

MATTIA GARAVAGLIA, *Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente*, in *Rivista di diritto processuale* 2021, 1349-1360.

ASTROLABI, BUSSOLE E ONERE DELLA PROVA: A PROPOSITO DI UN SAGGIO RECENTE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Onere della prova e ricerca della «verità». – 3. Onere della prova e sentenze «ficticias». 4 – Onere della prova e cosa giudicata. – 5. Necessità di distinguere il problema della valutazione delle prove da quello della ripartizione degli oneri probatori e da quello di rendere una decisione di merito anche a fronte di fatti incerti. – 6. Appunti sparsi sulla c.d. «*Normentheorie*». – 7. Astrolabi e bussole. – 8. L'importanza dell'onere della prova prima e fuori del processo. – 9. Onere della prova e cosa giudicata: una precisazione. – 10. Distribuzioni «epistemicamente orientate» degli oneri probatori e natura intrinsecamente antiepistemica della regola di giudizio dell'onere della prova.

1. – In un recente saggio pubblicato sulla *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Jordi Nieva Fenoll, noto processualista spagnolo, critica vigorosamente il principio dell'onere della prova, definendolo come una «*reliquia histórica*» e una «*pieza da museo*» che dovrebbe essere abolita¹.

Le critiche al principio dell'onere della prova non sono certo una novità, e, anzi, vengono avanzate ciclicamente in dottrina. A parte chi osserva, con una punta di malinconia, che il problema dell'onere della prova è un enigma irrisolto che attende ormai da due millenni una risposta², stupisce che, già più di un secolo prima di Nieva Fenoll, si tacciasse di anacronismo il principio in questione, definendolo con disprezzo «*eine juristische Antiquität*»³. In tempi recenti si è invece sostenuto che il principio dell'onere della prova sia in realtà un subdolo strumento a disposizione del giudice per modificare surrettiziamente il diritto sostanziale⁴.

¹ *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* 2018, 129 ss. Questo scritto è stato successivamente pubblicato in Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán, Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo 2019, alle pp. 23 ss., ed è stato recentemente tradotto in italiano da Luca Passanante, *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 1195 ss. Le citazioni che seguono si riferiscono alle pagine della *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*. La traduzione dallo spagnolo di alcuni passaggi riportati nel testo e nelle note è libera.

² Schulz, *Die Rechtsfertigungslast*, Altona 1919, 3.

³ Holtzendorff, Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung Begründet*, 2^a ed., III, Berlin 1913, 314 s.

⁴ Dworkin, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, in *25 Vanderbilt Law Review*, 1972, 1167 ss.

Tuttavia, almeno fino al saggio in questione, il bersaglio delle critiche è per lo più stato il momento per così dire «sostanziale» del problema dell'onere della prova, ossia quello che attiene alla ripartizione in senso stretto degli oneri probatori fra le parti («chi deve provare cosa») e alla qualificazione dei fatti giuridicamente rilevanti come fatti costitutivi, estintivi, modificativi o impeditivi⁵.

L'autore, invece, compie un notevole balzo in avanti ed estende la critica anche alla c.d. regola di giudizio ricavata dal principio dell'onere della prova.

Si tratta, come è noto, di quella regola che trova applicazione qualora, al termine dell'istruttoria, permangano dubbi intorno alla sussistenza di taluni fatti controversi. Essa vieta al giudice di chiudere il processo con una decisione c.d. di «*non liquet*» e lo obbliga a decidere nel merito, imponendogli di convertire lo stato di dubbio in motivo di rigetto della pretesa della parte che non ha assolto il proprio onere probatorio⁶.

Incidentalmente: anche uno dei più autorevoli esponenti della nostra dottrina, che al tema dell'onere della prova ha dedicato una fondamentale trattazione monografica, ha criticato l'esistenza di una simile regola di giudizio; ma lo ha fatto perché convinto che il divieto di *non liquet*, e il correlato dovere del giudice di decidere nel merito anche in caso di incertezza sui fatti, rappresentino un criterio di «minima razionalità civile» che sarebbe superfluo cristallizzare in un'autonoma regola giuridica di giudizio⁷.

È importante, dunque, riflettere su questo conciso scritto di Nieva Fenoll, al fine di verificare se questa rinnovata critica colga nel segno, e, quindi, se sia davvero possibile immaginare, come sostiene l'autore, un processo senza onere della prova.

2. – Dopo un sintetico affresco dell'evoluzione storica dell'istituto⁸, l'autore mette subito in chiaro quale sia il perno della sua tesi: in un pro-

⁵ Sulla problematica v. per tutti Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Napoli 2013, *passim*, spec. 179 ss.

⁶ La più chiara ricostruzione teorica della regola questione è ancora quella tracciata nel classico lavoro di Micheli, *L'onere della prova*, rist., Padova 1966, 177 ss.

⁷ Verde, *op. cit.*, 22 ss., 33, 37 ss., 112 ss., 231 s., 240 ss.; Id., voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 625 ss.; Id., *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in questa *Rivista* 1998, 24 s.

⁸ Nieva Fenoll, *op. cit.*, 131 ss. La ricostruzione, che tocca principalmente il processo formulare romano e quello di diritto comune, sembrerebbe però presentare talune inesattezze. Da un lato, l'a. ripropone il mito medievale del «tariffario» del sistema delle prove legali nonostante esso sia stato ampiamente screditato dagli studi più recenti. Cfr. al riguardo Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, 6, 122 ss., e Cavallone, *In difesa della veriphobia (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in questa *Rivista* 2010, 3, 23 s., Id., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in

cesso fondato sul principio del libero convincimento del giudice, e improntato alla ricerca della «verità», non avrebbe più senso porsi un problema di ripartizione dell'onere della prova perché il giudice avrebbe il dovere di ricercare la «verità» apprezzando liberamente tutte le prove, indipendentemente da chi le abbia dedotte in giudizio⁹. Non è importante chi provi, dunque, purché si provi.

Egli prende così una posizione netta in merito al mai sopito dibattito sullo scopo del processo, schierandosi fra coloro che lo individuano per l'appunto nell'accertamento della «verità»¹⁰; e ciò influenza tutti i successivi snodi del ragionamento.

Del resto, osserva ancora Nieva Fenoll, vi è un'altra ragione per cui non avrebbe nemmeno più senso porsi un problema di ripartizione dell'onere della prova. La logica sottesa a tale principio, espressa limpidamente nella massima «*onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*», sarebbe a ben vedere «obsoleta» e semplicistica, e la risposta alla *vexata quaestio* «chi deve provare cosa» sarebbe addirittura scontata: l'onere della prova di un fatto grava su chi invochi in proprio favore l'applicazione delle relative «conseguenze giuridiche»¹¹.

3. – La seconda argomentazione, in parte connessa alla prima, può essere riassunta in questo modo.

Riv. it. dir. proc. pen. 2008, 947 ss. (entrambi questi scritti sono ora consultabili in Id., *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, Pisa 2016, rispettivamente alle pp. 245 ss. e 187 ss.). Dall'altro lato, a p. 141, si indicano le ordalie come esempi storici di processi senza onere della prova, in quanto anche coloro che non avessero avuto modo di dimostrare la verità delle proprie affermazioni potevano ciò nonostante affidarsi al giudizio divino e, con un po' di fortuna, risultare vincitori. Pare, invece, che la regola dell'onere della prova trovasse piena applicazione quantomeno nel *trial by battle* inglese del tredicesimo e del quattordicesimo secolo: esso gravava generalmente sullo sfidante, il quale, secondo la tipica logica della regola di giudizio, veniva considerato sconfitto «*if the stars appeared before the fight was over*». Sul punto cfr. Pollock, *The History of English Law before the time of Edward I*, 2^a ed., II, Cambridge 1898, 33 s.

⁹ Nieva Fenoll, *op. cit.*, 130, 135 ss., 144 s.

¹⁰ Per una sintesi v. la vivace polemica intercorsa fra Taruffo, *La semplice verità*, Roma-Bari 2009, *passim*, spec. 74 ss., e Cavallone, *In difesa della veriphobia (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 1 ss. Di Michele Taruffo cfr. anche *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in questa *Rivista* 2010, 995 ss., nonché i più recenti *Tre divagazioni intorno alla verità e Verità e prova nel processo*, pubblicati entrambi in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, rispettivamente alle pp. 133 ss., e 1405 ss. Da ultimo sul punto Maniaci, *Chi deve provare cosa. Distribuzione del carico probatorio e strategie difensive*, in Aa.Vv., *Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, A. Maniaci, N. Donadio (a cura di), Milano 2020, 183 ss., al quale è possibile fare riferimento per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹¹ Nieva Fenoll, *op. cit.*, 140, 142.

La regola dell'onere della prova andrebbe abolita perché non elimina alla radice il problema dell'incertezza sui fatti ma permette solo di «accantonarlo», consentendo al giudice di pervenire comunque a una decisione di merito. Tuttavia, questa decisione di merito, essendo inevitabilmente lontana dalla «verità», «*no es acetable por la ciencia*», e sarebbe pertanto una decisione «fittizia»¹². Per questo, e più in generale, occorre riconoscere alla prova giuridica una funzione dimostrativa simile a quella della prova scientifica anziché una funzione argomentativa, o retorica.

D'altra parte, le conseguenze dell'applicazione della regola dell'onere della prova sarebbero disastrose proprio nell'ottica della ricerca della «verità», specialmente nei casi in cui l'attore non abbia la possibilità di provare i fatti su cui si fonda la sua pretesa. In questi casi, invero, l'onere della prova non solo fungerebbe da deterrente all'agire in giudizio, ma sarebbe altresì la causa principale del disinteresse del convenuto ad andare «*in soccorso*» dell'attore, allegando i fatti giuridici «mancanti» e deducendo tutte le prove in suo possesso per comprendere effettivamente come siano andate le cose¹³.

Anche per queste ragioni, si aggiunge, la regola dell'onere della prova finirebbe per essere una presunzione «malamente posta», che permetterebbe 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 d'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 esistente¹⁴.

4. – L'autore sostiene infine che, qualora al termine dell'istruttoria permanga incertezza sui fatti di causa, 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, conseguentemente, a non applicare la norma giuridica di cui il fatto incerto integra uno dei «presupposti applicativi»¹⁵.

In questo modo il problema della decisione sul fatto incerto potrebbe essere risolto agilmente attraverso un'attenta lettura delle norme di diritto sostanziale (che delinerebbero chiaramente i rispettivi «presupposti appli-

¹² Nieva Fenoll, *op. cit.*, 131.

¹³ Nieva Fenoll, *op. cit.*, 140 s., 142.

¹⁴ Nieva Fenoll, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵ Neva Fenoll, *op. cit.*, 142.

cativi», o «fattuali»), senza che sia a tal fine necessario fare riferimento a una regola di giudizio fondata sul principio dell'onere della prova¹⁶.

Una simile regola di giudizio, in fondo, conterebbe poco o nulla anche nella prospettiva della «validità» e della «stabilità» della decisione di merito che chiude il processo, intese come idoneità di tale decisione a precludere successive reiterazioni della medesima domanda. Ciò, infatti, sarebbe sempre assicurato dall'effetto del in giudicato, a nulla rilevando la circostanza che essa sia stata pronunciata sulla base di un fatto incerto¹⁷.

5. – La critica di Nieva Fenoll sembrerebbe mancare il bersaglio e, nel complesso, suscita talune perplessità.

Anzitutto, sembra inesatto sovrapporre il problema dell'onere della prova con quello della valutazione – libera o legale – delle prove, affermando che la regola dell'onere della prova avrebbe senso solamente in un sistema di prova legale (con il quale, anzi, si confonderebbe)¹⁸.

Con le prove legali il legislatore si preoccupa di evitare a monte che taluni fatti, al termine dell'istruttoria, restino incerti; per questo motivo vincola il giudice ad apprezzare la prova in un certo modo. La regola di giudizio dell'onere della prova, invece, presuppone proprio un simile stato di incertezza e si preoccupa di risolverlo per così dire a valle.

Le antipatie nutrite dall'autore per il sistema delle prove legali, di per sé pienamente legittime, non possono quindi essere traslate sul piano

¹⁶ Nieva Fenoll, *op. cit.*, 139, 142 ss.

¹⁷ Nieva Fenoll, *op. loc. ult. cit.*, spec. 142 s.

¹⁸ Nieva Fenoll, *op. cit.*, 137. Sul punto si ricordi anche Rosenberg, *Die Beweislast nach der Zivilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, 5^a ed., München 1965, 62 s., e poi 125 s., il quale conferma che onere della prova e convincimento del giudice sono due aree del giudizio di fatto vicine sì, ma ben distinte. Indice di questa vicinanza sarebbe l'esistenza di «zone grigie» in cui all'attore è consentito assolvere il suo onere probatorio dimostrando solamente alcuni dei fatti costitutivi del diritto controverso; precisamente quelli idonei a fondare un convincimento «provvisorio» del giudice sulla fondatezza della domanda. Rosenberg si riferisce qui all'istituto di diritto tedesco del c.d. «*Anscheinbeweis*», che, in quell'ordinamento, trova applicazione spec. nella materia della responsabilità medica. Al riguardo cfr. per ulteriori riferimenti Kollhoser, *Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 1965, 46 ss.; Habscheid, *Beweislast und Beweismaß. Ein kontinentaleuropäisch-angelsächsischer Rechtsvergleich*, in *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag*, H. Prütting (a cura di), Köln, Berlin, Bonn, München 1990, 105 ss.; Brinkmann, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Köln, Berlin, München 2005, 54 ss. Nel nostro ordinamento, un fenomeno analogo sembrerebbe verificarsi allorché il giudice ricorre a presunzioni c.d. «giurisprudenziali»: cfr. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 135 ss., e Benigni, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino 2014, *passim*. È chiaro però che se l'attore fallisce nell'assolvimento del proprio onere probatorio nonostante simili agevolazioni, la sua domanda dovrà essere rigettata nel merito in applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova.

dell'onere della prova semplicemente perché si tratta di cose diverse, che, peraltro, ben possono coesistere fra loro.

È emblematico in tal senso l'esempio del giuramento suppletorio, svolto da Micheli¹⁹: se la parte individuata dal giudice non presta il giuramento 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 prova²⁰.

Inoltre, che il giudice, in virtù del principio di acquisizione processuale, possa trarre elementi di convincimento a favore dell'onerato anche dalle prove dedotte dall'avversario è cosa nota, ma stabilire a chi incombeva l'onere di provare il fatto rimasto indimostrato resta fondamentale per capire a favore di chi debba essere risolto l'eventuale stato di dubbio in cui il giudice potrebbe comunque versare al termine dell'istruttoria²¹.

6. – Quanto alla critica alla logica sottesa al principio dell'onere della prova, invece, si può rilevare quanto segue.

In tutto il suo scritto, Nieva Fenoll si richiama alla famosa *Normentheorie* di Rosenberg²², dandone abbondantemente conto nelle note. Come si è visto, egli ritiene che, a fronte della mancata prova di taluni fatti giuridici, e *prima* che si ponga il problema della decisione di *non liquet*, il giudice dovrebbe limitarsi a non dare per provati i fatti incerti e, conseguen-

¹⁹ *L'onere della prova*, cit., 197 s.

²⁰ Può dirsi pacifico che, una volta riscontrata la sussistenza dei presupposti indicati dall'art. 2736 c.c., il giudice sia libero di scegliere discrezionalmente se deferire il giuramento suppletorio oppure no; cfr. per es. Cass. 10 febbraio 2016, n. 2676. È discusso, invece, se egli sia altresì libero di individuare il soggetto cui deferire il giuramento, oppure se in tale scelta sia vincolato dalle regole di ripartizione dell'onere della prova (nel senso che potrebbe deferire il giuramento solamente alla parte su cui grava l'onere della prova del fatto controverso). Per approfondimenti v. Patti, *Onere della prova e giuramento suppletorio: un problema di coordinamento*, in *Giur. it.* 2018, 2539 ss.

²¹ Micheli, *op. cit.*, 150 ss., 173 s.; Cavallone, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili 'ex officio'»*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 116 ss., spec. 123 ss.; Taruffo, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, XIII, Torino 1995, 72 s.; L.P. Comoglio, *Le prove civili*, 3^a ed., Torino 2010, 296 s., 310 ss.

²² *Die Beweislast nach der Zivilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, cit. Fra i contributi in lingua italiana che si sono confrontati con questa importante teoria v. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 292, 298 ss.; Patti, *Delle prove*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, G. De Nova (a cura di), Bologna 2015, 125 ss.; Caponi, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 523 ss., e in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Milano 2007, 282 ss.; D'Alessandro, *Onere della prova e legge applicabile*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino 2017, 189 ss.

temente, a non applicare la norma giuridica che presenti tali fatti fra i propri «presupposti applicativi»²³.

Lo stesso Rosenberg, però, sottolineava che il problema vero, e per nulla scontato, è proprio quello di stabilire quando un certo fatto debba essere considerato «presupposto» della norma «favorevole» all'attore (c.d. «*Grundnorm*»), e quando debba essere considerato «presupposto» di una delle tante «contronorme» cui si richiama il convenuto (c.d. «*Gegennormen*»). Problema, questo, che si accentuerebbe in particolar modo rispetto alle norme e ai fatti «impedienti», il cui onere probatorio grava sul convenuto e non sull'attore²⁴.

Rosenberg, è vero, evidenziava come principali indicatori della natura «impediente» di taluni fatti la presenza, nel testo della norma, di formule «eccettuative» o di preposizioni condizionali, nonché l'indicazione che un certo effetto giuridico non si verifica in presenza di determinate circostanze. Fra i molti esempi svolti, è sufficiente ricordare quello tratto dal § 903 BGB, che consente al proprietario di un certo bene di goderne come crede, e di escludere ogni ingerenza altrui, «*soweit*» («in quanto») ciò non sia in conflitto con la legge o con altri diritti di terzi; e quello tratto dal § 1037 BGB, che riconosce all'usufruttuario di un fondo il diritto di estrarre dallo stesso determinati materiali (sabbia, roccia, argilla, ecc.) «*sofern*» («purché») ciò non ne alteri la destinazione economica²⁵.

Tuttavia, come è stato ampiamente dimostrato dalla dottrina successiva, si trattava pur sempre di affrontare e risolvere il problema della ripartizione degli oneri probatori, e non certo di negarne l'esistenza²⁶.

In altre parole: dire, come dice Rosenberg, che il giudice non può applicare la norma sostanziale cui si richiama la parte onerata in difetto di prova dei relativi «presupposti» applicativi (o fattuali), e dire che il diritto dedotto in giudizio non può essere dichiarato esistente in difetto di 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. La differenza è che, nel primo caso, in applicazione del c.d. principio di «*Rechtsanwendung*», che è poi il fulcro della *Normentheorie*, al centro del ragionamento giudiziale viene posta la struttura della norma

²³ Su questo aspetto della critica di Nieva Fenoll v. al par. 4.

²⁴ Rosenberg, *op. cit.*, 99, 119 ss., 122 ss.

²⁵ Rosenberg, *op. cit.*, 123 ss., testo e note.

²⁶ Leipold, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin 1966, 38 s.; Id., *Be-weismaß und Beweislast im Zivilprozeß. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27 Juni 1984*, Berlin-New York 1985, 17 s.; Seibl, *Die Beweislast bei Kollisionsnormen*, Tübingen 2009, 116 s.; Patti, *op. cit.*, 127.

sostanziale anziché il concetto di fattispecie costitutiva del diritto controverso²⁷.

7. – Del resto, posto che il giudice, a differenza dello storico, o dello scienziato, ha il dovere di decidere – nel merito – anche sulla base di fatti incerti, e, quindi, di prove inconcludenti, si tratta di indicargli quale strada seguire per prendere tale decisione²⁸.

Quella della regola di giudizio è certamente la più antica e la più battuta, ma, storicamente, si sono conosciute diverse alternative.

Nella Francia del diciannovesimo secolo, per esempio, la dottrina individuava almeno cinque modi alternativi alla regola dell'onere della prova per definire un giudizio possessorio qualora il giudice non fosse stato pienamente convinto della fondatezza della domanda dell'attore²⁹.

In Russia, nel medesimo periodo, se il dubbio si fosse manifestato in controversie ereditarie, e a condizione che tutte le parti fossero d'accordo, il giudice era legittimato a risolverlo decidendo per sorte. Oppure, quando l'oggetto della lite lo permetteva, si attribuiva metà del bene della vita all'attore e metà al convenuto³⁰.

A nostro parere è significativo che la regola dell'onere della prova abbia resistito per tutto questo tempo e trovi oggi applicazione in pressoché ogni ordinamento moderno, mentre simili soluzioni alternative siano via via scomparse. Ciò, in un certo senso, può essere visto come una testimonianza della perdurante validità della regola in questione.

Nieva Fenoll, nelle pagine introduttive, equipara sarcasticamente la regola dell'onere della prova a un astrolabio, sostenendo che sarebbe folle continuare a farne applicazione per risolvere le controversie in luogo di

²⁷ Rosenberg, *op. cit.*, 5 ss., 44 s., 60, 64 s., 79 s.

²⁸ Sull'inopportunità di simile equiparazione v. il celebre saggio di Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in questa *Rivista* 1939, 105 ss., ripubblicato in *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, 393 ss. Cfr. altresì gli scritti di Bruno Cavallone richiamati alle note prec.

²⁹ Essi erano i seguenti: declaratoria di un possesso comune alle parti (non è chiaro se in solido o *pro indiviso*); declaratoria di possesso esclusivo a favore di colui che, in base ai titoli dedotti in giudizio, sembrasse essere anche proprietario del bene; se bene fruttifero, declaratoria del diritto di uno dei litiganti al godimento dei frutti in attesa della definizione del petitorio; disposizione del sequestro del bene in attesa della definizione del petitorio; infine, chiusura del possessorio con un autentico *non liquet* e rinvio delle parti al petitorio. Su tutto ciò cfr. anche per gli opportuni riferimenti Cesareo Consolo, *Trattato teorico-pratico del possesso e delle azioni possessorie*, 3^a ed., Torino 1909, 852 ss.

³⁰ Kapntis, *Code d'organisation judiciaire de l'Empire de Russie de 1864*, Paris 1893, 356 s., 358, e poi 364 s. La seconda soluzione veniva applicata altresì nelle controversie risarcitorie, quando il danno non era facilmente determinabile o vi fossero profili di concorso di colpa del danneggiato.

quel moderno GPS che dovrebbe essere la valutazione «razionale» delle prove³¹.

A parte l'incongruenza di porre sul medesimo piano onere della prova e valutazione delle prove, già rilevata, e volendo stare per così dire entro i limiti oggettivi della metafora dell'autore, sembrerebbe più esatto equiparare la regola dell'onere della prova a una vecchia bussola, che, nonostante tutto, riesce a svolgere ancora egregiamente la sua funzione: indicare con sicurezza al giudice dove sia il Nord, ossia il modo in cui deve essere presa la decisione di merito a fronte di fatti incerti.

Né difendere oggi la validità della regola dell'onere della prova significa professarsi sostenitori di una valutazione «irrazionale» delle prove, a prescindere dal significato che si voglia attribuire a tale aggettivo.

Le prove devono essere valutate «razionalmente», cioè non in maniera arbitraria, né in maniera totalmente illogica³². Ma se al termine di una valutazione «razionale» permangono dubbi intorno alla sussistenza di taluni fatti controversi, occorre applicare la regola dell'onere della prova al fine di stabilire quale debba essere il tenore (di accoglimento o rigetto della domanda) della decisione di merito.

Non si tratta, cioè, di compiere una scelta «di fede» fra la valutazione «razionale» delle prove e il principio dell'onere della prova, ma di ricorrere al secondo qualora, nonostante le prove siano state oggetto di attenta valutazione, il giudice non sia riuscito a maturare un pieno convincimento sulla sussistenza o sull'insussistenza dei fatti cui esse si riferiscono³³.

8. – Quanto alla seconda argomentazione, invece, è sufficiente osservare che il profilo esecrato da Nieva Fenoll non ha necessariamente dei connotati negativi, perché, a volte, la ripartizione dell'onere della prova può essere funzionale proprio al contenimento di azioni «temerarie», o, comunque, fatte con eccessiva leggerezza.

L'importanza di questo profilo della teoria dell'onere prova, che non era sfuggita a Matteo Pescatore³⁴, si riscontra soprattutto nella materia delle impugnative di atti giuridici, e, specialmente, nelle impugnative testa-

³¹ Precisamente a p. 130.

³² Di recente sul complesso tema R. Poli, *Logica e razionalità nella ricostruzione giuridiale dei fatti*, in questa *Rivista* 2020, 515 ss.

³³ Come osservava Saraceno, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova 1940, 4, questo dovere del giudice di decidere «in ogni caso» costituisce l'aspetto più drammatico del processo. È peraltro chiaro che, se il giudice matura un pieno convincimento sull'inesistenza di taluni fatti controversi, non può dirsi che il rigetto della pretesa di colui che ne sopportava l'onere probatorio dipenda dall'applicazione della regola di giudizio.

³⁴ *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, 2^a ed., Torino 1883, 96 ss.

mentarie. In queste fattispecie, in omaggio a una tradizione plurisecolare³⁵, non solo generalmente 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 di fatto presumersi invalido fino a prova contraria³⁶.

Attenta dottrina ha altresì rilevato che, per le parti, è importante sapere in anticipo come saranno verosimilmente ripartiti i rispettivi oneri probatori al fine di orientarsi nella preventiva attività di ricerca e «precostituzione» dei mezzi istruttori da dedurre in giudizio per dimostrare la verità delle proprie affermazioni³⁷.

9. – Il riferimento alla *cosa juzgada*, infine, è in sé esatto, ma il discorso andrebbe rovesciato: la decisione di rigetto o di accoglimento 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 (sia essa, a seconda dei casi, la pretesa dell'attore o la pretesa difensiva del convenuto).

Come tale, la decisione è idonea a precludere successive riproposizioni della medesima domanda allo stesso modo di come le precluderebbe una decisione nel merito fondata sul pieno convincimento del giudice. Da questo punto di vista le due decisioni sono qualitativamente identiche.

10. – Nelle battute finali del suo scritto, Nieva Fenoll si concentra, sempre in chiave critica, sulla teoria della c.d. «*carga dinámica*» de la *prueba*³⁸.

Si tratta di una teoria nata negli ordinamenti iberoamericani, e ivi ampiamente diffusa, in base alla quale l'onere della prova deve essere addossato alla parte che può assolverlo più facilmente, così da massimizzare le *chances* di raccogliere tutte le informazioni necessarie per accertare la «ve-

³⁵ Cfr. Micheli, *op. cit.*, 32 ss.

³⁶ Nel senso che, qualora sia impugnata la validità di un testamento per incapacità del testatore, l'onere della prova gravi sull'impugnante, v. Cass. 22 ottobre 2019, n. 26873, e Cass. 10 ottobre 2018, n. 25503.

³⁷ Verde, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1992, 715 ss.; Montesano, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli 1973, 105 s.; Id., *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano 1979, II, 1464 s. Nella dottrina tedesca v. un cenno in tal senso in Rosenberg, *op. cit.*, 61, 72.

³⁸ Nieva Fenoll, *op. cit.*, 143 ss.

rità» e chiudere il processo con una decisione che sia proprio per questo «giusta»³⁹.

È facile notare una netta somiglianza con il criterio della c.d. «vicinanza» alla prova, oggi ampiamente studiato dalla dottrina e del quale la nostra giurisprudenza fa sempre più frequente applicazione⁴⁰.

Secondo Nieva Fenoll anche la teoria della *carga dinámica* sarebbe da respingere in quanto essa, al fondo, rifletterebbe la logica originaria del principio dell'onere della prova: l'attore deve provare i fatti costitutivi perché, solitamente, sono quelli a lui più «vicini» e dei quali la prova può risultargli più «facile»; e lo stesso vale naturalmente per il convenuto e la prova dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi.

In uno scenario come quello auspicato dall'autore, dove non ha più rilevanza stabilire chi debba provare cosa, non avrebbe senso nemmeno domandarsi chi sia più «vicino» alla prova di un certo fatto e chi sia più «lontano». Né il convenuto potrebbe continuare a limitarsi a sperare che l'attore fallisca nell'intento di provare i fatti costitutivi del diritto fatto valere. Egli stesso dovrebbe contribuire attivamente alla ricerca della «verità», indipendentemente dalla «vicinanza» o dalla «lontananza» dei fatti e delle relative prove⁴¹.

Nemmeno simili affermazioni paiono però del tutto convincenti. Forse l'autore, se non fosse stato così risoluto nel voler escludere la validità del principio dell'onere della prova *tout court*, avrebbe potuto constatare che,

³⁹ Peyrano, *Flexibilizaciones en la carga de la prueba*, in *La prueba en el proceso judicial*, Buenos Aires 2009, 107 ss.; Oteiza, *La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar*, *ivi*, 193 ss.; Peyrano, Chiappini, *Lineamientos de las cargas probatorias «dinámicas»*, in *El Derecho* 1984, 1005 ss.

In senso critico v. 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, 133 ss., spec. 136 s., 141 nota 39, e in *Contra la carga de la prueba*, *cit.*, 53 ss. Anche di quest'ultimo scritto esiste una traduzione in italiano, curata sempre da Luca Passanante: *La c.d. «carga dinámica» della prova: tra equivoci e superfluità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 898 ss.

⁴⁰ V. sul tema Besso, *La vicinanza della prova*, in questa *Rivista* 2015, 1383 ss.; Giusani, *Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta*, nota a Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in questa *Rivista* 2020, 1315 ss.; Della Pietra, *La vicinanza della prova e la prova «più prossima» che c'è: internet*, in *Giusto proc. civ.* 2018, 1037 ss.; Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 911 ss. Per una specifica indagine sull'applicazione di tale criterio nelle controversie di lavoro cfr. De Michiel, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Milano 2019, 18 s., 26 ss., 189 ss.

Fra le più note applicazioni giurisprudenziali del criterio in esame ricorderemo solamente Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di prova dell'inadempimento del contratto, e Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in tema di prova dei vizi della cosa venduta.

⁴¹ Nieva Fenoll, *op. cit.*, 145.

ferma restando la natura intrinsecamente antiepistemica della regola di giudizio⁴², gli oneri probatori possono essere distribuiti fra le parti in un'ottica epistemica.

Fra i numerosi criteri di ripartizione dell'onere della prova elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁴³, quello della «vicinanza» è certamente il criterio che più di ogni altro tende ad assicurare che la raccolta del materiale di fatto e dei mezzi di prova sia la più completa possibile.

Ma se l'attore non riesce a dimostrare l'esistenza di tutti i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, nonostante siano a lui più «vicini», la soluzione più razionale è ancora quella di rigettare la sua domanda nel merito in applicazione della regola dell'onere della prova.

MATTIA GARAVAGLIA

Titolare di assegno di ricerca nell'Università di Milano

⁴² Verde, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, cit., 727 s.; Cavallone, *In difesa della veriphobia (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 7 s., 19; Maniaci, *op. cit.*, 217 s.

⁴³ Sul punto, per gli opportuni riferimenti, sia consentito il rinvio a Garavaglia, *Il controllo in cassazione sulla violazione della regola dell'onere della prova*, in questa *Rivista* 2019, 1508 ss.