



SALVATORE PATTI

Professore emerito di Diritto privato – Università La Sapienza di Roma

ONERE DELLA PROVA: L'EROSIONE DI UN'ANTICA REGOLA*

SOMMARIO: 1. L'art. 2697 cod. civ. e le due funzioni della regola sull'onere della prova. – 2. La natura imperativa della norma, con riguardo alla ripartizione dell'onere e alla regola di giudizio. – 3. L'erosione della regola in merito alla distribuzione dell'onere mediante presunzioni. – 4. L'erosione della regola in merito alla distribuzione dell'onere mediante il criterio della vicinanza alla prova. – 5. L'erosione della regola per quanto concerne il soddisfacimento dell'onere. – 6. L'erosione della regola a seguito della consulenza tecnica d'ufficio. – 7. Conclusioni.

1. – Il codice civile italiano del 1942 – come è noto – ha inserito nel libro VI l'art. 2697, una norma in materia di onere della prova¹ che contiene una regola ritenuta fondamentale nonché espressione della ragione e del buon senso. Proprio per tali caratteristiche, la norma, che presenta una sicura continuità storica rispetto a note massime del diritto romano quali *actori incumbit probatio* ed *ei incumbit probatio qui dicit., non qui negat*, non è stata prevista in altri codici europei, ad esempio nel BGB tedesco².

In base ad una interpretazione sistematica, condivisa dalla migliore dottrina, l'art. 2697 cod. civ. svolge una duplice funzione. In primo luogo, quella di ripartire tra le parti l'onere di provare i fatti che costituiscono il fondamento delle loro pretese: si parla in tal senso di onere della prova in senso soggettivo. In secondo luogo, pur se il principio non è stato espressamente enunciato, quella di permettere al giudice di emettere in ogni caso una pronuncia, di accoglimento o di rigetto della domanda, in dipendenza del soddisfacimento o meno dell'onere: si parla in questo caso di onere della prova in senso oggettivo³.

Non avere assolto l'onere della prova significa non avere fornito al giudice elementi sufficienti per conseguire il convincimento circa la verità dei fatti allegati e rilevanti per la decisione. Per questo moti-

* Testo della relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "Le prove" svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 29 settembre 2022, per iniziativa del prof. Carlo Granelli, in occasione della presentazione del volume di Salvatore Patti, *Le prove*, II ed., Giuffrè, Milano, 2021.

Lo scritto è destinato anche agli Studi in memoria del Prof. Notaio Ubaldo La Porta.

¹ Il codice civile del 1865 si era limitato a riprodurre l'art. 1315 del *Code civil* relativo alla prova delle obbligazioni.

² La regola che viene applicata in Germania ha comunque accolto la celebre teoria di Rosenberg, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, V ed., München-Berlin, 1965, che rappresenta la base teorica della norma del codice civile italiano. Si sostiene, infatti, che una norma può essere applicata soltanto se il giudice è convinto che sussistano tutti i presupposti di fatto previsti dalla norma stessa. Pertanto, l'onere della prova grava sulla parte che invoca gli effetti a lei favorevoli previsti dalla norma.

³ Cfr., tra gli altri, G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 177 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*², diretto da P. RESCIGNO, 19, I, Torino, 1995, 262 ss. Nella dottrina tedesca, v. per tutti A. BLOMEYER, *Non liquet*, in *JZ*, 1955, 605 ss.



vo, la norma sull'onere della prova è stata tradizionalmente collegata a quella dell'art. 116 cod. proc. civ., che disciplina il principio del libero convincimento, sostenendo che se il giudice non perviene al convincimento della verità dei fatti deve decidere la controversia in base alla «regola di giudizio» dell'art. 2697 cod. civ.⁴.

Analizzando entrambe le funzioni dell'art. 2697 cod. civ., autorevole dottrina ha sottolineato la rilevanza pubblicistica della regola dell'onere della prova, che consente di conseguire «un fine di rilevanza generale»⁵. Ciò in quanto la norma offre al giudice lo strumento per non pronunciare un *non liquet*, giustificato dalla permanenza del dubbio sulla situazione di fatto, poiché il processo si concluderà accogliendo o respingendo la domanda, a seguito dell'applicazione della regola sull'onere della prova.

2. – La norma dell'art. 2697 cod. civ. è derogabile dalle parti nei limiti fissati dall'art. 2698 cod. civ. Le parti possono quindi invertire l'onere della prova o escludere la possibilità del ricorso a determinati mezzi di prova, purché in tal modo non si renda «eccessivamente difficile» l'esercizio del diritto alla controparte⁶.

Tuttavia, in mancanza di accordi delle parti, la norma dell'art. 2697 cod. civ. presenta carattere imperativo. Il giudice deve ripartire l'onere della prova tenendo conto della natura dei fatti (costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi) rilevanti per il giudizio, e non può accogliere la domanda (o l'eccezione) se non è stato soddisfatto l'onere della prova.

Così interpretata, la norma ha garantito, in termini generali, stabilità e certezza. Se, ad esempio, A afferma che B gli ha procurato un danno e chiede un risarcimento, deve provare il fondamento della sua pretesa e, pertanto, convincere il giudice della verità delle sue allegazioni.

In mancanza di prova il giudice *deve* respingere la domanda. In presenza di prova, in primo luogo nel caso di prova «legale» di cui il giudice *deve* tener conto decidendo nel senso imposto dalla legge, la discrezionalità sulla *quaestio facti* è alquanto limitata. Il c.d. principio del libero convincimento esprime soltanto il potere/dovere di valutare il materiale probatorio, senza tuttavia che si configuri alcuno spazio per considerazioni «soggettive». Domina la razionalità della valutazione delle prove, sottoposta a controllo attraverso la logicità e l'adeguatezza della motivazione; cosicché si favorisce il mantenimento delle situazioni esistenti e si rafforza la tutela degli interessi tutelati mediante il diritto soggettivo.

In tal senso, si afferma che il «libero convincimento» deve essere inteso in un modo preciso e rigoroso, e ciò appare incontrovertibile se si pensa che il convincimento è appunto il momento finale e il risultato di un procedimento guidato da regole logiche e giuridiche. Si aggiunge che, in definitiva, è libero non il modo di formazione ma l'*an* del convincimento⁷ e si precisa che in ogni caso si tratta di un convincimento «libero» soltanto in un senso particolare: per quanto sicura può essere la «intima convinzione» del giudice, se essa deriva da mezzi non corrispondenti agli schemi fissati dalla legge (ad esempio, fatti non allegati, conoscenza privata del giudice), questi – si dice – al momento della decisione deve assolutamente «dimenticare» quanto appreso⁸. Pertanto, il giudice perviene ad un convincimento che *deve* formarsi secondo certe regole, in base alle quali, ad esempio, occorre tenere conto di certi fatti e non di altri.

⁴ Cfr. S. PATTI, *Le prove*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2021, 311 ss.

⁵ M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 429.

⁶ In argomento si rinvia a PATTI, *Le prove*², cit., 343 ss.

⁷ V. ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 267.

⁸ P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 112.



In definitiva, la libertà del convincimento riguarda soltanto la sussistenza del convincimento stesso. Qualunque sia il «grado» di probabilità raggiunto, fatta eccezione per le materie in cui si è affermato il criterio del «più probabile che non» (v. *infra*), si considera infatti il giudice libero di ritenersi «convinto» della verità dei fatti o meno. Il giudice deve motivare la decisione di considerare il fatto non provato nonostante la parte abbia fornito determinate prove ma, proprio perché nessuna prova – a prescindere dalle prove legali – garantisce la certezza del fatto *probandum*, rimane comunque possibile un esplicito o implicito riferimento alla persistenza del dubbio⁹. Il giudizio è insindacabile.

Ebbene, questo mondo di certezze, che per molti profili ricorda quello «di ieri» descritto da Stephan Zweig, non rispecchia ormai per diversi motivi la realtà (di molteplici settori) del diritto civile.

3. – La regola dettata dall'art. 2697 cod. civ. non corrisponde alla realtà del processo, anzitutto, per quanto concerne la ripartizione dell'onere della prova.

Le tecniche di fonte giurisprudenziale più di frequente adoperate per non applicare la norma in esame sono due. La prima consiste nel ricorso ad inversioni dell'onere della prova di «creazione» giurisprudenziale, spesso mediante la costruzione, più o meno formale, di presunzioni semplici ex art. 2729 cod. civ.¹⁰. La seconda, per la quale è difficile trovare una sia pur debole base normativa, è quella della «vicinanza alla (o della) prova».

Nel caso delle inversioni dell'onere, il giudice, ignorando l'art. 2697 cod. civ., dispone gli oneri probatori delle parti sulla base della mera ragionevolezza dell'ipotesi affermata¹¹. Frequentemente, il giudice – legittimato ad ammettere presunzioni gravi, precise e concordanti, secondo il dettato dell'art. 2729 cod. civ., unicamente con riferimento alle circostanze del singolo caso sottoposto al suo esame – configura presunzioni che si pongono sullo stesso piano di quelle legali, perché trascendono le peculiarità della fattispecie per la quale di volta in volta trovano applicazione, presentano le caratteristiche di generalità e astrattezza delle norme giuridiche, non svolgono la funzione di risalire dal fatto noto al fatto ignorato, bensì quella di ripartire l'onere della prova¹².

La giurisprudenza, pertanto, nei casi suddetti non applica la norma dell'art. 2697 cod. civ. e il ricorso alla figura della presunzione svolge unicamente una funzione di legittimazione formale della regola adottata. In alcuni casi, addirittura, si abbandona lo schema della presunzione e si formula (direttamente) una regola di ripartizione dell'onere della prova, affermando, ad esempio, che «non spetta alla parte attrice dare la prova...ma incombe all'altra parte la prova di...»¹³.

⁹ Sul punto, v. F. CARNELUTTI, *Verità, dubbio, certezza*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 6 secondo il quale «il giudice, dopo aver esaminato le prove, dopo aver ascoltato le ragioni, dopo averle valutate, continua a trovarsi, in realtà, di fronte a quel dubbio, che il suo pensiero non riesce, a nessun costo, ad eliminare. Ci saranno dei dubbi macroscopici e dei dubbi microscopici; ma bastano anche questi ultimi a costituire la sua difficoltà e il suo tormento.»

¹⁰ Cfr. S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 891 ss.; e in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, 2022, 3041 ss. Per un confronto con il diritto francese e tedesco, v. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, IV ed., Paris, 1994, 694; H.W. LAUMEN, *Die sog. tatsächliche Vermutung*, in *MDR*, 2015, 1 ss.

¹¹ G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 142 ss.

¹² Cfr. PATTI, *Le prove*², cit., 774 ss. Sul tema v. altresì M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, IV, 107; ID., *Delle presunzioni*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. CENDON, VI, sub art. 2728, Torino, 1991, 211; ID., *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 1316 ss.; e i saggi raccolti in S. PATTI, R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Torino, 2022.

¹³ Cass., 23 aprile 1969, n. 1298. V. altresì Cass., 30 ottobre 2018, n. 27680, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 483.



Presunzioni di questo tipo, analizzando anche la giurisprudenza meno recente, si riscontrano in numerosi settori del diritto privato, dal lavoro domestico e tra familiari al licenziamento del lavoratore seguito da immediata riassunzione con identiche mansioni, ove nel primo caso viene configurata una presunzione di gratuità della prestazione e nel secondo una presunzione di licenziamento fraudolento.

Al riguardo devono condividersi le considerazioni secondo cui in questi casi manca di solito una valutazione in termini di probabilità del fatto presunto e la questione non viene posta in termini di personale convincimento, bensì di ripartizione dell'onere probatorio alla luce della mera ragionevolezza dell'ipotesi affermata¹⁴.

Dunque, il giudice, il quale potrebbe soltanto ammettere presunzioni gravi, precise e concordanti, secondo la formulazione dell'art. 2729 cod. civ., con riferimento alle circostanze del singolo caso sottoposto al suo esame, configura presunzioni che – come detto – si pongono sullo stesso piano delle presunzioni legali, sia perché trascendono le peculiarità della fattispecie in cui di volta in volta trovano applicazione, presentando le caratteristiche di generalità e astrattezza delle norme giuridiche, sia perché non svolgono la funzione di risalire dal fatto noto al fatto ignorato, bensì quella di ripartire l'onere della prova.

In definitiva, la formazione giurisprudenziale di «presunzioni» che svolgono una funzione di ripartizione dell'onere della prova, nonché la «diretta» affermazione di una regola di ripartizione dell'onere diversa da quella stabilita dall'art. 2697 cod. civ., rappresentano una (indebita) creazione di norme giuridiche.

La suddetta utilizzazione delle presunzioni semplici è stata da lungo tempo criticata da chi denuncia inversioni dell'onere della prova non previste dalla legge e quindi prive di base giuridica¹⁵. Si osserva in particolare che ogni ricostruzione di un avvenimento si basa sull'esperienza e pertanto non si considera ammissibile che le presunzioni semplici, la cui «costruzione» è giustificata alla luce dell'esperienza, vengano utilizzate per stabilire la ripartizione dell'onere della prova. Posto, infatti, che le regole di ripartizione dell'onere della prova appartengono al diritto sostanziale, la inversione dell'onere della prova può trovare fondamento unicamente in una norma, come nel caso delle presunzioni legali *iuris tantum*. La presunzione semplice, viceversa, in base all'art. 2729 cod. civ., consente al giudice, che muove dai dati relativi ad un accadimento della vita (e quindi spesso alla luce di leggi statistiche), di ritenere vero un fatto in mancanza di elementi di segno contrario¹⁶. Si tratta quindi di un'operazione logica che in linea di principio non riguarda l'inversione dell'onere della prova bensì esclusivamente la prova¹⁷.

La conseguente «erosione» dell'antica regola, in molti casi, merita comunque apprezzamento, perché si evita alla parte attrice di dover fornire una prova negativa, oppure perché si seguono criteri di ragionevolezza che tengono conto degli interessi sottostanti e spesso delle esigenze di tutela della parte debole.

In altri casi, non si arriva alla creazione di «presunzioni giurisprudenziali», ma viene comunque costruita, con riguardo al caso concreto, una presunzione sulla base di una interpretazione dell'art. 2729 cod. civ. del

¹⁴ VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, loc. cit.

¹⁵ W. TIETGEN, *Die Beweislast, in Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß*, in *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages*, München-Berlin, 1966, 55 ss.

¹⁶ Cfr. Cass., 24 maggio 1979, n. 2994, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1934.

¹⁷ In senso analogo si orienta la dottrina di lingua inglese, secondo cui, a differenza di quanto accade nel caso delle presunzioni legali *iuris tantum*, la presunzione semplice non ha l'effetto di collocare l'onere della prova «...presumptions of fact amount to nothing more than examples of circumstantial evidence». In altri termini, mediante la presunzione semplice il giudice «assiste» la parte onerata, chiamata soltanto ad allegare con precisione i fatti rilevanti. Si afferma, comunque, che «The party relying on the presumption bears the burden of establishing the basic fact». L'altra parte, in ogni caso, e la precisazione appare di grande rilievo, deve avere la possibilità di fornire prova contraria. V. A. KEANE, *The modern law of evidence*, London, 1985, 470 ss.



tutto contraria alla sua formulazione letterale, in quanto si considera sufficiente un unico indizio, a volte senza garantire il contraddittorio delle parti¹⁸.

4. – Considerazioni analoghe possono svolgersi con riferimento alle sentenze che distribuiscono l'onere in base al criterio della c.d. vicinanza alla (o della) prova¹⁹. Anche questo criterio, infatti, non trova fondamento della legge ma risponde ad esigenze di buon senso e di ragionevolezza, evidenti soprattutto in alcuni settori.

Il criterio (o principio) della vicinanza alla prova non è ovviamente estraneo al tessuto normativo in materia di prove e, ad esempio, può servire per spiegare la regola contenuta nell'art. 1218 cod. civ. riguardo all'imputabilità dell'inadempimento. La norma, infatti, assegna al debitore l'onere di provare che l'impossibilità della prestazione è derivata da causa a lui non imputabile. Si ammette anche che il debitore possa dimostrare la non imputabilità quando la causa non sia identificabile. Il criterio di vicinanza alla prova non comporta quindi che il debitore debba provare in termini positivi la non imputabilità.

Nella fattispecie sopra indicata può scorgersi quindi una eccezione alla regola generale posta dall'art. 2697 cod. civ., ma si tratta di una eccezione prevista dalla legge.

Una significativa (e condivisibile) utilizzazione del criterio, elaborata invece dalla giurisprudenza, si riscontra – ad esempio – in materia di vizi della cosa oggetto della vendita. La sentenza Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748²⁰, ha infatti modificato sul punto il precedente posto dalla nota Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533²¹, secondo cui incombe sul venditore l'onere di provare la mancanza di vizi al momento della consegna del bene. La decisione più recente, che ha accolto la diffusa tesi secondo cui la garanzia per i vizi non configura una obbligazione del venditore, ha seguito – con maggiore rigore – il criterio della vicinanza alla prova, essendo certamente l'acquirente, che ha ricevuto la consegna del bene, nella migliore condizione per dimostrare l'esistenza dei vizi.

Nella motivazione si legge infatti che «il principio di vicinanza alla prova induce a porre l'onere della

¹⁸ Cfr. Cass., 26 marzo 2003, n. 4472, *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Presunzione*, n. 9; Cass., 11 settembre 2007, n. 19088, in *Giust. Civ.*, *Mass.* 2007, n. 1550; Cass., 2 marzo 2017, n. 5374, in *Corr. trib.*, 2017, 1453 con nota di I. PELLECCIA; Cass., 26 settembre 2018, n. 23153, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Presunzione*, n. 2.

In dottrina, v. B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 426 ss.; M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 1113 ss.; ID., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, cit., 107; R. MURONI, *Della tutela dei diritti*, a cura di G. BONILINI, A. CHIZZINI, in *Commentario del codice civile*, diretto di E. GABRIELLI, sub art. 2729, Torino, 2015, 633 ss.

¹⁹ V. di recente, ad es., Cass., 6 luglio 2020, n. 13851, in *Foro it.*, 2020, I, 3856 ss. e l'ampia rassegna di M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi...*, in *Contratto e impresa*, 2016, 360 ss. Sul tema v. anche, tra gli altri, C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss.; B. SASSANI, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verdi*, *ivi*, 2022, 425.

²⁰ Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Foro it.*, 2019, I, 2726 con nota di M. MAGLIULO. In dottrina, v. anche L. MODICA, *La prova di adempimento o inadempimento*, in *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità per inadempimento*, a cura di M. MAGGIOLO, Milano, 2022, 276 ss.

²¹ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769 con nota di P. LAGHEZZA. Sul punto in esame la sentenza era stata criticata da S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2010, 160 ss.; ID., *Prove*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. SCIALOJA, G. BRANCA, F. GALGANO, a cura di G. DE NOVA, sub artt. 2697-2739, Bologna, 2015, 170 s., e la critica è stata condivisa da G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2019, 744 ss.



prova dei vizi (stessi) a carico della parte che, avendo accettato la consegna della cosa, ne abbia la materiale disponibilità»²².

5. – La norma dettata dall'art. 2697 cod. civ. non corrisponde alla realtà del processo neanche come regola di giudizio, a causa del frequente «abbassamento» dello standard di prova richiesto. Infatti, tutte le volte in cui il giudice ritiene sufficiente che la prova soddisfi il parametro del «più probabile che non», o addirittura quello della c.d. probabilità prevalente, non applica l'art. 2697 cod. civ., che avrebbe invece imposto di respingere la domanda (o l'eccezione)²³.

Il fenomeno è noto anche in altre esperienze giuridiche, nelle quali tuttavia si presenta in termini attenuati e spesso sulla base di prescrizioni di legge²⁴. Per quanto concerne il parametro del «più probabile che non», l'evoluzione giurisprudenziale può essere condivisa, ma essa impone la massima prudenza nella valutazione delle percentuali di prova nonché un'adeguata riflessione sull'ambito di applicazione della norma in tema di convincimento del giudice.

Precisamente al suddetto risultato si perviene richiedendo alla parte di dimostrare soltanto un certo «grado» di probabilità del verificarsi del fatto allegato, e stabilendo che il giudice deve considerarlo sufficiente per ritenere fornita la prova²⁵.

Il giudice non deve quindi pervenire al convincimento della verità – sia pure intesa come «certezza morale», per usare un'espressione diffusa nella nostra dottrina – ma semplicemente accertare, in base alle prove fornite dalle parti, se (la sussistenza di) una certa fattispecie presenti un certo grado di probabilità²⁶. Il permanere del dubbio è quindi previsto e in un certo senso fisiologico: il giudice non deve sforzarsi di compiere quel «passo ulteriore», secondo alcuni di natura esclusivamente psicologica, che lo dovrebbe condurre al supremo momento della certezza interiore.

Certo, il giudice deve tener conto delle massime d'esperienza, ma a lui spetta determinare in ultima analisi il valore probante dei fatti e quindi stabilire se nel caso concreto sia stato raggiunto il «grado» di prova richiesto, in genere il «più probabile che non»²⁷.

Non rimane in tal modo alcuno spazio per un «convincimento» della «verità» di tipo soggettivo, almeno nel senso inteso nella nostra esperienza. Un certo margine di soggettività può scorgersi infatti, con riferimento ad alcuni tipi di prova, per quanto riguarda l'accertamento del grado di probabilità raggiunto. In molti casi, peraltro, la scienza aiuta oggi a stabilire il grado di una prova e quindi tendono a scomparire i residui aspetti soggettivi²⁸.

²² Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

²³ Nell'ipotesi in cui non si riscontra un «alto grado di credibilità razionale», dovrebbe trovare applicazione la regola sull'onere della prova, poiché essa esprime una volontà legislativa di ripartizione: così R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, 2517 ss., 2529.

²⁴ K.M. CLERMONT, E. SHERWIN, *A Comparative View of Standard of Proof*, in *Am. J. of Comp. Law*, 2002, 243 ss.

²⁵ V. C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 619 s.; v. L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890.

²⁶ In dottrina, per tutti, v. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss., 43 ss. In giurisprudenza, tra le tante, Cass., 8 marzo 2019, n. 6734; Cass., 27 settembre 2018, n. 23197, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Responsabilità civile*, n. 86; Cass., 11 luglio 2017, n. 17084, in *Foro it.*, 2017, I, 3358.

²⁷ Per un'ampia trattazione del tema, v. PATTI, POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, cit.

²⁸ V. L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice sulla ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 35 ss.; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, 2018.



6. – Infine, la regola di distribuzione dell'onere dettata dall'art. 2697 cod. civ. non trova in concreto applicazione in alcuni dei casi in cui la complessità tecnica della questione di fatto impone al giudice di richiedere una consulenza tecnica. Ad esempio, se A ha acquistato un complesso macchinario, da inserire nella catena di produzione della propria azienda, e agisce in giudizio lamentando il difettoso funzionamento del macchinario stesso, il giudice – in genere – non si basa soltanto sulle relazioni tecniche eventualmente prodotte dall'asserito danneggiato, ma richiede una consulenza tecnica d'ufficio. Tanto più complessa è la materia (e di conseguenza la consulenza) quanto minore sarà la possibilità di valutazione e di autonomo giudizio da parte del giudice. Ma, soprattutto, sembra doversi superare l'antico orientamento che esclude la consulenza tecnica dai mezzi di prova e, invero, perde di significato la regola dell'onere della prova, poiché il giudice deciderà a favore dell'attore o del convenuto in base alle indicazioni fornite dal consulente tecnico, nell'esempio fatto circa l'esistenza o meno del vizio del macchinario fornito.

In tal modo, da un lato, si rispetta il risalente insegnamento secondo cui il giudice, servendosi dei propri poteri istruttori officiosi, deve evitare per quanto possibile di ricorrere alla regola di giudizio di cui all'art. 2697 cod. civ.²⁹, dall'altro, la decisione sul fatto, in molte ipotesi, viene in effetti presa dal consulente tecnico. Il giudice – soltanto formalmente *peritus peritorum* – tiene conto dei risultati della consulenza e su di essi basa la decisione. D'altra parte, la complessità degli argomenti e delle valutazioni tecniche rende estremamente improbabile un'adeguata motivazione di una decisione contrastante con i risultati della consulenza tecnica.

Con riferimento a determinate materie, si afferma addirittura che il consulente dovrebbe prendere il posto del giudice o si prospetta la formazione di collegi giudicanti formati da giuristi e da tecnici³⁰.

In realtà, la collocazione dell'esperto a fianco del giudice, in posizione di «ausiliare», riduce la portata delle difficoltà segnalate. In altri termini, il sistema italiano non ignora che in alcune materie il consulente tecnico non si limita a fornire al giudice gli elementi per valutare le prove ma partecipa egli stesso alla loro valutazione. Si tratta allora di prendere atto che il grado di questa partecipazione può mutare sensibilmente: si pensi ai moderni sistemi di accertamento della paternità – il giudice non può fare altro che accogliere le indicazioni provenienti dalla scienza e decidere il caso alla luce di esse.

Nel lessico giurisprudenziale la diversa natura della consulenza tecnica è definita mediante la distinzione tra consulenza c.d. deducibile, diretta soltanto alla valutazione di fatti già acquisiti, e consulenza c.d. percipiente, deputata proprio all'accertamento del fatto altrimenti inaccessibile. Per la sua essenzialità, la consulenza percipiente è considerata fonte oggettiva di prova e, come tale, deve essere ammessa dal giudice ove la parte alleggi il fatto e questo risulti rilevabile soltanto con mezzi tecnici.

Recenti sentenze delle Sezioni Unite confermano la suddetta tendenza, affermando che «Il consulente tecnico d'ufficio, nei limiti delle indagini commissionategli e nell'osservanza del contraddittorio con le parti, può accertare tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite e acquisire tutti i documenti la cui rilevazione o acquisizione sia necessaria al fine di rispondere ai quesiti formulati»³¹.

Per altri versi, si pone il problema – in un certo senso di segno contrario rispetto a quello esaminato – dei limiti di utilizzazione della eventuale conoscenza «specialistica» posseduta dal giudice. Sembra certo che la questione non possa essere risolta alla stregua dei principi applicabili nel caso delle «massime di esperienza», trattandosi appunto di conoscenza specialistica e non di regole appartenenti alla comune cultura.

²⁹ G. FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 736 ss.

³⁰ PATTI, *Le prove*², cit., 322.

³¹ Cfr. Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086 e Cass., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500, in *Giur. it.*, 2022, 2136 ss., con nota di F. AULETTA.



Sembra pertanto opportuno che il giudice comunichi alle parti l'esistenza di una sua particolare conoscenza, in modo da non fare venire meno la garanzia del contraddittorio.

7. – I motivi di erosione dell'antica regola dell'onere della prova si riscontrano anche in altri paesi e, soprattutto, nella legislazione di fonte europea. Si pensi, in primo luogo, alla normativa in tema di danno da prodotto difettoso, che, in materia di prova, in attuazione della Direttiva del Consiglio 25 luglio 1985 (85/374/CEE), ha utilizzato i concetti di «probabilità» e di «verosimiglianza»³², ed in generale alla normativa di tutela del consumatore inteso quale parte debole del rapporto contrattuale: ad esempio, in tema di vessatorietà delle clausole di deroga alla competenza del foro e di patti probatori contenuti nelle condizioni generali di contratto³³.

La diffusione del fenomeno e l'indubbia utilità dei nuovi criteri impongono di prendere atto del (parziale) tramonto dell'antica regola e dimostrano che perfino norme basate su «principi» di ragione e rispondenti ad antichissime tradizioni sono inevitabilmente soggette all'erosione del tempo.

³² Cfr. S. PATTI, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 705 ss.

³³ Cfr. M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 8 ss. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 18 ss.; P. SIRENA, sub art. 1469-bis, terzo comma, *Presunzione di vessatorietà*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. ALPA, S. PATTI, Milano, 1997, I, 123 ss.; S. PATTI, *La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove (a proposito di Trib. Roma, 21.1.2000)*, in *NGCC*, 2000, 513 ss.; L.A. SCARANO, *Art. 1469-ter, 4° comma*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. BUSNELLI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA, S. PATTI, Milano, 2003, 990 ss.; E. DALMOTTO, *L'onere della prova e la protezione del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 144 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, in *Obblig. e contr.*, 2011, 271 con nota di O. TROMBETTI.