

Dott. Ric. Mattia Garavaglia – Università di Milano
Trento, 13-14 giugno 2019 – Giornate Tridentine di Retorica XIX Edizione
Relazione in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno

Onus probandi. La formazione della prova tra ragioni ed emozioni

APPUNTI E SPUNTI SU ONERE DELLA PROVA E «COMUNE SENTIRE»

1. Dico subito che il tema è uno dei più classici del diritto processuale, specialmente civile (per quello penale il discorso è in parte diverso), e che ha suscitato in chi se ne è occupato in dottrina reazioni emotive estremamente variabili:

- si passa dall'*entusiasmo* di chi si meravigliava se i colleghi di cattedra potessero rivolgere attenzione ad argomenti diversi dall'onere della prova;
- alla *malinconia* di chi osservava laconicamente che si tratta di un enigma che attende ormai da due millenni la sua risposta;
- alla *frustrazione* di chi definiva «disgraziati» i numerosi passi di diritto romano dedicati all'*onus probandi*, in quanto «*banno già consumata molta fatica, e verosimilmente ne consumeranno ancora molta, senza che venga mai raggiunto un risultato netto*»;
- al *rispetto* nutrito da chi parlava dell'onere della prova come la «spina dorsale del processo»;
- vi è infine chi si è riferito all'onere della prova definendolo un tema «*seducente*», e chi ha sviluppato addirittura un *attaccamento morboso*, confessando di essersene reso schiavo ormai da molti anni.

2. Tutto ciò sembrerebbe a prima vista stridere con il linguaggio anodino del legislatore, che con l'art. 2697, cod. civ., conferisce all'onere della prova una dimensione senz'altro razionale, e direi quasi «meccanica».

I fatti giuridici vengono invero suddivisi in quattro «categorie» (costitutivi ed e.m.i.). Si stabilisce poi che i primi vanno a comporre il «fondamento» dell'azione, e che proprio per questo motivo devono essere provati dall'attore, mentre gli altri «fondano» altrettante eccezioni del convenuto, che dovrà pertanto farsi carico del relativo onere dimostrativo.

Insomma, si può dire che tale norma, che è anche la più importante in questa materia, rappresenti un «monumento» alla «ragione» dell'onere della prova.

3. La verità, però, è che il modo in cui viene impostato il problema dell'onere della prova ha sempre rispecchiato il «comune sentire» del contesto sociale di riferimento, storicamente determinato e contraddistinto da tutte le sue peculiarità economiche e politiche.

4. Questo è in sostanza l'aspetto «emotivo» del tema dell'onere della prova, che affronterò in questo mio intervento senza alcuna pretesa di completezza. Nei limiti del tempo a mia disposizione cercherò infatti di offrire solamente taluni spunti di riflessione.

5. In questo senso, il primo punto da segnalare è che la nascita stessa dell'onere della prova sembrerebbe essere stata determinata proprio dal «comune sentire» della Roma del I secolo a.C. circa.

6. Fino a quel periodo, infatti, le liti venivano risolte attraverso il giuramento di «purgazione» delle parti, solitamente del convenuto. Per vincere la lite era cioè sufficiente «purgarsi» dell'accusa mossa dall'avversario, giurando di «non aver ucciso Tizio», di «aver pagato il debito», e via dicendo. Il giudice ricopriva un ruolo sicuramente passivo, poiché si limitava a controllare pedissequamente le ritualità delle formule sacramentali usate dalle parti.

Onus probandi. La formazione della prova tra ragioni ed emozioni

7. Sarebbe tuttavia un errore ritenere che l'accusato si trovasse in una posizione di vantaggio (diversamente dalla parte che oggi definiremmo come «onerata» della prova), perché le sanzioni sociali e «spirituali» con cui veniva punito lo spergiuro erano di entità tale da fungere da deterrente. Tanto è vero che se non si era sicuri di ciò che si stava per giurare si preferiva tacere e perdere la lite.

8. La tenuta di un sistema del genere dipendeva evidentemente dal grado di fiducia riposto dalla collettività nella sacralità del giuramento e nell'efficacia deterrente di queste sanzioni. Nel momento in cui fosse diventato più conveniente spergiurare pur di vincere il giuramento avrebbe cessato di essere una valida tecnica processuale per la risoluzione delle controversie.

9. Con il progresso della società e l'aumento del numero e della complessità delle liti, specialmente di natura commerciale, tale sistema entrò presto in crisi proprio per questa ragione.

Si è trattato quasi sempre di un procedimento graduale, verificatosi ovunque con caratteristiche comuni, seppur con tempistiche diverse. È questa infatti la prima tappa di quella che autorevolissima dottrina ha definito come la «storia ideale» del giuramento (che nasce come metodo di risoluzione delle controversie e diventa poi mezzo di prova legale).

10. Inizialmente il giuramento doveva essere «corroborato», facendolo cadere su oggetti sacri o comunque simbolici (la divinità, la spada e via dicendo).

In un secondo momento, invece, si chiedeva a chi doveva prestarlo di individuare dei «congiuratori» in numero via via sempre maggiore, finché il giuramento «*smette di essere una cosa che si fa e diventa una cosa che si conta*». Per avere un'idea dell'entità di questo declino, si pensi che, presso i franchi, se dapprima la prova della castità di una donna poteva essere raggiunta mediante il giuramento di dodici congiuratori, tempo dopo ne servivano circa sessantadue per condannare una renna e in alcune liti commerciali addirittura seicento.

11. Questa situazione a Roma toccò il suo apice proprio nel I secolo a.C., durante la transizione verso il processo formulare. Abolito il giuramento, si iniziò a riconoscere un ruolo ben più attivo al giudice, conferendogli il potere di stabilire discrezionalmente «chi, cosa e quanto» dovesse provare (1).

12. A partire da questo momento è sempre parso possibile rintracciare un filo rosso che collega il tema dell'onere della prova al «comune sentire».

Si pensi infatti al retratto litigioso, istituto di origine romana per cui, in caso di cessione di credito, il debitore ceduto poteva liberarsi dall'obbligazione versando al cessionario la stessa somma che quest'ultimo aveva corrisposto al cedente, solitamente molto più bassa del suo valore nominale.

13. Questo istituto fu fortemente voluto dall'Imperatore Anastasio nel 506 per far fronte a un problema di natura politica e sociale particolarmente oppressivo: l'incetta di crediti litigiosi a prezzi irrisori da parte di speculatori di pochi scrupoli, con conseguente vessazione dei debitori e, in generale, turbamento della vita economica del territorio.

(1) Fermo restando però che, qualora non avesse maturato pieno convincimento su quanto affermato dalle parti, poteva spogliarsi del dovere decisorio pronunciando un *non liquet*. Il dilemma della decisione sul fatto incerto, oggi risolto mediante il rigetto nel merito della domanda o dell'eccezione di chi non ha assolto il suo onere probatorio proprio in virtù della «regola di giudizio» dell'onere della prova, si porrà invero solamente in un momento successivo, con il passaggio alla *cognitio extra ordinem*.

Onus probandi. La formazione della prova tra ragioni ed emozioni

14. Solitamente, dunque, la fattispecie processuale era la seguente: il cessionario agiva in giudizio contro il debitore ceduto affermando di aver pagato al cedente una somma di poco inferiore al valore nominale del credito, mentre il debitore sosteneva che fosse stata pagata una somma notevolmente più bassa.

15. Inizialmente si stabilì che l'onere della prova incombeva al cessionario. Questa ripartizione era infatti ritenuta «giusta» perché conforme all'equità «cerebrina», che aveva mosso il legislatore a introdurre il retratto litigioso. Questa idea di equità, conosciuta anche con il nome di equità «bizantina», veniva intesa nel senso di «mitezza» e di «indulgenza» verso gli obbligati e i soggetti più «deboli», temperando in loro favore le rigide conseguenze delle regole giuridiche.

16. Diversi secoli dopo l'equità romana «classica» recuperò terreno, provocando un mutamento nel «comune sentire» rispetto alla pratica della cessione dei crediti.

Questa diversa idea di equità, intesa come «*giustizia in ogni rapporto*», imponeva infatti di «*concedere agli altri ciò che a buon diritto ci chiedono*», anche se per acquistare il credito è stata corrisposta al cedente una somma inferiore al suo valore nominale. Il lucro del cessionario non poteva più cioè essere considerato disonesto se la cessione del credito era avvenuta per libera volontà del cedente.

Ciò determinò una inversione della ripartizione dell'onere della prova (= spettava cioè al debitore ceduto dimostrare che fu pagata una somma inferiore da quella affermata dal cessionario), mantenutasi da noi fino al vigore del cod. civ. 1865 (2).

17. L'istituto non fu poi trasposto nel 1942, essendo ormai conforme al «comune sentire» considerare l'acquisto di crediti «deteriorati» a un prezzo inferiore al loro valore nominale come un'attività commerciale pienamente legittima.

18. A dimostrazione di quanto sia universale l'influenza esercitata dal «comune sentire» sulla ripartizione dell'onere della prova parlerò rapidamente dell'azione di *nuisance* di diritto inglese.

Si tratta di un'azione a tutela del diritto di proprietà, diretta a ottenere il risarcimento del danno derivato da atti disturbativi di vario tipo (immissioni di fumi e di rumori, l'ostruzione di luci e di vedute e via dicendo).

19. Inizialmente si chiedeva al convenuto di dimostrare che la condotta che gli veniva addebitata dall'attore non gli era imputabile a titolo di colpa o di dolo (= e, quindi, che il danno lamentato non era risarcibile), specialmente nel caso in cui gli atti disturbativi derivavano da un'attività economica da lui intrapresa sul fondo adiacente.

20. Fra la seconda metà del 1700 e del 1800, però, si iniziò progressivamente a invertire l'onere della prova, stabilendo cioè che spetta all'attore dimostrare la colpa del convenuto. La precedente ripartizione, funzionale alla tutela del diritto di proprietà, appariva infatti incompatibile con le nuove esigenze produttive sottese alla Rivoluzione industriale (e, quindi, al «comune sentire» economico).

Si cominciò a ripetere con sfumature diverse che i proprietari «*non possono stare immobili sulle loro posizioni derivanti da diritti assoluti e agire in giudizio per ogni piccolo fastidio alla loro proprietà*», poiché altrimenti «*non si potrebbe più costruire nulla in alcun angolo delle città*».

(2) Art. 1546: «Quegli contro cui fu da altri ceduto un diritto litigioso, può farsi liberare dal cessionario, rimborsandolo del prezzo reale della cessione colle spese e coi legittimi pagamenti, e cogli interessi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della cessione».

Onus probandi. La formazione della prova tra ragioni ed emozioni

21. Tornando per l'ultima volta al nostro ordinamento, si pensi alla causa del contratto. Sotto l'imperio del codice civile del 1865 (3) l'onere della prova incombeva a chi sosteneva che fosse assente, oppure che fosse illecita, poiché la liceità della causa era presunta fino a prova contraria. Ciò era conforme allo spirito liberale del tempo, e specialmente all'esigenza di limitare il più possibile i poteri del giudice sul controllo dello scopo del negozio che le parti hanno inteso raggiungere.

22. Con l'avvento del nuovo regime si ritenne opportuno eliminare tale presunzione, stabilendo quindi che è onere dell'attore dimostrare l'esistenza di una causa lecita se vuole ottenere quanto domandato in base al contratto.

Il collegamento fra questa inversione della ripartizione dell'onere della prova e il rinnovato «comune sentire» è ben messo in luce dalla Relazione al codice del 1942, ove si rimarca l'intenzione di conferire alla causa del contratto «*massima efficienza*», perché «*un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione della causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto*». Ciò che legittima anche la possibilità, per il giudice, di rilevarne d'ufficio assenza o illiceità.

23. Oggi il filo rosso di cui parlavo all'inizio conduce alla prassi, ormai sempre più diffusa, di ripartire l'onere della prova alla luce del criterio della «vicinanza» alla prova (4). Questo criterio sembrerebbe infatti rispecchiare un certo «comune sentire» processuale, che vuole enfatizzare la funzione «epistemica», o «dimostrativa», della prova, anziché quella «persuasiva». Ciò va di pari passo con l'illusione di poter accertare nel processo la verità «materiale», invece della più modesta verità «processuale», nonostante il processo stesso sia uno strumento ontologicamente imperfetto per raggiungere quello scopo. Credo, infatti, che il massimo cui si possa aspirare sia la carneluttiana «giusta composizione della lite».

(3) Art. 1120: «Il contratto è valido quantunque non ne sia espressa la causa». Art. 1121: «La causa si presume sino a che non si prova il contrario».

(4) Si pensi alla ripartizione dell'onere della prova dell'adempimento (Cass. sez. un. 30 ottobre 2001, n. 13533), alla responsabilità medica (Cass. 26 giugno 2007, n. 14759), o alla materia laburistica (Cass. 12 novembre 1997, n. 11211).