



UNIVERSITÀ
DI TRENTO
Facoltà di
Giurisprudenza

STUDIES ON ARGUMENTATION
& LEGAL PHILOSOPHY / 4
RAGIONI ED EMOZIONI
NELLA DECISIONE GIUDIZIALE

MAURIZIO MANZIN
FEDERICO PUPPO
SERENA TOMASI
(eds.)

2021



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**
Facoltà di
Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

50

2021

APPUNTI E SPUNTI SU ONERE DELLA PROVA E «COMUNE SENTIRE»

Mattia Garavaglia

SOMMARIO: 1. Due premesse su «ragione», «emozioni», «emozioni» e onere della prova. Prima premessa: l'«emozione» come «comune sentire». 2. Seconda premessa: le due facce della regola dell'onere della prova. 3. Origine della regola. Onere della prova e crisi del giuramento della parte come tecnica di risoluzione della lite. 4. Analisi dell'evoluzione storica che ha interessato la ripartizione dell'onere della prova rispetto a talune fattispecie. A) Il conflitto fra aequitas sotteso alla ripartizione dell'onere della prova nel retratto litigioso. 5. Segue: B) La ripartizione dell'onere della prova della causa del contratto dal codice «liberale» del 1865 e quello del 1942. 6. Segue: C) Onere della prova e politica economica. Il caso del privilegio del credito del venditore di macchine esaminato da Enrico Finzi, fra un precedente inglese e un attuale dibattito americano. 7. Onere della prova e «comune sentire» oggi. Le implicazioni sottese al criterio della «vicinanza» alla prova: ricerca della «verità» ed «economia» del processo. 8. Inutilità dell'onere della prova? A proposito di un recente scritto di Jordi Nieva Fenoll.

Abstract

In civil litigation, there is a strong bond between the way the burden of proof is allocated between the plaintiff and the defendant, and the common policy of a given social and cultural context.

This bond dates back to the ancient Roman age, where the burden of proof itself was born from the ashes of the *iusiurandum*. Then, through the centuries, and from the Italian perspective, the allocation of the burden of proof has always been correlated to political and economic reasons.

In the present days, most of the times the allocation of the burden of proof complies with the access to evidence rule, which in turns links to two procedural policies.

An epistemic one, by which the burden of proof must be assigned to which one of the parties has the easiest access to the evidence regarding a certain issue of fact because this ensures highest chances of discovering the truth.

Moreover, a cost-effectiveness one, by which the burden of proof must be assigned to whom has the easiest access to the evidence because this is the most efficient way to cut trial costs.

1. *Due premesse su «ragione», «emozioni» e onere della prova. Prima premessa: l'«emozione» come «commune sentire»*

Il tema dell'«*onus probandi*. Là formazione della prova fra ragioni ed emozioni» ben si presta a essere indagato dall'angolo visuale del processo civile, ove, con riferimento al principio dell'onere della prova, sembrerebbe assai vivo il contrasto fra «ragione» ed «emozioni», queste ultime intese in senso lato come «sentimenti»¹.

Quanto alla prima, è agevole vedere nella norma più importante in questa materia, l'art. 2697 c.c., un autentico monumento alla «ragione» dell'onere della prova, non a caso ereditato in linea retta dal principale prodotto della cultura giuridica di stampo «illuminista», il *Code Napoléon*². Questa norma delinea una dimensione indubbiamente razionale (financo «meccanica») dell'*onus probandi*, suddividendo i fatti rilevanti per la fattispecie dei diritti soggettivi in quattro «categorie» (costitutivi, estintivi, modificativi e impeditivi), e stabilendo poi che i primi

¹ Sui rapporti intercorrenti fra queste due nozioni v. per tutti e in generale N.H. FRUDA, *The emotions*, Parigi, 1986, anche nella traduzione in italiano curata da Anna Emilia Berti e Vanda Lucia Zammuner, *Emozioni*, Bologna, 1990; Id., voce *Emozioni e sentimenti*, in *Enc. sc. soc.*, vol. III, Roma, 1993, pp. 559 ss.

² Il codice civile francese del 1804 prescriveva all'art. 1315, co. 1, che «Celui que réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver», e, al co. 2, che «Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait que a produit l'extinction de son obligation». Del tutto analogamente disponeva l'art. 1312 del codice civile del Regno d'Italia del 1865 («chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende di esserne liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione»). Con l'art. 2697 c.c. tali precetti, prima circoscritti alla materia delle obbligazioni, sono stati generalizzati.

devono essere provati da chi «fa valere» il diritto in giudizio (solitamente, l'attore), mentre gli altri devono essere provati da chi li eccepisce³.

Il rapporto fra le «emozioni» e l'onere della prova invece è inevitabilmente più sfuggente, e può essere considerato quantomeno da due diversi punti di vista. Pare anzitutto innegabile che il tema abbia suscitato e suscitò tuttora in chi se ne è occupato in dottrina una serie di reazioni emotive estremamente eterogenee. Si passa invero dall'*entusiasmo* di Leo Rosenberg, che si meravigliava che i colleghi di cattedra potessero avere interessi scientifici diversi dall'onere della prova⁴, alla *malinconia* di chi osservava laconicamente che la corretta applicazione di tale principio è un enigma che attende ormai da due millenni una soluzione⁵. Dalla *frustrazione* di chi inveiva contro i numerosi passi del diritto romano dedicati all'*onus probandi*, definendoli «disgraziati» poiché «hanno già consumata molta fatica, e verosimilmente ne consumeranno ancora molta, senza che venga mai raggiunto un risultato sicuro»⁶, al *rispetto* di chi ne parla come «Rückgrat des Zivilprozesses», la «spina dorsale» del processo civile⁷. Vi è poi chi si è riferito all'onere

³ La letteratura sul tema è copiosissima. In generale, e per limitarci alle opere principali, v. l'appendice di L. GIANTURCO, *Brevi note sulla teoria dell'onere della prova, anche in rapporto alle presunzioni, in generale*, in F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, vol. XXII, Milano, 1906, pp. 366 ss., e poi G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, rist., Padova, 1966; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Napoli, 2013; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Digesto Priv.*, vol. XIII, Torino, 1995, pp. 65 ss. Nella dottrina tedesca v. soprattutto la fondamentale opera di L. ROSENBERG, *Die Beweislast nach der Zivilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, V ed., Berlino, 1965.

⁴ Così lo ricorda Vittorio Colesanti in *Riv. dir. process.*, 1964, p. 314.

⁵ F. SCHULZ, *Die Rechtfertigungslast*, Altona, 1919, p. 3; L. GIANTURCO, *op. cit.*, p. 430.

⁶ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, Frankfurt am Main, 1887, pp. 591 ss., p. 593 in nota. Anche per E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, rist., I ed., Milano, 1968, p. 316, la questione dell'onere della prova è «infida e sottile».

⁷ Il primo a esprimersi in tal senso fu Oskar Hamm nel corso della ventitreesima edizione dei *Deutschen Juristentages*, v. il testo integrale del suo intervento in *Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages*, Berlin, 1895, vol. II, pp. 303 ss. L'espressione è poi stata generalmente accolta dalla dottrina tedesca, che è solita riportarla anche nei manuali istituzionali: v. per es. J. BRAUN, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*:

della prova definendolo un tema di studio *seducente*⁸, e chi ha finito per sviluppare addirittura un *attaccamento morboso*, riconoscendo di essersene reso schiavo⁹.

D'altra parte, e più in generale, l'onere della prova sembrerebbe contraddistinto da uno *charme* che trascende gli austeri confini della letteratura scientifica, e, oltre a catturare l'attenzione di chi, in qualità di «operatore» giuridico, è chiamato a farne quotidiana applicazione a livello professionale¹⁰, attrae anche chi «operatore» giuridico non è, come dimostrerebbe lo spazio – spesso considerevole – dedicato all'argomento nei romanzi gialli a sfondo legale, c.d. «legal thrillers»¹¹.

Erkenntnisverfahren, Tübingen, 2014, pp. 712 ss., spec. p. 714. Similmente G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., rist., p. 782, colloca l'onere della prova fra i problemi più «vitali» del processo.

⁸ G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 182.

⁹ Ci riferiamo alle parole con cui Tommaso Siciliani apriva la sua incompiuta monografia, intitolata *L'onere della prova nel processo civile*, Noci, 1907: «Le poche pagine, che – unicamente a titolo di saggio – affido alle stampe, sono le prime di un mio lungo studio sull'onere della prova nel processo civile, del quale da tre anni mi sono reso schiavo». Gli scritti dell'a., in gran parte dedicati al tema dell'onere della prova, sono stati recentemente raccolti da Franco Cipriani in T. SICILIANI, *Scritti di diritto processuale civile*, Napoli, 2006. Il «saggio» in questione è alle pp. 227 ss.

¹⁰ È impressionante rilevare che, a oggi, inserendo la parola chiave «onere della prova» nella banca dati *DeJure*, la ricerca restituisce oltre 130.000 risultati, di cui più di 75.000 sono decisioni della Corte di Cassazione, sovente rese a sezioni unite, nelle materie più svariate. Il tema è altresì oggetto di discussione nelle sedi congressuali con insolita frequenza.

¹¹ I quali però, va detto, si incentrano per lo più su vicende processualpenalistiche, forse perché, come osservava F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 40, nel processo penale ci si occupa dell'«essere», mentre nel processo civile solamente dell'«avere».

Il pensiero corre fra l'altro al considerevole successo dei romanzi di Scott Turow, unanimemente indicato come il precursore di questo genere letterario, e, in particolare, a *Burden of proof*, pubblicato per la prima volta nel 1990 e poi più volte ristampato. È dello stesso anno la prima edizione della traduzione in italiano curata da Roberta Rambelli e intitolata *Onere della prova*, anch'essa oggetto di numerose ristampe e riedizioni, mentre solamente nel 1993 è stato doppiato e distribuito in Italia, con il titolo *Prova schiacciante*, l'adattamento televisivo diretto da Mike Robe. Naturalmente, la scelta di parlare di onere della prova in un romanzo giallo, come tale destinato a una vasta e variegata platea di lettori, è tanto più significativa quando l'autore, come nel caso di

In questa occasione peraltro non si farà riferimento all'emozione come stato d'animo soggettivo, bensì come stato c.d. «motivazionale», o di «preparazione all'azione». Da questa diversa prospettiva, l'emozione viene in considerazione come stimolo esterno idoneo a orientare il comportamento di un soggetto verso la realizzazione di certi fini, per lo più funzionali all'emozione stessa (l'invidia, per es., induce ad appropiarsi di beni altrui e a farne uso)¹².

Calata nel mondo giuridico, l'emozione, in questa sua seconda veste, sembrerebbe intersecare in più punti l'inesauribile dibattito relativo alla contrapposizione fra diritto «vivente» e diritto «positivo», o, meglio, fra il «sentimento» diffuso fra tutti i consociati – e, proprio per questo, «comune» – su come la regola giuridica, rispetto a una data fattispecie, «dovrebbe essere», e il modo in cui la fattispecie stessa viene concretamente disciplinata dal legislatore; tema, questo, sul quale negli ultimi anni sono intervenuti a più riprese Nicolò Lipari e Paolo Grossi, con pregevolissimi contributi¹³.

Turow, ha un solido *background* giuridico, poiché è fatta con la consapevolezza della *fascino* che tale argomento può avere agli occhi dei «profani».

¹² N.H. FRUDA, voce *Emozioni e sentimenti*, cit., p. 562, pp. 564 ss.

¹³ DI N. LIPARI v. almeno *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2005, pp. 11 ss.; *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, *passim*, spec. pp. 20 ss.; *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, *passim* (su cui v. l'ampia recensione di P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Nicolò Lipari (a proposito del volume: Il diritto civile tra legge e giudizio)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, pp. 1407 ss.); *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 479 ss.; *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 635 ss., spec. pp. 636 ss., p. 638; *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 1 ss., spec. p. 15; *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, *ivi*, pp. 873 ss.; *I civilisti e la certezza del diritto*, *ivi*, pp. 1115 ss., spec. p. 1132, pp. 1137 ss., e in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Ospedaletto, Pisa, 2016, vol. II, pp. 1471 ss.; *Dottrina e giurisprudenza quali fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, pp. 1153 ss.; *Intorno ai «principi generali del diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 28 ss.; *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, pp. 1 ss.; *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 1427 ss.; *Ragionare di diritto oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, pp. 489 ss.

DI P. GROSSI v. invece *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, *passim*, spec. pp. 30 ss., pp. 87 ss., pp. 122 s. (e su quest'opera cfr. N. LIPARI, *A partire da "L'inven-*

Il diritto vivente è in continua formazione, poiché riflette il perenne susseguirsi dei mutamenti storici, politici ed economici che plasmmano nel corso del tempo il contesto sociale in cui pure il diritto positivo deve essere applicato. Questi mutamenti sono lo stimolo esterno che determina nei consociati il desiderio di cambiare il diritto vigente, il quale, in una visuale ideale del mondo, dovrebbe sempre rispecchiare il ««commune sentire»».

Il diritto positivo, dal canto suo, è solamente il risultato della temporanea cristallizzazione del diritto vivente per opera del legislatore, e, come tale, è virtualmente destinato all'obsolescenza già a partire dal giorno seguente a quello della entrata in vigore della nuova norma scritta¹⁴. È per queste ragioni che lo scarto fra i due viene considerato addirittura fisiologico¹⁵, per certi aspetti simile a una malattia cronica, dalla quale è possibile solamente trattare i sintomi, «aggiornando» («rattoppando»), direbbe James Bradley Thayer¹⁶ ciclicamente il «testo» alla luce delle innovazioni del «contesto», ma non guarirla del tutto, eliminando alla radice la intrinseca relatività storica del diritto scritto.

zione del diritto" di Paolo Grossi, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 349 ss., che in un certo senso rappresenta il seguito di Id., *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 755 ss.), *Introduzione al Novecento giuridico*, II ed., Roma-Bari, 2015, pp. 67 ss., e *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, pp. 1135 ss. A tutti questi scritti si rinvia anche per le opportune indicazioni bibliografiche sull'argomento. Per uno scorcio «nichilista» di questa realtà v. in particolare N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, Id., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. process.*, 2014, pp. 41 ss.

¹⁴ Come sottolineava Thomas Jefferson in una lettera del 6 settembre 1789 indirizzata a James Madison, «no society can make a perpetual constitution, or even a perpetual law», e ogni norma scritta dovrebbe «scadere» automaticamente dopo diciannove anni, permettendo alle nuove generazioni di rimodellare il diritto positivo alla luce delle nuove esigenze sociali, economiche e politiche; vedila ora in *The papers of Thomas Jefferson*, vol. XV, Princeton, 1958, p. 392. Questo sentimento di «legal skepticism» è poi germogliato nel movimento del c.d. «realismo giuridico» americano, sul quale v. C. NYQUIST, *Re-Reading Legal Realism and Tracing a Genealogy of Balancing*, in *Buffalo Law Review*, 2017, vol. LXV, pp. 771 ss.

¹⁵ N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, cit., pp. 482 ss., p. 487.

¹⁶ *A Preliminary Treatise on Evidence in the Common Law*, Boston, 1898, pp. 500 ss., spec. p. 508.

L'approdo «finale» di questo processo di uniformazione coincide con un intervento del legislatore volto a modificare o abrogare la norma oramai superata, o a introdurre una norma nuova, ma è raro che l'iniziativa di quest'ultimo non sia in qualche misura «anticipata» dalla giurisprudenza. Ciò in quanto è anzitutto il giudice che, essendo chiamato ad applicare nel processo le norme generali e astratte a un caso concreto, ha la possibilità di «intercettare» per primo i mutamenti di cui si è detto, cercando, ove possibile, di interpretarle conformemente al rinnovato «comune sentire»¹⁷.

In quest'ottica, l'onere della prova si distingue da sempre come uno dei mezzi più versatili (se non il più versatile in assoluto) per raggiungere quel fine. Invero, e fermo restando che solo il legislatore può stabilire quali fatti storici siano anche giuridicamente rilevanti per un dato rapporto sostanziale, attraverso la ripartizione dell'onere della prova è possibile qualificare diversamente il «senso» in cui opera la rilevanza giuridica di un fatto storico all'interno della fattispecie (costitutivo, «impeditivo» e via dicendo), restituendo così un'immagine di quest'ultima che sia più in linea con il diritto vivente¹⁸.

Chiarito così qual è l'aspetto «emotivo» dell'onere della prova che si prenderà in considerazione, si spiega anche il titolo scelto per questo intervento. Non essendo evidentemente questa la sede idonea a ospitare un'indagine approfondita sul tema, mi limiterò a tratteggiarne i profili generali e fare alcune esemplificazioni, per lo più ricorrendo alla tecni-

¹⁷ N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, cit., p. 483, Id., *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., pp. 1117 ss., Id., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti del diritto*, cit., pp. 1160 ss., p. 1162, anche in nota, rileva esattamente che oggi il giudice non opera più come semplice *bouche de la loi*, bensì come «voce» della «comunità interpretante»; non più come «recettore» di un diritto scritto calato dall'alto, ma come «tessitore» di un diritto che nasce dal basso, frutto dell'esperienza umana o, appunto, del «comune sentire». Sorprende la continuità con il pensiero di M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, II ed., Torino, 1883, p. 111, che similmente indicava il processo come il luogo migliore per «decoficare» i «veri bisogni della pratica civile col mezzo del sentimento comune» (enfasi mia).

¹⁸ L. ROSENBERG, *op. cit.*, pp. 68 ss.; F. LEONHARD, *Zur Beweislast*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 1906, pp. 454 ss.

ca della comparazione «verticale», ossia fra diversi periodi storici e non fra ordinamenti¹⁹.

2. Seconda premessa: le due facce della regola dell'onere della prova

Va altresì precisato, sempre in via di premessa, che un discorso di questo tipo lascia inevitabilmente fuori l'altra faccia del principio dell'onere della prova, attinente al problema della decisione sul fatto «incerto»²⁰.

In questa prospettiva, si dice che l'onere della prova opera come una regola di giudizio che permette al giudice di pervenire a una decisione di merito anche nel caso in cui, a istruttoria chiusa, residui incertezza sui fatti controversi²¹. Una situazione di questo tipo, in un antico passato, poteva essere risolta con una pronuncia di *non liquet*, mediante la quale il giudice statuiva di non potere accogliere, né rigettare la domanda nel merito a causa della perdurante incertezza sui fatti controversi. Nei moderni ordinamenti, tuttavia, un simile esito contrasterebbe con la ragion d'essere del potere giurisdizionale in genere e, specialmente, con la funzione essenzialmente dichiarativa del processo di cognizione. Di qui l'esigenza di vincolare il giudice a «convertire» il dubbio in motivo di rigetto nel merito della pretesa della parte che non ha assolto il suo onere probatorio²².

¹⁹ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., pp. 3 ss.

²⁰ In generale sull'argomento, anche per gli indispensabili riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a M. GARAVAGLIA, *Il controllo in cassazione sulla violazione della regola dell'onere della prova*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. process.*, 2019, pp. 1499-1520.

²¹ V. per tutti G.A. MICHELI, *op. cit.*, *passim*, spec. pp. 149 ss., pp. 192 ss., pp. 213 ss., pp. 327 ss. La possibilità di ricavare dal principio dell'onere della prova un'autentica regola di giudizio sul diritto controverso è invece esclusa da G. VERDE, *op. cit.*, pp. 22 ss., p. 33, pp. 37 ss., pp. 112 ss., pp. 231 ss., pp. 240 ss.

²² Sulla decisione di *non liquet*, oltre agli scritti cit. alle note prec., v. P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, pp. 15 ss., e A. BLOMEYER, *Non liquet*, in *Juristenzeitung*, 1955, pp. 600 ss.

Ora, che si preferisca parlare di due distinte regole dell'onere della prova²³, oppure, come in altra sede è parso preferibile, di due funzioni svolte dalla medesima regola in relazione al momento in cui viene applicata dal giudice²⁴, l'importante è tenere distinto il problema della decisione sul fatto incerto (onere «oggettivo», o funzione processuale dell'onere della prova), da quello della ripartizione «in senso stretto» degli oneri dimostrativi (onere «soggettivo», o funzione sostanziale dell'onere della prova). In questa sede si prenderà in considerazione solamente questo secondo aspetto dell'onere della prova, l'unico idoneo a essere influenzato dal «comune sentire», salvi i rilievi conclusivi nel n. 8. L'applicazione della regola di giudizio rappresenta invece l'aspetto «meccanico» della materia cui si accennava prima, poiché, quando l'istruttoria si è chiusa senza alcun apprezzabile risultato²⁵ in termini di persuasione del giudice, quest'ultimo non può fare altro che rigettare nel merito la pretesa di chi non ha assolto il suo onere probatorio, secondo la struttura tipica delle regole anankastiche. Ogni spazio «emotivo» – e, in un certo senso, «creativo» – del giudice, cioè, si consuma una volta che sia stato ripartito l'onere della prova, stabilendo «chi deve provare cosa».

3. Origine della regola. Onere della prova e crisi del giuramento della parte come tecnica di risoluzione della lite

Così delimitato il campo di indagine, si potrebbe iniziare osservando che i rapporti fra onere della prova e «comune sentire» sembrerebbero risalire quantomeno al primo secolo a.C., e, più precisamente, alla fase di transizione dal procedimento *per legis actiones* a quello formulare, all'apice della crisi del giuramento *in iure*. Anzi, è probabile che la na-

²³ J. FERRER BELTRÁN, *La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*, in *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Barcelona, 2018, pp. 133 ss., spec. pp. 136 ss., p. 141 anche alla nota 39. Questo scritto è stato tradotto in italiano da Luca Passanante, con il titolo *La c.d. «carga dinámica» della prova: tra equivoci e superficialità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, pp. 898 ss.

²⁴ M. GARAVAGLIA, *op. cit.*

scita stessa della regola dell'onere della prova sia stata determinata dai mutamenti che sconvolsero il contesto sociale di riferimento in quel periodo storico. Ma occorre procedere con ordine.

Ripercorrendo velocemente la storia «ideale» del giuramento, magistralmente tracciata da Enrico Allorio²⁵, si può notare che esso nasce come autentico sistema di risoluzione della lite, e che, come tale, ha gradualmente rimpiazzato i grotteschi «giudizi di Dio» (ordalie, *épreuves*), i quali si mostravano sempre meno idonei a governare una realtà più complessa da molteplici punti di vista (culturale, demografico, economico, e via dicendo)²⁶.

Ora, nel vigore del procedimento *per legis actiones* le liti venivano per lo più risolte attraverso il giuramento *in iure* delle parti, solitamente del convenuto, mentre il giudice si limitava a controllare la ritualità delle formule sacramentali usate nel deferimento e nella prestazione del giuramento. Sarebbe tuttavia un errore ritenere che la parte cui veniva deferito il giuramento godesse di una posizione di vantaggio rispetto a quella che oggi indichiamo come «onerata» della prova, poiché le sanzioni sociali e *lato sensu* «spirituali» con cui veniva punito lo spergiuro erano di entità tale che se non si era sicuri di ciò che si stava per giurare si preferiva tacere e perdere la lite²⁷.

La tenuta di un sistema del genere dipendeva allora dal grado di fiducia riposto dalla collettività nella efficacia deterrente di tali sanzioni, e, più in generale, dal valore riconosciuto alla parola data e alla sacralità del giuramento²⁸. Viceversa, nel momento in cui fosse maturato un

²⁵ E. ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937, pp. 32 ss.

²⁶ Come osservava C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, pp. 131 ss., si è passati dalla «magia» al «razzocinio», transitando per il formalismo. Cfr. R. PROVINCIALI, voce *Giuramento decisorio (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 103 ss., e P. FREZZA, *Ordalia e legis actio sacramento*, in *Studi classici e orientali*, 1953, pp. 63 ss., p. 67, ove altri riferimenti dottrinali.

²⁷ G.A. MICHELI, *op. cit.*, pp. 25 ss.; F. PATETTA, *Le ordalie*, rist., Milano, 1972, p. 15, anche alla nota I, pp. 220 ss.

²⁸ Per G. TARDE, *Les transformations du droit*, II ed., Paris, 1894, pp. 27 ss., la definizione del giuramento della parte come tecnica di risoluzione della lite era indice sicuro della «force du déshonneur et de l'horreur sacrée qui s'attachaient à l'idée du parjure».

sentimento diverso, diventando più conveniente spergirare pur di vincere la lite, è chiaro che il giuramento avrebbe cessato di essere un valido sistema di risoluzione della lite.

Per Allorio, alla radice del passaggio allo stadio successivo della storia «ideale» del giuramento (che è storia «ideale» del processo e, prima ancora, del diritto «nell'ambito di una civiltà») ²⁹, ossia quello in cui viene concepito come mezzo di prova legale di singoli fatti, vi è stata proprio una crisi di valori di questo tipo, la quale, peraltro, si sarebbe via via ripresentata con tempistiche diverse ma caratteristiche analoghe in ogni territorio in cui il giuramento aveva inizialmente trovato applicazione come sistema di risoluzione della lite ³⁰. Più precisamente, si iniziò a chiedere a chi doveva giurare di «corroborare» il giuramento, facendolo cadere su oggetti sacri o comunque simbolici (la divinità, la bibbia, la spada e via dicendo), e, successivamente, di individuare dei *conjuratores* che giurassero con lui in numero via via sempre maggiore, finché il giuramento smette di essere una cosa che si «pessa», e diventa una cosa che si «conta» ³¹.

Presso i romani, che furono i primi ad affrontare tale crisi, quando essa raggiunse il suo apice si iniziò a riconoscere un ruolo ben più attivo al giudice che ora, nel processo formulare e in veste di arbitro privato, poteva stabilire discrezionalmente chi dovesse provare cosa, quanto e come provarlo, e lo faceva alla luce di considerazioni pratiche, di

²⁹ E. ALLORIO, *Il giuramento della parte*, cit., p. 26.

³⁰ E. ALLORIO, *op. cit.*, pp. 32 ss., spec. pp. 56 ss.; ciò vale specialmente per il giuramento di «purgazione» del convenuto, tipico dei popoli germanici. Conformi G. CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 783 ss.; T. SICILIANI, *La prova dei fatti negativi*, in *Scritti di diritto processuale civile*, cit., p. 49; C. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, II ed., vol. II, Firenze, 1903, pp. 273 ss., p. 275. Su questa crisi del giuramento della parte si intrattiene anche Montesquieu, nel suo celebre *Esprit des lois*: v. alle pp. 443 ss. dell'edizione parigina del 1862.

³¹ M. MICHELET, *Origines du droit français*, Paris, 1837, pp. 50 ss., pp. 331 ss., ricorda per es. che, presso i franchi, se dapprima la prova della castità di una donna poteva essere raggiunta mediante il giuramento di dodici congiuratori, successivamente, ne occorrevano ben sessantadue per condannare una rena e, in alcune controversie di natura commerciale, addirittura seicento. Cfr. per analoghe considerazioni e C. LE GENTIL, *Essai historique sur les preuves*, Paris, 1863, pp. 228 ss., e R. DARESTÈ, *Études d'histoire du droit*, Paris, 1889, pp. 265 ss., p. 287.

semplice buon senso (l'«umana sapienza»), diceva Gianturco) o per scelte di mera convenienza sociale o politica³².

4. *Analisi dell'evoluzione storica che ha interessato la ripartizione dell'onere della prova rispetto a talune fattispecie. A) Il conflitto fra aequitas sotteso alla ripartizione dell'onere della prova nel retratto litigioso*

A partire da questo momento è sempre parso possibile, nel corso della storia, riscontrare un collegamento fra il modo in cui viene ripartito l'onere della prova rispetto a una determinata fattispecie e il «comune sentire»; ciò in quanto, lo ribadisco, attraverso una determinata distribuzione degli oneri dimostrativi risulta possibile perseguire finalità di varia natura.

Si consideri anzitutto l'evoluzione che ha interessato la ripartizione dell'onere della prova con riferimento al c.d. «retrato» di diritto litigioso³³. Si trattava di un istituto giuridico di origine romana in virtù del quale, a fronte di una cessione di credito, il debitore ceduto poteva liberarsi dall'obbligazione versando al cessionario la minor somma che quest'ultimo aveva versato al cedente per l'acquisto del credito. Fu introdotto nel 506 da Anastasio, con una costituzione imperiale che ne porta il nome, la *lex Anastasiana*, per fronteggiare un'emergenza politica e sociale particolarmente sentita: l'incetta di crediti litigiosi a prezzi irrisori da parte di affaristi spregiudicati che vessavano poi i debitori, turbando la vita economica della comunità.

³² G.A. MICHELL, *op. cit.*, p. 15, pp. 17 ss. Tutti ricordano il famoso esempio tratto da un passo di Aulo Gellio in cui in un giudizio di condanna al pagamento di una somma di denaro il giudice impose al convenuto l'onere di dimostrare che nulla fosse dovuto in quanto egli era la parte più «disonesta», *turpis persona et vitae diffamatisimae*. È peraltro noto che al giudice del processo formulare era consentito rinunciare alla competenza definitiva della lite mediante una pronuncia di *non liquet*, e che la funzione processuale della regola dell'onere della prova si affermò solo durante l'età imperiale, con il passaggio alla *cognitio extra ordinem*.

³³ In generale sull'argomento C. ARIAS, *Il retratto di diritto litigioso*, Padova, 1933; E. BETTI, *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, in *Riv. dir. process. civ.*, 1926, II, pp. 320 ss.

Orbene, la fattispecie processuale che tipicamente si presentava era la seguente. Il cessionario agiva in giudizio contro il debitore ceduto domandando il pagamento del diritto di credito acquistato dal cedente, affermando che per l'acquisto del credito era stata sborsata una somma pari o di poco inferiore al suo valore nominale. Il debitore ceduto, dal canto suo, sosteneva che il prezzo versato al cedente fosse in realtà molto inferiore, e pretendeva di essere liberato versando al cessionario-attore una somma corrispondente.

Inizialmente si stabilì che l'onere della prova dell'esatto ammontare della somma versata al cedente incombeva al cessionario. Questa ripartizione degli oneri dimostrativi era infatti ritenuta «giusta» perché conforme alla *aequitas cerebrina*, ossia alla medesima filosofia — oggi diremmo: *policy* — cui si era ispirato il legislatore nell'introdurre il retratto litigioso. Questa idea di equità, conosciuta anche con il nome di equità «bizantina», veniva intesa nel senso di «mitezza» e di «indulgenza» verso gli obbligati e i soggetti più «deboli», e spingeva a temperare in loro favore le rigide conseguenze delle regole giuridiche³⁴. O meglio: ripartendo in questo modo l'onere della prova, e stabilendo che spettava al cessionario-attore dimostrare di aver versato al cedente una somma più elevata di quella indicata dal ceduto-convenuto, è stato possibile veicolare nel processo i fondamenti dell'equità bizantina.

Diversi secoli dopo, però, l'equità romana «classica» recuperò terreno, provocando un mutamento nel «comune sentire» rispetto alla pratica della cessione dei crediti. Questa diversa idea di equità, intesa come «giustizia in ogni rapporto», imponeva infatti di «concedere agli altri ciò che a buon diritto ci chiedono», anche se per acquistare il credito è stata corrisposta al cedente una somma inferiore al suo valore nominale. Sicché, in questo rinnovato contesto culturale, il lucro del cessionario non poteva più essere considerato disonesto se la cessione del credito era avvenuta per libera volontà del cedente³⁵.

Ciò determinò inizialmente una inversione dell'onere della prova, in quanto appariva ora più «giusto» che fosse il debitore ceduto a — eccepire e — dimostrare che fu versata al cedente una somma inferiore a

³⁴ C. ARIAS, *op. cit.*, pp. 19 ss.

³⁵ C. ARIAS, *op. cit.*, pp. 21 ss., e poi pp. 217 ss.

quella affermata dal cessionario, e questo nuovo «assetto» di ripartizione degli oneri dimostrativi si mantenne: pressoché inalterato fino al codice civile del 1865³⁶. L'istituto del retratto litigioso fu poi abbandonato con il passaggio al nuovo codice, risultando ormai pienamente legittimata dal «commune sentire» la pratica commerciale di acquistare crediti «deteriorati» a un prezzo inferiore al loro valore nominale, e poi agire contro il debitore per recuperare l'intero, o almeno per ricavare una plusvalenza.

5. Segue: *B) La ripartizione dell'onere della prova della causa del contratto dal codice «liberale» del 1865 e quello del 1942*

È possibile replicare riflessioni di questo genere pressoché per ogni fatto giuridico e per ogni fattispecie. Si pensi, per fare un esempio più attuale, alla ripartizione dell'onere della prova della causa del contratto. Sotto l'imperio del codice civile del 1865 l'onere incombeva a chi sosteneva che fosse assente, oppure che fosse illecita, poiché la liceità della causa era presunta fino a prova contraria³⁷. Ciò era conforme allo spirito liberale del tempo, e, specialmente, all'esigenza di limitare il più possibile i poteri del giudice sul controllo dello scopo del negozio che le parti avevano inteso raggiungere.

Con l'avvento del nuovo regime si ritenne però opportuno eliminare tale presunzione, stabilendo che è onere di chi sul contratto fondi una pretesa giuridica dimostrarne anzitutto la causa. Il collegamento fra questa inversione della ripartizione dell'onere della prova e il rinnovato «commune sentire» è ben messo in luce ai nn. 613-615 dalla Relazione al codice civile del 1942, ove si rimarca l'intenzione di conferire alla causa del contratto «massima efficienza», perché «un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione della

³⁶ Art. 1546: «quegli contro cui fu da altri ceduto un diritto litigioso, può farsi liberare dal cessionario, rimborsandolo del prezzo reale della cessione colle spese e coi legittimi pagamenti, e cogli interessi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della cessione».

³⁷ Art. 1120: «Il contratto è valido qualunque non ne sia espressa la causa».

Art. 1121: «La causa si presume sino a che non si prova il contrario».

causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto»³⁸. Ciò che, peraltro, legittima anche la possibilità, per il giudice, di rilevarne d'ufficio assenza o illiceità, ex artt. 1418 e 1421 c.c.

6. Segue: *C) Onere della prova e politica economica. Il caso del privilegio del credito del venditore di macchine esaminato da Enrico Finzi, fra un precedente inglese e un attuale dibattito americano*

Nel 1928 usciva sul primo fascicolo della *Rivista di diritto processuale civile* un breve commento critico di Enrico Finzi a Trib. Siena 25 novembre 1927, intitolato *Sulla efficacia semplicemente conservativa della trascrizione di cui all'art. 773, n. 3, c. comm. Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi* (pp. 156 ss.), che offre un lucido esempio di come l'onere della prova possa essere ripartito in funzione di ragioni di politica economica.

L'art. 773, co.1, n. 3), del codice di commercio del 1882, regolava il privilegio del credito del venditore di macchinari industriali e agricoli nel caso in cui il compratore fosse fallito nei tre anni successivi alla consegna degli stessi, disponendo fra l'altro che tale privilegio «non ha effetto se il venditore non abbia, entro tre mesi, dalla consegna delle macchine ... fatto trascrivere il documento, da cui risulti la vendita ed il credito, in un registro speciale e pubblico».

In quell'occasione il giudice senese riconobbe alla trascrizione naturale costitutiva del privilegio del venditore, stabilendo che spettava anzitutto a quest'ultimo provare di non essere incorso nella decadenza prevista dalla norma, dimostrando di aver trascritto tempestivamente quanto richiesto dalla legge.

Secondo Finzi, invece, la trascrizione non sarebbe propriamente costitutiva di un privilegio che si perfeziona solo con essa, bensì «conservativa» di una qualità del diritto di credito del venditore, che è già privilegiato nel momento stesso in cui sorge. Di qui la conclusione che è

³⁸ La relazione Grandi è consultabile per intero in *Codice civile. Testo e relazione ministeriale*, Roma, 1943, pp. 9 ss. V. al riguardo G.A. MICHELLI, *op. cit.*, pp. 32 ss.

onere di chi contesta la natura privilegiata del credito eccepire e dimostrare la decadenza del venditore per mancata o tardiva trascrizione, mentre quest'ultimo potrà limitarsi a «controeccepire» la tempestività della stessa per difendersi dall'eccezione di decadenza sollevata dall'avversario, fermo restando che l'eventuale stato di dubbio sulla decadenza dal privilegio andrebbe sempre risolto a favore del venditore³⁹.

Egli precisava che questo assetto di ripartizione degli oneri probatori trovava piena corrispondenza nelle finalità pratiche che hanno ispirato il legislatore, così come emergevano dalle pagine della relazione della Commissione incaricata di redigere il progetto preliminare del codice di commercio. Premesso che «l'uso delle macchine è diventato ormai una condizione essenziale dello sviluppo delle industrie italiane, e della possibilità di resistenza agli effetti della concorrenza straniera», si rimarcava la necessità di «agevolare» la posizione dei venditori nel recupero del proprio credito, essendo concreto il pericolo che, in caso di fallimento del compratore, essi «veggano tutti i creditori pagarsi a loro pregiudizio col prezzo degli oggetti per i quali nulla essi hanno ricevuto, sebbene costituiscano piuttosto il valore principale, che non il valore accessorio dello stabilimento del debitore»⁴⁰.

Rilevava altresì che tale ripartizione dell'onere della prova era conforme alla *policy* del tempo, squisitamente liberale — e, quindi, in quel contesto storico, «comune» a tutti i consociati — per cui la tutela «sociale» accordata dal diritto positivo dovrebbe essere sempre subordinata alla difesa individuale del titolare del diritto e al suo interesse a «conservarlo» sotto tutti i suoi aspetti⁴¹. Lo scopo della formalità prescritta dall'art. 773, cioè, non era quello di costituire un autentico diritto nuovo da far valere contro i terzi, ma, più semplicemente, quello di subordinare l'effettività del privilegio accordato al venditore alla condizione che quest'ultimo fosse veramente interessato a usufruirne.

Chi poi volesse fare un raffronto con l'attuale disciplina del privilegio del credito del venditore di macchine, così come risulta dal-

³⁹ E. FINZI, *Sulla efficacia semplicemente conservativa della trascrizione di cui all'art. 773, n. 3, c. comm. Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi*, cit., p. 158, pp. 161 ss.

⁴⁰ E. FINZI, *op. cit.*, pp. 157 ss.

⁴¹ E. FINZI, *op. cit.*, pp. 159 ss., p. 168.

l'art. 2762 c.c., e, in parte, dall'art. 3 l. 28 novembre 1965, n. 1329, potrebbe facilmente constatare che la trascrizione del documento da cui risultano la vendita e il credito assolve oggi una finalità diversa, con forme all'idea per cui la tutela «sociale», ora intesa però come tutela dei terzi, deve considerarsi predominante rispetto alla tutela del singolo. Oggi, in altri termini, ripugna l'idea che il venditore possa opporre il privilegio agli altri creditori del compratore senza che della natura privilegiata del suo credito sia stata assicurata una opportuna pubblicità legale, mediante la trascrizione dei documenti indicati dalla legge nel registro di cui all'art. 1524 c.c. Di qui la natura effettivamente costitutiva della trascrizione, e, conseguentemente, l'esigenza di distribuire diversamente gli oneri dimostrativi, apparendo ora più ragionevole pretendersi anzitutto dal venditor: la prova del perfezionamento del suo privilegio se vuole opporlo a terzi.

A questo punto, anche per toccare con mano quanto sia diffusa la pratica di ripartire gli oneri dimostrativi in funzione di ragioni di politica economica, può essere interessante svolgere brevemente due esempi tratti da ordinamenti stranieri.

Si pensi in primo luogo a come è cambiata nel corso del tempo la ripartizione dell'onere della prova nell'azione di *nuisance*. Si tratta di un'azione di diritto inglese a tutela del diritto di proprietà, con la quale è possibile ottenere il risarcimento del danno «ingiusto» derivato da atti disturbativi di vario tipo (immissioni di fumi e di rumori, ostruzione di luci e di vedute e via dicendo)⁴².

Inizialmente spettava al convenuto dimostrare che il danno cagionato alla proprietà dell'attore era giustificato da esigenze relative a un'attività economica da lui intrapresa sul fondo adiacente⁴³. A partire dalla

⁴² In generale sull'argomento D.M. PROVINE, *Balancing Pollution and Property Rights: a Comparison of the Development of English and American Nuisance Law*, in *Anglo-American Law Review*, 1978, vol. VII, pp. 31 ss.; S. WEXLER, J. EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, in *McGill Law Journal*, 1984, vol. XXIX, pp. 473 ss.; S. WEXLER, *Burden of Proof, Writ Large*, in *University of British Columbia Law Review*, 1999, vol. XXXIII, pp. 75 ss., spec. p. 77.

⁴³ V. in questo senso due decisioni riportate da E. COKE, *Reports*, London, 1777, vol. V, pp. 103 ss.: *Aldred's Case*, 77 E.R. 816, K.B. (1611) e *Baten's Case*, 77 E.R. 810, K.B. (1612) Nel caso *Aldred's* l'attore citò il proprietario del fondo adiacente chiedendone la condanna al risarcimento del danno derivato dalla costruzione di un

seconda metà del diciottesimo secolo, però, si iniziò progressivamente a invertire l'onere della prova, stabilendo cioè che era l'attore a dover dimostrare l'ingiustizia del danno subito (perché non giustificato nel modo che si è detto), e la sua imputabilità a titolo di colpa (o di dolo) al convenuto. Ciò in quanto il precedente schema di ripartizione dell'onere della prova, funzionale a una tutela integrale del diritto di proprietà, si mostrava ormai incompatibile con le nuove esigenze produttive sorte alla Rivoluzione industriale, e avrebbe rischiato di frenare lo sviluppo economico del territorio. Si cominciò così a sottolineare con sfumature diverse che i proprietari «non possono stare immobili sulle loro posizioni derivanti da diritti assoluti e agire in giudizio per ogni piccolo fastidio», poiché, altrimenti, «non si potrebbe più costruire nulla in alcun angolo delle città»⁴⁴.

Si pensi poi al dibattito, attualmente aperto negli Stati Uniti, su quale sia il modo più corretto di distribuire gli oneri dimostrativi nei giudizi promossi dalla *Food and Drug Administration*, l'ente pubblico predisposto a tutela dei consumatori, contro i produttori di integratori alimentari, allorché la prima sostegno che uno dei prodotti dell'azienda convenuta debba essere ritirato dal mercato in quanto non genuino, o comunque *unsafe*.

Il legislatore accolla l'onere della prova all'ente pubblico, che deve pertanto dimostrare la *non* genuinità del prodotto⁴⁵, ma attenta dottrina

porcile (*house of hogs*) esattamente a fianco della sua abitazione; che diventò presto inabitabile a causa degli odori nauseabondi che ne fuoriuscivano. Il convenuto si limitò a professarsi come *not guilty*, osservando incidentalmente che «un uomo non dovrebbe avere l'olfatto così delicato da non sopportare l'odore dei maiali» («one not ought to have so delicate a nose, that he cannot bear the smell of hogs»). Nonostante il richiamo del *defendant* a tale regola di «buon senso», verosimilmente espressione del «comune sentire» dell'epoca, la domanda venne poi accolta poiché era mancata la prova, da parte quest'ultimo, che il danno cagionato all'attore poteva trovare qualche giustificazione economica nella sua attività professionale di allevatore.

⁴⁴ I passi riportati nel testo sono presi in parte da *Fishmongers' Co. v. East India Co.*, 21 E.R. 222, K.B. (1752), e in parte da *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping*, 21 E.R. 232, Chancery (1865). In quest'ultima occasione, in particolare, i giurati vennero istruiti dal giudice nel senso di considerare i fatti di causa «nel rispetto di tutte le circostanze, comprese quelle relative al contesto storico e locale» (mio il corsivo).

⁴⁵ V. la *Section 4 del Dietary Supplement Health and Education Act* del 1994.

rileva criticamente che tale orientamento violerebbe il principio di *access to evidence* («vicinanza») alla prova, sul quale v. al n. seg.), poiché, nella maggior parte dei casi, l'ente non avrebbe accesso a tutte le informazioni relative ai prodotti dell'azienda convenuta (analisi di laboratorio, *clinical studies*, ecc.), le quali si trovano solitamente presso le sedi di quest'ultima e, spesso, costituiscono l'unico mezzo di prova per dimostrare la non genuinità di questo genere di prodotti⁴⁶. Nemmeno in questo caso, tuttavia, la ripartizione dell'onere della prova è casuale, o irragionevole, ma è funzionale al perseguimento di concrete esigenze di *money and politics*, e, precisamente, quella di agevolare coloro che scelgono di investire negli Stati Uniti, entrando in un mercato che registra numeri sempre più importanti.

7. *Onere della prova e «comune sentire» oggi. Le implicazioni sotlese al criterio della «vicinanza» alla prova: ricerca della «verità» ed «economia» del processo*

L'influenza del «comune sentire» sulla ripartizione degli oneri probatori traspare oggi dalla prassi giurisprudenziale, sempre più diffusa, di addossare l'onere alla parte che sia più «vicina» alla prova, nel senso che si trovi nella migliore posizione per fornirla⁴⁷. Nonostante si faccia spesso riferimento a una presunta «ingiustizia» che si perpetrerebbe ai

⁴⁶ M.J. WAIS, *Stomaching the Burden of Dietary Supplement Safety: the Need to Shift the Burden of Proof under the Dietary and Supplement Health and Education Act of 1994*, in *Seattle University Law Review*, 2005, vol. XXVIII, 3, pp. 849 ss.

⁴⁷ Convenzionalmente si riconosce l'inizio di questo nuovo trend nella notissima Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, con la quale la Suprema Corte ha invertito la ripartizione dell'onere della prova del fatto «adempimento» del debitore, stabilendo che esso incombe a quest'ultimo anche nel caso in cui il creditore domandi la risoluzione del contratto per inadempimento. A partire da quel momento la Corte ricorre al criterio della «vicinanza» alla prova nelle materie più svariate, fra le quali spicca per importanza quella della responsabilità sanitaria, ove si dice che è onere del medico dimostrare la sua incolpevolezza perché ha le competenze tecniche indispensabili per fare chiarezza sulle modalità con cui è stato eseguito l'intervento e sul contenuto della cartella clinica del paziente; v. fra le tante Cass. 6 maggio 2015, n. 8989. In generale sull'argomento C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. process.*, 2015, pp. 1383 ss.

danni della parte più «lontana» dalla prova qualora le si addossasse l'onere probatorio (perché la si graverebbe di un onere di «difficile» assolvimento), sembrerebbero principalmente due gli obiettivi che si intendono perseguire ricorrendo al criterio della «vicinanza» alla prova, in parte connessi fra loro.

Il primo riflette lo stato del dibattito sulla funzione della prova e, più in generale, del processo. Brevemente, a chi in dottrina sostiene che lo scopo del processo sia la ricerca della verità «assoluta», o «materiale», e che, pertanto, alla prova giuridica competerebbe la medesima funzione dimostrativa tipica della prova scientifica, si è obiettato che il processo è per più ragioni⁴⁸ uno strumento ontologicamente imperfetto per raggiungere quello scopo, e che, proprio per questo, si dovrebbe semmai ambire alla carnelutiana «giusta composizione» della lite. Conseguentemente, l'unica «verità» raggiungibile in sede giudiziale sarebbe solamente quella «formale», o «processuale», e alla prova giuridica andrebbe riconosciuta una più modesta funzione «persuasiva»⁴⁹. La prima posizione è ora fatta propria anche dalla giurisprudenza, la quale ritiene ragionevole onerare della prova di un certo fatto chi è nella mi-

⁴⁸ A. MANIACI, *Chi deve provare cosa. Distribuzione del carico probatorio e strategie difensive*, in N. DONADIO, A. MANIACI (a cura di), *Aa. Vv., Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, Milano, 2020, pp. 183 ss., per la precisone, individua ben quindici argomenti «contro-epistemici».

⁴⁹ Sul punto mi limito a richiamare la vivace polemica intercorsa fra Michele Taruffo e Bruno Cavallone: v. M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, *passim*, spec. pp. 74 ss., la successiva critica di B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia. Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo*, in *Riv. dir. process.*, 2010, pp. 1 ss., e ora in *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, Pisa, 2016, pp. 245 ss. (quest'ultimo scritto riprende in parte considerazioni già espresse dall'a. in un precedente contributo, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 947 ss., anche questo consultabile in *Scritti ritrovati*, cit., pp. 187 ss.), e la replica di M. TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. process.*, 2010, pp. 995 ss. Di M. TARUFFO v. anche i più recenti *Tre divagazioni intorno alla verità e Verità e prova nel processo*, pubblicati entrambi in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, rispettivamente alle pp. 133 ss., e pp. 1405 ss. Sulla funzione «persuasiva» della prova v. invece A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, rist., Milano, 1971, pp. 95 ss., Id., voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 518 ss.

gliore posizione di fornirla poiché, così facendo, si avrebbero più *chances* di scoprire la «verità»⁵⁰.

Il secondo obiettivo è invece frutto della convinzione che la «risorsa giustizia», come si continua a ripetere negli ultimi anni, è «scarsa» e va utilizzata con parsimonia. In quest'ottica, addossando l'onere alla parte più «vicina» alla prova sarebbe possibile ottenere il medesimo risultato (si intende, la prova di un certo fatto) con il minimo «sforzo» economico e istruttorio, riducendo così la durata del singolo processo (la fase istruttoria dovrebbe invece esaurirsi più velocemente) e, a cascata, i costi della giustizia che gravano sulle casse pubbliche⁵¹.

Non è questa la sede per affrontare nel merito tutte le questioni sottese al criterio della «vicinanza» alla prova, e, specialmente, quella attinente alla ricerca della «verità», che non pare affatto persuasiva se si considera che la regola di giudizio dell'onere della prova è stata giustamente definita come la regola antiepistemica per eccellenza⁵². Sul punto, per coerenza con i limiti di queste note, può bastare richiamare l'attenzione sulla sorprendente continuità fra il criterio della «vicinanza» e la famosa massima *negativa non sunt probanda* proprio nella prospettiva del «comune sentire». Micheli attribuisce invece la nascita di questa massima a un'erronea esegesi dei primi glossatori, che interpre-

⁵⁰ Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, per es., rileva che nei giudizi instaurati dal compratore contro il venditore per ottenere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo sul presupposto che la cosa acquistata è affetta da vizi (art. 1492 c.c.), l'onere della prova dovrebbe incombere al compratore che ne ha ricevuto la consegna, poiché, in questi casi, la cosa stessa è la migliore «fonte» di prova per fare luce sulla presenza dei vizi denunciati.

Il collegamento fra «vicinanza» alla prova e ricerca della «verità», comunque, è comune anche nella dottrina straniera: v. J.S. KRAUS, *Decoupling Sales Law from the Acceptance-Rejection Fulcrum*, in *Yale Law Journal*, 1993, vol. CIV, 129, e, più in generale, il movimento della c.d. *carga dinámica* della prova negli ordinamenti iberoamericani, sul quale rinvio allo scritto di Jordi Ferrer Beltrán cit. alla nota 23.

⁵¹ Cfr. al riguardo G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova mediazione sulla prova dell'inadempimento*, nota alla già cit. Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Il corriere giuridico*, 2019, pp. 750 ss., spec. pp. 757 ss. Più in generale sul tema B.L. HAY, K.E. SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective*, in *The Journal of Legal Studies*, 1997, vol. XXVI, pp. 413 ss.

⁵² B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia*, cit., pp. 18 ss.

tarono il passo paolino *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat* secondo i canoni della principale corrente filosofica di quel periodo, quella tomista⁵³. Si trattava di una scuola di pensiero eminentemente pratica, che, dall'angolo visuale del processo e del giudizio di fatto, enfatizzava per l'appunto la ricerca della «verità» al minor «costo» possibile. Di qui la generale inopportunità della prova del fatto «negativo» (*recte*, della inesistenza di un fatto giuridico), che appariva «sconveniente» da molteplici punti di vista, e la scelta di ripartire l'onere della prova funzionalmente a tale convinzione. Oggi è pacifico che anche i fatti «negativi» *probanda sunt*, e forse in futuro anche l'idea che la «lontananza» di una parte dalla prova sia un valido argomento per sgravarla del relativo onere, verrà abbandonata.

8. *Inutilità dell'onere della prova? A proposito di un recente scritto di Jordi Nieva Fenoll*

È risaputo che le sedi congressuali e il confronto con studiosi di altre discipline o di atenei stranieri sono l'occasione migliore per il proficuo scambio di opinioni, idee e suggerimenti di letture relativamente agli interessi scientifici coltivati da ciascuno. Sono venuto così a conoscenza di un recente scritto di un noto processualista spagnolo, Jordi Nieva Fenoll⁵⁴, in cui il principio dell'onere della prova viene definito come una «reliquia», una *pieza da museo* che dovrebbe oggi essere abolita; esso induce a domandarsi se questo sentimento di *insofferenza* verso il principio dell'onere della prova sia effettivamente diffuso, o giustificato.

Incidentalmente: le critiche alla regola dell'onere della prova non sono certo una novità, considerando che già ben prima, nel 1913, Josef Kohler la additava come «eine juristische Antiquität»⁵⁵, e ancora di recente qualcuno l'ha definita come subdolo strumento a disposizione del

⁵³ G.A. MICHELL, *op. cit.*, pp. 32 ss.

⁵⁴ *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*, in *Revista Ibero-Española de Derecho Procesal*, 2018, pp. 1 ss.

⁵⁵ F.V. HOLTZENDORFF, J. KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung Begründet*, II ed., vol. III, Berlin, 1913, pp. 314 s.

giudice per modificare il diritto sostanziale⁵⁶. Tuttavia, almeno fino al contributo di Nieva Fenoll, le critiche erano indirizzate principalmente alla funzione sostanziale dell'onere della prova, mentre l'a. spagnolo le estende anche alla regola di giudizio ricavata da tale principio, e lo fa sulla scorta di un duplice ordine di argomentazioni.

Si osserva anzitutto che non avrebbe senso porsi un problema di «ripartizione» dell'onere della prova in un processo governato dal principio del libero convincimento e improntato alla ricerca della «verità», poiché il giudice avrebbe il dovere di ricercarla apprezzando liberamente tutte le prove indipendentemente da chi le abbia dedotte: «non è importante chi provi, purché si provi»⁵⁷. La logica sottesa all'onere della prova, del resto, sarebbe «obsoleta» e «semplificistica», e la risposta alla *vexata quaestio* «chi deve provare cosa» sarebbe addirittura ovvia: ognuno deve provare i fatti che integrano i «presupposti» applicativi della norma giuridica cui si richiama e della quale chiede l'applicazione al giudice⁵⁸.

La seconda argomentazione, in parte connessa alla prima, può essere così riassunta. La regola dell'onere della prova andrebbe abolita poiché non «elimina» il problema della incertezza sui fatti, ma permette solo di «accantonarlo», consentendo al giudice di pervenire comunque a una decisione di merito, che, però, essendo inevitabilmente lontana dalla «verità», «non es acceptable per la ciencia», e sarebbe pertanto una decisione «fittizia»⁵⁹.

D'altra parte, le conseguenze dell'applicazione del principio dell'onere della prova sarebbero «disastrose». Fra l'altro, nei casi in cui l'attore non abbia la possibilità di provare i fatti che pure sarebbe necessario dimostrare per ottenere la tutela richiesta, l'onere della prova fungerebbe da deterrente all'agire in giudizio, e anche questo ostacolerebbe la ricerca della «verità». L'attore avrebbe invero consapevolezza

⁵⁶ R.B. DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, in *Vanderbilt Law Review*, 1972, vol. XXV, pp. 1167 ss.

⁵⁷ J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 2, pp. 7 ss., pp. 16 s. Riccheggiano qui gli insegnamenti «utilitaristici» di J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823, vol. II, p. 163.

⁵⁸ J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 2, pp. 11 s., p. 14.

⁵⁹ J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 3.

che, in scenari di questo genere, l'avversario «non verrebbe in suo soccorso» allegando i fatti «mancanti» e deducendo prove per capire come siano andate realmente le cose⁶⁰.

L'autore sostiene infine che, in caso di incertezza sui fatti, e prima che si ponga in concreto la necessità di evitare una decisione di *non liquet*, il giudice dovrebbe limitarsi a non dare per provato il fatto incerto, e, così, a non applicare la norma di cui il fatto incerto integra uno dei «presupposti» applicativi. In questo modo il problema della decisione sul fatto incerto verrebbe risolto immediatamente attraverso l'attenta lettura della norma sostanziale, senza che sia necessario ricorrere alla regola di giudizio dell'onere della prova. Quest'ultima, del resto, contenebbe poco o niente anche nella prospettiva della «validità» della decisione di merito, intesa come sua idoneità a precludere successive reiterazioni della medesima domanda, che sarebbe sempre assicurata dall'istituto della *cosa juzgada*, anche se sia stata resa in presenza di un fatto incerto⁶¹.

Personalmente non mi sentirei di dire che la critica di Nieva Fenoll, così compendiata, riesca effettivamente persuasiva. Anzitutto, non pare opportuno sovrapporre il problema della valutazione (libera o legale) delle prove e quello dell'onere della prova, affermando che quest'ultimo avrebbe senso solamente in un sistema di prova legale (con il quale anzi si confonderebbe)⁶². Per mezzo della prova legale, infatti, il legislatore si preoccupa di evitare «a monte» che si formi incertezza sul fatto controverso, vincolando il giudice a «pesarla» in un certo modo, mentre l'onere della prova presuppone tale stato di incertezza e si preoccupa di risolverlo per così dire «a valle». Le antipatie nutrite dall'a. per il sistema della prova legale, di per sé pienamente legittime, non

⁶⁰ J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, pp. 12 s., p. 14. Per tali ragioni, si precisa, la regola dell'onere della prova finirebbe per essere una presunzione «malamente posta», che permette di inferire che chi non ha la possibilità di provare un diritto di cui si afferma titolare sta azionando in giudizio un diritto inesistente. Tuttavia, la massima di esperienza su cui si fonda tale presunzione sarebbe falsa, poiché, spesso, semplicemente non si ha la possibilità di provare i fatti costitutivi del diritto azionato nonostante esso sia realmente esistente.

⁶¹ J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, pp. 14 ss.

⁶² J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 9.

possono quindi essere traslate sul piano dell'onere della prova semplicemente perché si tratta di cose diverse, che ben possono coesistere fra loro. È emblematico in tal senso il caso del giuramento suppletorio (art. 2736 c.c.), poiché se la parte individuata dal giudice non lo presta, permane lo stato di incertezza che ne aveva giustificato il deferimento in prima battuta, stato di incertezza che potrà (e dovrà) essere superato solamente ricorrendo alla regola di giudizio dell'onere della prova⁶³.

Che poi il giudice, in virtù del principio di acquisizione processuale, possa trarre elementi di convincimento a favore dell'onereato anche dalle prove dedotte dall'avversario è cosa nota, ma stabilire a chi incombeva l'onere di provare il fatto rimasto indimproverato è fondamentale per capire a favore di chi debba essere risolto l'eventuale stato di dubbio.

Quanto alla critica alla logica dell'onere della prova, invece, in riferimento a osservare quanto segue. In tutto il suo scritto Nieva Fenoll si richiama alla famosa *Normentheorie* di Rosenberg⁶⁴, dandone puntualmente conto nelle note. Tuttavia, lo stesso Rosenberg sottolineava che il problema vero, e per niente scontato, è proprio quello di stabilire quando un certo fatto debba essere considerato «presupposto» della norma «favorevole» all'attore («Grundnorm») o di una delle tante «contronorme» cui si richiama il convenuto («Gegennormen»); problema, questo, che si accentua in particolar modo rispetto ai fatti e alle norme «impedienti»⁶⁵. Egli, è vero, proponeva poi di risolverlo attraverso una rigorosa analisi sintattica, o logico-formale, del testo delle varie norme sostanziali, ma è parso subito evidente anche alla dottrina successiva che si trattava pur sempre del problema della ripartizione degli oneri probatori⁶⁶. In altri termini: dire che il giudice non può applicare la norma sostanziale cui si richiama la parte onerata in difetto di prova dei relativi «presupposti» di fatto, e dire che il diritto dedotto in giudizio non può essere accertato come esistente (e la domanda non può

⁶³ G.A. MICHELL, *op. cit.*, pp. 197 s.

⁶⁴ L. ROSENBERG, *Die Beweislast nach der Zivilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, cit.

⁶⁵ L. ROSENBERG, *op. cit.*, p. 99, pp. 119 ss., pp. 122 ss.

⁶⁶ D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin, 1966, pp. 38 ss.; Id., *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27 Juni 1984*, Berlin-New York, 1985, pp. 17 ss.

essere accolta) se è mancata la prova dei fatti costitutivi, è la stessa cosa. In entrambi i casi la decisione di rigetto nel merito è frutto dell'applicazione di una regola di giudizio ricavata dal principio dell'onere della prova, ma nel primo si pone al centro la struttura della norma sostanziale anziché quella della fattispecie, secondo il principio di *Rechtsanwendung*⁶⁷.

Rispetto alla seconda argomentazione⁶⁸, invece, osservo solo che il profilo esecrato da Nieva Fenoll non ha necessariamente dei connotati negativi, se si considera che, a volte, la ripartizione dell'onere della prova è funzionale proprio al contenimento di azioni «temerarie», o comunque fatte con leggerezza. L'importanza di questo profilo della teoria dell'onere della prova, che non era sfuggita a Matteo Pescatore⁶⁹, è massima nelle impugnative di atti giuridici, e specialmente in quelle testamentarie, ove, in omaggio a una tradizione plurisecolare, non solo si addossa all'impugnante l'onere di dimostrare l'invalidità dell'atto impugnato per sfruttare la funzione deterrente dell'onere della prova, ma anche per evitare che ogni atto giuridico debba presumersi invalido, o falso, fino a prova contraria.

Il riferimento alla cosa giudicata, invece, è in parte esatto, ma il discorso andrebbe rovesciato: la decisione di rigetto emessa in presenza di un fatto incerto è «valida» (e non *ficticia*) proprio perché esiste una regola di giudizio che vincola il giudice a «convertire» il dubbio in motivo di rigetto nel merito della pretesa di chi non ha assolto il suo onere probatorio. Come tale, essa è idonea a precludere successive proposizioni della medesima domanda allo stesso modo di come le precluderebbe una decisione di rigetto nel merito fondata sul pieno convincimento della inesistenza del medesimo fatto. Da questo punto di vista le due decisioni sono qualitativamente identiche.

⁶⁷ L. ROSENBERG, *op. cit.*, pp. 12 ss.

⁶⁸ Non mi soffermo sulla inopportunità di avvicinare la figura del giudice a quella dello scienziato, o a quella dello storico, già rilevata e ampiamente argomentata da autorevole dottrina. Oltre agli scritti di Bruno Cavallone, già cit. alla nota 49, mi limito a richiamare il famoso saggio di P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. process.*, 1939, pp. 105 ss., ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, pp. 393 ss.

⁶⁹ *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, cit., pp. 96 ss.

Bibliografia

- ALLORIO E., *Il giuramento della parte*, Milano, 1937
- ARIAS C., *Il retratto di diritto litigioso*, Padova, 1933
- AUGENTI G.P., *L'onere della prova*, Roma, 1932
- BESSO C., *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. process.*, 2015
- BETTI E., *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, in *Riv. dir. process. civ.*, 1926, II
- BLOMEYER A., *Non liquet*, in *Juristenzeitung*, 1955
- BRAUN J., *Lehrbuch des Zivilprozessrechts: Erkenntnisverfahren*, Tübingen, 2014
- CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. process.*, 1939, e in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965
- CALISSE C., *Storia del diritto italiano*, II ed., vol. I, Firenze, 1903
- CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960
- CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia. Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo*, in *Riv. dir. process.*, 2010, e in ora in *Scritti ritrovati*, Ospaletto, Pisa, 2016
- CAVALLONE B., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 947 ss., ora in *Scritti ritrovati*, Ospaletto, Pisa, 2016
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, III ed., rist., Napoli, 1965
- COKE E., *Reports*, London, 1777, vol. V
- COLESANTI V., *Ricordo di Leo Rosenberg*, in *Riv. dir. process.*, 1964
- DARESTE R., *Études d'histoire du droit*, Paris, 1889
- DWORKIN R.B., *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, in *Vanderbilt Law Review*, 1972, vol. XXV
- FERRER BELTRÁN J., *La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*, in *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Barcelona, 2018
- FINZI E., *Il possesso dei diritti*, rist., I ed., Milano, 1968
- FINZI E., *Sulla efficacia semplicemente conservativa della trascrizione di cui all'art. 773, n. 3, c. comm. Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi*, in *Riv. dir. process.*, 1928, I
- FREZZA P., *Ordalia e legis actio sacramento*, in *Studi classici e orientali*, 1953
- FRUDA N.H., *Emozioni*, trad. it. Anna Emilia Berti, Vanda Lucia Zammuner, Bologna, 1990
- FRUDA N.H., *The emotions*, Cambridge-Paris, 1986
- FRUDA N.H., voce *Emozioni e sentimenti*, in *Enc. sc. soc.*, vol. III, Roma, 1993

- FURNO C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940
- GARAVAGLIA M., *Il controllo in cassazione sulla violazione della regola dell'onere della prova*, in *Riv. dir. process.*, 2019
- GIANTURCO L., *Brevi note sulla teoria dell'onere della prova, anche in rapporto alle presunzioni, in generale*, appendice alla trad. it. di F. Glück, *Commentario alle pandette*, vol. XXII, Milano, 1906
- GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, rist., Milano, 1971
- GIULIANI A., voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988
- GROSSI P., *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016
- GROSSI P., *Introduzione al Novecento giuridico*, II ed., Roma, Bari, 2015
- GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017
- GROSSI P., *Lungo l'itinerario di Nicolò Lipari (a proposito del volume: Il diritto civile tra legge e giudizio)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017
- HAMM O., contributo senza titolo, in *Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages*, Berlin, 1895, vol. II
- HAY B.L., SPIER K.E., *Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective*, in *The Journal of Legal Studies*, 1997, vol. XXVI
- HOLTZENDORFF F.V., KOHLER J., *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung Begründet*, II ed., vol. III, Berlin, 1913
- JEFFERSON T., lettera del 6 settembre 1789 a James Madison, in *The papers of Thomas Jefferson*, vol. XV, Princeton, 1958
- KRAUS J.S., *Decoupling Sales Law from the Acceptance-Rejection Fulcrum*, in *Yale Law Journal*, 1993, vol. CIV
- LE GENTIL C., *Essai historique sur les preuves*, Paris, 1863
- LEIPOLD D., *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin, 1966
- LEIPOLD D., *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27 Juni 1984*, Berlin-New York, 1985
- LEONHARD F., *Zur Beweislast*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 1906
- LIPARI N., *A partire da "L'invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018
- LIPARI N., *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017
- LIPARI N., *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010
- LIPARI N., *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2005
- LIPARI N., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016

- LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, e in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Ospedaletto, Pisa, 2016, vol. II
- LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017
- LIPARI N., *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015
- LIPARI N., *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009
- LIPARI N., *Intorno ai «principi generali del diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016
- LIPARI N., *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015
- LIPARI N., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008
- LIPARI N., *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011
- LIPARI N., *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018
- LIPARI N., *Ragionare di diritto oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019
- MICHELET M., *Origines du droit français*, Paris, 1837
- MICHELI G.A., *L'onere della prova*, rist., Padova, 1966
- MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Paris, 1862
- NIEVA FENOLL J., *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*, in *Revista Ibero-Española de Derecho Procesal*, 2018
- NYQUIST C., *Re-Reading Legal Realism and Tracing a Genealogy of Balancing*, in *Buffalo Law Review*, 2017, vol. LXV
- PATETTA F., *Le ordalie*, rist., Milano, 1972
- PESCATORE M., *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, II ed., Torino, 1883
- PROVINCIALI R., voce *Giuramento decisorio (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970
- ROSENBERG L., *Die Beweislast nach der Zivilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, V ed., Berlin, 1965
- SARACENO P., *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940
- SCHULZ F., *Die Rechtsfertigungsstadien*, Altona, 1919
- SICILIANI T., *Scritti di diritto processuale civile*, a cura di Franco Cipriani, Napoli, 2006
- TARDE G., *Les transformations du droit*, II ed., Paris, 1894
- TARUFFO M., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. process.*, 2010
- TARUFFO M., *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009

- TARUFFO M., *The divagazioni intorno alla verità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018
- TARUFFO M., *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018
- TARUFFO M., voce *Onere della prova*, in *Digesto Priv.*, vol. XIII, Torino, 1995
- THAYER J.B., *A Preliminary Treatise on Evidence in the Common Law*, Boston, 1898
- VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Napoli, 2013
- VILLA G., *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova mediazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Il corriere giuridico*, 2019
- WAIS M.J., *Stomaching the Burden of Dietary Supplement Safety: the Need to Shift the Burden of Proof under the Dietary and Supplement Health and Education Act of 1994*, in *Seattle University Law Review*, 2005, vol. XXVIII
- WEXLER S., *Burden of Proof, Writ Large*, in *University of Columbia Law Review*, 1999, vol. XXXIII
- WEXLER S., EFFRON J., *Burden of Proof and Cause of Action*, in *McGill Law Journal*, 1984, vol. XXIX
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, Frankfurt am Main, 1887