

RELAZIONE GENERALE

Attualità del principio dell'onere della prova (*) *di GIOVANNI VERDE*

SOMMARIO: 1. I limiti del linguaggio giuridico e la mistificazione delle parole. — 2. Il carattere pubblico del processo e i poteri del giudice (tra tecnica e valori). — 3. L'attuazione della legge e i processi. — 4. Il “*non liquet*”. — 5. La crisi della fattispecie (il momento “*clou*”). — 6. Un settore chiave: le controversie per responsabilità medica. — 7. L'entificazione del “fatto”. — 8. L'ibrido: rappresentazione e dimostrazione; conoscenza e valutazione. — 9. L'onere esce di scena in favore del rischio: quel che ci resta.

1. I limiti del linguaggio giuridico e la mistificazione delle parole.

Scriveva Cornelutti che “la verità è come l’acqua: o è pura o non è verità”. Da qualche tempo mi intriga l’uso improprio dei concetti o, come direbbe un noto giurista-scrittore, la manipolazione delle parole. Nel rapportare la verità, che è un concetto, all’acqua, che è una cosa, si compie una prima manipolazione, che porta ad entificare un concetto, a trattare la verità come fosse una cosa. E i concetti trattati come cose diventano suscettibili di attributi, così che possiamo mettere a confronto (e lo fa Cornelutti nel passo citato) la verità materiale e quella formale. Di più: si creano equivoci. L’acqua sporca è pur sempre acqua.

I limiti del mio linguaggio — diceva Wittgenstein — significano i limiti del mio mondo. Un sostantivo — egli notava — ci induce a cercare qualcosa che gli corrisponda. Di ciò consapevoli

(*) Il testo della presente relazione è stato anticipato nel fascicolo n. 3/2024 di questa *Rivista*.

dovremmo con attenzione non lasciarci sopraffare dalle parole, non trasformarle in altrettanti “*idola*” che ci condizionano. Così è per la parola “verità” riferita al processo, ma è anche per la parola “fatto”, che non è una “cosa” di cui — come ci ricorda Russell — si abbia conoscenza “diretta”, perché possiamo averne conoscenza solamente per “descrizione”, rievocandolo con una rappresentazione che cerca in qualche modo di farlo rivivere.

Non è questa la sede per riproporre il dibattito sulle regole che servono a guidare la conoscenza, ossia per fare sfoggio di cultura richiamando, ad es., Carnap o Popper. Ci basta affermare che parliamo di probabilità e di misura della probabilità, mai di certezza. L'affermazione di “verità di un fatto” che è a base della decisione giudiziale, dobbiamo ammetterlo, si concreta in una sorta di attestato di conformità dell'accadimento del passato alle proposizioni che lo rappresentano; attestato che il giudice rilascia a seguito di un procedimento di validazione che noi chiamiamo “accertamento”. Di conseguenza, l'affidabilità di un processo organizzato dallo Stato sta negli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione del giudice o, se si preferisce, nell'affidabilità del procedimento di validazione per pervenire all'affermazione che la proposizione fattuale rilevante ai fini della decisione è conforme all'accaduto.

2. Il carattere pubblico del processo e i poteri del giudice (tra tecnica e valori).

Eppure c'è stato un tempo — di cui sopravvivono scorie ancora in recenti decisioni della Corte di cassazione, ad es. in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati (come leggo in Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2020, n. 741) — in cui, essendosi affermata la natura pubblica del processo e dando per scontato che possano esservi due verità, quella materiale e quella formale, dalla natura pubblica del processo statale si è fatta derivare l'esigenza che il giudice sia fornito di tutti gli strumenti di ricerca della verità cd. materiale (un *idolo* per il quale abbiamo, nel passato, pensato che la prova principe fosse la confessione e che per ottenerla fosse lecito qualsiasi mezzo, anche la tortura). Poiché

in giudizio il processo di validazione delle proposizioni fattuali inevitabilmente interseca con i diritti di libertà, di privatezza e di autonomia dei soggetti, abbiamo per fortuna compreso che il conflitto non si risolve qualificando il processo come pubblico, ma cercando un punto di equilibrio tra i poteri del giudice e i diritti della persona.

Anche la parola “processo” finisce in tal modo per essere manipolata e anche in questo caso abbiamo entificato il “processo”, rendendolo suscettibile di attributi. Il processo non è altro che un regolato succedersi di azioni; un ordinato susseguirsi di eventi concatenati che ha per obiettivo e si conclude con una decisione. Lo Stato non può non assumere l’onere di gestire i processi e di affidarli a funzionari pubblici. Che lo faccia in regime di monopolio o no costituisce una variabile. Da ciò non si può derivare che i poteri istruttori di questi funzionari — ossia dei giudici — debbano essere ampi, perché il processo serve ad “attuare la legge”. È evidente che la modulazione dei poteri del giudice deve avvenire in funzione della natura degli interessi in gioco. La sensibilità per gli interessi in gioco è anch’essa variabile. Negli Stati autoritari è scarsa o nulla la sensibilità nei riguardi dei diritti delle persone per cui i poteri giudiziari, anche se a macchia di leopardo, sono assai estesi (ed esistono luoghi in cui la tortura è purtroppo ancora praticata); nei regimi democratici, invece, si pongono problemi delicati di equilibrio che devono trovare adeguata soluzione. Se ne va, ed è bene che così sia, alla costante ricerca.

Quando colleghiamo, inoltre, la natura pubblica del processo statale alla funzione del processo di “attuare la legge” finiamo per compiere una pericolosa generalizzazione: infatti, la cd. attuazione della legge nel processo penale riguarda l’esercizio della potestà punitiva dello Stato; nel processo amministrativo e in quello tributario normalmente la legittimità dell’operato dell’Amministrazione; nel processo civile la fondatezza della pretesa. Nel processo penale sono in gioco beni fondamentali della persona (la vita, la dignità): qui “attuare la legge” impone che il procedimento di validazione (ciò che chiamiamo ricerca della verità)

sia particolarmente accurato e penetrante; nel processo amministrativo e in quello tributario l'esigenza è la stessa, anche se di intensità minore, trattandosi di decidere dell'uso legittimo del potere pubblico; nel processo civile la discrezionalità del legislatore è più ampia, perché potrebbe bastare che assicuri alla parte una ragionevole soluzione della controversia, modellando in questa prospettiva la misura dei poteri riconosciuti al giudice.

La scelta del nostro legislatore è in questo senso. Diversamente la prova legale costituirebbe un limite inaccettabile; neppure si potrebbe discutere dell'utilizzabilità delle prove illecite alla luce dei principi costituzionali (e infatti, l'unico attributo appropriato alla prova sarebbe quello di utile); qualsiasi disposizione ostativa alla libera e totale utilizzazione degli strumenti di cui si è a disposizione per pervenire alla certificazione di conformità tra rappresentazione dell'accaduto e quest'ultimo dovrebbe essere bandita. Ma prima ancora dovrebbero essere bandite le disposizioni che stabiliscono le inammissibilità delle richieste probatorie o delle produzioni documentali per intempestività, dovendo tali richieste essere trattate alla stregua di semplici sollecitazioni rivolte al giudice perché utilizzi i suoi poteri di indagine. Mi viene da dire che paradossalmente il nostro sistema riconosce agli arbitri, protagonisti di un processo "isonomico", possibilità maggiori di quelle riconosciute al giudice statale per pervenire a un più attendibile attestato di conformità non subordinando il procedimento di validazione a preclusioni.

Fermo che il cd. accertamento dei fatti nel processo si risolve in un'attività di validazione ampiamente condizionata e limitata, è singolare la sorte dell'art. 2697 c.c., con il quale il legislatore ha espresso — parlando per immagini — la pretesa di ripartire gli oneri probatori in relazione alla natura dei fatti, ossia alla possibilità di individuare gli episodi di vita che la legge qualifica come costitutivi o impeditivi o estintivi. Il nostro sistema, che ha accettato passivamente la possibilità che la mancata tempestiva richiesta probatoria o la mancata tempestiva produzione documentale possa essere rimediata in appello, essendo calata implacabile la

mannaia della preclusione, sembra, invece, accettare che al giudice spetti di stabilire chi e come deve provare in relazione a chi ha la possibilità di farlo. È un paradosso al quale ci siamo assuefatti. Ci dovrò ritornare.

3. L'attuazione della legge e i processi.

La verità è che il carattere pubblico del processo, ossia il fatto che esso sia affidato a un giudice dello Stato, è ai nostri fini irrilevante; rilevano, invece, le situazioni dedotte nel processo che sono diverse e hanno diversa importanza, così che, come ho notato, si giustificano procedimenti diversi di validazione messi a disposizione del giudice per rilasciare quello che ho chiamato “attestato di conformità”.

Leggiamo, ad es., l'art. 64 c.p.a.: «Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni» (comma 1). Non si parla di fatti “costitutivi, estintivi o impeditivi” e soprattutto si collega l'onere alla “disponibilità” degli elementi di prova. In realtà il precedente art. 63 tratta dell'onere della prova non in funzione del riparto degli oneri probatori, ma del rischio per la mancata prova, confermando il tradizionale metodo acquisitivo. Nel codice di procedura penale non c'è disciplina dell'onere della prova. Gli artt. 187 ss. hanno per oggetto la prova e la sua assunzione in un sistema che vorrebbe essere accusatorio (un aggettivo sul quale dovremmo intenderci). Nel d.lgs. n. 546 del 1992 (sul processo tributario) leggiamo che “le corti di giustizia tributaria di primo e secondo grado, ai fini istruttori e nei limiti dei fatti dedotti dalle parti esercitano tutte le facoltà di accesso, di richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti conferite agli uffici tributari ed all'ente locale da ciascuna legge d'imposta”.

Questi processi non sono “più” pubblici di quelli che si celebrano dinanzi ai giudici civili ordinari. È solo che dinanzi ai giudici penali, amministrativi e tributari vengono in rilievo situazioni in cui sono in gioco interessi che, sia pure in diversa misura (che per

natura di cose è massima nel processo penale e per volontà del legislatore, condizionato dalla presunzione che il contribuente sia un possibile evasore, è egualmente massima nel processo tributario; minore in quello amministrativo), trascendono le persone coinvolte. Di conseguenza in questi processi un problema di collocazione dei fatti all'interno della fattispecie non ha ragione di essere posto e non hanno, così, ingresso le infinite questioni sulla ripartizione degli oneri probatori. D'altra parte, nello stesso processo dinanzi al giudice ordinario ci sono casi o controversie in cui pensare ad una ripartizione degli oneri probatori non ha senso; si pensi ai processi che hanno ad oggetto le persone o i rapporti familiari. Di ciò mi resi conto mezzo secolo fa e limitai la mia ricerca al processo civile dinanzi al giudice ordinario, tenendomi anche lontano da tentazioni di comparazione con il *“common law”*, al quale pure avevo dedicato studi, a partire dalla lettura di Wigmore, che rimasero quasi inutilizzati. Mi ero reso conto che avevo posto al centro della mia ricerca la fattispecie, che in quel sistema non ha o ha scarsa rilevanza, per cui avrei creato confusione fra sistemi che all'epoca, molto più di oggi, mi apparivano tra di loro incompatibili.

4. Il *“non liquet”*.

I processi celebrati non si possono riaprire. Nel passato suggeritionato dal dibattito sulla possibilità che il giudice se la cavi con un *“non liquet”* avevo individuato nell'art. 2697 c.c. la disposizione che ne contiene l'implicito divieto. La disposizione sarebbe una sorta di supporto al giudice, perché metta a tacere i suoi dubbi o le sue incertezze. Gli dà la possibilità di liberare la sua coscienza e di bere l'amaro calice della decisione, pure essendo intimamente dilaniato dal dubbio, dando per inesistenti i fatti non sufficientemente provati o, per essere aderenti al reale stato delle cose, dichiarando di non potere attestare che la rappresentazione dei fatti è conforme all'accaduto. E il parlare di onere e non di obbligo di provare ci consente di tenerci lontani da quanti immaginavano che si potesse dare qualche sostanza al cd. rapporto giuridico processuale.

Mi rendo conto, oggi, di avere dato consistenza giuridica a qualcosa che va situato nell'area della psicologia. In effetti il giudice “deve” decidere, perché glielo impone la funzione che esercita, come non si mette in dubbio non soltanto nei Paesi di *civil law*. E posto che non gli si può evitare di decidere, che la sua decisione impedisca alla parte di potere (utilmente) riproporgli la pretesa discende dall'effetto preclusivo (che noi sintetizziamo nella parola-concetto di giudicato) collegato alle decisioni giudiziali quando si sono esauriti gli strumenti utilizzabili all'interno di un compiuto processo.

Giustifico me stesso rilevando che l'art. 2909 c.c. dà per scontato che il giudice “accerti”, per cui si rende necessaria una sorta di finzione in forza della quale si dà per accertato (*recte*: attestato) ciò di cui è mancato l'accertamento (*recte*: l'attestazione). E in questa prospettiva l'art. 2697 avrebbe rilievo non solo “psicologico”, ma giuridico, perché renderebbe legittima la “finzione”.

Il rischio del “non provato” è, allo stato delle cose,inevitabile. Può essere ridotto? Di sicuro la scienza ci mette a disposizione strumenti per investigare nel passato dei quali non possiamo non avvalerci. Il problema è quello dei limiti trattandosi di strumenti che non possono non incidere pesantemente sul diritto delle persone (fortunatamente da noi soltanto) alla riservatezza. Aggiungiamo la presunzione di potere stabilire criteri obiettivi per misurare gli standard di convincimento del giudice, così soppiantando la “prudenza” di cui parla il nostro codice. Ci fu un'epoca in cui fu fatto qualcosa del genere, quando si diede, ad esempio, valore numerico alla testimonianza in funzione del ceto sociale dei testimoni. Era l'epoca dell'*unus testis nullus testis* (di cui trovo traccia perfino in Beccaria). Ma allora quelle dottrine avevano il merito di imprimerre razionalità a una ricerca dominata da pregiudizi, superstizioni e ignoranze. Nell'attuale livello di civiltà sarebbe — lo vorrei ricordare agli amici che mi hanno fatto l'onore di coinvolgermi nell'iniziativa della neonata associazione di studiosi della prova — soltanto frutto della presunzione di potere interferire sull'impenetrabilità dell'essere umano. Ci tornerò parlando delle intelligenze artificiali.

5. La crisi della fattispecie (il momento “*clou*”).

Nel passato avevo fortemente creduto che dall’art. 2697 c.c. si potessero desumere criteri che delimitassero i poteri del giudice nella attività di attestazione della conformità della rappresentazione in giudizio dell’accaduto al reale andamento delle cose. Da positivista temperato (quale mi sono definito per onestà intellettuale) pensavo che l’art. 2697 fosse una norma di garanzia per le parti, in quanto il giudice si sarebbe dovuto attenere a tal fine a criteri prestabiliti, non avendo il potere di stabilirli di volta in volta adeguandoli al caso. Vi era — come ha rilevato Sassani — un’implicita adesione alla “*Normentheorie*” e un riferimento, come modello, al libro di Rosenberg, anche se, essendo per l’appunto un positivista “temperato”, avevo ben presente che è impossibile incapsulare la vita in forme precostituite e avevo, perciò, non solo dedicato una parte non minima del libro alle presunzioni giurisprudenziali, ma anche esaminato in lungo e in largo i fatti impeditivi — che avevo distinto dalle presunzioni —, costituendo questi ultimi gli snodi capaci di conferire al sistema la necessaria elasticità.

Il clima culturale era quello. Il positivismo era ancora un valore, in quanto la legge, ossia la forma era considerata comunque come lo strumento migliore che l’uomo abbia saputo inventare per garantire l’eguaglianza nella libertà. Non avevamo ancora metabolizzato a sufficienza ciò che comportava la penetrazione nel sistema vivente di una legge sovraordinata, intrisa di valori. L’evoluzione degli anni successivi a quelli in cui ho pubblicato il libro sull’onere della prova sono contrassegnati dalla lenta assimilazione di quei valori, con l’inevitabile erosione della “forma” per la quale la legge evapora in diritto, sostituendo alla sua oggettività il soggettivismo di chi non interpreta la legge, ma le dà significato.

La data con cui si conclude il processo di assimilazione e si dà inizio al nuovo ciclo, ossia lo spartiacque, può essere individuata nella sentenza delle Sez. Un. n. 13533 del 2001 che, in un’azione di risoluzione contrattuale, impose sul convenuto l’onere di pro-

vare l'adempimento, in quanto l'operare della regola dell'onere della prova va ricondotto non ad astratti criteri di costruzione della fattispecie, ma a criteri di ragionevolezza.

Si è inaugurato un nuovo percorso che ha trovato il suo terreno di coltura soprattutto nelle controversie da responsabilità del professionista, in particolare del medico; nelle controversie di lavoro; in quelle in cui in giudizio c'è una parte svantaggiata (consumatore, utente ecc.).

Esemplifico: il lavoratore che impugna l'illegittimità del licenziamento non ha l'onere di provare il requisito occupazionale (Sez. Un., n. 141 del 2006); grava sull'impresa sanzionata l'onere di provare che la condotta non è anticoncorrenziale, ma determinata da fattori ad essa estranei in una controversia in cui il consumatore aveva agito per il risarcimento dei danni (Cass., n. 11904 del 2014); spetta agli amministratori di provare che la loro attività rientri nella normale attività di impresa in una controversia risarcitoria (Cass., n. 2156 del 2015) e così via. È inutile continuare.

È inevitabile che in questo modo il governo degli oneri probatori si trasformi in qualcosa di assai simile alla "protezione" della parte debole nel processo, che in qualche modo mette in discussione la terzietà del giudice. La cartina di tornasole sta nella vicenda delle controversie da responsabilità del medico.

6. Un settore chiave: le controversie per responsabilità medica.

Sull'abbrivio di dottrina importata da paesi di *common law*, che ha spostato il baricentro della responsabilità extracontrattuale dalla condotta imputabile al pregiudizio ingiusto da risarcire, all'inizio del secolo i nostri giudici hanno inaugurato una stagione di forte protezione del paziente, al quale sarebbe bastato provare il danno patito "dopo" un trattamento sanitario, spettando al professionista di provare l'esatto adempimento e quindi il rischio di dovere corrispondere il risarcimento qualora non fosse riuscito a darne sufficiente prova (Sez. Un., n. 577 del 2008). Azioni risarcitorie e accoglimenti a cascata hanno prodotto effetti negativi

sulla spesa pubblica (a causa dell'aumento degli oneri assicurativi e della stessa difficoltà per gli operatori di stipulare polizze assicurative del costo sostenibile) e il ricorso alla c.d. medicina difensiva (con effetti non meno perversi, quali la burocratizzazione dell'attività presidiata da protocolli che prescrivono i comportamenti adeguati e il ricorso ad accertamenti diagnostici spesso costosi e sovrabbondanti). I giudici hanno tentato di modificare i loro criteri di giudizio: il paziente non può limitarsi a provare che il pregiudizio si è realizzato "dopo" il trattamento sanitario, ma deve provare che si è verificato "a causa" del trattamento (a partire da Cass., 26 luglio 2017, n. 18392 che pone sul paziente l'onerare di provare — *recte*, dimostrare — il nesso causale tra condotta e aggravamento e sul professionista quello eventuale e successivo, che l'evento è dipeso da causa non imputabile o inevitabile con l'ordinaria diligenza). Hanno, così, aperto un nuovo fronte alle controversie e alle incertezze, perché il "nesso causale" non è un accadimento la cui rappresentazione in giudizio può essere predicata in termini di conformità, ma una "valutazione" che da un accadimento, la cui rappresentazione è sufficientemente confermata, fa derivare un ulteriore accadimento. Di conseguenza in termini di stretta logica siamo fuori dal terreno della prova (ossia della conferma), tanto ciò è vero che i giudici hanno elaborato criteri non di accertamento, ma di valutazione e quello che oggi va per la maggiore è il criterio, anch'esso di importazione dai sistemi di *common law*, del "più probabile che non", che lascia larghi spazi a valutazioni discrezionali posto che i giudici, da un lato, affermano che si tratta di valutazioni affidate alla loro prudenza e, dall'altro lato, lasciano aperta la porta alle presunzioni (v. ad es., Cass. 13872 del 2020; 15991 del 2013; 15991 del 2011).

In questo modo hanno spostato il problema dal terreno della dimostrazione a quello della persuasione, dando in qualche modo ragione a chi ha posto l'arte della convinzione al centro dell'attuale processo (penso a Perelmann, ma non alla sua idea di "uditore universale"; qui la persuasione è in stretto rapporto con le ideologie di cui ciascuno è portatore). Ancora una volta le parole

fanno da schermo. E così i giudici discutono del valore probatorio dei verbali di accertamento delle commissioni mediche (se ne è discusso per i numerosi casi di lesioni da emotrasfusione) ai quali da ultimo si è dato valore presuntivo (Sez. Un., 6 luglio 2023, n. 19129) con evidente riferimento non a fatti, ma a valutazioni (incidentalmente noto che del problema si è discusso anche per il valore da dare agli accertamenti contenuti nelle decisioni delle Authorities e in particolare di quella garante della concorrenza e del mercato: v. Cass., 4 ottobre 2021, n. 26869, dove si discute di prova e di presunzioni. In realtà si è di fronte a un'ibridazione tra l'attività decisoria dell'organo amministrativo e quella successiva del giudice in un diritto privato regolatorio sempre più caratterizzato *“by the coming together of administrative enforcement and judicial enforcement”*). Non ce ne dobbiamo, però, meravigliare, dal momento che all'oggettività del positivismo fondato sulla preminenza della forma, ossia della legge, stiamo sostituendo la soggettività di un neogiusnaturalismo fondato sulla prevalenza della sostanza, ossia del diritto; con un occhio particolare alle esigenze di un'economia sempre più complessa e sofisticata.

Resta solo da aggiungere che la situazione ha richiesto l'intervento del legislatore (l. n. 24 del 2017), che, peraltro, non ha risolto, ma ha spostato il problema, in quanto — a quel che so — le strutture preferiscono non assicurarsi, essendo i costi delle polizze divenuti esorbitanti, così scaricando sul sanitario l'onere dell'assicurazione.

7. L'entificazione del “fatto”.

Torniamo al “fatto”. Intendiamo per fatto un accadimento, che viene rappresentato nel processo. La rappresentazione, perciò, “ritaglia” un frammento del passato, un “accadimento” che la norma giuridica prende in considerazione trasformandolo in “caso” (Irti dottamente ci ricorda che per Leibniz *“casus definietur factum in ordine ad jus”*), ossia in “fattispecie”; ossia in “ipotesi” alla quale la legge dà qualche rilevanza o, se si preferisce, collega un effetto. Si trasforma in definiva in un concetto.

Lo abbiamo entificato e quindi abbiamo immaginato che esista il “fatto negativo”, che è un ossimoro, perché il fatto che “non esiste” è un “non fatto” e il legislatore, per quanto sia padrone di rendere i cerchi quadrati, non può trasformare in esistente ciò che non esiste. Ciò che non esiste non può essere rappresentato e, quindi, non può essere oggetto di validazione da parte del giudice; può esserlo eventualmente e indirettamente, stabilendo un rapporto di incompatibilità tra fatti accaduti e i “non fatti” presi in considerazione dalla disposizione di legge.

L’art. 2697 c.c., pertanto, prende e non può che prendere in considerazione i fatti, ossia gli accadimenti. Non è che, come dicevano gli antichi, il non-accadimento *“non eget probationem”*, è che esso non “può” essere provato (*“probari non potest”*). Giocando con i concetti, abbiamo dato vita al fatto negativo, ossia al non fatto, lo abbiamo trasformato nel suo contrario, ossia nel fatto; il non accaduto è diventato accaduto e lo abbiamo ricondotto nell’ambito della disposizione. In realtà, se in un processo si pone il problema del fatto negativo, è perché vi è una situazione giuridica che si sarebbe modificata se si fosse realizzato un determinato accadimento, così che il problema da risolvere sta nell’individuare chi subisce il rischio se manca la prova che l’accadimento si è verificato. Infatti, quando si pongono a carico di qualcuno le conseguenze sfavorevoli di un avvenimento che non si è verificato, è come se si ponesse a suo carico una presunzione legale (non diversamente nell’alto Medio-evo si riteneva che l’accusato dovesse provare la sua innocenza, ponendo sul suo capo una presunzione di colpevolezza).

Torniamo al “*leading case*”, alle Sez. Un. del 2001. L’attore che agisce per la risoluzione del contratto introduce nel processo una pretesa che nasce dall’inadempimento; una parola, questa, che — direbbe Kelsen — ha diritto di cittadinanza nel mondo del *“sollen”*, non in quello del *“sein”*. Dobbiamo scandagliare il nostro linguaggio, in cui le parole spesso sono significanti riasuntivi di discipline e non rappresentativi di essenze del mondo dei fenomeni. Pretendere, perciò, che l’attore in risoluzione dia

prova dell'adempimento si risolve nel pretendere che egli provi che nel passato non ci sono stati comportamenti del debitore dalla cui rappresentazione nel processo si sarebbe potuto derivare che l'obbligazione era stata adempiuta; ossia riteniamo che l'attore avrebbe dovuto provare l'inesistenza di fatti estintivi, ossia di non fatti, di cui si può dare, talora e, quindi, non sempre, prova indiretta, provando accadimenti incompatibili con il fatto estintivo.

Le Sez. Un. se ne resero conto, ma nell'indicare una diversa via per la soluzione di un problema specifico, formularono criteri generali da applicare in qualsiasi processo. È la conseguenza del volere "fare diritto", della vocazione alla "nomopoiesi". Se fosse rimasta aderente al caso da decidere, avrebbe avvertito il bisogno di un'indagine specifica, più dettagliata. Infatti, il principio affermato trova sicuro campo di applicazione quando il contratto obbliga il debitore a prestazioni di dare, perché il non fatto, ossia il "non ricevuto", il "non consegnato" non può essere provato mediante un fatto incompatibile. Il campo delle obbligazioni di fare, invece, è più problematico. Bisogna distinguere le obbligazioni in cui la prestazione consiste nel realizzare un'opera da quelle in cui la prestazione si risolve in un comportamento. Quanto alle prime, se, ad es., l'appaltatore non ha eseguito l'opera o non l'ha eseguita correttamente, dovrebbe bastare l'affermazione che l'opera non è stata realizzata per giustificare la pretesa di risoluzione, là dove se l'opera non fosse stata eseguita correttamente, spetterebbe comunque all'attore di provare la difformità tra l'opera realizzata e quella pattuita. Quanto alle seconde bisogna distinguere i casi i cui il *facere* consiste in un comportamento che si esaurisce in uno spazio temporale circoscritto da quelle che riguardano attività prolungate. Nel primo caso sono necessarie ulteriori distinzioni: ad es., se l'obbligato è un artista che deve esibirsi al pubblico, l'attore potrà limitarsi ad affermare la mancata presenza nel luogo e nel tempo previsti nel contratto. Se è qualcuno che si è obbligato a una prestazione da rendere in privato (il parrucchiere che deve pettinare la sposa; un tecnico obbligato a un pronto intervento ecc.), il creditore può premunirsi con una prova (testimo-

niale; fotografica ecc.) della sua mancata presenza nel luogo e nel tempo stabilito e, quindi, del mancato adempimento. Se, invece, l'obbligato è tenuto ad una prestazione continuata che si prolunga nel tempo, la prova potrebbe essere offerta, per così dire, a campione, isolando singoli momenti dai quali inferire la continuità dell'inadempimento. Ma si tratterebbe pur sempre di una prova induttiva, laddove la controparte più facilmente potrebbe fornire la prova di avere eseguito la prestazione. In questo caso è evidente che il giudice dalla mancata offerta di prova da parte di chi potrebbe darla più facilmente potrà trarre elementi per fondare il suo convincimento. Del non corretto adempimento e della sua importanza, infine, l'attore non potrà non dare prova, perché la mancata corrispondenza tra la prestazione pattuita e quella resa si risolve in un accaduto, e quindi in un fatto.

Non va confuso il problema dell'accertamento del fatto negativo con quello dell'accertamento negativo. In questo caso non è l'ordinamento a disporre, ma è l'attore a decidere che il giudice accerti l'inesistenza di avvenimenti che abbiamo modificato la sua preesistente situazione giuridica. Me ne occupai mezzo secolo fa giungendo alla conclusione che “la legittimità dell'aggressione, rispetto alla fattispecie evocata nel processo con l'azione di accertamento negativo, costituisce un autonomo fatto impeditivo”, della cui prova è onerato il convenuto. Anche se su singole posizioni ho cambiato opinione, ritengo ancora valida la conclusione e ricerche recenti non mi sembrano lontane da quelle conclusioni.

8. L'ibrido: rappresentazione e dimostrazione; conoscenza e valutazione.

Non riusciamo a districarci tra accertamento dei fatti e valutazione. Nel mondo del diritto il fatto non deve essere non semplicemente “rappresentato”, “mostrato”, “narrato”. Dagli studiosi di fenomenologia abbiamo appreso che la semplice rappresentazione degli eventi secondo la dimensione temporale non basta; ciò che è rappresentato o mostrato acquista significato a seguito di un processo di “dimostrazione” o di “valutazione”. Esemplifico: se

narro di avere visto una persona vestita con una tonaca che da un calice traeva un piccolo oggetto tondo e bianco che ha consegnato nelle mani di altra persona che gli stava di fronte, la quale ha portato l'oggetto alla bocca, narro di avere visto due persone che stavano praticando il rito della Comunione (vado a mente ricordando come Tolstoj in *Resurrezione* descrive il rito). Ho inevitabilmente introdotto nella narrazione un elemento di valutazione. Ciò è ancora più inevitabile nel mondo del diritto nel quale dagli avvenimenti dobbiamo trarre elementi per qualificarli giuridicamente. Trattiamo, tuttavia, allo stesso modo il procedimento di “rappresentazione-validazione” delle proposizioni rilevanti che descrivono accadimenti, ossia dei frammenti del passato — procedimento che si serve necessariamente di un “qualcosa” in grado di confermare la “rappresentazione” (il testimone, il documento, la fotografia, la registrazione) — e il procedimento di “valutazione” giuridica degli stessi, al quale si fa ricorso quando si deve stabilire non se si siano verificati, ma se siano suscettibili di attributi qualificanti. Di sicuro, anche nel procedimento di accertamento dei fatti sono presenti momenti valutativi (il giudice deve valutare, ad es., l'attendibilità del testimone; la rilevanza del documento; l'autenticità della fotografia o della registrazione), ma ciò non ne costituisce l'essenza, come accade quando il giudice è costretto a “valutare”. Il nesso di causalità non è un “accaduto”, così come non lo è la “buona fede” o la “illiceità della condotta” o la “normale diligenza”. Talvolta il legislatore viene d'aiuto con la tecnica delle presunzioni. Di solito ci dobbiamo affidare alla prudenza del giudice, dietro la quale si annidano i fatti notori, le massime d'esperienza, le opinioni degli esperti e, perché no, la capacità persuasiva dei difensori. Il procedimento di validazione, che si dovrebbe concludere con predicati di esistenza (è), in questo caso si risolve necessariamente in attestati di correttezza della valutazione (è ragionevole che sia), talora di opportunità o di convenienza. Da questo punto di vista la parte non offre e non può offrire la prova, può soltanto fornire elementi di persuasione. Qui Cicerone si prende la sua rivincita su Aristotele; l'*inventio* ha

la prevalenza sul *iudicium*. Come diceva Schopenhauer, c'è tuttavia il rischio che l'importanza della dialettica stabilizzi "il modo di procedere della naturale prepotenza umana".

Tutto ciò non va sottovalutato soprattutto nei tempi attuali. Vedo addensarsi un cielo di stelle opache: l'efficientismo economico, la serialità, l'uso della macchina. Il nuovo verbo parla di giustizia predittiva e avverto come un desiderio di affidarsi alle lusinghe dell'intelligenza artificiale. Entrambe, tuttavia, hanno come inevitabile presupposto la trasformazione del "fatto" in "dato" e la cristallizzazione della massima di esperienza o della conclusione dell'esperto in "standard" valutativi. Il beneficio della celerità e, se si vuole, della semplificazione paga il prezzo dell'abbandono della irripetibilità di tutte le vicende umane, per cui qualsiasi giudizio ha una vita propria e finisce con l'essere diverso dall'altro; ha o può avere un esito prevedibile, mai certo.

Lo ammetto: il processo di "standardizzazione" è stato decisivo per il progresso dell'umanità. Si pensi al caos che ne deriverebbe se non si adottassero misure standard per le prese di corrente o per i tubi dell'acqua. Ma mi viene anche alla mente che essi sono stati alla base dell'economia fondata sulle previsioni. Nel campo alimentare ciò ha portato alla necessità di orientare produzioni equivalenti per dimensione, consistenza, colore, ossia conformi allo standard sufficiente per essere immesse sul mercato. Nei mercati abbiamo, così, mele o arance che garantiscono l'aspetto, la consistenza, la forma, ma non il sapore.

Non credo, perciò, che sia possibile opporsi all'evoluzione in atto, che è una tappa del cammino dell'umanità verso il futuro. "I fattori da cui nascono le cose esistenti, sono anche quelli in cui si risolve la loro estinzione, secondo il dovuto: infatti esse assolvono la giustizia e l'un l'altra pagano la pena della loro ingiustizia secondo l'ordine dei tempi". Ce lo ricordava Anassimandro nel VII secolo a. C. Ebbene, non so come l'uso dell'intelligenza artificiale possa incidere sul procedimento di validazione dei fatti nel processo. Dando per scontati i costi della serialità, bisogna lavorare per preservare il minimo indispensabile necessario per

salvare l’umanità del processo (che è l’equivalente del sapore delle cose di cui ho parlato pocanzi).

Di sicuro il cammino dell’umanità, che era stato lento, ha subito un’accelerazione improvvisa. Forse, sarebbe auspicabile che ci fermassimo a riflettere, a praticare una sorta di sospensione dal giudizio (qualcosa di simile all’*epoché* di Husserl), perché un fideistico abbandono alle opportunità che offre l’intelligenza artificiale potrebbe condurre a processi di estraniazione in cui l’individuo rischia di perdere la sua identità. Kant contrapponeva l’essere morale (l’*homo noumenon*) all’essere fisico (*homo phaenomenon*), macchina parlante. E al primo appartiene la civiltà del dubbio, che non è della macchina. Mai come ora le conquiste della scienza ci hanno posto di fronte scelte che segnano il nostro destino.

9. L’onere esce di scena in favore del rischio: quel che ci resta.

Quando, oramai più di mezzo secolo fa, ho iniziato a occuparmi dell’onere della prova vivevo in un mondo che poteva coltivare la presunzione che la “forma”, ossia la legge, e non il giudice potesse stabilire su chi cadesse il “rischio” della mancata prova. E il presupposto era che spettasse alla legge di dettare le coordinate necessarie per rivestire il fatto, trasformandolo in fattispecie, in “caso”, pensando a una legge descrittiva di fatti da qualificare. In questi anni la forma è stata maltrattata, accartocciata, piegata alle più disparate esigenze, essendo utilizzata non più per regolare, ma per provvedere e i confini tra la legge, generale e astratta, e il provvedimento, particolare e concreto, si sono perduti nei meandri del potere. Gli è che tutto ha un prezzo. La stessa legge, ossia la forma, è divenuta penetrabile dovendo la sua consistenza essere soppesata sulla bilancia dei valori, rapportata alla forma sovraordinata di cui si compone la Carta costituzionale, che è materiata di valori e che è indifferente nei riguardi della fattispecie. Era inevitabile che la mia ricerca di allora ne riesca ridimensionata, perché è lo stesso concetto di fattispecie che ha perso di consistenza. Non è questo un rinnegare il proprio lavoro,

della cui validità, quando fu scritto, sono convinto. È che i prodotti del pensiero non sono avulsi dai tempi in cui sono prodotti e sarebbe un errore rappresentarseli come idoli degni di devozione. È questa la ragione per la quale, pure ammirando la costruzione chiovendiana, ne avverto la quasi totale obsolescenza in quanto nacque su presupposti oggi profondamente mutati.

Nel clima attuale, i legislatori si adeguano con interventi recenti. Il codice spagnolo prevede che il giudice “deve considerare la disponibilità e facilità della prova di ciascuna delle parti della lite” (art. 217, comma 6° *Ley de Enunciamento Civil*; ma già esisteva una disposizione per la quale il giudice poteva disporre “misure per decidere meglio”: art. 340). Nei Paesi Bassi, nei quali — si badi — è ammessa la testimonianza della parte, l’art. 150 del codice di rito dispone che la parte ha l’onere di provare il fatto a base delle conseguenze giuridiche che fa valere, salvo che “esigenze di ragionevolezza e di equità pongano un diverso onere della prova”. Se ne deduce che spetta al giudice di stabilire su quale parte ricade l’onere della prova di un fatto. Il codice di procedura civile brasiliano, dopo avere richiamato la tripartizione dei fatti (in costitutivi, impeditivi ed estintivi), ha di recente disposto che quando le peculiarità della causa rendono impossibile o eccessivamente difficile l’adempimento dell’onere di provare il fatto contrario, il giudice può attribuire l’onere della prova in modo diverso, a condizione che ciò faccia con una decisione motivata, dando alla parte la possibilità di soddisfare l’onere ad essa assegnato (art. 373).

È inutile dire che nei sistemi di *common law* un problema di ripartizione legale degli oneri probatori non esiste. Sarebbe difficile concepirlo in un sistema nel quale alla giurisprudenza è assegnata una funzione “creativa” del diritto, che non può non sposarsi con penetranti poteri giudiziali a partire dalle procedure di “*discovery*”. Si va alla ricerca, infatti, dei criteri, tutti più o meno discutibili: a) la parte è tenuta a provare ciò che è a base della sua “*affirmative proposition*”; b) o il fatto che nella controversia sia “*essential*”; c) o il fatto che è a base della richiesta; d) o

il fatto che possa essere più facilmente provato dall'una piuttosto che dall'altra parte; e così via. Aggiungo che tra i Paesi europei, la Svezia è quello più prossimo al sistema di *common law*.

Se questa è l'evoluzione in atto, potrebbe apparire inspiegabile — lo ripeto — che i nostri giudici mai si siano opposti e, anzi, abbiano favorito una legislazione che ha costruito un processo disseminato di rigide preclusioni, oggi anticipate addirittura ad una fase per così dire *pre-trial*, che è la negazione di un processo costruito in funzione della ricerca della cd. verità materiale, per poi avvertire l'esigenza di perseguire questo obiettivo in relazione all'onere della prova. La risposta, credo, sta nel fatto che le prime riguardano i procedimenti di acquisizione dei fatti, per cui nulla costa addossarne i rischi sulle parti, mentre l'onere della prova impinge sul processo di valutazione, che riguarda il giudice, il quale per suo conto recupera una esigenza di giustizia diventata residuale (e spesso lo fa in maniera addirittura non rispettosa delle regole del contraddittorio). Né possiamo negare che c'è una sottile attrazione del nostro giudice a costruire il suo ruolo a somiglianza di quello di *common law*. Lo possiamo comprendere.

Riesumando affettuosamente il mio libro, Bruno Sassani osserva che a me “non piace l'*ex facto* che finisce per consegnare al giudice il potere finale di decidere cosa debba essere provato e da parte di chi” e che “la precostituzione legale delle fattispecie sostanziali è in ragione della prevedibilità delle risposte dell'ordinamento, onde vi contraddice il lasciare al giudice la scelta finale di riallocare il rischio della prova mancata sulla base di fattori mobili e imprevedibili (circostanze, peculiarità della situazione, qualità delle parti, loro posizione processuale)”. Di ciò i giuristi tedeschi sono così consapevoli da avere ritenuto che di una regola del genere non c'è bisogno, perché è una *Grundregel* da tutti riconosciuta (una sorta di “in sé” del sistema).

Il problema sta qui. Qualcuno ha ricordato che “in una società del disordine, il valore ‘ordinamentale’ del diritto forse non basta”. Non vorrei — come paventa questo autore — dovere andare alla mia “personale cripta dei cappuccini a salutare le tombe dei

miei imperatori: nella convinzione che sia ancora meglio vivere *sub lege* che *sub rege*".

Icasticamente è stato scritto, parlando dell'onere della prova, che si tratta di una regola che "a le mérite d'éviter le double risque du deni de justice e de l'arbitraire du juge". Oggi, sul proscenio del processo l'onere è stato confinato tra le quinte e sulla ribalta resta il rischio. L'avere, così, trasformato l'art. 2697 in una sorta di flessibile norma di indirizzo è il segno dell'attuale disordine ordinamentale nel quale il giudice "sottoposto alla legge" tende a "fare la legge" e, quindi, a sostituirsi al "re", per cui a noi giuristi spetta il compito di contrastarlo là dove tracimi, oltrepassando ciò che è strettamente necessario e ragionevole.

Non è molto, ma è quanto allo stato ci resta.

Nota bibliografica.

Nel mezzo secolo trascorso dalla pubblicazione del mio libro sull'onere della prova il tema ha continuato ad essere oggetto di riflessioni da parte della dottrina. Tra tanti ricordo gli interventi di Vallebona, con particolare riferimento alle controversie di lavoro, di Patti e di Comoglio. Oggi leggo una rassegna del pensiero medievale, più sul ragionamento presuntivo e sulle presunzioni che sull'onere della prova, in un articolo di NARDOZZA, *L'onere della prova e logica presuntiva. Note sul processo dei glossatori (tra XII e XIV secolo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 869 ss.

Allo stesso modo è stato oggetto continuo di riflessioni il tema sottostante delle prove (me ne occupai molti anni fa, redigendo la relativa voce per l'Encyclopedia del diritto), tra cui ho tenuto presenti gli scritti di CAVALLONE, *Il giudice e la prova*, Padova, 1991, di LOMBARDI (*infra*) e di POLI, *Prova e convincimento giudiziale del fatto*, Torino, 2023.

La frase di Carnelutti si legge a pagina 32 del suo *La prova civile* (1915), rist., Milano, 1992

La manipolazione delle parole è il titolo di un libro di CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, ed. Rizzoli, 2010; ma v. anche SENOFONTE, *Sociologia e filosofia del linguaggio*, Napoli, 1982.

La frase di Wittgenstein è tratta dalla proposizione 5.6 del *Tractatus logico-philosophicus*, trad. It. di G. CONTE, Torino, 1989. Ma ricordo che già Vico, che dedica molte pagine all'importanza del linguaggio (e al valore delle favole o dei miti), ci aveva detto che "le lingue vivono con gli imperi...con quelle con-

cepiscono le formole delle loro religioni e delle loro leggi” (*La scienza nuova*, Milano, Mondadori, ed. del 1990, 1177).

Per la differenza tra conoscenza diretta e conoscenza per descrizione ho avuto presente RUSSEL, *I problemi della filosofia*, trad. it. di E. Spagnol, Milano, 2007.

Sulla concezione neopositivistica (di Carnap) e su quella falsifazionistica (di Popper) — temi che non mi appassionano, perché mi è sembrata una disputa tra chi sostiene che il bicchiere è mezzo pieno e chi si oppone, sostenendo che è mezzo vuoto — mi è sufficiente rinviare alla documentata riflessione critica di LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 62 ss.

In disparte le infinite dispute sulla prova legale, ho qui tenuto presenti, quanto alle prove illecite, PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017 e, quanto alle prove atipiche, G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999.

Nel passaggio dall’*ordo* al *processus* – ricordando gli studi di Giuliani e Picardi – è inevitabile che si accresca il potere giudiziale. Marinelli, Bajons e Böhm, a seguito di un convegno, hanno pubblicato un libro sull’attualità del pensiero di Klein, *Die aktualität der Prozess-und Sozialreform Franz Kleins*, Bonn, 2015, che del ruolo attivo del giudice fu un apostolo appassionato. Mi ha intrigato lo scritto di Bohm che contrappone l’autonomia privata al potere giudiziale. Nelle democrazie liberali e nel pluralismo postmoderno, fino a quale punto è legittimo avere fiducia nel potere giurisdizionale? Se affidiamo ai giudici il compito di garantire la marcia per l’acquisizione della sempre maggiore consapevolezza delle nostre libertà (nel senso di Hegel), non può non essere posta l’eterna domanda: *Quis iudicet iudices*??: *Parteiautonomie versus Richtermacht: Die Verantwortung für die Programmierung des Verfahrensablaufs*, 149 ss., spec. 170 s.). Poiché nel testo ho richiamato il potere degli arbitri, preferisco ricordare (piuttosto che un mio scritto sul tema) Consolo (in *Riv. Dir. proc.*, 2015, 1383 ss.), che ha ben presente la differenza tra il processo statale e quello arbitrale, quest’ultimo costruito sul modello “isonomico”. Se, poi, il nostro processo sia quello di uno Stato in cui si realizza una democrazia liberale ovvero quello di uno Stato in cui prevalgono ideologie autoritarie mi sarebbe piaciuto che ce lo dicesse Cipriani, il quale tacciava di autoritario il codice del 1942 (in particolare ho presente il suo “*Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992”). L’ultima (ma non l’unica) trovata, che spero non abbia luce, sarebbe quella di decretare l’estinzione del processo se non è pagato il contributo unificato (Panzarola ha scritto un libro su “*Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022”, che all’epoca di Chiovenda sarebbe stato probabilmente impensabile). Aggiungo che ci abbiamo messo del nostro,

enfatizzando l'abuso del processo e la meritevolezza, ossia subordinando l'autonomia dei soggetti alle esigenze organizzative del servizio. Ma lo statalismo è subdolo e spesso si presenta sotto le mentite spoglie di un solidarismo non di rado di ispirazione cristiana.

Per illustrare il valore del passaggio dagli obblighi processuali delle parti agli oneri nel contesto di un'ideologia democratica liberale, e per la critica del cd. rapporto giuridico processuale bene ha fatto Marinelli a tradurre, introdurre e pubblicare Goldschmitt, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale*, Torino, 2019, di cui ricordo il punto di partenza: "i nostri diritti, anche quelli inviolabili, altro non sono che aspettative, possibilità, oneri" (così a pagina 1 della prefazione dell'Autore).

Il "non liquet" è presente negli ordinamenti dell'Europa continentale (si vedano i vari rapporti raccolti in J.M. LEBRE DE FREITAS, *The law of Evidence in the European Union*, Utrecht, ed. Kluwer Law, 2004), ma non è assente nei sistemi di *common law*, nei quali si parla di "risk of non persuasion": v., ad es., JAMES-HAZARD, *Civil procedure*, 2^a d., Boston, 1977, 241 ss., che richiamano Wigmore.

La storia della prova nel processo è l'epitome della storia della nostra civiltà. Per addentrarmi in questo lungo cammino ho sempre presenti i tre tomi su *La preuve*, raccolti dalla soc. Jean Bodin, Bruxelles, 1965. Nella sua sintesi generale, LEVY, *L'evolution de la preuve, des origines à nos jours*, ivi, XVII, 9 ss. esordisce notando che sul tappeto i problemi sono due: quello della prova e quello dei mezzi di prova, dei quali tratta illustrando il passaggio da sistemi irrazionali a quelli in cui si afferma la razionalità del procedimento probatorio. Rileggo, ad es., BROGGINI, *La preuve dans l'ancien droit romain*, ivi, vol. I, 262: le arringhe di Cicerone ci pongono di fonte a un diverso mezzo di prova: il rumore pubblico, l'opinione generale sul fatto controverso o sulla personalità delle parti, che arrivano all'orecchio del giudice senza l'intermediazione dei testimoni. Nota Broggini che in fin di conti siamo di fronte a una sorta di testimonianza popolare che tende a trasformare in notorio l'elemento controverso ed al quale difficilmente il giudice riesce a sottrarsi. Ci ritrovo qualcosa di molto attuale. Ma non posso dimenticare che GAUDEMEL, *Les ordalies au moyen age: doctrine, législation et pratiques canoniques*, ivi, vol. II, 98 ss. ravvisa un fondamento razionale nell'ordalia, che i barbari rintracciavano nelle forze della natura, che rigettavano il colpevole e il mentitore, e la tradizione cristiana in Dio, onnipotente e onnisciente, che si esprime con i segni e gli elementi. E nel caso del duello, giocava la convinzione che colui che sa di avere un buon diritto a suo favore non esiterà a combattere.

Sassani, affettuosamente riesumando il mio libro, sepolto sotto la polvere dei cinquant'anni dal momento in cui apparse negli scaffali, ha bene evidenziato i mutamenti di cultura e di sensibilità (lo scritto è riprodotto in *Saggi scelti*,

Torino, 2023, 175 ss.). Delle Sez. Un. n. 13533 del 2001 e della giurisprudenza cui ha dato vita successivamente si è occupata BESSO, *La vicinanza alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss. Sui problemi probatori nelle controversie da responsabilità dei sanitari mi è sufficiente richiamare SPAZIANI, *Carlo Lessona e la responsabilità medica (riflessione semiseria ispirata da un cattivo oculista che esercitò nell'antica Persia)*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 121 ss. Il principio del “più probabile che non”, oggi applicato dalla nostra Corte di cassazione, richiama alla mia mente il principio della “prova migliore” dell’esperienza dei sistemi di *common law*, su cui FERRARI, *La “prova migliore”. Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004. Sul valore cd. probatorio delle decisioni delle autorità amministrative v. CAMILLERI, *L’azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali. Spunti dall’Arrêt Repsol*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2024, 437 ss. (da cui traggo la frase, riprodotta nel testo, di Micklitz citato a p. 419 nota 12).

Quanto alla prova del fatto negativo LÉVY, *La preuve dans les droits savants*, in *La preuve* cit, XVII, 140, dopo avere ricordato l’affermazione di Dioceziano (*cum negantis factum per rerum naturam nulla sit probatio: Corpus*, 4, 19, 23 e 4, 30, 15), aggiunge che secondo Irnerio, che del principio si fece assertore, non è possibile fornire la prova di ciò che è negato, ossia di un “non essere” (*non ens*). È quanto sostengo nel testo. Nell’alto medio-evo il problema si pose con conseguenze drammatiche nel diritto penale, perché si riteneva che l’accusato dovesse provare la sua innocenza (LEVY, ibi, 140 ss.: ciò indusse Beccaria a sostenere che non fosse possibile condannare un accusato in base alla testimonianza di una sola persona, perché sulla bilancia la dichiarazione del testimone ha lo stesso valore della dichiarazione dell’accusato: v. FORIERS, *La preuve dans l’école de droit naturel*, ibi, 171). La prova dell’acqua o quella del fuoco costituivano, così, l’estremo rimedio in quanto la divinità interveniva, secondo la cultura del tempo, a salvare chi è perduto. Nel diritto “savant” e in quello canonico si sostituisce all’ordalia la prova legale, quale la confessione o il giuramento. La confessione, come sappiamo, darà luogo alla tortura di cui fece abuso l’Inquisizione (v. ad es. FORIERS, *La preuve dans l’école de droit naturel*, cit., 186 ss.). In realtà, quando l’ordinamento collega conseguenze a qualcosa che non si è verificato, il problema è quello di stabilire su chi debba ricadere il rischio della mancata prova del fatto che l’accadimento si è verificato. Tra le mie disordinate letture mi sono capitate sotto gli occhi le lezioni di Filippo Vassalli, *Della tutela dei diritti (libro VI codice civile)*, raccolte da C.A. Funaioli, edite a cura del Cons. Naz. Forense. Vassalli è perentorio: “Se il fatto negativo è elemento costitutivo del fatto giuridico che si allega, deve essere provato così come

gli elementi positivi” (p. 60); e prosegue esemplificando: chi vuole provare che taluno sia dichiarato assente, deve provare la mancanza di notizie; chi pretende la restituzione dell’indebito deve provare l’inesistenza del debito. In questi casi è scontato che la modificazione della situazione giuridica che si chiede al giudice di accertare presupponga che sia provata. Poiché non è possibile dare prova, negli esempi fatti, in cui è rilevante che il preteso assente non abbia dato notizie o che non ci siano debiti pregressi, il problema si sposta sul come si possano fornire al giudice elementi per i quali si convinca che non ci siano stati fatti contrari positivi e su come sia ragionevole ripartire il rischio della mancata prova (qui sull’esistenza del debito o sulla mancanza di notizie). È questo un campo in cui si può fare utile applicazione del principio della cd. vicinanza alla prova (del fatto positivo, ossia del fatto in senso naturalistico, inteso come accadimento; qui: mi sono fatto vivo; ti avevo prestato danaro).

La frase di Leibniz è tratta da IRTI, *Sulla relazione logica di “non-conformità” (precedenti e susseguenti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1531.

L’affermazione riguardante l’onere della prova nelle azioni di accertamento negativo è tratta dal mio libro sul *L’onere della prova* (p. 543). Il problema è stato riesaminato da A. ROMANO, *L’azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, le cui conclusioni mi sembrano non essere molto distanti dalle mie (v. p. 412 ss.) e da CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013.

Il passo di Schopenhaer si legge in *L’arte di ottenere ragione. Esposta in 38 stratagemmi*, Adelphi, 1992, 31. Di sicuro sembra di vivere in un’epoca in cui si riscopre il valore dell’arte di persuadere (su cui FUMAROLI, *L’età dell’eloquenza*, Adelphi, 2002), peraltro insidiata dai meccanismi di intelligenza artificiale.

Traggo i criteri per ripartire gli oneri probatori nei sistemi di *common law* da JAMES-HAZARD, *op. cit.*, 245 ss. Per il sistema svedese rinvio a LINDEL, *Evidence in Sweden*, in Lebre de Freitas, *The law* cit., 407 ss. Le riforme della legge spagnola sul processo erano nell’aria: nel 2008 F.R. MENDEZ, *Enjuiciamiento civil. Como gestionar les litigios civiles*, Barcellona, Atelier ed., I, 675 scriveva, ad es., che si deve dare rilievo alla parte che si trova nella posizione migliore per provare, aggiungendo che si tratta di evitare che a causa di una regola dommatica e rigida di distribuzione del *thema probandi* si ammetta una *probatio diabolica* per una parte, ossia, una prova quasi impossibile.

Dei rischi della standardizzazione ho preso coscienza leggendo D’ERAMO, *Il maiale e il grattacielo. Chicago: una storia del nostro futuro*, ed. Feltrinelli, 1999. Sono consapevole che l’uso delle conoscenze artificiali inevitabilmente contribuirà a una standardizzazione (non più delle cose, ma) degli individui. Nessuno allo stato è in grado di prevederne le conseguenze. Ho trovato inte-

ressante un recente libro di LAMBERTI, *Lemmi digitali. Verso la democrAI*, ed. Mimesis, 2023 (democrAI sta per “democrazia istantanea”): riflettendo sui nuovi approcci normativi, l’A. si chiede se essi garantiscano “il rispetto della dignità umana, delle libertà individuali, della democrazia, della giustizia, dello Stato di diritto...” (p. 51). Il frammento di Anassimandro, richiamato nel testo, si legge in *I presocratici. Frammenti e testimonianze raccolti da H. Diels e W. Kranz*, trad. di G. Reale, Milano, 2006, fr. N. 1, 196-7. Della distinzione tra l’uomo noumeno e l’uomo fenomeno parla Kant, in KANT-CONSTANT, *Il diritto di mentire*, ed. Passigli, 51.

Sull’attuazione della legge e sulla formula “quello e proprio quello” (che ne costituisce la base), che Chiovenda aveva ripreso dalla dottrina tedesca (e, in particolare, da Wach), ho scritto qualcosa altrove. Mi sento affiancato da Chizzini (v., ad es., *Tipicità e processo civile*, in *Jus*, 2020, 327 s.). E per quanto riguarda l’avvicinamento tra i due sistemi (di *civil* e di *common law*) rinvio a CAVALLINI, *Diritto, rimedi e res judicata*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 208 ss.

Chi non vorrebbe vivere “sotto il re” è Petronio, *Il precedente negli ordinamenti giuridici continentali di antico regime*, in *Fatto e diritto nella storia moderna dell’ultimo grado del processo civile europeo*, in *Atti del convegno del 22 dic. 2017 in memoria di N. Picardi*, a cura di Consolo, Fabbi e Panzarola, 79. Lo sono anch’io e da anni scrivo (a me stesso) dei rischi che la democrazia corre quando un potere tende a prevalere (e l’attuale conflittualità ce ne fornisce prova). È questa la ragione per la quale riconosco al positivismo un valore che non va accantonato e, leggendo A. PUNZI, *Elio Fazzalari teorico del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 859 ss., mi rendo conto delle ragioni per le quali Fazzalari volle e mi convinse (ero alquanto restio), con lo scarso entusiasmo dei colleghi della materia, a succedergli alla cattedra romana, essendo il suo mondo dei valori non lontano dal mio.

La frase riassuntiva è di MERIC, *Droit de la preuve, l’exemple français*, in Lebre de Freitas, *The law* cit., 160.