

MATTEO AMBROSOLI

LE CLAUSOLE CHE REGOLANO
L'ONERE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. I limiti di validità delle clausole che regolano la prova. - 3. Quali direttive per la redazione di valide clausole che regolano la prova.

1. *Introduzione*

Le parti del contratto hanno spesso cura di disciplinare, oltre al cuore dell'operazione economica che intendono porre in essere, anche i reciproci rapporti per il caso in cui, nello svolgimento della relazione economica, dovessero insorgere contrasti tra loro; moltissime sono le clausole che si riferiscono a questo tipo di situazione: tra esse, ovviamente, si segnalano, in primo luogo, quelle che determinano la competenza di un foro territoriale specifico o quelle che rimettono ad arbitri anziché all'autorità giudiziaria il compito di risolvere la controversia; spesso, però, le parti si preoccupano anche di prestabilire regole che dovranno, in caso di lite, governare il problema della prova dei fatti rilevanti al fine della sua composizione.

Le clausole in questione, in particolare, possono avere due finalità principali: da un lato, esse possono tendere a selezionare gli elementi probatori, escludendo che la decisione giudiziale possa appoggiarsi su prove diverse da quelle predefinite convenzionalmente come rilevanti; dall'altro, esse possono avere per scopo quello di prestabilire la ripartizione dell'onere probatorio, così eventualmente

spostando dall'una all'altra parte quella che ne sarebbe l'allocazione normativa (1).

Molti sono gli esempi di clausole negoziali con cui le parti interferiscono con la problematica della prova dei fatti (2):

(1) Bibliografia: V. ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Nss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 261 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994; P. CENDON, P. ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1992, 757 ss.; G.M. COHEN., *Implied Terms and Interpretation in Contract Law*, in Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar and the University of Ghent, 4400, 78 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, II ed., Torino, 2004; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in RESCIGNO Pietro (dir.), *Trattato Dir. Priv.*, XIX, Torino, 1997; L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, III ed., Bologna, 2005; M. CONTE, *Artt. 2697-2739 cod. civ.*, in P. CENDON (cur.), *Commentario al codice civile*, Milano, 2008, sub art. 2698 cod. civ.; G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008; V. DENTI, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1992, 709 ss.; V. DENTI, *Negozi processuale*, in *Enc. del Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 138 ss.; G. DE STEFANO, *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del Dir.*, XXX, Milano, 1980, 114 ss.; M. EROLI, sub art. 2698 cod. civ., in P. RESCIGNO, *Codice Civile*, 1992; L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. I.2, Padova, 2001; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1987, 181 ss.; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2008; M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1992, 733 ss.; G. VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1992, 715 ss.; R. WEIGMANN, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto commerciale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1992, 797 ss.

(2) La presente ricerca è dedicata unicamente alle clausole contrattuali derogatorie del regime probatorio: non si occupa, invece, delle deroghe convenzionali che possono risultare dallo stesso comportamento processuale delle parti; sul tema, la regola accolta dalla giurisprudenza è quella per cui: «l'inversione dell'onere della prova, in mancanza di apposito patto ex art. 2698 cod.civ., può risultare anche dal comportamento processuale della parte, ma, affinché ciò si verifichi, non è sufficiente che la parte sulla quale non grava l'onere deduca od anche offra la prova, occorrendo, invece, la inequivoca manifestazione della parte medesima di voler rinunciare ai benefici ed ai vantaggi che le derivano dal principio che regola la distribuzione dell'onere stesso e di subire le conseguenze dell'eventuale fallimento della prova dedotta od offerta. (Nella specie, relativa all'esercizio di azione di riscatto agrario, la S.C., nel confermare la sentenza di merito, ha escluso che il fallimento della prova offerta dalla parte retrattata in ordine alla vendita di terreni da parte dei ricorrenti nel biennio anteriore all'esercizio dell'azione valesse a dimostrare l'inver-

e l'allocazione
le parti inter-

in *Nss. Dig. It.,*
nsabilità, Milano,
itto civile, in *Riv.*
and Interpretation
(), *Encyclopedia of*
4400, 78 ss.; L.P.
e prove, in RESCI-
OGGIO, C. FERRI,
M. CONTE, *Artt.*
ce civile, Milano,
o, 2008; V. DEN-
Dir. e Proc. Civ.,
II, Milano, 1978,
X, Milano, 1980,
e Civile, 1992; L.
.2, Padova, 2001;
Branca, Bologna-
iche, II, La fase di
nzioni, inversioni,
RDE, *L'inversione*
1992, 715 ss.; R.
le, in *Riv. Trim.*

attuali derogato-
onvenzionali che
arti; sul tema, la
dell'onere della
sultare anche dal
chi, non è suffi-
ffra la prova, oc-
a di voler rinun-
egola la distribu-
fallimento della
me di riscatto a-
il fallimento del-
i da parte dei ri-
mostrare l'inver-

a) in alcuni casi, i contraenti pongono a carico di una parte l'onere di provare un fatto che, altrimenti, sarebbe a carico dell'altra: si pensi alla clausola, nell'ambito dell'assicurazione contro la responsabilità civile, che impone all'assicurato l'onere di provare che l'illecito non sia dipeso da suo dolo o colpa grave ⁽³⁾;

b) in altri casi, i contraenti selezionano gli elementi probatori che potranno essere utilizzati per la soluzione delle eventuali controversie: emblematica, in questo senso, è la c.d. *merger clause* (su cui v. *infra*), che ha per scopo di limitare il materiale utile ai fini dell'interpretazione del contratto ai soli documenti contrattuali, con esclusione di ogni riferimento ad elementi extratestuali ⁽⁴⁾; oppure, si pensi alla clausola che esclude la possibilità del ricorso alla prova testimoniale, anche nel caso in cui la parte abbia perso senza sua colpa il

sione dell'onere probatorio)» (Cass. 7 luglio 2005, n. 14306, in *Juris Data DVD*); «l'inversione dell'onere della prova - in mancanza di apposito patto *ex art.* 2698 cod. civ. - può risultare anche dal comportamento processuale della parte, ma, affinché ciò si verifichi, non è sufficiente che la parte, cui non spetta il relativo onere, deduca od anche offra la prova, ed occorre invece l'inequivoca manifestazione di volontà della medesima di rinunciare ai benefici ed ai vantaggi, che le derivano dal principio che regola l'onere della prova, e di subire le conseguenze dell'eventuale fallimento della prova dedotta ed offerta» (Cass. 26 aprile 1988, n. 3167, in *Juris Data DVD*). Sul tema, v. G. VERDE, *op. cit.*, 715 ss.; S. PATTI, *op. cit.*, 185 ss.

⁽³⁾ «È valida la clausola di polizza, la quale dispone che l'assicuratore deve, in caso di apertura di una procedura giudiziaria, dimostrare che il sinistro non è stato determinato da dolo o colpa grave propria o delle altre persone indicate in polizza. Essa subordina il pagamento dell'indennità alla prova, a carico dell'assicurato, dell'estraneità del medesimo e delle suddette altre persone nella produzione del sinistro e contiene un patto di inversione dell'onere della prova che non ha per effetto di rendere eccessivamente difficile, per l'assicurato, l'esercizio del diritto all'indennità e perciò non viola l'art. 2698 cod. civ., potendo detto onere essere correttamente adempiuto con la produzione della certificazione circa l'effettivo oggetto e gli effettivi destinatari dell'indagine giudiziaria. Tale clausola non pone alcun impedimento giuridico all'esercizio dell'azione civile contro l'assicuratore per il conseguimento dell'indennità, ma, prevedendo una mera condizione dell'adempimento (nel senso anzidetto di subordinare il pagamento di tale indennità alla prova di cui sopra), comporta che la pendenza del procedimento penale in merito al sinistro non costituisca in alcun caso ostacolo al decorso della prescrizione annuale di cui all'art. 2952 cod.civ., né causa di interruzione o sospensione di essa» (Corte appello Napoli, 27 marzo 1982, in *Dir. ed economia assicuraz.*, 1982, 520 ss.).

⁽⁴⁾ G. DE NOVA, *op. cit.*, 51.

documento probatorio (con ciò derogandosi alla previsione dell'art. 2724, n. 3, cod. civ.) ⁽⁵⁾;

c) vi sono poi da ricordare le ipotesi in cui i contraenti, disciplinando profili apparentemente relativi alla prova dei fatti, in realtà introducono nel regolamento negoziale una deroga sostanziale alla disciplina giuridica applicabile: si possono menzionare, in questo senso, le clausole dirette a stabilire presunzioni di fortuito, le quali, alternativamente, possono essere semplicemente finalizzate a rendere chiare *inter partes* quelle che sono soluzioni corrispondenti allo stato dell'arte giuridica in materia, oppure a qualificare come ipotesi di fortuito situazioni che, invece, per la giurisprudenza non sarebbero tali; in questa seconda eventualità, la clausola tende ad un effetto di carattere sostanziale ben evidente;

d) fenomeno ancora più macroscopico (nel senso della rilevanza sostanziale e non solamente processuale) si manifesta laddove la modifica dell'onere probatorio abbia la funzione di astrarre una parte degli impegni giuridici associati ad un'operazione economica, dal contenuto della stessa: è quanto accade nelle ipotesi di obbligazioni di garanzia assunte derogando alla disciplina della fideiussione, al fine di collegare il rapporto principale ad un impegno di garanzia incondizionato, attraverso la costruzione di una garanzia a prima richiesta, o autonoma ⁽⁶⁾. La disciplina pattizia, in questi casi, spazia dalla semplice introduzione di un regime giuridico di rinuncia alla facoltà di opporre eccezioni anteriormente al pagamento (c.d. clausola *solve et repete*) ⁽⁷⁾, alla vera astrazione sostanziale dell'obbligazione.

⁽⁵⁾ Cass. 13 luglio 1959 n. 2254, in *Giust. Civ.*, 1959, I, 1915 ss.

⁽⁶⁾ «Le clausole di pagamento "a semplice richiesta", "a semplice avviso" o "senza eccezioni" apposte a una garanzia incondizionata dispensano il beneficiario dalla prova dei presupposti legittimanti la richiesta di pagamento» (Tribunale Milano, 22 settembre 1986, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, II, 331 ss.).

⁽⁷⁾ La cui validità, in caso di fideiussione, dovrebbe suscitare dubbi, atteso il principio espresso dall'art. 1941 cod. civ., in forza del quale la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose.

La pratica conosce anche il caso in cui il fideiussore assume l'impegno di pagamento, attribuendo valore probatorio qualificato alle risultanze delle scritture contabili del garantito: «la clausola contrattuale con la quale il fideiussore dichiara

I riferimenti normativi di base, in materia, sono offerti dagli artt. 2697 e 2698 cod. civ.; il primo stabilisce la regola per cui «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda»; il successivo art. 2698 cod. civ. prevede invece che: «sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto». Spesso, peraltro, il meccanismo attraverso il quale si raggiunge il risultato di rendere particolarmente arduo l'esercizio dei diritti di una delle parti è costituito, anziché dall'inversione dell'onere della prova, dall'imposizione di tempi di reazione particolarmente limitati, tali da portare ad una rapidissima decadenza della parte dal diritto; per tale ipotesi particolare, il legislatore ha espressamente dettato l'art. 2965 cod. civ., secondo cui «è nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto» (8).

Giova rilevare come, nel caso di contratti per condizioni generali, le clausole di cui all'art. 2965 cod. civ. siano pacificamente da considerare vessatorie, attesa l'espressa indicazione contenuta nell'art.

di accettare, a fini probatori, le risultanze contabili del creditore, non è affetta da nullità ex art. 2698 cod. civ. poiché non integra una inversione dell'onere della prova, ma si limita a ricollegare efficacia probatoria a determinati documenti ritenuti dalle parti assistiti da una presunzione di attendibilità» (Corte appello Torino, 26 marzo 1986, in *Riv. it. leasing*, 1987, 205 ss.). Si consideri che, anche in questo caso, però, l'eventuale mancanza di analoga valenza probatoria delle medesime scritture nei confronti del debitore principale, potrebbe dare luogo ad un'invalidità della clausola ex art. 1941 cod. civ.

(8) Si trova in proposito stabilito che: «nell'ambito dei contratti di fideiussione ed autonomo di garanzia bisogna distinguere il termine di scadenza della garanzia da quello decadenziale per la sua escussione e quest'ultimo deve essere tale da non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore nei confronti del garante, con la conseguenza che tale non può ovviamente essere il termine che coincide con la scadenza dell'obbligazione, potendosi, anzi, in questo caso, configurare la sua nullità ai sensi dell'art. 2965 cod. civ.» (Cass. 28 febbraio 2007, n. 4661, in *Juris Data DVD*).

1341, comma 2, cod. civ.; per converso, le pattuizioni relative all'onere della prova non sono considerate vessatorie *ex se*, potendolo eventualmente divenire ove si risolvano in limitazioni di responsabilità o in limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni ⁽⁹⁾.

Diversamente, nel caso di contratti del consumatore in generale (Codice del Consumo - D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206, art. 33), «si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di (...) t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi».

2. *I limiti di validità delle clausole che regolano la prova*

Le clausole che modificano l'onere della prova presentano la peculiarità di una doppia valenza: esse plasmano il rapporto tra le parti, ma, al contempo, tendono ad influenzare l'attività del giudice ⁽¹⁰⁾, cioè del soggetto chiamato a comporre la controversia eventualmente tra loro insorta ⁽¹¹⁾.

L'analisi sostanziale, quindi, non può prescindere da quella processuale.

Sul piano processuale, i mezzi di prova costituiscono lo strumento attraverso il quale si perviene alla ricostruzione della "verità processuale": un risultato che non è semplicemente valido per il fatto di

⁽⁹⁾ In dottrina è stata espressa l'opinione secondo cui, «nell'ipotesi di patti modificativi contenuti in condizioni generali di contratto, dovrebbe ritenersi *in re ipsa* l'eccessiva difficoltà di cui all'articolo in esame» (S. PATTI, *op. cit.*, 196).

⁽¹⁰⁾ «In ogni caso, mediante i patti probatori le parti possono incidere sulla valutazione delle prove e sul convincimento del giudice soltanto indirettamente, cioè mediante il risultato della loro attività negoziale e processuale, ma non possono farne oggetto di una regolamentazione convenzionale» (S. PATTI, *op. cit.*, 194).

⁽¹¹⁾ Sulla natura giuridica dei patti sulla prova, v. V. DENTI, *op. cit.*, 138 ss. Proprio in quanto il loro fine è quello di influenzare la valutazione del giudice, le clausole in esame sono state in passato sospettate di invalidità: in arg., S. PATTI, *op. cit.*, 181 ss.

permettere di comporre una controversia interpretata, ma che raggiunge questa propria validità supponendo che la verità processuale corrisponda alla verità storica (o materiale) o che, almeno, rappresenti la migliore approssimazione probabilistica ad essa (12). È questo collegamento tra mezzi probatori e verità storica oggetto di accertamento che costituisce il primo ed indubbiamente più importante limite alla possibilità di avvalersi di clausole relative alla ripartizione dell'onere probatorio tra le parti; in primo luogo, si nota come il nostro sistema processuale si basi sul c.d. **principio di acquisizione probatoria**: «l'obbligo del giudice di fondare la propria decisione solo sugli elementi di prova indicati dalle parti non gli impedisce di valutare in via autonoma, ai fini della prova, all'infuori di qualsiasi deduzione della parti stesse, le risultanze emergenti da dette prove. Vige, infatti, nel nostro ordinamento processuale, in uno con il principio dispositivo, quello cosiddetto "di acquisizione probatoria", secondo il quale le risultanze istruttorie, comunque ottenute (e qual che sia la parte ad iniziativa della quale sono state raggiunte), concorrono, tutte ed indistintamente, alla formazione del libero convincimento del giudice, senza che la relativa provenienza possa condizionare tale convincimento in un senso o nell'altro, e senza che possa, conseguentemente, escludersi la utilizzabilità di una prova fornita da una parte per trarne argomenti favorevoli alla controparte» (13); pertanto, le clausole relative all'onere della prova non valgono di per sé ad escludere la rilevanza di fatti che siano stati introdotti nel giudizio ad iniziativa di una parte diversa da quella onerata; in secondo luogo, si ricorda il solido orientamento giurisprudenziale che ammette la possibilità di una modifica della ripartizione dell'onere probatorio dipendente dal medesimo comportamento processuale delle parti (14); pertanto, nonostante l'esistenza di eventuali previsioni patizie sulla ripartizione dell'onere probatorio, il successivo compor-

(12) L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., 188; valutazioni critiche sul tema possono essere lette in G. VERDE, *op. cit.*, 727.

(13) Cass. 7 agosto 2002, n. 11911, in *Juris Data DVD*. In arg., v. L. MONTESANO, G. ARIETA, *op. cit.*, vol. 2, 1174.

(14) V. nota 2.

tamento processuale può ben essere all'origine di una deviazione, che diviene regola a sua volta.

Il dibattito processualistico in materia ⁽¹⁵⁾ vede la contrapposizione di due diverse scuole di pensiero. Da un lato, vi è chi, in prospettiva pubblicistica, ravvisando negli artt. 112-115 cod. proc. civ. norme di ordine pubblico processuale, non ritiene possibile la validità di accordi «che possano dirsi intesi ad incidere in modo diretto sui poteri decisorii del giudice, nonché sulla libertà di valutazione e di apprezzamento probatorio» ⁽¹⁶⁾. In tal modo, la clausola convenzionale avrebbe il limitato effetto di amministrare il rischio della soccombenza nell'ipotesi in cui, nel giudizio, un determinato fatto non risulti provato ⁽¹⁷⁾: essa, sostanzialmente, determinerebbe una modificazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere, trasformando taluno di questi in elemento impeditivo, modificativo od estintivo, come tale oggetto di prova da fornire dall'altra parte ⁽¹⁸⁾. Diversa è l'opinione di chi scrive che: «non sembrano a noi accettabili, di fronte al chiaro testo normativo, le dottrine che negano all'autonomia privata il potere di modificare la su accennata regola di giudizio, pur quando si tratti di diritti disponibili e la difesa di questi in giudizio non si manifesti "eccessivamente difficile" al magistrato chiamato a pronunciarsi sulla validità dei patti in questione» ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁵⁾ In arg., v. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 261; ivi (289 ss.) sono riportate anche le principali posizioni espresse nel vigore del precedente codice.

⁽¹⁶⁾ L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., 281.

⁽¹⁷⁾ In dottrina si parla di «creazione di "presunzioni volontarie" in ordine all'esistenza del fatto» (G. VERDE, *op. cit.*, 729).

⁽¹⁸⁾ V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 290.

⁽¹⁹⁾ L. MONTESANO, G. ARIETA, *op. cit.*, vol. I.2, 1175. Gli AA., peraltro, hanno cura di limitare la possibilità di ricavare la deroga alla disciplina dell'onere probatorio dal comportamento delle parti: «non solo la mera offerta di una prova, "incombente" ex art. 2697 alla controparte, ma pure una condotta difensiva di rinuncia, implicita o anche esplicita, all'addossare all'avversario l'onere de quo, non possono derogare alla ripartizione legale dell'onere della prova, salvo che le dichiarazioni o i comportamenti in discorso provengano personalmente dalle parti e ne manifestino sicuramente la detta volontà derogatoria». Questa opinione riprende la posizione originariamente espressa da Carnelutti; sul punto, v. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 289.

In giurisprudenza, le clausole relative all'onere della prova vengono valorizzate al di là del limitato risultato di gestione del rischio della mancata prova: «quando le parti di un contratto, nell'ambito dell'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.) e al fine di prevenire contestazioni, convengono che una determinata circostanza debba essere provata in un modo predeterminato, non è ammesso il ricorso a prove diverse - testimoniali o presuntive - che non siano equipollenti a quella pattuita» (20).

Pur vero che il principio che domina il processo civile è quello dispositivo, in contrapposizione a quello inquisitorio, esso, però, soggiace a limiti e garanzie fondamentali: in primo luogo, deve ricordarsi lo stesso "diritto al processo", che assicura «a tutti, in condizioni di sostanziale eguaglianza, la ragionevole possibilità di chiedere, ad un giudice indipendente ed imparziale, la tutela giurisdizionale effettiva dei propri diritti» (21); ma il diritto al processo si caratterizza, ulteriormente ed in senso pregnante, come "diritto ad un equo processo", che comporta la rigorosa applicazione del principio del contraddittorio e della regola dell'uguaglianza delle armi, inclusiva del "diritto alla prova": «diritto-potere, alquanto complesso ed articolato, di agire o di difendersi mediante la deduzione e l'assunzione dei mezzi di prova comunque idonei a dimostrare in giudizio la verità (o la falsità) dei fatti da ciascuno allegati a fondamento delle proprie pretese» (22).

È sulla base delle summenzionate direttive che si può procedere ad una valutazione delle singole clausole negoziali relative all'onere della prova, al fine di sindacarne la validità. In questo senso, si rileva come solamente una valutazione concreta, che tenga conto delle peculiarità del singolo caso, può effettivamente permettere di giungere ad una conclusione sulla validità della clausola: «l'eccessiva difficoltà di fornire la prova può dipendere da molteplici fattori, quali l'accesso ai dati di fatto, il costo di determinati accertamenti, ecc.» (23).

(20) Cass. 2 febbraio 1994, n. 1070, in *Juris Data DVD*.

(21) L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., 216.

(22) L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., 216; v. anche V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 290.

(23) S. PATTI, *op. cit.*, 195; v. anche M. EROLI, *op. cit.*, 1992. La valutazione della eccessiva difficoltà «è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice: la ratio della

Così, si è deciso che «la clausola del contratto di assicurazione contro il furto, che pone a carico dell'assicurato l'onere di provare di avere correttamente chiuso i locali assicurati, ovvero che il furto sia avvenuto con l'uso di chiavi false, è nulla ex art. 2698 cod. civ., perché rende eccessivamente difficile l'esercizio del diritto scaturente dal contratto di assicurazione» (24).

Si consideri, invece, il caso di una clausola che attribuisca efficacia probatoria, nei rapporti tra le parti, alle registrazioni operate da una di esse: così, si pensi alla previsione per cui il fideiussore della banca dichiara di accettare i dati contabilizzati dal soggetto garantito; una simile previsione viene considerata valida in ragione della peculiare qualità professionale dell'istituto creditizio (25) e, conseguentemente, si può ritenere che, laddove difetti questa peculiare ragione,

norma è di impedire che una parte aggravi eccessivamente la propria posizione processuale accettando un accordo svantaggioso sugli oneri probatori» (L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 439).

(24) Corte appello Roma, 8 giugno 2000, in *Juris Data DVD*.

(25) «La clausola che riconosce a determinate scritture della banca valore di piena prova nei confronti del cliente (correntista e/o depositante) non integra una non consentita inversione dell'onere della prova, ma si limita a ricollegare efficacia probatoria a quelle registrazioni ritenute dalle parti assistite - per le garanzie di formazione - da presunzione di attendibilità. Ne deriva l'assenza di un contrasto della clausola con il disposto dell'art. 2698 cod.civ. e la piena validità della previsione patiziosa» (Corte appello Milano, 19 novembre 1999, in *Giur. milanese*, 2000, 128). «È valida la clausola contenuta in un contratto bancario di deposito titoli in amministrazione con cui si stabilisce che gli ordini di borsa impartiti telefonicamente dal cliente ne fa piena prova la relativa annotazione sui registri dell'azienda di credito. In tal caso, la prova di avere conferito ordini diversi da quelli risultanti dal registro non può essere data per testi o per presunzioni» (Corte appello Milano, 6 agosto 1999, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 415 ss.). «Non è affetta da nullità ex art. 2698 cod. civ. la clausola del contratto di conto corrente di corrispondenza che attribuisce valore di piena prova, nei confronti del correntista, ai libri e alle scritture contabili della azienda di credito, in quanto essa non integra una non consentita inversione dell'onere probatorio, ma si limita a ricollegare l'efficacia probatoria a determinati documenti ritenuti dalle parti assistite da una presunzione di attendibilità» (Tribunale Napoli, 4 luglio 1985, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, 305). «Non è nulla la clausola del contratto di conto corrente bancario che attribuisce pieno valore probatorio nei confronti del correntista ai libri ed alle altre scritture contabili della banca» (Cass. 29 gennaio 1982, n. 575, in *Foro it.*, 1983, I, 1990 ss.).

una clausola di tale contenuto dovrebbe essere giudicata nulla.

Se si vuole ampliare la visuale e, quindi, identificare qualche direttiva che permetta di stabilire quando una clausola relativa all'onere della prova possa essere ritenuta valida o meno, occorre prendere in esame il **dato funzionale** di queste clausole: un'allocazione pattizia dell'onere probatorio, difforme da come lo stesso sarebbe gestito in base all'art. 2697 cod. civ., si può ammettere, secondo l'indicazione dello stesso legislatore, quando non renda particolarmente difficile l'esercizio di un diritto; questa direttiva può essere svolta nel pensiero per cui la deroga al regime probatorio non deve essere ammessa se non nei casi in cui la stessa svolga una funzione meritevole di tutela, dovendosi ritenere, altrimenti, che la stessa tenda a rendere maggiormente difficile l'esercizio di un diritto, senza che tale compressione sia adeguatamente giustificata (26). Dunque, ferma la direttiva ricavabile dalla lettura della norma, secondo cui l'allocazione pattizia dell'onere probatorio è in sé valida, salvo che essa risulti eccessivamente gravosa, si può osservare come i casi in cui la deviazione dal regime probatorio ordinario sia giustificata sono stati adeguatamente messi in luce dagli approfondimenti in materia di presunzioni probatorie: si tratta delle ipotesi in cui essa sia finalizzata ad attribuire rilevanza all'*id quod plerumque accidit* od in cui la prova di un fatto possa assai più agevolmente essere fornita da una parte anziché dall'altra (27).

(26) In dottrina si osserva che: «un limite immanente sta in ciò che non deve essere, per tale via, conculcato il diritto di difesa» (G. VERDE, *op. cit.*, 730). In arg., v. anche S. PATTI, *op. cit.*, 195, secondo il quale «l'espressione "eccessivamente difficile" non deve necessariamente significare una difficoltà che rasenta l'impossibile, ma una difficoltà che oltrepassa quella di solito sopportata da chi deve fornire la prova».

(27) «Va ricordato il dilatarsi delle ipotesi di inversione dell'onere della prova di creazione giurisprudenziale, particolarmente nel campo della responsabilità civile. Il fenomeno, ampiamente studiato dalla dottrina tedesca, muove dal criterio c.d. di ripartizione dell'onere della prova in base agli ambiti di rischio, che considera onerata la parte nella cui sfera giuridica si verificano i fatti controversi» (V. DENTI, *op. cit.*, 710).

Sul tema delle presunzioni probatorie, v. M. TARUFFO, *op. cit.*, 733 ss.

Sulla funzione delle presunzioni e, in genere, delle deviazioni normative dal criterio di ripartizione dell'onere della prova fissato dall'art. 2697 cod.civ., v. P. CEN-

A proposito delle clausole relative all'onere della prova, può ripetersi l'osservazione proposta da altri con riguardo alle presunzioni probatorie in generale, secondo cui «una ragione di perplessità deriva dal fatto che quanto più è difficile fornire la prova del fatto negativo, tanto più la ripartizione degli oneri probatori cessa di essere un meccanismo di prova, e diventa in realtà un meccanismo di pre-determinazione della soccombenza. Se infatti: a) si elimina l'onere della prova in capo alla parte che dovrebbe provare il fatto positivo; b) si trasferisce l'onere della prova sull'altra parte, che soccombe se non prova il fatto negativo, ma c) questa prova è tendenzialmente o effettivamente impossibile, pare evidente che in questo modo non si tende a stabilire "chi deve provare che cosa", ma a prestabilire che la parte alla quale si attribuisce l'onere della prova è destinata a soccombere» (28).

Si può allora ritenere che le clausole relative all'onere della prova siano invalide allorquando non siano animate da razionali esigenze di corretta allocazione dell'onere probatorio, ma siano semplicemente finalizzate ad assicurare posizioni di vantaggio ad una parte nell'eventualità di una lite, in modo da incrementarne le probabilità di vittoria.

DON, P. ZIVIZ, *op. cit.*, 757 ss.; ivi si rileva come i due criteri dell'*id quod plerumque accidit* e della vicinanza della parte al fatto da provare costituiscano, isolatamente considerati, criteri inadeguati a spiegare il complesso delle ipotesi, pur essendolo rispetto ad alcune situazioni; l'elemento caratterizzante il complesso dei casi in cui si attua una modifica dell'allocazione del peso probatorio è visto nella "promozionalità", cioè nella volontà di favorire un interesse sostanziale (che può essere generale od individuale).

In effetti, in diversi casi la scelta di introdurre una presunzione svolge una specifica funzione di politica del diritto, consistente nell'avvantaggiare una parte rispetto all'altra; ciò non toglie, però, che tale vantaggio può rispondere a due logiche profondamente diverse: da un lato, quella pura e semplice di avvantaggiare una delle due parti in conflitto (ad esempio, al fine di correggere una minorazione sostanziale che la colpisce); dall'altro, quella di modificare le regole probatorie, al fine di evitare effetti distorsivi episodici cui le stesse possono condurre rispetto all'accertamento della verità dei fatti (come accade quando la presunzione corrisponda all'*id quod plerumque accidit* o quando la prova sia possibile per una parte a costi assai minori di quanto non sarebbe possibile per l'altra).

(28) M. TARUFFO, *op. cit.*, 750.

* * *

Più problematica si presenta la questione dell'eventuale validità di quelle clausole che abbiano per scopo di selezionare i fatti rilevanti, escludendo che la decisione giudiziale possa prendere in esame elementi probatori diversi da quelli prestabiliti dalle parti; consideriamo una tipica *merger clause* (o *entire agreement clause*): «*this Agreement and the exhibits attached hereto contain the entire agreement of the parties with respect to the subject matter of this Agreement, and supersede all prior negotiations, agreements and understandings with respect thereto. This Agreement may only be amended by a written document duly executed by all parties*». Le parti, in tal modo, vogliono limitare il materiale utile per l'interpretazione al solo testo contrattuale⁽²⁹⁾. Si assiste, quindi, ad un'ingerenza delle parti nei poteri (pubblici) dell'autorità giudiziaria che suscita perplessità; sono stati espressi, in dottrina, «forti dubbi sulla validità della clausola che imponga al giudice di fermarsi alla lettera del contratto, senza tenere conto della comune intenzione, quale risulti da elementi extratestuali. Il punto cruciale è se le parti possano dettare direttive vincolanti al giudice, nel momento in cui deve ricostruire il significato giuridicamente rilevante del contratto. Risponderei di no, perché le parti (...) possono sottoporre al giudice elementi fattuali preinterpretati, tramite le premesse e le definizioni, ma non possono imporre al giudice i criteri per l'interpretazione complessiva del contratto»⁽³⁰⁾.

La conclusione nel senso dell'invalidità di simili clausole non viene però generalizzata: è la stessa dottrina appena ricordata che considera valide le *merger clauses* quante volte esse si impongano, anziché ad un giudice ordinario, ad un arbitro «perché allora vige il generale principio secondo cui l'arbitrato è fondato sull'autonomia delle parti»⁽³¹⁾; la ragione dell'invalidità, quindi, non viene vista in un contrasto con la regola di buona fede, quanto piuttosto nella considerazione per cui l'attività giudiziale «è materia di interesse

(29) Le *merger clauses* «non dettano propriamente regole interpretative, ma sono piuttosto volte a proteggere il testo contrattuale da manipolazioni interpretative» (G. DE NOVA, *op. cit.*, 52).

(30) G. DE NOVA, *op. cit.*, 55 e 92.

(31) G. DE NOVA, *op. cit.*, 56 e 92.

a, può ripe-
resunzioni
ssità deriva
atto negati-
li essere un
o di prede-
onere della
sitivo; b) si
be se non
nte o effet-
non si ten-
ilire che la
nata a soc-

della prova
ali esigenze
mplicemen-
una parte
probabilità

od *plerumque*
isolatamente
essendolo ri-
casi in cui si
promozionali-
re generale od

olge una spe-
a parte rispet-
a due logiche
iare una delle
ne sostanziale
fine di evitare
l'accertamento
la all'*id quod*
i assai minori

pubblico», su cui le parti non possono influire con propria determinazione di volontà (come, invece, è possibile, laddove si tratti di arbitrato).

L'esame della materia permette qualche riflessione ulteriore.

In primo luogo, sembra comprensibile e non immeritevole di tutela la loro funzione, finalizzata a rendere conoscibile e predicibile la decisione giudiziale, attraverso la preselezione dello "spicchio" di realtà esaminabile dal giudice e ad evitare che una delle parti possa cercare di fondare propri diritti su dichiarazioni precontrattuali o fatti che, in sede di stipulazione del contratto, non sono stati considerati meritevoli di inclusione nel testo finale. Pur vero, come si nota in dottrina, che le norme in tema di responsabilità precontrattuale, di buona fede e di annullamento del contratto non sono derogabili dalle parti⁽³²⁾: ma le *merger clauses* non hanno, come proprio

⁽³²⁾ G. DE NOVA, *op. cit.*, 97. Ivi si rileva come l'eventuale sottoscrizione di una clausola di *merger* possa rendere irriconoscibile l'eventuale errore della controparte, ma non possa raggiungere il risultato di escludere l'applicazione delle norme in tema di dolo, dato che qui la mancata conoscenza o conoscibilità dell'errore non è elemento normativamente rilevante. Sembra di poter notare, però, che con la clausola in esame, la parte voglia attestare che, nel proprio processo di determinazione della volontà contrattuale, non ha considerato rilevante l'informazione erronea di cui si discute; non si ha, pertanto, un problema di conoscibilità o meno dell'errore, quanto piuttosto una negazione della valenza determinativa della volontà dell'informazione (erronea) che non sia confluita nel testo contrattuale. In tal modo, non si procede ad una negazione convenzionale dell'applicabilità della disciplina della buona fede precontrattuale, che sarebbe chiaramente inammissibile, ma si comunica quali siano le informazioni che hanno assunto valenza nella decisione di concludere il contratto.

Si può pensare ad una clausola che dica: «la decisione di X di concludere il contratto è stata determinata da un'autonoma valutazione delle informazioni da lui direttamente acquisite e, pertanto, nessuna rilevanza hanno avuto le informazioni comunicate ad X da Y»; una tale previsione non risulta di per sé illecita, con la conseguenza che l'autore della dichiarazione non potrebbe, invocando la falsità di un'informazione comunicata da Y, pretendere, nonostante tutto, l'applicazione della disciplina sul dolo contrattuale: d'altra parte, in giurisprudenza si afferma che «il dolo è rilevante solo se la buona fede del *deceptus* non sia costituita da negligenza o da ignoranza» (Cass. 19 luglio 2007 n. 16031, in *Nuova giur. civ.*, 2008, parte I, 188 ss.).

È appena il caso di aggiungere che la validità di una clausola come quella che si è ipotizzata dipende ampiamente dalla sua effettiva rispondenza a verità: così, nei

scopo, quello di disapplicare quelle norme, quanto, piuttosto, quello di rendere manifesto e, quindi, non revocabile in dubbio quali siano gli elementi che abbiano giocato un ruolo nella decisione di concludere il contratto.

Si pensi ad una dichiarazione precontrattuale, relativa ad una qualità del bene oggetto della trattativa, che lasci traccia di sé in un documento: si supponga che il contratto poi concluso (oltre a non attribuire alcun ruolo alla dichiarazione precontrattuale in questione) contenga una *merger clause*; con essa, ragionevolmente, le parti operano un chiarimento generalizzato e complessivo sul superamento di eventuali affidamenti nutriti sulle varie dichiarazioni precontrattuali e, tra l'altro, sulla rilevanza della qualità originariamente falsamente attestata. In mancanza della *merger clause* (o in caso di sua invalidità), le parti sarebbero costrette, nella fase della trattativa, a vagliare ogni documento precontrattuale, al fine di far sì che tutte le dichiarazioni erronee eventualmente effettuate trovino una specifica smentita documentale: il che appare chiaramente macchinoso e contrario a quanto realmente accade nelle concrete negoziazioni, ove le parti ed i loro rappresentanti hanno grande attenzione nella redazione delle bozze contrattuali e nella definizione del testo da sottoscrivere, mentre non attribuiscono peso ad elementi precontrattuali che considerano superati dal seguito della trattativa.

Dunque, il fine della clausola in esame non è quello di escludere la rilevanza della comune intenzione, ricavabile al di là del senso letterale delle parole usate, ma è quello di attestare che la comune intenzione non può utilmente essere ricostruita in base a documenti precontrattuali che non sono poi confluiti nella stesura definitiva.

contratti a stampa (moduli e formulari) è frequente l'inserzione di dichiarazioni di una parte in ordine alla completezza delle informazioni di cui ha potuto disporre al momento della stipulazione del contratto; ma proprio il carattere prestampato di tali affermazioni fa dubitare della loro vincolatività ed induce a ritenere possibile degradarle a semplici "clausole di stile", come tali inefficaci (sul punto, v. la recente Trib. Bari, 15 febbraio 2007, in *Nuova giur. civ.*, 2007, parte I, 1088 ss.: ai clienti di una banca era stato fatto sottoscrivere un modulo che conteneva, tra le altre, la seguente clausola: «dichiaro di essere stato esaustivamente informato sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni dell'operazione riportata nel presente ordine e di averne richiesto l'esecuzione nella più completa consapevolezza»).

In secondo luogo, queste clausole, in molti casi, lungi dal voler imporre al giudice un'arbitraria limitazione degli elementi di fatto oggetto di esame, esprimono la realtà dello stato dei rapporti tra le parti. Si pensi al caso di negoziazioni condotte da tecnici (avvocati e commercialisti, normalmente) e dipendenti delle parti che confluiscono nella redazione di un testo contrattuale, rispetto al quale la decisione di stipulazione è rimessa ad un organo (il consiglio di amministrazione) che non ha preso parte attiva alla trattativa. In questa eventualità, la limitazione del materiale suscettibile di interpretazione al solo testo contrattuale corrisponde in maniera adeguata alla realtà (cioè all'oggetto rispetto al quale verrà manifestata la volontà negoziale): sicché non sembra che l'esclusione della ricerca di una volontà comune delle parti al di là del senso letterale delle parole (secondo la previsione dell'art. 1362 cod. civ.) possa considerarsi come rivolta a limitare le prerogative del giudice ⁽³³⁾.

Sembra, allora, di poter concludere sul punto rilevando come il giudizio sulla pretesa invalidità, per il diritto italiano, di una *merger clause* non possa essere generalizzato: di più, si deve rilevare come la valutazione in merito dipenda necessariamente dall'esame della funzione della clausola in questione, che richiede un'attenta considerazione anche dell'operazione economica e, quindi, del contratto in cui essa è inserita. In maniera elementare: sorgono problemi affatto diversi nel caso di una *merger clause* inserita in un contratto per condizioni generali stipulato tra un imprenditore ed un consumatore (c.d. contratti B2C) e nel caso che la medesima clausola sia inserita in un contratto che abbia formato oggetto di negoziazione tra due gruppi di trattativa, ispirati, nella loro azione, al modello della contrattualistica di common law ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ D'altra parte, anche in ambiente di *common law* (laddove la clausola in esame ha visto i propri natali), i giudici mostrano, se necessario, di saper raggiungere fini di giustizia nonostante la presenza di una *merger clause*: costruendo un *collateral contract* avente ad oggetto impegni ulteriori rispetto a quelli contenuti nell'accordo principale, oppure utilizzando le dichiarazioni precontrattuali al fine di dare un significato particolare ad espressioni ambigue contenute nel contratto.

⁽³⁴⁾ Nella letteratura di lingua inglese, il problema dell'interpretazione del contratto viene esaminato considerando come la sufficienza del testo (*textualism*) possa essere un utile strumento allorquando si sia in presenza di contratti che aspirano

* * *

Non si deve poi dimenticare la possibilità che specifiche clausole attinenti all'onere della prova si manifestino invalide anche per ragioni di carattere prettamente sostanziale: «altre clausole colpite da nullità sono quelle che esonerano il debitore da responsabilità o che sanciscono a suo favore una presunzione di non colpa in relazione a determinati eventi che non integrano normalmente casi fortuiti»⁽³⁵⁾.

Si può però ricordare come il contrasto tra patto relativo alla prova e norma imperativa abbia condotto, almeno in un caso, alla sostanziale prevalenza del patto rispetto alla norma: sembra di poter ricostruire in questi termini l'evoluzione giuridica che ha portato al riconoscimento della validità del contratto autonomo di garanzia, figura che nasce dall'esigenza di liberare il creditore dai rischi probatori di un giudizio esteso all'esame dei rapporti tra debitore e creditore, ma che ha ormai assunto una dimensione tale da permettere di parlare di un vero e proprio tipo contrattuale.

* * *

Per completare l'analisi dei casi in cui il patto relativo all'onere della prova deve essere considerato invalido, occorre fare riferimento ai diritti indisponibili: come si è visto, infatti, l'art. 2698 cod.civ. dichiara nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre; a questo riguardo, in giurisprudenza si trova affermato che «pur sussistendo la tendenziale corrispondenza tra i "diritti indispo-

alla propria completezza, mentre il riferimento al contesto (*contextualism*) sia raccomandabile nell'opposta eventualità di contratti incompleti. In arg., G.M. COHEN, *Implied Terms and Interpretation in Contract Law*, in Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar and the University of Ghent, 4400, 78; a pagina 82 si legge: «*the question of contract interpretation and implied terms is really a question of when the courts are a superior governance mechanism. Courts may be able through interpretation and implied terms to provide necessary flexibility that an incomplete contract otherwise lacks (...). In general, the role for courts in interpreting contracts and implying terms increases as contracts become more efficiently incomplete*».

⁽³⁵⁾ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 68; in arg., v. anche V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 290 s.

nibili", cui fa riferimento la rubrica dell'art. 2968 cod.civ., e la "materia sottratta alla disponibilità delle parti", menzionata nel testo della citata disposizione, non v'è tra le due espressioni una coincidenza assoluta, in quanto il diritto colpito da decadenza può essere disponibile, ma ciò non vale ad escludere che la decadenza possa essere prevista dalla legge a tutela di un interesse superiore rispetto a quello delle parti in contesa, ossia per regolare una materia sottratta alla loro disponibilità. Pertanto, in materia di appalto di opere pubbliche, la circostanza che il diritto dell'appaltatore ai maggiori compensi per i quali è stata iscritta riserva sia disponibile non consente di ritenere disponibile anche la posizione dell'ente pubblico tenuto al pagamento. Tale ente è, infatti, soggetto alle norme sulla contabilità pubblica e non può, per questo, rinunciare, né in forma espressa, né in forza di un comportamento tacito concludente, alla decadenza disposta dalla legge in ordine alla regolarità della procedura stabilita per l'iscrizione delle riserve nei registri di contabilità» (36).

3. *Quali direttive per la redazione di valide clausole che regolano la prova*

A conclusione dell'analisi svolta, si rende possibile qualche rilievo in merito alle condizioni occorrenti per poter ritenere valida una clausola relativa all'onere della prova:

a) in primo luogo, occorre distinguere tra clausole aventi unicamente ad oggetto il tema della prova, cioè la questione della ripartizione dell'onere probatorio o della selezione dei fatti probatori rilevanti, e clausole aventi per effetto una modifica sostanziale del rapporto tra le parti (es.: clausole di definizione del fortuito che annoverino situazioni altrimenti non qualificabili come tali): queste ultime sono sottoposte ad un vaglio di carattere sostanziale, in particolare dal punto di vista della loro compatibilità con l'art. 1229 cod. civ. (non dimenticando la loro possibile rilevanza ex art. 1341, com-

(36) Cass. 26 agosto 1997, n. 8014, in *Juris Data DVD*.

ma 2, cod. civ., laddove si sia in presenza di contratti per condizioni generali);

b) le clausole che hanno per scopo di selezionare i fatti probatori rilevanti (tipica, in questo senso, è la *merger clause*) sono da analizzare dal punto di vista del loro eventuale contrasto con norme di carattere imperativo: in questo senso, si segnala in particolare la imperatività del canone (interpretativo) di buona fede e di quello dell'art. 1362 cod. civ. ⁽³⁷⁾; sul tema, si è cercato di argomentare come i dubbi espressi dalla dottrina, in merito alla ipotizzata invalidità di simili clausole, siano eccessivi; tuttavia, in sede di stesura di una *merger clause*, non si dovrà trascurare il dato della sua dubbia validità e, quindi, della eventuale perdurante possibilità di attingere ad ulteriori documenti (soprattutto precontrattuali) per pretendere l'esistenza di diritti, invece esclusi sulla base del solo testo contrattuale;

c) le clausole che operano semplicemente una alternativa ripartizione dell'onere probatorio, rispetto a quella che discenderebbe da una piana applicazione dell'art. 2697 cod. civ., sono, infine, soggette ai limiti esplicitati dall'art. 2698 cod. civ.; in questo senso, il principale problema riguarda la definizione delle condizioni in presenza delle quali possa dirsi che l'esercizio di un diritto sia reso eccessivamente difficile. L'analisi che è stata sopra svolta conduce a ritenere che le clausole relative all'onere della prova debbano essere valutate negativamente, laddove esse siano finalizzate essenzialmente a pre-stabilire un caso di soccombenza, anziché semplicemente una razionale allocazione pattizia del peso probatorio. Un tale giudizio negativo è possibile, in particolare, nell'ipotesi in cui l'onere probatorio non venga amministrato in modo da collegarsi all'*id quod plerumque accidit*, né al fine di farne carico alla parte che si trovi meglio in grado di fronteggiarlo.

Un'ultima considerazione può essere dedicata al tema delle clausole che siano dirette ad introdurre presunzioni, destinate ad operare nel caso in cui determinati fatti risultino provati; si supponga una fattispecie formata da quattro elementi (A, B, C e D): il soggetto che voglia far valere un diritto nascente dalla fattispecie, dovrebbe prova-

⁽³⁷⁾ G. DE NOVA, *op. cit.*, 98.

re tutti i costituenti; le parti potrebbero però prevedere che, laddove l'attore provi gli elementi A, B e C, l'elemento D debba essere ritenuto presuntivamente presente⁽³⁸⁾; in tal modo, la presunzione probatoria non sarebbe "semplice", ma risulterebbe condizionata dal raggiungimento della prova dei primi tre elementi. In un simile caso, l'interferenza della disciplina pattizia con il meccanismo processuale presenta una complicazione ulteriore, rispetto a quanto sinora posto in luce: infatti, l'operare della presunzione è rimesso ad un accertamento di una parte della fattispecie, che dovrebbe essere compiuto pur sempre nell'ambito dell'attività istruttoria: il che comporta, come conseguenza, che l'onere probatorio gravante su una parte risulterebbe determinabile solo per rapporto al successo dell'attività istruttoria richiesta dall'altra, il che, evidentemente, determina gravi difficoltà rispetto al meccanismo di funzionamento del processo civile⁽³⁹⁾.

(38) Anche il legislatore ricorre talora a questo schema: in base all'art. 2600 cod. civ., accertati gli atti di concorrenza sleale, la colpa si presume; dunque, la colpa è elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità, ma diviene oggetto di prova gravante sul convenuto una volta che l'attore abbia provato il compimento degli atti che costituiscono la fattispecie materiale dell'illecito (elemento oggettivo).

(39) In arg., V. DENTI, *op. cit.*, 713: ivi si richiama il principio dell'unità, o contestualità, della deduzione della prova.