

VINCENZO TULUMELLO

*La vicinanza della prova\**

Il criterio di vicinanza della prova trova oggi impiego assai frequente da parte della giurisprudenza, specialmente in relazione al riparto degli oneri probatori. In via di prima approssimazione, si può dire che esso inviti l'interprete ad attribuire l'onere della prova alla parte che è più agevolmente in grado di assolverlo<sup>1</sup>. Sebbene il suo ambito più proprio sia quello del processo civile, il principio della vicinanza interessa significativamente anche il processo amministrativo<sup>2</sup>, e trova financo qualche – invero discutibile – applicazione penalistica<sup>3</sup>.

Per quel che riguarda l'ambito civilistico, può dirsi che la vicinanza della prova è un sintomo della attenzione che dottrina e giurisprudenza, ormai da alcuni anni, hanno inteso attribuire al tema delle difficoltà probatorie di chi agisce o si difende in giudizio. Il diritto alla prova, ricavabile dalla generale garanzia di cui all'art. 24 della Costituzione, imporrebbe infatti di non gravare la parte di un onere probatorio troppo gravoso, di modo da non frustrare, in concreto, la richiesta di tutela giurisdizionale in ragione di una prova troppo difficile. In questo senso, il principio in discorso è stato sovente percepito in rapporto di alterità con la regola generale sull'onere della prova, prevista dall'art. 2697 c.c. Semplificando, è possibile affermare che detta regola si basa sulla predeterminazione in via legislativa della natura (costitutiva, estintiva, modificativa o impeditiva) del fatto nell'ambito della fattispecie entro la quale esso opera. Siffatto criterio, di natura eminentemente formale, viene dunque oggi integrato con frequenza da quello della vicinanza o minore difficoltà della prova, di carattere invece "sostanzialistico". In tal modo, è inevitabile attribuire al giudice un ruolo attivo nel riparto degli oneri probatori, non limitandosi dunque più egli ad applicare la regola di riparto contenuta nella norma sostanziale, ma valutando – discrezionalmente - la comparativa difficoltà della prova e distribuendo il carico istruttorio di conseguenza<sup>4</sup>. Sebbene la vicinanza della prova sia stata accolta piuttosto

\* Il presente saggio è destinato alla pubblicazione su *Il Processo*.

<sup>1</sup> A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, XXV edizione, Giuffrè, Milano, 2021, p. 252.

<sup>2</sup> In questo senso è stato affermato che l'art. 64 c.p.a., che eleva il principio di disponibilità della prova a criterio generale di riparto dell'onere nel processo amministrativo, rappresenterebbe una codificazione del criterio della vicinanza (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Volume I, Giappichelli, Torino, 2025, p. 159). Sul tema si veda anche F. SAIITA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Judicium*, 2015; A. PANZAROLA, *Riflessioni in tema di onere della prova nei processi amministrativo e civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, II, pp. 295 ss. Già G. A. MICHELI (*L'onere della prova*, ristampa, CEDAM, Padova, 1966, p. 283) sottolineava come, non essendo il giudice amministrativo vincolato alla regola di giudizio delineata dall'art. 2697 c.c., egli possa scegliere liberamente la massima d'esperienza in forza della quale decidere sul caso incerto. Fra i criteri dell'esperienza impiegati, il più importante è senza dubbio "la maggior vicinanza della parte alla prova".

<sup>3</sup> Si veda App. Napoli 21 luglio 2025, n. 12774, in cui si afferma il principio di vicinanza della prova impone all'imputato, accusato del reato di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti ex art. 612-ter c.p., di introdurre elementi conoscitivi idonei a dimostrare che la diffusione di immagini sia avvenuta con il consenso della persona offesa.

<sup>4</sup> In dottrina, è stato sottolineato come l'attribuzione al giudice del potere di conformare il riparto dell'onere probatorio alla luce di un principio di giustizia sostanziale sia espressione della più generale tendenza a strumentalizzare il processo per la realizzazione di interessi di carattere superindividuale, conculcando così le posizioni dei singoli: "Del resto se chi è più vicino, chi è più prossimo, deve dare una certa prova, ciò significa che questa sua attività non necessariamente è svolta nel suo interesse, ma deve essere rivolta a realizzare un ideale stato di giustizia" (M. FRANZONI, *La "vicinanza della prova", e poi...*, in *Contratto e impresa*, 2016, p.374). C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.* 2015, pp. 1382 ss., ricollega tale tendenza all'utilitarismo processuale di matrice benthamiana, nell'ottica di una progressiva svalutazione delle regole "formalistiche" a favore del trionfo di interessi generali, cristallizzati in pochi principi di massima. Sul tema si veda anche A.

positivamente, quale criterio di giustizia sostanziale volto a temperare il rigore della regola legale, non è mancato chi ne ha sottolineato l'intrinseca incertezza, conducendo essa spesso a risultati poco prevedibili<sup>5</sup>.

Il presente contributo intende affrontare il tema prendendo le mosse da un'analisi di carattere storico, al fine di valutare se il criterio della vicinanza della prova goda di una legittimazione nella tradizione giuridica europea, e se il suo impiego abbia conosciuto evoluzioni. In questo senso, si ritiene opportuno riflettere anche su due concetti frequentemente associati al tema della vicinanza: il principio per cui i fatti di consistenza negativa non devono essere provati da chi li allega (riassunto dal brocardo *negativa non sunt probanda*) e la cd. presunzione di persistenza del diritto. Successivamente, ci si propone di vagliare le modalità attraverso cui detto principio concretamente venga in rilievo nella dinamica processuale, evidenziando secondo quali metodi avvenga, di fatto, "l'alleggerimento" della parte onerata.

## 1. Profili storici

Generalmente si ritiene che la vicinanza della prova fosse il criterio generale di riparto dell'onere della prova nel processo romano. Ciò è vero non solo con riferimento al rito sacramentale<sup>6</sup>, ma anche a quello *per formulas*: comune ad entrambe queste fasi di sviluppo del processo romano è, infatti, l'assenza di una regola di giudizio sull'onere della prova, che imponga al giudice di decidere in ogni caso. Non esistendo una regola di giudizio volta a ripartire il rischio dell'incertezza, l'onere della prova veniva in rilievo solo come doverosità, in termini pratici, del contributo istruttorio della parte. In questo contesto, il *index privatus* tendeva ad esigere la prova dalla parte che, in base di regole di esperienza, si trovava più vicina alla prova, ossia incontrava minori difficoltà nel fornirla<sup>7</sup>. Siffatto criterio, di notevole

---

PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la "proportionate justice"*, in *Riv. dir. proc.* 2016, pp. 1459 ss. In relazione, poi, alla tendenza a risolvere complessi e tecnici problemi di diritto processuale sulla base dell'applicazione diretta di principi costituzionali, non si possono non condividere le remore espresse (con particolare riferimento al tema che qui interessa) da G. BAUMGÄRTEL, H. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast*, Band 1 - Grundlagen, IV Auflage, Wolters Kluwer, Köln, 2019, p. 195, ai quali sembra „nicht ratsam, in das dogmatisch hoch entwickelte und filigrane System des Zivil- und Zivilprozessrechts allzu oft mit dem groben Roster der Verfassung regulierend einzugreifen”.

<sup>5</sup> F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2023, p. 174. Si veda, altresì, la tanto lungimirante quanto icastica affermazione di W. LAGENBECK, *Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1860, p. 258, il quale dubitava che la prevedibilità degli esiti potesse essere riguadagnata attraverso l'opera adeguatrice della giurisprudenza: „wie mag man überhaupt von einer constanten Praxis reden, wo controversien, wie nachweislich in unserem Falle, von den Theoretikern oft so und wieder umgekehrt entschieden sind?”.

<sup>6</sup> Nell'azione *in rem*, entrambe le parti rivendicavano la proprietà del bene controverso, attraverso l'affermazione „*meum esse*”. Non era possibile, dunque, identificare un attore e un convenuto in senso tecnico, giacché entrambe le parti avanzavano un'autonoma pretesa in giudizio (M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Beck, München 1966, p. 86, il quale parla di *Gleichordnung der Parteien*). Il *thema probandum* era pertanto duplice, riguardando tanto il diritto dell'attore che quello del convenuto, il quale dunque doveva dimostrare la fondatezza della propria pretesa non meno dell'attore, „dimostrandosi così titolare del diritto più forte” (G. PUGLIESE, *Il processo civile romano – le legis actiones*, Corso di diritto romano dell'anno accademico 1961-2, Edizioni Ricerche, Roma, p. 409). Si tratta di un esempio dei cd. *iudicia duplicia*, in cui l'attore e il convenuto avanzano contestualmente due pretese speculari, su cui vedi G. A. MICHELI, *L'onere della prova* cit., p. 467 ss.

<sup>7</sup> Secondo questa tesi, l'onere della prova era inscindibile dal progressivo formarsi del convincimento del giudice in ordine ai fatti di causa, il quale lo induceva a richiedere la prova dinamicamente alla parte che, di volta in volta, aveva interesse a „scuotere” l'interinale persuasione del *index privatus* in relazione ai fatti. Vedasi, in questo senso, M. KASER, *Beweislast und Vermutung in römischen Formularprozeß*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Band 71, 1954, p. 226 e ss.; E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht*, in *JURA - Rivista internazionale di diritto romano e antico*, vol. III, 1952, pp. 155-179. Secondo un'altra interpretazione, l'attore sarebbe stato, in linea di massima, onerato della prova dei presupposti dell'*actio*, mentre il convenuto di quelli delle *exceptiones* (G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, in *RIDA - Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Tome III, 1956, pp. 349-422, il quale pure ammetteva, tuttavia, numerose eccezioni alla regola basate sulla eccessiva difficoltà della prova). Per un riassunto della polemica tra questi autori v. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane (ristampa), Napoli, 2013, pp. 161 ss.

flessibilità, tende ad essere progressivamente superato nella fase postclassica e giustiniana, parallelamente ad diffondersi di una concezione “formale” del riparto degli oneri probatori, legata alle nozioni di *actio* e di *exceptio*<sup>8</sup>.

Anche nell’assai diverso contesto del processo germanico arcaico, in cui, come è noto, l’onere della prova gravava interamente sul convenuto chiamato a giurare, tale scelta viene giustificata da numerosi Autori in ragione della maggiore prossimità di questi ai fatti rispetto ai quali egli è tenuto a prestare il giuramento<sup>9</sup>.

Nel diritto postclassico e medioevale, si registra la tendenza all’elaborazione di regole di riparto fisse, che assumono la forma di presunzioni legali. Esse vengono costruite dai giuristi attraverso il progressivo consolidamento di regole empiriche, basate sulla comune esperienza<sup>10</sup>. In linea tendenziale, esse erano basate proprio sulla considerazione della difficoltà della prova, e tendevano ad agevolare la parte che invocava un fatto la cui dimostrazione risultava ardua<sup>11</sup>. Si osserva, dunque, come la vicinanza passi dall’essere un criterio orientativo generale rivolto al giudice a ragione giustificatrice di regole tendenzialmente fisse, ma pur sempre germinate dall’esperienza e non insensibili al profilo della facilità della prova.

Nella stagione del tardo diritto comune tedesco si consolida la tendenza a regolare il riparto dell’onere probatorio sulla base di presunzioni, dedotte dalla ragione naturale (si parla in tal senso di *Vermutungstheorie*). Il problema dell’onere della prova non era dunque considerato in termini puramente giuridico-formali, ma veniva affrontato e risolto sulla base di considerazioni basate sulla logica e, soprattutto, sulla ragione pratica<sup>12</sup>.

Una vera e propria svolta si registra all’epoca delle grandi codificazioni. A seguito dell’entrata in vigore della ZPO del 1877, si attenua notevolmente la rilevanza dell’onere della prova in senso soggettivo a favore della cd. regola di giudizio, quale criterio di decisione sul fatto incerto che prescinde dall’attivo contributo istruttorio della parte. Nel mutato contesto delineato dal regolamento processuale nazionale, infatti, i carichi istruttori trovano il proprio riparto nella legge e non più in un provvedimento del giudice, il quale ora può, tuttavia, formare liberamente il proprio

<sup>8</sup> M. KASER, *das römische Zivilprozessrecht*, pp. 484 ss.; E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht*, p. 175-6, il quale sottolinea come, in questa fase, l’*actio* e l’*exceptio* cessano di essere mere parti della formula, finendo per assumere un valore sostanziale. Secondo J. NIEVA FENOLL (*La valoración de la prueba*, Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 51), l’attribuzione dell’onere della prova all’attore si giustifica proprio sulla base della maggiore facilità della prova per costui. Si tratta del tema del cd. *Angriffersprinzip*, secondo il quale l’onere della prova deve gravare su chi “aggredisce”, in quanto egli gode di maggiori possibilità di preconstituire la prova rispetto al convenuto, spesso colto di sorpresa. Su questo principio si veda, da ultimo, J. F. HOFFMAN, *die Beweislast und das Angriffersprinzip*, in ZJP 2024, Band 137, Heft 3, pp. 301 ss.

<sup>9</sup> G. A. MICHELI, *L’onere della prova* cit., p. 29; F. LEONHARD, *Die Beweislast*, Verlag von F. Vahlen, Berlin, 1904, p. 31. Nello stesso senso v. W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., pp. 18-19: “er [il giuramento] *sich auf des Schwörenden eigene Handlungen bezog, da in Ansehung dieser der Handelnde selbst bessere Auskunft zu geben vermöge*”. Vedasi anche A. M. TEDOLDI, “*Onus probandi incumbit ei qui negat*”. *Eterogenesi e palingenesi dell’onere della prova*, in *Riv. dir. proc.* 4/2024, p. 1129. Si noti come la soluzione sia del tutto opposta a quella ricavata dall’*Angriffersprinzip* (v. nota precedente), sebbene essa sia, al pari di quella, motivata sulla base della maggiore facilità della prova. Sull’onere della prova nel processo ordalico v. G. SALVIOLI, *Trattato di storia del diritto italiano*, VI edizione, UTET, Milano-Roma-Napoli, 1908, pp. 768 ss.

<sup>10</sup> Secondo M. NARDOZZA, *Onere della prova e logica presuntiva. Note sul pensiero dei glossatori (tra XII e XIII secolo)*, in *Riv. dir. proc.*, III, 2024, p. 884, in questo senso si giustifica, ad esempio, la presunzione di possesso intermedio, oggi sancita dall’art. 1142 c.c. Vedasi anche il successivo contributo dello stesso Autore dal titolo *La costruzione della razionalità probatoria*, in *Judicium* 2025.

<sup>11</sup> Un esempio emblematico è fornito dalla celebre *praesumptio muciana* (M. NARDOZZA, *Onere della prova* cit., p. 883, sulla quale v. anche M. KASER, *Beweislast und Vermutung in römischen Formularprozess* cit., p. 232) e dalla presunzione di paternità (M. NARDOZZA, *op. cit. loc. cit.*).

<sup>12</sup> Queste presunzioni, derivate da principi di diritto naturale (“*aus der Natur der Sache*”, per usare le parole di H. GERBER, *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast*, Druck und Verlag von Friedrich Maute, Jena, 1858, p. 21) avevano come risultato la creazione di temi fissi di prova, insensibili alla posizione processuale delle parti (G. A. MICHELI, *l’onere* cit., p. 49). Ad avviso di W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., pp. 341 ss., siffatta tendenza sarebbe riconducibile all’influenza del diritto canonico. In generale, è stato sottolineato come detta impostazione, basata ricorso sistematico a presunzioni dedotte dalla *naturalis ratio*, consideri l’onere della prova come un problema di carattere logico-empirico e non giuridico (F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 44). Sembra che tale constatazione possa essere estesa anche alla più recente tendenza di ripartire l’onere della prova sulla base di presunzioni giurisprudenziali, basate sull’“*istinto della ragione*” (G. VERDE, *L’onere della prova* cit., 171).

convincimento sui fatti di causa, essendo stato soppresso il sistema delle prove legali<sup>13</sup>. Gli studiosi dell'epoca, in particolare a seguito dell'entrata in vigore del *BGB*, iniziarono a considerare l'onere della prova nei termini di rischio della mancata prova incombente sulla parte individuata dalla norma di diritto sostanziale e ad escludere da tale riparto ogni valutazione basata su regole di esperienza e considerazioni di opportunità<sup>14</sup>. In tale contesto, il criterio della vicinanza viene tuttavia recuperato come parametro attinente alla valutazione delle prove, idoneo a temperare il rigore di un riparto altrimenti eccessivamente "legalistico"<sup>15</sup>. Perfino Rosenberg, che cementa il dogma della netta divisione concettuale tra onere della prova in senso oggettivo (*Feststellungslast*) e necessità pratica delle parti di fornire la prova per influire sul convincimento del giudice (*Beweisführungslast*), ammette che criteri di esperienza e praticità possano alleggerire la posizione dell'attore, confinandoli tuttavia, come detto, all'ambito della valutazione della prova<sup>16</sup>.

Nella dottrina italiana, tale conclusione è condivisa da Gian Antonio Micheli, il quale esclude che la vicinanza costituisca un criterio di riparto dell'onere della prova, attenendo essa piuttosto al mobile traslare, da una parte all'altra, della necessità pratica di partecipare alla formazione del convincimento del giudice<sup>17</sup>. Se, dunque, tale Autore non abbandona il *Trennungsdogma*, più sfumata appare la posizione di Giovanni Verde, il quale dubita che l'intero riparto dei carichi istruttori possa essere risolto solo sulla base delle norme positive, relegando i criteri pratici, come la vicinanza, alla mera fase di valutazione della prova. La celebre tesi delle presunzioni giurisprudenziali rappresenta, infatti, il tentativo di porre l'accento su un fenomeno in base al quale valutazioni desunte dall'esperienza o da ragioni di opportunità assumono valore paranormativo, finendo così per incidere sul riparto dell'onere in senso oggettivo<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> V. J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, cit., pp. 78 ss.

<sup>14</sup> Si afferma spesso che la figura dell'onere oggettivo sia nata nel diritto austriaco, grazie ai contributi offerti da Julius Glaser. Cfr. J. GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883 (citato da G. BAUMGÄRTEL, H. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 154, nota 64). Secondo MICHELI (*L'onere* cit., p. 108), l'aspetto oggettivo del problema fu sollevato per la prima volta in Austria perché in quel sistema processuale l'attività istruttoria del giudice era assolutamente prevalente rispetto a quella delle parti. Le iniziative probatorie da queste ultime assunte, pur se riuscite, non conferivano la certezza della vittoria, né spesso erano neppure necessarie a tal fine.

<sup>15</sup> Cfr. H. FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast*, in ZJP 1889, Band 13: "so wird durch das stete Eingreifen der Regel des Lebens jede unbillige Härte der grundsätzlich bestehenden Beweislast beseitigt"; v. anche A. WACH, *Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, in ZJP 1901, Band 29, pp. 359 ss.

<sup>16</sup> L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, III Auflage, C.H. Beck, München-Berlin, 1953, p. 189. I criteri desunti dall'esperienza, come la vicinanza della prova, non furono dunque del tutto espunti dal sistema, bensì traslati dal piano del riparto dell'onere della prova in senso proprio (che è un problema giuridico) a quello della formazione del convincimento del giudice, fungendo da "linea guida" (*Richtsschnur*) per la risoluzione dei casi concreti (H. FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast* cit., p. 10). Al netto dei rimproveri di freddo e sterile legalismo (v. soprattutto G. VERDE, *L'onere della prova* cit., p. 157), gli studiosi dell'epoca erano ben consapevoli di come l'onere della prova astrattamente determinato dalle norme dovesse fare i conti, in un sistema imperniato sul libero convincimento del giudice, con la sempre mutevole valutazione delle prove nel processo, basata su massime esperienziali (H. FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast* cit., p. 67; F. STEIN, *Das Private Wissen des Richters*, prima ed. Leipzig, 1893, Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1969, specialmente p. 36). Il principio di vicinanza della prova risulta particolarmente valorizzato nel pensiero di Franz LEONHARD (*die Beweislast*, già più volte citato), il quale proponeva di rinunciare ad individuare i fatti impeditivi sul piano astratto della fattispecie, accollando all'attore l'onere della prova di tutte le circostanze da cui la legge fa dipendere l'effetto giuridico da egli invocato, ma facendo in modo che il giudice fosse portato a pretendere la prova dal convenuto qualora esso fosse stato nella posizione migliore per fornirla, pena il convincimento della veridicità dei fatti allegati dall'attore.

<sup>17</sup> "La semplice difficoltà di prova non è di per sé sufficiente a spostare la regola di giudizio, ché al massimo essa potrà suggerire al magistrato quella regola dell'esperienza, in virtù della quale egli sarà in grado di formare il proprio convincimento" (G. A. MICHELI, *L'onere della prova* cit., p. 353).

<sup>18</sup> G. VERDE, *L'onere* cit., p.377. Sul pensiero di tale autore v. M. GARAVAGLIA, *La ripartizione dell'onere della prova nel processo civile. Premesse per uno studio di diritto comparato*, CLEUP, Padova, 2022, p. 128 e ss. Ad avviso di B. CAVALLONE (*Critica della teoria delle prove atipiche, in Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, p. 410 in nota), la tesi delle presunzioni giurisprudenziali è un "inconsueto e meritorio tentativo di incanalare il giudizio di fatto entro canoni razionali" (corsivo dell'Autore). Critico rispetto alle presunzioni giurisprudenziali è Michele TARUFFO (*La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 233): "è chiaro, infatti, che in questo modo i giudici adottano regole di giudizio diverse da quelle che la legge prevede, e si autoattribuiscono un potere discrezionale che nessuna norma ha loro conferito". Le presunzioni giurisprudenziali di cui parla Verde sono note in Germania col nome di *tatsächliche Vermutungen*. Esse sono

## 1.2 La vicinanza della prova e la dottrina delle negative

Il criterio di vicinanza della prova è frequentemente associato, soprattutto da parte della giurisprudenza, alla cd. dottrina delle negative, riassunta nel brocardo *negativa non sunt probanda*. Alla stregua di questo principio, per come esso è sovente inteso, i fatti di consistenza negativa allegati dall'attore non devono necessariamente essere provati da questi, in ragione della difficoltà della loro dimostrazione in giudizio<sup>19</sup>.

L'origine di questa dottrina è da ravvisarsi in un celebre passo di Paolo, il quale afferma: “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”<sup>20</sup>. Del parere del grande Giurista di epoca classica sono state fornite due interpretazioni, delle quali la prima si può definire sostanziale, ed è alla base del principio *negativa non sunt probanda*, mentre la seconda opera su un piano meramente processuale.

Secondo la prima tesi, il passo va inteso nel senso di esonerare chi invoca un fatto negativo dalla prova dello stesso<sup>21</sup>. È stato sottolineato come tale impostazione sia legata ai principi della gnoseologia tomistica, la quale, secondo l'insegnamento aristotelico, ravvisava il fondamento di ogni sapere nell'esperienza, e specialmente in quella realizzata mediante percezione diretta<sup>22</sup>. Il fatto negativo, risolvendosi in una mera negazione, era piuttosto un “non fatto”, un *Unding* che sfugge alla conoscenza da parte dell'uomo e dunque insuscettibile di prova in giudizio<sup>23</sup>.

Venuti meno i presupposti filosofici che giustificavano una simile tesi, fu evidenziato come essa si risolvesse spesso in un mero criterio nominalistico, potendo ogni allegazione di segno negativo essere riformulata in termini positivi<sup>24</sup>. Si iniziò dunque ad intendere la distinzione tra enunciati positivi e negativi a seconda che il fatto allegato comportasse o meno un mutamento della realtà fenomenica<sup>25</sup>.

---

considerate un'eredità delle *Präsumptiones* del diritto comune, ossia presunzioni semplici che col tempo hanno assunto carattere normativo attraverso una progressiva “*Verfestigung*” (H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, Beck, München, 1983, p. 50). Lo stesso Prütting si esprime in termini molto critici sulla figura, giacché i giudici non godono di alcuna legittimazione per fare assurgere l'esperienza al livello della legge. Inoltre, dal punto di vista teorico, egli considera inutile, poiché solo fonte di confusione, sottrarre tali presunzioni al campo che è loro proprio, ossia quello della valutazione della prova (*op. cit.*, p. 56). Sulla tendenza prima medioevale e poi giusnaturalistica ad impostare il riparto dell'onere della prova attraverso la creazione di presunzioni desunte dalla ragione pratica v. nota 12.

<sup>19</sup> Fra le molte decisioni che fanno riferimento alla dottrina delle negative si segnala soprattutto Cass. SS. UU. 30 ottobre 2001, n. 13533, la quale ha attribuito l'onere della prova dell'adempimento contrattuale al debitore convenuto, esonerando l'attore dalla prova dell'inadempimento in ragione della sua consistenza negativa. La dottrina delle negative trova frequente impiego anche nel processo amministrativo: v. da ultimo Cons. Stato 29 gennaio 2026, n. 779.

<sup>20</sup> L. 29 ad. Ed. (D 22, 3, 2). Secondo W. LAGENBECK, (*Die Beweisführung cit.*, pp. 9-10) si tratterebbe di una regola anzitutto di buon senso pratico. Nello stesso senso M. TARUFFO (*La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 48) secondo il quale “questa regola vale in generale in molte aree di esperienza”.

<sup>21</sup> Si vedano, per tale prima tesi, M. KASER, *Beweislast und Vermutung cit.*, p. 223; E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht cit.*, p. 168; H. FITTING *Die Grundlagen cit.*, p. 60; H. GERBER, *Beiträge cit.*, p. 37.

<sup>22</sup> G. A. MICHELL, *l'onere cit.*, pp. 34 ss.

<sup>23</sup> “*Gerade so, wie wenn man den leeren Raum einen negativen Körper (...) nennen wollte?*” (H. GERBER, *Beiträge cit.*, p. 37).

<sup>24</sup> W. LAGENBECK, *Die Beweisführung cit.*, p. 249; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1980, p. 785.

<sup>25</sup> Questa tesi fu elaborata da S. SCHNEIDER, *Vollständige Lehre von rechtlichen Beweise*, Giessen, 1803 (citato da W. LAGENBECK *Die Beweisführung cit.*, p. 261), il quale distingue fra *Realpositive* e *Realnegative*, a seconda che il fatto consistesse o meno in un mutamento empiricamente rilevabile. Secondo H. FITTING (*Die Grundlagen cit.*, p. 16) le leggi della natura, riflettendosi nella mente dell'uomo, gli impongono di non ritenere accertato alcun mutamento finché non si provi la causa dello stesso: “*wenn kein Grund für die Annahme einer Veränderung besteht, notwendig die Fortdauer des Bisherigen Zustandes angenommen werden muss*” (*op. cit.* p. 18). *Contra* v. H. GERBER, *Beiträge cit.*, p. 16, secondo il quale la persistenza non trova riscontro in natura, e non è giustificabile né secondo ragione né attraverso il diritto positivo. Di

La seconda impostazione, invece, intende il passo di Paolo nel senso che non è possibile imporre al convenuto la prova della mera negazione dei fatti allegati dall'attore. In buona sostanza, attraverso il riferimento al brocardo *negativa non sunt probanda* si esonerava la parte dalla prova della contestazione dei fatti avversari, ossia "la generica affermazione della infondatezza della pretesa avversaria"<sup>26</sup>. Detto altrimenti: "«*qui negat*», come contrapposto di «*qui dicit*», non vuol dire «chi allega un fatto negativo» ma «chi nega o contesta quanto afferma l'avversario»<sup>27</sup>. Secondo questa interpretazione, dunque, dire che l'onere della prova incombe su chi afferma significa solamente ribadire che l'unica conseguenza della contestazione del convenuto è quella di rendere bisognosi di prova i fatti allegati dall'attore.

Ad ogni modo, quand'anche si propendesse per la prima tesi, il problema della difficoltà della prova si pone oggi solo in relazione alla cd. negativa indeterminata. Essa consiste in un enunciato fattuale insuscettibile di prova attraverso la dimostrazione di un singolo fatto positivo, incompatibile con esso. In pratica, in questi casi il *thema probandum* sarebbe rappresentato, per chi invoca il fatto negativo indeterminato, da "un numero indefinito di proposizioni affermative"<sup>28</sup>. Secondo l'opinione tradizionale, alla luce di tale insormontabile difficoltà, la prova della negativa indeterminata necessiterebbe sempre della collaborazione dell'avversario, che si vede così concretamente onerato della prova di almeno una circostanza positiva contraria. Viceversa, quando la proposizione negativa ha carattere circoscritto (cd. *negativa praegnans*), essa è sempre suscettibile di prova attraverso la dimostrazione del fatto positivo contrario, per cui non si determina alcun riflesso sul riparto dell'onere della prova<sup>29</sup>.

In tempi recenti, questa opinione tralozia è stata sottoposta a critiche, ritenendosi che, ai fini della prova del fatto negativo indeterminato, non sia necessario escludere tutti i fatti contrari possibili, bensì solo quelli che vengono concretamente in rilievo secondo le circostanze del caso di specie<sup>30</sup>. In questo senso, è assai significativo il consolidato orientamento giurisprudenziale che, in relazione all'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo *ex art. 2033 c.c.*,

---

questo ordine di idee è pure F. LEONHARD (*Die Beweislast* cit., p. 70) che si richiama alla celebre sentenza eraclitea per sottolineare l'incessante mutamento delle cose del mondo, che si riflette pure nel campo giuridico. Simili argomenti si ritrovano anche nella dottrina italiana (v. ad esempio, S. PATTI, *Le prove* – Parte generale, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, p. 160) a partire dai *Principi* di CHIOVENDA. Tale prospettiva venne in seguito ulteriormente sviluppata, finendosi per considerare fatto positivo, e dunque bisognoso di prova, il fatto inverosimile. Il fatto negativo, al contrario, non necessita di essere provato, in quanto conforme a ciò che normalmente accade (W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 263). Questa ultima elaborazione della dottrina delle negative si risolve, pertanto, nel criterio della conformità dell'affermazione della parte all'*id quod plerumque accidit*, sul quale si tornerà nel prosieguo.

<sup>26</sup> G. A. MICHELI, *L'onere della prova* cit., p. 352, il quale altrove afferma che il significato del brocardo è volto a "chiarire che l'attore non può mettere il convenuto nella necessità di provare il contrario della propria affermazione negativa" (p.41), e dunque tutto il contrario di ciò che, come visto, viene affermato dai sostenitori della tesi "sostanzialista". Anche secondo F. LEONHARD (*Die Beweislast* cit., p. 15), il passo va inteso nel senso che "der Beklagte, der nur den Klaggrund bestreitet, nichts zu beweisen braucht" (p. 16). Il brocardo *negativa non sunt probanda*, dunque, "bedeutet nicht, dass etwas nicht bewiesen werden kann (...) sondern dass es nicht bewiesen zu werden braucht." Nel medesimo senso W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 254, che si richiama al principio *reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit* (C. 4. 19. 23).

<sup>27</sup> G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per formulas* cit., p. 387.

<sup>28</sup> S. PATTI, *Le prove* cit., p.5.

<sup>29</sup> Sul tema v. G. BAUMGÄRTEL, H. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 487, i quali escludono che la difficoltà della prova negativa giustifichi un intervento sul riparto dell'onere della prova. Nello stesso senso si veda, nella dottrina italiana, L. P. COMOGLIO, *Le Prove civili*, Utet, Torino, 2010, p. 305: "il fatto negativo non esclude, né tantomeno inverte, l'onere della prova che lo abbia ad oggetto" (corsivo dell'Autore). Secondo M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.* 1994, p. 579, la difficoltà della prova non sono non implica, ma neanche giustifica un'inversione dell'onere della prova. In giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cass. 11 aprile 2024, n. 9757: "in linea generale, l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere (...) Tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo".

<sup>30</sup> M. RUST, *die Substantiierungslast im Zivilprozess*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 168: „in Wahrheit bedarf es (la negativa indeterminata) *mitnichten der Widerlegung sämtlicher denkbaren Gegenstände, sondern nur derjenigen, die nach den Umständen des Einzelfalls ernsthaft in Betracht zu ziehen sind*“.

esclude che l'attore, onerato della prova dell'inesistenza della *causa solutionis*, debba provare in termini assoluti l'inesistenza di una giustificazione causale, essendo sufficiente fare riferimento ai rapporti specifici intercorsi tra le parti<sup>31</sup>. In questi casi, dunque, l'oggetto della prova viene avvedutamente circoscritto, risolvendosi la difficoltà dell'attore non attraverso una manipolazione surrettizia dell'onere della prova, bensì attraverso la conformazione del *thema probandum* rispetto alle peculiarità del singolo caso.

Nello stesso senso, non sembra cogliere nel segno la tesi che, con riferimento all'inadempimento delle obbligazioni di *non facere*, impone l'onere probatorio di esso al creditore in ragione della consistenza negativa dell'esatto adempimento, la cui prova sarebbe per il debitore troppo difficile<sup>32</sup>. È infatti opportuno sottolineare che l'adempimento di un obbligo a contenuto negativo non è un fatto estintivo dell'obbligazione, ma è al contrario il fatto dell'inadempimento ad essere costitutivo del diritto del creditore ad ottenere la tutela in forma specifica (ad esempio, attraverso la rimessione in pristino) oppure il pagamento delle misure di coercizione indiretta *ex art. 614 bis c.p.c.*<sup>33</sup>. Alla medesima soluzione ottenuta in applicazione della dottrina della negative, dunque, si giunge sulla base di considerazioni basate sulla posizione della parte rispetto all'effetto giuridico invocato, criterio che fornisce ben maggiori garanzie di certezza e prevedibilità<sup>34</sup>.

Questi orientamenti, più o meno recenti, parrebbero dare ragione ad Adolf Wach, il quale, nel 1901, definiva la dottrina delle negative un errore già da lungo tempo superato, che viene periodicamente riproposto come una salma galvanizzata, al fine di infonderle una parvenza di vita<sup>35</sup>.

### 1.3 Vicinanza, presunzione di persistenza del diritto insoddisfatto e individuazione del fatto estintivo

Un altro concetto frequentemente associato alla vicinanza della prova è la cd. presunzione di persistenza del diritto. Essa si differenzia dalla dottrina delle negative, riguardando il perdurare di uno stato giuridico, e non fattuale. Ne discende che, in base a tale presunzione, una volta provata la nascita del diritto, spetta a chi si difende provarne l'estinzione<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Vedasi Cass. 25 luglio 2025, n. 21340; “è *jus receptum* che, proposta la domanda di ripetizione dell'indebitto, l'attore ha l'onere di provare l'inesistenza di una giusta causa delle attribuzioni patrimoniali compiute in favore del convenuto, ma solo con riferimento ai rapporti specifici intercorsi tra le parti e dedotti in giudizio, non potendosi invece esigere dall'attore la dimostrazione dell'inesistenza di ogni e qualsivoglia causa di dazione tra “*solvens*” e “*accipiens*””. In questo senso è particolarmente rilevante anche Cass. 6 ottobre 2015, n. 19902. Il tema della prova della negativa indeterminata è naturalmente connesso a quello, annoso, del riparto dell'onere della prova nelle azioni di mero accertamento negativo. Sul tema v. L. P. COMOGLIO, *Le prove* cit., p. 307; S. PATTI, *Le prove* cit., pp. 7 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova* cit., pp. 499 ss.; G. A. MICHELI, *L'onere* cit., pp. 458-9; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile* cit., pp. 26-7.

<sup>32</sup> Questa tesi, assolutamente prevalente in giurisprudenza a partire dalla già citata Cass. Ss. Uu. 13533/2001, è largamente condivisa anche in dottrina: si veda su tutti F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, XII ed., Giuffrè, Milano, 2022, p. 254.

<sup>33</sup> M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione* cit., *loc. cit.*

<sup>34</sup> Come è noto, tale criterio è legato all'insegnamento di Gian Antonio Micheli, sul quale ci si è già – pur molto brevemente – soffermati.

<sup>35</sup> Essa sarebbe infatti “*ein längst überwundener Irrtum, dem schon man neuerdings den Leichnam wieder zu galvanisieren unternommen hat*” (A. WACH, *die Beweislast* cit., p. 388).

<sup>36</sup> V. ancora una volta Cass. 30 ottobre 2001, n. 13353: “Il principio della presunzione di persistenza del diritto, desumibile dall'art. 2697, in virtù del quale, una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo”. Alla luce di tale presunzione, la Corte di cassazione desunse la natura estintiva dell'adempimento, sia che si agisca per ottenere l'esatta esecuzione della prestazione, sia che si domandi la risoluzione del contratto. In tal modo venne rimeditato il precedente orientamento, il quale, alla luce dell'insegnamento di MICHELI (*L'onere* cit., specialmente p. 439), distingueva l'ipotesi dell'azione di esatto adempimento, in cui detta circostanza ha pacificamente natura estintiva, da quella di risoluzione, avendo l'inadempimento, in questo diverso caso, carattere costitutivo del diritto potestativo a sciogliersi dagli effetti del contratto. La stessa soluzione è accolta da G. VERDE, *L'onere* cit., p. 429. Una menzione a parte merita la tesi di M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio* cit., il quale pone l'accento sulla stretta interdipendenza tra oneri di allegazione e prova. Nel diritto tedesco, nel quale, lo si ricorda, vigono regole ben diverse dalle nostre in materia di risoluzione del contratto, non è invece dubbia, in nessun caso, la natura estintiva

A ben vedere, tale presunzione non fa altro che ribadire una regola già prevista dall'art. 2697 c.c.: è il convenuto a dover provare l'esistenza dei fatti estintivi, e non l'attore a dover dimostrare il contrario. Questa fondamentale regola è direttamente derivabile dai rapporti strutturali fra gli elementi della fattispecie, giacché il fatto estintivo è logicamente e cronologicamente posteriore al perfezionamento della fattispecie costitutiva del diritto azionato<sup>37</sup>. L'individuazione di una presunzione di persistenza del diritto, dunque, non è altro che un frutto tardivo di quella secolare tendenza a concepire ogni regola sull'onere della prova in termini di presunzione<sup>38</sup>.

Pare discutibile, invece, utilizzare detta presunzione quale criterio di individuazione di ulteriori fatti estintivi. La natura estintiva del fatto, come detto, ha ben poco a che fare con presunzioni di sorta, essendo essa evincibile unicamente dall'analisi della fattispecie di diritto sostanziale<sup>39</sup>. Criteri equitativi come la vicinanza della prova, dunque, nulla possono lasciare intendere in ordine natura estintiva del fatto, la quale, secondo una plurisecolare tradizione, si evince sul piano astratto dei rapporti fra fattispecie<sup>40</sup>.

## 2. Profili Applicativi

### 2.1 Vicinanza della prova e riparto dell'onere della prova

Sia in dottrina che in giurisprudenza viene frequentemente affermato che la vicinanza della prova può trovare impiego quale criterio interpretativo, da utilizzare nei casi in cui il riparto dell'onere della prova risulti dubbio<sup>41</sup>. Tale assunto

---

dell'esatto adempimento (v. su tutti L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 338: “denn die Bewirkung der Leistung läßt die Forderung des Gläubigers erlöschen, ist also unbestritten eine rechtsvernichtende Tatsache”).

<sup>37</sup> “Tra la realizzazione del fatto costitutivo (che segna la nascita del diritto) e la realizzazione del fatto estintivo o modificativo intercorre, cioè, sempre uno *scarto temporale* e ciò rende agevole la distinzione” (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile* cit., p. 156, corsivo dell'Autore).

<sup>38</sup> H. GERBER, *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde* cit., p. 15; sulla tendenza a considerare le regole dell'onere della prova in termini di presunzioni si veda, oltre ai riferimenti già citati (specie nella nota 12), D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen – insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Duncker und Humboldt, Berlin, 1966, specialmente pp. 76 ss.

<sup>39</sup> Si veda L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., p. 119: “denn da nur ein bestehendes recht vernichtet werden kann, so setzt die rechtsvernichtende Norm ein entstandenes Recht (...) voraus“. Nello stesso senso H. FITTING, *Die Grundlagen* cit., p. 16; Per molto tempo, infatti, l'eccezione avente ad oggetto un fatto estintivo è stata considerata atto di esercizio di un potere sostanziale: si veda F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 160; B. CAVALLONE, *Il principio dispositivo, fatti principale e fatti rilevabili ex officio*, in *Il giudice e la prova* cit., p. 158. Anche una dottrina più recente (K. H. SCHWAB *Zur Abkehr moderner Beweislasttheorien von der Normentheorie*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, p. 518) afferma che l'eccezione estintiva del diritto attoreo può ben considerarsi alla stregua di un'azione del convenuto. La dottrina tedesca più risalente, peraltro, distingueva i fatti propriamente estintivi, ossia idonei a far venir meno un diritto già sorto, dai fatti “escludenti” (*rechtsausschließende Tatsachen* secondo la terminologia di ROSENBERG, *op cit.*, p. 100, talora dette anche *excipierende Einreden*), le quali non incidono sul diritto attoreo ma escludono la condanna, inibendo l'applicabilità (*Durchsetzbarkeit*) della norma invocata (G. BAUMGÄRTEL, H. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 592; W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., pp. 319 ss.). Nella dottrina tedesca contemporanea si vedano, poi, i rilievi critici di F. HOFFMAN, *Die Beweislast und das Angreifersprinzip* cit., specialmente p. 318, il quale sottolinea come l'individuazione della natura estintiva del fatto sia resa più difficile in tutti i casi in cui è controversa la ricostruzione giuridica dell'istituto. Così, a mero titolo esemplificativo, il rifiuto dell'oblato ex art. 1333 c.c. avrà natura estintiva se si ritiene che il contratto si perfezioni al momento della ricezione della proposta, impeditiva qualora lo si consideri concluso alla scadenza del termine per il rifiuto.

<sup>40</sup> La giurisprudenza, in alcune affermazioni di principio, pare al contrario ritenere che il criterio della vicinanza sia impiegabile anche per sceverare i fatti estintivi rispetto a quelli costitutivi: si vedano, ad esempio, Cass. 7 aprile 2022, n.11320; Cass. 4 novembre 2024, n. 28233; Cass. SS. UU 3 maggio 2019, n. 11748.

<sup>41</sup> In dottrina v. B. SASSANI, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2022, p. 440, il quale parla di “canone euristico”; A. PANZAROLA, *Onere della prova*, in L. R. Perfetti, G. Pesce (a cura di), *L'istruzione nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2024, specialmente pp. 203-4. In giurisprudenza si veda Cass. 3 novembre 2024, n. 28233: “Il principio di “vicinanza della prova” non deroga alla regola di cui all'art. 2697cod. civ. (che impone all'attore di provare i fatti costitutivi del proprio diritto e al convenuto la prova dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto vantato dalla controparte), ma opera allorché le disposizioni attributive delle situazioni attive non offrono indicazioni univoche per distinguere le suddette due categorie di fatti, fungendo da criterio ermeneutico

pare coerente con la cd. concezione funzionale del fatto impeditivo, oggi tendenzialmente prevalente sulla più risalente concezione strutturale. In questa prospettiva, si rinuncia a concepire il fatto impeditivo necessariamente come elemento costitutivo di una fattispecie diversa e contraria rispetto a quella invocata dell'attore, il cui effetto sarebbe quello di impedire – appunto- il sorgere del diritto azionato dal domandante<sup>42</sup>. Secondo la concezione funzionale, infatti, l'elemento impeditivo non è distinguibile, sul piano ontologico-strutturale, da quello costitutivo, alla luce del ben noto principio di simultaneità<sup>43</sup>. In questo senso, il fatto impeditivo è pur sempre uno dei presupposti (negativi) del diritto azionato dall'attore, la cui prova tuttavia, in ragione di esigenze di varia natura, deve essere fornita dal convenuto.

In Italia, tale concezione è stata sostenuta in particolare da Rodolfo Sacco<sup>44</sup>, il quale, come è noto, sposta il problema dell'individuazione della circostanza impeditiva dal piano strutturale-astratto dei rapporti tra fattispecie a quello

---

alla cui stregua i primi vanno identificati in quelli più prossimi all'attore e dunque nella sua disponibilità, mentre gli altri in quelli meno prossimi e quindi più facilmente suffragabili dal convenuto, di modo che la vicinanza riguarda la possibilità di conoscere in via diretta o indiretta il fatto, e non già la possibilità concreta di acquisire la relativa prova"; Cass. civ. ord. 14 ottobre 2025 n. 27436; Cass. ord. 22 aprile 2022, n. 12910; Corte d'Appello Perugia, Sez. lavoro, Sent., 19 febbraio 2025, n. 19.

<sup>42</sup> Il principale esponente della tesi "strutturalista" è senza dubbio L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit. Vedasi anche H. FITTING, *Die Grundlagen* cit., pp. 41 ss. In Italia, questa tesi ha trovato un promotore in G. VERDE, *L'onere* cit. Se ne discosta in modo parziale, invece, G. A. MICHELI, il quale, nell'opera più volte citata, pone l'accento sull'elemento processuale della pretesa concretamente azionata in giudizio, in quanto individuativa dell'effetto giuridico invocato e dunque dei presupposti necessari al fine della sua produzione. In senso affine si veda già A. WACH, *Die Beweislast* cit., p. 363, ad avviso del quale la natura costitutiva o impeditiva del fatto può essere apprezzata solo in relazione alla pretesa concretamente avanzata dalla parte, non avendo essa dunque alcun senso al di fuori della dinamica processuale (*"hat ausserhalb des Prozesses keine selbständige Bedeutung"*).

<sup>43</sup> Dal momento che, al fine dal sorgere del diritto azionato, è necessaria non solo la presenza di tutti gli elementi costitutivi, ma anche l'assenza di tutti quelli impeditivi, risulta pressoché impossibile sceverare i secondi rispetto ai primi sul piano meramente strutturale, come avviene con le circostanze di segno estintivo. Alla luce di questa constatazione, non sono mancate le prese di posizione ostili alla conservazione della categoria del fatto impeditivo, la quale sarebbe *"nur erfunden, um eine Unklarheit zu verdecken"* (F. LEONHARD, *Die Beweislast* cit., p. 177). Una più recente dottrina (H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, Beck, München, 1983 p. 288) ritiene invece ancora utile parlare di fatto impeditivo, quantomeno da un punto di vista pratico-descrittivo.

<sup>44</sup> Il pensiero dell'Autore in merito è condensato nei due contributi *Presunzione, natura costitutiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 399 ss. e *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, pp. 1-35, 250-288. La figura del fatto impeditivo viene dunque da Sacco respinta sul piano dogmatico-strutturale ma recuperata su quello pratico-applicativo. Per individuare i fatti bisognosi di prova da parte del convenuto, quindi, non si deve far riferimento solo alla lettera delle norme e ai rapporti fra fattispecie, ma bisogna procedere "a lume di giustizia" per escludere le soluzioni manifestamente inique (R. SACCO, *La presunzione di buona fede* cit., p. 7). I fautori della tesi "funzionalista" tendono a superare, dunque, qualsiasi distinzione tra fatto impeditivo e contrario del fatto presunto, comportando entrambe le figure la conseguenza, in termini concreti, di imporre l'onere della prova di una circostanza al convenuto. Viceversa, i fautori della tesi "strutturalista" tendono a scindere il problema del riparto dell'onere da quello della natura costitutiva, impeditiva o estintiva del fatto, ribadendo così la distinzione tra fatto impeditivo e presunto. Infatti, secondo questa tesi, è ben possibile che la legge (o la giurisprudenza) presuma l'esistenza di una circostanza costitutiva, imponendo così di fatto la prova del contrario al convenuto, senza per questo, tuttavia, mutare la natura del fatto in impeditiva. L'individuazione della natura del fatto è dunque *"nur eine Vorfrage"*, che da sola non è sufficiente a sciogliere il nodo del riparto dell'onere della prova. Si veda, in particolare, D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen* cit., specie pp. 69-70. Nella dottrina italiana, il riferimento è ovviamente a G. VERDE, *L'onere* cit., specie p. 154. Al di là della differente impostazione sul piano dogmatico, tuttavia, entrambe le teorie constatano l'insufficienza, ai fini del riparto dell'onere, della semplificazione analitica della fattispecie, che deve essere integrata da criteri di carattere extragiuridico, operino essi nel senso di individuare il fatto impeditivo (come vogliono i "funzionalisti") o invece di sceverare la parte effettivamente onerata della prova, a prescindere dalla natura del fatto (secondo la prospettiva "strutturalista"). Perfino un convinto difensore della nozione strutturale, infatti, è giunto ad affermare come in molti casi "sembra inutile chiedersi se di volta in volta il modello operativo sia stato quello del fatto impeditivo (...) ovvero quello della presunzione" (G. VERDE, *L'onere* cit., p. 377). In linea generale, tuttavia, detto Autore non ammette che criteri di carattere metagiuridico possano fungere da strumenti di individuazione della natura impeditiva del fatto, e li trasfonde nelle cd. presunzioni giurisprudenziali, che impongono al convenuto la prova contraria del fatto costitutivo presunto (*op. cit.*, pp. 222-3).



interpretativo-assiologico, ricollegandosi, per taluni aspetti, all'insegnamento di Wach<sup>45</sup>. Si tratta, dunque, non tanto di procedere sul terreno della semplificazione analitica della fattispecie, quanto piuttosto di sceverare il criterio metagiuridico che ha ispirato il legislatore nella posizione della norma, e alla luce di esso individuare il corretto riparto dell'onere della prova<sup>46</sup>.

Tale tesi ha trovato definitiva consacrazione nella *Sachgründelehre* di Hanns Prütting, basata sull'analisi del criterio sostanziale giustificativo della scelta legislativa in relazione all'allocazione dell'onere. Il fatto impeditivo, spogliato di ogni autonomia strutturale, è dunque da individuarsi sulla base di un'interpretazione di carattere storico, sistematico e teleologico, ripartendo l'onere della prova alla luce di quel criterio extragiuridico che, tra i vari valori in conflitto, risulta essere stato prediletto dal legislatore nella posizione della norma (*in dubio pro ratione legis*)<sup>47</sup>. Proprio fra queste ragioni di fatto (*Sachgründe* appunto) troverebbe spazio la vicinanza della prova, la quale non è dunque, secondo questa impostazione, un canone ermeneutico, bensì semmai il risultato di un'interpretazione della norma sostanziale dalla quale emerge che il legislatore abbia inteso attribuire l'onere alla parte più prossima alla fonte di prova<sup>48</sup>. In questo senso, dunque, si vede come la vicinanza non sia l'unico criterio atto a risolvere i "casi dubbi", bensì uno fra quelli che, nel singolo caso, possono avere indotto il legislatore a distribuire in un certo modo l'onere della prova<sup>49</sup>.

I fautori della concezione funzionale, in ultima analisi, adottano una nozione meramente convenzionale del fatto impeditivo. Così, non vi è alcuna differenza tra fatto impeditivo, fatto presunto *et similia*, indicandosi pur sempre uno dei presupposti del diritto azionato, la cui assenza tuttavia, per ragioni "sostanziali" (difficoltà della prova, corrispondenza dei fatti allegati dall'attore alla normalità, esigenza di tutelare una parte debole etc.), deve essere provata dal convenuto.

Così sinteticamente riassunti tali – forse non inutili - presupposti teorici, è ora il caso di verificare se e in che misura la vicinanza della prova venga utilizzata nella prassi per individuare la parte astrattamente onerata della prova.

Nella giurisprudenza più recente, si registra un caso assai significativo di riparto dell'onere della prova in base al criterio della vicinanza in relazione alla dimostrazione della qualità di erede, in caso di riassunzione del processo nei confronti dei successori della parte defunta *ex art. 303 c.p.c.* In questo caso, atteso che dalla disposizione richiamata non è possibile desumere alcun indice idoneo a chiarire la natura (costitutiva o impeditiva) del *factum probandum*, la Corte di cassazione ricorre ad un'interpretazione dichiaratamente "funzionale"<sup>50</sup>, onerando della prova di detta circostanza la parte chiamata in giudizio, in quanto più prossima alla prova, pur non mettendo esplicitamente in discussione la natura costitutiva del fatto.

<sup>45</sup> Il celebre Maestro tedesco, in polemica con i sostenitori della cd. *Satzbaulehre*, i quali ritenevano che il problema del riparto dell'onere fosse sempre risolvibile sulla base dell'analisi letterale delle norme, affermò che esso rappresenta invece una questione di interpretazione (*Auslegungsfrage*), da condurre alla luce di criteri ulteriori rispetto a quello sintattico (A. WACH, *Die Beweislast* cit., p. 377).

<sup>46</sup> "L'imposizione ad un soggetto del rischio per la mancata prova può essere fondata sull'*id quod plerumque accidit*, ma può anche essere dettata da un favor iuris per un dato soggetto o dalla preoccupazione di non gravare una delle parti di un carico di difficile adempimento" (R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., p. 412).

<sup>47</sup> H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 264. La tesi in discorso ha poi trovato accoglimento dello *Handbuch der Beweislast* cit., pp. 595 ss.

<sup>48</sup> Come si è già avuto modo di sottolineare, la tesi "strutturalista" nega che i criteri metagiuridici possano trovare utilizzo in relazione all'individuazione della natura costitutiva o impeditiva del fatto, rilevando solo in un secondo momento, sul piano della valutazione delle prove, e dunque della formazione del convincimento giudiziale.

<sup>49</sup> H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., p. 264. Nello stesso senso, già più di un secolo prima, si esprimeva W. LAGENBECK, *Die Beweisführung* cit., p. 271: "*wähne man nicht, daß die Sache [il riparto dell'onere della prova] mit Formulierung eines einzigen Satzes abgethan sei, unter welchen sich alle möglichen in der Praxis vorkommenden Fälle mit Leichtigkeit bringen ließen*".

<sup>50</sup> Cass. 6 luglio 2020, n. 13851, punto 3.4 della motivazione. Da ultimo si veda Cass. 31 maggio 2025, n. 14668: "In base al principio di vicinanza della prova, qualora la controparte abbia convenuto in giudizio il chiamato all'eredità della parte deceduta, spetterà al chiamato dimostrare di non aver assunto la qualità di erede, dunque di non aver accettato l'eredità".

Questo esito interpretativo può essere variamente ricostruibile sul piano dogmatico. Chi difende l'autonomia del fatto impeditivo sul piano strutturale, ravvisa in quest'ipotesi la creazione di una presunzione giurisprudenziale da parte del giudice, che finisce per invertire il contenuto della regola di giudizio, senza mutare tuttavia la natura costitutiva del fatto<sup>51</sup>. Al contrario, volendo seguire la prospettiva "funzionalista", come d'altronde afferma la sentenza in questione, può ritenersi che la assenza della qualità di erede rappresenti una circostanza impeditiva della valida instaurazione del rapporto processuale. Secondo la tesi che si è cercato di illustrare, infatti, dire che il fatto ha carattere impeditivo, o che esso è costitutivo ma l'onere della prova (contraria) grava sul convenuto, è del tutto indifferente<sup>52</sup>. Ad ogni modo, è forse opportuno sottolineare come, in questo caso, si discutesse del riparto dell'onere in relazione ad una fattispecie di diritto processuale, e non sostanziale. Mentre gli Autori del Codice civile hanno spesso inserito nelle norme degli indicatori, più o meno espliciti, per scervere la natura del fatto, probabilmente lo stesso non può affermarsi in relazione al Codice di rito<sup>53</sup>. In questo senso, potrebbe apparire maggiormente comprensibile il ricorso a criteri metagiuridici, come la vicinanza della prova, in assenza di precisi indici di carattere propriamente normativo.

Nella maggior parte dei casi in cui il criterio della vicinanza è richiamato, tuttavia, esso sembra avere un'incidenza alquanto limitata sul riparto dell'onere della prova. In molte pronunce, infatti, la motivazione si basa sul tradizionale criterio dell'individuazione dei presupposti fattuali dell'effetto giuridico invocato dalla parte, in relazione alla struttura delle norme. In questi casi, la vicinanza della prova sembra piuttosto un argomento *ad abundantiam*, che si aggiunge a corroborare le ragioni basate sull'applicazione del criterio tradizionale. Si pensi al celebre arresto delle Sezioni Unite in materia di riparto dell'onere della prova dei vizi in relazione alle azioni edilizie, questione risolta in base all'analisi della fattispecie normativa e che solo incidentalmente richiama il criterio della vicinanza<sup>54</sup>. Lo stesso sembra potersi dire con riferimento alla garanzia *ex art. 1668 c.c.* in materia di appalto<sup>55</sup> alla prova della procura<sup>56</sup>. In queste ipotesi,

<sup>51</sup> R. MAZZARIOL, *Fatti costitutivi e vicinanza della prova*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 18, febbraio 2023, p. 587: "ferma restando la qualificazione del fatto, lo si considera semplicemente esistente a vantaggio di chi si trova nella sostanziale e incolpevole impossibilità di dimostrarlo". Per questo Autore, dunque, la vicinanza della prova in questo caso comporta "un'eccezione alla regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c." che non incide sulla natura del fatto.

<sup>52</sup> R. SACCO, *Presunzione natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova* cit. p. 418.

<sup>53</sup> Ad avviso di H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit. p. 290 ss., la quadripartizione degli elementi della fattispecie è un presupposto implicito della attività di creazione delle norme (*entspricht einem sachlogischen Zwang*), operando a prescindere dalla consapevolezza del legislatore, la quale influisce soltanto sul grado di facilità, per l'interprete, di individuare correttamente la natura del fatto. Secondo questa prospettiva, dunque, il legislatore disciplina l'onere della prova anche quando non è consapevole di farlo (*op. cit.*, p. 291).

<sup>54</sup> Ci si riferisce alla celebre Cass. Ss. Uu. 26 marzo 2019, n. 19028 (sulla quale si veda A. GIUSSANI, *Sulla "vicinanza" della prova del vizio di cosa venduta*, in *Riv. dir. proc.* 2020, pp. 1320 ss.), che attribuisce al compratore-attore l'onere della prova del vizio sulla base del rilievo che esso costituisce elemento costitutivo delle pretese avanzate *ex art. 1492 c.c.*, aventi carattere autonomo rispetto agli obblighi che il venditore assume in forza del contratto ai sensi dell'art. 1476 c.c. Il criterio di vicinanza della prova, infatti, è richiamato solo a partire dal punto 29 della motivazione. Nello stesso senso opina L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., pp. 348-9, il quale afferma che la pretesa redibitoria o estimatoria del compratore esorbita da quella di esatto adempimento del contratto. Per questa ragione, la sussistenza del vizio va intesa quale presupposto dell'autonomo diritto ad ottenere la risoluzione o la riduzione del prezzo.

<sup>55</sup> Cass. 23 gennaio 2025, n. 1710 riguarda il problema dell'onere della prova in ipotesi di domanda di garanzia per difetti dell'opera proposta in via riconvenzionale dal committente convenuto dall'appaltatore per il pagamento del corrispettivo. La questione viene risolta individuando nel vizio dell'opera un elemento costitutivo della pretesa *ex art. 1668*, cioè desumendosi "dalla posizione processuale assunta dall'appaltante con riferimento alla domanda dell'artefice di pagamento del compenso", dunque con esplicito riferimento al ben noto criterio teorizzato da Gian Antonio Micheli. Nell'economia della motivazione il criterio della vicinanza della prova ha una rilevanza ben modesta. Vedasi anche Cass. 02 marzo 2015, n. 4161; Cass. 15 marzo 2004 n. 5250.

<sup>56</sup> È significativa, in tal senso, Cass. 10 aprile 2024, n. 9679. Nel caso in cui il terzo contraente agisca contro il rappresentante per l'esecuzione del contratto da questi concluso, è onere proprio di tale asserito rappresentante dimostrare il conferimento del potere rappresentativo, di modo da imputare gli effetti del negozio all'asserito rappresentante. Questo perché la procura, invocata dal convenuto, è una fattispecie negoziale diversa rispetto a quella posta a base della pretesa attorea, il cui effetto è quello di porre nel nulla la domanda rivolta nei confronti del rappresentante. Afferma testualmente la pronuncia che "nella fattispecie, la sussistenza del potere di rappresentanza, ai fini di inibire la

dunque, i giudici si limitano a sottolineare come l'esito interpretativo ottenuto mediante il criterio formale coincida con il valore sostanziale di non onerare la parte di una prova troppo difficile.

Sono infine numerosi i casi dubbi che vengono risolti in modo invero contrastante con il criterio della vicinanza della prova. In materia di procedure concorsuali, ad esempio, grava sul creditore istante l'onere di provare i presupposti del diritto alla prededuzione delle somme, quand'anche essi siano riferibili alla sfera del soggetto sottoposto alla liquidazione<sup>57</sup>. In caso di azione di ripetizione dell'indebitto, pur riferendosi la buona fede alla sfera soggettiva del convenuto, è l'attore che deve provare la mala fede di costui al fine di ottenere i frutti dovuti dal giorno del pagamento<sup>58</sup>. Ancora, il terzo contraente che agisce contro il rappresentato per l'adempimento del contratto stipulato con il rappresentante deve provare l'esistenza della procura, quale elemento costitutivo della propria pretesa, sebbene il convenuto sia sicuramente più vicino alla prova dell'avvenuto conferimento del potere rappresentativo<sup>59</sup>.

Alla luce di tali osservazioni, pur frutto di un'analisi indubbiamente frammentaria e lacunosa della giurisprudenza, pare potersi dire che il rilievo della vicinanza della prova in relazione al riparto dell'onere della prova non meriti di essere troppo enfatizzato. Sono numerosi, infatti, i casi incerti che vengono risolti in base all'applicazione di criteri contrastanti con la prossimità della prova, o in cui essa è richiamata solo incidentalmente. Nelle ipotesi in cui, invece, la vicinanza è decisiva per l'individuazione della parte onerata, l'operazione interpretativa del giudice è ricostruibile tanto in termini di attribuzione di carattere impeditivo al fatto bisognoso di prova (secondo la tesi "funzionalista"), quanto come inversione del contenuto della regola di giudizio, magari in base ad una "presunzione giurisprudenziale", senza mettere pertanto in discussione il carattere costitutivo del fatto (seguendo la prospettiva "strutturalista").

## 2.2 Vicinanza della prova ed oneri di allegazione e contestazione

Proseguendo nell'analisi, è opportuno meditare sui riflessi della vicinanza della prova in relazione all'allegazione e alla contestazione dei fatti giuridici. Infatti, mentre da noi il criterio della vicinanza è, in linea tendenziale, approcciato assumendo la prospettiva dell'onere della prova, in altri ordinamenti affini al nostro, ed in particolare in Germania, si è sottolineato come la difficoltà probatoria rilevi primariamente in un momento logicamente e cronologicamente anteriore all'istruttoria, ossia in quello dell'affermazione e della negazione dei fatti. L'attore "lontano" dalla prova, infatti, avrà difficoltà ad effettuare allegazioni specifiche, come d'altronde il convenuto male informato sui fatti non

---

pretesa restitutoria, ha assunto il ruolo di fatto impeditivo della pretesa medesima". Il criterio della "vicinitas della prova" viene richiamato solo incidentalmente e in modo non decisivo. Si vedano altresì Cass. 21 luglio 2020, n. 15454; Cass. 17 dicembre 1981, n. 6689.

<sup>57</sup> Cass. 31 novembre 2024, n. 28150, in particolare punti 13 e 14 della motivazione.

<sup>58</sup> Cass. 16 febbraio 2018, n.3912; Cass.7 maggio, 2024, n. 12362: "la buona fede è, infatti, presunta per principio generale, sicché grava sul *solvens*, che intenda conseguire gli interessi dal giorno del pagamento, l'onere di dimostrare la malafede dell'*accipiens* all'atto della ricezione della somma non dovuta, quale consapevolezza della insussistenza di un suo diritto a conseguirla". In realtà, come notato da R. SACCO, *La presunzione di buona fede* cit., al di fuori dell'ambito dei diritti reali non è opportuno parlare di una presunzione generale di buona fede, dovendo il problema essere impostato su basi diverse. Nota tuttavia tale Autore (*op. cit.*, p. 14) che, se si applicasse il criterio della vicinanza della prova, si giungerebbe all'esito paradossale di presumere sempre la mala fede, visto che lo stato psicologico rilevante è riferibile al convenuto, il quale si vedrebbe conseguentemente gravato della prova della propria buona fede. Leo ROSENBERG (*Die Beweislast* cit., p. 331) risolve la questione, invero sorprendentemente, sulla base della dottrina delle negative: essendo la buona fede un fatto psicologico negativo, in quanto ignoranza di qualcosa, nella maggior parte dei casi è la mala fede ad essere tema di prova ("*in den meisten Fällen ist die Kenntnis (die fahrlässige Unkenntnis) Beweisthema, nicht die Negative Unkenntnis*").

<sup>59</sup> Si veda la già citata Cass. 10 aprile 2024, n. 9679, che distingue a seconda che il terzo contraente agisca contro il rappresentante o il rappresentato: "Per contro, nell'ipotesi inversa in cui il terzo agisca contro il rappresentato e quest'ultimo contesti l'esistenza dei poteri rappresentativi in capo a colui che ha agito, per suo conto e in suo nome, l'onere della prova circa l'esistenza dei poteri in questione incombe sul terzo contraente che pretenda di addossare sul rappresentato gli effetti del contratto concluso a suo nome, quale fatto costitutivo della pretesa azionata".

sarà in condizione di contestare le affermazioni del domandante in modo puntuale<sup>60</sup>. È dunque opportuno valutare in che misura il criterio della vicinanza della prova venga in rilievo in relazione a tali profili.

In primo luogo, è principio acquisito tanto in giurisprudenza<sup>61</sup>, quanto in dottrina<sup>62</sup>, che l'onere di contestazione del convenuto *ex art. 115 c.p.c.* non opera qualora i fatti controversi siano a costui ignoti. La parte lontana dalla prova, dunque, non ha alcuna necessità di negare le affermazioni dell'attore, il quale, da parte sua, non sarà dispensato dall'onere di provare i fatti da lui allegati, che non potranno considerarsi pacifici. L'asimmetria informativa a pregiudizio del convenuto, in questi casi, produce pertanto una vera e propria *relevatio ab onere infitiandi*.

In alcuni altri casi, prevalentemente concentrati nell'ambito giuslavoristico, la vicinanza alla prova dell'attore comporta per questi un onere di allegazione "aggravato". Si consideri, ad esempio, l'ipotesi dell'impugnazione, da parte del lavoratore, del licenziamento dovuto a sopravvenuta inidoneità fisica allo svolgimento della mansione. Il lavoratore che chieda di essere "ripescato", ovvero assegnato ad altre mansioni, avrà l'onere di allegare l'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli potrebbe utilmente prestare la propria opera. L'onere della prova del datore, dunque, non riguarderà l'inesistenza di qualsiasi possibilità di ricollocamento del lavoratore licenziato, ma sarà diretta a confutare solo quanto allegato dal ricorrente<sup>63</sup>.

Ancora, il lavoratore che pretende di aver subito un demansionamento ha l'onere di indicare le mansioni inferiori alle quali è stato adibito, di modo che la prova del datore sarà limitata alla mera confutazione di quanto allegato<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> W. LAGENBECK, *die Beweisführung* cit., p. 216, ritiene che la differenza tra onere di contestazione e prova derivi dall'antica struttura bifasica del processo di diritto comune tedesco. Nella prima fase (*Vorverfahren*) si svolgevano le allegazioni dei fatti, che avevano lo scopo di delimitare il *thema probandum* e permettere al giudice di individuare la parte onerata della prova. Nel processo vero e proprio, invece, si svolgeva l'istruttoria, nell'ambito della quale la parte onerata doveva fornire la prova.

<sup>61</sup> È frequente l'affermazione per cui "l'onere di contestazione - la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova - sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per quelli ad essa ignoti" (Cass. 15 febbraio 2023, n.4681). Si vedano anche Cass. 16 gennaio 2026, n. 924; Cass. 16 gennaio 2026, n. 927; Cass. 12 febbraio 2026, n. 3097; Cass. 22 settembre 2025, n. 25900. Tuttavia, il fatto non contestato è da considerarsi pacifico qualora esso fosse sì sconosciuto, ma conoscibile attivandosi con l'ordinaria diligenza: "il rigore di tale principio, peraltro, conosce una parziale e ragionevole attenuazione là dove filtrato dalla valorizzazione dei doveri di sollecitudine e di diligenza esigibili nei confronti della parte nei confronti della quale il principio di contestazione è invocato, sicché quest'ultimo dovrà ritenersi certamente applicabile in relazione a quei fatti che, non solo fossero effettivamente conosciuti, ma fossero altresì (o almeno) conoscibili dalla controparte con l'uso dell'ordinaria diligenza, sì che la circostanza non nota per la quale deve ritenersi inoperante il principio di non contestazione sarà solo quella che fuoriesce dalla sfera di controllo dell'interessato, ma non quella da costui solo accidentalmente non conosciuta" (Cass. 14 gennaio 2026, n. 762).

<sup>62</sup> G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, V edizione, vol. II, Cacucci, Bari, 2019, p. 115, secondo il quale il principio si giustifica "non essendo esigibile che la parte fornisca una propria versione di fatti che non conosce ed ai quali è estranea".

<sup>63</sup> Cass. 16 maggio 2016, n. 10018: "la giurisprudenza di questa Corte è consolidata nell'affermare che, sebbene gravi sul datore di lavoro l'onere della prova della impossibilità del reimpiego, si deve esigere dal lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento del possibile *repechage*, mediante la allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato". E poco dopo si legge: "In tal caso il datore di lavoro assolverà l'onere della prova sullo stesso gravante dimostrando, nei limiti delle allegazioni della controparte, o la indisponibilità dei posti lavorativi o di avere prospettato al lavoratore il demansionamento ed il trasferimento senza ottenere il suo consenso". Tale orientamento è poi mutato: si vedano le considerazioni di E. GRAGNOLI, *Il licenziamento*, in AA. VV., *L'onere della prova*, Wolters Kluwer, Milano, 2024, pp. 911 ss.

<sup>64</sup> App. Catanzaro 29 luglio 2021, n. 858: "a ciò si aggiunga la considerazione che, comunque, spetta al lavoratore-creditore allegare l'inesattezza dell'adempimento della controparte datoriale e dunque, nel caso di adibizione a mansioni inferiori a quella della propria qualifica, indicare quali siano i compiti di cui egli assume il carattere dequalificante. E l'onere della prova dell'esatto adempimento, che grava sul datore di lavoro-debitore, è logicamente successivo a quello di allegazione che si sostanzia nell'indicazione dei compiti che il lavoratore denuncia dequalificanti. Se, perciò, il lavoratore non assolve al suo onere di allegazione, non scatta l'onere della prova del datore di lavoro". In dottrina v. F. DE MICHIEL, *Svolgimento di mansioni superiori, dequalificazione professionale e mobbing*, in AA. VV., *L'onere della prova* cit., ad avviso della quale le corti richiedono al lavoratore "non già una generica allegazione dell'illegittima adibizione a mansioni non equivalenti, bensì la specifica e tempestiva deduzione delle circostanze di essa, dunque la puntuale descrizione delle mansioni asseritamente inferiori e il confronto tra queste

In questi casi, al fine di evitare al datore una prova (negativa) troppo gravosa, si restringe il *thema probandum* imponendo al ricorrente di specificare i fatti secondari che sarà onere del resistente smentire.

Più difficile, invece, è individuare dei casi in cui la difficoltà della prova per l'attore comporta un'attenuazione dell'onere di allegazione e un contestuale rafforzamento dell'onere di contestazione gravante sul convenuto. Si tratta dell'interessante fenomeno processuale noto al giurista tedesco come *sekundäre Behauptungslast* (talvolta anche *sekundäre Darlegungslast*), ossia onere di allegazione secondario<sup>65</sup>. In quel Paese, infatti, è frequente che il giudice permetta alla parte lontana dalla prova di affermare solo genericamente i presupposti del proprio diritto, gravando sulla parte convenuta la necessità di indicare le specifiche circostanze che l'attore dovrà provare, smentendole<sup>66</sup>. Così, l'asimmetria informativa è risolta non sul piano dell'allocazione dell'onere della prova, ma attraverso la delimitazione dell'oggetto della prova stessa. Tale conformazione del *thema probandum*, pur indirettamente cagionata dal giudice<sup>67</sup>, è pur sempre il frutto del gioco delle reciproche allegazioni e contestazioni delle parti, per cui non sussiste il rischio di "sorprese".

In Italia, una dottrina ha prospettato qualcosa di simile in relazione alla prova della subordinazione: graverà pertanto sul datore resistente l'onere di fornire, in sede di contestazione della generica affermazione del ricorrente, informazioni sull'oggetto e le dimensioni dell'impresa, che sarà compito del lavoratore, onerato della prova, confutare<sup>68</sup>.

---

e quelle di provenienza" ciò essendo funzionale "al rispetto del principio del contraddittorio, altrimenti frustrato dalla mera allegazione del demansionamento" (p. 1024).

<sup>65</sup> Nella dottrina italiana si veda M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 394-5. Nella dottrina tedesca G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 503 e specialmente note 48 e 49 per esempi tratti dalla prassi giurisprudenziale. Critico rispetto all'individuazione di una figura autonoma che si sovrapponga all'onere di contestazione del convenuto è M. RUST, *Die Substantiierungslast* cit., pp. 177 ss.

<sup>66</sup> Un celebre caso di applicazione di tale istituto è la cd. *Montezuma-Entscheidung* (*Bundesgerichtshof*, 29 gennaio 2009, n. 18). L'attore, avendo riscoperto e dato alle stampe la partitura dell'opera *Montezuma* di Antonio Vivaldi, agiva contro l'organizzatore di un concerto per chiedere il pagamento dell'emolumento dovuto in ragione dell'esecuzione di detta composizione, sulla quale egli riteneva di vantare i diritti d'autore. A seguito della contestazione del convenuto, egli avrebbe avuto l'onere di provare che, dalla prima esecuzione veneziana del 1733 fino al momento della proposizione della domanda, la partitura non fosse mai stata pubblicata. Per attenuare tale notevole difficoltà probatoria, la corte suprema tedesca ha imposto al convenuto di allegare quando e dove essa sarebbe stata oggetto di pubblicazione, potendosi limitare l'attore, onerato della prova, a dover smentire dette circostanze. In dottrina molto critico M. RUST, *Die Substantiierungslast* cit., pp. 169 ss.

<sup>67</sup> Esso è infatti riconducibile alla *materielle Prozessleitung* di cui al § 139 ZPO, su cui v. D. LEIPOLD, *sub* §139, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, Band 3, pp. 237 ss.

<sup>68</sup> In relazione alle dimensioni e all'oggetto sociale dell'impresa, infatti, si afferma che "pur non invertendo l'onere probatorio, la sola deduzione di questi fatti attiva, a carico del soggetto convenuto, quello di puntuale contestazione, che spesso è difficilmente compatibile, rispetto alla posizione lavorativa dedotta in giudizio, con la negazione quale mera difesa. In questo senso l'onere di contestazione, che va assolto per evitare che il fatto sia considerato pacifico, attenua la rigidità della regola di ripartizione per cui l'onere di provare il fatto impeditivo sorge solo a fronte della prova di quello costitutivo della domanda avversaria" (G. FRANZA, *L'onere della prova della subordinazione*, in AA. VV., *L'onere della prova* cit., p. 802). In tema si veda Cass. Ss. Uu. 10 gennaio 2006, n. 141. Un caso interessante di manipolazione degli oneri di allegazione si rinviene nel processo amministrativo, in relazione all'impugnazione del provvedimento per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi del secondo comma dell'art. 21 *octies* l. 241/1990. La norma prevede che l'amministrazione resistente, al fine di salvare la validità del provvedimento, debba dimostrare che, in concreto, esso non avrebbe potuto avere un contenuto diverso. Al netto della difficoltà di tale prova, la giurisprudenza impone al ricorrente di allegare quali informazioni egli avrebbe introdotto nel procedimento, nel caso in cui avesse ricevuto la comunicazione. L'onere della prova dell'amministrazione, dunque, sarà diretto solo a dimostrare l'irrilevanza di tali elementi conoscitivi ai fini della determinazione del contenuto del provvedimento: v. Cons. Stato n. 3786/2008; 2737/2009; in dottrina E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, XXIV edizione, Giuffrè, Milano, 2022, p. 794. Con riferimento alle eventuali conseguenze desumibili dal mancato soddisfacimento dell'onere di allegazione secondario, si veda Cass. Ss. Uu. 23 gennaio 2002, n. 761, la quale distingue tra fatti primari, i quali, in mancanza contestazione, si considerano pacifici, e fatti secondari, la cui mancata contestazione da parte del convenuto comporta unicamente la possibilità, per il giudice, di desumere da detta condotta argomenti di prova in ordine alla loro sussistenza.

Alla luce di quanto esposto, si deve riconoscere come il criterio della vicinanza della prova spieghi una certa incidenza sugli oneri di affermazione e negazione dei fatti. Mentre in altri ordinamenti si tende ad alleviare l'onere di allegazione dell'attore lontano dalla prova, da noi è soprattutto il convenuto ad essere facilitato dal giudice, vuoi esonerandolo dalla contestazione delle affermazioni avversarie relative a fatti a lui ignoti, vuoi imponendo all'attore un onere di allegazione più specifico, che ha l'effetto di restringere l'oggetto della prova contraria che dovrà essere fornita da chi si difende.

### 2.3 Vicinanza della prova e inferenze probatorie

Il criterio della vicinanza della prova è spesso richiamato in relazione alla prova del nesso di causalità e della colpa nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Pur essendo indubbio che tali circostanze siano elementi costitutivi del diritto al risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*, non si può negare che talvolta tale prova possa risultare alquanto ardua per l'attore, specie qualora i presupposti della responsabilità esorbitino rispetto alla propria sfera di conoscenza diretta. Per alleviare tale difficoltà, la prassi ha elaborato dei meccanismi di semplificazione probatoria, giustificati alla luce della "lontananza" del danneggiato dalla prova.

Ci si limiterà a richiamare due esempi desunti dalla recente giurisprudenza.

In un caso di responsabilità medica per morte della paziente, causata da un'infezione nosocomiale, ossia contratta nella struttura sanitaria, l'attore ha l'onere di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento, tra cui la colpa del danneggiante. Tuttavia, in ossequio al principio della vicinanza della prova, egli è ammesso a provare tale circostanza avvalendosi di presunzioni semplici, alla luce dei criteri evidenziati dalla giurisprudenza<sup>69</sup>.

A fronte della richiesta risarcitoria avanzata dalla madre nei confronti del medico, in ragione della nascita "indesiderata" di un figlio affetto da handicap, le Sezioni Unite ritengono che gravi sull'attrice l'onere di provare che, qualora ella fosse stata per tempo informata dal sanitario circa l'invalidità del nascituro, avrebbe espresso la volontà di abortire<sup>70</sup>. Essendo tale prova, relativa ad un fatto psicologico, talmente difficile da rasentare l'impossibile, la giurisprudenza, in applicazione del principio di vicinanza della prova, ammette il ricorso a presunzioni semplici, specificando, in via generale, i fatti indizianti che legittimano l'inferenza rispetto al *factum probandum*<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Cass. 30 dicembre 2024, n. 35062. I criteri da utilizzare per l'inferenza probatoria vengono così specificati: "l'accertamento della responsabilità della struttura sanitaria dev'essere effettuato sulla base dei criteri temporale (relativo al numero di giorni trascorsi dopo le dimissioni dall'ospedale prima della contrazione della patologia), topografico (correlato all'insorgenza dell'infezione nel sito chirurgico interessato dall'intervento, in assenza di patologie preesistenti e di cause sopravvenute eziologicamente rilevanti, da valutarsi secondo il criterio della cd. probabilità prevalente) e clinico (in ragione del quale, a seconda della specificità dell'infezione, dev'essere verificato quali misure di prevenzione sarebbe stato necessario adottare da parte della struttura sanitaria)". Tali facilitazioni probatorie nell'ambito della responsabilità medica sono diffuse anche nella prassi giurisprudenziale di altri paesi: si confronti, in particolare, la dottrina tedesca del *grober Behandlungsfehler* (v. G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, specie p. 275) e quella spagnola del *daño desproporcionado* (v. N. FACHAL NOGUER, *Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas*, in X. LLUCH, J. PICÓ I JUNOY, *Objeto y Carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 193 e ss.).

<sup>70</sup> Cass. Ss. Uu. 22 settembre 2015, n. 25767.

<sup>71</sup> Si afferma, infatti, che è possibile ricostruire la sussistenza dei suddetti fatti, "sulla base non solo di correlazioni statisticamente ricorrenti, secondo l'*id quod plerumque accidit*... ma anche di circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche emergenti dai dati istruttori raccolti", tra i quali, ad esempio, "il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro; le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio; pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto" (Cass. 27 gennaio 2025, n. 1903).

In tali ipotesi, è evidente che l'applicazione del criterio della vicinanza non incide sul riparto dell'onere della prova in senso tecnico. Infatti, non viene messa in dubbio né la natura costitutiva della colpa, né che il rischio dell'incertezza in ordine a tale circostanza gravi sull'attore, nonostante la difficoltà della prova<sup>72</sup>.

Secondo una prima ricostruzione, questa facilitazione probatoria si risolverebbe una riduzione dello standard di prova. A fronte della difficoltà della dimostrazione della colpa, il giudice si accontenterebbe così di un grado di conferma dell'inferenza logica piuttosto basso, di modo da attenuare l'asimmetria probatoria fra le parti. È stato infatti osservato che lo standard di prova non può essere determinato una volta e per tutte in astratto, essendo esso inerente all'oggetto dell'accertamento giudiziale, e dunque da modulare in relazione ai fatti che costituiscono il *thema probandum*<sup>73</sup>.

Ad avviso di un'altra tesi, in questi casi la facilitazione probatoria non differisce sostanzialmente da una presunzione semplice, di cui all'art. 2729 c.c. Per attenuare la difficoltà dell'onere, i giudici individuano dunque dei fatti secondari, dimostrati i quali si deve ritenere provato, secondo i dettami dell'esperienza, anche il fatto principale<sup>74</sup>. In questo senso, i giudici tendono ad enucleare categorie generali di fatti indizianti, che si atteggiano a base tipica dell'inferenza probatoria (*Vermutungsbasis*). È opportuno sottolineare come tali presunzioni differiscano significativamente dalle cd. "presunzioni giurisprudenziali". Mentre nei casi sopra esposti, infatti, la presunzione opera solo allorché sia fornita la prova del fatto indiziante, le "presunzioni giurisprudenziali" realizzano una vera e propria inversione dell'onere della prova<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Di ciò è ben consapevole la giurisprudenza: "Né, in tal modo, si avrebbe un'inversione dell'onere della la prova, poiché se l'elemento costitutivo della responsabilità da fatto illecito (nel nostro, caso la 'colpa' della struttura sanitaria) "non risulta provato o sulla base della documentazione di cui ha l'esclusiva disponibilità il convenuto, che era tenuto a predisporla, ovvero perché il giudice di merito ritiene che nel caso concreto non sussistano le condizioni di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., fondate sulla mancata produzione di tale documentazione, opera pur sempre il principio di cui all'art. 2967 c.c.": con la conseguenza che la domanda del danneggiato andrebbe rigettata, mentre, se fosse operante un'inversione dell'onere probatorio, la domanda stessa andrebbe accolta" (Cass. 30 dicembre 2024, n. 35062).

<sup>73</sup> La determinazione dello standard nel caso concreto, infatti, "*ist daher nicht die Folge der verwendeten Theorie, sondern eine Eigenschaft, die dem Prozess der Sachverhaltsfeststellung inhärent ist*" (M. BRINKMANN, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München, 2005, p. 70). In questo senso, è stato proposto di facilitare la posizione dell'attore attraverso una gradazione dello standard di prova (*Abstufung des Beweismaßes*) in relazione alla difficoltà della prova stessa (G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., p. 96). La dottrina svizzera, nello stesso senso, parla di gradazione della certezza ("*Abstufung von Gewissheit*": H. SCHMID, *sub* art. 8, in H. Hansell, N. P. Vogt, T. Geiser (a cura di), *Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch*, I Band, III Auflage, Helbig Lichtenham, Basel, 2006, p. 110).

<sup>74</sup> L'analisi non può non giovare degli studi, apparsi negli ultimi anni, relativi al fenomeno dell'*Anscheinsbeweis*, tecnica di facilitazione probatoria basata sulla corrispondenza dei fatti allegati dall'attore all'*id quod plerumque accidit*. Oggi è minoritaria la tesi che ravvisa in tale fenomeno una riduzione dello standard di prova, venendo esso vieppiù ricondotto alle presunzioni semplici: G. BAUMGÄRTEL, H. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., p. 312; H. J. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen des Beweisrechts*, C. H. Beck, München, 1984, pp. 82 ss.; H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., in particolare p. 111 (dove si afferma che la riduzione dello standard di prova deve essere sempre desumibile dalla legge, non dipendendo essa dalla difficoltà della prova o dalla verosimiglianza dei fatti allegati); G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., pp. 160 ss. Nella dottrina italiana v. M. FRANZONI, *La "vicinanza della prova"* cit., p. 368 "se c'è una presunzione questa opera in applicazione della regola legale, che la connota come prova critica, non servirebbe aggiunger alcunché in punto di vicinanza della prova". Tale tesi sembra essere sposata dalla giurisprudenza, ad avviso della quale "il consentito ricorso al principio della vicinanza della prova (...) permette al danneggiato di fornire la prova della responsabilità della struttura sanitaria in base alle presunzioni semplici" (Cass. 30 dicembre 2024, n. 35062).

<sup>75</sup> Tale distinzione rispecchia quella, ben nota soprattutto in Germania, tra *echte* e *unechte Vermutungen* (sulle quali v. L. RONSENBERG, *Die Beweislast* cit., pp. 206 ss.): solo le prime presuppongono la prova del fatto indiziante, mentre le seconde operano *ex lege*; nella dottrina italiana v. M. GARAVAGLIA, *La ripartizione dell'onere della prova nel processo civile* cit., p. 75: "la parte agevolata da una presunzione "propriamente detta", diversamente da quella favorita da una "presunzione imperfetta", non può ritenersi un alcun modo *sgravata* dall'onere stesso; così che, se nonostante le agevolazioni essa non riesce ad assolvere il suo onere probatorio, la sua pretesa verrà rigettata nel merito in applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova" (corsivo dell'Autore). Un esempio di presunzione legislativa in senso proprio è fornito dal quarto comma dell'art. 4 d.lgs 216/2003 in materia di discriminazione, il quale prevede che "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto

Secondo una tesi intermedia, infine, in questi casi si sarebbe di fronte ad una presunzione semplice accompagnata da una riduzione dello standard di prova, che si limiterebbe alla verosimiglianza di quanto affermato dall'attore, in quanto corrispondente all'*id quod plerumque accidit*. Tale facilitazione probatoria avrebbe dunque natura ibrida, giacché, anche con riferimento alla *praesumptio hominis*, la misura della prova finirebbe per essere conformata dall'oggetto della stessa<sup>76</sup>.

Al di là dei dubbi relativi all'inquadramento teorico dell'istituto, il ricorso a siffatte tecniche di facilitazione probatoria pare fisiologicamente connaturato all'accertamento della colpa, quantomeno con riferimento alla responsabilità aquiliana. Dovendo infatti l'attore dimostrare che, qualora il convenuto avesse tenuto il comportamento alternativo diligente, il danno non si sarebbe verificato, non si vede come tale prova possa essere fornita, se non in modo indiretto, ossia introducendo nel processo circostanze ulteriori, dalle quali desumere la colpa del danneggiante<sup>77</sup>.

## 2.4 Vicinanza della prova e doveri di collaborazione fra le parti

Vi sono, infine, dei casi in cui la vicinanza della prova è richiamata per giustificare l'attribuzione, alla parte non onerata della prova, di un dovere di collaborazione all'istruttoria. Si pensi, ad esempio, al noto filone giurisprudenziale relativo all'obbligo di tenuta, da parte del medico, della cartella clinica: alla luce delle difficoltà probatorie del paziente, il sanitario è tenuto a produrre la cartella clinica in giudizio, dall'assenza o incompletezza della quale il giudice è legittimato a desumere argomenti di prova in ordine alla fondatezza della pretesa attorea<sup>78</sup>. L'imposizione di un siffatto

---

l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione". Ad avviso della giurisprudenza, tale norma non sarebbe meramente ripetitiva dell'art. 2729 c.c., comportando essa una facilitazione probatoria tale per cui l'attore, al fine di provare il nesso di causalità tra il fattore di rischio e la discriminazione, deve meramente dedurre "una correlazione significativa fra questi elementi che rende plausibile la discriminazione" (Cass. 02 gennaio 2020, n.1). Detta giurisprudenza, tuttavia, omette di prendere posizione sulla natura di tale alleggerimento probatorio, oscillando fra la tesi dell'inversione parziale dell'onere della prova (così, una volta provato il trattamento discriminatorio e il fattore di rischio, l'onere di smentire la sussistenza del nesso causale graverebbe sull'attore), quella dell'abbassamento dello standard di prova e quella della presunzione semplice, pur se priva dei requisiti di gravità, presunzione e concordanza (Cass. 27 settembre 2018, n. 23338). Ad ogni modo, in dottrina si sottolinea come la facilitazione probatoria presupponga pur sempre la prova della base indiziante della presunzione, giacché "l'inversione parziale dell'onere si attiva nel momento in cui il ricorrente riesce a fornire la prova anche di una sola porzione della fattispecie" (M. PERUZZI, *Le discriminazioni*, in *L'onere della prova* cit., p. 959). Anche con riferimento all'assai simile disposizione di cui al §22 AGG (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), si è ritenuto che possa trattarsi di un abbassamento dello standard di prova in relazione ad un elemento costitutivo della fattispecie, accompagnato da una contestuale inversione dell'onere della prova in relazione all'altro elemento (H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme* cit., pp. 335 ss.).

<sup>76</sup> C. METTLER, *Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess*, sui generis, Zürich, 2022, p. 155: "Bei natürlichen Vermutungen (per tali intendendosi, nel diritto elvetico, le presunzioni semplici) hängt das anwendbare Beweismass vom jeweiligen Beweisgegenstand ab".

<sup>77</sup> Esistono, tuttavia, dei casi in cui il ricorso a presunzioni semplici è utilizzato dalla giurisprudenza per rendere più difficile la prova dell'attore. Si prenda, ad esempio, Cass. 9 settembre 2025, n. 24934, relativa alla richiesta di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., da parte di Alitalia, nei confronti di alcune società fornitrici di carburante, le quali, attraverso un abuso di posizione dominante, avrebbero preteso dei corrispettivi non equi. Ebbene, in questo caso opera a sfavore del danneggiato una presunzione semplice, in forza della quale si ritiene che esso abbia traslato il prezzo eccessivamente oneroso sui consumatori finali (cd. *passing on*). Pertanto, Alitalia deve provare "di non aver ribaltato il costo delle fees ad essa parte richieste sui consumatori finali e, quindi, sui singoli acquirenti dei viaggi aerei dalla stessa compagnia gestiti"; poco più avanti si legge che "a tale conclusione occorrerebbe pervenire anche applicando il principio di "vicinanza della prova", sul presupposto che Alitalia, in quanto vettore aereo, era nella posizione più idonea a dimostrare di non aver trasferito i costi sui passeggeri". Si veda, tuttavia, l'art. 11 d. lgs. 3/2017 (non applicabile al caso in questione *ratione temporis*), il quale prevede che "il convenuto che eccepisce il fatto che l'attore ha trasferito in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante dalla violazione del diritto della concorrenza ha l'onere di provarlo anche chiedendo l'esibizione di prove all'attore o a terzi".

<sup>78</sup> Cass. 17 giugno 2024, n. 16737: "in tema di responsabilità medica, la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui anzi, in ossequio al principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato. Tali principi operano non solo ai fini dell'accertamento dell'eventuale colpa del medico, ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la sua condotta e le conseguenze dannose subite dal paziente". Si vedano anche Cass. 18 febbraio 2021, n. 4424, la quale specifica come detta incompletezza possa altresì coincidere con la mancata esecuzione di un test diagnostico, in difetto del quale è impossibile, per l'attore, la prova del nesso eziologico tra condotta del medico e peggioramento della malattia; Cass. 7 aprile 2022, n. 11320.

obbligo al medico è motivata facendo riferimento, oltre che alla vicinanza della prova, alla diligenza professionale di cui all'art. 1176 c.c., secondo comma, nonché al generale principio della correttezza di cui all'articolo precedente.

Il tema della cooperazione delle parti all'accertamento della verità è stato, negli ultimi anni, al centro di un acceso dibattito dottrinale. In linea generale, è possibile affermare che sono due le tesi a contendersi il campo. Mentre, infatti, alcuni Autori affermano la sussistenza di obbligo processuale di collaborazione all'istruttoria, autonomamente coercibile e di valenza generale<sup>79</sup>, altra parte della dottrina, fedele all'opinione tradizionale, riconosce un dovere siffatto solo nei casi in cui ciò sia desumibile da una previsione sostanziale<sup>80</sup>.

Ai fini che in questa sede interessano, è opportuno precisare che l'obbligo gravante sulla parte non onerata non interessa direttamente il piano del riparto dell'onere probatorio. La mancata collaborazione, infatti, non comporta l'inversione dell'onere della prova a danno del renitente, bensì la facoltà, per il giudice, di desumere argomenti di prova a suo danno ai sensi del secondo comma dell'art. 116 c.p.c.<sup>81</sup>. Il principio della vicinanza della prova, in questi casi, legittima dunque la parte onerata, priva di conoscenze in relazione al fatto bisognoso di prova, a pretendere la collaborazione dell'avversario, che dovrà fornire il proprio contributo all'accertamento dei fatti.

---

<sup>79</sup> Il principale fautore di questa tesi è Rolf Stürner, che negli anni Settanta del secolo scorso teorizzò l'obbligo processuale generale di chiarimento della parte non onerata (*allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht der nicht beweibelasteten Partei*): si veda R. STÜRNER, *Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess*, in *ZZP*, 1985, pp. 237 ss. Un obbligo siffatto non è mai stato accolto dalla giurisprudenza tedesca, ma trova invece riconoscimento nel processo civile austriaco, maggiormente sensibile al tema della collaborazione delle parti e del giudice nell'interesse dell'accertamento della verità materiale (J. C. T. RASSI, *Die Aufklärung- und Mitwirkungspflichten der nicht beweibelasteten Partei aus österreichischer Sicht*, in *ZZP*, 2008, pp. 165 ss.). Nella dottrina italiana, si veda M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., specialmente pp. 343 ss., anche per ampi riferimenti in chiave comparatistica. In generale, tale Autore si richiama all'art. 24 della Costituzione e ai doveri di solidarietà sociale, in un'ottica di responsabilizzazione della parte non onerata ed in netta opposizione alla "tanto esaltata concezione liberale del processo", la quale "esprime un liberalismo conservatore di stampo ottocentesco" e "trascura del tutto il problema della disparità dei mezzi di attacco e di difesa a disposizione dei litiganti" (*op. cit.*, p. 596). Favorevole al riconoscimento di un obbligo generale in tal senso è anche B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e Discovery*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>80</sup> In senso critico circa la configurabilità di un obbligo processuale di chiarimento nel processo civile tedesco si sono espressi G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., pp. 197 ss.; G. BAUMGÄRTEL, H. W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast* cit., pp. 492 ss.; H. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., pp. 137 ss. P. ARENS, *Zur Aufklärungspflicht der nicht beweibelasteten Partei im Zivilprozess*, in *ZZP* 1983, pp. 1 ss. mette in guardia contro la deresponsabilizzazione della parte onerata che conseguirebbe al riconoscimento di un obbligo siffatto, nonché rispetto all'imposizione di un dovere di precostituzione della prova in capo alla parte non onerata in relazione a circostanze che egli non avrebbe interesse provare. Non a caso, infatti, un celebre Studioso nostrano imputava tali "temperamenti" del principio dispositivo al "decadere nella società di una autonoma e responsabile iniziativa individuale" (V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.* 1965, p. 68). Nella dottrina italiana si veda A. PANZAROLA, *Il principio dispositivo preso sul serio (a proposito di un recente volume)*, in *Giustizia civile*, 2017, specie pp. 749 ss. B. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in *Il giudice e la prova nel processo civile* cit., pp. 3 ss., sottolinea l'ineliminabile componente ideologica del dibattito relativo a tali temi.

<sup>81</sup> Questa soluzione viene desunta da numerosi indici normativi: si confrontino l'art. 210 c.p.c., che richiama l'art. 116 in relazione all'inadempimento della parte intimata di esibire un documento, l'art. 118 c.p.c. in materia di ispezione giudiziale, nonché l'art. 473-bis.18 c.p.c., relativo all'accertamento delle condizioni economiche delle parti nel rito di famiglia, il quale pone "un vero e proprio obbligo di verità", la cui violazione è ancora una volta sanzionata ex art. 116 c.p.c. (R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Giappichelli, Torino, 2024). Questa tesi, accolta anche nella manualistica attuale (F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2025, p. 514) era sposata financo dallo stesso G. A. MICHELI (*L'onere* cit., p. 172). In Germania è da anni invalsa una soluzione simile, che prende il nome di frustrazione o vanificazione della prova (*Beweisvereitelung*): su tale istituto v. G. BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht* cit., pp. 81 ss.; H. G. MUSIELAK, M. STADLER, *Grundfragen des Beweisrechts*, cit., pp. 97 ss. Anche chi sposa la tesi dell'obbligo processuale generale di chiarimento, peraltro, sottolinea come esso non interferisca con l'onere della prova in senso tecnico: "si può quindi affermare che la *Aufklärungspflicht* "relativizza" di fatto il rischio della mancata prova, nel senso che lo stesso – pur non subendo alcuna variazione – può essere più agevolmente scongiurata" (M. GRADI, *L'obbligo di verità* cit., p. 385).



## Conclusione

Dalla presente analisi emerge come il criterio di vicinanza della prova trovi impiego secondo numerose tecniche diverse, molte delle quali non sono riconducibili al piano dell'onere della prova in senso proprio. A seconda della prospettiva prescelta, infatti, la vicinanza influenza ora l'individuazione del fatto impeditivo, ora il contenuto della regola di giudizio, passando per l'oggetto della prova, gli oneri di allegazione e contestazione, lo standard di prova e le presunzioni semplici fino ai doveri di collaborazione fra le parti. Mentre in altri ordinamenti, infatti, il tema delle difficoltà della parte onerata è stato risolto attraverso l'individuazione di numerosi e specifici metodi di "facilitazione probatoria"<sup>82</sup>, in Italia si è preferito fare ricorso ad un unico principio generale, con il rischio, tuttavia, di trascurare la ricostruzione delle concrete modalità tecniche del suo operare. Proprio ad una più chiara comprensione dei differenti profili applicativi del principio della vicinanza, più che alla formulazione di un giudizio valutativo su di esso, spera di poter contribuire il presente saggio.

---

<sup>82</sup> Lo già più volte citato *Handbuch der Beweislast* (specialmente pp. 230 ss.) individua ben ventitré (!) tecniche di agevolazione (*Beweiserleichterungen*) della posizione dell'onerato.