



BRUNO SASSANI

L'ONERE DELLA PROVA AL TORNANTE DEL MEZZO SECOLO.

RAPSODIA SU UN TEMA DI GIOVANNI VERDE

(PUBBLICATO – CON POSTILLA DI GIOVANNI VERDE – IN *RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE*, 2/2022)

SOMMARIO: 1. Il tema. – 2. Il libro. – 3. Regola di giudizio. – 4. Fattispecie in movimento. – 5. Strutture logiche e contenuti concreti. – 6. Movenze del diritto giudiziale della responsabilità. – 7. Convincimento del giudice e regole di decisione. – 8. Onere della prova e accertamento negativo.

1. – Rileggere l'*Onere della prova* di Giovanni Verde all'approssimarsi dei cinquanta anni dalla sua pubblicazione?¹ L'idea affiora in una invernale conversazione con l'autore. Il tempo è trascorso senza recensioni: all'epoca era accademicamente indecoroso recensire monografie di candidati ai concorsi a cattedra (*Oh gran bontà de' cavalieri antiqui!*) e poi nessuno aveva più posto mano all'impresa. La fortunata ristampa del 2010 (oggi introvabile) era anch'essa, salvo errori, scivolata via senza recensioni o schede bibliografiche di sorta.

Si comprende che l'autore si chieda se e quanto regga allo scorrere del tempo un libro che avrebbe potuto esibire a sottotitolo *Contributo alla teoria della fattispecie* o, più immaginosamente, *Viaggio nella fattispecie*. Dopo mezzo secolo di rivoluzioni silenziose e di apparenti evoluzioni che hanno alterato i connotati stessi del diritto processuale, ci si può ancora affidare all'esplorazione della fattispecie per intraprendere la ricerca di una distribuzione obiettiva dei carichi probatori? Quanto resta oggi di quel viaggio, in un momento in cui la stessa teorica della fattispecie – ma un po' tutte le teorie generali che furono vanto della sistematica post-pandettistica – sembrano sfumare in lontananza, in oscillazione tra tecniche legislative innovative e prepotente ingresso di principi direttivi assunti a veri e propri sbarramenti all'applicazione di quelle norme regolatrici che, da rassicuranti regole di garanzia, rischiano di trasformarsi in «regole di intralcio»?

Naturalmente una recensione odierna può essere solo la forma letteraria di una riflessione-bilancio in un paesaggio che è andato avvallandosi e ridisegnandosi, in sintonia soprattutto con il turbolento complicarsi della materia della responsabilità civile: penso alla crescente problematicità di una sistemazione degli oneri probatori nella responsabilità sanitaria e, più in generale, nella responsabilità professionale; al c.d. «declino della responsabilità oggettiva» (vedi la parabola dell'art. 2051 c.c. relativo alla responsabilità per cose in custodia). Ma penso anche ai dubbi relativi alla prova dell'intesa anticoncorrenziale nei contratti c.d. a valle degli schemi contrattuali sanzionati da anticoncorrenzialità; alla smussatura degli oneri portata dallo statuto di consumatore; alla ininterrotta discussione che si riapre ogni volta su un tema antico quale la prova dei fatti negativi (a dispetto della sua elementarità concettuale²); alle presunzioni legali c.d. social-tipiche; all'attacco portato dalla Cassazione tributaria al divieto di *praesumptio ab praesumpto*. E penso soprattutto alla invasività di concetti quali la c.d. *vicinanza* della prova ed all'influsso su tali concetti di principi di estrazione euro-unitaria quale l'effettività della tutela, fino al rovesciamento delle regole operato da Cass. n. 13851/2020 secondo cui – viva la franchezza! – «*benché in applicazione del principio generale di cui all'art. 2697 c.c. l'intervenuta accettazione dell'eredità sia fatto costitutivo del diritto azionato dal riassunte nei confronti del soggetto convenuto in giudizio nella sua qualità di erede, spetta al chiamato all'eredità della parte venuta meno*

¹ G. Verde, *L'onere della prova*, Napoli 1974. Rist. Napoli 2010.

² Capita che sia proprio il legislatore ad assegnare ad una delle parti l'onere di dimostrare un fatto negativo, per es. gli artt. 2047 e 2048 c.c. (prova di non aver potuto impedire il fatto), l'art. 121, c. 1, cod. propr. ind. (prova della «decadenza del marchio per non uso») ecc.



allegare e dimostrare di non essere divenuto erede, in forza del criterio di vicinanza alla prova». Come si vede, il «criterio della vicinanza», da complementare e sussidiario al criterio legale, viene trasformato in primario, prevalente e quindi fondante. Ma – si consenta – c'è poco da meravigliarsi considerando che autorevolissima dottrina si spinge a insegnare che il principio della vicinanza informa lo stesso art. 2697 c.c. «in forza del quale la dimostrazione di un fatto deve gravare sulla parte che può più facilmente darne la prova».

Sbaglierebbe però chi guardasse all'incertezza generata da questi sviluppi – e vi rinvenisse – un fenomeno tipicamente italiano. Nel diritto tedesco, dove una perseveranza dommatica di grande spessore ha dominato la scena per decenni, oggi la produzione giurisprudenziale offre tante e tali soluzioni che all'operatore non resta che affidarsi alla ponderosa opera in tre volumi rappresentata dallo *Handbuch der Beweislast*, le cui oltre quattromila pagine della quarta edizione del 2019 (con una quinta annunciata a breve), dopo un massiccio assaggio di *Grundlagen*, seguono pedissequamente il *BGB* paragrafo per paragrafo. Il bello è che un'opera del genere esce sotto i nomi di Gottfried Baumgärtel, Hans-Willi Laumen e Hanns Prütting, cioè di esponenti di spicco della scuola che, attraverso Karl Heinz Schwab, risale fino a Leo Rosenberg e che si connota per la sua fiera difesa della *Normentheorie*, una scuola ideologicamente ispirata alla linea di un cauto *Fortschritt* del diritto scritto e filtrato dalla dottrina, decisamente avversa al *Richterrecht*.

Richterrecht con cui però la sfaccettata realtà è evidentemente tenuta a venire a patti.

2. – *L'onere* di Giovanni Verde fu una delle mie prime letture monografiche. Inesperto e impaziente, la trovai irta di difficoltà. Netto è tuttavia il ricordo dell'interesse a procedere malgrado l'incerta comprensione; niente noia, sovrano stimolo a troncarsi e riporre il volume in angoli inaccessibili consegnandolo alle regioni volatili della memoria. A parziale conforto di quell'insuccesso, va detto che il libro è obiettivamente difficile: tenace e articolato, il pensiero dell'autore non si sottrae alla complessità del tema, sicché anche il lettore professionalmente collaudato non sfugge all'impegno. La stessa rilettura è stata lenta, dura non di rado.

Il libro nasceva come coordinamento e completamento di materiali in parte già autonomamente pubblicati ma il contenuto era (e resta) omogeneo, come in un pannello a più tavole, ognuna con un suo tema eppure legate dal filo unitario rappresentato (oltre che dallo stile dell'autore) dall'idea che la chiave della soluzione dei problemi sta nell'indagine interna alla fattispecie che si presenta al giudice, e che questi è chiamato ad applicare. Un'indagine svolta sul campo attraverso l'esame a tappeto della normativa civilistica, padroneggiata piuttosto che esibita. Non quindi ricerca di soluzioni di teoria generale per distillazione di concetti da casi esemplari, ma indagine *ab intus*, sola cosa che confermerà, alla fine del cammino, la fruttuosità del punto di partenza.

È vero che nella prima parte campeggia uno spirito di purezza definitoria in uno sforzo di pulizia concettuale estrema. Ma, mi perdoni l'autore, non credo che sia però questo il pregio principale del libro. La distanza temporale permette di contestualizzare: da un lato l'epoca imponeva di fare chiarezza sui postulati, anche sotto l'influsso delle linee di *analytical jurisprudence* che si andavano diffondendo in Italia negli anni Sessanta, e che non poteva non esercitare un suo (pur moderato) fascino su menti affilate, non di rado a disagio tra rigidità di epigoni e affabulazione di sopravvissuti. Dall'altro era inevitabile provvedere al sacrificio rituale dei padri, reso evidente dal titolo (forse) provocatorio, quell'*Onere della prova* che proiettava *d'embrée* in un ideale Olimpo l'omonima monografia di Gian Antonio Micheli, sottraendole in qualche modo il dominio del presente. Bisognava confrontarsi con l'autore che aveva assunto la funzione del Rosenberg italiano (quanto ad autorità), il cui *Onere della prova* svettava come punto d'arrivo. È l'epoca dei difficili traguardi che si pongono agli allievi della prima generazione post-chiovendiana, generazione che aveva ricevuto – adempiendovi – la missione di predicare la corrispondenza del codice allo spirito della rifondazione. Molto ancora restava da esplorare, certo, ma sul fermo presupposto del non «ritessere la tela», pena la condanna della materia a non diventare mai adulta. Liebman lo esprime chiaramente in una sua famosa *Recensione*: il processo ha ormai trovato la sua sistemazione scientifica e, per favore, basta con i tentativi di rifondazione; si guardi avanti e si cerchino temi nuovi di indagine, invece di rimuginare i concetti portanti. Quanto all'onere della prova, la dottrina più avveduta ha messo da parte l'idea del legame biunivoco onere/principio dispositivo, l'idea cioè che il problema



scemerebbe o scomparirebbe addirittura in un processo dove il giudice godesse di poteri inquisitori³ (che così non sia, lo mostra bene la prosa di Cordero alle prese con il processo penale). Ed è l'epoca in cui il tema della fattispecie, con la sua lusinga di purezza speculativa, aveva sedotto molti (benché poco fosse penetrato nella cittadella dei processualisti italiani, i cui attrezzi lessicali ancora a lungo avrebbero trovato espressione nel più immaginifici termini del rapporto, del diritto, e dell'oscuro ed ingombrante «oggetto»). Un po' *à côté* sta Edoardo Grasso che Verde elegge a suo privilegiato contraddittore nella discussione sul significato e la portata del fatto impeditivo, allorché gli riconosce il merito di aver segnato la strada idonea a «*precisare le eventuali differenze tra questo e le presunzioni*».

3. – È in questo contesto che l'autore presenta le sue carte: discute a fondo l'idea stessa di *regola di giudizio*, che gli appare fuorviante, e si pone il problema della approssimazione ed imprecisione concettuale di una figura di onere impiegata (in maniera palesemente impropria) per connotare non un comportamento determinato ed esigibile, ma un effetto non prevedibile e, quindi, a rigore inesigibile.

La *regola di giudizio* quale «meccanismo di sblocco» della decisione gli appare un'inutile figura speculativa e, come tale, subisce l'implacabile applicazione del rasoio di Ockham: la sua enucleazione è il frutto di un procedimento di superflua moltiplicazione concettuale perché non è vero che in caso di mancato o insufficiente accertamento dei fatti, il giudice si troverebbe di fronte all'alternativa tra *non liquet* e pronuncia «*qualora non venisse in suo soccorso la regola di giudizio a suggerirgli (e ad imporgli) la maniera secondo cui decidere*». Non v'è bisogno di questo «fantasma» poiché nella norma sostanziale (collegamento di effetti ad un fatto) è anche insita la funzione di canone di valutazione della presenza del suo presupposto (il fatto). Onde, immaginare una apposita regola processuale che consenta la trasformazione di regole di condotta in criteri di valutazione significa dar corpo alle ombre. La norma sostanziale è autosufficiente, e questo ne sbriciola l'impalcatura di sostegno. L'espressione *regola di giudizio* non rappresenta quindi un'autonoma realtà normativa; essa potrà sopravvivere nel gergo processuale solo nel senso generico e figurato di sintesi evocativa del «*diverso significato con il quale le singole norme regolatrici del rapporto controverso sono apprese e applicate dal giudice*».

Il logico dà ragione a Verde. Resta solo da constatare che la formula continua a fiorire nella manualistica non meno che nella giurisprudenza, ambedue aduse a misurare i propri passi su standard espressivi. Credo che la resistenza dell'espressione stia nel fatto che, rappresentando il giudice in rapporto con la *regola di giudizio*, si consente al lettore di immaginare una trama narrativa non priva di *glamour*. Buona parte della manualistica parte ammonendo che, in tempi lontani, la mancata dimostrazione della premessa fattuale dell'effetto invocato autorizzava (o imponeva) al giudice di astenersi dal decidere, per dare al moderno pensiero processuale il merito di creatore di una regola apposita, condensato di due esigenze, costringere il giudice a decidere, e determinare il verso della decisione. E anche gli autori più raffinati e restii all'omologazione del linguaggio, mantengono la supposizione di una regola *ad hoc* per forzare alla soluzione negativa il decisore che, alla fine dei giochi, sia restato prigioniero della *impasse* del dubbio. Si ha un bell'osservare che il problema del *dubbio* è fittizio e si nutre dell'ambiguità del concetto:⁴ la regola di giudizio qui si presenta nella sua veste di mito fondativo del diritto processuale, non differentemente dai vari miti storici che scrittori di genio come Chiovenda hanno usato per drammatizzare e animare la (altrimenti noiosissima) procedura. La riprova, d'altronde, dell'instancabile bisogno di appoggio su una norma generale che sollevi il giudice dalla responsabilità di trovare una personale soluzione alla propria incerta convinzione, si ha nella germanica disputa che investe l'esistenza o meno di una *Grundregel* (ovvero *Operationsregel* nel gergo di K.H. Schwab) preposta alla

³ È l'idea che affiora in Chiovenda, che non considera affatto quello che verrà in seguito chiamato onere in senso oggettivo bensì lega l'istituto alla «*conservazione del principio dispositivo nel processo, per ciò che riguarda l'accertamento dei fatti*» e, sull'autorità di Wach, si ritiene pago di scrivere: «*In un sistema che ammettesse la ricerca d'ufficio nella verità dei fatti, la ripartizione dell'onere della prova non avrebbe significato*» (*Principi di diritto processuale civile*, Rist. Napoli 1965, 796).

⁴ Se infatti *dubbio* indica che «il fatto *potrebbe essere*, ma dichiararne l'esistenza non **soddisfa le** regole legali di formazione della convinzione», esso sta per mancata prova *tout court*, perché qui evidentemente il secondo termine della proposizione assorbe la rilevanza del primo; se *dubbio* vuol dire «il fatto *potrebbe non essere*, ma *deve* essere affermato secondo le regole legali di formazione della convinzione», il *dubbio* è solo un dato psicologico inidoneo a infirmare un giudizio di *prova riuscita* (a rilevare è sempre il secondo termine della proposizione); quando infine *dubbio* vuol dire «il fatto *potrebbe non essere* ma, secondo le regole legali di formazione della convinzione, potrebbe essere affermato», siamo ancora nella fase di formazione del convincimento, cioè non ancora nella fase della postulata incertezza finale, quindi fuori dall'ambito stesso del problema.



Verteidung del rischio probatorio. In assenza di una prescrizione quale l'articolo 2697 del codice civile italiano, la dottrina tedesca perviene a postularla quale *verdeckte Norm*, spiegando che l'esplicita scelta del legislatore di non dedicare un apposito paragrafo del *BGB* alla regola, in quanto «implicita nel sistema per autoevidenza», va considerata mera espressione di un principio di economia dei mezzi. Prova a sbarazzarsene Dieter Leipold, che, indossata la veste del *loico*, ne mostra la superfluità e l'inconsistenza⁵, ma il bisogno di aggrapparvisi è evidentemente più forte se, in seguito, un rispettato caposcuola come Hanns Prütting – che pur aderisce al canone che le regole della distribuzione vadano trovate nelle singole fattispecie normative – conclude nel senso che «*schließlich ist die Grundregel historisch und bis heute allgemein anerkannt*».

4. – L'ampia e serrata analisi di Verde, però, è il biglietto da visita e, pur con tutta la sua importanza, la *pars minor* del lavoro, quel che un brillante giovane giurista doveva a se stesso e ai *patres* quale rito di iniziazione (con connesso parricidio rituale). Per di più, in un tempo in cui la cultura giuridica italiana si sentiva sfidata sul tema della «scientificità» del diritto, predicata da Norberto Bobbio in termini di rigore, rigore che aveva subito trovato terreno fertile nel tema delle situazioni soggettive (nel cui ambito il negletto onere – schiacciato da sempre dalla coppia diritto/obbligo – aveva assunto un ruolo impensato e fruttuoso proprio nella logica del processo).

Pars major è il seguito, un seguito che mette la premessa praticamente a confronto con l'intero ordinamento civile. Con una tripla difficoltà, la prima delle quali sta nella ovvia constatazione che una trasparente distribuzione degli oneri si dà solo in una minoranza di casi, a fronte di una normazione fatta per lo più di previsioni silenziose, indeterminate, incomplete o comunque abbastanza ambigue da risultare astrattamente compatibili con opposte soluzioni. La seconda, peculiare difficoltà è quella di dover ricostruire la fattispecie non sul piano statico bensì, di volta in volta, sulla proiezione del frazionamento dei fatti che la compongono (la presuppongono o la contraddicono) nella dinamica del giudizio. Ancor più insidiosa è però la terza difficoltà, che è il rischio di rendere tale proiezione a tal punto esorbitante da far sì che la posizione assunta dalla parte in causa finisca per oscurare la stessa funzione del fatto nella fattispecie. La seconda difficoltà deriva dall'esigenza che la legge si presenti al giudice ragionevolmente specificata, sì da disarmare (nei limiti del possibile) l'umana tentazione di risolvere la ripartizione degli oneri in un *ex post* del convincimento maturato nel caso di specie. Ed è per evitare questo inconveniente che l'interpretazione obiettiva della legge deve sempre figurarsi la situazione di conflitto in cui si compie il giudizio, e non può rifugiarsi in un esercizio di logica combinatoria. Proprio da ciò, però, si alimenta la terza difficoltà. Che sta nella fallacia per cui la posizione processuale di chi allega il fatto si sovrappone, oscurandola, alla funzione dal fatto svolta nella fattispecie. Fallacia, questa, ricorrente, tipica di molta e autorevole dottrina anteriore (v. in proposito l'ultimo capitolo della monografia e, *infra*, § 8).

Pars major è la paziente analisi degli istituti operata con l'acribia del civilista consumato perché l'indagine è portata all'interno delle tante, eterogenee e mobili fattispecie che compongono il codice civile. E nessun cultore del processo può rischiare di entrarvi se non calandosi preventivamente nel senso della prescrizione, senso che resta però grigio, neutro senza la sua collocazione negli istituti, nella loro storia, esperienza; nella vita vissuta, insomma. È in questa ricerca che la regola di giudizio rivela la genericità del suo contenuto in relazione alle singole ipotesi di fatto giacché, di volta in volta, sarà necessario accertare se l'ordinamento riconosca rilevanza ad un fatto costruito positivamente e non piuttosto al suo contrario. La «regola di giudizio» resta muta.

A un osservatore come Verde, reso sensibile dalla sua personale storia di magistrato alle prese con la frantumazione delle certezze sullo scoglio del giudizio, non poteva bastare il quadro strettamente teorico proprio di molta produzione coeva. Che il mondo degli oneri probatori sia renitente ad un inquadramento definitivo *in apicibus* gli era chiaro, anche postulando l'esigenza di una salda teoria quale punto di partenza. È che il tema dell'onere della prova sfugge ad ogni sistemazione che vada oltre i «concetti impalcatura», quelle premesse maggiori che, a dispetto della loro formulazione, nel mondo della logica prescrittiva hanno valenza ipotetica e debole sostanza normativa: fatto impeditivo significa onere del resistente, ma – anche

⁵ Tenendo ferma la conclusione anche rispetto ai successivi recuperi da parte di Schwab e di Musielak, visti come tentativi di salvare dalla critica, in via puramente speculativa, la *Normentheorie* di Rosenberg.



dopo aver distillato il concetto di fatto impeditivo dalle approssimazioni concettuali che lo aggravano – chi è in grado di predisporre un catalogo davvero affidabile di tali fatti? Ovvero (che è lo stesso), si può seriamente procedere a compilare una lista di fatti costitutivi in grado di selezionare l'intera congerie di frammenti positivi e negativi che si intersecano e variamente si ricombinano secondo le circostanze? L'attribuzione della qualità è evidentemente un *posterius*, dipende da un insieme di fattori che – l'esperienza insegna – possono essere lasciati al momento creativo del giudizio ovvero essere predeterminati a priori. La prima opzione è una costante dell'esperienza giudiziale: la giurisprudenza forgia regole e standard che impone incurante delle perplessità della dottrina (vedi l'ineliminabile fenomeno delle c.d. presunzioni giurisprudenziali). La seconda opzione è quella che l'insegnamento corrente conduce ad una scelta a monte operata in nome delle esigenze di prevedibilità e affidabilità connaturate all'idea di *rule of law*. Ma subito questa opzione si biforca tra l'impostazione, essenzialmente formale, che cerca la soluzione nella struttura logico-sintattica della prescrizione, e l'impostazione che di tale approccio percepisce il limite poiché assume che il titolo di purezza del risultato così ottenuto è spesso illusorio perché contenutisticamente debole e storicamente inaffidabile. Dichiaratamente a Verde non piace l'*ex facto* che finisce per consegnare al giudice il potere finale di decidere cosa debba essere provato e da parte di chi. La precostituzione legale delle fattispecie sostanziali è in ragione della prevedibilità delle risposte dell'ordinamento, onde vi contraddice il lasciare al giudice la scelta finale di riallocare il rischio della prova mancata sulla base di fattori mobili e imprevedibili (circostanze, peculiarità della situazione, qualità delle parti, loro posizione processuale). È lo spettro incombente dell'assorbimento dell'onere nel convincimento del giudice, campo «*nel quale la prassi interviene con innegabile attività creativa, incidendo sulla stessa tessitura della regola sostanziale per la via indiretta di quelle che si sono chiamate le presunzioni giurisprudenziali*». Ma la comprensione di fenomeni del genere impone di rifuggire da soluzioni rigide, deboli barriere alla ineliminabile forza espansiva della convinzione intima del giudice. Di più aiuta «l'analisi della fattispecie», l'indagine ravvicinata e contestualizzata in cui il fatto impeditivo, lo «*strumento dommatico più raffinato che il positivismo giuridico ha saputo escogitare*», viene impiegato «per esaltare fino all'estremo limite il coefficiente di elasticità dei canoni di valutazione precostituiti in seno all'ordinamento»: il testo normativo va pazientemente interrogato, e la sua opacità di partenza la si supera con la ricerca del canone operativo «formulabile», cioè in grado di rendere prevedibili i rischi della mancata prova. Solo attraverso lo sforzo identificativo ed interpretativo della fattispecie, il *quantum* di scelta soggettiva potrà ridursi al suo ineliminabile residuo nella fenomenologia del giudizio.

Di qui la lunga riflessione sugli equivoci in cui erano sfociati tanto il tentativo di costruire a tavolino una «semplificazione della fattispecie», cioè una sorta di tavola *passepartout* sotto l'illusorio presidio della *regola di giudizio*, quanto la impasse in cui si imprigionano «teorie pure» della fattispecie. Dopo aver ammesso che «*non varrebbe la pena di avventurarsi in una indagine di tipo altamente concettuale*», in realtà l'autore è costretto a tale avventura. Dalla quale esce però incolume, concludendo per l'assenza di utili scorciatoie, dopo aver mostrato che i protagonisti della disputa sul ruolo del fatto impeditivo nella fattispecie restano tutti inevitabilmente condizionati dai propri presupposti, vale a dire dalla propria maniera di intendere i rapporti tra fatto ed effetti giuridici e dalla teorica prescelta dell'efficienza causale, tutte cose che generano interminabili dispute fatte di invocazioni della «simultaneità giuridica», di scontri tra concezione funzionale e concezione strutturale del fatto impeditivo, di «connotazione processuale del fatto» fino alla prospettazione di modelli legali alternativi «dei quali quello 'primario' contempla pure l'opposto del fatto impeditivo e quello 'secondario' o 'minore' si accontenta, accanto ai fatti propriamente costitutivi, della mancata prova del fatto in questione». Frequente, nel dibattito, è lo scambio reciproco tra postulati e corollari.

La sensibilità speculativa e il gusto per la chiarezza concettuale porta l'autore a condividere la posizione di chi (come Rodolfo Sacco) aveva concluso che «*tutti gli elementi della fattispecie hanno eguale importanza*»: se la fattispecie è costruita in funzione dell'effetto, «è evidente che in essa devono contemplarsi tutti gli elementi la cui presenza sia necessaria per la sua produzione, e quindi sia i fatti presunti sia quelli contrari ai fatti impeditivi». Ma, con questo, non un passo avanti è fatto per colmare il divario con il piano operativo, poiché se il punto d'arrivo è la fattispecie nel senso proprio del termine (la fattispecie piena, la *integra causa*) resta irrisolto il problema della concreta individuazione degli oneri. Problema complicato anche dalla circostanza che la fattispecie piena comprende frammenti fattuali che non esigono di esser provati e quindi restano fuori dell'onere. La corrispondenza tautologica effetto/integra causa è infatti pensata sul terreno dell'efficacia e resta inesplicita sul piano della rilevanza processuale. A questo punto l'autore attua una rottura un po' brusca ma salutare: l'effetto giuridico postula la fattispecie piena, ma questo avviene «*sotto l'aspetto formale (recte nomologico)*», e poiché il piano operativo – «*unico punto*



di vista idoneo a consentire una concreta distinzione tra rilevanza e efficacia» – non esige affatto la prova di tutti i suoi elementi, non resta che configurare due formulazioni della norma invocata: all'ipotesi primaria si affianca una fattispecie minore comprensiva dei soli fatti necessari e sufficienti ai fini della prova.

Sarebbe però fallace pensare a formule sottrattive generali e onnivalenti: ogni fattispecie minore è ipotesi a sé e i suoi confini possono risultare solo dall'indagine del concreto contenuto precettivo della norma da applicare. E questo è il vero, e difficile, compito di chi voglia riempire di contenuto effettivo una prescrizione altrimenti muta.

5. – Così specificata, quella di Verde resta pur sempre quella che i tedeschi chiamerebbero una *Normentheorie*. La distribuzione degli oneri probatori la si trova nella previsione legislativa, ed è su tale premessa che l'interprete la deve interrogare per determinare cosa provare e da parte di chi. Ma una *Normentheorie* la si può fare con criteri rigidamente struttural-formali atti a relegare in *background* la ricognizione degli interessi privilegiati, negati o subordinati criteri «sostanziali». Di questo è stata accusata la *Normentheorie* di Rosenberg che ha imperato in Germania, ma questo non è lo spirito di Verde la cui sensibilità intuisce gli ostacoli in cui è destinato a incappare il rigore strutturalistico.

Leo Rosenberg inizia a diffondere la sua teoria nel 1900 (data della dissertazione di dottorato), e la sua *Normentheorie*, restata dominante fino alla quinta edizione del 1963 della monografia «*Die Beweislast*», era costruita sulla convinzione che l'edificio razionalistico del *BGB* – materiato di fattispecie nette e limpide (o almeno rese tali dagli interpreti) – autorizzasse ad operare con lo strumento della *Normfassung*. A mio parere Verde è invece più vicino al senso in cui il termine *Normentheorie* può impiegarsi per la linea segnata in Germania da Dieter Leipold. Questi aveva sperimentato (con disagio, lo confesserà anni dopo in *Beweismaß und Beweislast*) la parte dell'apprendista stregone; la sua critica all'ortodossia della *Normentheorie* di Rosenberg era stata usata quale scala di appoggio di un «creativismo» giurisprudenziale che – complici le ricerche della generazione accademica successiva – aveva finito per giustificare lo svincolo dei criteri distributivi da fattori predeterminati per commisurarli invece alle imprevedibili esigenze del conflitto, ed alle imprevedibili svolte della dinamica processuale. Quello di Leipold è il *dejà vu* dell'autore che, accintosi a rivedere e riformulare una dottrina classica, si espone al varco di dottrine ben più radicali offrendo involontariamente a quest'ultime la *pars destruens* del proprio sforzo ricostruttivo, e finendo per assumere suo malgrado il ruolo di padre della liquidazione della *ancienne théorie*. Troppa grazia, verrebbe da dire, visto che la critica alla *Normentheorie* di Rosenberg voleva limitarsi – nelle parole dell'autore – a «portare alla luce che le *Beweislastregeln* non discendono in via di conclusione logico-formale dalla corrispondenti formulazioni normative bensì – come ogni altra regola giuridica – da specifici principi sostanziali; esse quindi al fondo riposano su wertenden Entscheidungen des Gesetzgebers». Resta certa però la base normativa del criterio dell'onere e, sul punto, Prütting è caduto in un malinteso: «*Was in meiner Arbeit zur Struktur die Beweislastnormen gesagt wird ..., betrifft deren allgemeines Schema, nicht dagegen den konkreten Inhalt*».

Konkrete Inhalt. È proprio nella prospettiva di un criterio normativo fondato sul contenuto concreto della norma, che si snoda il lungo cammino di Giovanni Verde. Nasce da una riflessione in cui la sensibilità del giurista calato nell'esperienza fa premio sull'ingannevole rigore degli «strutturalisti», della logicità formale, della razionalità astratta che eleva ingannevoli assetti linguistici a premesse della scelta. L'interprete porta l'onere di tale scelta, che si presenta come un'accorta mediazione tra *voluntas legis*, principi di sistema e conseguenze pratiche.

È con queste armi che si dipana la trattazione del lunghissimo quinto capitolo, talmente ricco e diffuso da doversi dividere in due sezioni. Qui la consapevolezza ermeneutica dell'autore è messa alla prova da dogmi quali quello della *Normfassung*. Il criterio di distribuzione va cercato nella fattispecie, è interno a questa ma l'interprete è ineludibilmente gravato del compito di scavare la fattispecie piena (cioè la fattispecie in rigoroso senso tecnico) per estrarne la fattispecie utile, la fattispecie operativa: l'enunciato normativo va interrogato con la consapevolezza dei rischi comportati da disinvolute semplificazioni ovvero dall'eccesso di concettualizzazione.

L'incombente pericolo di una trattazione meramente episodica è evitato attraverso l'esame serrato di una casistica davvero imponente, rispetto alla quale il dialogo con giurisprudenza e dottrina è sempre diretto. Un chiaro esempio (tra i tanti resi possibili dall'ampiezza della trattazione) è dato dal tema della prova della buona fede quando questa è richiamata dalla legge.



Da Sacco e da Mengoni si era appreso quanto fosse ingenua e fallace l'idea di un concetto *passepertout* di buona fede, concepita come elemento unitario da presumersi in ragione di un principio generale ed espansivo ricavabile dall'art. 1147 c.c., laddove la buona fede nel campo della volontà contrattuale presenta caratteri suoi propri, irriducibili al mondo del possesso ed alla esigenza di sicurezza del transito dei diritti. L'attrazione per i dettagli porta però Verde a cogliere come, talora, l'analisi dottrinale rischi di arrestarsi prematuramente, e si accontenti di distillare, da considerazioni di ordine generale, conclusioni particolari poco consone alla specificità della prescrizione. Valga per tutti il caso del matrimonio putativo (art. 128 c.c.: «*gli effetti del matrimonio nullo si producono, in favore dei coniugi, fino alla sentenza che pronuncia la nullità, quando i coniugi stessi lo hanno contratto in buona fede*») rispetto al quale Sacco aveva teorematicamente concluso per la sussistenza della presunzione di buona fede. Ma perché, si chiede Verde? Già la struttura della norma porta ad inquadrare la fattispecie della buona fede tra quelle impeditive, e questo depono per l'onere del «*coniuge che invoca gli effetti del matrimonio putativo di dare prova della sua buona fede*». Ma non essendo la fattura sintattica della norma di per sé decisiva, la conclusione è raggiunta solo dopo aver accertato il difetto di ragioni «*che consiglino di ribaltare gli oneri probatori in capo alla controparte*», per di più in un contesto caratterizzato dall'eccezionalità dell'effetto rispetto ai comuni effetti dell'annullamento; e, ancora, dopo aver ulteriormente verificato la non eccessiva gravosità dell'onere dato che, in concreto, il coniuge potrà limitarsi, per provare la sua buona fede, a mettere nel debito risalto gli indici esteriori nei quali ha potuto, senza sua colpa, riporre fiducia per la validità del matrimonio. La logica astratta è superata dall'impegno di *intelligere res* (resta purtroppo da lamentare che la giurisprudenza preferisce tagliar corto applicando analogicamente a questo caso la prescrizione dell'art. 1147 c.c.).

6. – Dal di della pubblicazione dell'*Onere della prova*, si sono succeduti contributi monografici (*L'onere della prova nel diritto del lavoro*, di Antonio Vallebona), commentari (Salvatore Patti, nello *Scialoja-Branca*), ampi studi quali quelli di Michele Taruffo e Luigi P. Comoglio e tanti altri saggi settoriali o generali, impossibili da richiamare ma non meno importanti. Ma, soprattutto, il tema degli oneri probatori è stato anch'esso aggredito da quel cambio di paradigma generale che, indistintamente espresso nel *cluster* concettuale «*giusto processo*», attraverso mutamenti linguistici e riposizionamenti delle fonti spinge inevitabilmente verso la *primazia* del risultato sul percorso, verso quindi l'adattamento del percorso al risultato.

Un territorio dove emerge oggi l'instabile tumultuosità del tema degli oneri probatori è il settore della responsabilità civile, il che mostra come l'impegno interpretativo teso a distribuire il rischio della mancata prova si riproponga e si rinnovi allorché vicende sociali, esigenze economiche e sensibilità giuridica spingano alla ristrutturazione concettuale di un dato settore, anche prima di sfociare in mutamenti normativi. Questa situazione bene emerge sul terreno della responsabilità professionale, avviatasi a rappresentare un sottosistema provvisto di regole proprie. E la difficoltà obiettiva di ancoraggio a precetti chiari e definitivi ancor più si percepisce nel sotto-sottosistema della responsabilità sanitaria dove ampia resta l'oscillazione sulla distribuzione degli oneri probatori. Esempio la vicenda dell'onere probatorio nella responsabilità sanitaria di natura contrattuale: nel 2008, le Sezioni Unite avevano determinato l'ambito dell'onere gravante sul danneggiante specificandolo fino a «*comprendere, assorbire e fagocitare al proprio interno anche il rapporto causale*» (che veniva così presunto), sollevando il danneggiato dall'onere di provare la (concreta) sussistenza del nesso eziologico tra l'operato del sanitario e il danno subito, e rendendo per esso sufficiente la prova di un inadempimento astrattamente idoneo a cagionare il danno secondo criteri di probabilità scientifica. Medici e struttura sanitaria restavano pertanto onerati della prova dell'elemento *impeditivo*, identificato nell'evento causa dell'anomalia del risultato rispetto all'esito dell'intervento o della cura. Negli anni seguenti però, di fronte ai ricorrenti giudizi tecnici di *causa incognita*, la successiva giurisprudenza di legittimità si è indotta a contraddire i corollari della scelta delle Sezioni Unite (valutazione del giudizio tecnico di *causa incognita* quale insoddisfazione dell'onere di provare il fatto impeditivo), senza però volerne o poterne confutarne la premessa, ma neutralizzandola incuneando tra punto di partenza e conclusione una seconda premessa *ad hoc*. È la teorica della c.d. *doppia serie causale* che mantiene il presupposto delle Sezioni Unite (onere dell'obligato di provare la diligente esecuzione della prestazione professionale) ma ne modifica la sostanza ponendo sul creditore l'onere di provare anche il nesso di dipendenza causale del danno dall'azione o dall'omissione del sanitario. Solo a seguito di tale prova si concretizzerebbe l'onere del debitore di provare «*che quegli esiti siano stati determinati da un evento impreveduto e imprevedibile*». Il risultato appare sorprendente nel momento in cui la legge (v. art. 7, legge n. 24/2017, c.d. legge Gelli-Bianco) ha avuto cura di individuare nell'art. 1218 c.c. la responsabilità della struttura sanitaria,



responsabilità contrattuale che si ricolore – stando a quel risultato – di elementi tipici della extracontrattualità. La contrattualità della responsabilità perde la sua forza poiché dalla qualificazione non si traggono più i corollari tipicamente ad essi riportati.

Non si può qui entrare nella critica (da più parti rivolta) alla dottrina della c. d. doppia serie causale, ma val la pena di notare che l'opposizione tra le due concezioni riflette, nella sostanza, un'incertezza che finisce per investire la nozione stessa di adempimento, cioè l'incertezza sulla fattispecie che fornisce il criterio di giudizio. È la stessa fattispecie sostanziale – la fattispecie estintiva dell'obbligazione – a presentare infatti caratteri sfumati ed a produrre incertezza. Aleatoria è qui infatti la esatta determinazione del comportamento inadempiente a causa delle incertezze nella individuazione della fattispecie estintiva dell'obbligazione, riflesso inevitabile, a sua volta, della difficoltà propria di obbligazioni comportanti prestazioni complesse ed esposte ad eventi imprevedibili al punto di riflettersi sullo stesso criterio di misura, cioè sull'interesse del creditore (incertezza accresciuta dalle difficoltà conseguenti all'incauto abbandono da parte delle Sezioni Unite della tradizionale distinzione tra obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi). Riprova, in definitiva, della linea di pensiero sottostante all'intera monografia di Verde per cui l'onere della prova costituisce *«non un istituto giuridico in sé concluso ma un modo di osservare l'intera esperienza giuridica»*.

È solo il caso di aggiungere che la dipendenza della distribuzione degli oneri nelle azioni risarcitorie connesse all'inadempimento dalla costruzione del concetto di adempimento è ben presente a Verde che, a proposito della proposta di applicare l'art. 1218 c.c. alla responsabilità precontrattuale, ai fautori della tesi per cui l'attore è tenuto a dimostrare l'esistenza del rapporto obbligatorio e il proprio adempimento, e che il convenuto si può liberare dalla responsabilità invocando l'impossibilità non imputabile della prestazione, obietta che in questo modo i problemi non sono risolti bensì trasferiti altrove: *«si tratta infatti di stabilire che cosa sia l'esistenza del rapporto obbligatorio e l'obiettivo adempimento e in che cosa si concreti l'impossibilità non imputabile»*. Si tratta, in ultima analisi, di rinunciare al gioco combinatorio delle formule per stipulare i punti di partenza da cui dipenderà la distribuzione degli oneri probatori.

7. – Naturalmente il *Richterrecht*, la cui rigogliosa presenza nel panorama del diritto della prova è oggi continuamente enfatizzata, era una realtà tangibile anche all'epoca della pubblicazione dell'*Onere della prova*. Tante sono le pagine che Verde gli dedica con l'intenzione di comprenderne le ragioni intrinseche (*«la giurisprudenza segue il proprio istinto, che è l'istinto della ragione»*) e di ribadire l'altrettanto intrinseco limite. Limite che è dato dalla necessità di non rovesciare il rapporto tra legge e giudice mantenendo entro confini accettabili la libertà interpretativa di quest'ultimo.

Negli ultimi anni, agli occhi dei custodi dell'ortodossia si offre l'idea della rigraduazione degli imperativi e che, nel campo della prova, sia ipotizzabile che il giudice in fondo possa far prevalere il suo convincimento sulla rigorosità delle regole di distribuzione degli oneri. Secondo alcuni punti di vista, tale convincimento sarebbe sufficientemente giustificato se solo si formasse nel rispetto del modello di giusto processo, comprensivo del diritto alla prova e delle connesse esigenze di contraddittorio e parità delle armi. In questa logica esso si libererebbe da rigide predeterminazioni: la distribuzione degli oneri ricavabile dalla norma sostanziale manterrebbe così solo un valore indicativo, modificabile all'occorrenza *propter opportunitatem*, opportunità fatta coincidere con la *giustizia* del processo. Un *Richterrecht* rivisitato alla luce di una clausola generale di giustizia.

Questa conclusione non sembra accettabile nella sua crudezza e non sarebbe certo accettata da Verde, autore che – pur consapevole della forza espansiva del convincimento del giudice (tale spesso da prevalere sulle regole del gioco, e della pratica difficoltà di impedire il sottile rimescolamento dei dati che si presta a tale operazione) – ha compiuto il massimo sforzo di elaborazione di un sistema di regole di distribuzione estratte dall'analisi della norma sostanziale. Mi piace però pensare che la sua sensibilità sia tale da impedirgli di pronunciare una condanna senza appello. Mi perdonerà se provo a mettermi nei suoi panni e a considerare due cose. La prima, di *Realpolitik*, è che il piano inclinato su cui si pone sempre più spesso la giurisprudenza in materia di prova rischia di porre la dottrina nella parte di Sisifo che, riportato il masso in cima, lo vede riprecipitare. La seconda è che, poiché la giurisprudenza legittimamente partecipa alla formazione dei criteri di distribuzione degli oneri, non si può ignorare che da tale processo di formazione non possono essere aprioristicamente espulsi principi ormai



«codificati» quali l'effettività, la proporzionalità, la ragionevolezza, la parità delle armi ecc., e che, pertanto, il loro richiamo non può essere condannato apriori ma esige di essere giudicato in concreto, nel bilanciamento con altri criteri. Onde, in luogo di lamentare sdegnosamente l'offesa ai sacri principi, occorre di volta in volta porsi il problema dell'equilibrio della scelta concreta con la fattispecie normativa.

Si può prospettare un punto di equilibrio? Probabilmente sì, nel senso di mantenere questa creatività nei suoi limiti istituzionali cercando di evitare che essa superi il punto di rottura della *ragionevole prevedibilità*, residuo attuale del mito della certezza del diritto. In questa direzione non attenda certo alla prevedibilità un diritto giudiziario che partecipi consapevolmente, e ragionevolmente, all'interpretazione della norma e, quindi, alla emersione della fattispecie operativa, secondo canoni riconosciuti e condivisi. La giurisprudenza fisiologicamente partecipa così alla formazione in via interpretativa della fattispecie minore: non si esce dal corretto circolo ermeneutico.

Questa legittimazione della giurisprudenza la si deve riconoscere – e la riconosce Verde – innanzitutto per le c.d. presunzioni giurisprudenziali, ineliminabili elementi del panorama probatorio. Meccanismi quali quelli dell'alleggerimento del *thema probandi* nel senso della sufficienza della prova di fatti stabilmente individuati dalla giurisprudenza come fatti indiziati rispetto al fatto principale non spezzano affatto il rapporto norma/giudizio e non distruggono affatto la prevedibilità nella misura in cui la regola si presenti come uno standard conosciuto (o conoscibile) dagli operatori, ne siano chiari l'ambito e i limiti, e l'operazione sia obiettivamente giustificata da evidenti difficoltà nella prova diretta del fatto principale. Tecnicamente, peraltro, essa non comporta una vera inversione dell'onere probatorio perché tende ad operare sul versante della misura della prova⁶.

Scivola invece facilmente nell'inversione dell'onere l'adozione del criterio c.d. della *vicinanza*, talora indicato come criterio della (in)disponibilità del mezzo di prova. Meccanismo di fortuna crescente in giurisprudenza (in particolare nei settori del diritto del lavoro e della responsabilità professionale), esso si presenta sovente quale esercizio di una poco controllata discrezionalità del giudice che soggiace alla tentazione di presentarlo in opposizione alla regola generale⁷. In sé considerato, però, il criterio della vicinanza non è strumento ermeneutico diverso da altri. Si tratta certo di uno strumento da maneggiare con cautela perché facile a esondare ma che, ricondotto nei suoi argini, coopera (non diversamente da altri) alla costruzione della fattispecie operativa la cui estrazione dalla fattispecie piena (*integra causa*) è filo conduttore dell'analisi di Verde.

L'impiego del criterio è certo abusivo quando vi si ricorra in conflitto con una *voluntas legis* chiara, che cioè renda ragionevolmente certi della scelta normativa di investire una data parte dell'onere della prova di un certo fatto. Non è invece abusivo quando – nella logica della non coincidenza della fattispecie/efficacia con la fattispecie/rilevanza (fattispecie semplificata) – il criterio partecipi, quale canone euristico, alla distribuzione degli oneri nelle tante situazioni di obiettiva incertezza: se è compito dell'interprete ricavare la fattispecie operativa dalla fattispecie/efficacia attraverso la soluzione di problemi ermeneutici non risolti a priori dal testo della norma, non si può dire che ciò non riguardi anche l'interpretazione giudiziaria. Sul cammino di questa si pongono infatti i vari problemi interferenti con l'individuazione dell'onerato, cioè i

⁶ Uno degli aspetti più criticati dello spostamento dell'ago verso il *Richterrecht* nel campo della prova, è il fenomeno delle c.d. presunzioni giurisprudenziali, in cui si è visto (e si continua a vedere) una forma di manipolazione della fattispecie, di riscrittura della norma attuata attraverso la sua integrazione con situazioni social-tipiche. Verde è ben consapevole che la tipizzazione delle presunzioni per via giurisprudenziale è fenomeno antico e ineliminabile, ma che, in sé preso, esso non contraddice la regola di distribuzione.

Si tratta di un problema di misura della prova, di grado della dimostrazione al fine di soddisfare un onere che non viene invertito bensì commisurato ad un fatto indiziante in situazioni tipiche di difficoltà di dimostrare il fatto costitutivo, che conserva così la sua natura di fattispecie prestabilita. Lo stesso vale, più in generale, per il c.d. *Anscheibeweis*, per cui ha certamente ragione chi sottolinea che è sbagliato considerare questo alla stregua di un meccanismo presuntivo con spostamento di onere, perché si tratta in realtà di una semplice posizione di vantaggio acquisibile pur sempre nel circolo dei fatti costitutivi, che restano sempre da provare e nulla hanno a che vedere con il fatto impeditivo: inversione quindi in senso improprio perché la parte interessata alla rimozione dell'apparenza conterà semplicemente il mancato assolvimento dell'onere della controparte. Ma chi pretende di ricavare da questo la non corrispondenza dello *Anscheibeweis* alla presunzione italiana, rischia di cadere nella confusione generata dall'impiego in due accezioni diverse del termine: da un lato, la c.d. presunzione legale (semplice) dell'art. 2728 c.c. che tende a risolversi in inversione dell'onere (qui non si dà alcun fatto indiziante e alcun fatto *presunto* nel senso di indirettamente accertato: semplicemente, la legge esonera dalla prova di un elemento costitutivo), dall'altro la c.d. *presunzione giudiziale* ammessa dall'art. 2729 c.c. che però (almeno nel procedimento logico) si apparenta allo *Anscheibeweis*, cioè alla possibilità della prova del fatto attinta tramite indizi, alla possibilità per il giudice di presumere l'esistenza del fatto da provare, in mancanza di prova diretta e in ragione della regolarità causale sintetizzata dalle massime di esperienza.

⁷ V. Cass. n. 13851/2020 richiamata *supra* § 1, annotata da M. Magliulo, in *Judicium* 3/2021, 397 ss.



problemi della proporzionalità, della esigibilità, della effettività, della parità delle armi e così via: in una parola le esigenze che – riflesse in controparte dall'art. 2698 c.c. – presiedono alla ricerca della soluzione più equa del problema dell'iscrizione di un certo fatto al novero degli elementi da provare in positivo, ovvero al novero degli elementi la cui prova negativa grava sulla controparte.

Sul piano teorico generale, l'errore di prospettiva in agguato quando si richiama la *vicinanza* sta dunque nel concepirlo – come non di rado lo concepiscono le Corti – quale criterio liberamente alternativo a quello dell'onere della prova (o, per esprimersi nei termini cari a Verde, alternativo alla regola imposta dalla fattispecie che il giudice è chiamato ad applicare), laddove esso dovrebbe partecipare – come altri criteri impiegati nell'attività interpretativa – proprio all'assestamento della regola applicabile (alla «messa in strada», potremmo dire, della fattispecie). Questo avviene in un contesto in cui regna l'incertezza per mancanza (allo stato) di definizioni affidabili, cosa che rende il criterio molto malleabile e mancante di prevedibilità, soprattutto considerato la sua grande capacità di giustificare *ex post* il risultato inseguito. Chi in questo criterio vede l'espressione di una razionalità intrinseca (ovvero vi vede l'espressione del diritto alla prova, momento del diritto di azione garantito, ecc. ecc.) accetta in definitiva che il giudice possa scegliersi il criterio da applicare, opponendo a quello dichiaratamente applicabile un criterio alternativo di equità.

Un secondo (e serio) problema discende poi, sul terreno della pratica, dalla marcata attitudine del criterio a facilitare le inversioni a sorpresa, cioè le scelte occulte di onerare della prova parti che ragionevolmente avevano impostato la propria difesa contando sull'onere altrui. Aggravata dalla cronica, patologica insensibilità dell'italico «giudice medio» ad aprire il contraddittorio sulle proprie opzioni, accade che l'inversione dell'onere nel caso specifico si presenti come una scelta del giudice che la parte scopre a cose fatte, cioè ... perdendo la causa che riteneva vinta proprio in applicazione di una regola consolidata di distribuzione degli oneri. La valutazione del contesto, cioè il richiamo alla vicinanza dei fatti alla parte per giustificare la soccombenza in casi in cui ci si aspetterebbe un giudizio di insoddisfazione dell'onere della controparte, rischia di fungere da giustificazione a posteriori del convincimento del giudice. E questo significa accettare l'idea che il giudice possa, in fondo, far prevalere il proprio convincimento sul rigore delle regole, così alterando alla radice il rischio della mancata prova. L'intimo dubbio di incorrere in *déni de justice* ben può giustificare la trasformazione surrettizia dell'elemento positivo nella mancata prova del dato opposto: la teorica della prossimità della fonte, ovvero della (in)disponibilità del mezzo di prova si presta perfettamente a questa operazione.

A ridurre tale rischio contribuisce senz'altro la banale consapevolezza della dipendenza del momento del giudizio dallo svolgimento effettivo del contraddittorio. Questo esige attenzione all'assetto degli oneri di allegazione e di contro-allegazione (il che vuol dire anticipare il contraddittorio rispetto alla corrente pratica), ed esige parimenti di prendere sul serio l'obbligo del giudice di aprire il dibattito sugli oneri da soddisfare in concreto, allorché esso nutra il dubbio che lo standard che presiede alla distribuzione si riveli obiettivamente incongruo rispetto alle concrete ed obiettive possibilità probatorie delle parti. Cosa questa che (è inutile nasconderselo) può talora portare ad una vera inversione giudiziale dell'onere, ma che costituisce un problema che è meglio tentar di governare piuttosto che ignorare per lasciar poi solo il decidente, alle prese con i suoi dilemmi cognitivi o con le sue pulsioni giustizialiste. Se ne è reso conto un legislatore fresco di codice che ha scelto di non mettere la testa sotto la sabbia ed ha affrontato di petto i problemi della difficoltà della prova (nel cui ambito si cala quello della disponibilità), disciplinandolo in precisi termini di obblighi di informazione e di contraddittorio⁸. Purtroppo, l'insensibilità della nostra Corte Suprema alla violazione dell'art. 101 c. 2 c.p.c.⁹ non è un buon auspicio: il presente è sconsigliato, ma neppure è irragionevole figurarsi che il tempo inciderà su questo atteggiamento.

⁸ L'art. 373 del nuovo codice di procedura brasiliano affronta il problema in maniera molto diretta: «(§ 1º) *Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.*

(§ 2º) *A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.*

⁹ Se ne veda la giurisprudenza che rifiuta, *contra textum*, l'inquadramento in termini di nullità di tale violazione, giungendo perfino a negare la ricorribilità della sentenza per il n. 4 dell'art. 360 c.p.c., e così a privare di cogenza la stessa regola imposta dall'art. 384 al proprio procedere.



8. – L'ultimo capitolo della monografia è un saggio sull'onere della prova nelle azioni di accertamento, peculiarmente nelle azioni di accertamento negativo. Istintivamente poco sensibile alle sirene della tassonomia (che condizioneranno lo svolgimento della trattazione nei pur pregevoli studi successivi sulla pronuncia di accertamento, quasi tutti aggravati da ingombranti impalcature teoriche quali l'*Urproblem* dell'oggetto dell'azione e della sentenza), Giovanni Verde riporta, in assoluta semplicità, i problemi alla loro effettiva dimensione. La struttura formale dell'azione negativa produce una illusione cognitiva (ottica, si direbbe) equiparando all'*Angreifer* chi nega di esser gravato dell'effetto da altri oppostogli, e così inducendo a ribaltare le normali regole distributorie. Ma il tema della distribuzione degli oneri non può essere condizionato dalla circostanza formale dell'inversione dell'iniziativa, perché non v'è alcun motivo per rovesciare la regola che vede nella fattispecie sostanziale portata a giudizio la fonte della distribuzione degli oneri probatori: rispetto ad essa le posizioni dialettiche delle parti non mutano in ragione delle posizioni processuali assunte.

Questo risultato è raggiunto con il minimo di mezzi possibili, quasi miracolosamente nel contesto, all'epoca davvero confuso, di una disputa dagli inconfondibili caratteri scolastico-accademici relativa alla giustificazione teoretica dell'azione di accertamento.

Verde affronta il tema con la bussola del suo itinerario, cioè con l'esigenza di muovere dalla posizione assunta nella fattispecie dall'allegazione della parte, ancorché essa strida con la sua posizione processuale. Distinzione pacifica in altri settori ma impotente a scalfire gli automatismi di pensiero scatenati dalla mitologia dell'accertamento negativo. Ma un onere probatorio specifico di chi, attaccando, si difende non può riguardare altro che la condizione di ammissibilità dell'attacco, cioè quell'interesse ad agire che resta esterno alla fattispecie che presiede all'accoglimento (cioè al rigetto della domanda). Con qualche residua incomprendenza, la giurisprudenza è andata gradualmente a situarsi su questa conclusione, conclusione che oggi – col senno di poi – appare quasi ovvia, ma che è rimasta a lungo vittima delle trappole cognitive aduggianti gli accertamenti «a specchio» (quali quelli che tipicamente si producono nei processi su impugnative di atti esercizio di poteri)¹⁰.

L'impostazione dell'autore trova qui il suo coronamento: la soluzione tradizionale, che grava l'attore in accertamento negativo della prova dell'inesistenza dell'altrui diritto, equivoca e smarrisce il riferimento precipuo del «*far valere un diritto in giudizio*» alla fattispecie legale, confondendo l'oggetto dell'accertamento con il mezzo tecnico impiegato. Qui la lettura critica deve superare un *non sequitur* dell'idea che, non esistendo temi fissi di prova, gli oneri si atteggiano diversamente in ragione delle posizioni assunte dalle parti nel processo. Giusta l'idea, ma non al punto da farne conseguire che la provenienza dell'iniziativa processuale sposti il metro di distribuzione degli oneri sottraendolo alla fattispecie sostanziale. Il valore di verità dell'idea sta infatti nella constatazione (invero banale) che la dinamica delle allegazioni si riverbera sugli oneri, a partire dalla *relevatio ab onere probandi* prodotta dalla non contestazione delle altrui allegazioni¹¹. Ma si tratta di dinamica propria delle allegazioni sostanziali, del loro eventuale consistere in affermazioni secche e autoreferenziali, ovvero coinvolgenti posizioni altrui, in mere denegazioni di queste, in riconoscimenti ovvero in fatti ricompresi nelle categorie del secondo comma dell'art. 2697 c.c.

Viste le cose da questa prospettiva, potrà ben darsi che l'attore in negatoria sia onerato della prova del fatto necessario all'accoglimento della domanda, ma questo avverrà in caso, per es., di allegazione di fatti estintivi dell'altrui diritto, allegazione con cui l'attore si grava di un onere probatorio che non gli sarebbe spettato se avesse impostato la linea delle allegazioni sulla semplice negazione del diritto affermato dal convenuto. Evidentemente però, questo non ha nulla a che fare con il fatto di aver

¹⁰ Tema che troverà poi nell'opera, già ricordata, di un giuslavorista (A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*) uno sviluppo penetrante e coerente sui riflessi probatori delle impugnative dei licenziamenti. Queste tipiche azioni di accertamento *à rebours* hanno peraltro dato luogo a dibattiti molto colti ma non sempre realmente fruttuosi (fa eccezione la monografia di D. Buoncrisiani, *Potere e atto. Tutela civile dell'incertezza oppositoria*, Torino 2020).

¹¹ Argomento abbastanza frainteso nella dottrina italiana (si veda, a questo proposito, la differenza di impostazione che caratterizza tanto le dottrine di area francese, quanto quelle di area tedesca), affogato in genere nella insipida questione del momento preclusivo della facoltà di non contestare, laddove il suo interesse sta nell'attrazione all'area dell'onere della prova, quale misura di ciò che è stato effettivamente contestato e di ciò che non lo è stato ai fini di verificare se si possa effettivamente parlare di esonero dalla prova di elementi rilevanti (rinvio a quanto osservato in B. Sassani, *L'onere della contestazione*, in *Giusto processo civile* 2/2010, 401 ss. – saggio non a caso dedicato a Giovanni Verde – nonché in *Le fait non contesté dans le procès civil italien*, in *L'office du juge, Études de droit comparé*, Bruxelles 2018, 361 ss.).



agito in accertamento negativo, perché in oneri dello stesso tipo esso sarebbe incorso anche se, invece di attore in negatoria, gli fosse capitato il ruolo di convenuto in confessoria.

Riprova indiretta della verità di questo si trova nelle stesse posizioni dell'avversa dottrina, visibilmente condizionata dal timore di passare per la dottrina della *provocatio ad probandum*, e di subire così l'accusa di recuperare indirettamente il vecchio e ripudiato sistema delle *provocationes*. Era il caso di Chiovenda che, dopo aver esordito con la netta affermazione secondo cui «l'attore deve provare la non esistenza del diritto», avvertiva subito che, però, la questione era «sommamente controversa», per sfumare poi ancora la portata ponendo alla ribalta la relazione tra le reciproche asserzioni valutata secondo il diritto sostanziale¹². Resta allora il dubbio che, all'atto pratico, la questione non potesse veramente sfuggire alla logica della fattispecie. Il preteso onere di provare l'inesistenza dell'altrui diritto finisce così per assomigliare ad una massima di perentoria minacciosità, ma di poca sostanza precettiva, una volta che se ne misuri il contenuto effettivo alle reciproche allegazioni.

Anche in questo, però, si può vedere l'inesorabile prevalere della logica della fattispecie, cioè dell'idea motrice di un libro in cui il trattamento del problema dell'onere della prova rende davvero giustizia alla sua immagine di «specchio dell'intera esperienza giuridica». Un libro sfuggito all'erosione del succedersi delle leggi, delle sensibilità giudiziarie, delle mode dottrinali, delle suggestioni esterne: il tempo trascorso non ne ha cancellato il senso e lo autorizza a festeggiare l'appuntamento del cinquantenario prossimo venturo.

Giovanni Verde, POSTILLA

1 – Parli, caro Bruno, giustamente di una «riflessione-bilancio». Non avrebbe, infatti, senso, dopo mezzo secolo, recensire un libro. Del resto, la recensione era una forma adatta ai tempi in cui la nostra comunità scientifica era assai ristretta, nella quale i «patres» – per dirla con Cipriani – avevano autorità e prestigio sufficienti per esprimere giudizi. Oggi, in tempi in cui la comunità scientifica si è allargata a dismisura ed il prestigio dei Maestri è assai scemato, c'è spazio per neutrali segnalazioni.

La tua – e lo dico con l'obiettività con cui sono capace di valutare cose che in qualche modo mi appartengono – è una riflessione (oltre che intelligente e colta, soprattutto) preziosa su temi che ci appassionano, sì, ma che più ancora ci preoccupano.

2 – Tu, che sei stato amico davvero di A. Giuliani, hai condiviso le riflessioni Sue (e di Picardi) sulla evoluzione che ha portato alla trasformazione dell'*ordo iudiciarius* in *processus*. Personalmente ho accomunato questa trasformazione a quella che ha portato alla lenta affermazione del positivismo giuridico e ho sempre guardato al positivismo come non rinunciabile forma di controllo all'esercizio del potere, anche di quello giudiziario. Per me la legge processuale (e in questa ricomprendo le norme sulle prove e sugli oneri probatori, che hanno valenza duplice: fuori e dentro il processo) non solo detta i comportamenti cui sono obbligate le parti, ma stabilisce i limiti del potere del giudice. Di conseguenza, la difesa della legge processuale fa parte, sempre a mio avviso, del capitolo della difesa della legge *tout court*, quale strumento migliore di cui si può servire una democrazia liberale per consentire a tutti di esercitare le proprie libertà nel rispetto delle libertà degli altri.

¹² «Ciò s'intende quando la non esistenza del diritto del convenuto non sia la semplice conseguenza dell'esistenza del diritto dell'attore. Così nell'*actio negatoria servitutis*, basterà che l'attore provi la proprietà, perché questa per sé esclude ad es. il diritto di passaggio sul fondo, se questo non è provato esistente» (Principi, cit. 786).



3. – L'art. 2697 c.c., a mio modo di vedere, è (anche) un tassello del sistema di controllo del potere giudiziario nella misura in cui «codifica» che i fatti – ossia gli accadimenti della vita quotidiana – hanno un ruolo diverso nella «produzione» degli effetti, che essi costituiscono, modificano, estinguono o impediscono (per brevità uso una terminologia di stampo naturalistico che ben so essere impropria). L'art. 2697 assegna alla legge (e non al giudice) il compito di stabilire quale sia questo ruolo e la mia ricerca di mezzo secolo fa partiva da questa convinzione.

Oggi, in tempi di positivismo calante, vi è una diffusa tendenza a sostituire ai fatti i valori e a costruire precetti senza fattispecie (nel libro, come anche tu ricordi, esaminai non poche disposizioni prive di fattispecie, delle quali è disseminato lo stesso nostro codice civile). La globalizzazione porta ad una ibridazione tra i sistemi di *civil* e di *common law*, a tutto vantaggio di quest'ultimo (che è assai più vicino alle leggi del mercato: e non è detto che ciò sia un bene e che non sia in qualche modo in contrasto con l'impronta solidaristica della nostra Carta fondamentale). L'approccio – e me ne resi conto mezzo secolo fa – al problema della ripartizione degli oneri probatori nei sistemi di *common law* è inevitabilmente diverso. Ne parlano (o ne parlavano: confesso non sono aggiornato) come di posizioni *in fieri*, mentre noi avremmo la pretesa di fissarle *a priori*.

Mi sono, al riguardo, sempre chiesto per quale ragione negli studi legali statunitensi la c.d. *litigation* abbia un ruolo marginale, là dove (almeno fino a ieri) nell'Europa continentale gli studi legali fossero valutati soprattutto in ragione della abilità e competenza degli avvocati nel gestire il contenzioso. È probabile che la ragione stia nel fatto che negli studi statunitensi l'abilità si misuri nella capacità di confezionare contratti, dettagliati fino all'inverosimile, il cui obiettivo principale è quello di limitare la «signoria» del giudice che nei suoi giudizi utilizza norme senza fattispecie (tali sono in definitiva i precedenti giudiziari, da cui si estraggono principi regolatori basati su valori quali la buona fede, la correttezza, la completezza delle informazioni e via di seguito). La trasformazione è oramai nelle nostre case: la legge cede il posto al diritto; la fattispecie ai valori.

4 – Tutto tiene. A me sembra, leggendo molte decisioni della Corte di cassazione, che l'art. 2697 sia stato messo in un canto, sopraffatto dal principio per il quale «la prova dei fatti che il giudice ritiene rilevanti spetta alla parte – individuata dal giudice – che è in grado di provarli», con buona pace dei tedeschi che ritengono che di un art. 2697 non ci sia bisogno, costituendo un principio insito nel sistema; e con buona pace delle mie risalenti ricerche sulla fattispecie.

Potremmo pensare a una sorta di ritorno ai tempi dell'*ordo iudicarius*, se non fosse che in quei tempi valeva l'autorevolezza del giudicante, così che l'inevitabile soggettivismo della decisione era compensato dalla «fiducia», mentre nei tempi attuali non possiamo fare a meno dell'autorità del giudice (non scelto, ma) preconstituito; il che comporta l'oggettività, nella misura massima possibile, della decisione. Di ciò, è bene ricordarlo, sono stati consapevoli i Costituenti che, sul presupposto che il processo è affidato a un giudice-autorità, ne hanno sottoposto la disciplina a riserva di legge (quale, non a caso, non sussiste per gli arbitri). Se, tuttavia, l'evoluzione in atto consegna il tutto nelle mani del giudice, non ha molto senso domandarsi con i tedeschi se ancora vale il principio dispositivo, dal momento che il divieto di fare uso della scienza privata, posto a presidio della neutralità del giudice, sfuma nelle nebbie di un notorio dai confini sempre più incerti o di massime di esperienza sempre meno generali e, forse, lambiccarsi intorno alle potenzialità regolatrici dell'art. 2697 c.c. è davvero opera di scarsa utilità. Ma abbiamo almeno il dovere di chiederci quali siano le ricadute di ciò sul nostro sistema di organizzazione della giustizia.

Da tempo, ti confesso, lo studio della legge sul processo mi appassiona sempre meno e, non a caso, sto dedicando qualche attenzione allo statuto del giudice e alle leggi sull'ordinamento giudiziario. È forse il tempo che ci si riappropri di un'area che abbiamo lasciato alla speculazione (non sempre felice) degli studiosi del diritto costituzionale. E la tua «riesumazione» del mio libro potrebbe essere l'occasione per discutere del ruolo del giudice: che sia il «signore» del diritto, può andare. Dobbiamo accettare che sia anche il «signore» del fatto?