

INTRODUZIONE

L'argomento oggetto della presente indagine non può certo ritenersi nuovo. Esso è anzi uno dei più classici temi del diritto processuale civile, tanto è vero che uno dei migliori esponenti della dottrina tedesca, Leo Rosenberg, pare si meravigliasse che i colleghi di cattedra potessero coltivare interessi scientifici *diversi* dall'onere della prova¹. Né manca chi ha definito l'onere della prova come «*Rückgrat des Zivilprozesses*», la «*spina dorsale*» del processo civile², e chi addirittura ha sviluppato una forma di *dipendenza* dallo studio di tale argomento, riconoscendo di essersene di fatto reso schiavo³.

Ciò nonostante, con le pagine che seguono è parso opportuno contribuire ulteriormente all'approfondimento del tema con una ricerca di taglio diverso, frutto delle suggestioni tratte dalla lettura del bellissimo saggio di Walther Jakob Habscheid, *Beweislast und Beweismaß. Ein kontinentaleuropäisch-angelsächsischer Rechtsvergleich*, apparso nella *Festschrift* dedicata a Gottfried Baumgärtel in occasione del suo settantesimo compleanno⁴.

Habscheid, che in quella occasione intendeva confrontare il modo in cui i temi dell'onere della prova e del libero convincimento del giudice vengono studiati e impostati, rispettivamente, negli ordinamenti europei «continentali» e in quelli che appartengono alla tradizione di *common law*, in poche battute tocca tutta una serie di punti estremamente interessanti, tratteggiando una linea di indagine che, per quanto possibile, si è scelto di seguire anche nel presente lavoro.

¹ Così il ricordo personale di Vittorio Colesanti, *Leo Rosenberg*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 314.

² Il primo a esprimersi in tal senso fu Oskar Hamm nel corso della ventitreesima edizione dei *Deutschen Juristentages*. Il testo integrale del suo intervento è stato pubblicato in *Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages*, Berlin 1895, vol. II, 303 e ss. L'espressione è poi stata generalmente accolta dalla dottrina tedesca, che è solita riproporla anche nei manuali istituzionali: v. per esempio BRAUN, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts: Erkenntnisverfahren*, Tübingen 2014, 712 e ss., spec. 714.

³ Ci riferiamo alle parole con cui Tommaso Siciliani apriva la sua incompiuta monografia, intitolata *L'onere della prova nel processo civile*, Noci 1907: «*Le poche pagine, che – unicamente a titolo di saggio – affido alle stampe, sono le prime di un mio lungo studio sull'onere della prova nel processo civile, del quale da tre anni mi sono reso schiavo*».

⁴ *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag*, Hanns Prütting (a cura di), Köln - Berlin - Bonn - München 1990. Il saggio di Habscheid è alle pp. 105 e ss.

Il saggio si apre con una riflessione condivisa dalla maggior parte della dottrina italiana e tedesca: ossia che la domanda «chi deve provare cosa» («*Wer muss was beweisen?*») è «vecchia quanto la storia del diritto», e che, ciò nonostante, ancora ci si affanna a trovare una risposta soddisfacente.

Dal diritto romano, in particolare, abbiamo ereditato la formula *onus probandi incumbit ei qui dicit*, la quale è stata poi ripetuta per così tanto tempo che, alla fine, abbiamo creduto di avere in pugno una soluzione valida per tutti gli ordinamenti di *civil law*: «quando non è disposto diversamente dalla legge, deve provare l'esistenza di un fatto chi ne trae diritti» (pp. 105 e s.). Meglio: chi fa valere un diritto in giudizio deve provare i fatti da cui il diritto «emerge» («*aus denen es sich ergibt*»; pp. 107 e s.); l'onere della prova dei fatti che «negano» il diritto dedotto in giudizio («*verneinen*»), e, specialmente, l'onere della prova dei fatti impeditivi, grava invece sull'avversario.

Questa è l'impostazione tradizionale del tema dell'onere della prova, e si riallaccia al concetto «weberiano» di *fondamento* del diritto soggettivo dedotto in giudizio. Essa è riflessa anche nella formula prescelta dal nostro legislatore, il quale, con l'art. 2697 c.c., distingue i fatti che «costituiscono il fondamento» del diritto, dai fatti che «fondano» le eccezioni.

Tuttavia, per ragioni assai note, si incontrano da sempre enormi difficoltà a distinguere i fatti costitutivi dai fatti impeditivi.

La dottrina ha elaborato alcuni criteri di massima per identificare i fatti impeditivi, come il criterio della «anormalità», o quello della «specificità». In epoca più recente si è aggiunto quello della «vicinanza» alla prova, che è però di fonte prettamente giurisprudenziale.

Molto spesso, peraltro, questi criteri sono fra loro confliggenti, e il fatto che in base a uno di essi è qualificabile come impeditivo alla luce di altri criteri risulta invece essere costitutivo.

Diventa così determinante la scelta del criterio da applicare a una data fattispecie per ripartire gli oneri probatori fra le parti.

A volte questa scelta è fatta dal legislatore. Altre volte le indicazioni legislative riguardo la distribuzione dell'onere della prova sono lacunose o mancano del tutto, sicché essa dovrà essere compiuta direttamente dal giudice al momento della interpretazione delle norme di diritto sostanziale applicabili al caso di specie e dunque alla luce di una valutazione che si concepisce come prettamente *legale*.

Diversamente, rileva Habscheid, negli ordinamenti di *common law* il concetto unitario di onere della prova («*burden of proof*») è suddiviso in due distinti oneri probatori: «*persuasive burden*» ed «*evidential burden*», anche noto come «*burden of adducing evidence*» (pp. 112 e s.).

Questa scissione sarebbe dovuta in parte alla presenza della giuria (p. 114), e in parte al fatto che quegli ordinamenti non sembrerebbero avere una concezione chiara di «diritto soggettivo» che «deve essere provato», così come noi l'abbiamo ereditata dal diritto romano. Ciò sarebbe collegato anche al fatto che il diritto posi-

tivo è pressoché esclusivamente di fonte giurisprudenziale, essendo frutto del «consolidamento» dei precedenti giudiziari.

In questa «concorrenza» («*Wettkampf*») fra sistemi giuridici, peraltro, Habscheid ritiene siano in netto vantaggio quelli di *common law*, dapprima con il Regno Unito ma oggi soprattutto con gli Stati Uniti d'America.

Essi eserciterebbero invero una fortissima *vis attractiva* nei confronti degli ordinamenti di *civil law*, non solo nei rapporti commerciali ma anche nei reciproci «scambi culturali» fra giuristi. Sarebbero infatti quasi sempre i giuristi di formazione «continentale» a «importare» soluzioni e modelli tipici della tradizione di *common law* nei propri Paesi, il più delle volte in maniera «avventata», mentre il contrario avverrebbe assai più raramente (p. 106).

L'illustre Autore intesse il confronto comparatistico scolpendo i concetti della teoria generale dell'onere della prova comuni a tutti gli ordinamenti di *civil law*, a partire dalla ben nota contrapposizione fra onere della prova c.d. «oggettivo» e «soggettivo».

Con la prima accezione si fa riferimento all'onere della prova come criterio di giudizio al quale il giudice ricorre per decidere nel merito anche nel caso in cui non abbia maturato un pieno convincimento sull'esistenza o sull'inesistenza dei fatti controversi, evitando in questo modo di formulare una decisione c.d. di «*non liquet*», che oggi sarebbe certamente inammissibile.

La seconda accezione è quella che attiene più direttamente alla ripartizione «in senso stretto» degli oneri probatori fra chi fa valere il diritto e il suo avversario, e, quindi, alla individuazione dei fatti da cui il diritto «emerge» e dei fatti che invece lo «negano» (p. 110).

Per quanto riguarda il tema del libero convincimento del giudice, invece, Habscheid osserva che, in linea di massima, il giudice di *civil law* matura un pieno convincimento sull'esistenza o sull'inesistenza di un certo fatto quando, dall'esame dei mezzi di prova offerti dalle parti, è possibile raggiungere un grado di probabilità che «rasenta» la certezza («*an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit*») (p. 111).

L'ordinamento tedesco conosce però un'interessante eccezione a questo principio generale, il c.d. «*Anscheinbeweis*». A certe condizioni è invero possibile assolvere l'onere della prova dimostrando solamente la probabile esistenza del dritto alla luce della *verosimiglianza* dei fatti allegati, verosimiglianza che sarà valutata dal giudice in base a talune «massime d'esperienza».

Entrando nel vivo della comparazione, Habscheid afferma che il *persuasive burden* corrisponde in linea di massima all'onere della prova «oggettivo» degli ordinamenti di *civil law*, ed è un onere «fisso» (pp. 112 e ss.).

La caratteristica principale dell'*evidential burden*, invece, sarebbe il suo carattere «mobile», poiché viene continuamente traslato da una parte all'altra nel corso del processo non appena l'onere riesca a raggiungere una prova *prima facie* della fondatezza delle proprie ragioni. Qualora l'onere non dovesse riuscire soddisfare la prova *prima facie*, l'avversario potrà richiedere al giudice di respingere immedia-

tamente la sua richiesta nel merito mediante una «*motion for directed verdict*», senza che sia necessario istruire i giurati sul punto.

Questo secondo onere probatorio non sembrerebbe avere un diretto corrispondente negli ordinamenti di *civil law*.

Secondo Habscheid esso potrebbe a prima vista essere avvicinato all'onere di allegazione («*Behauptungslast*»), poiché, quando le allegazioni dell'attore non sono «concludenti» («*schlüssig*»), la domanda può essere immediatamente rigettata sfruttando la natura «assorbente» della mancata deduzione dei fatti corrispondenti alla fattispecie legale (pp. 115 e s., 117).

Tuttavia la differenza resta. Oltre al fatto che l'onere di allegazione è un onere «fisso» e non «mobile», l'illustre Autore osserva che questo continuo «*shifts*» dell'*evidential burden* sembrerebbe legittimare l'idea che il giudice di *common law*, quando apprezza la prova *prima facie* offerta dall'onerato, matura un *convincimento anticipato* sulla fondatezza delle sue ragioni («*antizipierte Beweiswürdigung*») (p. 117).

I sistemi di *civil law*, all'opposto, cercano di evitare per quanto possibile che il giudice maturi un convincimento «anticipato» su quanto affermato dalle parti a proposito dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti controversi. Tanto è vero che, in quasi tutti i Paesi di questa tradizione, la disciplina processuale prevede che le prove offerte dalle parti siano assunte tutte in un'unica fase e poi valutate unitariamente in un unico contesto, cosicché il giudice si trovi a decidere solamente di fronte al quadro completo delle risultanze istruttorie.

Ciò nonostante – e si tratta di un rilievo per noi importantissimo – secondo Habscheid anche negli ordinamenti di *civil law* sembrerebbero aprirsi a tratti delle «isole» di convincimento «anticipato» del giudice (così ancora p. 117). Nell'ordinamento tedesco, per esempio, quanto detto sembrerebbe configurarsi nei casi in cui si ricorre alla tecnica dell'*Anscheinbeweis*.

Tuttavia, egli aggiunge, è difficile dire se simili fenomeni di «*Umkehr der Beweislast*», compresa la tecnica dell'*Anscheinbeweis*, appartengano effettivamente al tema del convincimento del giudice oppure se siano già «sconfinati» in quello dell'onere della prova (p. 109).

Il baricentro delle riflessioni dell'insigne Autore è proprio il delicato confine fra libero convincimento del giudice e ripartizione degli oneri probatori, che in questa ricerca ci si propone di indagare *ex professo* alla luce della contrapposizione fra «legalità» e «discrezionalità» e dello studio comparato della disciplina che l'onere della prova riceve negli ordinamenti di *civil law* e in quelli di *common law*.

Con le pagine che seguono si è inteso offrire una ricostruzione teorico-concettuale dei fondamenti della teoria dell'onere della prova, specialmente per quanto attiene al momento della sua concreta ripartizione fra le parti e al problema, assai complesso, dell'individuazione del fatto impeditivo. Esse costituiscono le necessarie premesse per una futura indagine di taglio comparatistico con gli ordinamenti di *common law*, specialmente con quello degli Stati Uniti d'America.