincimento del giudice e quindi nel riparto concreto dei carichi istruttori. Il giudice, infatti, sarà portato a richiedere la prova da colui che fornisce la narrazione dei fatti meno verosimile, o la cui probabilità è stata inficiata dalle prove raccolte nel corso del procedimento. La verosimiglianza e la probabilità dettate dall'esperienza non sono però, come

circostanze, a partecipare attivamente alla ricostruzione della verità: “gegen eine Partei kann besonders sprechen, daß sie da schweigt, wo sie etwas vorbringen müßte. Steht ihr das Thema erheblich näher, so ist sie ex bona fide zur näheren Darlegung, unter Umständen auch zu Widerlegung verbunden” (F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 208). Tale obbligo, dunque, si giustifica alla luce del dovere di lealtà e della buona fede processuale, e può essere relativo, come emerge dalle parole dell'Autore, sia all'allegazione che alla prova dei fatti. Leonhard non discute dettagliatamente le sanzioni che possono derivare dalla violazione dell'obbligo di chiarimento, ma si desume che la mancata collaborazione della parte non onerata permetta al giudice di formarsi un convincimento positivo circa il *factum probandum* rimasto incerto.

¹⁴⁹ F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 248.

¹⁵⁰ Pur nella profonda diversità di vedute, Rosenberg e Leonhard convergono sulla necessità di svincolare i “correttivi” della ripartizione astratta dell'onere della prova, come la vicinanza, dalla regola dell'onere vera e propria. Si tratterà di capire se questo punto di vista, messo in dubbio dagli studiosi più recenti, può essere tenuto fermo ancora oggi (v. *infra*, par. 8).

visto, gli unici criteri che influiscono sull'onere “concreto”. Dal secondo punto di vista prima considerato, infatti, sono la lealtà e la buona fede processuale¹⁵¹ a spingere spesso il giudice a richiedere la prova alla parte più prossima alla fonte di prova: “vor allem aber sind es die Regeln der Billigkeit, die den Gegner häufig zum Auskunft verpflichten: nämlich dann, wenn ihm die zu beweisende Tatsache näher steht”¹⁵². Il criterio della vicinanza della prova viene dunque da Leonhard parzialmente sottratto al campo delle massime d’esperienza e ricondotto a quello della giustizia e dell’equità, che portano a qualificare come inaccettabile la mancata collaborazione della parte più prossima alla prova all’accertamento della verità. Riassumendo quanto appena esposto, l’onere della prova grava pertanto sempre e solo sull’attore, con l’eccezione dei fatti estintivi; ragioni dettate dalla verosimiglianza delle allegazioni di parte e dalla convenienza fanno però sì che il giudice sia portato a richiedere la prova alla parte che è meglio in condizione di fornirla, ossia quella più vicina alla prova stessa.

Sebbene abbiano riscontrato un favore limitato da parte degli studiosi successivi, le idee di Franz Leonhard appaiono oggi ricche di spunti vitali e fecondi. Specialmente mirabile è il loro tentativo di coniugare l’esigenza di semplificazione concettuale al bisogno di attenuare la gravosità dell’onere per quei fatti che non rientrano nella sfera di conoscenza della parte, ossia quelli troppo “lontani” da essa.

8. Cenni sulla problematica dell’onere della prova nella dottrina italiana

In Italia, il dibattito sull’onere della prova non ha risentito solo dell’evoluzione della dottrina tedesca, ma è stato pure fortemente influenzato dal diritto francese. L’unica norma del codice civile previgente che disciplinava direttamente il tema, ossia l’art.

¹⁵¹ Cfr. nota 126.

¹⁵² F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 210.

1312¹⁵³, era di fatto una traduzione di una disposizione del *Code Napoléon* del 1804¹⁵⁴. Il principio di fondo era quello già visto: l'attore era tenuto a provare il sorgere del diritto, mentre il convenuto l'estinzione dello stesso. La soluzione prevista dal legislatore italiano e francese valeva solo per le obbligazioni, ma il principio ivi sotteso era suscettibile di applicazione affatto generale.

Il 1942 rappresentò un vero e proprio spartiacque per il dogma dell'onere della prova in Italia.

Esso vide innanzitutto la pubblicazione del codice civile attualmente vigente, che prevede una norma generale sull'allocazione dei carichi istruttori, ossia l'art. 2697¹⁵⁵. Il legislatore italiano, a differenza di quello tedesco, ha scelto di dettare espressamente una regola generale, che somiglia alquanto alla *Grundregel* della *Normentheorie*¹⁵⁶. Si prevede, infatti, che l'attore debba provare le circostanze costitutive del proprio diritto, mentre il convenuto quelle estintive, modificative o impeditive dello stesso. Essa però non enuclea i criteri atti a distinguere tali fatti, lasciando ampio spazio all'opera adeguatrice dell'interprete¹⁵⁷.

¹⁵³ “Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione.”

¹⁵⁴ Art. 1315: “Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.”

¹⁵⁵ La norma è rubricata “onere della prova” e prescrive quanto segue: “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare gli atti su cui l'eccezione si fonda”.

¹⁵⁶ PATTI (*Le prove* cit., p. 115) sostiene che l'art. 2697 c.c. non sia altro che una formulazione generale della regola fondamentale di Rosenberg, per cui ogni norma può essere applicata solo se ne ricorrono tutti i presupposti di fatto. In Germania, lo stesso principio vige pure in assenza di una norma espresa. L'importanza della disposizione del codice civile italiano non andrebbe pertanto troppo enfatizzata, fungendo essa da “norma di chiusura a cui l'interprete si rivolge in mancanza di un criterio specifico” (S. PATTI, *Le prove* cit., p. 121). Lo stretto legame fra art. 2697 c.c. e *Normentheorie* è sottolineato pure da M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.* 1994, pp. 580 ss.

¹⁵⁷ L'art. 2697 c.c. presenta evidenti affinità con l'art. 8 del codice civile svizzero, che enuncia quanto segue: “Ove la legge non disponga altrimenti, chi vuol dedurre il suo diritto da una circostanza di fatto da lui asserita, deve fornirne la prova”. Anch'essa è una clausola generale che necessita di essere di volta in volta riempita di contenuto, ed è frutto del recepimento della *Normentheorie* nel paese elvetico. V. H. SCHMID, *sub art. 8*, in *Basler Kommentar*, III Auflage, a cura di H. Hansell, N. P. Vogt, T. Geiser, Helbig und Lichtenhom Verlag, Basel, 2006, pp. 107 ss.

Non è infrequente che ci si riferisca all'art. 2697 come ad una “norma in bianco”, la quale, cioè, detta un criterio generale ma privo di contenuto concreto e dunque da colmare, secondo l’opinione prevalente, facendo riferimento alle norme sostanziali volta per volta rilevanti¹⁵⁸.

Nel 1942 vede però anche la luce la celebrata monografia di Gian Antonio Micheli sull’onere della prova. Tale lavoro¹⁵⁹ rappresenta ancora un testo di riferimento sull’argomento non solo in Italia, ma anche nei paesi di lingua spagnola, dove ha tuttora larga diffusione¹⁶⁰. Stante la sua rilevanza, è opportuno ripercorrere per sommi capi gli aspetti più importanti del pensiero dell’illustre Autore.

La riflessione di Micheli parte dalla constatazione dell’involuzione che la figura dell’onere della prova ha subito nel passaggio dal diritto comune alle codificazioni¹⁶¹. Dell’onere della prova riferito ad un’attività istruttoria proveniente dalla parte, necessaria e sufficiente alla vittoria, non è infatti rimasto più nulla a seguito dell’affermazione del principio del libero convincimento e di quello di acquisizione processuale. Il fenomeno va dunque studiato dal punto di vista oggettivo, come teoria della decisione sul fatto incerto. A questo riguardo l’illustre autore postula l’esistenza di una regola di giudizio, rivolta al giudice, e con un duplice scopo¹⁶².

Da un lato essa gli impedisce di giurare di “*sibi non liquere*” e gli impone di decidere necessariamente la controversia, pure di fronte ad una situazione di

¹⁵⁸ S. PATTI, *op. loc. cit.*; M. GARAVAGLIA, *La ripartizione* cit., p. 49. Non manca pure chi sostiene che il riparto delineato dall’art. 2697 sia ispirato al criterio della vicinanza della prova. V. L. P. COMOGLIO, *Le prove civili* cit., p. 285: “il legislatore, nel dettare l’art. 2697 e nel costruire le differenti fattispecie legali da cui nascono i diritti tutelabili, distribuisce fra le parti gli oneri di prova tenendo conto della differenziata facilità con cui determinati fatti giuridici possono essere provati da colui che abbia interesse al loro accertamento, per farne dipendere il riconoscimento in giudizio di un determinato effetto giuridico a sé favorevole”.

¹⁵⁹ Ai fini del presente studio si è consultata la seconda edizione del 1966, già più volte citata.

¹⁶⁰ Negli anni Cinquanta del secolo scorso il libro fu infatti tradotto in castigliano da Santiago Sentis Melendo, ed ebbe ed ha tuttora un successo non inferiore alla monografia di Rosenberg. Esso esercitò anche una profonda influenza sulla fondamentale tesi di dottorato di Dieter Leipold, per la cui analisi si rimanda a Cap. III, par. 3.

¹⁶¹ G. A. MICHELI, *L'onere* cit., p. 109.

¹⁶² La mancanza di una regola che dettasse al giudice il contenuto della decisione sul fatto incerto era, come già sottolineato, la principale criticità teorica individuata dagli studiosi più giovani in relazione all’impostazione di Rosenberg. V. *infra*, cap. III par. 3.

obiettiva incertezza sui fatti di causa. Dall’altro, nel processo civile essa conforma pure il contenuto della decisione, predeterminando la parte a cui sfavore andranno le conseguenze dell’incertezza.

I due profili devono esser tenuti distinti, potendo il primo ben sussistere senza l’altro¹⁶³. L’onere della prova si risolve dunque tutto in una regola destinata al giudice, che da un lato lo obbliga a decidere in ogni caso, dall’altro gli indica quale parte subirà la sconfitta in caso di perdurante incertezza. Con riferimento alle parti, invece, si può solo discorrere di una necessità pratica di introdurre la prova nel processo al fine di stimolare la formazione del convincimento del giudice¹⁶⁴.

Chiarita la natura dell’istituto, Micheli si interroga sul contenuto della regola di giudizio nel processo civile. Seguendo l’intuizione fondamentale di Wach¹⁶⁵, egli avverte il bisogno di coniugare il criterio sostanziale con quello processuale, valorizzando il *petitum*, l’effetto giuridico richiesto dalla parte al giudice.

L’illustre Autore conduce dunque una serrata critica del presupposto centrale della *Normentheorie*, ossia che la problematica dell’onere possa essere risolta esclusivamente analizzando i rapporti fra norme sostanziali¹⁶⁶. La semplificazione

¹⁶³ Nel processo civile, il contenuto della decisione di *non liquet* è predeterminato dalla regola generale dell’art. 2697 c.c. In tutti gli altri processi, dove tale norma non vale, non significa, però, che non valga alcuna regola di giudizio. In questi casi il giudice è pur sempre tenuto a decidere sul fatto incerto, ma lo fa attraverso la tecnica della *postsumptio*, scegliendo la regola d’esperienza più adatta a fungere da parametro decisionale in relazione all’incertezza (G. A. MICHELI, *op. cit.*, p. 306). Anche in tali casi, pur essendo il contenuto concreto della regola di giudizio individuato dal giudice sulla base di una massima d’esperienza, il momento della decisione in ipotesi di *non liquet* rimane logicamente e giuridicamente distinto da quello della formazione del convincimento del giudice sui fatti, che nel caso di *non liquet* non si è appunto compiutamente formato.

¹⁶⁴ “Alla necessità pratica delle parti di esplicare una data attività processuale, se vogliono conseguire un fine, si oppone la necessità giuridica, il dovere del giudice di giudicare in ogni caso” (G. A. MICHELI, *L’onere* cit., p. 174). Tale aspetto, come visto già dettagliatamente messo in luce dalla dottrina tedesca già all’indomani dell’entrata in vigore della ZPO, è oggi condiviso pure dalla dottrina spagnola, che dal punto di vista soggettivo individua “una simple conveniencia, para la parte, de aportar la prueba al procedimiento” (T. CHICO FERNÁNDEZ, *La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la ley de enjuiciamiento civil*, in *Objeto y carga de la prueba civil* cit., p. 139).

¹⁶⁵ V. par. precedente.

¹⁶⁶ Secondo Micheli, il contenuto di ogni norma è duplice, a seconda che i suoi presupposti applicativi ricorrono o meno: nel primo caso avrà contenuto positivo, e dunque sarà efficace, mentre nel secondo il contenuto sarà negativo, e gli effetti da essa previsti non si produrranno. Tale constatazione mina la regola basilare della teoria di Rosenberg, per cui ogni parte deve provare i presupposti di fatto di quella norma il cui effetto giuridico si produce nel suo proprio interesse (*Interessenzwang*). È infatti evidente che “da un punto di vista astratto può essere dubbio pertanto

analitica della fattispecie in fatti costitutivi, estintivi e impeditivi è il punto di partenza irrinunciabile dell'analisi, ma solo sulla base di essa non è possibile apprezzare appieno il fenomeno, che si coglie nella sua interezza solo osservando la dinamica processuale. Per usare la celebre formula dell'Autore, ciò che più conta non è la relazione fra norma e contronorma secondo i rapporti di regola-eccezione, ma “*la posizione del richiedente rispetto all'effetto giuridico richiesto*”¹⁶⁷, che è inconcepibile fuori dal processo.

Le norme costitutive, estintive o impeditive non possono essere individuate in linea astratta, giacché esse finirebbero per cristallizzare l'onere in temi fissi di prova. Essi non sono infatti previsti nel nostro ordinamento, il quale, rifacendosi alla dottrina romana dell'*actio*¹⁶⁸, tiene conto del risultato perseguito della parte attraverso il processo¹⁶⁹.

Micheli è però ben lungi dal negare l'influenza di altri criteri sul concreto atteggiarsi dei carichi probatori nella concretezza della vicenda processuale. Anche a suo avviso la regola di decisione sul fatto incerto deve essere infatti distinta dal mobile traslare da una parte all'altra della necessità pratica di convincere il giudice¹⁷⁰. Tale

se le conseguenze dell'incertezza debbano gravare su chi è interessato a provare l'esistenza dei requisiti medesimi, oppure su chi è invece interessato a provare l'inesistenza di questi ultimi” (G. A. MICHELI, *op. cit.*, p. 400).

¹⁶⁷ G. A. MICHELI, *op. cit.*, p. 438.

¹⁶⁸ G. A. MICHELI, *op. cit.* p. 495, nota 171. Sulla derivazione di tale impostazione dalla teoria dell'*actio* romana v. L. P. COMOGLIO, *Le prove civili* cit., p. 257.

¹⁶⁹ Tale aspetto del problema si coglie assai bene, secondo l'Autore, in caso di inadempimento contrattuale (G. A. MICHELI, *op. cit.*, p. 439). L'adempimento dell'obbligazione costituisce in genere un fatto estintivo, e difatti quando l'attore lo richiede è il convenuto a dover provare di aver esattamente soddisfatto l'obbligazione. Viceversa, quando l'attore domanda la risoluzione, l'inadempimento è elemento costitutivo della pretesa, giacché contribuisce al sorgere del diritto potestativo alla risoluzione del contratto. Tale impostazione sarà accolta dalla giurisprudenza italiana per decenni (v. *infra*, Cap. II, par. 4).

¹⁷⁰ È sicuramente vero che per Micheli la necessità delle parti di provare risente indirettamente della regola di giudizio astratta, potendosi ben dire che “*quanto dal punto di vista della parte si profila staticamente come un onere, dal cui mancato assolvimento deriva uno svantaggio, dal punto di vista del giudice si profila come una regola per la decisione sulle richieste delle parti*” (G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, Vol. I - *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, CEDAM, Padova, 2007, p. 263). Cionondimeno, come si sta per dire, tale corrispondenza è solo tendenziale, e non è comunque idonea a spiegare l'intero fenomeno del riparto dei carichi istruttori, non potendosi prescindere in tal senso dall'attività valutativa del giudice. Sulla corrispondenza di massima fra parte che assume il rischio della mancata prova e la parte che si vede gravata della necessità pratica della prova v. T. CHICO FERNÀNDEZ, *La carga de la prueba y la iniciativa de probatoria de oficio en lay de enjuiciamiento civil* cit., p. 142.

profilo del fenomeno afferisce evidentemente alla libera valutazione della prova ed è influenzato non solo dalle prove introdotte dalle parti o acquisite d'ufficio dal giudice, ma pure da massime di esperienza e da ragioni di convenienza e opportunità¹⁷¹.

La necessità concreta di partecipare, attraverso l'introduzione di prove, alla formazione della convinzione del giudice risente dunque fortemente di criteri metagiuridici, dettati principalmente dall'esperienza. Ruolo centrale in questa dinamica ha la vicinanza della prova, che orienta il giudice a richiedere l'introduzione del fatto nel procedimento alla parte che incontra in ciò minori difficoltà¹⁷².

Alla luce delle considerazioni svolte, è dunque evidente come, anche per Micheli, la vicinanza della prova non sia un criterio di ripartizione dell'onere della prova¹⁷³. Essa non ha nulla a che fare sul giudizio sul fatto incerto, ma si esaurisce nella precedente fase della valutazione della prova.

Sulla relazione fra onere e valutazione con riferimento alla vicinanza della prova si avrà modo di tornare in seguito. Preme qui solo sottolineare lo sforzo compiuto da Micheli per non rinunciare al *Trennungsdogma* che, lo si ripete ancora una volta, è il postulato con cui ogni riflessione sull'onere della prova deve confrontarsi. Rinunciare a questo assunto significherebbe infatti risolvere del tutto l'onere della prova nel tema della valutazione della stessa¹⁷⁴.

L'impostazione di Micheli, ad un tempo rigorosa ed attenta alla concretezza del fenomeno processuale, non rinuncia però alla categoria del fatto impeditivo. Esso è considerato dall'illustre autore come presupposto dell'applicazione di una norma diversa da quella dell'attore ed invocata dal convenuto, dotata di un proprio effetto:

¹⁷¹ E infatti l'autore si richiama ai doveri di probità e buona fede processuale: v. G. A. MICHELI, *op. cit.*, pp. 170 ss.

¹⁷² V. G. A. MICHELI, *L'onere* cit., p. 320 e spec. n. 23).

¹⁷³ G. A. MICHELI, *op. cit.*, pp. 354 e 320.

¹⁷⁴ Tant'è che pure VERDE (*L'onere* cit., p. 53), pur fortemente critico rispetto all'impostazione di Micheli, si trova costretto ad ammettere il suddetto "postulato": "ogni ricerca sull'onere della prova non può prescindere dall'ipotesi che regola e regolato o, in altre parole, diritto e fatto siano in qualche guisa distinguibili".

quello di porre nel nulla la pretesa attorea¹⁷⁵. L’invocazione del fatto impeditivo consiste nell’esercizio di un potere sostanziale¹⁷⁶, per cui se ne può ben predicare l’alterità strutturale rispetto al fatto costitutivo, da cogliersi pur sempre, come più volte ribadito, sul piano della concreta dinamica processuale.

Il tema del fatto impeditivo risulta essere anche in quegli anni il vero nodo gordiano della problematica dell’onere della prova. Dopo la Seconda guerra mondiale compaiono infatti due corposi ed importanti contributi¹⁷⁷, fortemente critici nei confronti della figura, ad opera di Rodolfo Sacco. Questi sottolinea l’impossibilità di individuare, sul piano strutturale, una differenza sostanziale fra fatto impeditivo e fatto presunto.

Il già citato principio di simultaneità, infatti, impone di considerare tutti i presupposti del diritto dell’attore, individuati dalle norme, come necessari ai fini dell’accoglimento della domanda. Ne consegue che tutti gli elementi della fattispecie hanno la stessa importanza per la produzione dell’effetto auspicato¹⁷⁸.

Se tutto ciò è vero, dire che un fatto è presunto o che il rischio della mancata prova del suo contrario gravi sulla controparte (qualificandolo come fatto impeditivo) equivale a dire la stessa cosa¹⁷⁹. L’alternanza, nel linguaggio legislativo, fra presunzioni legali e onere della prova non sarebbe “*né meditata né voluta*”¹⁸⁰, riferendosi i due termini allo stesso fenomeno.

¹⁷⁵ G. A. MICELI, *op. cit.*, p. 379.

¹⁷⁶ Se tale impostazione ha senso per le eccezioni in senso stretto, mal si concilia invece con quelle in senso lato, che possono anche prescindere da una qualsiasi attività del convenuto. V. L. P. COMOGLIO, *Le prove civili* cit., p. 277.

¹⁷⁷ R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, vol I, pp. 399 ss.; ID., *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, pp. 1-35 e 250-288.

¹⁷⁸ R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova* cit., p. 406.

¹⁷⁹ Secondo questa impostazione, dunque, l’attore non ha l’onere di allegare il fatto presunto dei cui effetti intende avvalersi. V. R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova* cit., p. 417. Si noti come Sacco a tal proposito si richiami espressamente al pensiero di Franz Leonhard: v. ID, *La presunzione di buona fede* cit., p. 1, nota 1.

¹⁸⁰ R. SACCO, *Presunzione natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova* cit. p. 418. In tal senso v. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile* cit., p. 246: “*proprio perché la distinzione tra fatto costitutivo e fatto impeditivo dovrebbe avere un contenuto di sostanza, essa non può essere fatta dipendere solo dalla circostanza, meramente formale ed esteriore, che il legislatore abbia usato, nel formulare la norma che prevede i presupposti della nascita del diritto, un’espressione lessicale “negativa” o “positiva”*”. Conformemente L. P. COMOGLIO, *Le prove civili* cit. p. 270.

Affermata l’indistinguibilità, dal punto di vista strutturale, fra il fatto impeditivo e il contrario di quello costitutivo, Sacco si interroga di quali strumenti si offrano al giurista per l’individuazione del fatto bisognoso di prova da parte del convenuto. Essi vanno ricercati per forza al di fuori dell’ambito del “giuridico”: Il problema dell’onere della prova è infatti per l’illustre Civilista essenzialmente una questione ermeneutica¹⁸¹. Esso non può prescindere dallo studio attento del testo delle disposizioni sostanziali¹⁸², ma deve altresì coinvolgere considerazioni metagiuridiche per colmare lo scarto fra la norma e la sua possibile applicazione ingiusta.

L’autore dà un saggio pratico della sua impostazione con riferimento al problema della prova della buona fede¹⁸³, risolvendo i casi dubbi di riparto dell’onere basandosi primariamente sul lessico delle norme, ma senza prescindere dalla valutazione comparativa dei contrastanti interessi in gioco, secondo un canone sistematico e teleologico.

Per Sacco, il problema dell’onere della prova è dunque il risultato del complesso intrecciarsi di ragioni giuridiche e metagiuridiche, che si integrano le une con le altre sin dal momento della redazione delle norme e fino a quello della loro applicazione. Il legislatore, infatti, nell’assegnare l’onere all’una o all’altra parte, spesso si basa su considerazioni empiriche basate sull’*id quod plerumque accidit*, oppure dal favore manifestato nei confronti di certi soggetti, o perfino sull’esigenza di non gravare la parte di una prova troppo ardua¹⁸⁴. Al momento dell’applicazione

¹⁸¹ Come visto, già Wach parlava del riparto dell’onere della prova come *Auslegungsfrage* (v. *supra*, par. 7).

¹⁸² L’illustre Autore afferma che l’onere della prova non solo ha natura sostanziale, ma proietta i suoi effetti anche nella fase stragiudiziale e dunque a prescindere dal processo, al contrario di quanto sostenuto da Micheli (v. R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova* cit., p. 421).

¹⁸³ Su cui vedi appunto R. SACCO, *La presunzione di buona fede* cit.

¹⁸⁴ “*L’imposizione ad un soggetto del rischio per la mancata prova può essere fondata sull’id quod plerumque accidit, ma può anche essere dettata da un favor iuris per un dato soggetto o dalla preoccupazione di non gravare una delle parti di un carico di difficile adempimento*” (R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., p. 412). Il criterio del fatto impeditivo viene dunque da Sacco respinto sul piano dogmatico-strutturale ma recuperato su quello pratico-applicativo. Per individuare i fatti bisognosi di prova da parte del convenuto, quindi, non si deve far riferimento solo alla lettera delle norme e ai rapporti fra esse, ma bisogna procedere

della norma, l'interprete deve quindi tenere in considerazione il criterio di fondo sotteso alla scelta legislativa, secondo un'interpretazione teleologicamente orientata¹⁸⁵. Egli non deve però sovrapporre altre valutazioni naturalistiche o etiche a quelle già astrattamente contenute nella norma e in essa cristallizzate¹⁸⁶. Nell'ambito del margine interpretativo a lui concesso dalla norma, il giudice deve respingere quelle letture “*particolarmente ingiuste*”, perché contrarie ai principi generali o alla valutazione degli interessi sottostanti, scegliendone invece una conforme alle esigenze di giustizia da apprezzare in relazione conflitto di interessi in atto¹⁸⁷.

Sacco dunque accoglie la critica di Leonhard all'autonomia, sul piano dogmatico, del fatto impeditivo. Egli, tuttavia, non risolve il problema dei carichi istruttori interamente nella formazione del convincimento giudiziale, come fa lo studioso tedesco, ma tende a mantenerlo sul piano normativo-astratto. Per Sacco sarebbe però irrealistico, come vuole la *Normentheorie*, arrestarsi ad una interpretazione letterale delle norme, che finirebbe per ignorare del tutto le esigenze di giustizia sostanziale che una corretta ripartizione dell'onere non può disattendere. Bisogna far uso, dunque, di tutti i criteri ermeneutici offerti dalla sensibilità del giurista, che soli permettono di risolvere il problema in modo ad un tempo rigoroso e non indifferente alle istanze di equità dettate dal caso concreto.

“*a lume di giustizia*” per escludere le soluzioni manifestamente inique (ID, *La presunzione di buona fede* cit., p. 7).

¹⁸⁵ Sul'importanza del *Normzweck* insiste particolarmente anche BAUMGÄRTEL (*Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 157). Circa trent'anni dopo i due saggi di Sacco, considerazioni alquanto simili verranno svolte da Hanns Prütting, per l'analisi del cui pensiero si rimanda a Cap. II par. 7 e Cap. III par. 3. Gli studi dell'illustre Studioso italiano non rimasero infatti del tutto ignoti in Germania: essi vengono spesso citati da Dieter Leipold e dunque contribuirono, insieme agli scritti di Leonhard, a delineare la concezione funzionale del fatto impeditivo, oggi prevalente.

¹⁸⁶ In questo senso l'Autore critica fortemente i criteri di normalità, specificità e vicinanza, i quali possono sì essere recuperati quali strumenti ermeneutici, ma che non devono assurgere a principi autonomi di riparto dell'onere della prova. V. R. SACCO, *La presunzione di buona fede* cit., p. 11 ss. In tal senso v. anche L. P. COMOGLIO, *Le prove civili* cit., p. 290: “resta indubbio che la rilevanza di questi criteri, nel quadro delle massime d'esperienza necessarie alla razionalizzazione delle scelte del giudice, va risolta sul piano ermeneutico-descrittivo, a meno che l'incompletezza delle norme sostanziali non autorizzi il giudice a servirsene creativamente per un'integrazione prater legem”. V. pure G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 588.

¹⁸⁷ R. SACCO, *La presunzione di buona fede* cit., p.5.

Tuttavia è opportuno, in conclusione, notare come Sacco, a differenza di Micheli, non insista chiaramente sulla distinzione fra convincimento del giudice e decisione sul fatto incerto, forse rinunciando implicitamente ad una partizione che dovette parergli ormai anacronistica.

Ancora diversa è l'impostazione di Giovanni Verde, autore del più recente lavoro monografico sull'onere della prova in Italia. Il suo pensiero risente certamente dell'influsso della *Normentheorie*, ma al tempo stesso ne rappresenta il superamento, attraverso il riconoscimento dell'impossibilità di risolvere l'intero problema dell'onere attraverso le norme positive.

Verde aderisce al nucleo fondamentale del pensiero di Rosenberg: l'onere della prova, più che un istituto particolare, è “*un modo di osservare l'intera esperienza giuridica*”¹⁸⁸, una prospettiva attraverso cui guardare al fenomeno dell'applicazione del diritto. Le norme si trovano in rapporti di regola-eccezione le une con le altre. Tali relazioni possono essere ricostruite principalmente attraverso un'analisi del lessico impiegato dal legislatore, con particolare attenzione ad avverbi e connettori¹⁸⁹.

Essendo l'onere direttamente connaturato alla stessa esperienza giuridica, è inutile postulare, come Micheli, l'esistenza di una regola di giudizio al fine di costringere il giudice a decidere in ogni caso. Tale operazione è innecessaria, perché il divieto di *non liquet* “è un derivato di esigenze sistematiche e concettuali”¹⁹⁰, frutto di una “scelta di civiltà”¹⁹¹. La regola di giudizio è dunque per Verde il frutto di una “concezione liberale-individualistica della realtà”¹⁹² che pretende di risolvere tutto l'ambito del giuridico nella norma positiva, frutto della “*pretesa dello Stato (...) di ritenere la propria regolamentazione come esaustiva della giuridicità*”¹⁹³. Della regola di giudizio ci si può pertanto servire solo a patto di concepirla non come una

¹⁸⁸ G. VERDE, *L'onere* cit., p. 132; in tal senso v. anche F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 144.

¹⁸⁹ L'autore dedica un'approfondita analisi del linguaggio impiegato dal legislatore per enucleare il fatto impeditivo, simile a quella compiuta da Rosenberg per la lingua tedesca. V. G. VERDE, *L'onere* cit., pp. 291 ss.; ID, voce *prova* cit., pp. 632 ss.

¹⁹⁰ G. VERDE, *L'onere* cit., p. 125.

¹⁹¹ G. VERDE, *L'onere* cit., p. 27.

¹⁹² G. VERDE, *L'onere* cit., p. 38.

¹⁹³ G. VERDE, *L'onere* cit., p. 157.

norma vera e propria, dotata di autonoma precettività, ma come principio di civiltà, come “*regola minima di logica*”¹⁹⁴, per cui il giudice non può pronunciare un effetto giuridico senza che ne siano provati i presupposti di fatto.

Verde difende inoltre la categoria del fatto impeditivo, “*lo strumento dommatico più raffinato per esaltare fino all'estremo limite il coefficiente di elasticità dei canoni di valutazione preconstituiti, consentendo così il maggiore adeguamento possibile di questi ultimi alla logica sempre imprevedibile dei casi concreti*”¹⁹⁵. Il principio di simultaneità, come visto, impedisce però di predicare l’alterità strutturale del fatto impeditivo rispetto a quello costitutivo sul piano meramente statico della realtà normativa. Se Micheli, seguendo un’illustre tradizione, risolve il problema integrando il profilo sostanziale con la dinamica processuale, Verde arriva a concepire il momento dell’applicazione del diritto anche a prescindere dal processo.

È vero senz’altro che la fattispecie è un concetto relativo, che dipende dall’effetto giuridico in concreto richiesto dalla parte. Ma “*la posizione processuale della parte non gioca in questa operazione alcun ruolo, che non sia quello di individuare tale effetto*”, giacché l’operazione di individuazione delle circostanze costitutive, impeditive etc. “*può avvenire anche fuori e a prescindere da una concreta iniziativa processuale*”¹⁹⁶. Al momento *nomologico*, ossia alla statica delle norme, l’illustre autore ne contrappone uno dinamico, da lui definito *crinologico*, consistente nell’applicazione delle stesse, che può ben essere concepita senza far riferimento al

¹⁹⁴ Per tale interpretazione del pensiero di Verde, v. M. GARAVAGLIA, *La ripartizione* cit., p. 47. A conclusioni simili arriva anche l’attuale dottrina tedesca: la *Operationsregel* è “*nicht eine eigenständige Norm, sondern eine Anwendung allgemeiner Prinzipien*” (G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 214). Dello stesso parere di Verde è COMOGLIO, il quale (*Le prove civili* cit., p. 262) sottolinea come il problema non riguardi l’*an* della decisione sul fatto incerto, la cui doverosità deriva dai principi costituzionali ed ordinari, ma unicamente il contenuto della stessa.

¹⁹⁵ G. VERDE, *L’onere* cit., p. 169.

¹⁹⁶ G. VERDE, *L’onere* cit., p. 429. Verde non mette dunque in dubbio che le fattispecie vengano costruite in funzione degli effetti che esse sono atte a produrre, e che tali effetti siano mutevoli e cangianti a seconda di quello di essi che di volta in volta viene concretamente perseguito. La domanda di parte, tuttavia, gioca solo la funzione di permettere di determinare l’effetto richiesto, il quale sarebbe però perfettamente concepibile anche prescindendo dall’esperienza processuale, e ragionando dunque sul piano dell’applicazione del diritto. Per tale importante differenza dell’impostazione di Verde da quella di Micheli v. M. GARAVAGLIA, *La ripartizione* cit., p. 128.

processo¹⁹⁷. Il dogma dell'onere della prova viene così riportato interamente sul piano del diritto sostanziale, e la *Normetheorie* si arricchisce e si colora di una nuova ed importante sfumatura.

L'Autore ammette tuttavia che questa raffinata ricostruzione risolve solo una parte del problema. Ci sono infatti numerosi casi in cui il tema dell'individuazione della parte onerata non può essere risolto in via generale ed astratta, né attraverso il tenore letterale delle norme, e neppure per mezzo dell'interpretazione delle stesse attraverso altri criteri. In tal caso non ci si può che affidare alla preziosa opera adeguatrice della giurisprudenza, la quale elabora soluzioni generali laddove dalla legge non se ne può desumere alcuna.

È “*l'istinto della ragione*” che guida i giudici nella creazione di quelle che l'autore, con un'espressione divenuta famosa, chiama *presunzioni giurisprudenziali*¹⁹⁸, basate su criteri di pratica ragionevolezza che col tempo si consolidano ed assumono valenza generale. Esse nascono come presunzioni semplici, ossia inferenze che il giudice compie da un fatto noto ad uno ignoto sulla base di massime di esperienza in relazione al caso singolo. Con il passare del tempo, esse finiscono per diventare un *tertium genus* tra la presunzione semplice e quella legale. Il fatto oggetto di una presunzione giurisprudenziale può ben finire per diventare, a lungo andare, addirittura un fatto impeditivo: l'opera dei giudici contribuisce quindi a plasmare lentamente la fattispecie sostanziale¹⁹⁹.

Ciò che interessa sottolineare è che Verde, in polemica contro la “mentalità legalista”, non assorbe siffatte presunzioni nella fase valutativa della prova. È vero

¹⁹⁷ G. VERDE, *L'onere* cit., p. 205.

¹⁹⁸ V. S. PATTI, *Le prove* cit., p. 139.

¹⁹⁹ G. VERDE, *L'onere* cit., p.377. Critico su questo aspetto è Michele TARUFFO (*La semplice verità* cit., p. 233): “è chiaro, infatti, che in questo modo i giudici adottano regole di giudizio diverse da quelle che la legge prevede, e si autoattribuiscono un potere discrezionale che nessuna norma ha loro conferito”. Le presunzioni giurisprudenziali di Verde sono note in Germania col nome di *tatsächliche Vermutungen*. Esse sono considerate un'eredità delle *Präsumptiones* del diritto comune, ossia presunzioni semplici che col tempo hanno assunto carattere normativo attraverso una progressiva “*Verfestigung*” (H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 50). Lo stesso Prütting si esprime in termini molto critici sulla figura, giacché i giudici non godono di alcuna legittimazione per fare assurgere il dato esperienziale al livello della legge. Inoltre, dal punto di vista teorico, egli considera inutile, poiché solo fonte di confusione, sottrarre tali presunzioni al campo che è loro proprio, ossia quello della valutazione della prova (*ivi*, p. 56).

che, con riferimento al loro momento genetico, esse non sono altro che applicazione di massime di esperienza a casi concreti, e dunque nascono sotto forma di *praesumptiones hominis* attraverso le quali il giudice forma il proprio convincimento. Col passare del tempo, tuttavia, esse diventano vere e proprie regole giuridiche, che impongono al giudice, sia pur solo tendenzialmente, di tener fermo il fatto presunto²⁰⁰. Ciò avviene, come insegna Sacco, non in base ad un giudizio *logico*, e dunque partecipante alla formazione del convincimento giudiziale, ma *deontologico*²⁰¹. Esso, dunque, prescinde dalla valutazione delle risultanze istruttorie, e assume la forma di un vero e proprio imperativo che nulla lascia alla valutazione del magistrato²⁰².

Valutazione ed onere della prova, fatto presunto e fatto impeditivo scolorano e si frammischiano nell'opera della giurisprudenza, che nel risolvere i casi pratici rinuncia alle rigorose partizioni dogmatiche e si affida ad un buonsenso pratico, istintivo ma anche intimamente ragionevole²⁰³. Fra i criteri che ispirano queste presunzioni l'illustre autore individua anche la vicinanza della prova, a cui assegna però una rilevanza pratica secondaria²⁰⁴. Non vi è dubbio alcuno, tuttavia, che le presunzioni giurisprudenziali siano spesso dettate non solo dalla generalizzazione dell'*id quod plerumque accidit*, ma pure da esigenze di opportunità e convenienza che impongono di richiedere la prova alla parte che sia nella migliore condizione per fornirla.

Ormai giunti alle soglie dell'epoca attuale, il dogma della separazione fra valutazione della prova e decisione sul fatto incerto vacilla a tal punto da sembrare anche ai giuristi più rigorosi, come Verde, un postulato di fondo che non può esser

²⁰⁰ G. VERDE, *L'onere* cit., pp.144 ss.

²⁰¹ V. R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova* cit., pp. 407 ss.

²⁰² Analizzando una serie di decisioni, l'Autore nota come in molte di esse il giudice non ripartisca i carichi istruttori facendo riferimento alla formazione del proprio convincimento, né all'apprezzamento dei fatti allegati e delle prove prodotte. La giurisprudenza si basa invece sulla ragionevolezza generale delle ipotesi affermate, dalla quale vengono desunti criteri di massima dotati di valenza affatto generale, e dunque tendenzialmente indipendenti dalla valutazione delle risultanze istruttorie. V. G. VERDE, *op. cit.*, p. 142.

²⁰³ Un fenomeno assai simile a quello descritto da Verde è stato analizzato all'inizio del capitolo in relazione al passaggio dal diritto classico a quello giustinianeo. V. *supra*, par. 1.

²⁰⁴ Tant'è che egli individua tre sole pronunce in cui viene fatta applicazione del criterio. V. G. VERDE, *L'onere* cit. p. 475 e specialmente le note.

tenuto fermo in tutti i casi ed a tutti i costi. Criteri di ragionevolezza pratica, fra i quali spicca la vicinanza della prova, sono ormai determinanti nell'allocazione dei carichi istruttori. Alla domanda fondamentale “chi deve provare cosa?” si tende oggi a fornire risposte pratiche, che mal si conciliano con i raffinati schemi concettuali elaborati in secoli di speculazione dottrinale.

È ora pertanto necessario volgere lo sguardo all'attuale diritto italiano, per vedere come il criterio della vicinanza della prova influenzi l'odierno processo civile.

Bisognerà cercare di valutare se il criterio della vicinanza, assurto oggi a principio guida, abbia condannato all'irrilevanza la dogmatica tradizionale dell'onere della prova, oppure invece se il fenomeno si presti ancora ad essere spiegato attraverso le “vecchie” figure, ormai apparentemente tra loro indistinguibili, del convincimento del giudice e della ripartizione dei rischi dell'incertezza intorno ai fatti bisognosi di prova.

CAPITOLO II

IL CRITERIO DELLA VICINANZA DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. La vicinanza della prova e la crisi del criterio tradizionale - 2. Vicinanza della prova e verosimiglianza dell'allegazione di parte - 3. Vicinanza e standard di prova - 4. Vicinanza della prova e doveri di lealtà processuale - 5. Vicinanza e onerosità della precostituzione della prova - 6. La vicinanza della prova come parametro in relazione ad altre regole - 7. Vicinanza della prova e interpretazione - 8. La vicinanza della prova negli ordinamenti di lingua spagnola

1. La vicinanza della prova e la crisi del criterio tradizionale

Si è visto nel precedente capitolo come il tradizionale criterio di riparto dell'onere della prova sia stato, già all'epoca della sua prima formulazione, oggetto di aspre critiche. La *Normentheorie*, rispetto alla quale l'art. 2697 c.c. è fortemente debitore, è stata pure in Germania parzialmente superata e formulata in termini più relativi. In Italia la dottrina di Rosenberg, pur corretta alla luce delle osservazioni di Micheli, volti ad attribuire rilievo alla posizione processuale della parte al fine di temperarne il rigore formal-positivista, è stata oggetto di attacchi sia dal punto di vista teorico-dogmatico²⁰⁵, che da quello pratico-applicativo. In particolare, si è evidenziato come un criterio che guardi solo alla struttura delle norme e ai rapporti fra esse finisca per ignorare le difficoltà che la parte onerata incontra nel dimostrare la veridicità delle proprie affermazioni²⁰⁶. Non solo, dunque, la difficoltà di

²⁰⁵ Sulle critiche relative ai presupposti teorici della *Normentheorie* v. *infra*, cap. III par. 3.

²⁰⁶ V. S. PATTI, *Le prove* cit., p. 118. Il tema delle *Beweisschwierigkeiten* è stato oggetto di particolare attenzione in Germania: v. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., pp. 230 ss.

giustificare sul piano dogmatico l'autonomia strutturale del fatto impeditivo, ma pure la concreta constatazione della “iniquità” di certe applicazioni pratiche della *Normentheorie* hanno fatto avvertire come impellente l'esigenza, se non di un pieno superamento di essa, quantomeno di una sua correzione. Il tema della crisi del criterio classico di riparto degli oneri probatori si lega poi a doppio filo a quello, ricorrente, della crisi della stessa figura dell'onere della prova, negli ultimi anni rinverdita da certa dottrina spagnola²⁰⁷.

L'inadeguatezza della *Normentheorie* a risolvere la totalità dei casi pratici fu dimostrata in tempi ormai risalenti da Wach e Leonhard, ai cui rilievi si possono aggiungere quelli, più recenti, di Verde. Negli ultimi decenni, tuttavia, la “crisi della fattispecie” e la proliferazione di diritti “a fattispecie aperta” o addirittura privi di una fattispecie in senso tradizionale hanno acuito la crisi del criterio classico. Ciò ha reso vieppiù necessari gli sforzi prodigati da dottrina e giurisprudenza per superare l'*impasse* venutasi a creare²⁰⁸. Si avverte dunque l'esigenza di criteri più flessibili e meno rigidi sul piano dogmatico, capaci di adattarsi alle fattispecie “fluide” del diritto contemporaneo, e specialmente a quelle di derivazione europea. Al contempo, essi devono pure essere sensibili rispetto alla posizione sostanziale della parte, atti cioè a garantire un risultato equo alla luce delle difficoltà da essa concretamente incontrate nel far valere la propria pretesa in giudizio.

Per massimizzare l'accuratezza dell'accertamento del fatto ai fini della corretta applicazione della norma sostanziale, e dunque per garantire al processo un esito che possa dirsi giusto, pare oggi pertanto opportuno considerare gli ostacoli che la parte “astrattamente” onerata incontra nel dimostrare i presupposti del diritto

²⁰⁷ V. J. NIEVA FENOLL, *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, pp. 1195 ss., traduzione italiana a cura di Luca Passanante; ID, *Onere della prova e standard di prova: due reminescenze del passato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, pp. 837 ss., con traduzione sempre di Luca Passanante; ID, *La valoración cit.*, p. 49. Vedasi in proposito la difesa del concetto dell'onere della prova in M. GARAVAGLIA, *Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, pp. 1349 ss.

²⁰⁸ B. SASSANI (*L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde* in *Riv. dir. proc.*, 2022, II, p. 424) si domanda infatti: “ci si può ancora affidare all'esplorazione della fattispecie per intraprendere la ricerca di una distribuzione obiettiva dei carichi probatori?”. Sul tema v. L. PASSANANTE, *L'onere della prova nel processo civile*, in AA. Vv., *L'onere della prova*, Wolters Kluwer, Milano, 2024, p. 23. Anche VERDE, in una postilla all'articolo di Sassani appena citato (p. 445), lamenta “la diffusa tendenza a sostituire ai fatti i valori e a costruire precetti senza fattispecie”.

azionato, tenendone conto in vario modo nel corso del processo. Il tema delle *Beweisschwierigkeiten*, ossia delle “difficoltà probatorie”, non è certo una scoperta contemporanea. Si può dire infatti che esso, come si è cercato di illustrare nel primo capitolo del presente lavoro, sia alla base dello stesso istituto dell’onere della prova e del suo riparto. Si tratta adesso però di conciliare questa esigenza, oggigiorno avvertita con rinnovato vigore, con le categorie consegnateci dalla dottrina positivistica degli ultimi due secoli.

Ad avviso di una parte della dottrina, tale bisogno di conciliazione fra rigore formale ed esigenze di giustizia sostanziale è necessario anche alla luce del diritto costituzionale contemporaneo. Molti Autori, infatti, interpretano la garanzia dell’azione di cui all’art. 24 Cost. come un principio tale da imporre al sistema di tener conto anche degli ostacoli concreti che si frappongono fra la parte e il risultato da essa preteso²⁰⁹. Le medesime istanze sono state avvertite anche in Germania, a partire da una celebre decisione della Corte Costituzionale Federale del 1979, la quale ha ricondotto siffatte esigenze nell’alveo della “parità delle armi” tra le parti del processo civile²¹⁰. Non si può tuttavia mancare di sottolineare come, mentre in Italia la giustificazione della manipolazione dell’onere alla luce dei principi costituzionali abbia goduto di un certo consenso, un’avveduta dottrina tedesca abbia invece fortemente criticato l’uso disinvolto e generoso di vaghi criteri costituzionali in un contesto connotato da principi suoi propri e da un sostrato sistematico fortemente caratterizzato, quale quello del processo civile²¹¹. Desumere regole per

²⁰⁹ V. F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l’esperienza del primo lustro*, in *Juridicum*, 2015, il quale richiama anche i principi di solidarietà sociale e di egualianza di cui agli artt. 2 e 3 Cost.; C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.* 2015, p. 1397; R. MAZZARIOL, *Fatti costitutivi e vicinanza della prova*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 18, febrero 2023, p. 591; A. GIUSSANI, *Intorno alla vicinanza, facilità e non eccessiva onerosità della prova*, in *Riv. dell’esecuzione forzata*, 2019, p. 560. La necessità di un’attenuazione del rigore del precetto tradizionale è stata messa in luce dalla stessa Corte Costituzionale, che ha avuto modo di affermare quanto segue: “l’eccessiva difficoltà della prova e la conseguente impossibilità del riconoscimento del diritto importano violazione del precetto costituzionale dell’art. 24. Infatti, si è più volte affermato che esso risulta violato quando si sia imposto un onere tale o vengono prescelte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l’esercizio, da parte di qualunque interessato, del diritto” (Corte Cost. 22 dicembre 1989, n. 568).

²¹⁰ V. BVerfG, 25.07.1979 - 2 BvR 878/74.

²¹¹ Tant’è che è parso “nicht ratsam, in das dogmatisch hoch entwickelte und filigrane System des Zivil- und Zivilprozessrechts allzu oft mit dem groben Roster der Verfassung regulierend

il caso singolo da principi astratti in un ambito come quello del processo civile, connotato da un alto grado di sviluppo dogmatico, è operazione dunque rischiosa e non priva di pericoli.

Sul dibattito processualcivilistico se ne è innestato un altro fra gli studiosi del rito amministrativo, specie alla luce dell'art. 64 c.p.a., che, nel disciplinare il riparto dei carichi istruttori, fa riferimento alla disponibilità degli elementi di prova²¹².

Nel processo civile italiano, tali variegate istanze hanno trovato espressione essenzialmente nel criterio della vicinanza della prova. Esso è al centro del dibattito in tema di riparto degli oneri probatori a partire da una celebre sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2001²¹³, e trova oggi applicazione diffusa nei settori di contenzioso più disparati. Tale criterio avrebbe, ad avviso di molti, finito col sostituire nella prassi quello di cui all'art. 2697 c.c., relegando quest'ultimo ad un ruolo di mera sussidiarietà²¹⁴.

Generalizzando, si potrebbe dire che il principio o criterio della vicinanza della prova fa sì che venga gravata della prova di un fatto la parte che incontra minori difficoltà a dimostrarlo un fatto, eventualmente anche in deroga alla regola legale *ex art. 2697 c.c.*²¹⁵. In linea di massima, anticipando in parte considerazioni che verranno svolte in seguito, l'applicazione di tale principio comporta un'inversione dell'onere della prova rispetto all'allocazione dettata dalla regola tradizionale.

Della vicinanza della prova è difficile dare una pur vaga definizione. Ad ogni modo si è tentato, attraverso un'analisi delle motivazioni delle sentenze, a caratterizzare in senso descrittivo due differenti modalità attraverso le quali tale principio può intervenire nella decisione sul fatto. Appare possibile, infatti, individuare dei casi

"einzugreifen" (G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 195).

²¹² Sul tema v. F. SAITTA, *Vicinanza della prova* cit., A. PANZAROLA, *Onere della prova*, in L. R. Perfetti, G. Pesce (a cura di), *L'istruzione nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 159 ss. Già MICHELI (*L'onere* cit., p. 283) sottolineava come, non essendo il giudice amministrativo vincolato alla regola di giudizio delineata dall'art. 2697 c.c., egli possa scegliere liberamente la massima d'esperienza in forza della quale decidere sul caso incerto. Fra i criteri dell'esperienza impiegati, il più importante è senza dubbio "*la maggior vicinanza della parte alla prova*".

²¹³ Cass. civ., SS. UU., 30 ottobre 2001, n. 13551.

²¹⁴ V. A. GIUSSANI, *op. loc. cit.*

²¹⁵ Vedasi in proposito Cass. 13851/2020, in cui il criterio della vicinanza comporta un'allocazione degli oneri probatori che dichiaratamente prescinde dalla regola di cui all'art. 2697 c.c.

in cui la vicinanza della prova sovverte dichiaratamente la regola dell’art. 2697 c.c., ed altri in cui essa funge invece da mero criterio ermeneutico alla stregua del quale individuare il fatto impeditivo, in continuità con l’insegnamento tradizionale. Tale profilo sarà successivamente analizzato, sebbene non rappresenti l’aspetto focale di questa analisi.

Seguendo l’insegnamento di Franz Leonhard, infatti, è possibile tracciare una differente demarcazione. Segnatamente, tale possibile distinzione alternativa si basa non già sul rapporto tra manipolazione giudiziale dei carichi di prova e regola di legge, quanto piuttosto sulla ragione giustificatrice di tale diversa allocazione. In un primo caso, l’onere della prova viene fatto gravare sulla parte che allega a sostegno della propria posizione il fatto meno verosimile. In tali ipotesi, il carico della prova consegue all’affermazione di un fatto contrario all’*id quod plerumque accidit*, e dunque bisognoso di dimostrazione. Vi è poi un secondo gruppo di casi in cui è impossibile conoscere il decorso tipico degli eventi, non potendosi dunque desumere quale effettivamente sia l’affermazione più verosimile. La facilitazione della posizione della parte onerata viene pertanto fatta derivare da esigenze di giustizia sostanziale connesse alla buona fede, alla lealtà processuale, alla garanzia dell’azione costituzionalmente prevista: insomma da istanze volte a garantire l’equità dell’esito processuale²¹⁶. È dunque ora opportuno procedere all’analisi della prima accezione del criterio della vicinanza che si è intesa mettere in rilievo, per mettere in luce i rapporti di essa con la probabilità astratta dei fatti prospettati dalle parti.

2. Vicinanza della prova e verosimiglianza dell’allegazione di parte

²¹⁶ GIUSSANI (*Sulla “vicinanza” della prova del vizio di cosa venduta*, in *Riv. dir. proc.* 2020, pp. 1320 ss.) ritiene che il concetto di vicinanza della prova si attagli solo a queste seconde ipotesi, essendo il tema della contrarietà dell’allegazione di parte al normale corso degli eventi del tutto sconnesso con quello della maggiore o minore facilità della prova. Qui si è scelto di raggruppare entrambi i fenomeni, concettualmente assai diversi, sotto la locuzione “vicinanza della prova”, dato che gran parte della dottrina, e soprattutto la giurisprudenza, non distinguono i due fenomeni con particolare rigore.

Non è certo da oggi che si usa addossare l'onere della prova alla parte che allega il fatto meno verosimile. È stato infatti già sottolineato come storicamente molte presunzioni legali nascano dalla cristallizzazione di ciò che è ritenuto statisticamente più frequente, e dunque non bisognoso di prova. Il già menzionato criterio dell'anormalità, la cui centralità era enfatizzata dallo stesso Chiovenda, onera della prova la parte le cui allegazioni contraddicono la normalità tipica degli eventi, ossia il corso usuale degli accadimenti²¹⁷.

La maggiore o minore verosimiglianza delle affermazioni delle parti, di primo acchito, parrebbe non avere nulla a che fare con la maggiore o minore facilità della prova: un fatto allegato potrebbe essere assai verosimile eppure in concreto difficilissimo da provare, o viceversa del tutto inverosimile ma facile da dimostrare. Il legame fra vicinanza della prova e verosimiglianza emerge invece con nitore se si abbandona la prospettiva statica del riparto astratto dell'onere oggettivo per calarsi nella dinamica della vicenda processuale, in cui l'onere concreto, ossia la necessità pratica di convincere il giudice, muta e si evolve seguendo lo sviluppo del procedimento. Molto spesso, infatti, la parte astrattamente onerata, ma che incontra notevoli ostacoli nel fornire la prova, viene ammessa a provare non l'esistenza del *factum probandum*, ma la sua tendenziale verosimiglianza. La prova contraria dell'avversario, invece, sarà diretta proprio a confutare tale sembianza. Ecco che la parte che ha l'onere di provare, ma ha difficoltà nel farlo, viene ammessa a dimostrare non tanto l'esistenza del fatto, ma una parvenza della stessa, una sembianza di verità, che ad essa rassomiglia. Interesse della controparte sarà invece quello o di dimostrare la non corrispondenza di quella sembianza alla realtà storica, oppure l'inverosimiglianza dell'allegazione stessa²¹⁸.

²¹⁷ V. *supra*, Cap. I, par. 5.

²¹⁸ Il primo inquadramento teorico di tale fenomeno si ritrova in S. SCHNEIDER, *Vollständige Lehre von rechtlichen Beweise*, Giessen, 1803, p. 4 (citato da W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 259 nota a): "es giebt Thatsätze, welche keines Beweises bedürfen, weil sie die Wirklichkeit einer solchen Thatsache ausdrücken, welche nach bekannten Naturgesetzen als physich nothwendig zu betrachten sei". Le leggi della natura fondano dunque una "rechtliche Vermutung" suscettibile di prova contraria.

La descrizione del fenomeno evoca immediatamente l'*Anscheinsbeweis* di matrice tedesca, la cui operatività nel vigente sistema italiano molti Autori sono concordi ad escludere²¹⁹.

Al di là della nomenclatura, tuttavia, convincersi dell'esistenza di un fatto sulla base della sua corrispondenza all'*id quod plerumque accidit* è un'operazione che i nostri giudici compiono costantemente, ed è dunque un fenomeno tipicamente connaturato all'accertamento del fatto per come esso avviene nei sistemi processuali antichi e moderni. Per dimostrare tale assunto, pare opportuno indagare brevemente il tema della valutazione del fatto secondo le massime di esperienza, che un ruolo fondamentale rivestono pure ai fini del riparto dell'onere della prova in senso concreto. Se è vero che “*funzione dell'attività probatoria della parte è l'insieme di operazioni, volte a procurare la convinzione del giudice*”²²⁰, è necessario, in un sistema improntato alla libera valutazione delle risultanze istruttorie, individuare un parametro alla stregua del quale compiere il giudizio sul fatto da accertare. Se la norma è la premessa maggiore del giudizio di diritto, si è preteso individuare nella massima d'esperienza il parametro generale alla stregua del quale compiere il giudizio di fatto. Il merito di aver individuato per la prima volta questa categoria, distinguendola dal fatto notorio, è di Friedrich Stein²²¹, che in essa individuò la premessa maggiore dell'inferenza diretta a confermare il grado di probabilità di un'ipotesi su un fatto. Essa è un “ponte”²²² che guida l'esegeta alla conferma della supposizione su un evento, ed è formulata attraverso ragionamenti induttivi sulla base dell'osservazione dei fenomeni naturali. Se l'ipotesi fattuale prospettata dalla parte è conforme alla regola dell'esperienza, allora essa riceve conferma logica e può essere tenuta per vera.

²¹⁹ Sull'istituto dell'*Anscheinsbeweis* si veda *infra*, cap. III, par. 4.

²²⁰ V. ANDRIOLI, voce *prova in genere* (diritto civile), in *Nuovo Digesto Italiano*, a cura di Mariano d'Amelio e Antonio Azara, X, UTET, Torino, 1939, p. 814.

²²¹ Esse erano ovviamente impiegate, a livello intuitivo, sin da tempi antichissimi, come si è avuto modo di osservare nel primo capitolo. Anche alcuni autori tedeschi precedenti a Stein si riferiscono spesso alla *Praxis des Lebens* o *Regeln des Lebens* o *Erfahrungsvermutungen*, alla stregua delle quali valutare il fatto oggetto di accertamento: “*was in der überwiegenden Zahl der Fälle zutreffe, sei im Zweifel auch im einzelnen Fall anzunehmen*” (H. FITTING, *Grundlagen der Beweislast* cit., p. 66).

²²² F. STEIN, *Das private Wissen* cit., p.18: “*Logisch führt von einer Thatsache zur anderen immer nur die Brücke des allgemeinen Satzes*”.

Già l’illustre Autore tedesco notava come la giurisprudenza dell’epoca, di fronte ad una massima di esperienza che deponeva a favore della probabilità delle allegazioni di una delle parti, richiedesse la prova all’altra, motivando l’operazione attraverso un’inversione dell’onere della prova astratto, ossia il criterio di decisione da impiegare nell’ipotesi in cui i fatti fossero rimasti incerti. Egli notava come tale conclusione fosse tanto innecessaria quanto rischiosa: l’esigenza dell’avversario di provare il contrario di quanto è conforme alla massima di esperienza non ha nulla a che fare con l’onere della prova in senso tecnico. Essa coincide invece con l’opportunità concreta di “scuotere”, attraverso la prova contraria, il convincimento che il giudice si è già formato alla luce della mera verosimiglianza delle allegazioni²²³. I due fenomeni, spesso confusi, possono e devono essere concettualmente distinti.

Con riferimento all’allocazione dei carichi di prova, entra in gioco quella che Taruffo definisce la *funzione euristica* delle massime di esperienza, ossia la loro idoneità a fungere da guida nella formulazione di ipotesi sui fatti dotate di apparente attendibilità. Le regole dell’esperienza, infatti, non hanno solo la funzione strettamente epistemica di premessa maggiore del sillogismo volto a discernere la verità dell’ipotesi fattuale, studiata da Stein. L’illustre Autore italiano evidenzia come tali criteri siano pure funzionali alla formulazione di “buone ipotesi” intorno ai fatti. Si tratta insomma di costruire “una narrazione che prima facie deve apparire in consonanza con quello che secondo l’esperienza comune può essere considerato normale e familiare”²²⁴.

²²³Chiarissime le parole dello stesso STEIN (*Das private Wissen* cit., p. 36):”Die Forderung des Gegenbeweises ist also Nichts als die Erklärung, durch den vom Beweispflichtigen geführten Indizienbeweis so weit überzeugt zu sein, dass positiv Nichts mehr fehle und nur Gegenbeweis die Ueberzeugung zu erschüttern sei”. Con riferimento all’importanza delle allegazioni ai fini della formazione del convincimento giudiziale cfr. S. SATTA, *Spunti per una teoria della domanda*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Padova, 1968, p. 341, per cui “la domanda come allegazione di fatti determina già una situazione oggettiva sul piano probatorio, che non può essere trascurata”. V. nello stesso senso anche H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen des Beweisrechts*, Beck, München, 1984, p. 8, per i quali il giudice potrebbe ben rifiutare una richiesta istruttoria della parte che abbia interesse a provare un fatto quando egli si sia già convinto della veridicità di esso “aus der Gesamtschau des Parteivortrags”.

²²⁴ M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d’esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 563.

Esse appaiono come criteri atti ad orientare il giudice non tanto nello stabilire se un fatto sia vero, ma nel formulare un enunciato sulla possibilità di quel fatto, sulla base del senso comune²²⁵. I criteri che presiedono alla elaborazione dell’ipotesi concorrono pure a formare un convincimento interinale, il quale finisce indirettamente per influire sulla necessità pratica, in capo alle parti, di fornire la prova. Dunque, se è vero che “*l’esperienza dei casi passati diviene paradigma di valutazione del caso futuro*”²²⁶, ciò vale non solo per la conferma della veridicità dell’enunciato ricostruttivo del fatto, ma pure per la formulazione dello stesso e, mediataamente, ai fini del riparto della necessità della prova.

La differenza fra funzione euristica ed epistemica delle massime di esperienza riflette quella tra verosimiglianza e probabilità di un fatto, messa bene in luce dallo stesso Taruffo²²⁷. La confusione fra i due termini è probabilmente da imputarsi al fatto che in tedesco entrambi i concetti vengono riassunti attraverso il termine *Wahrscheinlichkeit*, che però può essere impiegato in accezioni assai diverse. Altro è infatti affermare che un’ipotesi è realistica, ossia conforme all’ordine normale delle cose, altro è dire che essa è veridica, ossia corrispondente alla realtà²²⁸. Si può dunque ribadire, sempre con lo stesso autore, che “*la verosimiglianza o l’inverosimiglianza di un enunciato sono irrilevanti dal punto di vista della verità o falsità di esso*”²²⁹; tuttavia, esse permettono al giudice di formarsi una pre-comprensione del corso degli eventi che molto influisce sul concreto assetto dei carichi di prova²³⁰.

²²⁵ Cfr. M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, pp. 665 ss., in cui l’autore ricollega l’insieme di conoscenze a partire dalle quali il giudice formula le ipotesi sui fatti alla *Vorverständnis* di Gadamer e alle *background knowledges* di Popper.

²²⁶ M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette “massime d’esperienza”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 174.

²²⁷ V. S. PATTI, *Le prove* cit., p. 232; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* cit., pp. 158 ss.

²²⁸ Di tale distinzione è ben consapevole la dottrina tedesca, che distingue tra *abstrakte* e *konkrete Wahrscheinlichkeit*. Si veda in proposito G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p.596).

²²⁹ M. TARUFFO, *La semplice verità* cit., p. 89.

²³⁰ Sottolinea infatti TARUFFO (*La prova dei fatti giuridici* cit., p. 164) che la verosimiglianza, essendo astratta e prescindendo dagli elementi di prova, “*rileva in momenti anteriori all’acquisizione delle prove*”. Più precisamente, secondo un’intuizione risalente già a Calamandrei, “*la verosimiglianza attiene all’allegazione del fatto, e non alla prova di esso*” (ivi, p. 477). Essa non

Le massime di esperienza, dunque, già ben prima del momento della decisione guidano la formazione del convincimento giudiziale e lo spingono a richiedere la prova alla parte le cui allegazioni contrastano con l'*id quod plerumque accidit*. Siamo al di fuori dell'ambito dell'onere della prova inteso come criterio di ripartizione dei rischi dell'incertezza. Qui si tratta, invece, di individuare la parte che si vede gravata del bisogno, meramente contingente, di scuotere un convincimento del giudice parzialmente già formatosi. Per descrivere questo fenomeno la dottrina tedesca parla di *konkrete Beweisführungslast*, che indica quale parte ha la necessità di introdurre nel procedimento la prova atta a rimuovere la “*vorläufige Überzeugung*” che il giudice già si figura²³¹. Essa è indipendente dall'onere della prova astratto, ma è conformata dalla situazione concreta formatasi nel corso del processo²³².

Si è già visto, poi, come le regole dell'esperienza possano essere poste dal legislatore a base di una presunzione legale²³³, o diventare di impiego così frequente da divenire presunzioni giurisprudenziali²³⁴.

funge da criterio inferenziale, ma da strumento di “qualificazione” del bruto fatto alla luce dell’esperienza.

²³¹ G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 168. La figura è tutt’uno con la valutazione della prova e con la formazione del convincimento del giudice, tant’è che si è detto che esso rappresenta “*der Kampf der Parteien um die richterliche Überzeugung*” (H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p. 118). Una chiara definizione è fornita proprio da ROSENBERG (*Die Beweislast* cit., p. 181), rigoroso nello scindere tale figura dall’onere oggettivo (*Feststellungslast*): “*daher genügt jede Partei ihrer Beweisführungslast, wenn sie Umstände dartut die nach der Regel des Lebens den Schluß auf die Wahrheit der von ihr zu behauptenden und behaupteten Tatsachen rechtfertigen*”. Si noti che la dottrina tedesca successiva distingue ulteriormente fra *abstrakte* e *konkrete Beweisführungslast*: la prima è inizialmente coincidente con l’onere della prova oggettivo ed è apprezzabile solo all’inizio dell’istruttoria, mentre la seconda è mutevole e dinamica (v. H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., pp. 8 ss.). Tale differenziazione è utile per distinguere la prova diretta dalla contraria, ma non ha vere conseguenze pratiche (G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 170). Anche nell’ordinamento statunitense il dinamico oscillare da una parte all’altra della necessità della prova è stato messo in luce: v. O. H. FISK, *Burden of Proof*, in *University of Cincinnati Law Review*, vol. 1 n. 3, 1927, pp. 257 ss.

²³² G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 15.

²³³ F. STEIN, *Das private Wissen* cit., p. 48; L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 209.

²³⁴ E non è mancato chi ha ritenuto lo stesso onere della prova “una presunzione mal costruita, che consente di affermare, in via inferenziale, che chi non è in grado di dare prova di un fatto sta allegando un fatto non vero” (J. NIEVA FENOLL, *L’onere della prova* cit., p. 1211). In senso non dissimile v. PATTI (*Le prove* cit., p. 226), riferendosi al pensiero di Alessandro Giuliani.

Affinché il giudice possa formarsi questo provvisorio ed interinale convincimento, che, come visto, influisce sull'onere della prova in senso concreto, è necessario pertanto che vi sia un decorso tipico degli eventi, e che esso possa essere descritto attraverso una formula generale atta a essere racchiusa in una massima d'esperienza. Il presupposto fondamentale è dunque quello che la dottrina tedesca definisce *typischer Geschehensablauf*, consistente in una linea di sviluppo tipica degli avvenimenti. La mera verosimiglianza del fatto bisognoso di prova, una volta dimostrata la sua conformità al *Geschehensablauf*, è sufficiente ad indurre il giudice a traslare l'onere concreto o soggettivo in capo alla parte astrattamente non onerata. Così facendo, si ammette la parte onerata a provare non il fatto, ma la mera rispondenza di esso alla massima d'esperienza, secondo una *Gesamtbetrachtung*²³⁵ di carattere olistico²³⁶. Ecco, quindi, che è possibile apprezzare il legame fra questi aspetti del ragionamento probatorio del giudice e la vicinanza della prova: la parte che ha difficoltà a fornire la prova del fatto deve solo provare la verosimiglianza dello stesso, e non la sua verità, venendo così sollevata dalla difficoltà relative alla prova “piena” del fatto.

Sono numerose le applicazioni di questa tecnica di alleggerimento della prova nel nostro ordinamento. Nell'ambito strettamente civilistico, il campo in cui è possibile osservare con maggior vividezza il ruolo della verosimiglianza nel riparto concreto dell'onere della prova è quello della responsabilità professionale, ed in particolare medica. La giurisprudenza italiana qualifica la responsabilità del medico tendenzialmente come contrattuale, e dunque impone al sanitario convenuto la prova di aver esattamente adempiuto, oppure del carattere incolpevole dell'inadempimento²³⁷. All'attore non è richiesta che la dimostrazione

²³⁵ G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 304; G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 162.

²³⁶ Sulla contrapposizione fra concezione atomistica ed olistica della decisione sul fatto v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* cit., p.281.

²³⁷ Tale orientamento ha risentito del progressivo allontanamento della giurisprudenza di legittimità dalla tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato e dello sviluppo della tesi del “doppio decorso causale”. Secondo tale impostazione, si dovrebbe distinguere tra un nesso di causalità materiale fra condotta ed evento, e un nesso di causalità giuridica tra danno evento e conseguenza. Il paziente è tenuto a provare il primo, mentre il sanitario deve dimostrare l'insussistenza del secondo. Per una critica di tale impostazione v. M. ORLANDI, *Onere della prova*

“dell’idoneità ex se del comportamento allegato (...) a causare il pregiudizio dedotto in giudizio”²³⁸. Il nesso causale va dunque provato dal danneggiato nel senso di dimostrare come il danno sia, secondo l’*id quod plerumque accidit*, astrattamente idoneo ad essere ricondotto alla condotta del medico. Quest’ultimo avrà invece l’onere di provare, alla luce di elementi istruttori relativi al caso concreto, come tale inferenza non sia valida nella singola ipotesi sottoposta alla cognizione del giudice.

Tale impostazione trova rispondenza nella dottrina tedesca del *grober Behandlungsfehler*, che da decenni presiede alla ripartizione degli oneri probatori nella responsabilità medica in Germania. Il paziente può limitarsi a provare che il medico abbia tenuto, consapevolmente o negligentemente, una condotta impropria, ad esempio attraverso la scelta di una terapia inadeguata (*unsachgemäße Behandlung*) la quale, alla luce delle circostanze esteriori, avrebbe ben potuto causare il danno, che effettivamente si è verificato²³⁹. Il medico deve invece confutare la sussistenza del nesso causale dimostrando che, nel caso di specie, la condotta apparentemente non confacente ai bisogni terapeutici del paziente fosse in realtà adeguata, o che essa non abbia comunque causato il danno.

L’inversione dell’onere della prova in capo al medico presuppone dunque che, secondo un giudizio di verosimiglianza, l’errore nel trattamento da parte del sanitario sia stato causalmente adeguato a provocare il danno: “*die Geeignetheit eines Behandlungsfehlers setzt lediglich die Möglichkeit voraus, daß der Behandlungsfehler einen Schaden der eingetretenen Art verursacht haben kann*”²⁴⁰.

La ragione giustificatrice di tale deviazione dalla regola ordinaria di riparto

e danno in re ipsa, in AA. Vv., *L’onere della prova*, Wolters Kluwer, Milano, 2024, pp. 311 ss. È inoltre opportuno precisare che, a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 24/2017 (cd. legge Gelli-Bianco) la tesi della natura contrattuale della responsabilità medica è stata tendenzialmente abbandonata.

²³⁸ F. PETROCELLI, *La prova dell’inadempimento. La responsabilità del professionista intellettuale e del datore di lavoro*, in AA. Vv., *L’onere della prova* cit., p. 473. Un provvedimento esemplificativo di tale orientamento giurisprudenziale è Cass.civ. 29.3.2022 n 10050.

²³⁹ In questi termini G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 275.

²⁴⁰ G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 282. Essendo in Germania tale ipotesi riconducibile alla responsabilità aquiliana, il paziente dovrebbe provare pure la colpa del sanitario. La prova della stessa è però dalla giurisprudenza ritenuta implicita nel grave errore di trattamento (ivi, p.283).

dell'onere è spesso individuata facendo riferimento alla vicinanza della prova. La condotta del medico, infatti, è tale da non rendere conoscibile al paziente quale sarebbe stata l'evoluzione della patologia se il trattamento non avesse avuto luogo, rendendo per questi impossibile una prova rigorosa del nesso di causalità fra evento e danno. In questo caso è dunque possibile osservare come una difficoltà probatoria venga risolta richiedendo la prova della mera verosimiglianza del *factum probandum*. Si onera la parte non di dimostrare la veridicità del fatto bisognoso di prova, ma solo la ricorrenza di una fattispecie corrispondente alla normalità²⁴¹.

Non dissimile è la dottrina spagnola del *daño desproporcionado*, che onera il paziente, in concreto, della sola prova del pregiudizio occorsogli. Se esso è di gravità tale da implicare, *ictu oculi*, una condotta negligente del medico che abbia concorso alla sua causazione, diventa onere del sanitario provvedere ad “interrompere” il nesso causale dimostrando che, nel caso concreto, l’aggravarsi della malattia non fu dovuto alla propria condotta.²⁴² La “*anormalidad o gravedad*” del danno rispetto al normale esito della terapia è sufficiente a fondare una presunzione di colpa o negligenza nello svolgimento del trattamento in capo al medico.

Altro ambito in cui emerge la stretta connessione fra oneri probatori e verosimiglianza del fatto allegato è quello della responsabilità per danno da prodotto difettoso. L’art. 120 cod. cons. fa espresso riferimento al concetto di verosimiglianza, addossando di fatto al produttore la prova che il nesso di causalità fra difetto e danno non sussiste. Pur essendo l’attore formalmente onerato di provare “*la connessione causale tra difetto e danno*”, infatti, gli si richiede solo di fondare la propria pretesa su un’allegazione verosimile, dalla quale paia plausibile che il danno fu causato dal difetto del prodotto. Spetterà invece al produttore dimostrare una delle circostanze di cui all’art. 118 cod. cons., idonee a “troncare” il nesso di causalità. Già prima degli interventi del legislatore europeo che regolano la materia anche nel nostro paese, la giurisprudenza e la dottrina tedesche avevano d’altronde

²⁴¹ V. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 486.

²⁴² N. FACHAL NOGUER, *Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas*, in *Objeto y Carga de la prueba civil* cit., p. 207

elaborato la teoria dei *Gefahrenbereiche*, da noi nota come dottrina degli “ambiti di rischio”²⁴³. In base a tale impostazione, ciascuno è responsabile per il proprio settore di competenza e deve accollarsi gli inconvenienti connessi all’impossibilità di chiarire una circostanza attinente alla propria “sfera di signoria” (*Herrschaftsbereich*)²⁴⁴. La giurisprudenza si accontenta dunque di una sorta di *probatio minor*, richiedendo al danneggiato di dimostrare solo la verosimiglianza del rapporto di causalità fra danno ed evento, in ossequio al canone della vicinanza della prova. Il fornitore è infatti più prossimo alla prova dei fatti da accertare, e dunque destinato a sopportare le conseguenze dell’incertezza²⁴⁵.

Nel diritto italiano, tuttavia, non c’è dubbio che l’ambito in cui l’applicazione del criterio della verosimiglianza sia più frequente è quello tributario. Con riferimento all’accertamento analitico-presuntivo disciplinato dall’art. 39, comma 1, lettera d del DPR n. 600/1973 è estremamente diffuso l’uso di presunzioni semplici per ricostruire componenti di reddito non altrimenti accertabili. Nel caso previsto dal secondo comma del suddetto articolo, ossia quello dell’accertamento induttivo, il giudice può addirittura avvalersi di presunzioni semplicissime, cioè prive dei criteri di gravità, precisione e concordanza. In tutte queste ipotesi, l’accertamento si basa dunque sulla mera verosimiglianza delle affermazioni dell’amministrazione finanziaria. L’imposta è determinata olisticamente, in base “*ad una valutazione della complessiva situazione dell’impresa*”²⁴⁶. Onere del contribuente sarà dimostrare la non rispondenza al vero dell’illazione prospettata dall’ente.

Questa prova, basata sulla verosimiglianza *prima facie* della ricostruzione del reddito proposta dall’amministrazione, non inverte tuttavia propriamente l’onere

²⁴³ V. S. PATTI, *Le prove* cit., p. 236. Sul riparto dell’onere della prova in relazione alla responsabilità del produttore v. P. ARENS, *zur Beweislastproblematik im heutigen deutsche Produkthaftungsprozeß*, in ZZP, 1991, Band 104, Heft 2, pp. 123 ss.

²⁴⁴ G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 270. Lo stesso autore (*ivi*, p. 116) attribuisce la paternità di tale concetto a Prölss, che definiva l’ambito di rischio come “*der von dem Schuldner beherrschbare Lebensbereich*”.

²⁴⁵ “*Der Produzent sei “näher daran”, den Sachverhalt aufzuklären und die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen*” (G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 269). In senso non dissimile la dottrina spagnola: v. N. FACHAL NOGUER, *Las reglas de la carga* cit., p. 209.

²⁴⁶ F. RANDAZZO, *L’onere della prova nell’accertamento induttivo*, in AA. Vv., *L’onere della prova* cit., p. 1235.

probatorio. Il contribuente convenuto, infatti, deve solo dimostrare “*la non congruenza o inverosimiglianza, nella particolare circostanza oggetto di giudizio, della inferenza logica tratta da quella regola d’esperienza*”, potendo egli dunque fondare la propria difesa su una “*prova altrettanto attenuata*”²⁴⁷. L’esigenza del ricorso a tali metodi è dettata dalla circostanza che gli elementi di conoscenza relativi al reddito del contribuernte rientrano, di massima, nella sfera di disponibilità di quest’ultimo, e non sono conoscibili dall’amministrazione senza la collaborazione di questi²⁴⁸. Ancora una volta, è la vicinanza della prova a giustificare una dimostrazione dei fatti limitata alla sola astratta verosimiglianza. Il diritto tributario è pure il terreno privilegiato di applicazione della prova statistica. Si tratta di determinare presuntivamente il reddito del contribuente attraverso l’applicazione di formule attuariali, elaborate a partire da dati riferibili ad un numero esteso di altri contribuenti che presentano caratteristiche simili al soggetto interessato dall’accertamento. Questi dati prendevano fino a poco tempo fa il nome di studi di settore, che l’art. 9-bis del d. l. n. 50/2017 ha sostituito con gli Indici Sintetici di Affidabilità Contributiva, elaborati in modo simile. Essendo tale accertamento basato su una probabilità meramente astratta, e dunque sulla verosimiglianza delle illazioni dell’amministrazione finanziaria, il contribuente è ammesso, nell’ambito del contraddittorio endoprocedimentale, ad introdurre informazioni atte a “personalizzare” l’accertamento e dimostrare la non corrispondenza dello studio di settore al caso di specie²⁴⁹. Con riferimento alla incidenza pratica di essi nel processo tributario, la Corte di Cassazione, con una celebre pronuncia a Sezioni Unite²⁵⁰, ha avuto modo di precisare come gli studi di

²⁴⁷ F. RANDAZZO, *L’onere della prova* cit., p. 1236. Sulle evidenti affinità di questo ragionamento probatorio con l’*Anscheinsbeweis* tedesco si tornerà in seguito (*infra*, cap. III par. 4).

²⁴⁸ F. PAPARELLA, *L’onere della prova nell’accertamento sintetico*, in AA. Vv., *L’onere della prova* cit., p 1282.

²⁴⁹ E. M. BAGAROTTO, *Gli accertamenti su base statistica*, in AA. Vv., *L’onere della prova* cit., p. 1304.

²⁵⁰ Cass SS.UU. 18.12.2009 n. 26635. La riluttanza ad attribuire valore di prova piena alle risultanze statistiche si pone in relazione con la nota polemica concernente le concezioni della probabilità in senso matematico-quantitativo che per alcuni decenni si sono affermate anche nell’ambito del processo civile, e che ora traggono nuova linfa dalle evoluzioni tecnologiche relative all’intelligenza artificiale. A tal proposito si rinvia alla approfondita critica delle applicazioni processuali della probabilità bayesiana in M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* cit., pp. 168 ss. Nella dottrina spagnola v. J. NIÉVA FENOLL, *La valoración* cit., pp. 129 ss.

settore (ora ISA) non siano da soli idonei a fondare l'intero accertamento, potendo al più fungere da mero indizio o argomento di prova. Tuttavia, è evidente come loro incidenza sul riparto concreto degli oneri istruttori sia comunque non trascurabile. In tutti questi casi - ed in altri che si analizzeranno in seguito - si deve pertanto tenere a mente come la verosimiglianza delle allegazioni incida solo sull'onere della prova inteso in senso concreto o soggettivo. Si tratta della già più volte menzionata necessità pratica di partecipare alla formazione del convincimento del giudice, o, come la definiscono limpidamente i giuristi tedeschi, della *konkrete Beweisführungs last*.

La verosimiglianza non influenza invece l'onere della prova vero e proprio, quello astratto ed oggettivo, costituente criterio di decisione sul fatto incerto. Esso, secondo un risalente insegnamento che merita ancora oggi di essere tenuto fermo, è indipendente dal concreto andamento del processo²⁵¹, e dunque dalle allegazioni ed iniziative istruttorie della parte. Confondere i due profili significherebbe, come ammonisce Franz Leonhard, confondere ciò che è bisognoso di prova con ciò che già è stato provato²⁵².

3. Vicinanza e standard di prova

Si è visto come in molti casi la parte astrattamente onerata, ma lontana dalla prova, veda alleggerito il proprio compito attraverso la dimostrazione - non dell'intero fatto bisognoso di prova, ma solo - della conformità della propria allegazione all'*id quod plerumque accidit*. Dimostrata la mera verosimiglianza del proprio assunto, diventa onere della controparte, la cui narrazione dei fatti contrasta con decorso tipico degli eventi, confutare la parvenza di verità delle affermazioni avversarie.

È alquanto evidente che la facilitazione a beneficio dell'onerato, più che in termini di inversione dell'onere della prova, possa essere spiegata attraverso la riduzione

²⁵¹ L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 173.

²⁵² F. LEONHARD, *Die Beweislast* ci., p. 114. Su tale profilo del *Trennungsdogma* si veda pure G. CHIOVENDA, *Principi* cit., p. 791.

dello standard di prova necessario ai fini della formazione del convincimento del giudice.

Nessun ribaltamento dell'onere oggettivo ricorre nei casi sopra analizzati, giacché il criterio di decisione in ipotesi di incertezza del *factum probandum* non muta. Il convenuto non si vede imposto l'onere (principale o primario) di introdurre la prova diretta, al fine di non incorrere nel rigetto della domanda in caso di perdurare dell'incertezza. Egli deve invece fare in modo di vincere la persuasione che il giudice si è già formato circa i fatti oggetto di accertamento, ripristinando proprio quella originaria situazione di dubbio che era venuta meno in ragione della verosimiglianza delle allegazioni dell'attore²⁵³. Se il convenuto riesce nell'intento, l'incertezza non può che volgersi a suo favore, giacché l'ipotesi di *non liquet* comporterà il rigetto della domanda dell'attore, che rimane la parte oggettivamente onerata della prova. Ciò che ha luogo è dunque un abbassamento del grado di conferma logica sui fatti che il giudice ritiene necessario ai fini del raggiungimento del proprio convincimento.

Il principio del libero convincimento del giudice, che nel sistema italiano è scolpito nell' art. 116 c.p.c., permette al giudice di valutare le risultanze istruttorie secondo il proprio prudente apprezzamento, ma non individua la “misura” della prova necessaria per ritenere accertati i fatti. Si è dunque osservato come negli ordinamenti moderni, abbandonato il sistema delle prove legali, il giudice sia libero di ritenere sussistente o insussistente il convincimento stesso, non potendo nessuna norma prefissare quando esso sia stato raggiunto²⁵⁴.

Per lungo tempo, si è ritenuto che a tal proposito fosse necessaria la cd. “*intime conviction*” del giudice, ossia una “certezza morale” relativa ai fatti di causa, tale da non lasciare adito a dubbi²⁵⁵. Come è noto, con il corso del tempo il

²⁵³ Se la prova contraria riesce, si può dire con le icastiche parole di ROSENBERG (*Die Beweislast* cit., pp. 76-7) che “*die behauptete Tatsache aus dem Lichte der Gewißheit in das Dunkel der Ungewißheit zurückgeschoben ist*”.

²⁵⁴ V. S. PATTI, *Le prove* cit., p. 224.

²⁵⁵ Tale criterio nasce e si afferma nella Francia rivoluzionaria in relazione alle giurie dei processi penali. Nota TARUFFO (*La semplice verità* cit., p. 161) come un criterio di impronta squisitamente soggettiva sia incompatibile con la funzione epistemica del processo, finendo esso per giustificare decisioni “*sostanzialmente arbitrarie*”.

ridimensionamento delle ambizioni gnoseologiche della moderna epistemologia ha finito per riflettersi anche sul processo. Per questo motivo oggi l'esigenza di certezza è stata abbandonata in favore di un più modesto grado, per quanto sufficientemente alto, di probabilità dei fatti oggetto di accertamento. Con ciò, tuttavia, finisce col ripresentarsi il problema dello standard di prova²⁵⁶, ossia del grado di conferma logica dell'ipotesi necessario ai fini del raggiungimento del convincimento giudiziale. La concezione della probabilità in senso meramente logico, e non matematico-quantitativo, prevalentemente accolta presso le nostre corti, rende difficile fissare con precisione delle "tacche" al di sotto delle quali il fatto deve reputarsi incerto.

Numerosi studi negli scorsi decenni hanno avuto ad oggetto il problema della conferma, in termini di probabilità, degli enunciati sui fatti nel processo, al fine di individuare dei criteri idonei a rendere oggettivamente controllabile la decisione sul fatto da parte del giudice²⁵⁷. In generale, si concorda sull'opportunità di porre a base della decisione un fatto che abbia ricevuto un grado di conferma logica piuttosto alto: se entrambe le narrazioni delle parti hanno ricevuto una conferma poco significativa, sarà opportuno decidere la controversia secondo la regola di giudizio dell'onere della prova, e non affidandosi al criterio della probabilità prevalente.

²⁵⁶ Gli standard di prova, secondo un'accreditata opinione, nacquero in Inghilterra come linee guida pratiche rivolte dal giudice alla giuria, per orientarla nella ricostruzione del fatto (v. J. NIEVA FENOLL, *La valoraciòn* cit., p. 85 ss.). Con riferimento agli standard di prova nel diritto anglosassone e in quello continentale v. K. M. CLERMONT, E. SCHERWIN, *A comparative view of standards of proof*, in *Cornell Law Faculty Publications*, 2002, pp. 243 ss.; M. GARAVAGLIA, *Onere della prova nel confronto tra Civil Law e Common Law*, in AA. Vv., *L'onere della prova* cit., pp. 25 ss., ed in particolare p. 61. In generale tali standard hanno lo scopo di "dare una rilevanza giuridica a quel complesso di imponderabili, che integrano la coscienza sociale in un certo momento" (G. A. MICHELI, *L'onere* cit., p. 316, nota 6) e dunque finiscono per essere fortemente influenzati dal "senso comune" (v. M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza* cit. pp. 665 ss). Per una radicale critica degli standard di prova, v. J. NIEVA FENOLL, *Onere della prova e standard di prova* cit.

²⁵⁷ Il pensiero corre naturalmente alla più volte citata opera di Michele Taruffo *La prova dei fatti giuridici*, nella quale l'illustre Autore pone a servizio dell'epistemologia giudiziaria i moderni strumenti offerti dalla filosofia analitica e del linguaggio. È stata anche frequentemente menzionata la ricerca di Jordi Nieva Fenoll dal titolo *La valoraciòn de la prueba*, che amplia il discorso di Taruffo mettendo a sistema i contributi forniti dalle scienze umane, ed in particolare dalla sociologia e dalla psicologia.

Minoritaria è infatti rimasta la dottrina svedese dell'*Överkvitsprincip*, che predica una decisione basata su una prevalenza di probabilità anche minima, e dunque fa a meno della regola di giudizio sul fatto incerto²⁵⁸. La teoria scandinava, nella sua applicazione radicale, non considera l'onere della prova come criterio di decisione in caso di *non liquet*, ma come standard di prova: la necessità di provare interessa il soggetto che afferma un fatto a sé favorevole, ma che è meno probabile del fatto allegato dall'avversario. Nella stima *prima facie* della verosimiglianza delle allegazioni delle parti si gioca il riparto dell'onere della prova, concetto ormai dunque indistinguibile dalla valutazione della prova, e quindi inutile²⁵⁹.

Autorevole dottrina tedesca ritiene però ancora opportuno scindere i due profili della decisione sull'incertezza e della misura della prova, nonché quest'ultima dalla valutazione della prova stessa. Si sottolinea infatti che mentre la valutazione della prova è un problema relativo al fatto, il *Beweismaß* o standard di prova è un problema giuridico, e dunque da decidere secondo regole generali ed astratte²⁶⁰. È vero, poi, che l'abbassamento dello standard ad opera del giudice finisce per ridurre lo spazio applicativo della regola di giudizio. Quest'ultima, tuttavia, rimane operativa proprio nel caso in cui lo standard non sia stato raggiunto, venendo in rilievo in un momento giuridicamente e logicamente successivo²⁶¹.

²⁵⁸ V. *supra*, cap I, nota 11. Una trasposizione della dottrina svedese nel nostro sistema sarebbe rappresentata dal criterio della cd. prova migliore, che “*esclude uno standard di sufficienza probatoria del singolo fatto in favore della mera prevalenza del coefficiente raggiunto da una parte su quello dell'altra*” (F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2023, p. 174).

²⁵⁹ V. G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 39.

²⁶⁰ G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast*, p. 84. Sebbene dunque l'individuazione della misura della prova sia una “*Rechtfrage*”, la decisione sul fatto consiste proprio nella valutazione circa il raggiungimento o meno dello standard nel caso di specie: “*so ist es Tatfrage, ob das abstrakte Beweismaß im konkreten Fall erreicht ist*” (G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, p. 46). Sono molto chiare, in tal senso, le parole di PRÜTTING (*Gegenwartsprobleme* cit., p. 59): “*Während die Beweiswürdigung sich nur auf die Prüfung beschränkt, ob der Beweis gelungen ist, gibt das Beweismaß (...) an, wann dieser Beweis gelungen ist*” (corsivo dell'Autore). Considerazioni simili, con riferimento al diritto svizzero, si rinvengono in H. SCHMID, *sub art. 8 ZGB* cit., p. 110, il quale afferma perentoriamente che “*dieser Maßstab (ossia lo standard di prova) hat weder mit Beweislast noch mit Beweiswürdigung direkt etwas zu tun*”.

²⁶¹ G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast*, pp. 39-40. Sottolinea MICHELI (*L'onere* cit., p. 306) come pure in quei processi, diversi da quello civile, in cui manca una regola di giudizio che definisca il contenuto della decisione sul fatto incerto, sia comunque possibile scindere la decisione di *non liquet* da quella che invece è basata su convincimento del giudice, sia

È dunque opportuno fissare la misura minima della prova ad un grado di probabilità alto, respingendo sia le tesi che vogliono ancorare lo standard alla certezza pressoché totale, sia quelle che danno rilievo esclusivo alla prevalenza. Le deviazioni dal suddetto standard per facilitare la parte astrattamente onerata sono ammesse solo nei casi previsti dalla legge, ma si ritengono pure ammissibili per evidenti ragioni di giustizia sostanziale. Lo standard di prova diviene così una “*Abstufung von Gewissheit*”²⁶², una flessibile modulazione del grado di conferma logica necessario a ritenere accertato un fatto in giudizio, che varia in relazione a ciò che concretamente pare equo pretendere, in termini di “sforzi” probatori, dalla parte astrattamente gravata dall’onere²⁶³.

Alla luce di quanto finora esposto, emerge dunque come, a fronte delle difficoltà probatorie di una delle parti, il giudice tenda ad abbassare lo standard di prova e a ritenere sufficiente, ai fini della formazione del proprio convincimento, la mera corrispondenza di quanto allegato all’*id quod plerumque accidit*. Proprio in questi termini è opportuno interpretare i casi esposti nel paragrafo precedente: in tutte le ipotesi in discorso, parlare di vicinanza della prova significa constatare la tendenza del giudice a richiedere la prova alla parte che allega il fatto contrario al corso normale degli eventi²⁶⁴.

esso in senso positivo o negativo, rispetto ai fatti di causa. L’applicazione di una tecnica volta a permettere al giudice di decidere in caso di incertezza intorno ai fatti presuppone, infatti, proprio il fallimento della valutazione probatoria.

²⁶² V. H. SCHIMD, *sub art. 8 ZGB* cit., p. 110.

²⁶³ Si riportano, per la loro chiarezza, le parole di BAUMGÄRTEL (*Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 94): “*danach sind Beweiserleichterungen, die bis zur Beweislastumkehr gehen können, immer dann und soweit geboten, als nach tatrichterlichem Ermessen dem Betroffenen die volle Beweislast billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann*”. Si vedano le note per riferimenti alla giurisprudenza del BGH. Per un’approfondita disamina della *Beweismäßsenkung* come rimedio ad una grave difficoltà probatoria v. H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., pp. 75 ss. PRÜTTING (*Gegenwartsprobleme* cit., p. 92) tende invece ad escludere la possibilità della riduzione dello standard di prova, che deve essere fissato astrattamente dalla legge, ammettendolo solo quando le difficoltà incontrate dalla parte nel raggiungere lo standard sarebbero tali da vanificare lo scopo della norma sostanziale.

²⁶⁴ In tal senso, si tengano ancora una volta a mente le parole di STEIN (*Das private Wissen* cit., p. 36).

Si è consapevoli di come molti autori ritengano fuorviante assegnare un ruolo a tal punto decisivo alla verosimiglianza delle narrazioni delle parti²⁶⁵. In questa sede, tuttavia, interessa primariamente ribadire che sarebbe errato, con riferimento al fenomeno in esame, discorrere di inversione dell'onere della prova: la regola di giudizio sul fatto incerto, determinata astrattamente attraverso l'interpretazione delle norme, non è interessata da alcuno slittamento²⁶⁶. A venire in rilievo è solo la cangiante convinzione che il giudice si forma sui fatti di causa attraverso le massime d'esperienza. Essa, sulla base di ragioni che possono essere definite *lato sensu* equitative, spinge il magistrato ad abbassare lo standard di prova e a non pretendere la dimostrazione della verità del *factum probandum*, accontentandosi solo della sua verosimiglianza. La validità di questo assunto è confermata dall'autorevolezza di Micheli, il quale distingueva con nettezza e rigore i due profili qui analizzati: “*la semplice difficoltà di prova non è di per sé sufficiente a spostare la regola di giudizio, ché al massimo essa potrà suggerire al magistrato quella regola dell'esperienza, in virtù della quale egli sarà in grado di formare il proprio convincimento*”²⁶⁷.

4. Vicinanza della prova e doveri di lealtà processuale

Non sempre, tuttavia, le difficoltà della parte onerata si prestano ad essere risolte facendo riferimento al concetto di verosimiglianza.

²⁶⁵ Il criterio della normalità comporta, secondo TARUFFO (*La semplice verità* cit., p. 59), un'implicita valutazione etica, per cui “ciò che viene presentato come normale è buono, e ciò che viene presentato come anormale è cattivo”. La verosimiglianza sarebbe un “*letto di Procuste*” che “*distorce i fatti per farzarli entro una struttura narrativa culturalmente familiare*” (*op. cit.* p. 60). Sul tema dei pregiudizi del senso comune e dei suoi riflessi sull'accertamento del fatto nel processo si rinvia, oltre agli altri contributi dello stesso autore già citati, a M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette “massime d'esperienza”* cit., p. 182.

²⁶⁶ Il problema è ben messo in luce da R. VALLEBONA (*L'onere della prova nel diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, 1988, p. 141): “va ribadita, dunque, (...) la netta differenza teorica tra pieno convincimento di fatto mediante presunzioni e arbitraria inversione dell'onere della prova sulla base di un semi-convincimento, mentre nella prassi si continua sovente a confondere la fase del convincimento con quella della applicazione della regola di giudizio”

²⁶⁷ G. A. MICHELI. *L'onere della prova* cit., p. 353.

Talvolta, infatti, non è possibile individuare un decorso tipico degli eventi, per cui il giudice non è in condizione di sapere, *ex ante*, se il fatto allegato dall'attore è più verosimile di quello affermato dal convenuto, o viceversa. Se l'attore, nel chiedere l'esatto adempimento di un'obbligazione contrattuale, allega l'altrui inadempimento, non è possibile determinare, in base ad una valutazione *prima facie*, se l'esecuzione della prestazione sia più verosimile della mancata esecuzione, oppure il contrario. Qui manca uno sviluppo degli eventi tipico, che sia inferibile induttivamente attraverso l'osservazione dei casi simili: manca, in breve, l'*id quod plerumque accidit*²⁶⁸. È evidente che in questo nutrito gruppo di casi la facilitazione probatoria (*Beweiserleichterung*) concessa dal giudice alla parte onerata debba basarsi su un diverso principio.

Seguendo l'insegnamento di Franz Leonhard, si può ipotizzare di individuare la ragione giustificatrice di questa seconda tipologia di manipolazioni pretorie dell'onere della prova nel dovere di lealtà processuale. Secondo l'autore tedesco, infatti, è la *Billigkeit* processuale ad imporre alla parte non onerata, ma più "vicina" alla prova, e dunque in condizione di dimostrare il *factum probandum* con minore fatica, un obbligo di chiarimento (*Aufklärungspflicht*) in relazione ai fatti controversi²⁶⁹. Il dovere (e non onere) della parte non onerata di collaborare ai fini della maggiore accuratezza dell'accertamento del fatto viene fatto discendere da ragioni di giustizia sostanziale che erano avvertite già dai giuristi romani. Lo dimostra il già citato rescritto di Antonino Pio, con il quale l'imperatore ordinava al giudice di pretendere dalla parte non onerata l'esibizione di documenti contenenti informazioni che l'attore era materialmente impossibilitato a fornire. Pur nel rispetto delle regole allora vigenti in tema di riparto degli oneri probatori, l'imperatore riconobbe che sarebbe stata iniqua una decisione di rigetto della domanda nonostante si conoscesse l'esistenza del documento che avrebbe potuto agevolmente dimostrarne la fondatezza²⁷⁰. I romani ritenevano dunque

²⁶⁸ Lo notava già molti anni or sono LAGENBECK (*Die Beweisführung* cit., p. 264): se l'attore afferma che il bene compravenduto è bianco, e il convenuto che è verde, evidentemente non c'è un'affermazione dotata di un grado di verosimiglianza maggiore dell'altra.

²⁶⁹ V. F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 208.

²⁷⁰ G. PUGLIESE, *L'onere della prova* cit., p. 408.

inaccettabile che si potesse far dipendere il riconoscimento effettivo della tutela giurisdizionale dall’atteggiamento più o meno renitente di una delle parti a collaborare alla ricostruzione della verità.

Se è vero che “*il processo è giusto se è sistematicamente orientato a far sì che si stabilisca la verità dei fatti rilevanti per la decisione, ed è ingiusto nella misura in cui è strutturato in modo da ostacolare o limitare la scoperta della verità*”²⁷¹, esso presuppone dunque un atteggiamento partecipativo di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento ai fini della ricerca del vero²⁷².

Ai fini del presente lavoro, non pare necessario ripercorrere il dibattito che ha coinvolto gli studiosi con riferimento alla pretesa sussistenza di un obbligo di verità nel processo civile. Un esponente assai autorevole della dottrina ha notoriamente sostenuto che la verità sia contraria all’interesse della parte, e che di verità nel processo possa addirittura parlarsi solo “nonostante *l’attività difensiva svolta dalle parti*”²⁷³. Tuttavia, sono numerosi i contributi, più e meno recenti²⁷⁴, che sottolineano come da un confronto col tema del dovere di collaborazione delle parti non si possa, nei sistemi odierni, del tutto prescindere. Dello stesso avviso era d’altronde pure Micheli, che evidenziava tale esigenza in relazione all’esibizione documentale²⁷⁵.

La difficoltà della parte onerata, se non è superabile con un abbassamento dello standard di prova attraverso l’applicazione di una massima d’esperienza, presuppone dunque una qualche forma di collaborazione di quella non onerata, che si vede chiamata a fornire un autonomo contributo all’istruttoria. Tutto ciò, però, lascia impregiudicata la domanda relativa all’espeditivo tecnico da impiegare ai fini della facilitazione probatoria a beneficio dell’onerato “lontano” dalla prova. È

²⁷¹ M. TARUFFO, *La semplice verità* cit. p. 119.

²⁷² Il tema della collaborazione del giudice e delle parti al fine di garantire un esito processuale equo è alla base della tesi, di derivazione austriaca, per la quale il processo formerebbe una *Arbeitsgemeinschaft*. Su tale concezione v. M. GRADI, *L’obbligo di verità delle parti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 182 J. C. T. RASSI, *Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nich beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht*, in ZZP, 2008, Band 121, Heft 2, p. 185.

²⁷³ M. TARUFFO, *La semplice verità* cit., p. 171.

²⁷⁴ Si veda in proposito il lavoro recentemente pubblicato da Marco Gradi e citato nella nota 272.

²⁷⁵ G. A. MICHELI, *L’onere* cit., p. 166.

evidente, infatti, che molteplici sono le modalità teoricamente utilizzabili dal legislatore o dal giudice per attenuare la *Beweisschwierigkeit*. Non è difficile intuire, dunque, come la soluzione del problema pratico possa anche ben prescindere da un intervento rivolto proprio a modificare la regola dell'onere. In generale, nell'ordinamento italiano, si potrebbe ipotizzare che la vicinanza della prova, nell'accezione che qui si sta cercando di analizzare, trovi applicazione concreta essenzialmente attraverso due approcci tecnici. In un primo caso, essa parrebbe essere utilizzata quale criterio interpretativo per distinguere il fatto impeditivo dal costitutivo. Se l'attore allega un fatto che pare *ictu oculi* un presupposto essenziale della propria pretesa, ma è troppo difficile da dimostrare, parrebbe dunque opportuno che la norma vada interpretata nel senso di assegnare al contrario di quel fatto carattere impeditivo, onerando della prova di esso il convenuto. Più recentemente, la vicinanza della prova sembrerebbe essere diventata criterio autonomo di allocazione del rischio dell'incertezza, in aperto contrasto con l'art. 2697 c.c.²⁷⁶. Si prescinderebbe dunque, in questo secondo caso, dalla distinzione tradizionale in fatti costitutivi, estintivi etc. assegnando l'onere alla parte che si ritiene essere nella posizione migliore per introdurre la prova nel processo.

Preme sin d'ora sottolineare come entrambi gli espedienti intervengano, pur in modo diverso, sull'onere oggettivo ed astratto, ossia la regola di giudizio sul fatto incerto, o, detto altrimenti, la *Feststellungslast* di Rosenberg. Come visto, tutti i maggiori studiosi che si sono occupati del tema in Italia e in Germania sono concordi nell'affermare che tale profilo dell'onere della prova sia tutt'uno con la struttura della fattispecie sostanziale, che è conformata dal legislatore. Si può ben dire, dunque, che *almeno* nella seconda delle ipotesi appena menzionate il giudice

²⁷⁶ In questo senso ha molto fatto discutere la già citata Cass. m. 13851/2020, in cui si onera il chiamato all'eredità convenuto in riassunzione di dimostrare di non aver accettato l'eredità della parte venuta a mancare, pur ammettendosi che tale circostanza sia elemento costitutivo della pretesa dell'attore. La scelta è motivata facendo riferimento al criterio della vicinanza della prova, la cui idoneità a derogare la regola generale è dunque ormai ammessa espressamente.

crea il diritto, modificando in via pretoria la fattispecie sostanziale, come notava già mezzo secolo fa Giovanni Verde²⁷⁷.

A tale proposito, può risultare utile riflettere sul riporto dell'onere della prova dell'inadempimento delle obbligazioni. Esso, come si è già detto, è il caso più evidente in cui le difficoltà della parte onerata non possono essere risolte sulla base della valutazione della verosimiglianza delle allegazioni di parte, ed è dunque un punto di osservazione particolarmente interessante sul fenomeno in discorso. Storicamente, il tema è stato oggetto di approfondita riflessione da parte dei giuristi, la quale non è però riuscita a fugare del tutto i dubbi sul tema.

Nell'Italia repubblicana, per decenni la questione fu risolta dalla giurisprudenza facendo applicazione dell'insegnamento di Micheli. Esso è basato, come visto, sull'integrazione del criterio sostanziale, basato sull'analisi della fattispecie normativa, con quello processuale della posizione della parte rispetto all'effetto giuridico invocato. Era pertanto praticata una differenziazione piuttosto netta, distinguendo l'ipotesi dell'azione di esatto adempimento da quella di risoluzione del contratto. Nel primo caso, l'attore poteva limitarsi a provare il rapporto obbligatorio, atteggiandosi l'esatto adempimento quale fatto estintivo del diritto di credito sorto dal contratto e non ancora soddisfatto. Viceversa, in caso in cui il creditore chiedesse la risoluzione, il fatto negativo dell'inadempimento era considerato elemento costitutivo del diritto potestativo allo scioglimento del contratto, e andava provato dall'attore. Tale ricostruzione aveva il pregio da un lato di evitare la formazione di temi fissi di prova, dall'altro di temperare il formalismo della *Normentheorie* dando adeguato rilievo al *petitum* avanzato dalla parte.

La posizione della giurisprudenza cambiò del tutto nel 2001 con una celebre pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁷⁸, con la quale trovò consacrazione il principio di vicinanza della prova. Con essa viene dato seguito ad un orientamento giurisprudenziale fino ad allora minoritario, che assoggettava le due azioni allo stesso regime di ripartizione dell'onere in ossequio al predetto

²⁷⁷ Sottolinea d'altron de NARDOZZA (*Onere della prova* cit., p. 908) come già i medievali corregessero la regola *actore non probante reus absolvitur* con una serie di accorgimenti dettati dall'equità, spesso sfocianti in vere e proprie inversioni dell'onere oggettivo.

²⁷⁸ Cass civ. SS. UU. 30. 10. 2001, n. 13533.

criterio. Ponendo le due azioni sullo stesso piano, l'art. 1453 c.c. impone dunque di applicare lo stesso riparto dei carichi di prova ad entrambe, anche per assecondare le “*esigenze di certezza*” degli operatori del diritto. Esse, secondo il ragionamento della Corte, sarebbero state infatti frustrate dalla disomogeneità del criterio di Micheli.

In entrambi i casi, dunque, il criterio di “*vicinanza o riferibilità della prova*” impone di gravare del carico della prova relativa all'esatto adempimento il debitore. Esso, in quanto fatto estintivo del diritto di credito vantato dall'attore, va dimostrato dal convenuto²⁷⁹, ma va allegato dall'attore nel caso in cui egli chieda la risoluzione o il risarcimento del danno. La scissione manifesta fra onere di allegazione e della prova trova ragione nella necessità dell'affermazione dell'altrui inadempimento al fine della sostanziazione della domanda diretta ad ottenere lo scioglimento del contratto, che altrimenti difetterebbe del carattere della concludenza²⁸⁰.

²⁷⁹ Anche secondo LAGENBECK (*Die Beweisführung* cit., p. 315) l'adempimento esatto ha sempre valore di fatto estintivo, per cui è onere del convenuto provarlo: “*die solutio (...) tilgt bekanntlich ipso iure die Verbindlichkeit des Beklagten, wer sie behauptet, bestreitet damit nicht, daß des Klagers Recht entstanden ist, ihn trifft also der Beweis*”. GERBER (*Beiträge* cit., p. 49) giunge agli stessi risultati pratici, affermando che l'inadempimento è estraneo al fondamento della domanda (“*die Nickerfüllung als Bestandtheil des Klagegrundes (ist) nicht anzuerkennen*”). Nello stesso senso, non lasciano dubbi le parole di ROSENBERG (*Die Beweislast* cit., p. 338): “*denn die Bewirkung der Leistung läßt die Forderung des Gläubigers erlöschen, ist also unbestritten eine rechtsvernichtende Tatsache*”. Conformemente v. F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 337, e A. WACH, *Die Beweislast* cit., p. 364. Tale impostazione trova riscontro anche nel diritto svizzero: v. H. SCHMID, *sub art. 8* cit., in *Basler Kommentar* cit., p. 117. La soluzione nel diritto tedesco pare in effetti scontata, dato che la risoluzione del contratto non si consegue attraverso la proposizione di una domanda posta in rapporto di alternatività all'azione di esatto adempimento, come nel diritto italiano, ma consegue automaticamente dopo il decorso di un termine fissato dal creditore attraverso una diffida ad adempiere (cfr. § 323 BGB). Dubbia è invece la sua estendibilità al nostro diritto, in cui di regola la risoluzione avviene in via giudiziale, e al creditore è rimessa la scelta fra i due rimedi. G. CHIOVENDA (*Principi* cit., p. 794) aderisce alla soluzione tedesca, considerando l'adempimento come fatto estintivo dell'obbligazione sia che si agisca per l'esatta esecuzione della prestazione, che in caso di azione di risoluzione. Tale soluzione non vale, però, nel caso in cui l'attore alleghi l'inadempimento di un obbligo di *non facere*: tendendo l'azione alla rimozione degli effetti dell'atto lesivo, essa ha ad oggetto una pretesa nuova e diversa rispetto al diritto scolpito nella fonte dell'obbligo. Ne consegue che l'inadempimento va provato da chi agisce, non perché esso consista in un fatto positivo (questa è invece la motivazione rinvenibile nella sentenza in discorso), ma in quanto elemento costitutivo del diritto azionario.

²⁸⁰ A tale proposito pare opportuno riferire, pur brevemente, l'opinione di MARCO DE CRISTOFARO (espressa nel già citato contributo *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio* cit., pp. 567 e ss.), che sul rapporto fra onere di allegazione e della prova costruisce un'interessante teoria. Secondo questo Autore, nel caso di obblighi di *dare e facere*, sia l'azione di esatto adempimento che quella di risoluzione non necessitano dell'allegazione del fatto dell'altrui inadempimento, giacché allegando la fonte dell'obbligo “*il creditore implicitamente afferma che il dover essere oggetto*

Seguendo dunque la motivazione offerta dalla sentenza, la vicinanza della prova funge da criterio alla luce del quale individuare il fatto estintivo, al fine di superare la difficoltà che il creditore incontrerebbe nella prova dell'inadempimento. A sostegno di tale ricostruzione, vengono spesi anche due argomenti che sono già stati incidentalmente analizzati nel primo capitolo, e che nell'argomentazione della Corte di Cassazione formano quasi un tutt'uno con quello della vicinanza: si tratta del principio per cui *negativa non sunt probanda* e della presunzione di persistenza del diritto. La prova del fatto negativo, infatti, presenta per i giudici difficoltà tali da giustificare l'inversione dell'onere in capo al debitore convenuto. Tale assunto si giustifica anche alla luce della summenzionata presunzione, che impone a colui che allega un mutamento della realtà preesistente, ossia al debitore che afferma di aver adempiuto, l'onere di provare ciò che egli dice. Il ricorso a queste due figure, tuttavia, presta il fianco ad una serie di rilievi critici.

Già Adolf Wach paragonava l'ostinazione dei giuristi nel riesumare la dottrina delle negative ad una salma che periodicamente viene galvanizzata, al fine di infonderle una parvenza di vita²⁸¹. Si è visto come essa fu alla base dell'assetto degli oneri probatori presso i romani, e nel Medioevo assurse a criterio fondamentale del

dell'impegno debitorio non ha trovato la programmata realizzazione” (*op. cit.*, p. 588). La domanda è concludente a prescindere dall'allegazione dell'altrui inadempimento, per cui sarà onere del convenuto allegare e dimostrare di avere esattamente adempiuto. Nel caso di obblighi negativi, invece, l'attore è tenuto non solo ad allegare, ma anche a provare, i fatti nuovi integranti la lesione del diritto vantato, “poichè dette circostanze costituiscono un elemento necessario della causa *petendi*”. L'attore deve allegare e provare il fatto specifico violativo del dovere, in quanto esso fonda il suo interesse ad agire, essendo i presupposti di fatto della pretesa fatta valere nel processo diversi rispetto a quelli dell'obbligo di non fare che si assume violato. Anche chi agisca facendo valere un inadempimento inesatto ha l'onere di allegare a provare tale inesattezza, rappresentando la difformità della prestazione rispetto al modello richiesto un elemento imprescindibile della *causa petendi*. È evidente che tale ricostruzione muova dal postulato, da tempo messo in discussione da dottrina e giurisprudenza, che l'onere della prova segua sempre quello di allegazione, o viceversa (v. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 174). Inoltre, si deve riconoscere come il criterio discrezionale fra le due ipotesi sia rappresentato dal mutamento dello stato di fatto preesistente che si realizza in caso di inadempimento di obbligazioni negative. Per questo motivo è possibile che l'Autore, pur criticando la dottrina delle negative, finisca in qualche modo per aderire ad una delle sue implicazioni fondamentali, e cioè che solo i mutamenti siano bisognosi di dimostrazione. Per una riflessione critica sul pensiero di De Cristofaro v. M. GARAVAGLIA, *La ripartizione* cit., p. 171 ss. La teoria in discorso solleva pure il complesso problema dei rapporti fra onere di allegazione e onere di sostanziazione della domanda, per la quale si rinvia all'*Handbuch* cit., pp. 175 ss., e a F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 222 ss.

²⁸¹ A. WACH, *Die Beweislast* cit., p. 388.

riporto. Nel diritto comune tedesco, essa sopravvisse alle critiche rivolte da Adolf Dietrich Weber²⁸², tant’è che ancora a metà del XIX secolo il fatto negativo viene pensato come un “*Unding*”²⁸³, una non cosa, che sfugge alla conoscibilità da parte dell’uomo e dunque non tanto non *deve*, quanto non può essere oggetto di prova. Già all’epoca, tuttavia, si evidenziò come basarsi sulla struttura negativa dell’allegazione della parte fosse un criterio nominalistico e fallace, giacché ogni negazione può facilmente essere riformulata in termini positivi e viceversa²⁸⁴. Allo stesso tempo, fu dimostrato come un fatto negativo sia suscettibile di essere dimostrato tramite inferenze logiche scaturenti da diversi fatti positivi.

Ad ogni modo, l’argomento decisivo per la confutazione della dottrina delle negative si ricava proprio dalla massima paolina a cui già si è fatto riferimento nel primo capitolo. La regola “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” non esonera l’attore dalla prova dei fatti privi di consistenza positiva, ma vieta che, qualora l’attore fallisca nella prova dei presupposti del proprio diritto, si possa pretendere dal convenuto la dimostrazione della loro insussistenza, come avveniva presso gli antichi germani²⁸⁵. A tal proposito risultano ancora una volta chiarificatorie le pagine di Micheli²⁸⁶, il quale sottolinea come, già presso i glossatori, la regola *negativa non sunt probanda* fosse solo limitata a spiegare come le generiche affermazioni negative del convenuto, ossia le contestazioni dei fatti allegati dall’attore, non fossero bisognose di prova, essendo “*necessario chiarire che l’attore non può mettere il convenuto nella necessità di provare il contrario della propria affermazione*”.

A ben vedere, anche la presunzione di persistenza del diritto deriva dall’erronea interpretazione del principio *negativa non sunt probanda*²⁸⁷. In particolare, essa fu

²⁸² A. D. WEBER, *Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß*, III Aufl., 1845 (citato da F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. XI).

²⁸³ “*Gerade so, wie wenn man den leeren Raum einen negativen Körper (...) nennen wollte*” (H. GERBER, *Beiträge* cit., p. 37).

²⁸⁴ W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 249; G. CHIOVENDA, *Principi* cit., p. 785.

²⁸⁵ V. W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 254.

²⁸⁶ G. A. MICHELI, *L’onere* cit., p. 41, ma dello stesso ordine di idee era pure G. CHIOVENDA, *Principi* cit., p. 787, il quale sottolinea come in molti casi sia proprio la legge a richiedere a chi agisce la prova di un fatto negativo.

²⁸⁷ Su tale rapporto v. A. GIUSSANI, *Sulla “vicinanza” della prova* cit., p. 1321.

sviluppata nell’ambito di una più raffinata elaborazione della tesi in esame, dovuta soprattutto agli studi di Schneider. Questo autore, consapevole dell’arbitrarietà del criterio meramente grammaticale usato per individuare i fatti negativi, distingue gli enunciati fra *Realpositive* e *Realnegative* a seconda che il fatto allegato consista o meno in un mutamento della realtà fenomenica²⁸⁸. Per questa ragione, l’attore deve solo provare il sorgere del suo diritto, presumendosi, in ragione di una massima di esperienza, il perdurare dello stesso fino alla prova della sua estinzione²⁸⁹.

È stato ben presto sottolineato come tale presunzione, ben lungi dal trovare la propria fonte in una norma o principio giuridico, altro non sia che una veste utilizzata per descrivere una regola dell’esperienza, che induce il giudice a ritenere immutata la situazione esistente. Dunque, la presunzione in discorso interviene solo nel momento della formazione del convincimento del giudice, e non può essere utilizzata per giustificare una manipolazione dell’onere oggettivo, ma semmai solo dell’onere, concreto e soggettivo, di introduzione della prova nel processo (*Beweisführungslast*). Dubbio è poi che questo argomento possa essere speso in relazione alla vicinanza della prova, essendo stato dimostrato che molto spesso la prova del mutamento allegato dall’attore è richiesta al convenuto per ragioni di verosimiglianza o di convenienza²⁹⁰. La presunzione di persistenza, dunque, non è fenomeno diverso da quelli analizzati nel secondo e terzo paragrafo del presente capitolo: un mero espediente “per dare una rilevanza giuridica, in certo senso fissa,

²⁸⁸ V. W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 261. Sul tema v. pure la critica di CHIOVENDA (*Principi* cit., p. 785), il quale evidenzia come avrebbe forse più senso parlare di una presunzione di estinzione, nascendo numerosi stati giuridici, come le obbligazioni, proprio per estinguersi.

²⁸⁹ Secondo FITTING (*Die Grundlagen* cit., p. 16) le leggi della natura, riflettendosi nella mente dell’uomo, gli impongono di non ritenere accertato alcun mutamento finché non si provi la causa dello stesso: “wenn kein Grund für die Annahme einer Veränderung besteht, notwendig die Fortdauer des Bisherigen Zustandes angenommen werden muss” (ivi, p. 18). Contra v. H. GERBER, *Beiträge* cit., p. 16, secondo il quale la persistenza non trova riscontro in natura, e non è giustificabile né secondo ragione né attraverso il diritto positivo. Di questo ordine di idee è pure LEONHARD (*Die Beweislast* cit., p. 70) che si richiama alla celebre sentenza eraclitea per sottolineare l’incessante mutamento delle cose del mondo, che si riflette pure nel campo giuridico. Simili argomenti si ritrovano anche nella dottrina italiana (v. ad esempio S. PATTI, *Le prove* cit., p. 160) a partire dai *Principi* di CHIOVENDA. Una rielaborazione più raffinata della presunzione di persistenza del diritto è il cd. *Angreiferprinzip*, che onera della prova la parte che allega una modificazione della realtà giuridica, e non fenomenica (G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 116).

²⁹⁰ F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 68; G. A. MICHELI, *L’onere* cit., p. 349, nota 88.

*a criteri di valutazione*²⁹¹, basati ancora una volta sulla verosimiglianza delle allegazioni di parte.

In realtà, è assai dubbio che l'allegazione del perdurare di uno stato giuridico sia più verosimile del suo venir meno, essendo alquanto difficile desumere dalla realtà dei fenomeni una massima d'esperienza atta a giustificare un tale assunto²⁹². Ammesso che ciò sia possibile, questo principio può essere, se lo si vuole, ricondotto al novero delle presunzioni giurisprudenziali, regole di formazione pretoria, originatesi dal consolidarsi di una massima di esperienza, che finiscono per spiegare una qualche incidenza sul riparto degli oneri istruttori. Pare tuttavia opportuno confinare questa incidenza alla sola formazione del convincimento del giudice, essendo difficile ammettere che una siffatta presunzione possa, come afferma la giurisprudenza in commento, influire sul riparto dell'onere della prova in senso oggettivo, che, nel processo civile, non può che essere regolato astrattamente dalla legge.

Chiariti questi due profili, il problema della prova del fatto negativo tuttavia rimane. Non si può negare, infatti, come la dimostrazione di tali circostanze possa risultare particolarmente ardua alla parte onerata, specie se di tratta di una cd. negativa indeterminata. Si tratta di enunciati fattuali che non sono suscettibili di essere dimostrati attraverso la prova di un singolo fatto positivo incompatibile con il loro contrario. Detto altrimenti, la negativa indeterminata richiederebbe, per essere confermata, la prova di un “*numero indefinito di proposizioni affermative*”²⁹³.

Pur ammettendo la prova per presunzioni, il compito dell'onerato pare ciononostante assai gravoso, al punto da poter eventualmente pregiudicare il

²⁹¹ G. A. MICHELI, *L'onere* cit., p. 348.

²⁹² M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione* cit., p. 584. Nota infatti GIUSSANI (*sulla "vicinanza"* cit., p. 1321), che essa “trova in sé un fondamento non più solido di una presunzione, as it were *eraclitea, di mutamento*”.

²⁹³ V. S. PATTI, *Le prove* cit., p. 5, che cita l'esempio della prova dell'incolpevolezza. Autorevole dottrina tedesca (A. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 482) ha precisato come l'attributo della negatività non sia propriamente relativo al fatto, ma al giudizio sul fatto, ragion per cui dovrebbe discorrersi di *negatives Tatsachenurteil*. V. in tal senso pure G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 213. In generale, dunque, si può dire che corrisponda a buon senso non esigere dalla parte la prova di proposizioni indefinite, anche se tale esigenza non solo non implica, ma di per sé neanche giustifica un'inversione dell'onere della prova (M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione* cit., p. 579).

successo dell'iniziativa processuale. Tuttavia, come si avrà modo di osservare meglio in seguito, pare eccessivo far derivare dalla natura disagevole della prova l'esigenza di una manipolazione pretoria della regola di giudizio astratta.

A tali inconvenienti si può ben far fronte con strumenti assai meno invasivi e decisamente più indolori sul piano del rapporto tra norma astratta e poteri del giudice. Per rifarsi ancora una volta all'imprescindibile *Handbuch*, si deve dunque riconoscere che “*die Schwierigkeiten des Negativenbeweises grundsätzlich ohne Eingriff in das System der Beweislastverteilung überwunden werden können*”²⁹⁴.

5. Vicinanza e onerosità della preconstituzione della prova

Nei paragrafi precedenti, si è cercato di scindere in due concetti il principio della vicinanza della prova, osservando come esso venga richiamato per giustificare due fenomeni assai diversi.

Nel primo caso, esso impone un abbassamento dello standard di prova, che spesso finisce per coincidere con la mera corrispondenza del fatto allegato all'*id quod plerumque accidit*. Nel secondo gruppo di casi, la difficoltà della parte onerata, non potendo essere risolta facendo ricorso ad una massima d'esperienza, spinge il giudice a ricorrere a dei correttivi, fra i quali le corti italiane prediligono senz'altro la manipolazione dell'onere oggettivo²⁹⁵.

Si vuole adesso concentrare l'attenzione sugli effetti che l'allocazione degli oneri probatori spiega nella fase precedente al processo. Sebbene, secondo un insegnamento classico, la regola di giudizio trovi applicazione solo al momento della decisione, essa finisce indirettamente per proiettarsi sulla fase anteriore al

²⁹⁴ G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 487.

²⁹⁵ Anche nella giurisprudenza tedesca ricorre la figura della *Beweiserleichterung bis zum Beweislastumkehr*. L'abbassamento dello standard di prova richiesto per fondare il convincimento del giudice circa il *factum probandum*, dunque, può giungere fino ad invertire l'onere a svantaggio della parte astrattamente non onerata. Tuttavia, la dottrina ha avuto cura di sottolineare come, in questo caso, si possa parlare al più di inversione dell'onere soggettivo (*Beweisführungslast*), restando quello oggettivo saldamente in capo alla parte astrattamente onerata (v. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 201).

processo. La parte che, in base alla regola generale, si riconosce onerata della prova nell'eventualità della lite, avrà tutto l'interesse ad adoperarsi, prima dell'introduzione del giudizio, per precostituirsi le prove relative ai presupposti fattuali della propria pretesa²⁹⁶.

Uno dei casi in cui tale rilevanza, per così dire anticipata, della regola dell'onere della prova viene in rilievo è quella della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* Questo istituto, pur avendo una funzione eminentemente deflativa del contenzioso, è utile anche a chi intende instaurare un giudizio al fine di premunirsi della prova che, verosimilmente, egli sarà tenuto a fornire nel corso del procedimento. Vigendo nel nostro sistema il principio di anticipazione delle spese processuali, i costi della consulenza, spesso ingenti, saranno sopportati da chi la ha richiesta fino al momento della definizione della controversia²⁹⁷. Ecco che, se non vi fosse una regola generale ed astratta a distribuire i carichi di prova, sarebbe impossibile, per chi intendesse proporre un giudizio, valutare l'opportunità del ricorso alla consulenza preventiva, non potendo egli sapere *ex ante* a chi il giudice chiederà la prova del fatto. L'onere della prova appare dunque, secondo questa prospettiva, come strumento utilissimo a favorire la calcolabilità del diritto e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Può apparire pertanto discutibile rinunciare alla regola generale ed astratta in favore di un criterio sì flessibile, ma impredittibile e conoscibile solo al momento della pubblicazione della decisione.

Riservandoci di ritornare in seguito su tale tema, interessa adesso verificare se il criterio della vicinanza della prova possa giustificarsi alla luce della prospettiva qui assunta, ossia quella dell'onerosità della precostituzione dei mezzi istruttori. Come al solito, è opportuno analizzare distintamente le due tipologie di casi in cui la

²⁹⁶ La dottrina tedesca parla di *vorprozessuale Wirkung* (G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 151), o di *Vorwirkung* (cfr. H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 28).

²⁹⁷ V. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, XII ed., Giuffrè, Milano, 2022, pp. 432 e ss. Si noti che con la sent. 87/2021, la Corte Costituzionale ha negato che le spese della consulenza preventiva di cui all'*art. 696 bis c.p.c.* possano essere compensate prima della definizione della controversia, sulla base delle mere risultanze della consulenza stessa. Ne deriva che la parte che la richiede deve anticiparne le spese fino alla decisione finale.

vicinanza della prova viene in rilievo, secondo l'approccio che si è scelto di adottare finora.

Nel primo gruppo di casi, in cui lo standard dell'onerato viene ridotto in ragione di una massima d'esperienza, parrebbe che le parti siano in grado di conoscere *ex ante* la conformità o meno delle proprie affermazioni al decorso normale degli eventi, essendo esso un concetto rientrante nella comune esperienza. In realtà, a partire dalle considerazioni di Stein²⁹⁸, nessuno dubita che, ai fini dell'utilizzo delle massime d'esperienza, è irrilevante il modo in cui essere siano state apprese dal giudice. Per questa ragione, non è detto che la regola esperienziale applicata dal giudice sia notoria e dunque conosciuta dalle parti in anticipo. Il magistrato potrebbe bene aver attinto al proprio sapere privato, ma la situazione non cambia se il criterio inferenziale viene appreso nel corso del procedimento attraverso una consulenza tecnica: in corso di causa è ormai troppo tardi per preconstituirsi la prova, finendo così le parti per essere colte alla sprovvista. Ragionando in prospettiva, poi, l'imprevedibilità del criterio inferenziale usato dal giudice non potrà che accrescetersi nei prossimi anni, vista l'evoluzione tecnologica repentina che impone al magistrato di pronunciarsi su materie ad alto grado di complessità, in cui il giudizio sul fatto presuppone conoscenze tecniche assai specifiche.

Non sempre, dunque, la parte che con la tecnica in discorso finisce per essere concretamente gravata della prova è in condizione di conoscere in anticipo la “inverosimiglianza” della propria posizione ed attivarsi per tempo al fine di raccogliere gli elementi necessari.

Né può dirsi, d'altronde, che questo sacrificio sia necessario al fine di un più accurato accertamento della verità materiale, facendo rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta. L'alleggerimento dello standard di prova potrebbe infatti apparire, di primo acchito, uno strumento utile a garantire l'effettività della tutela

²⁹⁸ V. F. STEIN, *Das private Wissen* cit., p. 85. Il tema è stato recentemente oggetto di approfondimento da parte della dottrina processualpenalistica tedesca, che è giunta alle medesime conclusioni. Le massime di esperienza devono avere validità tendenzialmente generale, ma “*allgemeinkundig brauchen sie nicht zu sein*” (E. GRAUL, *Systematische Untersuchungen zur Offenkundigkeit im Strafprozess*, in D. Maurer (a cura di), *Kriminalwissenschaftliche Studien*, Band 21, Elwert, Magburg, 1996, p. 173). Sul tema v. pure P. BUSCHHORN, *Rechtsprobleme der Offenkundigkeit von Tatsachen im Strafverfahren*, Peter Lang, Frankfurt, 1997.

giurisdizionale, abbattendo gli ostacoli incontrati da chi avanza una pretesa in giudizio al fine del riconoscimento della tutela stessa. Tuttavia, a ben vedere, l'abbassamento dello standard altro non fa che allontanare le parti ed il giudice dalla verità. Il magistrato, finendo per convincersi di un fatto meramente verosimile, rinuncia a pretendere una conferma dell'ipotesi fattuale in termini di veridicità, ossia di corrispondenza dell'affermazione all'effettivo corso degli eventi. Così facendo, egli si adagia su quella *abstrakte Wahrscheinlichkeit* che con la verità, come visto, non ha nulla a che fare²⁹⁹. Più che favorire l'accuratezza dell'accertamento della verità, dunque, la vicinanza della prova intesa come bastevolezza della verosimiglianza del fatto affermato risponde ad un criterio di economia se non addirittura di utilitarismo processuale, avendo lo scopo di “minimizzare quei costi che vengono sopportati prevalentemente dal servizio pubblico di amministrazione della giustizia”³⁰⁰. Ritenere provato un fatto solo verosimile parrebbe pertanto non comportare benefici né in termini di prevedibilità delle decisioni, né di accuratezza della ricostruzione della verità. Di tale tecnica, tuttavia, probabilmente è impossibile fare del tutto a meno, se non altro in quegli ambiti di contenzioso in cui la massima d'esperienza è facilmente conoscibile già prima del processo e gode di un sufficiente grado di attendibilità.

Passando a considerare il secondo gruppo di casi, si è già più volte affermato come, laddove manchi l'*id quod plerumque accidit*, la manipolazione dell'onere della prova viene normalmente giustificata alla luce di criteri di giustizia sostanziale, richiamando concetti come la buona fede processuale, il giusto processo di cui all'art. 111 Cost., doveri di lealtà e probità etc. Pur essendo tali soluzioni conformi ad un comune sentimento di giustizia, non pare opportuno ravvisare in tali considerazioni il solo e decisivo fondamento della deviazione dalla regola generale dell'onere della prova operata dal giudice. In generale, è stato infatti evidenziato come considerazioni basate su astratti e poco definiti principi di giustizia evochino un mondo di imponderabili valori, derivati forse da una realtà soprassensibile:

²⁹⁹ V. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* cit., pp. 158 ss.

³⁰⁰ A. GIUSSANI, *Sulla “vicinanza” della prova* cit., p. 1329.

intuizioni che si addicono meglio al mistico che al giurista³⁰¹. Con particolare riferimento all’ambito processuale, poi, giova ribadire come la natura essenzialmente tecnica delle norme del procedimento³⁰² mal si presti a valutazioni secondo canoni morali: “*la procedura può ritenersi impermeabile ad ogni discorso sui fini e ad ogni riflessione di senso, assorbiti nel rispetto delle regole che la strutturano*”³⁰³. Il sentimento di giustizia non merita di essere enfatizzato al di là di ciò che esso effettivamente è, ossia appunto mero fatto emozionale.

È dunque opportuno ricercare una differente giustificazione del principio della vicinanza della prova con riferimento a questo secondo gruppo di casi, e non è difficile rinvenirla proprio nella minore onerosità della precostituzione della prova in relazione alla parte più prossima ad essa. Epurata dal proprio sostrato emozionale, la vicinanza della prova si presenta come quel criterio che grava della dimostrazione di un fatto la parte per cui tale attività risulta meno onerosa in termini economici³⁰⁴. Sulla scorta di questa impostazione, tale criterio andrebbe a vantaggio delle parti per due motivi. Innanzitutto, esso comporta un risparmio di costi in relazione all’attività di precostituzione delle prove propedeutica al giudizio. La parte più prossima alla prova può procurarsela con un costo più contenuto, e ciò comporta un generale risparmio delle risorse impiegate al fine della coltivazione del processo.

Da un secondo punto di vista, la vicinanza della prova risulta addirittura assolvere una funzione epistemica. Rendendo più “economica” l’attività di precostituzione

³⁰¹ Cfr. F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, la Nave di Teseo, Milano, 2024, ristampa della prima edizione del 1967, p. 110.

³⁰² Non ci si può addentrare, in questa sede, sulla problematica natura giuridica della regola dell’onere della prova, tema non meno complesso che controverso. Ci si limita, pertanto, ad un generico rinvio a G. VERDE, voce *prova* cit., pp. 594 ss. Con riferimento alla dottrina tedesca v., anche per un’analisi della possibile riconducibilità dell’istituto al *materielles Justizrecht* di Goldschmidt, D. LEIPOLD, *Beweistlastregeln* cit., pp. 71 ss.

³⁰³ A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del cd. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.* 2016, n. 1, p. 63. V. pure A. M. TEDOLDI, “*Onus probandi incumbit ei qui negat*”. *Eterogenesi e palingenesi dell’onere della prova e della contumacia*, in *Riv. dir. proc.* 2024 n. 4, p. 1133 e s., che sottolinea come l’erosione delle regole generali ed astratte, prima fra tutte quella dell’onere della prova, vada interpretata nel contesto di quella “*modernità liquida*” in cui la predicazione di valori e principi astratti si accompagna ad un utilitarismo sfrenato, che tutto piega allo scopo della massimizzazione dei profitti.

³⁰⁴ Su questo punto insiste particolarmente A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, p. 1324.

delle prove, e dunque abbattendone i costi, essa favorisce l'accuratezza dell'accertamento della verità. La regola tradizionale dell'onere, pur garantendo una certa calcolabilità dell'allocazione degli oneri probatori, prescinde - di massima - dalla valutazione circa l'onerosità dell'attività probatoria, la quale però finisce per avere una diretta incidenza sul grado di precisione della ricostruzione dei fatti³⁰⁵. Ne deriva che la vicinanza della prova, nella seconda delle accezioni qui poste in rilievo, se analizzata dalla prospettiva dell'onerosità della precostituzione dei mezzi di prova, appare un criterio tutto nell'interesse delle parti. Esse, infatti, vengono sgravate parzialmente dai costi dell'accertamento della verità, che risulta ad un tempo più preciso ed accurato. Tale impostazione non va dunque tacciata di utilitarismo processuale, poiché l'abbattimento dei costi della fase di ricerca della prova è essenzialmente a vantaggio delle parti del processo, che si vedono sollevate da "*un costo di attuazione della norma sostanziale*" che avrebbero altrimenti dovuto sopportare³⁰⁶.

Questa interpretazione pare la più adatta, fra quelle proposte, a dare una spiegazione razionale e non impressionistica del fenomeno. La vicinanza della prova non impone alla parte non onerata di collaborare all'istruttoria in ragione di un sentimento di giustizia, ma perché ciò è utile a contenere i costi, soprattutto nel comune interesse delle parti.

Constatato come il criterio, in sé considerato, possa comportare delle conseguenze vantaggiose per l'amministrazione della giustizia, resta da considerare quale sia la *tecnica* che in concreto è opportuno adoperare affinché la vicinanza della prova trovi impiego nel nostro ordinamento. Prima di analizzare questo problema, che trova spazio nel prossimo capitolo, pare ora opportuno concentrarsi sul rapporto fra l'onerosità della prova e la difficoltà dell'esercizio del diritto, che la vicinanza della prova potrebbe contribuire ad alleviare.

³⁰⁵ Alcuni autori statunitensi hanno mostrato particolare interesse nell'impiegare gli strumenti dell'analisi economica del diritto in relazione al diritto delle prove, insistendo particolarmente sui costi relativi alla precostituzione dei mezzi di prova. V. R. A. POSNER, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, in *John M. Olin Program in Law and Economics Working Papers No. 66*, 1999; R. J. ALLEN, A. STEIN, *Evidence, Probability, and the Burden of Proof*, in *Arizona Law Review*, 2013, vol. 55, pp. 558 ss.

³⁰⁶ A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, p. 1329.

6. La vicinanza della prova come parametro in relazione ad altre regole

Alla luce di quanto finora esposto, si potrebbe forse azzardare di definire la vicinanza della prova come quel criterio che, di fronte alla difficoltà della parte che secondo la regola generale ed astratta risulta onerata della prova in relazione alla dimostrazione dei fondamenti della propria pretesa, permette ad essa di dimostrare la mera verosimiglianza delle proprie allegazioni, *oppure* le concede un altro alleggerimento probatorio (*Beweiserleichterung*) in ragione della migliore attitudine alla prova della parte per cui la stessa risulta meno onerosa.

È evidente che, essendo nel processo in gioco posizioni sostanziali, la difficoltà della prova si riverbera indirettamente sulla difficoltà dell'esercizio del diritto³⁰⁷. Assegnare all'attore una prova eccessivamente gravosa significa frapporre un ostacolo fra questi e la possibilità di veder riconosciuto dal giudice il proprio diritto, con conseguenze difficilmente accettabili. Del rapporto fra difficoltà della prova e dell'esercizio del diritto erano ben consapevoli i codificatori, a quanto si desume dall'art. 2698 c.c. Tale disposizione vieta la stipula di patti relativi all'onere della prova nella misura in cui essi incidano su diritti indisponibili oppure rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

I patti relativi all'onere della prova rientrano nel più ampio *genus* dei patti probatori, accordi che possono avere gli oggetti più diversi, dall'impegno a non contestare un fatto all'esclusione di mezzi di prova. I patti sull'onere hanno natura sostanziale, non potendo l'autonomia privata dettare al giudice norme atte ad indirizzare direttamente il suo operare³⁰⁸. Attraverso questi accordi, le parti modificano la fattispecie sostanziale, cambiando "segno" ad uno dei fatti constitutivi facendogli

³⁰⁷ Sul tema in generale v. S. PUGLIATTI, voce *Esercizio del diritto (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto* Giuffrè, XV, 1966, pp. 622 ss.

³⁰⁸ Per tale ragione, la dottrina anteriore alla promulgazione del codice civile vigente escludeva l'ammissibilità dei patti sulle prove, in quanto essi avrebbe rappresentato un'indebita ingerenza delle parti nella formazione del convincimento giudiziale. Tali accordi erano ammessi solo se incidenti su una norma la cui *ratio* risiedeva nella tutela di interessi sostanziali. Se ad essere derogata attraverso il patto era una norma processuale, l'accordo era da considerarsi inammissibile. V. V. ANDRIOLI, voce *prova* cit., p. 825.

assumere il carattere di circostanza impeditiva, o viceversa. L'inversione dell'onere si produce, dunque, quale mera conseguenza riflessa della manipolazione, ad opera delle parti, della fattispecie sostanziale³⁰⁹.

Il limite della "eccessiva difficoltà" dell'esercizio del diritto interviene a limitare l'autonomia delle parti nella configurazione della fattispecie, impedendo loro di stabilire un riparto degli oneri che renda la dimostrazione dei fatti bisognosi di prova tale da rasentare l'impossibile o comunque notevolmente più ardua rispetto a quella normalmente sopportata dall'onerato³¹⁰. A tale fine, devono essere considerati una serie di fattori eterogenei, fra i quali spicca la significativa "lontananza" della parte dai mezzi di prova relativi ai fatti che essa si è impegnata a dimostrare, da valutare in relazione ai costi e agli sforzi che essa dovrebbe profondere per soddisfare l'onere³¹¹.

Ecco che il criterio della non eccessiva onerosità della prova, che normalmente opera in positivo, coinvolgendo la parte astrattamente non onerata nella prova dei fatti controversi, qui agisce in negativo, come limite per l'autonomia privata, impedendo alle parti di adottare un riparto talmente gravoso da vanificare l'utilità del contraddittorio nell'accertamento del fatto³¹².

La dottrina che si è occupata del tema ha sottolineato come i patti che tecnicamente hanno ad oggetto una configurazione dell'onere diversa da quella legale siano assai scarsi nella prassi³¹³. Ciononostante, dal punto di vista teorico essi permettono di evidenziare come il criterio della vicinanza della prova non spieghi solo un'efficacia diretta sulla concreta allocazione dei carichi probatori. Essa, infatti, agisce anche quale paramento generale per orientare l'esercizio di poteri privati, nella misura in cui essi possono avere una qualche incidenza sull'onere della prova.

³⁰⁹ M. MARINELLI, *Convenzioni probatorie e patti sull'onere della prova*, in AA. Vv., *L'onere della prova* cit., p. 166. V. anche G. A. MICHELI, *L'onere* cit., p. 246; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili* cit., p. 408.

³¹⁰ S. PATTI, *Le prove* cit., p. 271.

³¹¹ M. MARINELLI, *Convenzioni probatorie* cit., pp. 168 e s.

³¹² S. PATTI, *Le prove* cit., pp. 279 e s.

³¹³ A. VALLEBONA, *L'onere della prova* cit., p. 88; M. MARINELLI, *Convenzioni probatorie* cit., p. 173. Tale aspetto è sottolineato anche da L. P. COMOGLIO, *Le prove civili* cit., p. 411.

Il principio della vicinanza svolge anche il ruolo di guidare il giudice nello scegliere la parte alla quale deferire il giuramento suppletorio. Dal punto di vista storico, si è già sottolineato nel precedente capitolo come la regola per cui la prova incombe sempre al convenuto, vigente presso gli antichi popoli germanici, trovasse ragione proprio nella maggiore prossimità dell'aggredito rispetto ai fatti sui quali egli veniva chiamato a giurare³¹⁴. Istituto di risalente origine, il giuramento suppletorio è oggi disciplinato dall'art. 240 c.p.c. ed ha l'effetto di evitare l'applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova. Esso colma il deficit di convincimento necessario ai fini dell'accertamento del fatto mediante il ricorso ad una prova legale, idonea a superare il *non liquet*. Tale specie di giuramento prevede dunque come condizione una situazione di *semiplena probatio*, “che quindi presuppone che i fatti non siano pienamente provati, ma neppure sforniti di prova”³¹⁵. Presupposto coincidente con quello della regola di giudizio, rispetto alla quale l'istituto si pone pertanto in rapporto di alternatività.

Tale assunto non è però universalmente condiviso. Una parte della dottrina, infatti, ha evidenziato come il giuramento suppletorio sia uno strumento utile a valorizzare la “gradazioni del convincimento” del giudice, dovendosi distinguere l'ipotesi della *Beweislogikeit* o assenza totale di prova, che conduce all'applicazione della regola di giudizio, dalla *semiplena probatio*, incertezza più sfumata e attenuata che giustifica il deferimento del giuramento d'ufficio³¹⁶.

Ad ogni modo, non vi è dubbio che il deferimento del giuramento suppletorio presupponga una valutazione da parte del giudice relativa all'individuazione della

³¹⁴ Oltre ai riferimenti già forniti nel precedente capitolo, si v. A. M. TEDOLDI, “*Onus probandi incumbit ei qui negat*” cit., p. 1129.

³¹⁵ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile* cit., p. 161. Utilizzando un'espressione desunta dai giuristi medievali, MICHELI (*L'onere* cit., p. 185, nota 20) parla di *inopia probationum*. La specularità del giuramento d'ufficio alla regola di giudizio è uno degli argomenti spesi da chi sostiene che l'onere della prova abbia tuttora natura di regola di prova legale (v. J. NIEVA FENOLL, *L'onere della prova* cit.)

³¹⁶ A. VALLEBONA, *L'onere della prova* cit., p. 6, nota 7. Secondo l'illustre Autore, peraltro, il giuramento suppletorio esclude la configurabilità, nell'ordinamento italiano, di una prova basata sulla mera verosimiglianza, “perché questa rileva positivamente solo come condizione per l'ammissibilità del giuramento d'ufficio, appunto diretto a rendere possibile, sia pure con le peculiarità della prova legale, quel necessario convincimento pieno che la semplice verosimiglianza non consente” (*op. cit.*, p. 183).

parte che si trova nella migliore posizione per riferire sui fatti rimasti incerti, in ragione della maggiore prossimità ad essi³¹⁷. In questo caso, se di vicinanza della prova si vuole parlare, non ci si deve riferire all'onerosità della precostituzione della prova, giacché tale valutazione interviene in un momento posteriore alla chiusura dell'istruttoria, e dunque si risolve nell'individuazione della parte che *plausibilmente* è meglio informata sullo svolgimento dei fatti. Non è escluso, tuttavia, che i due profili vadano a coincidere, essendo plausibile ritenere meglio informata la parte che, nella fase anteriore al processo, poteva procurarsi con minori costi le informazioni relative al fatto controverso.

Se nel caso dei patti di prova la vicinanza limita l'autonomia privata, anche qui essa non è criterio atto a incidere direttamente sull'onere della prova astratto, nè sulla necessità pratica di fornire la dimostrazione dei fatti. Essa guida invece l'esercizio di un potere discrezionale del giudice, inducendolo a richiedere il giuramento dalla parte più prossima alla prova.

Si è dunque fin qui cercato di analizzare le ragioni sotse alle seconda accezione attribuita alla vicinanza della prova, intesa come ripartizione dell'onere adatta a trovare impiego in tutti quei casi in cui non è possibile basarsi sulla mera verosimiglianza delle allegazioni al fine di alleggerire la posizione dell'onerato. Essa, come si è avuto già modo di sottolineare, impone la prova alla parte per cui essa (o meglio la sua precostituzione) risulta meno onerosa. Questa impostazione, se ha il pregio di fare piazza pulita di fumosi richiami a valori di giustizia ed equità, presta però il fianco ad alcune critiche.

Non è infatti del tutto chiaro per quale motivo il convenuto, che secondo le tradizionali regole astratte non sarebbe onerato della prova, solo perché potrebbe

³¹⁷ In realtà, L. P. COMOGLIO (*La prova civile*, p. 743, nota 112) sottolinea come la giurisprudenza, nell'individuare la parte a cui deferire il giuramento suppletorio, scelga quella che, attraverso il proprio contributo alla fase istruttoria, è più prossima a soddisfare lo standard di convincimento richiesto dal giudice. Il giudice tende quindi a deferire il giuramento alla parte che “*abbia fornito il maggior contributo probatorio*” (così Cass. 27.6.2006, n. 14768), in quanto più meritevole di fiducia. Quindi al criterio della vicinanza come riferibilità alla parte dei fatti oggetto del giuramento si sovrappone quello della rilevanza del contributo probatorio già fornito dalla parte stessa.

premunirsi dei mezzi istruttori necessari a dimostrare il fatto ad un costo minore rispetto all'avversario, debba preoccuparsi, prima ancora dell'inizio di qualsivoglia processo, di raccogliere le prove all'uopo necessarie³¹⁸. Per quanto tale atteggiamento corrisponda ad uno standard generale di prudenza, e possa essere argomentato richiamandosi al concetto di autoresponsabilità, sembra che l'interesse pubblico alla maggiore accuratezza dell'accertamento del fatto e alla riduzione dei costi dell'istruttoria finisca per andare a discapito della parte non onerata, che vede pendere sul proprio capo la spada di Damocle della prova che potrebbe esserne richiesta.

La tesi in discorso finisce dunque per trascurare come l'onere della prova gravi di massima su chi pretende di modificare la situazione giuridica esistente. Ciò, come si è visto, non avviene in ragione di una presunzione di persistenza dei diritti, che non esiste, ma per ragioni di mera ragionevolezza: è evidente che chi agisce ha possibilità maggiori di preconstituirsi la prova rispetto a chi, pur più "vicino" alla prova, è colto di sorpresa dalla citazione in giudizio³¹⁹.

Inoltre non può mancarsi di notare come un unico principio, quale è quello della minore onerosità della prova, se assunto come criterio fondamentale di allocazione degli oneri probatori, finirebbe per comportare un riparto ben più rigido di quello dettato dai criteri tradizionali. Pensare di rendere giustizia alla molteplicità dei casi concreti in cui il problema del riparto viene in rilievo attraverso un unico principio significa operare una semplificazione eccessiva della realtà, inadeguata a rendere conto della sua complessità³²⁰.

Con ciò non si vuole negare l'utilità del criterio in sé, ma evidenziare come l'uso che di esso è fatto in Italia, dove le corti lo impiegano per invertire l'onere della

³¹⁸ V. H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p. 101.

³¹⁹ Si tratta dell'*Angreifersprinzip* della dottrina tedesca, su cui v. H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., pp. 251 ss.; D. LEIPOLD, *Beweislastregeln* cit., p. 49. Cfr. anche K. H. SCHWAB, *Zur Abkehr moderner Beweislasttheorien von der Normentheorie*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, Köln- Berlin- Bonn- München, 1978, p. 518, che afferma la ragionevolezza della tutela della situazione esistente, anche alla luce delle differenti possibilità, relative alla precostituzione della prova, di attore e convenuto. In generale, si nota come la soluzione proposta finirebbe per troncare il legame fra onere della prova e interesse alla prova di un fatto, perno fondamentale della dottrina di Rosenberg.

³²⁰ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 256: "Der Vielfalt der Lebensvorgänge und des Rechts kann ein einzelnes Prinzip niemals gerecht werden".

prova, presenti degli svantaggi troppo evidenti per il convenuto ignaro, a cui viene in tal modo imposto di premunirsi della prova in previsione di tutti i processi che potrebbero essere astrattamente proposti nei suoi confronti. Su tale assunto si avrà modo di tornare nel prosieguo del lavoro. Pare infatti prima opportuno dedicare ulteriore spazio all’elaborazione teorica, riflettendo sui rapporti tra il principio della vicinanza della prova e l’interpretazione delle norme.

7. Vicinanza della prova e interpretazione

È frequente l'affermazione secondo cui la vicinanza della prova fungerebbe da criterio ermeneutico alla stregua del quale individuare il fatto impeditivo, per distinguerlo dal fatto costitutivo³²¹. Effettivamente non mancano le sentenze in cui tale principio pare operare nell’ambito della quadripartizione presupposta dall’art. 2697 c.c.: oltre alla già citata questione dell’inadempimento contrattuale (dove più precisamente la vicinanza viene utilizzata per desumere la natura estintiva di un fatto), ciò si osserva chiaramente in relazione al tema della prova del vizio della cosa compravenduta³²².

D’altronde, a partire dall’insegnamento di Adolf Wach, nessuno dubita che l’individuazione dei carichi di prova sia un problema di interpretazione delle norme, da condurre sulla base non solo di criteri testuali, ma pure attingendo a considerazioni di carattere metagiuridico. In Italia, il primo a parlare di vicinanza come canone ermeneutico fu Rodolfo Sacco, che delineò un metodo di

³²¹ V. *infra*, nota 325.

³²² Ci si riferisce a Cass. civ. SS. UU. 3 maggio 2019, n. 11748, la quale adopera tale criterio per assegnare la prova del vizio all’attore. Esso è, secondo il ragionamento della Suprema Corte, elemento costitutivo del diritto fatto valere attraverso l’azione edilizia, anche perché il bene, nel momento in cui detta azione è esperita, si trova nella disponibilità del compratore, che ha maggiore facilità di accertare il vizio. Su tale sentenza si veda la nota a sentenza di Giussani già citata. MAZZARIOL (*Fatti costitutivi* cit., pp. 585 ss.) cita numerose sentenze in cui la vicinanza funge da canone ermeneutico. V. anche M. FRANZONI, *La “vicinanza della prova”, quindi...*, in *contratto e impresa* 2016, II, pp. 360 ss.

interpretazione delle disposizioni particolarmente raffinato secondo il quale sciogliere il nodo del riparto dell'onere³²³.

Si ritiene doveroso precisare come, ai fini dell'interpretazione, la vicinanza della prova vada intesa nella seconda delle accezioni qui proposte, ossia come principio relativo all'attenuazione delle difficoltà della parte onerata alla luce della minore onerosità della prova, nell'ottica di una maggiore accuratezza dell'accertamento del fatto e, per essa, dell'applicazione della norma sostanziale. L'alleggerimento dell'onere in virtù della verosimiglianza delle allegazioni di parte, secondo il discorso fin qui svolto, non ha infatti nulla a che fare con l'onere della prova, né dovrebbe fungere da criterio interpretativo alla luce del quale allocare tale peso³²⁴. Numerosi autori contemporanei riconoscono dunque l'utilità della vicinanza della prova intesa quale ausilio ermeneutico, condannando invece le inversioni dell'onere della prova motivate sulla base di tale principio, eccedendo esse l'ambito della interpretazione per sconfinare nella creazione del diritto³²⁵.

Si è consapevoli di come, di primo acchito, tale distinzione potrebbe sembrare solo nominalistica. Dire infatti che la vicinanza è un criterio alla luce del quale individuare il fatto impeditivo, e dire che essa impone una deroga alla regola posta dall'art. 2697 c.c., fungendo da autonomo parametro di riparto dell'onere, conduce

³²³ Su tali temi v. *supra*, Cap. I, par. 7 e 8.

³²⁴ Lo *Handbuch der Beweislast* (pp. 595 ss.) annovera però l'*abstrakte Wahrscheinlichkeit* tra i criteri ermeneutici atti ad integrare quello letterale. Infatti, nel caso in cui il riparto dell'onere della prova disposto dal legislatore sia basato sulla maggiore frequenza di un determinato accadimento rispetto al suo contrario, è allora opportuno riconoscere come quella allocazione dei carichi istruttori trovi la propria *ratio* nella verosimiglianza. Secondo gli autori dello *Handbuch*, tuttavia, essa non può mai fungere da autonomo criterio di riparto, potendo solo rappresentare, come detto, la ragione ispiratrice della soluzione cristallizzata nella norma sostanziale. Questo profilo verrà chiarito nel corso del paragrafo in relazione alla dottrina dei *Sachgründe* di Prütting.

³²⁵ Il criterio della vicinanza “quindi è abusivo quando è regola ultima per l'allocazione dell'onere, mentre è ammissibile quando il criterio partecipi, quale canone euristico, alla distribuzione degli oneri nelle tante situazioni di obiettiva incertezza” (B. SASSANI, *L'onere della prova* cit., p. 440.). Con riferimento al processo del lavoro, “può ben dirsi che ogni affermazione del giudice circa tale ripartizione (dell'onere della prova) non fondata sulla interpretazione, a volte innegabilmente difficile, della norma sostanziale ne costituisce violazione” (A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro* cit., p. 51). Secondo l'Autore, le presunzioni giurisprudenziali, che Giovanni Verde colloca in un terreno intermedio in cui è impossibile distinguere riparto dell'onere astratto e convincimento del giudice, sono invece il frutto dell'interpretazione della norma sostanziale. Il giudice, attraverso l'impiego di canoni ermeneutici derivati da criteri metagiuridici, dunque “svela una sorta di presunzione legale rimasta celata nelle pagine della norma” (*op. cit.* p. 154).

esattamente allo stesso risultato pratico: imporre al convenuto l'onere, in senso oggettivo ed astratto, di provare un fatto che gli è “più prossimo”, pur rientrando esso fra i presupposti della pretesa attorea.

Ci troviamo dunque di fronte ad un’*impasse*, che scuote alle fondamenta quel *Trennungsdogma* che è, non ci si stanca di ripeterlo, irrinunciabile al fine di un discorso sensato sull’onere della prova. Sembra pertanto cogliere nel segno la riflessione di Giovanni Verde, laddove egli afferma che nell’opera al contempo adeguatrice e creatrice della giurisprudenza i concetti di valutazione ed onere della prova, di presunzione e di fatto impeditivo si scolorino e si frammischino, mirando il giudice solo alla concretezza del risultato, da raggiungere attraverso le soluzioni dettate dall’istintualità della ragione pratica³²⁶. Tale considerazione, tuttavia, non impone necessariamente di rinunciare del tutto alla distinzione fra il profilo della decisione sul fatto incerto e quello del riparto dei carichi istruttori concreti. Secondo la dottrina tedesca che negli ultimi anni si è occupata del tema, si deve infatti continuare a tener fermo il valore meramente interpretativo del criterio della vicinanza alla luce del suo rapporto con il canone principale, che è quello letterale, su cui è fondata la *Satzbaulehre*. Secondo la lezione di Rosenberg, le norme non sono geroglifici, e dunque sono esse a dover rappresentare il punto di partenza dell’analisi³²⁷.

In particolare, si deve ad Hanns Prütting la elaborazione di una vera e propria teoria dell’interpretazione ai fini specifici della individuazione del riparto degli oneri probatori. L’illustre Studioso, applicando al tema in esame i risultati della *Methodenlehre* contemporanea, sottolinea come l’analisi letterale sia necessaria ma non sempre sufficiente³²⁸. È dunque necessario, per lo meno nei casi dubbi, operare un’analisi storica, teleologica e sistematica, al fine di individuare la ragione ispiratrice del riparto dell’onere cristallizzato nella norma sostanziale, che egli chiama *Sachgrund*.

³²⁶ V. *supra*, cap I, par. 8.

³²⁷ Sulle origini della *Satzbaulehre* v. *supra*, Cap. I, par. 5.

³²⁸ In questo senso v. K. H. SCHWAB, *Zur Abkehr moderner Beweislasttheorien* cit., p. 510.

Affermare che un determinato principio, quale la vicinanza della prova, abbia un ruolo primaziale su tutti gli altri, significa rinunciare in partenza all'interpretazione delle norme, perché si pretende di conoscere già *ex ante* la ragione che si cela dietro alla scelta del legislatore³²⁹. I *Sachgründe* individuati da Prütting sono numerosi e, per sua stessa ammissione, potenzialmente illimitati, ragion per cui sarebbe fallimentare ogni tentativo di individuare un principio ultimo, un criterio fondamentale valido per la totalità dei casi³³⁰. In particolare, pare arbitrario voler ripartire l'onere astratto secondo principi quali la buona fede, la ragionevolezza (*Zumutbarkeit*), convenienza e simili, in quanto la loro estrema indeterminatezza li rende inadeguati a fungere da criteri guida per l'interpretazione normativa³³¹. Pertanto, secondo Prütting il problema della decisione sul fatto incerto va risolto, nei casi in cui l'interpretazione letterale sia fallita, non secondo il ricorso ad un unico principio generale, ma secondo quello che ha effettivamente ispirato il riparto che il legislatore ha trasfuso nella norma: *in dubio pro ratione legis*³³².

La vicinanza, insieme agli altri criteri ermeneutici individuati dalla dottrina, può essere senz'altro utile per sciogliere alcuni casi dubbi, integrando l'analisi testuale. Nessuno, a partire dallo stesso Rosenberg, ha infatti mai sostenuto che il fatto impeditivo possa essere desunto solo dal testo delle norme, presupponendo la sua individuazione considerazioni di ordine teleologico, sistematico, talvolta anche storico³³³. Mai dovrebbe però uno di tali criteri assurgere ad un carattere di

³²⁹ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 257.

³³⁰ V. H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 256. Nello stesso senso già più di un secolo prima W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 271: “wähne man nicht, daß die Sache (il riparto dell'onere della prova) mit Formulierung eines einzigen Satzes abgethan sei, unter welchen sich alle möglichen in der Praxis vorkommenden Fälle mit Leichtigkeit bringen ließen”.

³³¹ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p 261.

³³² “Die Beweislastverteilung nicht eine Frage der richtigen Sachkenntnis ist, sondern eine Frage gesetzgeberischer Entscheidung, die es zu ermitteln ist” (H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 264).

³³³ G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 592. In particolare BAUMGÄRTEL (*Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., pp. 120-121), pur asserendo “daß die Normstruktur (...) grundsätzlich die im Interesse der Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit erforderliche abstrakte Klarheit für die Beweisverteilung bietet”, si trova costretto a constatare come, ai fini dell'individuazione della circostanza impeditiva, il criterio letterale-strutturale vada integrato dall'analisi dello scopo della norma (*Normzweck*). In Svizzera ci si richiama invece, come criterio guida, ad una generica “Angemessenheit” del riparto (H. SCHMID, *sub art. 8* cit., in *Basler Kommentar* cit., p. 119).

prevalenza tale da porre in ombra tutti gli altri, contraddicendo il tenore letterale della disposizione e dunque la volontà espressa dal legislatore. Ciò per due ordini di ragioni: innanzitutto un'interpretazione, condotta alla luce del criterio della vicinanza, che contraddicesse il tenore testuale della norma sarebbe un atto creativo di diritto, e dunque fuoriuscirebbe dal solco dell'attività ermeneutica per entrare in quella normativa. In secondo luogo, da un punto di vista pratico, lo scopo perseguito attraverso l'impiego della vicinanza della prova, ossia quello di alleggerire la posizione dell'onerato, può essere raggiunto a prescindere dall'allocazione dell'onere astratto, attraverso degli accorgimenti che si avrà cura di analizzare nel prosieguo³³⁴.

A chi in tempi recenti ha continuato a sostenere la correttezza e validità della *Satzbaulehre*, si è obiettato che il legislatore contemporaneo, nel dettare le norme, non ragioni più secondo la tradizionale quadripartizione dei fatti, procedendo egli in modo più “informale”, non preoccupandosi cioè di mettere in evidenza i fatti costitutivi, estintivi etc. secondo precisi accorgimenti testuali. Ammesso che ciò sia vero, non si può non riconoscere, con Prütting, che la summenzionata distinzione è, per così dire, immanente a qualsiasi regola, in quanto essa deve necessariamente prevedere dei presupposti fattuali per la propria applicazione. Essa corrisponde a un *Sachlogischer Zwang*, dato che ogni norma pensabile contempla un effetto che si ricollega a dei presupposti di fatto³³⁵. Ciò che può variare, eventualmente, è il grado di facilità con cui l'interprete, alla luce di indici letterali, è in grado di ricostruire il riparto dell'onere della prova voluto dal legislatore.

Si deve dunque ammettere l'utilizzabilità della vicinanza della prova come strumento attraverso il quale desumere la natura (costitutiva, impeditiva etc.) del fatto ai fini dell'allocazione dell'onere astratto. A voler essere più precisi, tale figura pare rappresentare non tanto un canone ermeneutico, quanto piuttosto l'*esito* di un'interpretazione delle disposizioni sostanziali svolta alla luce di indici letterali,

³³⁴ V. *infra*, Cap. III, par. 4 e ss.

³³⁵ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 290. In tal senso v. anche H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p. 115, per cui la distinzione dei fatti nelle quattro ben note categorie appartiene alla “gesetzgeberische Allgemeinbildung”, un presupposto culturale implicito al quale non è possibile sottrarsi.

storici e sistematici, dalla quale risulti che il legislatore abbia dettato un riparto dei carichi probatori proprio basandosi sulla minore onerosità dell'introduzione della prova per una delle parti. Sconsigliabile sarebbe, dunque, operare un'estensione generalizzata di tale criterio a tutti i casi. Pretendendo di ravvisare la ragione ultima di ogni ipotesi di riparto dell'onere nella vicinanza della prova, non ci si avvarrebbe di alcun canone ermeneutico, ma effettivamente si finirebbe per prescindere dall'interpretazione delle disposizioni³³⁶. È tuttavia opportuno ribadire come il terreno privilegiato di applicazione di detto principio sia quello dell'onere concreto (*Beweisführungslast*), ossia della ripartizione della necessità pratica di introdurre i fatti nel processo. È su tale profilo che, come visto, la vicinanza della prova spiega la massima incidenza, e sul quale si avrà modo di tornare diffusamente nel terzo capitolo del presente elaborato.

8. La vicinanza della prova negli ordinamenti di lingua spagnola

È adesso opportuno svolgere qualche considerazione di taglio comparatistico con riferimento ai paesi di lingua castigliana, in cui il criterio di vicinanza della prova, variamente denominato, è da vari anni un principio centrale.

Particolarmente significativo è il caso della Spagna, che nella Ley de Enjuiciamiento Civil, risalente al 2000, ha dato al criterio un riconoscimento positivo. La legge processuale del paese iberico disciplina il riparto degli oneri probatori all'art. 217, che, nel dettare la regola generale, codifica il criterio della normalità giuridica. L'attore deve infatti fornire la prova dei fatti ai quali, *normalmente*, le norme ricollegano l'effetto giuridico invocato; è invece onere del convenuto dimostrare i fatti che si pongono in termini di eccezione rispetto all'effetto normale, ponendolo nel nulla o prevenendone il sorgere³³⁷. In tal senso,

³³⁶ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 264

³³⁷ Si riportano il secondo e il terzo comma della disposizione: “Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se

sorprende la somiglianza del tenore dei commi secondo e terzo dell'articolo in discorso con i paragrafi §193 e §194 del progetto del BGB del 1888, analizzati *retro* in questo elaborato³³⁸.

L'interpretazione che giurisprudenza e dottrina forniscono di tali disposizioni risente profondamente dell'insegnamento di Gian Antonio Micheli. Il giudice, pur partendo dai rapporti di regola-eccezione fra le norme, deve pure considerare “*la posición procesal que ocupe la parte*” in relazione all'effetto giuridico invocato³³⁹.

Gli spagnoli assimilano dunque la quadripartizione degli elementi della fattispecie elaborata dalla dottrina tedesca ormai due secoli fa, ma individuano la natura dei fatti non solo a partire dal tenore delle norme, ma pure in base ad altri criteri, come la posizione processuale delle parti, e i principi di normalità “naturale” o “fattuale”³⁴⁰ e di specificità.

Ai fini della presente analisi, tuttavia, è rilevante soprattutto il settimo comma della disposizione, che codifica i principi di disponibilità e facilità probatoria³⁴¹. La dottrina distingue i due termini: il primo indica il “possesso” del mezzo di prova, a cui la parte può immediatamente attingere, mentre il secondo è concetto più ampio, consistente in una verifica comparativa dell'onerosità dell'apportazione della prova nel processo. Pur rientrando il mezzo di prova nella disponibilità dell'onerato, il giudice potrebbe dunque assegnare l'onere concreto all'avversario, se questi “*se*

desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.”

³³⁸ V. *supra*, Cap. I, par. 5.

³³⁹ S. GARCÍA, C. GARCÍA, *las reglas generales del onus probandi*, in X. Abel Lluch, J. Picò I Junoy (a cura di), *Objeto y carga* cit., p.63; T. CHICO FERNÁNDEZ, *La carga de la prueba* cit., p.144.

³⁴⁰ “*El principio de normalidad en cuya virtud quien admira un hecho anormal debe demostrarlo porque lo normal o lo que ordinariamente sucede, según las máximas de la experiencia, se presume por quanto que es lo más probable que suceda*” (S. GARCÍA, C. GARCÍA, *Las reglas generales* cit., p. 65). Anche qui si riconosce come la cd. presunzione di persistenza del diritto rientri nel fenomeno della formazione del convincimento giudiziale, e non sia tecnicamente un criterio di riparto dell'onere astratto.

³⁴¹ “*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”.

encuentra en una posición que le es más fácil, menos gravoso o incluso más rápido" fornire la prova³⁴².

Non c'è dubbio, quindi, che l'art. 217.7 LEC autorizzi il giudice a modificare il concreto assetto dei carichi istruttori, a vantaggio della parte per cui la prova risulta più difficile. Perplessità sussistono invece, proprio come in Italia, su come tecnicamente avvenga questa "facilitazione" della prova. A tal proposito sono state formulate principalmente tre proposte ricostruttive. Secondo una prima tesi, il giudice invertirebbe l'onere della prova, astratto ed oggettivo, con la conseguenza che la parte vicina alla prova sarebbe gravata dal rischio della perdurante incertezza del *factum probandum*³⁴³. Una seconda tesi, invece, afferma che il giudice non inverta alcunché, ma che, attraverso la creazione di una presunzione giurisprudenziale, "elimini" l'elemento costitutivo difficile da provare dalla fattispecie invocata dall'attore, esonerando così costui dalla prova del fatto³⁴⁴. Più elaborata la terza tesi, che distingue l'inversione dell'onere della prova dal *desplazamiento*, ossia dall'abbassamento dello standard di prova necessario a ritenere provato un fatto, e dalla *basculación*, ossia l'alternanza dinamica che segue il concreto andamento del processo, simile alla *Beweisführungslast* tedesca. Attraverso l'art. 217.7 LEC, il giudice non farebbe altro che abbassare lo standard di prova in sede di valutazione delle risultanze istruttorie, dovendo pertanto l'avversario, astrattamente non onerato, vincere tale convincimento interinale attraverso la prova contraria³⁴⁵: "*De esta manera, lo que se desplaza no es la carga*

³⁴² S. PAZOS MÈNDEZ, *Los criterios de facilidad y disponibilidades probatoria en el proceso civil*, in X. Abel Lluch, J. Picò I Junoy (a cura di), *Objeto y carga* cit., p. 85.

³⁴³ A. URIATE CODÒN, *La inversión de la carga de la prueba*, in X. Abel Lluch, J. Picò I Junoy (a cura di), *Objeto y carga* cit., p. 106. Anche TARUFFO (*La semplice verità* cit., p. 233) afferma che il principio in discorso abbia carattere derogatorio rispetto alla regola generale di cui al secondo e terzo comma della disposizione in esame.

³⁴⁴ S. PAZOS MÈNDEZ, *Los criterios* cit., p. 82. La tentazione di risolvere tutti i problemi dell'onere della prova attraverso presunzioni non è nuova: si è visto (*supra*, cap. I) che essa affonda le proprie radici nel diritto medievale e che, attraverso la mediazione del tardo diritto comune tedesco, è arrivata fino a noi. Il fenomeno delle presunzioni giurisprudenziali è una recente manifestazione di questa secolare tendenza.

³⁴⁵ L. MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil*, Bosch, Barcelona, 2001, citato da A. URIATE CODÒN, *La inversión* cit., p. 109; v. anche J. NIEVA FENOLL, *L'onere della prova* cit., p. 1215

primaria de la prueba, sino una necesidad de contrarrestar la prueba primaria acreditada por el contrario”. In tal senso, il giudice si limiterebbe a “*rebajar la dosis de prueba*” necessaria per “fissare” il fatto controverso, sulla base della conformità dell’allegazione della parte ad una massima di esperienza³⁴⁶. Sono gli stessi autori iberici a richiamare a tale proposito la prova *prima facie* tedesca e la dottrina del *res ipsa loquitur* anglosassone, al fine di sottolineare come tale meccanismo non differisca da altri basati sulla mera verosimiglianza delle narrazioni di parte. Ambito di applicazione precipuo di tali criteri è quello della responsabilità medica³⁴⁷. Tra le ricostruzioni proposte dalla dottrina spagnola, la terza appare come la più persuasiva, nonché la più in linea con il discorso svolto finora. Essa ha il pregio di mantenere inalterato l’onere oggettivo, fissato dalla legge, e al contempo di alleviare la posizione dell’onerato senza manipolare la legge sostanziale.

Gli stessi spagnoli sono però anche ben consapevoli degli svantaggi e dei rischi implicati dalla norma in discorso. Il problema essenziale risiede nella scarsa prevedibilità del riparto degli oneri probatori per come modellato dal giudice. Le parti, in base alla legge spagnola vigente, possono infatti conoscere le manipolazioni pretorie dell’onere solo al momento in cui il giudice pronuncia la sentenza, con grave nocumeento della predittibilità degli esiti delle cause. Si sottolinea in proposito come la difficoltà o facilità della prova sia un concetto che non è possibile conoscere *ex ante*, ossia prima che le prove siano state valutate: “*en realidad, la verdadera dificultad para probar sólo se puede apreciar a posteriori*”³⁴⁸.

Si è proposto allora di valorizzare l’art. 429 LEC, che permette al giudice di indicare preventivamente alle parti una possibile insufficienza del materiale probatorio introdotto. Esso potrebbe essere utilizzato per comunicare alle parti il concreto assetto degli oneri istruttori delineato dal giudice, o addirittura per informarle sul

³⁴⁶ S. GARCÍA, C. GARCÍA, *Las reglas generales* cit., p. 61.

³⁴⁷ N. FACHAL NOGUER, *Las reglas de la carga* cit., pp. 193 ss.

³⁴⁸ S. PAZOS MÉNDEZ, *Los criterios* cit., p. 88.

criterio di decisione nell'eventualità della perdurante incertezza dei fatti³⁴⁹. Tuttavia, il cortocircuito logico rimane: come si fa ad onerare della prova la parte più vicina ad essa, se la difficoltà di provare si apprezza solo al termine dell'istruttoria?

Si può dunque concretamente affermare che, in Spagna, il dibattito si sia sviluppato i termini non dissimili da quanto è avvenuto in Italia. Il riconoscimento espresso del principio di disponibilità e facilità della prova non pare abbia condotto ad esiti assai diversi da quelli a cui è giunta la giurisprudenza italiana, pur in assenza di una norma esplicita. Ad ogni modo, al di là dei casi, pur numerosi, in cui l'alleggerimento dell'onere è dettato da ragioni di verosimiglianza, il problema della scarsa predittibilità degli esiti scoraggia un uso troppo disinvolto dell'art. 217.7 LEC. In particolare, la dottrina spagnola pare preoccupata dell'anticipazione della valutazione della prova in un momento anteriore all'assunzione della prova stessa, che, in un certo senso, la norma parrebbe presupporre. Si tornerebbe in questo modo ad un sistema simile a quello del diritto comune tedesco, in cui la *interlocutio* del giudice, nel fissare i temi di prova, predetermina anche il valore che alla stessa verrà riconosciuto, qualora essa dovesse riuscire³⁵⁰.

In conclusione del presente capitolo, pare opportuno fare un breve riferimento dalla dottrina sudamericana della “*carga dinamica de la prueba*”. Essa, ancor più del principio di disponibilità e facilità probatoria spagnolo, presenta notevoli assonanze con il criterio italiano della vicinanza della prova.

La *carga dinamica* è un concetto frutto degli studi dell'argentino Jorge Peyrano, ed ha finito per diffondersi ampiamente in tutti gli ordinamenti ispanofoni dell'America meridionale. Essa allevia la posizione della parte onerata, ma che è praticamente impossibilitata a provare i fatti bisognosi di prova, attraverso un'inversione dell'onere in capo alla parte più prossima ad essa. Anche in Sudamerica, dunque, alla *Beweisschwierigkeit* consegue, di massima, l'inversione

³⁴⁹ T. CHICO FERNANDÈZ, *La carga de la prueba* cit., p. 150. È evidente una certa affinità con la *materielle Prozeßleitung* di cui al §137 ZPO. Ad ogni modo, affermazioni di questo tipo evidenziano come, nonostante tutto, sia spesso difficile scindere la necessità pratica di introdurre un fatto nel processo dal criterio di decisione sul fatto incerto. Il *Trennungsdogma* vacilla dunque anche in Spagna.

³⁵⁰ Sul tema v. *infra*, Cap. III, par. 1.

dell'onere. Ferrer Beltrán ha condotto una serrata critica di queste teorie, a suo avviso imbevute di “*neocostituzionalismo*” e di “*decisionismo giudiziale*”. Voler risolvere problemi specifici a partire dai sommi principi, che spesso affondano le loro radici nei trattati internazionali e nei diritti umani, conduce infatti ad una giustizia del caso concreto che sottende una profonda disistima sia nei confronti del legislatore che delle regole generali ed astratte³⁵¹.

Il principale problema della *carga dinamica* viene ancora una volta individuato nell'imprevedibilità degli esiti ai quali l'applicazione del principio conduce. In generale, fermo restando che è condivisibile individuare tecniche per alleggerire il ruolo della parte onerata “lontana” dalla prova, pare però eccessivo ed arbitrario realizzare questo scopo attraverso una modifica dell'onere oggettivo. In alcun modo la facilità o difficoltà della prova può giustificare l'inversione dell'onere astratto, giacché conferire al magistrato tale potere “*non ha altro significato che attribuire al giudice la possibilità di decidere caso per caso il diritto sostanziale da applicare*”³⁵², secondo la fondamentale lezione di Rosenberg. L'onere della prova è un modo di osservare la fattispecie sostanziale: ne discende che ogni sua modifica si risolve in un'arbitraria modifica della legge.

Ciò detto, è ora tempo di analizzare quali altre tecniche possano in astratto essere impiegate dal legislatore e dal giudice al fine di allocare in modo più “giusto” i concreti carichi istruttori, e valutare se esse siano più efficienti dell'inversione dell'onere astratto nel raggiungere tale scopo.

³⁵¹ J. FERRER BELTRÁN, *La cd. “carga dinamica” della prova: tra equivoci e superfluità*, traduzione italiana a cura di Luca Passanante, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, n. 3, p. 899.

³⁵² J. FERRER BELTRÁN, *op. cit.*, p. 918.

CAPITOLO III

MODALITÀ ALTERNATIVE DI RISOLUZIONE DELLE ASIMMETRIE PROBATORIE

SOMMARIO: 1. Il possibile ritorno ad un provvedimento sull'onere della prova - 2. Vicinanza della prova e *Discovery* - 3. Il dogma dell'onere della prova nella dottrina tedesca contemporanea - 4. L'*Anscheinsbeweis* - 5. L'*Aufklärungspflicht* - 6. La *Beweisvereitelung* - 7. La *sekundäre Behauptungslast*

1. Il possibile ritorno ad un provvedimento sull'onere della prova

Si è cercato di illustrare, nel precedente capitolo, come il criterio della vicinanza della prova venga impiegato in relazione a due fenomeni ben diversi. Si è infatti distinta la prova limitata alla mera verosimiglianza delle allegazioni dell'attore, dall'attribuzione dell'onere probatorio alla parte per cui la dimostrazione di un fatto risulta meno onerosa. Nell'ambito dell'ordinamento italiano, si è visto come da entrambe le figure, ed in particolar modo dalla seconda, la giurisprudenza tenda a far derivare una ripartizione dell'onere della prova in senso oggettivo diversa da quella che il criterio tradizionale imporrebbe.

Questa impostazione, pur foriera di alcuni vantaggi, presenta come visto il notevole inconveniente di rendere assai imprevedibile il contenuto della decisione sul fatto incerto. Se è vero, infatti, che l'onere della prova viene essenzialmente in applicazione al momento della decisione, quando esso è ripartito secondo un criterio flessibile e vago come la vicinanza, risulta impossibile, per le parti, conoscere in anticipo le conseguenze del permanere dell'incertezza in relazione agli

elementi della fattispecie invocata³⁵³. La prevedibilità fornita dalla norma di legge difficilmente può essere sostituita dal consolidarsi della giurisprudenza, ed in particolare di quella italiana, notoriamente incline ai ripensamenti³⁵⁴.

Alcuni esponenti della dottrina, nel tentativo di coniugare l'esigenza di prevedibilità con i pregi indubbi del criterio della vicinanza, hanno proposto, *de jure condendo*, l'introduzione di un contraddittorio relativo all'allocazione del rischio della mancata prova, di modo da rendere le parti edotte, prima dell'inizio dell'istruttoria, circa il riparto dell'onere³⁵⁵. Tale soluzione, ispirata tanto al *pre-trial* anglosassone³⁵⁶ quanto anche all'antico processo di diritto comune germanico, avrebbe il pregio di chiarire in una fase del procedimento ancora precoce chi deve provare cosa. Essa si avvarrebbe in pratica di una specie di *Beweisinterlocut* tale da determinare tanto il *factum probandum* quanto il soggetto chiamato a dimostrarlo³⁵⁷.

La soluzione proposta presta però il fianco ad alcune critiche. Anzitutto, giova ricordare come il provvedimento interlocutorio sull'onere della prova trovava la propria ragion d'essere in un sistema basato sulle prove legali, in cui la prova doveva necessariamente provenire dalla parte indicata nel *Beweisinterlocut*. Negli odierni sistemi processuali, il principio di libera valutazione della prova esclude che si possa fare ritorno a tale strumento. I sostenitori della soluzione in discorso indicano talora come modello la *materielle Prozeßleitung* del giudice tedesco. Essa, scolpita nel §139 ZPO, permette infatti a questi di comunicare alle parti il grado del

³⁵³ V. F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile* cit., p. 174.

³⁵⁴ V. a tal proposito Cass. SS. UU. Civ. 3 maggio 2019, n.11748, con nota di A. GIUSSANI, *Sulla "vicinanza"* cit., la quale mette in luce i numerosi orientamenti che si sono susseguiti in tema di riparto dell'onere della prova del vizio della cosa compravenduta in relazione al criterio della vicinanza della prova.

³⁵⁵ A. M. TEDOLDI, “*Onus probandi*” cit., p. 1148; R. MAZZARIOL, *Fatti costitutivi* cit., p. 595. In senso affine v. pure M. TARUFFO, *La semplice verità* cit., p. 237. Tale soluzione, che il codice di procedura italiano non prevede, è invece parzialmente accolta in Germania, dove il principio della *materielle Prozeßleitung*, scolpito nel §139 ZPO, impone al giudice di comunicare alle parti anche il riparto dell'onere della prova che in concreto egli ritiene opportuno adottare. V. in tal senso D. LEIPOLD, *sub* §138, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, Band 3, p. 260, secondo il quale “*auch die Verteilung der Beweislast (...) hinzuweisen ist*”.

³⁵⁶ M. GARAVAGLIA, *Onere della prova nel confronto* cit., pp. 25 ss.

³⁵⁷ Sul *Beweisinterlocut* v. *supra*, Cap. I, par. 4.

convincimento provvisoriamente formatosi. In tal modo, egli finisce per sollecitare la parte interessata ad attivarsi, in modo che essa possa far venir meno tale persuasione prima della decisione. Tuttavia, è da escludersi che la norma in esame consenta al giudice di ripartire l'onere della prova in senso tecnico, limitandosi solo a favorire l'esternazione, da parte del giudicante, del convincimento raggiunto, che può indirettamente riflettersi sui carichi probatori concreti³⁵⁸.

Se il giudice, invece, con un provvedimento stabilisse all'inizio dell'istruttoria che la mancata prova di una circostanza fattuale andasse a discapito di una determinata parte, finirebbe surrettiziamente per costringere il proprio libero convincimento, predeterminando il valore della prova prima che essa sia stata ancora assunta. Si potrebbe però obiettare che il giudice, attraverso tale provvedimento, non dovrebbe necessariamente individuare la singola circostanza di fatto che, se dimostrata, farebbe ritenere provato l'elemento di fattispecie (ad es. il documento idoneo a provare la stipula del contratto). In teoria, egli potrebbe infatti limitarsi ad indicare il fatto costitutivo nei suoi termini astratti (nell'esempio il sorgere del rapporto contrattuale), lasciando alle parti la scelta intorno alla circostanza concreta più adatta a dimostrarne la verità³⁵⁹. Quand'anche si ragionasse in questi termini, tuttavia, un provvedimento preliminare del giudice che ripartisse l'onere lascerebbe impregiudicato un profilo fondamentale dell'allocazione dei carichi istruttori, ossia il tema della precostituzione della prova. Se la parte, infatti, venisse a conoscere a processo già iniziato il riparto dell'onere basato sulla vicinanza della prova, sarebbe evidentemente troppo tardi perché essa possa attivarsi in modo da preconstituirsi le prove necessarie.

Una decisione siffatta sarebbe quindi pur sempre a sorpresa. Essa potrebbe condurre ad esiti condivisibili per quel che riguarda le prove costituende, ma rende assolutamente impronosticabile, per il futuro onerato, la eventuale necessità di adoperarsi per entrare in possesso di quelle costituite.

³⁵⁸ V. D. LEIPOLD, *op. ult. cit. loc. cit.* Per usare la terminologia tedesca, non siamo nel campo della *Beweislast*, ma della *Beweisführungslast*. Né tale soluzione costituisce un'indebita anticipazione della valutazione della prova, non dubitandosi oggi che l'analisi delle risultanze istruttorie non si svolga in un unico momento. V. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* cit., pp. 277 ss.

³⁵⁹ Per questo problema, molto discusso nella dottrina tedesca alla metà del XIX secolo, v. W. LAGNEBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 228 ss.

Per questo motivo, il riparto dell'onere della prova attraverso un provvedimento del giudice adottato in seguito al contraddittorio fra le parti prima dell'inizio dell'istruttoria non pare una soluzione del tutto desiderabile.

2. Vicinanza della prova e *Discovery*

Altra parte della dottrina italiana ha individuato invece in un istituto tipicamente anglosassone il mezzo più adeguato per risolvere le difficoltà dell'onerato senza incidere sul riparto dell'onere della prova. Anziché manipolare l'allocazione del rischio della mancata prova, sarebbe “*sufficiente prevedere un obbligo di disclosure, adeguatamente sanzionato, in base al quale ogni parte sia tenuta a produrre tutte le prove rilevanti che sono in suo possesso o nella sua disponibilità, ivi comprese le prove che per tale parte produrrebbero effetti sfavorevoli*”³⁶⁰. Questi autori fanno riferimento a quel dovere generale di “scoprire le carte” all'inizio del procedimento (nel cd. *pre-trial*) che gli inglesi chiamano *duty of disclosure* e gli americani *discovery*³⁶¹.

L'obbligo di *discovery* statunitense impone alla parte di svelare non solo tutti i mezzi istruttori di cui intende avvalersi nel corso del processo, ma pure quelli di cui l'avversario richiede l'esibizione, e dunque sfavorevoli alla parte stessa. In caso di inadempimento dell'obbligo, il giudice americano può considerare il fatto non chiarito “*as established*”. Addirittura, la renitenza della parte interessata può portare direttamente alla sconfitta processuale, attraverso il *dismissal of action* per l'attore e il *default judgment* per il convenuto³⁶². Tale modello, che impone un dovere di esibizione assai pervasivo, ha dunque incontrato il favore di alcuni studiosi italiani. Non manca addirittura chi vi ha scorto “*il mezzo processuale più incisivo per ottenere la conoscenza dei fatti con la collaborazione dell'avversario*”³⁶³.

³⁶⁰ M. TARUFFO, *La semplice verità* cit., p. 235.

³⁶¹ V. M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., p. 207.

³⁶² M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., p. 235.

³⁶³ M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., p. 229. Favorevole è anche A. M. TEDOLDI, “*Onus probandi*” cit., p. 1145.

L’istituto inglese della *disclosure* appare invece imporre un obbligo di minore intensità. La *proportionate justice* inglese, che pretende che il costo del processo sia adeguato al valore della causa e alla capacità economica delle parti, impone infatti di limitare fortemente la *disclosure* nelle controversie bagatellari. Il giudice inglese ha poi un ruolo maggiormente incisivo di quello statunitense nel regolare le richieste delle parti in ordine all’esibizione delle prove, laddove in America essa opera invece in automatico. Anche in Inghilterra, tuttavia, la parte che non collabora può essere colpita dalla draconiana sanzione del *default judgment*³⁶⁴.

Secondo i fautori dell’introduzione di tale istituto nell’ordinamento italiano, la *discovery* avrebbe il pregio di rendere più accurato l’accertamento della verità attraverso la responsabilizzazione della parte, senza ampliare, dunque, i poteri istruttori del giudice. Un’attenta dottrina tedesca ha però sottolineato come l’istituto in esame, che impone alle parti di esibire una quantità enorme di materiale istruttorio, spesso irrilevante ai fini della prova, sia in realtà volto a favorire la composizione della lite attraverso accordi transattivi³⁶⁵. Ecco, lungi dal rendere possibile un più accurato accertamento del fatto, costituisce essenzialmente un ostacolo per l’accesso alla tutela giurisdizionale. Fra il provvedimento di merito e la parte si frappone infatti la logorante fase di *pre-trial*, in cui le richieste istruttorie rivolte all’avversario hanno sovente mero scopo dilatorio.

Inoltre, pure nella più attenuata versione inglese, in cui il giudice opera da filtro per escludere le richieste evidentemente voluttuarie, la sanzione del *default judgment* pare difficilmente compatibile col principio dispositivo vigente nei sistemi continentali³⁶⁶. Far discendere dalla mancata collaborazione della parte non onerata addirittura una condanna automatica solleverebbe, poi, seri dubbi di compatibilità con la garanzia di cui all’art. 24 Cost.

³⁶⁴ M. GRADI, *L’obbligo di verità* cit., pp. 241 ss.

³⁶⁵ V. C. PAULUS, *Discovery, Deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen*, in ZZP, 1991, Band 104, Heft 4, p. 400, che sottolinea come il 90% delle controversie civili negli Stati Uniti si concludano nella fase di *pre-trial*. Che lo scopo dell’istituto sia quello di favorire la *Vergleichsbereitschaft* è sottolineato pure da G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 495.

³⁶⁶ Come pare riconoscere lo stesso GRADI (*op. cit.* p. 248).

È dunque probabile che gli obblighi di esibizione che caratterizzano la fase di *pre-trial* nei sistemi processuali anglosassoni non apporterebbero gran beneficio se introdotti nel nostro ordinamento. Di assai maggiore interesse risultano, invece, alcuni istituti nati in seno alla dottrina e alla prassi austriaca e tedesca, alla cui sommaria esposizione ora ci si appresta.

3. Il dogma dell'onere della prova nella dottrina tedesca contemporanea

Prima di analizzare quali espedienti tecnici la dottrina tedesca ha elaborato per attenuare le difficoltà della parte onerata, è opportuno riassumere brevemente le evoluzioni che, dal punto di vista teorico, hanno interessato il dogma dell'onere della prova dal dopoguerra ad oggi. Ciò pare conveniente non per un'esigenza di completezza, alla quale ovviamente il presente lavoro non ambisce, ma perché tale elaborazione concettuale non è priva di risvolti pratici, anche in relazione al tema oggetto di questa ricerca.

Si è già avuto modo di sottolineare come la *Normentheorie* di Rosenberg, geniale rielaborazione di concetti già espressi dalla dottrina dell'Ottocento, abbia trovato un generale accoglimento nei paesi di lingua tedesca e spagnola, ed abbia influenzato profondamente anche la dottrina e la giurisprudenza italiane.

La signoria della dottrina di Rosenberg è andata però incrinandosi, almeno in Germania, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso. Oltre alle critiche aventi ad oggetto il carattere eccessivamente “formal-positivistico” della *Normentheorie*, a cui si è già accennato nel precedente capitolo³⁶⁷, ve ne sono altre che, prescindendo dalla iniquità cui conduce talvolta l'applicazione dell'insegnamento di Rosenberg, ne mettono in discussione i presupposti teorici. In particolare, sono due le falte del sistema evidenziate dagli studiosi: l'impossibilità di risolvere il fenomeno dell'onere probatorio in quello generale dell'applicazione del diritto e la crisi della concezione strutturale del fatto impeditivo.

³⁶⁷ V. *supra*, cap. II, par. 1.

Questi due profili critici vengono per la prima volta portati all'attenzione della comunità scientifica tedesca da Dieter Leipold, che nella sua tesi di dottorato del 1966 avverte l'esigenza di riconsiderare i fondamenti teorici della *Normentheorie* alla luce di tali aspetti.

Innanzitutto, Leipold pone in discussione la tradizionale affermazione per cui l'onere della prova sarebbe una conseguenza naturale della *Rechtsanwendung*, o, come afferma Leonhard, una prospettiva attraverso la quale osservare il fenomeno della applicazione del diritto. Nella formulazione di Rosenberg, l'onere della prova inteso quale conseguenza della incertezza di un fatto è infatti frutto di questa semplice constatazione: se una parte ha interesse all'applicazione di una norma e i presupposti fattuali di essa non vengono provati, ne deriva che il giudice non può dichiarare l'effetto giuridico favorevole alla parte stessa. L'evidente falla del ragionamento di Rosenberg, secondo Leipold, è la seguente: non si capisce per quale motivo il giudice sia autorizzato, ai fini della decisione, ad equiparare il fatto incerto a quello di cui è provata l'insussistenza³⁶⁸.

Di fronte ad un enunciato su un fatto di cui non è possibile predicare né la verità né tantomeno la falsità, pare arbitrario compiere tale equiparazione in assenza di una norma che imponga al giudice di considerare come falso il fatto incerto. Si tratta di quella che in Italia Micheli definì “regola di giudizio”, un criterio rivolto al giudice, atto a permettergli di giungere ad una decisione pure di fronte al *non liquet*. Mentre Micheli individuava, con riferimento al processo civile, un'unica regola di giudizio, per Leipold ve ne è una per ogni elemento di fattispecie di tutte le norme dell'ordinamento. Esse sono implicite nella formulazione della norma sostanziale³⁶⁹, ma non possono essere confuse in essa, e prescindono dalla natura costitutiva, estintiva o impeditiva del fatto. Ciò significa che, ferma restando la quadripartizione dei fatti propria della *Normentheorie*, la regola di giudizio può ben imporre all'attore la prova dell'inesistenza di un fatto estintivo, oppure al convenuto

³⁶⁸ “Bei Zweifel über die Normvoraussetzungen ist die Norm weder in positiver noch in negativer Hinsicht anzuwenden, die Rechtsfrage lässt sich weder bejahen noch verneinen, der Richter kann die Klage weder stattgeben noch sie abweisen” (D. LEIPOLD, *Beweislastregeln* cit., p. 33)

³⁶⁹ L'Autore parla di “stillschwiegendes Gesetzrecht” (v. *Beweislastregeln* cit., p. 46).

quella dell’insussistenza del fatto costitutivo. Ne consegue l’indipendenza delle regole di giudizio dell’onere della prova dalla natura del fatto giuridico da provare³⁷⁰. Ai fini dell’individuazione di tali norme, si deve procedere ad un’interpretazione essenzialmente di carattere letterale della disposizione sostanziale, secondo i dettami della *Satzbaulehre*, che Leipold accoglie.

Normalmente la regola di giudizio impone di considerare falso il fatto non provato; tuttavia, il legislatore è libero di prevedere regole speciali, ad esempio per mezzo di presunzioni legali, che fingono la verità del fatto rimasto dubbio³⁷¹.

L’effetto di tali norme non è quello di imporre al giudice di considerare insussistente o sussistente il fatto incerto. Se così fosse, infatti, l’onere della prova si risolverebbe in una prova legale, che supera l’impossibilità di accettare il fatto vincolando il libero convincimento del giudice. Al contrario, esse producono una finzione di verità che lascia impregiudicata la questione circa la effettiva sussistenza del fatto, valendo solo ai fini della decisione. Mentre la prova legale produce una verità artificiale, la finzione nulla dice circa la veridicità dell’ipotesi fattuale, limitandosi ad imporre la “*rechtliche Gleichbewertung*” del fatto incerto e di quello smentito³⁷². Le regole di giudizio sono dunque *Entscheidungsnormen*, che non incidono sull’accertamento del fatto ma ordinano la produzione di effetti sostanziali, informando il contenuto della decisione di *non liquet*.

La critica di Leipold non risparmia neanche la figura del fatto impeditivo. Sulla base delle considerazioni di Leonhard, infatti, l’autore ammette come il principio di simultaneità giuridica, già più volte citato, renda impossibile predicare l’autonomia sul piano strutturale del fatto impeditivo. Non si può dunque accettare,

³⁷⁰ *Die Frage nach der rechtsbegründenden oder rechtsvernichtenden Wirkung eines Tatbestandmerkmals ist von der Beweislastregel her gesehen nur eine Vorfrage, die aber für sich genommen keine Beweislastregeln ist*” (D. LEIPOLD, *Beweislastregeln* cit., pp. 69-70). Ciò naturalmente non toglie che, almeno nella maggior parte dei casi, la *Beweislastregel* imponga all’attore la prova dei fatti costitutivi e al convenuto quella delle altre tipologie di fatto. Le regole di giudizio che deviano da questo basilare criterio, invece, sono norme speciali che devono potersi desumere chiaramente dal tenore letterale delle disposizioni.

³⁷¹ D. LEIPOLD, *Beweislastregeln* cit., p. 92.

³⁷² D. LEIPOLD, *Beweislastregeln* cit., p.66. Vi è una evidente affinità tra tale impostazione e quella di Rodolfo Sacco, che sosteneva, a proposito delle presunzioni legali, che esse non avessero alcun valore logico, ma meramente deontologico, imponendo al giudice di tener fermo un fatto ai fini della decisione in assenza della prova del contrario (v. *supra*, Cap. I, par. 8).

come fa Rosenberg, che esso sia elemento costitutivo di un'autonoma norma che impedisce il prodursi dell'effetto previsto da quella azionata dall'attore. Ci si deve invece più realisticamente limitare ad affermare che esso è un fatto costitutivo che una regola di giudizio sottrae all'onere della prova dell'attore, imponendo il carico della sua confutazione al convenuto³⁷³.

Lo studio di Leipold, ponendo in discussione due dei fondamenti principali della *Normentheorie*, indusse gli studiosi a riflettere sul tema della regola di giudizio e sulle sue ripercussioni pratiche. Notevoli implicazioni ebbe in particolare la tesi secondo la quale il contenuto della regola di giudizio può del tutto prescindere da quello della norma di cui si chiede l'applicazione. Tale impostazione recide quell'intimo legame fra riparto degli oneri probatori e diritto sostanziale che Rosenberg aveva faticosamente creato, e del quale la concezione strutturale del fatto impeditivo era componente fondamentale.

Il merito più grande dello studio di Leipold, secondo Prütting, è quello di aver scisso il problema “di metodo” relativo alla giustificazione della decisione del giudice in caso di *non liquet* da quello del contenuto di tale decisione³⁷⁴. A tale notevole grado di raffinatezza concettuale era d'altronde già giunto Micheli nel 1942, che Leipold non manca di citare in numerosi punti del suo lavoro.

Nel dibattito di inserisce alcuni anni più tardi Hans-Joachim Musielak, che prova a conciliare le osservazioni di Leipold col contenuto della *Nomentheorie*, ricostruendo quel legame profondo fra regola di giudizio e norma sostanziale che rischiava di essere totalmente infranto. In generale, per Musielak l'onere della prova, inteso come riparto delle conseguenze dell'incertezza di un fatto, rimane sempre una mera riflessione indiretta della regola di giudizio, che si rivolge unicamente al giudice al fine di permettergli di risolversi di fronte al *non liquet*³⁷⁵. Egli postula una regola di giudizio generale di contenuto negativo, la quale produce come effetto la finzione di insussistenza del fatto incerto. Essa non ha un contenuto

³⁷³ D. LEIPOLD, *Beweislastregeln* cit., p. 38.

³⁷⁴ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 154.

³⁷⁵ H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p. 106: “Es sich bei diesen Normen um ein Behelfsmittel handelt, dass allein dem Zweck dient, trotz eines ungeklärten Tatbestandes eine richterliche Entscheidung in der Sache zu ermöglichen”.

suo proprio, il quale è invece determinato dalla singola norma sostanziale di cui si invoca l'applicazione. Ha pertanto come unica funzione quella di permettere al giudice di decidere sul fatto incerto, legittimandolo a dettare sentenza nel caso di *non liquet*.

Musielak svuota pertanto di contenuto quella regola di giudizio che Leipold aveva invece reso pienamente autonoma, ma deve fare i conti con la mutata concezione del fatto impeditivo. Se esso non si distingue dal fatto costitutivo sul piano statico della fattispecie, è necessario che vi sia una regola di giudizio speciale (*Beweislastsonderregel*) che abbia come effetto quello di accollare le conseguenze dell'incertezza di tale fatto al convenuto³⁷⁶. Di qui la contraddizione del sistema di Musielak: mentre la regola negativa fondamentale è un mero espediente di metodo, privo di contenuto, le regole di giudizio speciali sono norme a tutti gli effetti, dal contenuto indipendente da quello della norma sostanziale.

Il significativo tentativo di Musielak riesce quindi a riavvicinare parzialmente l'onere della prova alla norma sostanziale, ma si scontra con l'ormai irreversibilmente affermatasi concezione funzionale del fatto impeditivo. Postulando delle regole di giudizio speciali per individuare le circostanze impeditive, infatti, egli pone alla base del proprio sistema una discrasia di fondo che mina la solidità della sua poderosa costruzione concettuale.

La discussione scientifica si arricchisce, nel 1978, di un contributo di Karl Heinz Schwab, celebre allievo di Rosenberg. Perfino egli è costretto a riconoscere l'insostenibilità del presupposto teorico della *Normentheorie*, arrivando a postulare l'esigenza di una regola non scritta che indichi al giudice il contenuto della decisione di *non liquet*³⁷⁷. Al di là del problema di metodo, tuttavia, Schwab è persuaso della bontà degli esiti pratici che la *Normentheorie* ha raggiunto, ed ammette una deviazione da essa solo nel caso in cui dalla sua applicazione derivi un risultato evidentemente ingiusto³⁷⁸.

³⁷⁶ H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen des Beweisrechts* cit., p. 113. Come Leipold, anche egli sostiene che tali regole speciali possano essere individuate secondo i precetti della *Satzbaulehre*.

³⁷⁷ K. H. SCHWAB, *Zur Abkehr moderner Beweislastlehren* cit., p. 519.

³⁷⁸ K. H. SCHWAB, *Zur Abkehr* cit., p. 518: "Nur dann, wenn die Anwendung der Normentheorie zu schweren Verstößen gegen die Gerechtigkeit führen würde, ist eine Durchbrecung angebracht und geboten".

Nel 1983 è poi la volta di Hanns Prütting, il cui notevole studio pone le basi di quella *modifizierte Normentheorie* che è oggi la dottrina prevalentemente accolta in Germania.

Egli ravvisa la giustificazione teorica dell'onere della prova nella *Operationsregel*. Essa è una regola priva di contenuto proprio, che ha come effetto quello di produrre, secondo l'ormai imprescindibile insegnamento di Leipold, la finzione ora della sussistenza, ora dell'insussistenza del fatto incerto. Essa è una mera “*Frage der Methodenlehre*”, postulato necessario e superfluo al tempo stesso³⁷⁹. La *Operationsregel* è praticamente inutile, perché non fornisce alcuna delucidazione circa il riparto degli oneri probatori nei singoli casi; è però imprescindibile, perché in assenza di essa il giudice non avrebbe alcuna legittimazione a dettare una sentenza di fronte a un fatto incerto, e soprattutto a determinare il contenuto della stessa.

In polemica con Musielak, Prütting capovolge poi quell'impostazione, condivisa pure da Rosenberg, che vuole che il riparto dell'onere della prova sia una mera conseguenza riflessa di una regola impiegata dal giudice per decidere. Ciò significa negare secoli di storia, confondendo il problema teorico e di metodo circa l'individuazione del mezzo tecnico per giustificare il superamento del *non liquet* con quello, pratico, dell'allocazione del rischio della mancata prova³⁸⁰.

Il contenuto della decisione sul fatto incerto è determinato dalle regole dell'onere della prova (*Beweislastregeln*), alle quali la *Operationsregeln* di volta in volta

³⁷⁹ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 170.

³⁸⁰ “Die Lehre von der Beweislast ist vom Kopf auf die Füße gestellt worden. Dann nicht die methodische Überwindung des *non liquet* ist der wahre Inhalt der Beweislastnormen, sondern allein die Frage nach der Verteilung der Beweislast” (H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 170). La differenza principale fra le teorie di Musielak e Prütting può essere riassunta nei termini che seguono. Per il primo la regola di giudizio impone al giudice come decidere in caso di incertezza, e tale decisione produce conseguenze solo mediate e indirette sulla parte onerata, che in concreto si vede interessata da una decisione di *non liquet* sfavorevole. Per Prütting, invece, le regole dell'onere della prova impongono alla parte cosa essa debba provare per non venire pregiudicata dall'incertezza. Tale tesi implica dunque un recupero dell'onere della prova in senso soggettivo, che peraltro anche lo stesso Rosenberg ammetteva (*Gegenwartsprobleme* cit., p.27). Pertanto, secondo Prütting la *Operationsregel* entra in gioco solo in seguito al mancato soddisfacimento dell'onere che le *Beweislastnormen* impongono alle parti, e ha la mera funzione di permettere al giudice di dettare la decisione di *non liquet*. Per un riassunto dell'affascinante dibattivo v. H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p.124).

rimanda. Esse hanno lo scopo di ripartire l'onere fra le parti, a cui si rivolgono, finendo in ultima analisi per individuare il contenuto concreto della decisione di *non liquet*. Hanno natura sostanziale e non sono indipendenti dalla fattispecie astratta alla quale si riferiscono. Esse fungono infatti da mero completamento della norma di cui si domanda l'applicazione³⁸¹.

Risolto il problema di metodo, si pone ora quello di individuare quale sia il contenuto delle regole sull'onere della prova. Bisogna cioè chiarire qual è in concreto il riparto dei carichi probatori. È proprio con riferimento a questo tema, che è poi l'unico vero problema dell'onere della prova, che Prütting raggiunge gli esiti forse più significativi. Egli, sulla base della già ricordata intuizione di Wach, elabora una teoria dell'interpretazione applicata all'onere della prova. Con essa, la concezione funzionale del fatto impeditivo giunge alla sua piena maturità, e i risultati della teoria di Rosenberg vengono messi a sistema con quelli della moderna *Methodenlehre*.

Si è già avuto modo di sottolineare come, per questo Autore, l'analisi del tenore letterale delle norme sia il punto di partenza fondamentale. Esso è peraltro il solo metodo che permette di individuare con sicurezza il fatto estintivo, della cui autonomia strutturale nessuno ha mai dubitato. Del fatto impeditivo, invece, non si può dire lo stesso. Laddove la sua presenza non può essere desunta dagli indici testuali che già Rosenberg ebbe cura di individuare, esso va dunque ricercato attraverso l'identificazione del *Sachgrund*. Con tale espressione Prütting intende riferirsi, come visto, alla ragione giustificatrice che ha ispirato il legislatore a ripartire in un certo modo l'onere della prova, attribuendo così ad una determinata circostanza natura impeditiva³⁸². Pur potendosi in teoria ben fare a meno della figura del fatto impeditivo, Prütting ritiene ciononostante che esso sia una categoria concettuale ancora idonea a rendere qualche utile servizio, ad esempio ai fini dell'allocazione degli oneri di allegazione³⁸³.

³⁸¹ L'Autore (*Gegenwartsprobleme* cit. p. 178) parla di “*Ergänzungsnorm des jeweils unklar gebliebenen Rechtssatzes*”. Esse sono dunque indissociabili dalla norma sostanziale.

³⁸² V. *supra*, Cap. II, par. 7.

³⁸³ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 288.

La riflessione svolta da questo Autore ci permette dunque di tenere fermi alcuni punti.

Anzitutto, l'onere della prova in senso tecnico non può che essere ripartito essenzialmente secondo i rapporti di regola ed eccezione emergenti dall'interpretazione delle norme sostanziali. Un riparto basato su un unico principio generale, qual è quello basato sulla vicinanza della prova, non solo è difficile (per non dire impossibile) da giustificare sul piano teorico, ma conduce ad una esagerata imprevedibilità delle decisioni³⁸⁴. In secondo luogo, pur essendo opportuno che l'analisi delle norme parta da un'interpretazione letterale, è altresì indispensabile che, specie con riferimento all'individuazione del fatto impeditivo, vengano impiegati altri criteri che esulano dallo stretto dato positivo³⁸⁵. Tuttavia, laddove uno di tali criteri arrivasse addirittura a sovvertire il dato letterale, tale operazione finirebbe per essere un'arbitraria manipolazione della fattispecie, e non apparirebbe più giustificabile alla luce della teoria in esame. Secondo Prütting, la vicinanza della prova (*Beweisnähe*) è uno dei *Sachgründe* che possono giustificare un certo riparto dell'onere, ma in nessun caso essa può assurgere ad autonomo principio regolatore, valido per tutte le ipotesi concrete. Meno che mai, poi, esso è idoneo a condurre a risultati difformi dal dato letterale³⁸⁶.

Alle tesi di Prütting aderisce in massima parte anche Gottfried Baumgärtel, che nel 1996 dedica all'onere della prova un importante studio³⁸⁷. Questi due studiosi, insieme ad Hans-Wili Laumen, provvederanno poi alla redazione del celebre *Handbuch der Beweislast*. Esso rappresenta una sorta di testo ufficiale della *modifizierte Normentheorie*, e i suoi risultati non possono essere trascurati.

Chiarita la cornice teorica di fondo, è ora opportuno vedere come in concreto la parte astrattamente onerata possa essere facilitata nel suo compito senza che si incida sul riparto dell'onere della prova stesso. Si tratta dunque di alleviare le difficoltà dell'onerato intervenendo sulla concreta necessità di fornire un contributo

³⁸⁴ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 185.

³⁸⁵ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 285.

³⁸⁶ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 257

³⁸⁷ Si tratta del già più volte citato *Beweislastpraxis im Privatrecht*.

al convincimento giudiziale, che, non ci si stanca di ripeterlo, ben poco ha a che vedere con il fenomeno dell'onere della prova in senso oggettivo.

L'*Handbuch* individua ben 23 espedienti tecnici che possono essere utilizzati a tale scopo³⁸⁸. In questa sede, ci si limiterà ad analizzare i quattro più rilevanti. Si tratta dell'*Anscheinsbeweis*, dell'*allgemeine prozessuale Auflklärungspflicht*, della *Beweisvereitelung* e della *sekundäre Behauptungslast*. Tali metodi non solo sono di interesse comparatistico, ma sono anche in larga parte prospettabili rispetto al diritto italiano e, in alcuni casi, di fatto sono già accolti nel nostro ordinamento. Si cercherà, dunque, di volta in volta di illustrare i punti di contatto di ciascun istituto con l'ordinamento italiano, verificando anzitutto se esso sia già in qualche modo operativo nel nostro sistema, e, in caso di risposta negativa, se ne possa essere auspicata, *de jure condendo*, una sua introduzione in Italia.

L'analisi verrà svolta sulla base dell'ipotesi, che si è avuto già modo di formulare, che il metodo che i nostri giudici impiegano per alleviare le difficoltà probatorie, ossia una ripartizione discrezionale dell'onere astratto motivata facendo ricorso alla vicinanza della prova, non sia il modo più efficace né desiderabile per far fronte al problema.

4. L'*Anscheinsbeweis*

L'*Anscheinsbeweis* o prova *prima facie* è senza dubbio la tecnica maggiormente impiegata in Germania per attenuare le difficoltà della parte onerata. Essa nasce nel XIX secolo in relazione alla prova della colpa nelle cause relative a collisioni fra navi, e col tempo si afferma quale istituto chiave del diritto delle prove tedesco. In via di prima approssimazione, si può affermare che l'*Anscheisbeweis* consente alla parte onerata di provare la mera verosimiglianza del fatto da essa allegato, sulla base della persuasività di una regola dell'esperienza idonea a convincere il giudice della corrispondenza di quanto affermato all'*id quod plerumque accidit*³⁸⁹. Essa è dunque strettamente imparentata con la prova per indizi, o alle nostre presunzioni

³⁸⁸ V. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., pp. 230 ss.

³⁸⁹ G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 302.

semplici. Consiste infatti in un'inferenza basata su un processo prima induttivo (elaborazione della massima d'esperienza attraverso l'osservazione di casi simili) e poi deduttivo (applicazione della massima al caso di specie).

Affinché si possa ricorrere all'*Anscheinsbeweis*, è necessario che il fatto da accertare sia riconducibile ad un decorso tipico degli eventi coerente con il caso di specie. I giuristi tedeschi sono soliti riferirsi a tale circostanza con la locuzione “*typischer Geschehensablauf*”. Perché ci si possa accontentare della prova della verosimiglianza, dunque, gli eventi sottoposti all'attenzione del giudice devono poter essere ricondotti a un *Muster*, un modello tipico che permetta a questi di colmare il vuoto informativo relativo al caso concreto³⁹⁰. Ne consegue pertanto l'inapplicabilità della figura a tutti quei casi in cui in cui oggetto di accertamento sia un evento singolo, non riconducibile a fasci di accadimenti tipici³⁹¹.

Attraverso la prova *prima facie*, il giudice procede ad un accertamento che non prevede una minuziosa disamina delle circostanze concrete, ma ad una “*Irgendwie-Feststellung*”, in cui le lacune relative alla ricostruzione del fatto vengono colmate grazie all'alta attendibilità della massima d'esperienza impiegata³⁹². Le massime di esperienza utilizzate a supporto dell'*Anscheinsbeweis* devono condurre ad inferenze dotate di un alto grado di probabilità. Secondo la dottrina tedesca, allo scopo sono utilizzabili solo le *zwingende Erfahrungssätze*, dotate di un grado di probabilità prossimo alla certezza, e le *Erfahrungsgrundsätze*, non certe ma altamente verosimili³⁹³. Non possono invece da sole fondare una prova *prima facie* le *einfache Erfahrungssätze*, che devono concorrere con altri indizi³⁹⁴.

³⁹⁰ Con riferimento a tali aspetti v. *supra*, Cap. II par. 2.

³⁹¹ La giurisprudenza tedesca nega infatti che l'*Anscheinsbeweis* possa trovare impiego “*wenn ein individuelles Ereignis zu beweisen ist*” (v. per riferimenti G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis* cit., p. 175).

³⁹² G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 300.

³⁹³ Esempio della prima categoria è la legge scientifica alla base del test del DNA. Un *Erfahrungsgrundsatz*, invece, è quella per cui, in caso di incidenti autostradali, è assai probabile che la colpa sia riferibile a chi, venendo da dietro, ha urtato contro una vettura, e non di chi è stato colpito (v. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 309).

³⁹⁴ H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 108. Per tale distinzione v. anche E. GRAUL, *Systematische Untersuchungen* cit., p. 138.

La natura dell’istituto non è del tutto pacifica. La dottrina italiana, osservando il fenomeno in modo assai critico, lo riconduce ad una manipolazione dell’onere della prova, che viene invertito dal giudice in modo da favorire la parte che afferma il fatto più verosimile³⁹⁵. Gli studiosi tedeschi, invece, oscillano nel qualificare l’istituto ora come riduzione dello standard di prova, ora come fenomeno inerente alla valutazione delle risultanze istruttorie.

In tal senso, è opportuno distinguere l’*Anscheinsbeweis* della colpa da quello del nesso di causalità.

Nel caso in cui oggetto dell’accertamento sia la colpa, ed in particolar modo la negligenza (*Fahrlässigkeit*), essa viene dimostrata sulla base di circostanze che non lasciano desumere alcuna divergenza fra lo svolgimento dei fatti nel caso di specie e il loro decorso abituale, implicante appunto la condotta negligente del danneggiante. Tale approccio è giustificato dalla considerazione per cui, ai fini della sussistenza della colpa, sono tendenzialmente irrilevanti le capacità e conoscenze individuali dell’autore del danno. Per questa ragione, non pare affatto arbitrario, ma anzi opportuno, il ricorso ad una *Gesamtbetrachtung* che prescinda dalla considerazione di tutte le circostanze del caso di specie³⁹⁶.

In questi casi, il giudice si limita ad applicare una massima d’esperienza dotata di un alto grado di credibilità, e su di essa forma il proprio convincimento nel senso della corrispondenza del caso specifico al contenuto della massima. Come si vede, tale approccio non ha nulla di difforme od originale rispetto alla prova per presunzioni semplici, per cui in tali casi risulta difficile giustificare l’autonomia dell’*Anscheinsbeweis* sul piano teorico³⁹⁷.

³⁹⁵ G. VERDE, *L’onere della prova* cit., p. 493: “Invece che aderire al caso concreto, con una ricerca condotta ex novo in relazione alle singole ipotesi, essa si pone come un dato precostituito che occorre “scuotere” 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”. Nello stesso senso v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 485. In senso contrario invece S. PATTI, *Le prove* cit., p. 234: “non può parlarsi di una vera e propria inversione dell’onere della prova perché la controparte è tenuta soltanto a far venire meno la situazione di apparenza, ma non a fornire una piena prova”.

³⁹⁶ H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p. 85.

³⁹⁷ H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p. 88.

Diverso è il caso della prova *prima facie* del nesso di causalità. In questo caso il giudice impiega numerose massime di esperienza, scegliendo quella che pare più coerente con il caso di specie. Il giudice, cioè, adotta quel criterio di esperienza che, fra i possibili, pare più idoneo a individuare la causa del danno. L'impiego della massima ha luogo anche se essa dovesse condurre ad un grado di conferma logica dell'ipotesi inferiore rispetto allo standard di prova normalmente impiegato nel processo civile³⁹⁸. Quindi, mentre nella prova della colpa trova applicazione una sola massima d'esperienza, di per sé sufficiente a fondare il convincimento giudiziale, nella prova del nesso di causalità si assiste ad una diminuzione dello standard di prova, al fine di evitare l'applicazione della regola di giudizio³⁹⁹. La prova *prima facie* in entrambi i casi non incide quindi sull'onere della prova in senso tecnico, ma solo sull'opportunità per la parte di fornire una prova alla luce del convincimento provvisorio che il giudice ha in relazione ai fatti di causa⁴⁰⁰.

Lo scopo dell'istituto è evidentemente quello di facilitare il compito della parte onerata, sebbene non manchi chi abbia contestato tale assunto⁴⁰¹.

Per quel che riguarda la prova contraria, essa non deve per forza consistere nella dimostrazione dell'insussistenza del fatto *prima facie* provato. La controprova può infatti ben limitarsi a “scuotere” (*erschüttern*) la parvenza di fondatezza dell'allegazione avversaria, ossia dimostrando la seria possibilità (*ernsthafte*

³⁹⁸ H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p. 91.

³⁹⁹ PRÜTTING (*Gegenwartsprobleme* cit., p.109) afferma invece che in questi casi la riduzione dello standard di prova non abbia nulla a che fare con l'*Anscheinsbeweis*, ma che sia al contrario frutto di un'interpretazione delle norme sensibile alle difficoltà dell'onerato. Laddove le norme sostanziali alludono al nesso di causalità, esse in realtà si riferiscono solo alla verosimiglianza del rapporto eziologico. Questo perché ogni abbassamento del *Beweismaß* deve essere previsto dalla legge, e non può essere disposto discrezionalmente dal giudice alla luce delle difficoltà della parte onerata: “*eine etwaige Beweismaßsenkung ist aber immer normativ und durch Sinn und Zweck des materiellen Rechts begründet, nicht durch die Anwendung des Anscheinsbeweises*” (ivi, p.111).

⁴⁰⁰ “*Lässt der Anscheinsbeweis die Verteilung der objektiven Beweislast (Feststellungslast) unberührt, sondern führt nur zu einer Umkehr der konkreten Beweisführungslast*” (G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 312). Nello stesso senso si era già pronunciato perentoriamente ROSENBERG (*Die Beweislast* cit., p.183): “*von einer Umkehr der Beweislast ist also keine Rede*”.

⁴⁰¹ Secondo PRÜTTING (*Gegenwartsprobleme* cit., p. 98), infatti, la funzione della prova *prima facie* non è quella di superare una difficoltà probatoria della parte, ma quella di rendere possibile la decisione del giudice nonostante il permanere dell'incertezza senza ricorrere alla regola di giudizio. Analizzato dal punto di vista oggettivo, dunque, l'*Anscheinsbeweis* pare assolvere una funzione simile all'onere della prova.

Möglichkeit) di un decorso atipico degli eventi⁴⁰². Essa può altresì consistere nella dimostrazione dell'inapplicabilità della massima di esperienza in ragione dell'assenza dei suoi presupposti⁴⁰³.

Al di fuori della Germania, l'istituto ha trovato applicazione anche in Austria. L'*Oberster Gerichtshof* fa generosamente ricorso all'*Anscheinsbeweis* per risolvere le difficoltà della parte onerata attraverso una riduzione dello standard di prova⁴⁰⁴. In Italia ovviamente non esiste un istituto con questo nome, il quale, come già accennato, ha peraltro incontrato un certo disfavore presso gli studiosi nostrani. Ciò non toglie, però, che nella sostanza alla prova *prima facie* si ricorra moltissimo anche da noi, specie in quei settori di contenzioso in cui vi è decorso tipico degli eventi individuabile con una certa facilità.

Come visto nel precedente capitolo, l'ambito in cui la prova basata sulla mera verosimiglianza trova la sua applicazione privilegiata è il processo tributario. In esso, infatti, si controverte spesso intorno ad accertamenti che l'amministrazione finanziaria compie sulla base di valutazioni induttivo-statistiche di carattere assai generale. Esse spesso finiscono per imporre al contribuente la necessità pratica di contestare l'applicabilità al proprio caso di siffatti indici statistici⁴⁰⁵.

Con riferimento al processo civile, invece, la prova *prima facie* trova impiego frequente soprattutto nel rito del lavoro. Nelle cause relative ad infortuni sul lavoro, ad esempio, la giurisprudenza tende a svolgere l'accertamento della colpa basandosi essenzialmente sulla tipicità degli eventi, venendo così l'onere della prova (in senso

⁴⁰² G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 313.

⁴⁰³ H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p. 93. In tal senso è rimasta celebre la decisione adottata dal Bundesgerichtshof in occasione del cd. *Einschreibbrief-Fall* (NJW 1957, 1230). In questa sentenza la corte di Karlsruhe ritenne che la ricezione di una raccomandata non poteva ritenersi provata *prima facie* per il solo fatto che il mittente l'avesse inviata, se costui entro due anni non si fosse fatto rilasciare dal servizio postale quantomeno una conferma dell'avvenuto invio. In assenza di tale prova, infatti, il giudice non può sapere se la raccomandata fu effettivamente inviata, e dunque non può applicare la massima di esperienza per la quale, normalmente, un dispaccio inviato viene anche ricevuto dal destinatario (v. H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 105).

⁴⁰⁴ Tuttavia, la corte suprema austriaca talvolta ricorre alla riduzione dello standard anche in assenza di una massima di esperienza che giustifichi tale operazione, e quindi solo in ragione delle difficoltà dell'onerato. Per una disamina della prova *prima facie* in Austria e per tali critiche v. J. C. T. RASSI, *Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht*, in ZZP, 2008, Band 121, Heft 2, p. 173.

⁴⁰⁵ V. *supra*, cap. II, par. 3.

atecnico) a gravare sulla parte che afferma il fatto meno verosimile⁴⁰⁶. In pratica, dunque, una volta che il lavoratore abbia provato il mero danno, sarà onere del datore discolparsi, dimostrando “che l’evento lesivo si è verificato per ragioni estranee alla sua condotta attiva o omissiva”⁴⁰⁷.

Per quel che riguarda le malattie professionali, persino nel caso di quelle non tabellate la prova del nesso causale fra condotta del datore e patologia può essere fornita facendo ricorso a dati statistici o epidemiologici generali e non riferiti al caso di specie⁴⁰⁸.

Il caso più interessante di prova dell’apparenza è però quello relativo alla discriminazione sul lavoro. La materia è oggi regolata dall’art. 40 del d. lgs. n. 198/2006 e dal d. lgs. n. 150/2011, che recepiscono il diritto europeo. La disciplina presenta infatti un alto grado di armonizzazione, ed è stata oggetto anche di un’intensa elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia dell’Unione Europea⁴⁰⁹. Ai fini della presente trattazione, è sufficiente ricordare come la discriminazione richieda in astratto la prova sia di un trattamento impari, che del nesso di causalità fra il fattore di rischio ed il trattamento deteriore. È dunque necessario che il trattamento pregiudizievole trovi ragione proprio in una caratteristica del lavoratore che sia riconducibile ai fattori di rischio individuati dal legislatore affinché si possa discorrere di vera e propria discriminazione⁴¹⁰. Al contrario, nella già citata giurisprudenza europea ci si è spesso accontentati solo

⁴⁰⁶ È da sottolineare come la circolare 22/2020 dell’INAIL preveda che l’indennizzo da erogare al lavoratore infortunato debba essere basato su un “giudizio di ragionevole probabilità”, dunque a prescindere dalla ricorrenza nel caso concreto di indici che potrebbero indurre l’amministrazione a negare l’emolumento (come ad esempio fatti dai quali si desume la colpa esclusiva del lavoratore). Cfr. S. M. CORSO, *Infortunio sul lavoro, azione risarcitoria e onere della prova*, in AA.VV., *L’onere della prova* cit., p. 1062.

⁴⁰⁷ S. M. CORSO, *Infortunio sul lavoro* cit., p. 1069. Tale soluzione, che l’autore giustifica alla luce della vicinanza della prova, trova ragione dunque nella maggiore facilità con cui il datore può conoscere i rischi connessi all’attività aziendale da lui gestita. Il campo giuslavoristico è infatti, non a caso, il terreno di applicazione privilegiato della *Gefahrenbereichslehre* tedesca, ossia della dottrina degli ambiti di rischio, già più volte citata.

⁴⁰⁸ P. POZZAGLIA, *Allegazioni e prove negli infortuni e nelle malattie professionali*, in AA.VV., *L’onere della prova* cit., p.1131. V. in tal senso App. Torino 13.1.2020 n.904.

⁴⁰⁹ V. Cort. Giust. Jørgensen C-226/98, in cui i giudici parlano di “*prima facie case*”; Cort. Giust. Brunnhofer C-381/99.

⁴¹⁰ M. PERUZZI, *Le discriminazioni*, in AA.VV., *L’onere della prova* cit., p. 958.

della prova del primo elemento (disparità di trattamento), accollando al datore di lavoro l'onere concreto di giustificare la propria condotta. È dunque sufficiente dimostrare un trattamento differenziale rispetto ai soggetti non portatori del fattore di rischio perché il giudice sia portato a richiedere al datore la prova dell'inesistenza del nesso eziologico fra suddetto fattore e la disparità. Ciò avviene secondo la regola dell'esperienza per cui un trattamento deteriore subito da un soggetto che presenta un fattore di rischio è verosimilmente dovuto proprio alla ricorrenza di quel fattore, anziché ad altri motivi. Ci si trova quindi di fronte ad un assai generoso abbassamento dello standard di prova, tant'è che non è parso esagerato parlare di “*regime speciale di semi-plena probatio*”⁴¹¹.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione in proposito non è dissimile da quella dei giudici di Lussemburgo, richiedendosi al lavoratore di provare solo il trattamento impari. Egli dovrà solo dedurre, senza dimostrarlo, il nesso di causalità tra fattore di rischio e discriminazione, essendo poi onere del datore di lavoro confutare tale assunto⁴¹².

Dal punto di vista teorico, questa è un'ipotesi di estremo interesse, perché all'abbassamento dello standard di prova a beneficio dell'attore segue una parziale inversione dell'onere oggettivo. Detto in altri termini, se all'attore riesce la prova della verosimiglianza della discriminazione, il datore convenuto non può limitarsi a “scuotere” tale parvenza di fondatezza, ma ha l'onere della piena prova dell'insussistenza della discriminazione⁴¹³.

⁴¹¹ M. PERUZZI, *Le discriminazioni* cit., p. 960. Che la natura del fenomeno sia da ricondurre all'abbassamento dello standard della prova e non all'onere è confermato dall'esperienza tedesca. La fattispecie era prima disciplinata dal §611a BGB, che ammetteva che la prova della illegittimità della condotta datoriale fosse fornita in termini di *Glaubhaftmachung*, ossia dimostrando il mero *fumus* della discriminazione (v. H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 335). La materia è oggi regolata da §22 dell'*Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* (AGG), che ammette il lavoratore a provare dei meri “indizi” di discriminazione, forniti i quali spetterà al datore la prova dell'insussistenza della stessa.

⁴¹² V. Cass. 27.9. 2018 n. 23338. Si assiste anche qui a quella progressiva scissione fra onere di allegazione e onere della prova il cui germe è da rintracciarsi nella già citata decisione delle Sezioni Unite 13533/2001.

⁴¹³ V. Cass. 28.3.2022 n. 9870, che parla di “*parziale inversione dell'onere della prova*”. La medesima interpretazione del fenomeno è data da PRÜTTING (*Gegenwartsprobleme* cit., p. 336) con riferimento alla quasi coincidente legislazione tedesca.

In tutti questi casi, il ricorso alla prova *prima facie* pare giustificato dalla possibilità di individuare senza troppi sforzi l'*id quod plerumque accidit*, cioè di conoscere che tipo di decorso tendono a sviluppare circostanze del tipo di quelle sottoposte all'accertamento del giudice.

L'impiego delle massime di esperienza, pur essendo un'attività necessaria, presenta numerosi rischi che nelle odierni società multiculturali, ispirate ad un postmoderno relativismo, non fanno che accrescervi. Il ricorso alle regole dell'esperienza di Stein presuppone una condivisione intersoggettiva di credenze e valori che il multiculturalismo radicale, lo sviluppo incontrollato dei *media* ed in generale il carattere profondamente eterogeneo della nostra società rendono oggi difficilmente praticabile⁴¹⁴. Tutto ciò non fa che rafforzare l'esigenza di un esame critico delle proprie nozioni da parte del giudice, sulla base di conoscenze scientifiche aggiornate e di criteri quanto più possibile controllabili e condivisi⁴¹⁵.

Nella consapevolezza di tali inconvenienti, non si può dunque negare l'importanza che nell'ordinamento italiano riveste la prova dell'apparenza, che risulta indubbiamente una tecnica utile a facilitare la posizione dell'onerato nei casi in cui non risulti troppo gravoso, per il giudice, individuare con buona sicurezza un decorso causale tipico degli eventi che aderisca con sufficiente precisione al caso di specie.

⁴¹⁴ M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza* cit., pp. 679 ss.

⁴¹⁵ Un esempio di applicazione alquanto maldestra di massime di esperienza al fine di giustificare una prova *prima facie* è fornito dal decreto del Tribunale di Roma del 23.3.2022 in relazione al caso Ita s.p.a. Di fronte alla presa discriminazione di 412 assistenti di volo donne, che non sarebbero state assunte in quanto in stato di gravidanza, il giudice ha fatto riferimento ai dati ISTAT, secondo i quali in Italia ogni 30 donne fertili si verifica una nascita all'anno, per dedurre che di 412 hostess circa 13,7 sarebbero dovute essere in gravidanza. Questa sorta di "Anscheinsbeweis all'italiana" è un esempio di applicazione poco meditata della prova *prima facie* ed esemplifica i rischi connessi ad un impiego frettoloso della tecnica in esame (v. M. PERUZZI, *Le discriminazioni* cit., p. 973). Vi sono poi casi in cui ad essere controversa non è l'applicabilità della massima d'esperienza al caso di specie, ma la validità della massima stessa. Tale aspetto è complicato dal fatto che la regola esperienziale, per essere utilizzata dal giudice, non necessita del carattere della notorietà (*Allgemeinkundigkeit*), per cui le parti possono non essere a conoscenza del criterio inferenziale che il giudice intende utilizzare. Inoltre, quand'anche la massima fosse notoria, si ritiene che le richieste istruttorie della parte che contrastano con una massima che il giudice ritiene applicabile al caso di specie possano essere rigettate senza un particolare onere motivazionale. Si ha così che in caso di notorietà della massima le richieste istruttorie volte alla sua confutazione possono essere impeditate *ab initio* dal giudice, mentre se essa non è notoria la parte potrebbe non essere in grado di conoscerla fino alla pubblicazione della sentenza. Per tali assai problematici aspetti v. E. GRAUL, *Systematische Untersuchungen* cit., pp. 215 ss.

5. L'*Aufklärungspflicht*

Un'altra fra le tecniche elaborate dalla dottrina tedesca per attenuare le difficoltà della parte onerata della prova è l'obbligo processuale di chiarimento (*allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei*). L'istituto, legato al nome di Rolf Stürner, mira a risolvere il problema delle difficoltà probatorie senza intervenire sull'allocazione dell'onere della prova. Ciò avviene riconoscendo un dovere generale delle parti di cooperare attivamente ai fini della ricostruzione della verità materiale, valido in ogni processo civile.

Anche l'*Aufklärungspflicht* è basato sul principio della vicinanza o minore onerosità della prova, costringendo a partecipare alla ricerca della verità la parte per cui la preconstituzione del mezzo istruttorio è più facile⁴¹⁶. Tuttavia, anziché invertire l'onere oggettivo, la teoria in esame risolve la difficoltà sul piano dei meri doveri di collaborazione processuale, ed in effetti non senza ragione. Se si procede ad un'inversione dell'onere della prova a svantaggio della parte per cui essa risulta meno onerosa, infatti, ne discendono tutta una serie di svantaggi che i fautori dell'obbligo di chiarimento mirano a superare.

Anzitutto, il riparto dell'onere basato sulla vicinanza non tiene conto del profilo soggettivo, cioè della valutazione del comportamento della parte in termini di colpa. Se la parte onerata della prova in quanto più vicina ad essa, nonostante un comportamento impeccabile, avesse perduto senza colpa il documento che essa deve fornire, in un sistema in cui la minore onerosità della prova è il parametro del riparto dell'onere, come di fatto è quello italiano, essa perderebbe la causa. Non così se si volesse riconoscere un'*Aufklärungspflicht* in capo alla parte più vicina

⁴¹⁶ V. G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis* cit., p. 202, che riconosce come l'obbligo di chiarimento sia anch'esso basato sulla *Beweisnähe* (vicinanza della prova).

alla prova, che sarebbe tenuta a fornire il documento solo nei limiti di ciò che è ragionevole pretendere (*Zumutbarkeit*)⁴¹⁷.

Un altro problema si ha con la prova contraria: se all'attore riesce la prova, in un sistema come quello attuale il convenuto “lontano” dalla controprova non potrebbe invocare il principio della vicinanza. Egli non è infatti gravato dall'onere della prova in senso proprio, ma ha un mero interesse a smentire l'enunciato di fatto che l'attore ha provvisoriamente dimostrato, attraverso la prova contraria. Tale ostacolo è risolto agevolmente con l'*Aufklärungspflicht*, che vale a prescindere da quale delle due parti sia tecnicamente onerata della prova⁴¹⁸.

Secondo la tesi in discorso, dunque, le difficoltà probatorie dell'onerato andrebbero risolte facendo ricorso ad un dovere di natura solo ed esclusivamente processuale, che impone alle parti di conservare, nei limiti in cui è ragionevole pretenderlo, tutto il materiale istruttorio che potrebbe essere significativo ai fini di un futuro processo. Se la parte viola tale dovere di precostituzione della prova, o si rifiuta di introdurre quell'informazione nel processo, il giudice deve considerare il fatto rimasto incerto come provato⁴¹⁹. La sanzione per la violazione dell'*Aufklärungspflicht* è dunque, per Stürner, una finzione di verità del fatto oggetto di accertamento. La commisurazione della sanzione non è di conseguenza lasciata al prudente apprezzamento del giudice, ma è predeterminata, al fine ridurre la discrezionalità

⁴¹⁷ Stürner non propone infatti un riparto dell'onere basato sulla minore onerosità della prova, ma di mantenere quello attuale, incentrato sulla relazione fra la parte e l'effetto giuridico invocato: “es ist also weniger die Nähe zur prozessualen Aufklärungsmöglichkeiten, als die Nähe zur materiellen Rechtsfolge selbst, die über die Beweisrisikoverteilung bestimmt” (R. STÜRNER, *Parteipflichten ber der Sachenverhaltsaufklärung im Zivilprozeß*, in ZZP, 1985, Band 98, Heft 3, p. 238). Secondo GRADI (*L'obbligo di verità* cit., p. 385) l'*Aufklärungspflicht* “relativizza di fatto il rischio della mancata prova, nel senso che lo stesso - pur non subendo alcuna variazione - può essere più agevolmente scongiurato”

⁴¹⁸ M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., p. 392.

⁴¹⁹ R. STÜRNER, *Parteipflichten* cit., p. 242. Secondo GRADI (*L'obbligo di verità* cit., pp. 406 ss.), il dovere generalizzato di precostituzione della prova introduce un'*Erkundigungspflicht*, in base al quale “ciascuna delle parti è tenuta a procurarsi, beninteso entro il limite della ragionevolezza, le informazioni necessarie per avere una conoscenza esatta e completa delle circostanze rilevanti per il giudizio”. Con riferimento ai fatti che la parte non conosce, si deve compiere un giudizio di “conoscibilità oggettiva”, valutando se la parte, “in base ad una ragionevole indagine” avrebbe potuto accorgersi del carattere incompleto delle informazioni in proprio possesso, in modo da attivarsi per tempo per precostituirsì la prova (*op. cit.*, p. 408).

delle corti e l'imprevedibilità delle decisioni⁴²⁰. Per evitare le cd. *fishing expeditions*, cioè le richieste istruttorie pretestuose e manifestamente infondate, Stürner introduce anche un controllo di plausibilità dell'istanza della parte che invoca l'obbligo di chiarimento dell'avversario⁴²¹.

Questa soluzione è giustificata dall'interpretazione analogica di alcune disposizioni della ZPO, nonché alla luce di esigenze costituzionali⁴²². Essa ha il pregio di non incidere sul riparto dell'onere della prova, risolvendo le *Beweisschwierigkeiten* con uno strumento flessibile e soprattutto che tenga conto della condotta delle parti prima e durante il processo.

In Germania, l'obbligo di chiarimento generale prospettato da Stürner non è mai stato accolto dalla giurisprudenza ed ha trovato forti critiche presso la dottrina. Si afferma infatti che il §138 ZPO impone alla parte solo di prendere posizione specificamente sui fatti allegati dall'avversario, non potendo ravvisarsi in tale disposizione alcun obbligo relativo alla ricerca della verità. Essa è sicuramente un'esigenza fortemente avvertita negli odierni sistemi processuali, ma non può in alcun modo giustificare un dovere generale di chiarimento che sia sconnesso rispetto ad una qualche norma sostanziale⁴²³. Al contrario di quanto prospettato da Stürner, la giurisprudenza tedesca riconosce dunque un obbligo di chiarimento della parte non onerata solo laddove esiste un dovere di informazione sostanziale⁴²⁴.

L'*allgemeine Aufklärungspflicht* è stata oggetto di critiche anche in relazione alle sue possibili implicazioni pratiche. Anzitutto la sanzione proposta da Stürner, se

⁴²⁰ R. STÜRNER, *Parteipflichten* cit., p. 255.

⁴²¹ R. STÜRNER, *Parteipflichten* cit., p. 252.

⁴²² R. STÜRNER, *Parteipflichten* cit., p. 249. A tal proposito, altra parte della dottrina sottolinea come sia discutibile trarre dai principi supremi soluzioni concrete e specifiche, giustificando queste con quelli: “*ob man aus dem Zweck des Zivilprozesses Folgerungen für konkrete Einzelprobleme ziehen kann, mag bezweifelt werden*” (P. ARENS, *Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß*, in ZZP, 1983. Band 96, Heft 1, p. 10).

⁴²³ La ricerca della verità non è un “*Selbstzweck*”, ma un mezzo funzionale alla tutela giurisdizionale, volto a rendere possibile una decisione che sia più possibile “giusta”: v. D. LEIPOLD, *sub* §138, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, Band 3, p. 229. Sul tema sia permesso di richiamare le considerazioni di M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, la città del sole, Napoli/Potenza, 2021.

⁴²⁴ D. LEIPOLD, *op. ult. cit. loc. cit.*

accolta, sarebbe nei suoi esiti pratici praticamente indistinguibile dall'inversione dell'onere della prova. Il risultato sarebbe che la violazione di un obbligo di natura esclusivamente processuale finirebbe per avere notevoli conseguenze sulla stessa configurazione della norma sostanziale⁴²⁵. Inoltre, il principale pregio dell'istituto, ossia la sensibilità rispetto al grado di colpevolezza della parte renitente alla collaborazione, finirebbe per essere anche il suo peggior difetto. L'accertamento della negligenza della parte che ha mancato di preconstituirsi la prova aprirebbe infatti un lungo ed oneroso procedimento incidentale, e lo stesso può dirsi per le eventuali contestazioni relative al controllo preliminare di plausibilità della richiesta istruttoria⁴²⁶.

Il problema più significativo è però l'impossibilità di delimitare, con un grado di precisione soddisfacente, la misura del contributo informativo che è lecito pretendere dalla parte non onerata. Se si impone un obbligo generalizzato di preconstituire la prova in previsione di processi futuri e forse neanche presagiti, pare giustificata la preoccupata affermazione di Peter Arens: “*es bleibe für die nicht risikobehaftete Partei keine prozeßfreie Sphäre mehr*”⁴²⁷. Nonostante il legittimo richiamo al principio di autoresponsabilità delle parti⁴²⁸, infatti, non si può non guardare alla soluzione prospettata con il timore di assistere ad un'espansione incontrollabile del processo alla fase anteriore alla sua instaurazione. Il tema della precostituzione della prova cesserebbe di essere una mera *Vorwirkung* della regola di giudizio, finendo per imporre ai futuri convenuti il dovere di premunirsi delle prove per tutti i possibili processi che potrebbero essere instaurati nei loro confronti. Infine, si è sottolineato in dottrina come l'*Aufklärungspflicht*, nato per incentivare le parti a ricercare la prova prima del processo, potrebbe sortire in concreto l'effetto opposto. Gli avvocati, consapevoli della generosità dei giudici nella modifica-

⁴²⁵ G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 493.

⁴²⁶ P. ARENS, *Zur Aufklärungspflicht* cit., p. 17.

⁴²⁷ P. ARENS, *Zur Aufklärungspflicht* cit., p. 18.

⁴²⁸ In questo senso v. M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., p. 704: “quando però la parte agisca intenzionalmente o negligentemente contra se e, proprio per tale motivo, la verità non venga accertata in modo esatto e completo, la suddetta parte dovrà imputare alla propria condotta l'erroneità o l'incompletezza dell'accertamento giudiziale”.

degli oneri istruttori, potrebbero al contrario rinunciare a procurarsi il mezzo di prova prima della lite, confidando in una manipolazione dell'onere in senso per essi favorevole⁴²⁹.

Se un obbligo di chiarimento processuale generale non è mai stato accolto in Germania, esso ha invece trovato terreno fertile nel diverso contesto del processo civile austriaco. Mentre il regolamento processuale tedesco presenta una fondamentale impostazione liberale, la öZPO è permeata da un afflato “sociale”, dovuto anche alla profonda influenza del pensiero di Franz Klein. Se il processo teutonico è dunque tradizionalmente ispirato alla *Verhandlungsmaxime*, in Austria al contrario il principio dispositivo e quello inquisitorio si fondono nella cd. “*Kooperationsmaxime*”⁴³⁰. In un contesto, pertanto, in cui le parti ed il giudice vengono considerati come una “comunità di lavoro” (*Arbeitsgemeinschaft*) volta a perseguire lo scopo di una decisione giusta, pare naturale che l’istituto in discorso abbia trovato accoglimento. Esso mira a favorire l’accuratezza della ricostruzione della verità (*materielle Wahrheitsfindung*), che è uno degli scopi fondamentali del processo regolato dalla öZPO. Il prezzo da pagare in termini di limitazione del principio dispositivo in senso processuale, che ha impedito un accoglimento dell’*Aufklärungspflicht* in Germania, pare invece quindi giustificabile alla luce dei principi ispiratori del procedimento austriaco.

La legge processuale austriaca prevede alcune norme che statuiscono un chiaro obbligo di collaborazione delle parti nell’interesse dell’accertamento della verità⁴³¹.

Per mezzo di esse, il legislatore di quel Paese ha elaborato un dispositivo tecnico

⁴²⁹ Tant’è che ARENS (*Zur Aufklärungspflicht* cit., p. 20) si chiede: “wozu den Prozeß sorgfältig vorbereiten, wenn ihn das Gericht dann doch in die Hand nimmt?”.

⁴³⁰ J. C. T. RASSI, *Zur Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht* cit., p. 185; M. GRADI, *L’obbligo di verità* cit., pp. 165 ss.

⁴³¹ Si tratta anzitutto del §184 öZPO, attraverso il quale la parte può chiedere o far chiedere dal giudice informazioni all’avversario circa tutti gli elementi della lite, inclusa la natura e l’esistenza di mezzi di prova. Il §182 öZPO codifica la *materielle Prozeßleitung* in modo simile al §139 ZPO: il giudice è tenuto a porre domande alle parti affinché esse chiariscano la propria posizione, anche con riferimento alle circostanze bisognose di prova. Il §178 öZPO pone in capo alle parti un obbligo di verità (similmente al §138 ZPO), mentre il §82 öZPO statuisce che la parte che nelle proprie memorie faccia riferimento ad un documento è tenuta ad esibirlo su richiesta dell’avversario. Il §359 Abs. 2 öZPO impone infine alla parte il dovere di collaborare alle perizie che richiedano un suo contributo, anche solo in termini di tolleranza. Alla luce di questo ricco quadro normativo, si può affermare che in Austria viga un vero e proprio *allgemeine Aufklärungspflicht* (J. C. T. RASSI, *Zur Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht* cit., p. 189).

atto a risolvere le difficoltà probatorie senza incidere sul riparto dell'onere della prova, e dunque sulla norma sostanziale. In caso di incertezza, infatti, il giudice determina pur sempre il contenuto della decisione attraverso l'applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova in senso oggettivo, che proprio la dottrina austriaca ha il merito di avere per prima individuato. L'obbligo di chiarimento interviene infatti nel corso del processo al fine di facilitare la ricostruzione della verità, senza conseguenze relative alla decisione che il giudice sarà tenuto a prendere nell'ipotesi in cui egli non sia riuscito sciogliere il dubbio sul fatto. In caso di violazione dell'obbligo di chiarimento, la sanzione non è una finzione di verità, ma la possibilità per il giudice di trarre dal rifiuto argomenti di prova sfavorevoli alla parte renitente alla collaborazione⁴³².

Tale sistema permette dunque di raggiungere risultati assai notevoli sul piano del bilanciamento tra riparto generale ed astratto dell'onere della prova e superamento delle difficoltà probatorie dell'onerato. Il principale limite rimane quello, già evidenziato, relativo al dovere del potenziale convenuto di adoperarsi per precostituirsì prove relative a processi di cui egli potrebbe non sospettare nemmeno l'eventualità. Parte del problema potrebbe forse essere risolta valorizzando il sequestro cautelare probatorio, col quale il futuro attore può assicurarsi un mezzo di prova che intende utilizzare in seguito⁴³³. Ciononostante, bisogna riconoscere che il prezzo da pagare per l'alleggerimento della posizione dell'onerato consista nell'attribuire al potenziale avversario una sorta di dovere preprocessuale di precostituire la prova, difficilmente compatibile con il principio dispositivo per come esso è tradizionalmente inteso.

In Italia, l'obbligo processuale di chiarimento ha trovato un sostenitore in Marco Gradi, che propone di interpretare le norme già esistenti nel senso del riconoscimento di un dovere generale di cooperazione nell'interesse della verità. Valorizzando gli artt. 88, 96, comma 3, e 116 c.p.c. sarebbe già possibile individuare nel processo civile italiano un vero e proprio obbligo, per la parte non

⁴³² Tale soluzione è direttamente desumibile da §307 Abs.2, §318, §369 e §381 öZPO (J. C. T. RASSI, *Zur Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht* cit., p. 198).

⁴³³ J. C. T. RASSI, *Zur Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht* cit., p. 197.

onerata, di introdurre nel processo tutte le informazioni necessarie ad un'accurata ricostruzione del fatto. La violazione di questo dovere sarebbe sanzionabile con la possibilità di desumere dall'atteggiamento del *taciturnus* argomenti di prova, oltre che con le sanzioni di cui all'art 96, comma 3, c.p.c.⁴³⁴.

Questa operazione ermeneutica non è giustificata dall'illustre Autore nel nome dell'interesse pubblico all'accertamento della verità, ma facendo leva sul concetto di autoresponsabilità della parte. La via italiana all'*Aufklärungspflicht* sarebbe pertanto lontana dalle concezioni pubblicistiche del processo: “*in questa prospettiva, la parte non è obbligata al chiarimento dei fatti per la tutela di interessi alieni, ma è al contrario onerata a fornire tali informazioni e prove nel proprio interesse, id est al fine di ridurre il rischio della propria soccombenza*”⁴³⁵. Presupposti applicativi dell'obbligo di chiarimento sono, nella concezione di Gradi, l'esistenza di un'oggettiva asimmetria informativa fra le parti, la concludenza (*Schlüssigkeit*) della domanda, la plausibilità delle allegazioni (ossia una loro parvenza di verità), l'utilità dell'informazione ai fini della decisione e la sua indispensabilità al fine della ricostruzione del fatto (cd. sussidiarietà)⁴³⁶.

Mentre il dibattito in seno alla dottrina italiana sulla sussistenza di un obbligo generale di chiarimento è ancora in corso, il legislatore è intervenuto sul tema con l'art. 473 bis.18 c.p.c. La norma, contenuta fra le disposizioni di recente conio che regolano il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglia, pone un “*dovere di leale collaborazione*” in capo alle parti in relazione alla ricostruzione delle proprie condizioni economiche. La parte che dovesse effettuare “*produzioni documentali inesatte o incomplete*” è sanzionata ai sensi del secondo comma dell'art. 116 c.p.c., del primo comma dell'art. 92 c.p.c. e dell'art. 96 c.p.c. Tale

⁴³⁴ M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., p. 712 ss.

⁴³⁵ M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., p. 386. Altrove (*L'obbligo di verità* cit., p. 586) l'Autore ribadisce che “*l'obbligo processuale di verità delle parti non assume necessariamente una valenza pubblica ed autoritaria, ma risulta in astratto perfettamente compatibile con l'interesse privato e reciproco dei litiganti*”. L'attuale posizione della dottrina e della giurisprudenza italiane, che negano la sussistenza di un obbligo di verità delle parti e tanto più di un obbligo di chiarimento, sarebbe specchio di “*un liberalismo conservatore di stampo ottocentesco*” il quale “*trascura del tutto il problema della disparità dei mezzi di attacco e di difesa a disposizione dei litiganti*” (ivi, p. 596).

⁴³⁶ M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., pp. 363 ss.

norma configura in seno al processo in materia di famiglia un vero e proprio “*dovere di verità*”⁴³⁷ che va indubbiamente nel senso auspicato da Gradi e avvicina, per così dire, il processo familiare al modello austriaco. La sanzione per la mancata collaborazione non è infatti fissa, ma lasciata al prudente apprezzamento del giudice, che dalla renitenza della parte non collaborativa trarrà le conseguenze che sul piano probatorio gli sembreranno più opportune.

Lungi dal voler affermare la sussistenza di un obbligo di chiarimento generalmente valido per il processo civile italiano, si deve dunque riconoscere come la sensibilità per il tema mostrata sia dalla dottrina che dal legislatore renda doveroso un confronto con l’istituto. Se tale figura ha il pregio di combinare il rispetto della regola astratta dell’onere della prova con l’attenuazione delle difficoltà probatorie, essa presenta però degli effetti collaterali estremamente pervasivi in relazione alla sfera di libertà del potenziale convenuto nella fase anteriore al giudizio.

Per questa ragione, è ora opportuno volgere lo sguardo ad un diverso istituto, che potrebbe permettere di attenuare alcune delle asperità dell’*Aufklärungspflicht*.

6. La *Beweisvereitelung*

La *Beweisvereitelung* (vanificazione o frustrazione della prova) descrive il comportamento della parte non onerata che, attraverso una condotta attiva o omissiva, rende impossibile o estremamente difficile la prova per l’onerato⁴³⁸.

Il fondamento dell’istituto è ravvisato ora in un dovere di collaborazione (*Mitwirkungspflicht*) derivabile da §427 e §444 ZPO, ora nell’obbligo di verità (*Wahrheitspflicht*) di cui al §138 ZPO. In senso contrario, Rosenberg riteneva che le conseguenze che il giudice desume dal comportamento della parte che ha vanificato la prova altrui non fossero altro che l’esito dell’applicazione di una massima di esperienza. È infatti verosimile che chi si adopera per frustrare le

⁴³⁷ R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Giappichelli, Torino, 2024.

⁴³⁸ “*Ein Tun oder Unterlassen der nicht beweisbelasteten Partei, ohne welches die Klärung des Sachverhalts möglich gewesen wäre*” (G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis* cit., p. 82).

iniziativa istruttorie dell'avversario lo faccia perché la prova in questione, se riuscita, produrrebbe conseguenze per questi sfavorevoli⁴³⁹.

Il comportamento sanzionato può aver luogo anche prima del processo, quando la futura parte, alla luce delle circostanze (“*unter Berücksichtigung aller Umstände*”) avrebbe dovuto premurarsi di preconstituire e conservare il mezzo di prova⁴⁴⁰. La sanzione per la frustrazione della prova consiste nella deduzione di argomenti di prova sfavorevoli alla parte che possono arrivare fino all'inversione dell'onere (concreto) in suo danno. La conseguenza della *Beweisvereitlung* non è dunque fissa, ma deve essere valutata dal giudice alla luce della possibile incidenza che la prova, se non fosse stata vanificata, avrebbe avuto ai fini dell'accertamento del fatto⁴⁴¹.

Per quel che riguarda la natura giuridica, alla tesi che riconduce la sanzione alla libera valutazione della prova se ne contrappone un'altra, secondo la quale essa non influirebbe sul convincimento del giudice, ma consisterebbe in una finzione di verità, la cui entità sarebbe però non fissa, ma modulabile dal giudice⁴⁴².

L'istituto, accolto anche in Austria⁴⁴³, presenta il vantaggio di consentire al giudice una modulazione flessibile della sanzione e di attribuire rilevanza centrale al profilo

⁴³⁹ Secondo l'illustre Autore, il giudice è autorizzato a considerare provato il fatto la cui prova è stata impedita dalla parte non onerata “*aufgrund des Erfahrungssatzes, daß der Gegner, wenn die Tatsache unwahr wäre, die Beweisführung nicht vereitelt, sondern gerade unterstützt haben würde und daß er durch die Hintertreibung der Beweisaufnahme zu erkennen gegeben habe, daß er ihr Ergebnis fürchte*

(L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 189).

⁴⁴⁰ In alcuni casi, il *Bundesgerichtshof* ha ritenuto che il mancato esperimento di un esame batteriologico da parte del medico, la cui negligenza abbia poi portato all'amputazione di un arto del paziente, integri una *Beweisvereitelung*, essendo impossibile per il paziente, in assenza dell'esito di quell'esame, dimostrare il nesso di causalità fra errore del medico e danno (v. G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis* cit., p. 90).

⁴⁴¹ In senso parzialmente difforme BAUMGÄRTEL (*Beweislastpraxis* cit., p. 96), respingendo la tesi di Stürner, il quale afferma che la vanificazione della prova produce sempre una finzione di verità del *factum probandum*, parla di graduazione dello standard di prova (*Abstufung des Beweismaßes*). Il giudice, di fronte alla *Beweisvereitelung*, potrebbe abbassare lo standard di prova a beneficio dell'onerato in misura conforme alla rilevanza del fatto ai fini della decisione e del grado della colpa della parte sanzionata. In generale, far conseguire in ogni caso una finzione di verità alla condotta di chi vanifica la prova altrui potrebbe comportare per l'onerato vantaggi addirittura maggiori di quelli che egli avrebbe ottenuto se la prova fosse effettivamente riuscita (v. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 290, che parla in proposito di *Überkompensation*).

⁴⁴² H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 188. Per i problemi connessi a tale impostazione v. H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p. 100.

⁴⁴³ J. C. T. RASSI, *Zur Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht* cit., p. 196.

della colpa del renitente ai fini della determinazione delle conseguenze probatorie della mancata collaborazione della parte non onerata. Il principale problema che esso pone è anche in questo caso quello di determinare in che misura è legittimo pretendere dalla parte non onerata ma meglio informata un comportamento collaborativo, ossia stabilire quando sussista un divieto di frustrare le iniziative probatorie dell'avversario⁴⁴⁴. I fautori della *Beweisvereitelung* di massima negano che vi sia un obbligo processuale generale in tal senso. Se così fosse, si ricadrebbe nei gravi problemi prospettati in relazione all'*Aufklärungspflicht*, che comporta una intollerabile estensione del processo alla fase precedente ad esso. Pare dunque preferibile ravvisare una vanificazione della prova solo laddove il comportamento della parte non onerata si sostanzi nella violazione di un obbligo di informazione sostanziale, anche alla luce della buona fede. L'ambito di applicazione dell'istituto non dovrebbe dunque essere esteso a tutti quei casi in cui il rapporto sostanziale non lasci desumere un dovere di informazione in capo ad una delle parti, evitando così di teorizzare un obbligo processuale in tal senso⁴⁴⁵.

In Italia, l'istituto pare essere ignoto. Esso non ha infatti trovato esplicito riconoscimento da parte della giurisprudenza, né pare che le riflessioni dei giuristi tedeschi abbiano avuto grande impatto sulla nostra dottrina. Ad ogni modo, in alcune decisioni i giudici italiani si comportano in modo del tutto corrispondente al principio della *Beweisvereitelung*, tanto che può dirsi che il fondamento in essa racchiuso valga anche nel nostro ordinamento. Con riferimento alla prova della paternità, ad esempio, il rifiuto del presunto genitore di sottoporsi all'esame del DNA comporta conseguenze probatorie sfavorevoli per la parte. La sottrazione al prelievo di sangue, infatti, “può assurgere, secondo le valutazioni del giudice di merito, a prova della paternità”⁴⁴⁶. In una certa misura, dunque, anche la giurisprudenza italiana sanziona la condotta della parte renitente a collaborare ai

⁴⁴⁴ H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen* cit., p. 101.

⁴⁴⁵ P. ARENS, *Zur Aufklärungspflicht* cit., p. 24. Sulla possibilità di inquadrare le varie facilitazioni probatorie conosciute dal diritto tedesco come conseguenze di doveri di informazione sostanziali v. C. PAULUS, *Discovery, Deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen* cit., p. 407. La tesi non è accolta da tutti, tant'è che l'*Handbuch der Beweislast* (p. 284) riconduce l'istituto all'obbligo di lealtà processuale (*Gebot der fairen Prozessführung*).

⁴⁴⁶ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, XI ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, p.384.

fini della ricostruzione del fatto, applicando le conseguenze previste dal secondo comma dell'art. 116 c.p.c. Tale prassi, nell'ambito del processo di famiglia, è destinata a consolidarsi e a crescere alla luce delle novità legislative analizzate nel precedente paragrafo.

In conclusione, l'istituto della *Beweisvereitelung* pare meritevole di essere valorizzato. Esso, sanzionando la violazione di un obbligo sostanziale di informazione, lascia impregiudicato il riparto dell'onere della prova e al contempo allevia la posizione dell'onerato. L'alleggerimento della posizione di questi viene fatto dipendere da un comportamento doloso o colposo dell'avversario, e non solo dalla minore onerosità della prova per costui. La sanzione liberamente determinabile dal giudice, poi, ha il pregio di evitare soluzioni rigide e tagliate con l'accetta.

Infine, la riconduzione della sanzione all'infrazione di un dovere di informazione riferibile al rapporto sostanziale scongiura il pericolo dell'estensione incontrollabile dell'ambito processuale a danno del convenuto. In questo modo, i consociati non hanno da temere che un giudice possa sanzionarli per non essersi precostituiti la prova in vista di un processo che essi non potevano prevedere, sia esso in nome di un obbligo processuale di chiarimento oppure della vicinanza della prova. Al contrario, secondo la teoria in esame, giova ribadire che la precostituzione dei mezzi istruttori è doverosa solo nel caso in cui sia già la norma sostanziale, interpretata secondo buona fede, ad imporre al soggetto un obbligo informativo nei confronti della controparte.

7. La sekundäre Behauptungslast

L'ultimo istituto che in questa sede si vuole analizzare è la *sekundäre Behauptungslast* (onere di allegazione secondario). Esso consente di risolvere le difficoltà probatorie dell'onerato in una fase antecedente all'istruttoria vera e propria, ossia in quella delle allegazioni. La figura in esame consente all'attore che versa in situazione di svantaggio informativo di allegare i fatti a sostegno della

propria pretesa in via meramente generica. Sarà invece compito dell'avversario più “vicino” ai fatti controversi specificare tali circostanze alla luce delle sue più dettagliate conoscenze⁴⁴⁷. Se in tali casi, infatti, il convenuto si limitasse ad una contestazione generica dei fatti allegati dall'attore, questi non saprebbe nemmeno rispetto a quali circostanze rivolgere i propri sforzi probatori⁴⁴⁸.

L'onere di allegazione secondario è ricondotto ora alla buona fede processuale, ora all'obbligo di verità di cui al §138 Abs. 2 ZPO, e trova frequente applicazione in giurisprudenza⁴⁴⁹.

Ai fini della applicazione dell'istituto non è sufficiente una mera difficoltà di sostanziazione dell'allegazione da parte dell'attore, ma è anzi necessario che le circostanze in oggetto siano relative ad una condotta dell'avversario, oppure che rientrino nel suo “*Wahrnehmungsbereich*” (ambito di percezione): insomma, che esse siano più vicine alla controparte⁴⁵⁰.

La parte che è più vicina ai fatti non è quindi onerata della prova, ma semplicemente di integrare il contenuto delle allegazioni attoree al fine di specificare l'oggetto rispetto al quale la prova dell'onerato dovrà rivolgersi. Quando il convenuto assolve l'onere di allegazione secondario, all'attore tocca soddisfare il proprio onere probatorio, che l'istituto in discorso lascia inalterato⁴⁵¹. La facilitazione per l'attore,

⁴⁴⁷ M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., pp. 394-5.

⁴⁴⁸ V. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 498, in cui si fa l'esempio dell'ex moglie che chiede la modifica dell'assegno divorzile, impossibilitata a conoscere l'esatto ammontare dell'aumento reddituale del marito.

⁴⁴⁹ Si prenda ad esempio il caso in cui il proprietario di beni danneggiati durante il trasporto per mare chieda il risarcimento all'armatore in ragione delle insufficienti misure di sicurezza adottate durante la navigazione. La giurisprudenza tedesca impone al convenuto di allegare quali misure organizzative furono da questi adottate al fine di scongiurare i possibili danni. L'onere della prova primario dell'attore si rivolgerà dunque nel senso di confutare l'avvenuta adozione di tali misure. Per riferimenti giurisprudenziali v. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 503 note 48 e 49. Un'altra ipotesi interessante riguarda il diritto del lavoro: in caso di licenziamento dovuto all'inadempimento della prestazione lavorativa, il lavoratore deve allegare i motivi specifici che gli hanno impedito di prestare il servizio, contro i quali si dirigerà la prova del datore (BAG NJW 1977, 167). Ancora, in caso di risoluzione di un contratto di compravendita immobiliare, se il convenuto allega che l'attore avrebbe percepito un canone di locazione relativo al bene compravenduto, evidentemente al fine di ottenere una riduzione dell'entità del risarcimento, l'attore è tenuto ad effettuare allegazioni precise sull'ammontare di tali emolumenti, di modo che il convenuto possa calibrare su di essi i propri sforzi istruttori (BGH NJW-RR 2002, 1280).

⁴⁵⁰ D. LEIPOLD, *sub* §138 ZPO cit., p. 233.

⁴⁵¹ V. G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 509.

infatti, non consiste in una *relevatio ab onere probandi*, ma nella possibilità di dirigere le proprie iniziative istruttorie limitatamente ai fatti che il convenuto ha allegato per soddisfare l'onere di allegazione secondario.

Nel caso in cui la parte non onerata della prova non dovesse soddisfare l'onere di allegazione secondario, entra in gioco la finzione di confessione di cui al §138 Abs. 3 ZPO (*Geständnisfiktion*), per cui il fatto genericamente affermato dall'attore può essere tenuto per vero⁴⁵².

Tale figura presenta dei vantaggi davvero notevoli, perché come visto proietta la vicinanza della prova nella fase delle allegazioni evitando che essa incida sulla ripartizione dei carichi istruttori.

In Italia, l'istituto non pare sia ancora stato oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina. Ciononostante, anche in questo caso è possibile individuare nel nostro ordinamento dei fenomeni del tutto simili alla *sekundäre Behauptungslast*, specialmente nel processo tributario e nel rito del lavoro.

Con riferimento all'efficacia degli *ex studi* di settore, si afferma che essi, lungi dal comportare un'inversione dell'onere della prova, impongono al contribuente di “*prendere posizione*” specificamente sullo scostamento rilevato dall'amministrazione finanziaria fra reddito dichiarato e le risultanze dello studio statistico⁴⁵³.

Nel contenzioso del lavoro, esso trova applicazione nelle cause in cui viene in rilievo la prova della subordinazione. Il datore convenuto, essendo nella migliore condizione per conoscere l'organizzazione della propria azienda, ha un onere di “*puntuale contestazione*” delle allegazioni avversarie relative all'oggetto e alle dimensioni dell'impresa, non potendo questi trincerarsi dietro una generica negazione delle affermazioni del lavoratore⁴⁵⁴.

Con riferimento alle cause relative agli infortuni sul lavoro, il lavoratore non ha l'onere di “*specificare le condotte omissive e commissive configuranti*

⁴⁵² D. LEIPOLD, *sub* §138 ZPO cit., p. 234.

⁴⁵³ E. M. BAGAROTTO, *Gli accertamenti* cit., p. 1307.

⁴⁵⁴ G. FRANZA, *L'onere della prova* cit., p. 803.

inadempimento” da parte del datore, essendo sufficiente la mera allegazione della fonte dell’obbligo di salvaguardia di cui si afferma l’inadempimento⁴⁵⁵. In tutti questi casi si assiste all’attenuazione dell’onere di allegazione dell’attore e specularmente all’accrescimento dell’onere di contestazione del convenuto, in maniera assai simile a quanto avviene in Germania.

Tale prassi merita condivisione, perché fra tutte le tecniche analizzate appare come quella idonea a risolvere le difficoltà probatorie nel modo meno invasivo. Essa davvero sembra essere il “minimo mezzo” utile ad alleviare la posizione dell’onerato lasciando impregiudicato non solo il riparto dell’onere della prova, ma pure la fase dell’istruttoria nel suo complesso.

Si potrebbe ragionevolmente obiettare che nel nostro sistema, in cui non esiste un obbligo di verità delle parti, siffatta soluzione sia priva di giustificazione. Tuttavia, la notevole apertura della giurisprudenza tributaria e giuslavoristica lascia intravedere la possibilità di un’estensione dell’istituto anche al processo civile globalmente considerato.

Se la vicinanza della prova, anziché come criterio di riparto dell’onere della prova, viene utilizzata per imporre al convenuto un onere di contestazione rafforzato, il beneficio della riduzione

⁴⁵⁵ S. M. CORSO, *Infortunio sul lavoro* cit., p. 1072.

dei costi dell'accertamento sarebbe conciliato con la conservazione del criterio tradizionale di allocazione dell'onere. Esso permette di raggiungere risultati in termini di prevedibilità delle decisioni che la minore onerosità della prova, per come oggi viene applicata, non può fornire, troncando essa il legame fra onere della prova ed interesse alla dimostrazione del *factum probandum*.

CONCLUSIONE

Giunti ormai alla fine della trattazione, è opportuno tirare le fila del discorso.

Il criterio della vicinanza o minore onerosità della prova è di per sé essenziale, giacché, come dimostrato dall'analisi storica, le regole tradizionali di riparto dell'onere si ispirano in molti casi proprio ad essa.

Al di là dei casi in cui essa è cristallizzata nella regola di riparto, si è visto che di frequente la vicinanza viene impiegata dai giudici al fine di alleggerire la posizione della parte onerata di una prova troppo difficile. Tale scopo viene realizzato nel processo civile italiano essenzialmente secondo due modalità. Nel caso in cui le allegazioni della parte onerata siano conformi ad una massima d'esperienza, la mera verosimiglianza di tali affermazioni è sufficiente affinché il giudice ritenga provato il fatto. Laddove non si può invece far riferimento ad un corso tipico degli eventi, l'onere della prova viene di fatto invertito a svantaggio della parte più vicina alla prova, ossia quella per cui la precostituzione del mezzo istruttorio risulta meno onerosa.

Nella prima ipotesi, si è visto che tale fenomeno non avvicina le parti ed il giudice all'accertamento della verità, ma assolve essenzialmente una funzione di economia processuale, riducendo i costi dell'istruttoria al prezzo di una ricostruzione dei fatti limitata alla mera verosimiglianza. Nel secondo gruppo di casi, invece, il principio della minore onerosità della prova svolge anche un'utile funzione epistemica, abbattendo i costi della precostituzione dei mezzi istruttori a beneficio delle parti.

Tuttavia, si è osservato che, ogniqualvolta la vicinanza assurge ad autonomo criterio di riparto, essa comporta esiti non del tutto desiderabili. Da un lato, l'imprevedibilità dei risultati a cui un simile impiego del criterio conduce è foriera di grande incertezza. Da un secondo punto di vista, l'attribuzione al potenziale convenuto di un vero e proprio dovere preprocessuale di precostituzione della prova con riferimento ad alcuni dei presupposti del diritto dell'attore sembra difficilmente tollerabile nel nostro sistema. Elevando la vicinanza della prova a contenuto della regola di giudizio, si rischia peraltro di eliminare con un tratto di spugna gli esiti consolidatisi attraverso una tradizione millenaria, che nel

distribuire l'onere della prova di un fatto ora a questa, ora a quella parte rivela spesso un'intima ragionevolezza.

Si è poi cercato di riflettere circa l'utilizzabilità del criterio in discorso quale canone ermeneutico al fine dell'individuazione del fatto impeditivo, quantomeno nei casi dubbi. In realtà, la vicinanza della prova è apparsa piuttosto come l'*esito* di un'interpretazione delle disposizioni sostanziali, la quale tenga conto non solo del tenore letterale delle stesse, ma anche di indici storici e sistematici, nel caso in cui da tale analisi emerga che la *ratio* del riparto degli oneri probatori nel singolo caso sia stata dettata dalla migliore attitudine alla prova di una parte rispetto all'altra. È apparso infatti alquanto sconveniente pretendere di individuare nella vicinanza della prova una sorta di principio ultimo che varrebbe a giustificare l'allocazione dell'onere della prova in tutti i casi, prescindendo da ogni tentativo di individuazione della concreta ragione ispiratrice del riparto nel caso singolo, sulla base dell'interpretazione delle disposizioni positive.

Si sono dunque passati in rassegna alcuni metodi attraverso i quali la figura in discorso potrebbe essere impiegata senza incidere sul riparto dell'onere della prova. Fra le numerose tecniche attraverso le quali la vicinanza della prova potrebbe trovare utilizzo nel processo civile, le più efficaci sembrano essere la *Beweisvereitelung* e la *sekundäre Behauptungslast*. La prima impone alla parte non onerata un dovere di collaborazione solo nel caso in cui esso sia desumibile dal rapporto sostanziale, sanzionando la violazione attraverso la deduzione argomenti di prova sfavorevoli e dando adeguata rilevanza al profilo della colpa. La seconda attenua il peso incombente sull'onerato “lontano” dalla prova attraverso l'imposizione al convenuto di un onere di contestazione rafforzato, che perimetra l'ambito rispetto al quale dovrà dirigersi la prova dell'attore.

Nei settori di contenzioso in cui il giudice può agevolmente individuare il decorso tipico degli eventi, poi, pare probabilmente inevitabile che si continui a fare affidamento sugli abbassamenti dello standard di prova, attraverso i quali i giudici finiscono spesso per accontentarsi della dimostrazione della mera verosimiglianza delle allegazioni di parte.

BIBLIOGRAFIA

ALLEN R. J., STEIN A., *Evidence, Probability, and the Burden of Proof*, in *Arizona Law Review*, 2013, vol. 55.

ANDRIOLI V., Voce *prova in genere* (diritto civile), in *Nuovo Digesto Italiano*, a cura di Mariano d'Amelio e Antonio Azara, X, UTET, Torino, 1939.

ARENS P., *Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß*, in *ZZP*, 1983, Band 96, Heft 1, pp. 1 ss.

ARENS P., *Zur Beweislastproblematik im heutigen deutschen Produkthaftungsprozeß*, in *ZZP*, 1991, Band 104, Heft 2, pp. 123 ss.

AULETTA F., *Diritto giudiziario civile*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2023.

BAGAROTTO E., *Gli accertamenti su base statistica*, in AA. Vv., *L'onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp. 1295 ss.

BARTOLO, *Commentario in Dig. Lugduni*, 1555, in D.45, 1, 8.

BAUMGÄRTEL G., *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996.

BAUMGÄRTEL G., LAUMEN H. W., PRÜTTING H., *Handbuch der Beweislast*, Band 1 - Grundlagen, IV Auflage, Wolters Kluwer, Köln, 2019.

BESSO C., *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 1382 ss.

BONILINI G., *Manuale di diritto di famiglia*, XI ed., Wolters Kluwer Italia, Milano, 2023.

BUSCHHORN P., *Rechtsprobleme der Offenkundigkeit von Tatsachen im Strafverfahren*, Peter Lang, Frankfurt, 1997.

CHICO FERNÀNDEZ T., *La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la ley de enjuiciamiento civil*, in X.A. Lluch, J. Picò I Junoy (a cura di), *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 129 ss.

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, ristampa anastatica inalterata con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli, Jovene, Napoli, 1980.

CLERMONT M., SCHERWIN E., *A comparative view of standards of proof*, in *Cornell Law Faculty Publications*, 2002, pp. 243 ss.

COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, III ed., Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo I - *Le tutele di merito, sommarie ed esecutive*, CEDAM, Padova, 2006.

CORBINO A., *Diritto privato romano*, IV edizione, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2019.

CORDERO F., *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, ristampa della prima edizione del 1967, la Nave di Teseo, Milano, 2024.

CORSO S. M., *Infortunio sul lavoro, azione risarcitoria e onere della prova*, in AA. VV., *L'onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp. 1055 ss.

DE CRISTOFARO M., *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994

DONZELLI R., *Manuale del processo familiare e minorile*, Giappichelli, Torino, 2024.

FACHAL NOGUER N., *Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil mèdica: cuestiones polémicas*, in X.A. Lluch, J. Picò I Junoy (a cura di), *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 193 ss.

FERRER BELTRÁN J., *La cd. “carga dinamica” della prova: tra equivoci e superfluità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, n. 3, pp. 897 ss., traduzione italiana a cura di Luca Passanante.

FISK O. H. , *Burden of Proof*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1927, vol. 1, n. 3, pp. 257 ss.

FITTING H., *Die Grundlagen der Beweislast*, in *ZZP*, 1889, Band 13, pp. 1 ss.

FOUCAULT M., *La verità e le forme giuridiche*, La città del sole, Napoli/Potenza, 2021.

FRANZONI M., *La “vicinanza della prova”, quindi...*, in *Contratto e impresa* 2016, n. 2, pp. 360 ss.

GARAVAGLIA M., *Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente*, in *Riv. dir. proc.* 2021, pp. 1349 ss.

GARAVAGLIA M., *La ripartizione dell'onere della prova nel processo civile. Premesse per uno studio di diritto comparato*, CLEUP, Padova, 2022.

GARAVAGLIA M., *Onere della prova nel confronto tra Civil Law e Common Law*, in AA. Vv., *L'onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp. 25 ss.

GARCÌA C., GARCÌA S., *Las reglas generales del onus probandi*, in X.A. Lluch, J. Picò I Junoy (a cura di), *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 47 ss.

GERBER H., *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast*, Druck und Verlag von Friedrich Maute, Jena, 1858.

GIUSSANI A., *Sulla “vicinanza” della prova del vizio di cosa venduta*, in *Riv. dir. proc.* 2020, pp. 1320 ss.

GIUSSANI A., *Intorno alla vicinanza, facilità e non eccessiva onerosità della prova*, in *Riv. dell'esecuzione forzata*, 2019, pp. 558 ss.

GLASER J., *Handbuch des Strafprozesses*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883.

GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*, Giappichelli, Torino, 2018.

GRAUL E., *Systematische Untersuchungen zur Offenkundigkeit im Strafprozess*, in D. Maurer (a cura di), *Kriminalwissenschaftliche Studien*, Band 21, Elwert, Magburg, 1996.

HESS B., JAUERING O., *Zivilprozessrecht*, XXX Auflage, Beck, München, 2011.

KASER M., *Beweislast und Vermutung in römischen Formularprozeß*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 1954, Band 71, pp. 221 ss.

KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, Beck, München, 1966.

LAGENBECK W., *Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1860.

LEIPOLD D., *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.

LEIPOLD D., *sub §138*, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, Band 3, pp. 216 ss.

LEONHARD F., *Die Beweislast*, Verlag von F. Vahlen, Berlin, 1904.

LEVY E., *Beweislast im klassischen Recht*, in *JURA - Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 1952, III, pp. 155 ss.

LLUCH X., PICÒ I JUNOY J., (a cura di), *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, I, XII ed., Giuffrè, Milano, 2022.

MARINELLI M., *Convenzioni probatorie e patti sull'onere della prova*, in AA. VV., *L'onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp.153 ss.

MAZZARIOL R., *Fatti costitutivi e vicinanza della prova*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2023, N. 18, pp. 580 ss.

MICHELI G. A., *L'onere della prova*, ristampa della prima edizione del 1942, CEDAM, Padova, 1966.

MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, Vol. I - *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, CEDAM, Padova, 2007.

MUÑOZ SABATÉ L., *Fundamentos de prueba judicial civil*, Bosch, Barcelona, 2001.

MUSIELAK H. J., STADLER M., *Grundfragen des Beweisrechts*, Beck, München, 1984.

NARDOZZA M., *Onere della prova e logica presuntiva. Note sul pensiero dei glossatori (tra XII e XIII secolo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, n. 3, pp. 870 ss.

NIEVA FENOLL J., *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 1195 ss., traduzione italiana a cura di Luca Passanante.

NIEVA FENOLL J., *Onere della prova e standard di prova: due reminiscenze del passato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2023, pp.837 ss., traduzione italiana a cura di Luca Passanante.

NIEVA FENOLL J., *La valoraciòn de la prueba*, Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

NOBILI M., *Nuove polemiche sulle cosiddette “massime d’esperienza”*, in *Riv. it. dir proc. pen.*, 1969, pp. 123 ss.

ORLANDI M., *Onere della prova e danno in re ipsa*, in AA. Vv., *L’onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp. 311 ss.

PANZAROLA A., *Onere della prova*, in L. R. Perfetti, G. Pesce (a cura di), *L’istruzione nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 159 ss.

PANZAROLA A., *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del cd. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.* 2016, n. 1, pp. 23 ss.

PAPARELLA F., *L’onere della prova nell’accertamento sintetico*, in AA. Vv., *L’onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp. 1275 ss.

PASSANANTE L., *L’onere della prova nel processo civile*, in AA. Vv., *L’onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp. 3 ss.

PATTI S., *Le prove: parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2010.

PAULUS C., *Discovery, Deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen*, in *ZZP*, 1991, Band 104, Heft 4, pp. 397 ss.

PAZOS MÈNDEZ S., *Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil*, in X.A. Lluch, J. Picò I Junoy (a cura di), *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 77 ss.

PERUZZI M., *Le discriminazioni*, in AA. Vv., *L'onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp. 951 ss.

PETROCELLI F., *La prova dell'inadempimento. La responsabilità del professionista intellettuale e del datore di lavoro*, in AA. Vv., *L'onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp. 437 ss.

POSNER P. A., *An Economic Approach to the Law of Evidence*, in *John M. Olin Program in Law and Economics Working Papers No. 66*, 1999.

POZZAGLIA P., *Allegazioni e prove negli infortuni e nelle malattie professionali*, in AA. Vv., *L'onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp. 1111 ss.

PRÜTTING H., *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, Beck, München, 1983.

PUGLIATTI S., voce *Esercizio del diritto (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto* Giuffrè, XV, 1966, pp. 622 ss.

PUGLIESE G., *Il processo civile romano*, I - *Le legis actiones*, Edizioni Ricerche, Roma, 1962.

PUGLIESE G., *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, in *RIDA - Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1956, Tome III, pp. 349 ss.

RANDAZZO F., *L'onere della prova nell'accertamento induttivo*, in AA. Vv., *L'onere della prova*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2024, pp. 1229 ss.

RASSI J. C. T., *Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht*, in *ZZP*, 2008, Band 121, Heft 2, pp. 165 ss.

ROSENBERG L., *Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*, III Auflage, Beck, München-Berlin, 1953.

SACCO R., *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 399 ss.

SACCO R., *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, pp. 1-35, 250-288.

SAITTA F., *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Juridicum*, 2015.

SALVIOI G., *Trattato di storia del diritto italiano, dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, VI edizione, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Milano-Roma-Napoli, 1908.

SASSANI B., *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, n. 2, pp. 424 ss.

SATTA S., *Spunti per una teoria della domanda*, in ID, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Padova, 1968, pp. 327 ss.

SCHMID H., *sub art. 8*, in *Basler Kommentar*, III Auflage, a cura di H. Hansell, N. P. Vogt e T. Geiser, Helbig und Lichtenhom Verlag, Basel, 2006, pp. 107 ss.

SCHNEIDER S., *Vollständige Lehre von rechtlichen Beweise*, Giessen, 1803.

SCHWAB K. H., *Zur Abkehr moderner Beweislasttheorien von der Normentheorie*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, pp. 505 ss.

STEIN F., *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, I edizione Leipzig 1893, Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1969.

STÜRNER R., *Parteipflichten bei der Sachenverhaltsaufklärung im Zivilprozeß*, in ZZP, 1985, Band 98, Heft 3, pp. 237 ss.

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu E F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Vol. III, tomo 2, sez. 1, Giuffrè, Milano, 1992.

TARUFFO M., *La semplice verità - il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

TARUFFO M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, pp. 665 ss.

TARUFFO M., *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 551 ss.

TEDOLDI A. M., “*Onus probandi incumbit ei qui negat*”. *Eterogenesi e palingenesi dell'onere della prova e della contumacia*, in *Riv. dir. proc.*, 2024 n. 4, pp. 1118 ss.

URIATE CODÒN A., *La inversiòn de la carga de la prueba*, in X.A. Lluch, J. Picò I Junoy (a cura di), *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 101 ss.

VALLEBONA R., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, 1988.

VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane (ristampa della prima edizione del 1974), Napoli, 2013.

VERDE G., voce *Prova*, in *Enciclopedia del Diritto* Giuffrè, XXXVII, 1988, pp. 632 ss.

WACH A., *Die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuche*, in ZZP, 1901, Band 29, pp. 359 ss.

WEBER A. D., *Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß*, III Auflage, 1845.

GIURISPRUDENZA CITATA

Corte Cost. 22 dicembre 1989, n. 568.

Corte Cost. 10 marzo 2021, n. 87.

Cort. Giust. 6 aprile 2000, C-226/98, “Jørgensen”

Cort. Giust. 26 giugno 2001, C-381/99, “Brunnhöfer”

Cass. civ., SS. UU., 30 ottobre 2001, n. 13551

Cass. civ., SS.UU. 18.12.2009 n. 26635

Cass. civ., SS. UU. 3 maggio 2019, n. 11748

Cass., III, 27 giugno 2006, n. 14768

Cass. lav., 27 settembre 2018, n. 23338

Cass., III 6 luglio 2020, n. 13851.

Cass., III, 28 marzo 2022, n. 9870

App. Torino 13 gennaio 2020, n. 904

Tribunale di Roma del 23 marzo 2022 (decreto), RG n. 35684/2021

Bundesverfassungsgericht 25 luglio 1979, BvR 878/74

Bundesgerichthof 27 maggio 1957, II ZR 135/1956, neue juristische Wochenschrift 1957, p. 1230.

Bundesarbeitsgericht 12 agosto 1976, 2 AZR 237/75, neue juristische Wochenschrift 1977 p. 167.

Bundesgerichthof 03 maggio 2022, V ZR 115/01, neue juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 2022, p. 1280