

FATTI COSTITUTIVI E VICINANZA DELLA PROVA
RELEVANT EVENTS AND PROOF-PROXIMITY PRINCIPLE

Actualidad Juridica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 578-613



Riccardo
MAZZARIOL

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022

ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il saggio analizza il problema della distribuzione dell'onere della prova in una prospettiva costituzionalmente orientata, al fine di valorizzare il principio della vicinanza della prova, che consente di interpretare l'art. 2697 c.c. in modo conforme al precetto di cui all'art. 24 Cost. e alle regole del giusto processo, così da non rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio.

PAROLE CHIAVE: Onere della prova; principio di vicinanza della prova.

ABSTRACT: *The essay analyzes the problem of distributing the burden of proof in a constitutionally oriented perspective, in order to enhance the proof-proximity principle, which allows for the interpretation of art. 2697 of the Italian Civil Code in accordance with art. 24 of the Constitution and with the rules of due process, so as not to make impossible or too difficult to take legal action.*

KEY WORDS: *Burden of proof; proof-proximity principle.*

SOMMARIO.- I. PREMESSE METODOLOGICHE.- II. LA VICINANZA DELLA PROVA: GENESI DEL PRINCIPIO.- III. LE PRINCIPALI MODALITÀ D'IMPIEGO DELLA REGOLA NEL "DIRITTO VIVENTE".- IV. CRITICHE ALLA REGOLA E LORO SUPERAMENTO SOTTO IL PROFILO ASSIOLOGICO.- V. ULTERIORI APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI.- I. Il caso dell'onere probatorio nella responsabilità contrattuale.- VI. CONCLUSIONI.

I. PREMESSE METODOLOGICHE.

La questione generale del riparto probatorio, sintetizzabile nell'espressione "chi deve provare che cosa", è stata definita un enigma, tuttora irrisolto, che attende ormai da due millenni una risposta¹. Il problema non è di poco conto: la regola di giudizio dell'onere della prova fa discendere, dalla mancata dimostrazione di un fatto storico, la soccombenza della parte onerata della sua dimostrazione².

Il presente scritto, lungi dal proporre una decifrazione, intende offrire un contributo al dibattito attorno al modello di distribuzione degli oneri probatori, disciplinato dall'art. 2697 c.c., che ne valorizzi il profilo assiologico in una prospettiva costituzionalmente orientata. E la vicinanza, come regola probatoria, sembra idonea a fornire risposta convincente a questa esigenza³: essa consente di interpretare la legge in modo conforme al precetto di cui all'art. 24 Cost. e alle regole del giusto processo, così da non rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione o la difesa in giudizio, contemperando gli interessi delle parti nel processo.

1 Così, già un secolo fa, SCHULZ, F.: *Die Rechtfertigungslast*, Drück, Altona, 1919, p. 3.

2 Per VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, Napoli, 1974, p. 46, la questione della distribuzione degli oneri probatori costituisce il vero problema sotteso all'art. 2697 c.c. Sembra ormai condivisa l'idea che la norma, più che prevedere un criterio oggettivo di ripartizione dell'onere probatorio, sia funzionalmente volta a codificare gli effetti decisori del rischio della mancata prova: al fine di evitare pronunce di *non liquet*, che integrano un sostanziale diniego di giustizia in violazione del principio di legalità, la norma impedisce al giudice di "esimersi dal pronunciare sotto il pretesto del mancato accertamento del fatto" (così ANDRIOLI, V.: *Diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1979, p. 246). In altri termini, il difetto della prova di un fatto rappresenta il presupposto tecnico-giuridico per il rigetto della domanda o dell'eccezione che sul medesimo fatto si fonda: la regola dell'onere della prova è essenzialmente una regola di giudizio. Sull'onere della prova come regola di giudizio, v. VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 119-120; MICHELI, G.A.: *L'onere della prova*, Cedam, Padova, 1942 (rist. 1966), pp. 19 e 151 ss.; PUGLIATTI, S.: "Conoscenza", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 102; COMOGGIO, L.P.: *Le prove civili*, Utet, Torino, 2010, pp. 310 ss.; CARNELUTTI, F.: "Prove civili e prove penali", *Rivista di diritto processuale*, 1925, pp. 44 ss.; TARUFFO, M.: "Il diritto alla prova nel processo civile italiano", *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 73; PATTI, S.: "Delle prove", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), *Sub art. 2697-2739*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 2015, p. 124. In giurisprudenza v. Cass. 12 febbraio 2004, n. 2707 (Repertorio del Foro italiano 2004, voce "Prova civile in genere", n. 77).

3 Aderendo a una prassi invalsa da tempo, nel testo si impiegheranno indistintamente le locuzioni principio di "vicinanza della prova", "riferibilità o prossimità della prova" e "disponibilità del mezzo" per riferirsi al medesimo concetto, benché l'espressione "riferibilità del fatto da provare" risulti preferibile onde non indugere in sintagmi eccessivamente ipostatizzanti.

• Riccardo Mazzariol

Professore associato dell'Università di Padova
riccardo.mazzariol@unipd.it

II. LA VICINANZA DELLA PROVA: GENESI DEL PRINCIPIO.

La genesi del principio di prossimità è considerata relativamente recente in giurisprudenza e si fa comunemente risalire alla nota sentenza resa a Sezioni Unite n. 13533/2001, quando si è iniziato a farne uso per stabilire il riparto dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale⁴. Il criterio non è ignoto in numerosi ordinamenti stranieri⁵, né in precedenza era sconosciuto in dottrina, tanto da essere evocato già da Giuseppe Chiovenda negli anni '30 del secolo scorso in funzione integratrice del contenuto dell'art. 2697 c.c.⁶

È noto che questa norma onera l'attore della prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, mentre fa gravare sul convenuto quella dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi⁷, distribuendo così implicitamente il rischio del mancato convincimento del giudice e operando come regola di giudizio⁸. L'art. 2697 c.c., attraverso lo schema del fatto impeditivo, ha perseguito l'obiettivo di semplificazione della fattispecie⁹, riducendo gli oneri probatori in capo all'attore,

- 4 V. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 (Danno e responsabilità 2002, 318). In realtà, applicazioni del criterio della vicinanza si rinvengono già in Cass. 7 febbraio 1996, n. 973 (Il Foro italiano 1996, I, 1265), sempre in relazione alla prova dell'inadempimento, nonché in Cass. 6 giugno 1968, n. 1720 (Repertorio del Foro italiano 1968, voce "Lavoro (rapporto di)", n. 414) in tema di rapporto di lavoro, e in Cass. 12 novembre 1970, n. 2368 (Repertorio del Foro italiano 1970, voce "Comunione e condominio", n. 166), in materia condominiale. Sottolinea l'ampio uso di detta regola che da tempo fa la giurisprudenza anche PROTO PISANI, A.: *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2012, p. 443. Tuttavia, VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 465 ss., nella sua opera più importante, non dedicò al principio grande risalto, confrontandosi soprattutto con i criteri dell'interesse, della normalità e della specificità, prendendo atto che quello della vicinanza risultava, a quel tempo, scarsamente invocato dai giudici ai fini del riparto probatorio.
- 5 La vicinanza come regola probatoria risulta largamente diffusa all'estero, prendendo il nome di "*carga dinamica de la prueba*" negli ordinamenti ibero-americani (si pensi al novellato art. 217, comma 7, del codice di rito spagnolo, secondo cui "*para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*") o di "*Anscheinsbeweis*" in quello tedesco (venendo impiegata sin dagli anni '70 del secolo scorso nelle controversie tra consumatore e produttore concernenti la responsabilità del produttore: cfr. BGH, 3 giugno 1975, VI ZR 192/73, *Juristenzeitung* 1976, 523), o venendo codificata in Olanda nell'art. 150 del codice di rito e in Brasile nell'art. 373 del nuovo codice di procedura civile.
- 6 CHIOVENDA, G.: *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Jovene, Napoli, 1934, pp. 316 ss.
- 7 Cfr. COMOGLIO, L.P.: *Le prove civili*, cit., p. 251; TARUFFO, M.: "Onere della prova", in AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XIII, Utet, Torino, 1995, p. 69. Per una recente critica al principio dell'onere probatorio, definitivo "una reliquia storica", v. NIEVA FENOLL, J.: "L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2020, pp. 1195 ss. Contro questa posizione, v. GARAVAGLIA, M.: "Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, pp. 1349 ss.
- 8 PATTI, S.: "Prova (Diritto processuale civile)", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Ed. Enc. it., Roma, 1991, p. 9: il giudice è tenuto a considerare non esistente il fatto "incerto" (ossia non pienamente provato), non accogliendo la domanda o l'eccezione della parte che su quel fatto la fondava e sul quale gravava l'onere di dimostrarne l'esistenza.
- 9 L'ideazione del principio di semplificazione analitica della fattispecie si deve, in Germania, a VON JHERING, R.: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, IV, A. Marescq, Paris, 1888, pp. 199 ss. e, in Italia, a MESSINA, G.: "Contributo alla dottrina della confessione", in MESSINA, G.: *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 1948, p. 65 (apparso nel 1902); ed è stato, in seguito, in dottrina richiamato, ad esempio, da COLESANTI, V.: "Eccezione (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, XV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 188-189; DENTI, V.: "L'eccezione del processo civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 28; FINZI, E.: *Il possesso dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 323-354; MICHELI, G.A.: *L'onere della prova*, cit., pp. 322-323; RUBINO, D.: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 53-59; VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 180 ss.; PATTI, S.: "Delle prove", cit., pp. 144-145.

che non è tenuto a dare integrale prova della vicenda sostanziale evocata nel processo¹⁰. A chi agisce compete, dunque, la sola prova dei fatti costitutivi e non l'assenza di quelli impeditivi: abbandonate quelle concezioni che ricostruivano il fatto impeditivo come co-elemento essenziale della fattispecie (in quanto fatto costitutivo col segno "capovolto")¹¹, si attribuisce ora allo stesso una rilevanza autonoma, che incide su una fattispecie già perfetta¹².

La regola di cui all'art. 2697 c.c. conosce, poi, delle limitazioni volte a facilitare ulteriormente il compito probatorio gravante sull'attore, sia in virtù della previsione di presunzioni legali *iuris tantum*¹³, sia per mezzo di attenuazioni del criterio di riparto, rappresentate, ad esempio, dal principio di acquisizione processuale (in ragione del quale, una volta che un mezzo di prova sia entrato regolarmente nel processo, tale mezzo può essere utilizzato dal giudice indipendentemente dalla parte che se ne era originariamente avvalsa), dalla predisposizione di sistemi probatori caratterizzati dall'attribuzione all'organo giudicante di poteri istruttori esercitabili d'ufficio¹⁴ o, ancora, dalla previsione di regole processuali che considerano provati i fatti non specificamente contestati (art. 115, comma 1, c.p.c.) o le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115, comma 2, c.p.c.)¹⁵.

10 VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 181-182.

11 Cfr. SACCO, R.: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova", *Rivista di diritto civile*, I, 1957, pp. 405 ss.; FINZI, E.: *Il possesso dei diritti*, cit., p. 349. Il problema nasce dall'influenza del principio di simultaneità, secondo cui vi sarebbe perfetta coincidenza tra fatto perfetto e fatto efficace: per una critica al principio si rinvia a RUBINO, D.: *La fattispecie*, cit., p. 88.

12 Cfr. GRASSO, E.: *La pronuncia d'ufficio*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 252 ss.; VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 199 ss.; PATTI, S.: "Delle prove", cit., pp. 135 ss.; COMOGLIO, L.P.: *Le prove civili*, cit., pp. 270 ss. In giurisprudenza, sia sufficiente richiamare Cass., sez. un., 6 giugno 2015, n. 11377 (*Dejure.it*). In generale, per una distinzione tra rilevanza ed efficacia, si vedano almeno CAMMARATA, A.E.: "Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica", in CAMMARATA, A.E.: *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 274 ss.; IRTI, N.: "Rilevanza", in AA.VV.: *Novissimo Digesto italiano*, XV, Utet, Torino, 1968, p. 1110, ove anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

13 Si tratta dei casi in cui è la legge a determinare un'inversione degli oneri probatori sotto un duplice profilo: per un verso, esonerando una parte dalla prova del fatto negativo che fonda la domanda e facendo gravare sull'altra il compito di dimostrare il fatto positivo contrario (è il caso dell'art. 5 della l. 15 luglio 1966, n. 604, secondo cui l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro, o dell'art. 135 cod. cons., il quale esonera l'acquirente dalla dimostrazione che il difetto di conformità preesisteva alla vendita, purché si manifesti entro un anno dalla consegna, addossando al venditore la prova contraria); per altro verso, esentando una parte dalla prova del fatto positivo che sta alla base della sua pretesa e addossando all'altra l'onere di dimostrare il fatto negativo corrispondente (è il caso dell'art. 40 del Codice delle pari opportunità, introdotto con il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, secondo cui "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione"). Per un approfondimento, si rinvia a TARUFFO, M.: "Presunzioni, inversioni, prova del fatto", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, pp. 748 ss.

14 Si pensi a quanto accade nel processo amministrativo: v. SAITTA, F.: "Vicinanze della prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 913.

15 Secondo PATTI, S.: "Le prove", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. IUDICA e P. ZATTI), Giuffrè, Milano, 2021, p. 163, non bisogna sopravvalutare il ruolo dell'art. 2697 c.c. quale regola generale, in ragione tanto della presenza di ulteriori numerose norme nel Codice civile e nelle leggi speciali dedicate al riparto,

L'art. 2697 c.c. è stato definito una "norma in bianco"¹⁶ in quanto, nella sua ampia portata, non è in grado di offrire, di per sé, una risposta al problema del riparto ai fini della sua concreta applicazione: necessita di essere integrato dalle norme sostanziali di volta in volta disciplinanti la pretesa¹⁷, da cui desumersi quali siano i fatti, oggetto di prova, indispensabili per completare la fattispecie costitutiva. Si tratta dell'applicazione della c.d. *Normentheorie*, elaborata in Germania da Leo Rosenberg, in base alla quale si ritenne che la distribuzione dei carichi probatori si potesse ricavare dalla sola previsione legislativa, individuando, ad esempio, nella presenza di formule "eccettuative" o condizionali¹⁸, all'interno del disposto di legge, gli indicatori dei fatti impeditivi, il cui onere probatorio sarebbe gravato sul convenuto¹⁹.

Tuttavia, ci si rese ben presto conto che non sempre è possibile affidarsi all'esplorazione della fattispecie normativa per giungere a una distribuzione obiettiva dei carichi probatori. Il problema, già evidenziato in Italia da Rodolfo Sacco nella metà del XX secolo, deriva da una considerazione elementare: tutti gli elementi che compongono la fattispecie hanno formalmente eguale importanza probatoria. Se questa è costruita in funzione dell'effetto, è evidente che in essa devono in astratto contemplarsi tutti gli elementi la cui presenza è necessaria per la sua produzione e, quindi, sia i fatti costitutivi, sia quelli contrari ai fatti impeditivi²⁰. Pertanto, salvo che la singola norma si curi di indicare puntualmente come vadano distribuiti tra i litiganti i carichi probatori (evenienza da considerarsi assai infrequente, per lo meno nella materia civilistica, ove la legge non specifica

quanto della "costruzione" a opera della giurisprudenza di regole sull'onere della prova tarate in base al caso concreto, che fanno dell'art. 2697 c.c. una norma di chiusura, avente funzione residuale, a cui l'interprete si rivolge in assenza di un diverso criterio specifico.

- 16 Così, ad esempio, per SACCO, R.: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova", cit., p. 420; ANDRIOLI, V.: "Prova (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Novissimo Digesto italiano*, XIV, Utet, Torino, 1967, p. 293; MICHELI, G.A.: *L'onere della prova*, cit., pp. 281 e 420.
- 17 Cfr. MICHELI, G.A.: *L'onere della prova*, cit., pp. 272 e 420; COMOGGIO, L.P.: *Le prove civili*, cit., p. 185; TARUFFO, M.: "Il diritto alla prova nel processo civile italiano", cit., p. 68; SACCO, R.: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova", cit., p. 420; PATTI, S.: "Delle prove", cit., p. 125; ANDRIOLI, V.: "Prova (dir. proc. civ.)", cit., p. 293; COLESANTI, V.: "Eccezione", cit., pp. 172 ss.; VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 185 ss. Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, si rinvia nuovamente a COMOGGIO, L.P.: *Le prove civili*, cit., pp. 282 ss.
- 18 Per un esame analitico delle espressioni impiegate dal legislatore italiano per indicare gli elementi costitutivi (da individuarsi, ad esempio, nelle locuzioni "se", "quando", "non ... a meno che non") o quelli impeditivi (da rinvenirsi nelle espressioni "salvo che", "se non", "a meno che", etc.), si rinvia a VERDE, G.: "Prova (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 632 ss., il quale però avverte che bisogna guardarsi da rigide prese di posizione, essendo sempre necessario prendere in considerazione la fattispecie tipica in funzione dell'effetto in vista del quale è stata costruita.
- 19 Cfr. ROSENBERG, L.: *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Beck, München-Berlin, 1965, pp. 99 ss. Per un approfondimento della teoria e per le critiche che, di recente, le sono state mosse in Germania si rimanda a PATTI, S.: "Delle prove", cit., pp. 128 ss. Si è sottolineato la relatività di questa impostazione, in quanto subordinata alle conseguenze in vista delle quali la fattispecie viene di volta in volta costruita: cfr. VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 185 ss. Non esistono perciò temi fissi di prova (così MICHELI, G.A.: *L'onere della prova*, cit., pp. XXII ss.), ma il giudice deve prendere in considerazione gli effetti giuridici richiesti e, in funzione degli stessi, ricostruire la fattispecie sostanziale applicabile al caso concreto e ripartire di conseguenza l'onere della prova: cfr. VERDE, G.: "Prova (dir. proc. civ.)", cit., p. 641.
- 20 SACCO, R.: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova", cit., pp. 420 ss.

quali fatti siano costitutivi, estintivi, modificativi o impeditivi)²¹, resta irrisolta la questione della concreta individuazione degli oneri, con la conseguente inadeguatezza della “*Normentheorie*” alla realtà processuale. Senza considerare poi che, non solo di rado il legislatore indica i singoli fatti in previsione delle prove da ripartire nel processo, ma talvolta il giudice si trova di fronte a circostanze, pur rilevanti nella fattispecie, non menzionate nel modello legislativo e deve decidere su chi far ricadere il rischio della mancata prova²².

La conclusione risulta dunque necessitata: benché, a una prima lettura, l’art. 2697 c.c. sembri proporre una lontananza dal caso concreto e una ripartizione fissa dell’onere probatorio, un criterio meramente astratto risulta inidoneo a offrire risposte tanto al problema individuativo nella fattispecie concreta, quanto alle imprevedibili dinamiche del processo.

Di fronte all’insufficienza del dato normativo, pur non negando la necessità che la regola di allocazione vada anzitutto cercata nella fattispecie, la giurisprudenza e parte della dottrina hanno da tempo impiegato dei parametri ulteriori – quali, ad esempio, l’interesse, l’apparenza, la vicinanza, la normalità, la conformità a diritto o il carattere negativo del fatto da provare²³ – al fine di integrare la previsione legale in relazione a fatti non espressamente qualificati dalla norma ai fini del riparto, per suddividerne gli oneri probatori. In particolare, tra quelli menzionati, il criterio della disponibilità del mezzo è quello che, più di ogni altro, è stato recentemente valorizzato dalla giurisprudenza per determinare le regole di distribuzione e sul quale in dottrina si è concentrato il dibattito, da sempre oscillante tra due poli opposti²⁴: il primo, di stampo strettamente legalista, volto a censurarne l’uso (o l’abuso), argomentando dall’assenza di un dato normativo su cui fondarlo e dalla

21 In modo parzialmente difforme, va preso atto che nella materia lavoristica la tutela dei diritti è talvolta affidata a tecniche di distribuzione predeterminata degli oneri probatori, in cui è la legge a individuare specificamente il soggetto onerato della prova di un fatto decisivo per il giudizio (si pensi, ad esempio, alla dimostrazione del recesso datoriale ex art. 5 della l. 15 luglio 1966, n. 604); cfr. sull’argomento Licci, P.: “L’onere della prova nelle controversie in materia di licenziamento”, *Rivista di diritto processuale*, 2019, pp. 1127 ss.; VALLEBONA, A.: *L’onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988, pp. 61 ss. Altri esempi possono trarsi dal Codice della proprietà industriale (art. 121, comma 1), da quello delle assicurazioni private (art. 178) o da quello di consumo (art. 33, comma 2), nonché dalla c.d. legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24), nella parte in cui qualifica come aquiliana la responsabilità del medico e come contrattuale quella della struttura sanitaria ai soli evidenti fini di gestire diversamente il riparto dell’onere probatorio.

22 Si pensi alla garanzia per vizi nella compravendita e alla circostanza che il difetto deve preesistere al momento traslativo ai fini dell’invocabilità della garanzia: il momento genetico del vizio viene dato per presupposto dalla norma di cui all’art. 1490 c.c. e non viene da essa menzionato, il che pone al giudice il problema di individuare chi, tra venditore e compratore, ne debba sopportare l’onere probatorio e le conseguenze della mancata prova. Per un approfondimento della questione, sia consentito rinviare a MAZZARIOL, R.: “L’onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio”, *Rivista di diritto civile*, 2020, pp. 442 ss.

23 Per un’analisi particolareggiata dei criteri impiegati dalla giurisprudenza ove manchino precise disposizioni di legge, v. VERDE, G.: “Prova (dir. proc. civ.)”, cit., pp. 643 ss.; Id., *L’onere della prova*, cit., pp. 465 ss. Da atto dell’esistenza e dell’uso di questi criteri anche BESSO, C.: “La vicinanza della prova”, *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 1384.

24 Osserva BESSO, C.: “La vicinanza della prova”, cit., p. 1385, che la regola si fa risalire a Jeremy Bentham in Gran Bretagna ed è stata, poi, ripresa da Matteo Pescatore in Italia: v. BENTHAM, J.: “An introductory View of the Rationale of Evidence”, in AA.VV.: *The Works of Jeremy Bentham* (a cura di J. BOWRING), VI, W. Tait,

situazione di incertezza che verrebbe a crearsi sull'esito del processo; il secondo, più attento alle istanze di ragionevolezza e di legalità costituzionale, tendente a giustificarlo al fine di non comprimere indebitamente l'esercizio dell'azione in giudizio.

Tenuto conto della matrice giurisprudenziale del fenomeno, la comprensione delle rispettive posizioni non può che passare attraverso una verifica dell'uso del criterio della vicinanza nel c.d. diritto vivente, tramite l'analisi di alcune pronunce della Suprema Corte paradigmatiche della sua ampia attuale latitudine applicativa.

III. LE PRINCIPALI MODALITÀ D'IMPIEGO DELLA REGOLA NEL "DIRITTO VIVENTE".

La vicinanza come regola probatoria è stata recentemente definita dalla Corte di Cassazione un "principio ormai pienamente generale"²⁵, tanto da essere assunta a "diritto vivente" nella letteratura sul tema. Improprio in questa sede un esame puntuale di tutte le pronunce in cui negli ultimi due decenni è stata richiamata la prossimità per risolvere il problema del riparto probatorio, con un'applicazione estesa a ogni branca della materia privatistica²⁶. L'ampio campo applicativo ne consiglia, pertanto, un'analisi per schemi generali.

Sotto questo profilo, due sono le principali modalità operative tramite cui la giurisprudenza fa generalmente uso del canone²⁷.

La prima consiste nel servirsi della vicinanza per procedere alla qualificazione di un fatto, costituente la fattispecie sostanziale evocata in giudizio, come costitutivo o impeditivo ex art. 2697 c.c., qualora, per la lacunosità o per il silenzio della norma, non sia possibile individuare il riparto dei temi probatori.

È il caso, ad esempio, della celebre decisione assunta nel 2001 in tema di responsabilità contrattuale²⁸: la vicinanza è stata utilizzata per distinguere i fatti che devono essere provati dall'attore, in quanto nella sua disponibilità e dunque da considerarsi costitutivi (individuati nel fondamento del diritto di credito e nella scadenza del termine), da quelli impeditivi, modificativi ed estintivi, la cui prova

Simpkin, Marshall, Edinburgh, 1943, cap. XXVII e PESCATORE, M.: *Logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, I, Utet, Torino, 1883, pp. 95 ss.

25 Così Cass. 6 luglio 2020, n. 13851 (*Dejure.it*). Parimenti, secondo Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651 (*Dejure.it*), il principio di vicinanza della prova rappresenta un "dogma".

26 Parla di "impetuosa affermazione del principio di vicinanza" DELLA PIETRA, G.: "La vicinanza della prova e la prova «più prossima» che c'è: *internet*", *Il giusto processo civile*, 2018, pp. 1044 ss.

27 Per uno studio analitico delle modalità d'impiego del principio di vicinanza nella giurisprudenza, si rimanda allo studio condotto da FRANZONI, M.: "La «vicinanza della prova», quindi...", *Contratto e impresa*, 2016, pp. 362 ss. e da BESSO, C.: "La vicinanza della prova", cit., pp. 1388-1389. Per l'analisi di una terza modalità, si rinvia anche a quanto esposto nel successivo paragrafo V.

28 Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

competere al convenuto, in quanto più agevoli da dimostrare per quest'ultimo (identificati nell'esatto adempimento). Altro esempio assai noto è quello offerto dalla pronuncia in tema di garanzia per vizi nella compravendita codicistica²⁹: l'esistenza del difetto è stata considerata un fatto costitutivo del diritto del compratore alla risoluzione del contratto o alla riduzione del prezzo in quanto più vicina alla sua sfera d'azione³⁰. Anche in altra sentenza si è fatto uso della regola ai fini identificativi delle circostanze rilevanti ex art. 2697 c.c., pur venendo temperata dal criterio della normalità dell'evento da dimostrare³¹: per un verso, si è sostenuto che l'onere di provare l'assenza o la diversità di un atto, inviato all'interno di un plico tramite raccomandata, grava sul ricevente, "poiché, una volta effettuata la consegna del plico per la spedizione, esso fuoriesce dalla sfera di conoscibilità del mittente e perviene in quella del destinatario, il quale può dunque dimostrare che al momento del ricevimento il plico era privo di contenuto (o ne aveva uno diverso)"; per altro verso, però, qualora il mittente affermi di avere inserito più di un atto nella busta e il destinatario contesti tale circostanza, si è onerato il mittente di provare che tutti gli atti fossero contenuti nel plico "e ciò in quanto, secondo l'*id quod plerumque accidit*, ad ogni atto da comunicare corrisponde una singola spedizione".

Dalla esemplificazione proposta emerge un primo dato: in queste ipotesi la regola probatoria della prossimità opera come criterio sostanziale di qualificazione, facendo discendere la natura del fatto dalla facilità o meno di dimostrarne l'esistenza; per cui sarà costitutivo quello di cui l'attore riesce a fornire agevole prova, mentre sarà impeditivo quello nella disponibilità del convenuto.

La seconda modalità di impiego del criterio rifugge l'idea che il carattere impeditivo o costitutivo di un elemento fattuale derivi dalla circostanza che la sua prova sia difficoltosa o meno per chi agisce in giudizio³², ma ammette che la regola della vicinanza consenta all'attore, lontano dalla prova, di limitarsi ad allegare un fatto, benché sia qualificato dalla norma come costitutivo, senza darne dimostrazione: lo stesso si considera presuntivamente esistente e compete,

29 Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748 (I contratti 2019, 373).

30 Sintomatiche di questa impostazione sono anche Cass. 5 gennaio 2017, n. 160 (Rivista di diritto del lavoro 2017, II, 12); Cass. 22 marzo 2016, n. 5592 (Il lavoro nella giurisprudenza 2016, 794); Cass. 10 maggio 2016, n. 9467 (Dejure.it), in relazione all'obbligo di *repêchage* nel diritto del lavoro (ossia alla prova dell'impossibilità di un diverso impiego del lavoratore nell'ambito aziendale). Altro esempio è offerto da Cass. 6 dicembre 2017, n. 29241 (Dejure) sempre in materia di lavoro: "in tema di riparto dell'onere probatorio, ai fini dell'applicazione della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia accertata l'invalidità, sono fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento, esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa, inferiori ai limiti stabiliti dall'art. 18 della L. 20 maggio 1970, n. 300, costituiscono, insieme al giustificato motivo del licenziamento, fatti impeditivi che devono, perciò, essere provati dal datore di lavoro".

31 Cass. 26 novembre 2019, n. 30787 (Dejure.it), da cui sono riprese le parti di seguito virgolettate.

32 In dottrina, aderiscono a questa impostazione, ad esempio, PROTO PISANI, A.: "La prova del «requisito dimensionale» ex art. 18 l. 300/70: un «*grand arrêt*» delle Sezioni unite", *Il Foro italiano*, 2006, I, c. 704; LICCI, P.: "L'onere della prova nelle controversie in materia di licenziamento", cit., pp. 1141-1142.

invece, al convenuto fornire la prova contraria. In questo modo, si esonera un soggetto dalla prova di un evento, favorendo la posizione di chi nel processo viene considerato la parte oggettivamente e ingiustificatamente svantaggiata sotto il profilo probatorio, al fine di realizzare il principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello di ugaglianza.

Il criterio della prossimità finisce così per creare quelle che vengono usualmente definite “presunzioni giurisprudenziali”, ossia situazioni in cui si assiste, in virtù di un’ermeneusi operata in sede giudiziale, alla conversione di un fatto costitutivo in uno presunto, sollevando l’attore dalla relativa dimostrazione³³. L’applicazione del principio non determina perciò in senso stretto un’inversione dell’onere probatorio (il che si verificherebbe, invece, nel caso in cui l’attore fosse tenuto a dimostrare i fatti impeditivi, modificativi o estintivi e il convenuto quelli costitutivi): ferma restando la qualificazione del fatto, lo si considera semplicemente esistente a vantaggio di chi si trova nella sostanziale e incolpevole impossibilità di dimostrarlo. Ne consegue che i connotati dell’elemento fattuale continuano a discendere dalla norma sostanziale e il principio della vicinanza si presenta come un’eccezione alla regola di giudizio di cui all’art. 2697 c.c., poiché impedisce che risulti soccombente il soggetto che non ha provato l’esistenza di un fatto costitutivo qualora di quel fatto non aveva facile accesso. Le stesse Sezioni Unite della Suprema Corte hanno, in un recente passato, preso apertamente atto di questo fenomeno, osservando che “la giurisprudenza ha ... fatto ricorso, tutte le volte che il modello legale prefissato non risultava appagante in relazione alle posizioni delle parti riguardo ai singoli temi probatori, allo schema della presunzione in modo talora così tipico e costante da creare, in definitiva, vere e proprie regole di giudizio. Col risultato non già di invertire l’onere della prova, ma di distribuirlo in senso conforme alla realtà dell’esperienza positiva”³⁴. In questi casi il criterio della prossimità può allora ricostruirsi come regola interna alle norme processuali, volta a sollevare la parte da una prova impossibile o eccessivamente gravosa, così da garantire l’effettività della tutela in giudizio³⁵.

Emblematica di questa modalità d’impiego della regola della vicinanza appare anzitutto la decisione assunta dalla Corte di Cassazione in tema di onere probatorio gravante sulla parte, non colpita dall’evento interruttivo del processo, che intenda riassumerlo nei confronti degli eredi della controparte deceduta. In

33 Per una più ampia analisi del tema e per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a MICHELI, G.A.: *L’onere della prova*, cit., pp. 340 ss.; VERDE, G.: *L’onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 371 ss. e 472 ss.; TARUFFO, M.: “La prova nel processo civile”, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI), Giuffrè, Milano, 2012, pp. 253 ss.; Id.: “Presunzioni, inversioni, prova del fatto”, cit., p. 733 ss.; BENIGNI, E.: *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell’onere probatorio*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 173 ss.; COMOGLIO, L.P.: *Le prove civili*, cit., pp. 249 ss. e 320 ss.

34 Così Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499 (Corriere giuridico 2008, 1555).

35 Secondo COMOGLIO, L.P.: *Le prove civili*, cit., pp. 249 ss., le presunzioni c.d. giurisprudenziali soddisfano i medesimi interessi che ispirano il legislatore nelle presunzioni legali al fine di garantire l’effettività del diritto alla prova.

questo caso, benché la qualità di erede del destinatario del ricorso in riassunzione venga ricondotta, ai sensi dell'art. 303, comma 2, c.p.c., agli elementi costitutivi della fattispecie, essa è data per presunta e si onera il ricevente l'atto di fornire la dimostrazione di non essere erede: "sovviene al riguardo il generale principio di vicinanza della prova, in quanto il chiamato all'eredità ha l'agevole possibilità di costituirsi e di allegare di non aver accettato l'eredità, mentre la parte non colpita dall'evento interruttivo si troverebbe nella difficoltà di dimostrare l'effettiva qualità di erede del chiamato, vista la complessità dei fenomeni ereditari e non essendovi un sistema di pubblicità che consenta un controllo da parte dei terzi sull'effettiva acquisizione della qualità di erede da parte del chiamato"³⁶.

Altro esempio è offerto dalla sentenza resa in tema di rappresentanza del vicepresidente vicario nelle associazioni non riconosciute: benché la sussistenza dei poteri rappresentativi, in capo al vicepresidente che ha stipulato un contratto con un terzo, risulti elemento costitutivo del diritto di credito (avente titolo nel contratto) azionato in giudizio dal terzo nei confronti dell'associazione, la Suprema Corte ha ritenuto che detto elemento fattuale si considera presuntivamente esistente, poiché "deve presumersi che [il vicepresidente] si sia avvalso, nei rapporti con terzi, di tale potere di sostituzione nel rispetto delle previsioni statutarie, con la conseguenza che – in applicazione del principio della vicinanza della prova – spetta all'associazione vincere tale presunzione, essendo essa a conoscenza delle specifiche circostanze che costituiscono il presupposto fattuale per invocare (o negare) la sussistenza della legittimazione rappresentativa sussidiaria del vicario"³⁷.

Dall'analisi, pur sommaria, di queste pronunce esemplificative, risulta un quadro in cui il criterio della riferibilità della prova assume un duplice profilo: funge da regola sostanziale quando, nel silenzio del legislatore in merito alla distribuzione dei temi probatori, concorre a qualificarli ai fini del riparto nell'ambito delle definizioni di cui all'art. 2697 c.c.; diventa, viceversa, regola correttiva in sede processuale quando, in base alla valutazione del giudice, una parte viene esentata dalla dimostrazione di una circostanza che, in base al parametro legale, sarebbe tenuta a provare, ma la cui prova risulterebbe per la stessa incolpevolmente troppo difficile, a prescindere dalla natura costitutiva o estintiva del fatto stesso, mentre risulta agevole per la controparte.

IV. CRITICHE ALLA REGOLA E LORO SUPERAMENTO SOTTO IL PROFILO ASSIOLOGICO.

Inevitabili e severe le critiche che, in base a un'impostazione strettamente legalista, parte della dottrina ha mosso all'uso del criterio della riferibilità del

³⁶ Cass. 28 giugno 2018, n. 17445 (*Dejure.it*).

³⁷ Cass. 17 giugno 2014, n. 13774 (*Dejure.it*).

mezzo, tanto da spingersi a definire come “pericolosa” la “manipolazione” degli oneri a opera del giudice, giacché “stabilendo in sede di decisione che una parte aveva ... un onere probatorio non previsto dalla legge, e applicando la regola per cui chi non prova soccombe, in realtà il giudice decide – sempre discrezionalmente – chi soccombe e chi vince”³⁸. Si è, poi, aggiunto un ulteriore rilievo fondato sul diritto positivo: la vicinanza come regola probatoria, in special modo se applicata come parametro correttivo, finirebbe per proporre un modello antitetico a quello formalmente codificato, racchiuso nel brocardo *onus incumbit ei qui dicit*, dispensando l'attore dalla dimostrazione di fatti che, di per sé, sarebbero costitutivi, in contrasto con quanto dispone la lettera dell'art. 2697 c.c.

In una prospettiva meramente formale, le obiezioni sembrano, all'apparenza, cogliere nel segno, poiché il denunciato fenomeno, pur ritenuto “inevitabile”³⁹, potrebbe divenire latore di non poche insidie e pericoli; tant'è che la giurisprudenza, sensibile a queste critiche, nelle sporadiche occasioni in cui ha proposto stringate riflessioni di carattere generale sul tema, si è sempre sforzata di ribadire che la prossimità costituisce, almeno in linea teorica, un criterio di riparto probatorio sussidiario e non alternativo rispetto a quello legale: “il principio di vicinanza della prova non deroga alla regola di cui all'art. 2697 c.c. ... ed è destinato a operare quando le disposizioni attributive delle situazioni attive non offrano indicazioni univoche per identificare i fatti costitutivi”⁴⁰.

Tuttavia, abbandonando la prospettiva della semplice astrazione, va preso atto che, senza la regola della riferibilità (e gli altri criteri integrativi), l'art. 2697 c.c., in quanto norma “in bianco”, rimarrebbe priva di contenuto: la vicinanza assume il ruolo decisivo di definire quali siano gli elementi della fattispecie sostanziale adottata in giudizio che devono essere dimostrati dalle parti⁴¹. Più che porsi quale regola derogativa rispetto a quella stabilita dal criterio legale di tipo formale, nel caso in cui la singola disposizione invocata nel processo non distingua espressamente i fatti costitutivi da quelli estintivi, la riferibilità del mezzo consente all'interprete di identificare gli elementi più prossimi all'attore e dunque nella sua disponibilità, mentre la lontananza permette di individuare quelli più facilmente suffragabili dal convenuto. In assenza di detto parametro, l'art. 2697 c.c. rimarrebbe oscuro nella

38 Così TARUFFO, M.: “L'onere come figura processuale”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, p. 433. Denuncia l'eccessiva discrezionalità del giudice nell'uso del criterio della “vicinanza” anche BUSNELLI, D.: “La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona”, *Danno e responsabilità*, 2014, pp. 466 ss.; in senso critico, v. altresì FRANZONI, M.: “La «vicinanza della prova», quindi...”, cit., pp. 373 ss., nonché, con riguardo alle presunzioni giurisprudenziali, PIRAINO, F.: “Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale”, *Danno e responsabilità*, 2020, pp. 565-566.

39 Così viene definito da VERDE, G.: “L'inversione degli oneri probatori”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 720.

40 Così Cass. 22 aprile 2022, n. 12910 (*Dejure.it*).

41 Secondo VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 466, il criterio della vicinanza, unitamente agli altri già citati, “assolvono a un innegabile ruolo di propulsione e di completamento ogni volta che occorra «riempire» la previsione legale per renderla adeguata al caso concreto”.

sua generica formulazione letterale, con il rischio di pervenire a soluzioni non conformi a una lettura costituzionalmente orientata della norma. D'altra parte, più una disposizione è priva di contenuto proprio⁴² e ammette una pluralità di significati, massima è l'esigenza di una sua comprensione alla luce del sistema in cui è inserita e maggiore è il ruolo ricoperto dall'interprete, il cui compito primario è ricondurla a detto sistema⁴³. Con ciò non s'intende negare la generale esigenza di un approccio positivistico al problema, ma va evitata l'illusione che il criterio di suddivisione dei temi probatori derivi sempre da un fatto di mera codificazione⁴⁴.

L'uso della vicinanza risulta legittimo anche nel caso in cui valga come regola correttiva in sede processuale. Se si interpreta l'art. 2697 c.c. all'interno del complesso normativo di cui fa parte, non possono non concorrere alla sua definizione le norme di rango costituzionale: l'applicazione diretta dei principi costituzionali nel diritto privato, il loro impiego per ricavare regole vincolanti d'azione e per interpretare le disposizioni codicistiche in funzione integrativa o correttiva, richiedono oggi ormai ben poche giustificazioni⁴⁵. Il criterio di distribuzione dei carichi probatori previsto dall'art. 2697 c.c. va dunque letto in conformità all'art. 24 Cost. e alla luce di quello di ragionevolezza⁴⁶, i quali impongono di ripartire l'onere in modo da rendere effettivamente possibile, nel caso concreto, l'esercizio dell'azione (o la difesa) in giudizio. È dunque la lettura costituzionalmente orientata della norma ad avvalorare il modello teorico proposto, tenuto conto che la vaghezza della formula legislativa ammette una pluralità di significati tra cui va privilegiato quello maggiormente conforme a Costituzione.

42 Così Giovanni Verde definisce l'art. 2697 c.c.: v. VERDE, G.: "L'inversione degli oneri probatori", cit., p. 729.

43 Secondo VERDE, G.: "Prova (dir. proc. civ.)", cit., p. 632, "l'obiezione di stampo positivista, secondo la quale non è consentito all'interprete di inserire nel sistema criteri di ripartizione degli oneri probatori di origine giurisprudenziale, appare pertanto priva di significato quando si assuma che il sistema positivista non è un mondo chiuso e autosufficiente, ma è destinato a completarsi all'atto della sua traduzione in azione concreta per il tramite degli organismi all'uopo esistenti".

44 Cfr. ancora VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 142, nt. 205.

45 In questo senso, v. Corte cost. 25 ottobre 2000, n. 440 (Giurisprudenza costituzionale 2000, 3307), secondo cui "i precetti costituzionali si pongono, infatti, rispetto alla legge ordinaria non solo come parametri di legittimità, ma, prima ancora, come essenziali punti di riferimento dell'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità". Impensabile una bibliografia sull'argomento: si limita il rinvio al recente volume AA.VV., *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto* (a cura di E. Navarretta), Giappichelli, Torino, 2017, pp. 3 ss., nonché a CASTORINA, E.: "Diritto alla prova e principi costituzionali", in CENDON, P.: *Le prove, I, Il Diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, Utet, 2007, pp. 97 ss.

46 Sull'esistenza del criterio di ragionevolezza nel sistema privatistico, v. almeno PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006, *passim*; PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, pp. 86 ss.; ROPO, V.: "Il contratto e le fonti del diritto", *Contratto e impresa*, 2001, pp. 1083 ss.; PATTI, S.: "La ragionevolezza nel diritto civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, pp. 1 ss.; NIVARRA, L.: "Ragionevolezza e diritto privato", *Ars interpretandi*, 2002, pp. 373 ss.; TROIANO, S.: "Ragionevolezza (dir. priv.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 783 ss.; RICCI, A.: *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2007, *passim*. Secondo DELLA PIETRA, G.: "La vicinanza della prova e la prova «più prossima» che c'è: internet", cit., p. 1041, fu un canone di buon senso a indurre le Sezioni Unite del 2001 ad adottare il criterio della vicinanza.

Traguardando perciò la disposizione alla luce dell'art. 24 Cost., un'impostazione strettamente formalistica del criterio sancito dall'art. 2697 c.c. finirebbe per confliggere con il dato costituzionale nel caso in cui frapponga alla parte, che richiede tutela, un ostacolo all'assolvimento in concreto dell'onere probatorio da risultare estremamente arduo o impossibile. Per evitare una lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti non sembra esserci altra soluzione che abbandonare schemi astratti e attingere ai correttivi che il criterio della riferibilità consente di recuperare, rendendo altresì efficiente il processo, nel senso di favorire la corrispondenza sostanziale tra regola e fatto⁴⁷. Un modello imperniato sulla formale e rigida uguaglianza delle parti rispetto ai temi da provare risulta inidoneo a garantire il diritto a un reale accertamento del diritto vantato: il criterio della vicinanza permette di ambire a una decisione veritiera, perché onera la parte, che effettivamente sarebbe in grado di dimostrare una circostanza, di darne prova; viceversa, addossando rigidamente il peso probatorio sulla parte "lontana" dal fatto, la ricostruzione operata dal giudice diverrebbe lacunosa o errata.

D'altronde, è la stessa Corte costituzionale a ricordare che "l'eccessiva difficoltà della prova e la conseguente impossibilità del riconoscimento del diritto importano violazione del precetto costituzionale dell'art. 24. Infatti, si è più volte affermato che esso risulta violato quando si sia imposto un onere tale o vengano prescelte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio, da parte di qualunque interessato, del diritto"⁴⁸. Allo stesso modo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ammesso che la regola della vicinanza si iscrive direttamente nell'art. 24 Cost., "che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio"⁴⁹.

Sulla scorta di queste indicazioni, l'ermeneusi dell'art. 2697 c.c. da preferire alla luce del dato costituzionale è quella che attribuisce alla vicinanza il ruolo di correttivo nei casi in cui la fattispecie concreta renda evidente l'incolpevole impossibilità per una parte di assolvere al proprio onere probatorio⁵⁰. Si tratta di un principio che trova peraltro traduzione in alcune norme di legge: si pensi,

47 In linea generale, tramite la regola sull'onere della prova il legislatore persegue non solo l'interesse delle parti, ma anche un fine di rilevanza generale, rappresentato dalla possibilità che la decisione finale si fondi sull'accertamento, consentito dalle prove, della verità dei fatti rilevanti, in modo che il processo si concluda con una decisione "giusta" in quanto fondata sulla corretta applicazione delle norme regolanti la fattispecie concreta: v. TARUFFO, M.: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009, pp. 107 ss. e 228 ss.

48 Così Corte Cost. 22 dicembre 1989, n. 568 (*Dejure.it*).

49 Così Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141 (*Dejure.it*).

50 In questo senso, v. anche COMOGUO, L.P.: *Le prove civili*, cit., pp. 323 s., il quale parla di "giustizia distributiva" e di "parametri ermeneutici essenziali", nonché BARILE, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 291, secondo cui "un giusto e leale processo deve assicurare «il diritto alla prova», che assicura un «contenuto di pienezza» all'azione e alla difesa ... nel senso che l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà che la legge ponga alle prove costituisce un diniego di tutela, come tale illegittimo".

da un lato, all'art. 2698 c.c., il quale dichiara nulli i patti modificativi dell'onere che rendano troppo difficile l'esercizio del diritto, o all'art. 64 del Codice del processo amministrativo, che onera le parti di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità.

La regola di vicinanza si radica, inoltre, su ulteriori fondamenti costituzionali di primissimo vertice assiologico⁵¹.

S'intende, in primo luogo, fare riferimento agli artt. 3 e 2 Cost.: il primo impone che a specificità di posizione – e quindi, per l'effetto, a diversità (rispetto alle altre posizioni) – deve corrispondere peculiarità di trattamento normativo; il secondo, invece, riconosce l'esigenza che la prossimità della prova concorra a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano l'uguaglianza dei soggetti nel processo⁵². In secondo luogo, il principio si configura come un corollario dei doveri di correttezza e di buona fede, nonché di quelli del giusto processo e delle regole generali del codice di rito⁵³.

Anche nella giurisprudenza di legittimità l'impiego del criterio trova legittimazione nei principi costituzionali e sovranazionali; in particolare, è la regola del giusto processo, riconducibile agli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, a escludere qualsiasi automatismo nell'applicazione dell'art. 2697 c.c., poiché essa impone “di discostarsi da interpretazioni suscettibili di ledere il diritto di difesa della parte ovvero ispirate ad un formalismo funzionale non già alla tutela dell'interesse della controparte, ma piuttosto a frustrare lo scopo stesso del processo, che è quello di consentire che si pervenga ad una decisione di merito”⁵⁴. La Suprema Corte mette, poi, in luce il limite di una interpretazione in senso letterale dell'art. 2697 c.c.: il principio della prossimità non viene ricostruito come un mezzo per eludere la norma codicistica, “bensì [come] un presidio sistemico per impedirne l'abuso, *id est* la trasformazione del dispositivo processuale in un'inaccettabile ostacolo alla tutela dei diritti sostanziali”⁵⁵.

Si tratta, peraltro, di una prospettiva metodologica coerente con la tendenza ormai radicata a rileggere il diritto civile nel prisma della tutela dei diritti⁵⁶: il

51 Cfr. DOLMETTA, A.A. e MALVAGNA, U.: “Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario”, *Banca, borsa, titoli di credito*, 2014, p. 671.

52 Cfr. nuovamente DOLMETTA, A.A. e MALVAGNA, U.: “Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario”, cit., pp. 671 ss.

53 Cfr. SAITTA, F.: “Vicinanze della prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro”, cit., p. 916.

54 Così Cass. 11 febbraio 2009, n. 3362 (*Dejure.it*). Richiamano l'art. 111 Cost. e le norme europee per giustificare l'esistenza di un “diritto alla prova” anche PATTI, S.: “Le prove”, cit., p. 122; TARZIA, G.: “L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 1 ss.

55 Così Cass. 6 luglio 2020, n. 13851, cit.

56 Rileva questa tendenza CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c.p.c. nella riforma del processo della famiglia”, *Il diritto di famiglia e delle*

momento sostanziale si lega inscindibilmente a quello processuale della tutela⁵⁷, attraverso la valorizzazione del principio di effettività di quest'ultima, che implica il riconoscimento tanto del diritto a un ricorso effettivo⁵⁸, quanto a quello di un rimedio effettivo⁵⁹.

Prima di confermare il modello probatorio proposto, occorre però farsi carico di un'ulteriore obiezione.

L'interesse, costituzionalmente protetto, che il criterio di riferibilità della prova soddisfa, trova un contrappunto nel principio generale di prevedibilità delle regole processuali, rispetto al quale va effettuata una verifica comparativa. È indiscutibile, infatti, che il bisogno di certezza porterebbe in astratto a escludere la possibilità di un mutamento del riparto probatorio in considerazione della fattispecie concreta: diversamente opinando, il soggetto che intenda agire in giudizio correrebbe il rischio di veder invertito, a suo svantaggio, l'onere della prova nel corso del processo, ogni qual volta la controparte eccepisca l'oggettiva e incolpevole difficoltà di provare l'esistenza di un fatto della cui dimostrazione sarebbe formalmente onerata. L'istanza di prevedibilità delle regole sulla distribuzione del carico sembrerebbe imporre una distribuzione dell'onere rigida e predefinita.

In realtà, tenendo fede al fondamento assiologico dell'impostazione proposta, il bilanciamento tra esigenze di certezza ed esigenze di effettività della tutela giurisdizionale depone per il prevalere delle seconde rispetto alle prime. A mente della rilevanza attribuita dalla Corte costituzionale all'art. 24 Cost. e ai valori del giusto processo, quando sussiste la necessità nella singola fattispecie di garantire il diritto, definito come "inviolabile e universale"⁶⁰, di agire o di difendersi giudizialmente, va sempre assicurato alle parti un effettivo diritto alla prova, da

persone, 2022, p. 632. In tema di tutela dei diritti, imprescindibile risulta l'opera di DI MAJO, A.: *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1987, *passim*; Id.: "Il linguaggio dei rimedi", *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 341 ss. Sempre sul tema, v. anche almeno MAZZAMUTO, S.: "La nozione di rimedio nel diritto continentale", *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 585 ss.; PERLINGIERI, P., "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, 2011, pp. I ss.; MESSINETTI, D.: "Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali", *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 609 ss.

57 Così per DI MAJO, A.: "Forme e tecniche di tutela", in AA.VV.: *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di S. MAZZAMUTO), I, Jovene, Napoli, 1989, p. 36.

58 Nella giurisprudenza di fonte europea, v. almeno Corte EDU 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito (www.hudoc.echr.coe.int). Come rileva CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", in AA.VV.: *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo* (a cura di G. PERLINGIERI e A. FACHECHI), I, ESI, Napoli, p. 163, le Corti europee sono contrarie a restringere la portata del diritto a "un accesso effettivo alla giustizia" (art. 47, ultimo comma, Carta dir. fond. Un. eur.) alla mera pretesa di adire i tribunali, dovendosi attribuire eguale rilevanza anche alla effettività della disciplina rimediale.

59 Emblematica sul tema è Cass. 17 settembre 2013, n. 21255 (Danno e responsabilità 2014, pp. 123 ss.), secondo cui il diritto alla tutela giurisdizionale va inteso non solo "come diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale", ma anche "in una prospettiva contenutistica, come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela".

60 Con queste parole il diritto di agire in giudizio viene definito dalla Corte costituzionale: v. C. Cost. 11 febbraio 1999, n. 26 (Il Foro italiano 1999, I, 1118) e C. Cost. 22 gennaio 1982, n. 18 (Il Foro italiano 1982, I, 934).

ritenersi prevalente sulle esigenze di certezza. D'altra parte, se queste ultime primeggiassero e conducessero però all'impossibilità pratica di agire in giudizio, esse finirebbero per negare, con un'evidente eterogenesi dei fini, lo stesso diritto azionato di cui esse vogliono con certezza predeterminare immodificabilmente il riparto probatorio degli elementi che lo comprovano. E la paventata eccessiva discrezionalità di cui godrebbe il giudice non è, in realtà, più ampia di quella che la legge già gli assicura con la previsione dell'istituto del giuramento suppletorio ex art. 2736 c.c.⁶¹ In presenza di una prova non "piena", il giudice gode di una duplice discrezionalità: per un verso, può decidere di applicare l'art. 2697 c.c. (inteso come regola di giudizio) e respingere la domanda (o l'eccezione) oppure può deferire d'ufficio il giuramento suppletorio "al fine di decidere la causa" (art. 2736 c.c.); per altro verso, ha la libertà di scegliere la parte a cui deferire il giuramento, finendo così per mutare radicalmente, a sua scelta, la situazione dei contendenti in ordine alla prova⁶².

Affinché la discrezionalità non si tramuti in arbitrio, è però necessario riconsiderare il modo in cui la prova si forma in giudizio: qualora una delle parti alleghi⁶³ (e fornisca elementi per dimostrare) l'impossibilità oggettiva o l'estrema incolpevole difficoltà a provare fatti che *a priori* dovrebbero ricadere nella sua sfera d'azione, deve essere onere del giudice imporre un contraddittorio sul tema della vicinanza e assumere, poi, una decisione adeguatamente motivata sul "chi deve provare che cosa", anche al fine di permettere sia l'eventuale impugnazione a opera della parte soccombente, sia un controllo di merito. Non si tratterà tanto di prevedere un obbligo di *disclosure*, non codificato nel nostro ordinamento, in virtù del quale ciascuna parte sarebbe "tenuta a produrre tutte le prove rilevanti che sono in suo possesso o nella sua disponibilità, ivi comprese le prove che per tale parte produrrebbero effetti sfavorevoli"⁶⁴, ma si tratta piuttosto di sollecitare tutti i soggetti coinvolti nel processo a prendere posizione sulla questione della vicinanza (o lontananza) di un fatto da dimostrare, se sollevata da uno di essi.

Quel che va evitato è che la decisione sul riparto probatorio arrivi "a sorpresa" al termine del giudizio, come risultato di una scelta "occulta" compiuta dal magistrato,

61 BESSO, C.: "La vicinanza della prova", cit., p. 1397. Si consideri, poi, che è lo stesso principio del libero convincimento del giudice ad attribuire ampia discrezionalità del giudicante nella valutazione delle prove e nel considerare integrata la piena prova di un fatto storico

62 Cfr. BENVENUTI, F.: *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, p. 449 (nt. 159); PATTI, S.: "Onere della prova e giuramento suppletorio: un problema di coordinamento", *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2541; MICHELI, G.A.: *L'onere della prova*, cit., p. 167.

63 L'onere di allegazione consente di salvaguardare il contraddittorio, poiché impone alla parte di rendere conoscibili alla controparte, specificamente e tempestivamente rispetto alle preclusioni processuali, quali siano i fatti rilevanti a fondamento dell'affermata lontananza dalla prova. In generale, sui rapporti tra onere di allegazione e onere della prova, v. CARLI, A.: "Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova", *Contratto e impresa*, 2002, pp. 1000 ss. (spec. p. 1004); RICCI, G.F.: "Questioni controverse in tema di onere della prova", *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 321 ss.; PATTI, S.: "Le prove", cit., pp. 86 ss.

64 Così TARUFFO, M.: "La prova nel processo civile", cit., p. 256, nt. 6.

che frustra l'aspettativa della parte che aveva ragionevolmente impostato la propria difesa contando sull'onere altrui⁶⁵. L'instaurazione di un effettivo contraddittorio, come previsto dall'art. 101, comma 2, c.p.c., consente di evitare tale rischio, così da permettere ai litiganti di poter interloquire nel processo in una posizione di parità e di influire concretamente sull'esito del giudizio, contribuendo alla formazione del convincimento del giudice⁶⁶.

Si tratta di una soluzione che presenta non pochi addentellati con il dato costituzionale.

Il principio del contraddittorio si correla sia con la regola dell'uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., sia con il diritto di difesa, dichiarato dall'art. 24, comma 2, Cost. "inviolabile in ogni stato e grado del giudizio": esso garantisce a ciascuno dei destinatari del provvedimento del giudice di poter influire sul contenuto del medesimo, dovendosi realizzare nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo⁶⁷. Pertanto, prima di attribuire l'onere della prova a carico della parte che ne ha la disponibilità o per la quale è più facile il reperimento, nel caso in cui occorra discostarsi dal modello legale, o semplicemente prima di assumere ogni decisione in merito alla qualificazione di un fatto costituente la fattispecie normativa ex art. 2697 c.c., sono le stesse norme costituzionali, aventi traduzione nell'art. 101 c.p.c., a imporre al giudice di instaurare il contraddittorio, così da giungere a una decisione sul riparto probatorio frutto del dialogo processuale tra le parti⁶⁸. È necessario evitare che il giudice fissi la distribuzione degli oneri probatori solamente quando formula la decisione finale, impedendo a ciascuna parte di conoscere anticipatamente e per tempo il canone di riparto, in modo da predisporre le iniziative istruttorie necessarie a ottenere l'accoglimento della propria domanda.

Quanto osservato consente di trarre due importanti corollari.

In primo luogo, il giudice sarà sempre tenuto ad applicare la previsione di cui all'art. 2697 c.c., intesa come regola di giudizio, ogni qual volta il principio di prossimità non consenta comunque di individuare la parte a cui la prova risulta meno lontana. In ipotesi di equidistanza dal fatto e di inutilizzabilità degli altri criteri

65 SASSANI, B.: "L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde", *Rivista di diritto processuale*, 2022, pp. 440-441.

66 Si tratta di una regola ribadita in più occasioni anche dalla Suprema Corte: "il principio del contraddittorio stabilito dall'art. 101 c.p.c., correlato con gli artt. 3 e 24 della Costituzione, esige che il contraddittorio si realizzi durante tutto lo svolgimento del processo" (così, ad esempio, in Cass. 28 novembre 2003, n. 18245 (*Dejure.it*)).

67 In questo senso, v. anche Cass. 8 aprile 1998, n. 3632 (*Dejure.it*).

68 Per l'esigenza che s'instauri sempre il contraddittorio quando il giudice si serve del principio di vicinanza, v. anche TARUFFO, M.: "Presunzioni, inversioni, prova del fatto", cit., p. 756; BESSO, C.: "La vicinanza della prova", cit., p. 1398.

integrativi della norma, il rischio della mancata prova graverà sull'attore secondo la regola di giudizio sancita dall'art. 2697 c.c.

In secondo luogo, come la vicinanza ammette deroghe al significato letterale dell'art. 2697 c.c., consentendo a una parte di limitarsi ad allegare l'elemento di cui non può obiettivamente e incolpevolmente fornire la dimostrazione, a prescindere dalla qualificazione dello stesso come costitutivo o impeditivo, così il principio della minore gravosità della prova può altresì giustificare una deroga alle norme che introducono presunzioni legali *iuris tantum*, qualora la dimostrazione del fatto sia impossibile per il soggetto onerato *ex lege* e risulti vicina alla controparte⁶⁹. A nulla varrebbe escludere la permeabilità delle disposizioni sulle presunzioni legali al principio di prossimità, argomentando in base al carattere di specialità delle prime⁷⁰: l'applicazione della regola "*lex specialis derogat generali*" presuppone un rapporto di specialità tra dette norme e il criterio della vicinanza che, in realtà, manca del tutto. La prossimità come regola probatoria è passibile di applicazione generalizzata, informando tutto il sistema processualcivilistico, in quanto traduzione dei principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale e di uguaglianza, a prescindere dalla portata o dalla collocazione gerarchica di una norma. A ciò si aggiunga che risulterebbe contraddittorio sostenere l'applicazione del principio di vicinanza alla sola ipotesi di cui all'art. 2697 c.c. e negarla, invece, alle altre disposizioni che introducono presunzioni legali *iuris tantum*, trattandosi in ogni caso di norme sul riparto dei pesi probatori nel processo.

V. ULTERIORI APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI.

L'uso assai pregnante del criterio della prossimità nelle decisioni riguardanti il tema del riparto probatorio trova riscontro, oltre che nelle sentenze sinora menzionate, in numerose altre decisioni assunte dalla Suprema Corte. La regola si può così, ad esempio, ritrovare anche nella distribuzione dell'onere della prova riguardante: il caso fortuito nella responsabilità da cose in custodia⁷¹; il nesso eziologico nella responsabilità professionale del medico in caso di difettosa tenuta della cartella clinica⁷²; il decorso del termine di prescrizione nella occupazione acquisitiva compiuta dalla pubblica amministrazione⁷³; il mancato guadagno in caso di risoluzione anticipata del contratto di locazione; l'assoluta capienza del patrimonio del debitore, che intenda eccepire l'insussistenza dell'*eventus damni*,

69 Cfr. GIUSSANI, A.: "Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta", *Rivista di diritto processuale*, 2020, p. 1328.

70 Cass. 15 aprile 2016, n. 7558 (*Dejure.it*).

71 Cass. 2 febbraio 2007, n. 2308 (*Dejure.it*), poi ripresa in Cass. 12 maggio 2020, n. 8811 (*Dejure.it*).

72 Cass. 27 aprile 2010, n. 10060 (*Dejure.it*).

73 Cass. 28 febbraio 2013, n. 5025 (*Dejure.it*).

nella revocatoria ordinaria⁷⁴; la volontà di interrompere la gravidanza in capo alla madre che reclaims il danno da “nascita indesiderata”⁷⁵; l'avviso di ricevimento del ricorso per cassazione per contestarne la tardività⁷⁶; il corretto funzionamento dello strumento di misurazione dell'energia elettrica in caso di contestazione a opera del somministrato⁷⁷; la condizione impeditiva dell'insediamento sul fondo di un coltivatore diretto nella prelazione agraria⁷⁸.

Dalla esemplificazione proposta si trae conferma tanto della considerevole ampiezza applicativa della regola della vicinanza, quanto della conseguente necessità di procedere a un'analisi per schemi generali. A questo riguardo, alla prima bipartizione, tra sentenze che impiegano il canone ai fini qualificatori del fatto da dimostrare e quelle che lo tratteggiano come correttivo processuale rispetto alla regola di cui all'art. 2697 c.c., si può aggiungere un terzo nucleo di pronunce, in cui la vicinanza viene richiamata a mero titolo argomentativo per giustificare il criterio di suddivisione dei pesi probatori prestabilito (e già ricavato) dalla norma sostanziale dedotta in giudizio.

È il caso, ad esempio, della decisione sull'onere della prova in tema di incidenti autostradali derivanti dalle condizioni della strada: il custode si libera dalla responsabilità dando prova del fortuito, ricostruito come fatto impeditivo in base a quanto dispone l'art. 2051 c.c., “una dimostrazione che può avvenire *anche* in applicazione del principio della cosiddetta vicinanza della prova”⁷⁹. In modo analogo, la prova del danno a titolo di lucro cessante, in caso di risoluzione anticipata del contratto di locazione, derivante dalla mancata percezione di un introito mensile per tutto il tempo necessario per poter locare nuovamente il bene, è stato addossato al locatore, secondo la regola ordinaria, “atteso che la relativa dimostrazione, *anche* in ragione del criterio di vicinanza della prova, non può far carico al conduttore [danneggiante]”⁸⁰. Parimenti, in tema di esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo, si è onerato quest'ultimo della dimostrazione che l'attività di commercializzazione dei prodotti agricoli è esercitata nell'ambito di cui all'art. 2135, comma 3, c.c., “in ossequio all'art. 2697, comma 2, c.c. e del principio di vicinanza della prova”⁸¹; nonché in tema di giudizi antidiscriminatori, ove l'agevolazione probatoria, prevista espressamente nel Codice delle pari

74 Cass. 27 ottobre 2015, n. 21808 (*Dejure.it*).

75 Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767 (*Dejure.it*).

76 Cass. 8 marzo 2019, n. 6864 (*Dejure.it*).

77 Cass. 9 gennaio 2020, n. 297 (*Dejure.it*).

78 Da ultimo, v. Cass. 11 marzo 2020, n. 7023 (*Dejure.it*).

79 Cass. 2 febbraio 2007, n. 2308, cit., e nuovamente in Cass. 12 maggio 2020, n. 8811, cit.

80 Cass., 14 gennaio 2014, n. 530, cit.

81 Cass. 21 gennaio 2021, n. 1049 (*Dejure.it*).

opportunità, è stata giustificata (anche) “in ragione del principio di vicinanza della prova”⁸².

Si tratta di pronunce in cui il criterio della prossimità svolge un ruolo meramente ancillare, se non talvolta del tutto pleonastico, nel ripartire il carico probatorio, venendo richiamato “*ad abundantiam*” pur quando la norma sostanziale è chiara nel suddividere la prova degli elementi fattuali tra i litiganti⁸³. L'impressione è che la Suprema Corte tenda a dare legittimazione *ex post* alle scelte sul riparto probatorio, già compiute dal legislatore, alla luce della regola della vicinanza, facendo assumere a quest'ultima il ruolo di canone generale ad applicazione generalizzata, di cui le specifiche norme, di volta in volta richiamate, vengono ricostruite come una sua fedele traduzione nel diritto positivo. Questa modalità d'impiego del canone dà testimonianza del decisivo e incontrastato ruolo apicale ch'esso assume ogni qual volta debba stabilirsi la suddivisione del carico probatorio in quanto percepito come principio generale fondante il sistema.

Prima di concludere l'analisi del dato giurisprudenziale, va evidenziato un ultimo profilo.

Non ostante il conclamato uso della vicinanza come criterio correttivo, costante è lo sforzo della Corte di Cassazione di ribadire la propria adesione all'interpretazione formalistica-letterale della regola stabilita dall'art. 2697 c.c. Paradigmatico è il passo trascritto da una recente sentenza: “l'interprete deve, ... in primo luogo, sottoporre il testo agli strumenti di analisi della dogmatica al fine di sceverare gli elementi della fattispecie da considerare costitutivi, anche alla luce del confronto con le caratteristiche categoriali delle situazioni soggettive affini e di quelle diverse. Di fronte a una pluralità di significati plausibilmente ricavabili dalla disposizione di riconoscimento dell'interesse di cui viene domandata tutela, l'interprete è chiamato a privilegiare quel senso che individua i fatti costitutivi in funzione della maggiore accessibilità ai relativi mezzi di prova da parte dell'attore. Al cospetto, però, di scelte normative che ... identificano in maniera inequivocabile i fatti costitutivi oppure di ragioni di ordine dogmatico che subentrano tanto più nel silenzio del legislatore, il principio di vicinanza della prova nulla può invece; e certamente esso non consente all'interprete di riscrivere la ripartizione operata dalla norma attributiva”⁸⁴.

82 Cass. 26 febbraio 2021, n. 5476 (*Dejure.it*).

83 FRANZONI, M.: “La «vicinanza della prova», quindi...”, cit., p. 363, definisce in questi casi la vicinanza una “*ratio decidendi* alternativa”.

84 Così Cass. 22 aprile 2022, n. 12910, cit. L'idea di fondo che l'art. 2697 c.c. imponga temi fissi di prova emerge anche in alcune isolate pronunce in cui la Cassazione tratteggia il criterio di prossimità della prova come una “eccezionale deroga al canonico regime della sua ripartizione” (v., ad esempio, Cass. 12 settembre 2016, n. 17923, *Dejure.it*).

In realtà, la presa di posizione, più che testimoniare il sostanziale rispetto di un certo modo “tradizionale” d'intendere la regola codicistica, sembra avvicinarsi alle Grida di manzoniana memoria. Si è già rilevato, infatti, che non infrequenti sono le decisioni della Suprema Corte che, pur a fronte di un dato normativo sufficientemente chiaro nel tratteggiare come costitutivo un certo elemento fattuale, finiscono per consentire all'attore di limitarsi ad allegarlo, onerando il convenuto di darne prova contraria. In questi casi, l'uso della vicinanza come regola correttiva in sede processuale confligge inevitabilmente con la lettura formalistica e non sistematica della formulazione dell'art. 2697 c.c., poiché essa non “funge [più] da criterio ermeneutico che aiuta nell'individuazione dei fatti costitutivi rispetto a quelli estintivi”⁸⁵, bensì riguarda l'effettiva possibilità di acquisire la prova. La discrasia tra l'uso in concreto che la Cassazione fa della regola della prossimità e la ricostruzione teorica (per quanto, a tratti, superficiale) che essa persevera a delineare risulta intrinsecamente contraddittoria: per sua natura, il canone consente di analizzare le variabili che vengono in rilievo nel processo e assume il ruolo di rimedio all'apparente formalismo della regola della prova secondo allegazione⁸⁶.

Il vizio, che mina di fondo il ragionamento operato dalla Suprema Corte, sta nel contrapporre il principio di riferibilità del fatto da provare al disposto di cui all'art. 2697 c.c. E così, per un verso, non si comprende al cospetto di quali “ragioni di carattere dogmatico”⁸⁷ la regola della vicinanza “nulla potrebbe”, tenuto conto che quest'ultima altro non è che una di esse, in quanto principio teorico volto alla comprensione dell'istituto giuridico; per altro verso, si dimentica che detta regola funge da criterio ermeneutico dell'art. 2697 c.c. e dunque non potrebbe logicamente contraddire la previsione normativa. In altri termini, la vicinanza non può mai portare a “riscrivere la ripartizione operata dalla norma attributiva”, posto che tale principio serve proprio a scriverla, ossia a darne contenuto e individuare il riparto dei temi probatori previsto nella norma invocata in giudizio, con la conseguenza che la regola della prossimità non va ricostruita come un criterio radicalmente diverso da quello dettato dalla norma generale sull'onere della prova⁸⁸.

Sarebbe dunque auspicabile che, in futuro, la giurisprudenza renda trasparente il modo d'impiego della vicinanza ch'essa, nei fatti, continua a proporre, la quale comporta, per definizione, una flessibilità nella suddivisione dei pesi probatori e impone al giudice, quale logico corollario, di risolvere il problema del riparto

85 Così Cass. 22 aprile 2022, n. 12910, cit.

86 In modo conforme, v. DOLMETTA, A.A. e MALVAGNA, U.: “Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario”, cit., p. 668.

87 Così Cass. 22 aprile 2022, n. 12910, cit.

88 Ci si permette dunque di dissentire dall'opinione espressa sul punto da PATTI, S.: “Onere della prova e giuramento suppletorio: un problema di coordinamento”, cit., p. 2539, nonché in giurisprudenza, ad esempio, da Cass., 4 aprile 2016, n. 6511 (Dejure.it), secondo cui il principio di vicinanza della prova opererebbe come eccezionale deroga all'ordinario regime dell'onere della prova.

senza ricorrere ad apodittiche ricostruzioni formali. D'altronde, è la stessa enunciazione che le Sezioni Unite hanno dato del principio a imporre una simile conclusione: nel sostenere che il carico probatorio deve essere valutato tenendo conto, "in concreto, della possibilità per l'uno e per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione"⁸⁹, è alla fattispecie concreta che esse impongono di guardare per verificare la suddivisione dell'onere della prova. Ne consegue che le vicende del singolo caso sottoposto al vaglio del giudice possono concorrere a determinare la ripartizione dei temi probatori, pur con le cautele che l'ordinamento offre, prima fra tutte quella che prescrive di instaurare un contraddittorio pieno sulla questione del riparto.

I. Il caso dell'onere probatorio nella responsabilità contrattuale.

Prima di trarre le conclusioni, risulta imprescindibile un cenno alla sentenza che per prima ha fondato le basi d'impiego della vicinanza come regola probatoria, non tanto per proporre un'analisi che poco aggiungerebbe al dibattito in corso⁹⁰, quanto per verificarne la tenuta a distanza di oltre due decenni dalla pubblicazione.

È noto che le Sezioni Unite nel 2001, argomentando dal combinato disposto dei principi di presunzione di permanenza del diritto e di prossimità della prova⁹¹, hanno ritenuto che il creditore incontrerebbe difficoltà spesso insuperabili se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione, mentre sarebbe agevole per il debitore provare l'adempimento (tramite l'esibizione dell'atto di quietanza); con la conseguenza che, ai fini del riparto, il primo può limitarsi a dimostrare la fonte negoziale o legale del suo diritto (oltre all'eventuale termine di scadenza), mentre il secondo è sempre tenuto a fornire la prova del fatto estintivo, ossia

89 Così espressamente in Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

90 Per un commento a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit. si limita il rinvio a TUOZZO, M.: "Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite", *Contratto e impresa*, 2002, pp. 547 ss.; MEOLI, B.: "Risoluzione per inadempimento ed onere della prova", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2002, pp. 355 ss.; VILLA, G.: "Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica", *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 707 ss.; ORTOLANI, A.: "La ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento di danno per inadempimento contrattuale dopo Sez. Un. n. 13533/2001", *Giurisprudenza italiana*, 2002, pp. 1837 ss.; MARICONDA, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", *Il corriere giuridico*, 2001, pp. 1565 ss.; CARNEVALI, U.: "Inadempimento e onere della prova", *I contratti*, 2002, pp. 113 ss.; LAGHEZZA, P.: "Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammento", *Il Foro italiano*, 2002, I, cc. 769 ss.; MAGGIOLO, M.: "Inadempimento e oneri probatori", *Rivista di diritto civile*, 2006, pp. 165 ss.; CERDONIO CHIAROMONTE, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 176 ss.; MODICA, L.: "La prova di adempimento o inadempimento", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. MAGGIOLO), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 253 ss.

91 In realtà, almeno formalmente, le Sezioni Unite hanno fondato la propria decisione anche sul principio di omogeneità della prova, che ha rappresentato il filo conduttore dell'argomentazione proposta. Tuttavia, come è stato condivisibilmente sottolineato, "stando alla stretta logica, è anche vero che la esigenza di uniformità potrebbe venire ugualmente soddisfatta da una regola opposta a quella indicata dalla Cassazione, dal momento che sarebbe altrettanto omogeneo un sistema che invertisse i segni ed imponesse sempre al creditore la dimostrazione dell'inadempimento, inteso come presupposto costitutivo della propria pretesa. Dunque, il principio di omogeneità finisce per avere in concreto un ruolo del tutto marginale nella decisione di chi sia tenuto alla prova": così VILLA, G.: "Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica", cit., p. 713.

dell'avvenuto adempimento, a prescindere che venga domandata la risoluzione del contratto, l'esatto adempimento o il risarcimento del danno, in base a un criterio "caratterizzato, nel maggior grado possibile, da omogeneità ... anche per palesi esigenze di ordine pratico"⁹².

La soluzione non è stata accolta favorevolmente dalla dottrina, la quale ne ha da subito segnalato le numerose aporie, esprimendo un forte dissenso in merito alla scelta di estendere la regola probatoria anche al caso di inesatto adempimento⁹³. In particolare, si è denunciata l'indiscriminata ampiezza di quest'ultima nozione, comprendente tanto la "violazione di doveri accessori, come quello di informazione", quanto "la mancata osservanza dell'obbligo di diligenza" o "le difformità quantitative o qualitative dei beni"; vicende che, per un verso, non si prestano a essere ricomprese indistintamente nel concetto di inesatto adempimento⁹⁴ e che, per altro verso, avrebbero meritato un'analisi differenziata alla luce di quanto dispone l'art. 2697 c.c.⁹⁵ Si è, inoltre, contestato al principio di presunzione di persistenza del diritto⁹⁶ (secondo il quale, una volta dimostrata l'esistenza di un diritto da soddisfarsi entro un dato termine, si presume ch'esso rimanga inadempito, argomentando dal carattere estintivo dell'adempimento ex art. 2697 c.c.), non tanto e non solo l'assenza di un suo fondamento nel diritto positivo, quanto l'inapplicabilità all'ipotesi di inesatto adempimento, poiché il creditore che lo lamenta riconosce, in realtà, implicitamente che un adempimento

92 Così Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., in cui però s'inverte l'onere probatorio con riguardo alle obbligazioni negative.

93 La dottrina, pressoché unanime, formatasi sia prima che dopo la sentenza delle Sezioni Unite del 2001, preferisce addressare al creditore l'onere di provare l'inesattezza dell'inadempimento: v., ad esempio, MENGONI, L.: "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1097; SACCO, R.: "Risoluzione per inadempimento", in AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XVIII, Utet, Torino, 1998, p. 59; VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 429-430; PATTI, S.: "Prove. Disposizioni generali", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), *Sub art. 2697-2698*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1987, p. 120; Id.: "Le prove", cit., p. 205; CARNEVALI, U.: "Inadempimento e onere della prova", cit., p. 120; MARICONDA, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", cit., pp. 1579 ss. In una posizione peculiare, v. DE CRISTOFARO, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", *Rivista di diritto civile*, 1994, I, pp. 567 ss., il quale critica la soluzione adottata dalle Sezioni Unite adottando un'articolata prospettiva di stampo processualistico, secondo cui la soluzione andrebbe ricercata nella rilevanza che la struttura del rapporto obbligatorio assume sul piano processuale in relazione agli oneri di prova e di allegazione.

94 Emblematico è il caso delle "difformità qualitative" che, considerate "vizi" nella compravendita, sono state sottratte alla regola probatoria uniformemente resa nel 2001 dalle successive Sezioni Unite del 2019: cfr. Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

95 MARICONDA, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", cit., pp. 1579-1580.

96 L'esistenza del principio viene affermata in dottrina, ad esempio, da BIANCA, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), *Sub art. 1218-1229*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 175 (benché l'Autore non lo ritenga applicabile a tutte le obbligazioni); MENGONI, L.: "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", cit., p. 1095, il quale però preferisce discorrere di principio probatorio di equivalenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo. Contro la configurabilità di un simile principio si sono, invece, espressi, ad esempio, DE CRISTOFARO, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", cit., pp. 583 ss.; PATTI, S.: "Le prove", cit., pp. 202 ss.; MARICONDA, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", cit., pp. 1576-1577.

vi è stato, interrompendo così il principio di persistenza⁹⁷. Da ultimo, ed è il profilo che qui maggiormente interessa, si è sottolineata la contraddittorietà di una soluzione del tutto omogenea rispetto al principio di vicinanza della prova, rilevando come il creditore si trovi nella posizione migliore per fornire la dimostrazione dell'inesatto adempimento⁹⁸, con la conseguenza che si dovrebbe addossare allo stesso l'onere di provare detta circostanza.

I rilievi, pur autorevolmente sostenuti, convincono solo in parte e offrono una soluzione che risulta inappagante nella sua tendenziale omogeneità.

In primo luogo, ai fini della condivisibile critica al principio di persistenza del diritto, non sembra cogliere nel segno l'obiezione fondata sull'ammissione di adempimento che l'attore farebbe quando lamenta l'inesatto adempimento. In realtà, l'inesatta esecuzione della prestazione concreta un inadempimento non diversamente dalla mancata esecuzione: ammettere la prima non significa confessare che un adempimento vi sia stato, poiché solo l'adempimento esatto è idoneo a estinguere l'obbligazione⁹⁹. Attribuire valore decisivo al riconoscimento dell'attore circa l'avvenuta esecuzione, benché inesatta, si pone peraltro in contrasto con quanto dispone l'art. 2734 c.c., il quale codifica il principio di indivisibilità delle dichiarazioni del confitente, impedendo di separare l'affermazione del creditore circa l'avvenuta esecuzione da quella relativa alla sua inesattezza e di considerare provata solo la prima e indimostrata la seconda¹⁰⁰. In realtà, a minare la configurabilità del principio di persistenza del diritto concorrono due rilievi ulteriori: per un verso, la presunzione di inadempimento, che ne sta alla base, contrasta con il dato di comune esperienza secondo cui le obbligazioni vengono generalmente adempiute¹⁰¹; per altro verso, il principio conduce a un corollario non accettabile, in quanto impone di distinguere il riparto a seconda che il creditore agisca prima o dopo il termine di scadenza, esentandolo solo nel secondo caso dalla prova dell'inadempimento, con una soluzione artificiosa e contraddittoria¹⁰². Il principio di persistenza del diritto si riduce dunque a una formula descrittiva che

97 Per simili rilievi, v. DE CRISTOFARO, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", cit., p. 595; VILLA, G.: "Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica", cit., p. 727; nonché Cass., 15 ottobre 1999, n. 11629 (Il Foro italiano 2000, I, 1917).

98 Cfr. PATTI, S.: "Le prove", cit., p. 205; MARICONDA, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", cit., p. 80; VILLA, G.: "Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica", cit., pp. 728 ss.

99 Per questo rilievo, v. CERDONIO CHIAROMONTE, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., pp. 165-166. In termini non dissimili, v. anche CASTRONOVO, C.: "Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica", *Europa e diritto privato*, 2020, pp. 876-877, secondo cui l'inesatto adempimento non costituisce una forma di adempimento, ma si risolve nel suo esatto contrario; nonché, in termini adesivi, NONNE, L.: "Prova e giudizio di causalità", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. MAGGIOLLO), Giuffrè, Milano, 2022, p. 648.

100 V., di nuovo, CERDONIO CHIAROMONTE, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 166.

101 Cfr. PATTI, S.: "Le prove", cit., p. 203. Per una critica però a questo rilievo, v. però DE CRISTOFARO, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", cit., p. 583, secondo cui le presunzioni (legali) possono prescindere dai dati di comune esperienza.

102 DE CRISTOFARO, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", cit., p. 587.

si limita a ribadire un concetto generale già acquisito: compete al debitore provare il fatto estintivo della pretesa del creditore secondo la regola posta dall'art. 2697 c.c.¹⁰³

La critica decisiva è però un'altra e si fonda sulla effettiva portata della regola della vicinanza della prova.

Quella eccessiva omogeneità che la dottrina contesta al *dictum* delle Sezioni Unite si ritrova incongruentemente traslata nella soluzione ch'essa generalmente propone con riguardo al *thema* dell'inesatto adempimento, il cui onere probatorio viene addossato per intero al creditore. In realtà, il principio di prossimità deve sempre essere declinato nella singola fattispecie fatta valere in giudizio e non può che condurre a soluzioni differenti a seconda del tipo di prestazione non fedelmente eseguita dal soggetto obbligato: un conto, ad esempio, è che il creditore lamenti il mancato parziale pagamento di una somma di denaro, nel qual caso sarà agevole per il debitore – tramite la quietanza – dimostrare di avere interamente adempiuto (mentre sarebbe assai difficile per il creditore dimostrare di non aver ricevuto l'importo complessivo)¹⁰⁴; altro, invece, è che non venga correttamente eseguita una prestazione di *facere*, la prova della cui difformità sarà generalmente più vicina al creditore che al debitore¹⁰⁵, soprattutto se implica l'uso di competenze tecniche specifiche¹⁰⁶. In quest'ultimo caso, infatti, per un verso, la prestazione, una volta eseguita, si allontana dalla sfera di controllo del debitore e, per altro verso, il creditore non sarebbe onerato della dimostrazione di un fatto negativo indeterminato, bensì della circostanza positiva e puntuale riguardante la presenza di inesattezze qualitative della prestazione¹⁰⁷.

Emerge dunque la difficoltà di formulare temi fissi di prova anche in relazione alla fattispecie dell'inesatto adempimento, la cui ampia varietà casistica impedisce di confezionare regole precostituite sull'onere probatorio: un criterio omogeneo di riparto finirebbe per semplificare troppo la fattispecie e per sacrificare quelle "esigenze di ordine pratico" che la prossimità impone di valorizzare. Non esiste dunque una soluzione valida per tutti i casi in cui il debitore esegue non esattamente la prestazione¹⁰⁸: la complessità nell'individuare una categoria unitaria impone di ricavare le regole sul riparto in base a categorie più ristrette a seconda dei diversi

103 In termini non dissimili, v. CERDONIO CHIAROMONTE, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., pp. 183.

104 Cfr. sul tema della prova del pagamento UDA, G.M.: "Prova del pagamento e onere della prova", *Giurisprudenza italiana*, 2018, pp. 2561 ss.

105 Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla prova dei difetti su di un bene creato da un artigiano o su un'opera consegnata al committente dall'appaltatore.

106 Cfr. CERDONIO CHIAROMONTE, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 168.

107 Cfr. UDA, G.M.: "Prova del pagamento e onere della prova", cit., p. 2570.

108 In senso conforme, v. TUOZZO, M.: "Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite", cit., p. 567; GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, II, I, Cedam, Padova, 1993, p. 58.

tipi di obbligazione. Impossibile proporre in queste pagine una tassonomia delle singole vicende, ma sia sufficiente menzionare il diverso modo in cui il riparto potrebbe operare, ad esempio, nelle obbligazioni di fare o di non fare, in quelle pecuniarie o di dare, nei doveri di protezione o di informazione, nelle obbligazioni di contrarre, e così via.

Va però sempre tenuta a mente la possibilità, anche in questi casi, di ripartire in concreto l'onere probatorio diversamente rispetto alla regola generale ricavata per ogni singola categoria di obbligazioni, qualora il soggetto onerato sia oggettivamente e senza colpa impossibilitato a fornire la dimostrazione dell'elemento fattuale, purché la prova di questo risulti molto agevole per la controparte. La compromissione del diritto di agire in giudizio – tutelato dalla regola della prossimità, a sua volta espressione dei ricordati principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale, di uguaglianza e del giusto processo – legittima sempre un sindacato sulla vicinanza della prova del fatto, fondata tanto sull'analisi della fattispecie, quanto sulla valutazione in concreto della vicenda, previa instaurazione del contraddittorio tra le parti.

Alla luce di questi rilievi, è con tardiva respicenza che le Sezioni Unite, quasi due decenni più tardi rispetto alla nota pronuncia del 2001, sebbene in un enunciato somigliante a un *obiter dictum*, suggeriscono di superare il principio di unitarietà nella prova dell'inesatto adempimento delle obbligazioni contrattuali, ritenendolo "una situazione più articolata e più difficilmente inquadrabile in schemi rigidamente predeterminati, potendo risultare necessario procedere ad una verifica concreta, nelle diverse tipologie di controversie, su quale sia la fonte di prova che meglio può offrire la dimostrazione dell'inesattezza dell'adempimento e su quale sia la parte che più agevolmente può accedere a tale fonte"¹⁰⁹. La regola di riparto nella responsabilità contrattuale, scolpita in passato e da allora costantemente riaffermata, inizia allora forse a vacillare: si assiste alla presa d'atto, più volte auspicata dalla dottrina, che "la prova dell'inadempimento si risolve, di regola, nella prova di un fatto negativo (il mancato adempimento)"¹¹⁰ ed essa è, per il creditore, certamente meno agevole rispetto alla prova dell'adempimento che grava sul debitore. La prova dell'inesatto adempimento, al contrario, consiste nella prova di un fatto positivo diverso da quello atteso dal creditore"¹¹¹.

¹⁰⁹ Così Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

¹¹⁰ Non s'intende qui negare la possibilità di dimostrare il fatto negativo, ma si vuole evidenziare che il carattere negativo del fatto può essere impiegato come parametro valutativo della vicinanza dalla prova, in special modo in caso di proposizioni negative indefinite. Sull'ammissibilità della prova del fatto negativo v., ad esempio, PATTI, S.: "Delle prove", cit., pp. 53 ss.; DE CRISTOFARO, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", cit., pp. 576 ss.; MENGONI, L.: "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", cit., p. 1095, nt. 155; Russo, M.: "Onere della prova e fatto negativo", *Giurisprudenza italiana*, 2018, pp. 2553 ss.

¹¹¹ Così, di nuovo, Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

Così facendo, la Cassazione ha posto le basi, almeno nelle intenzioni, per un futuro *revirement*, in cui venga adeguatamente valorizzata la portata della regola della vicinanza quale criterio ermeneutico integrativo, tenuto conto *in subiecta materia* della inutilizzabilità tanto della sola indicazione formale dell'art. 2697 c.c., quanto del ricorso alle norme sostanziali di cui agli artt. 1218 c.c.¹¹² e 1453 c.c., le quali non definiscono i rispettivi elementi costitutivi in funzione del riparto della prova.

Prima di concludere, si rende necessaria un'ultima puntualizzazione: l'impossibilità di formulare una regola generale di suddivisione dei pesi probatori, rigida e predeterminata, può predicarsi non solo con riguardo al caso di parziale esecuzione della prestazione, ma anche con riferimento alle ipotesi dell'adempimento e dell'inadempimento *tout court*, ben potendo il debitore, nel caso concreto, trovarsi oggettivamente e senza colpa lontano dalla prova dell'adempimento. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi del paziente che deve subire un intervento chirurgico e il medico obbligato non si presenti nel luogo od orario indicati o, ancora, al caso della responsabilità contro gli amministratori di una società per azioni, a cui venga genericamente contestato il mancato rispetto delle obbligazioni *ex lege* o derivanti dallo statuto¹¹³.

Una soluzione aprioristica, che renda sempre gravoso, a seconda dei casi, il regime probatorio per l'obbligato o per l'avente diritto, contrasta con la natura stessa del canone di vicinanza della prova e si presterebbe alle medesime obiezioni sollevate in precedenza. Ne risulta un quadro di potenziale dinamicità del riparto che impedisce di adottare un modello probatorio caratterizzato da totale omogeneità, presentandosi la soluzione del problema come una funzione in cui operano numerose variabili (quali, ad esempio, il comportamento processuale delle parti, la norma sostanziale evocata in giudizio, i criteri ermeneutici integrativi di quello formale, la vicinanza o la lontananza del fatto da provare, le peculiarità del caso concreto). Pertanto, le categorie dell'inadempimento, dell'adempimento o quelle riguardanti l'inesatto adempimento fungono da utile parametro per la formulazione di criteri di riparto probatorio, così da far muovere in un sostanziale orizzonte di certezza le parti che intendono instaurare un processo, con l'avvertenza, però, che la suddivisione dei temi probatori non può mai risolversi in schemi aprioristici

112 Per un cenno al dibattito in ordine agli elementi costitutivi della responsabilità contrattuale, si limita il rinvio a VISINTINI, G.: "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Ed. Enc. it., Roma, 1993, p. 3; ANZANI, G.: "Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pp. 231 ss.; MENGONI, L.: "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", cit., pp. 1095 ss.; di recente, v. CAGGIANO, I.A.: "La prova liberatoria", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. MAGGIOLO), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 379 ss.

113 Questi esempi sono tratti da CERDONIO CHIAROMONTE, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 176 e da MAGGIOLO, M.: "Inadempimento e oneri probatori", cit., p. 172.

e fissi, dovendosi sempre tenere conto della fattispecie sostanziale e di quella concreta evocate in giudizio, sempre nel rispetto del principio del contraddittorio.

VI. CONCLUSIONI.

Le considerazioni che precedono sollecitano dunque la giurisprudenza a un uso più consapevole e trasparente della vicinanza come regola probatoria: per un verso, la prossimità viene indifferentemente impiegata tanto come criterio qualificatorio dei fatti storici ex art. 2697 c.c., quanto come correttivo processuale del riparto del carico probatorio, senza che questa duplice modalità operativa sia frutto di una ponderata ed esplicita ricostruzione teorica; per altro verso, la vicinanza continua talvolta a operare a scartamento ridotto, finendo comunque per rendere omogenei e fissi i criteri di riparto in contrasto con la natura essenzialmente relativa della regola, come accade nel caso appena citato della responsabilità contrattuale. Manca probabilmente il coraggio di proporre una rilettura complessiva dell'art. 2697 c.c. anche alla luce del dato costituzionale, che avrebbe l'inevitabile effetto di certificare, non solo *de facto* ma anche sul piano sistematico, l'esistenza nel nostro ordinamento di un modello di riparto necessariamente elastico, tale da non considerare più la vicinanza come regola probatoria contrapposta e, in parte, alternativa a quella racchiusa nel brocardo *onus incumbit ei qui dicit*, ma come criterio ermeneutico dell'art. 2697 c.c., idoneo a definirne il contenuto, altrimenti indeterminato, e a raggiungere un punto di equilibrio tra le posizioni delle parti nel processo. Verrebbero così definitivamente archiviate le critiche di infondatezza del canone della disponibilità del mezzo, avendo esso radici nel sistema e nei principi che lo compongono, primi fra tutti quelli di rango costituzionale. Occorre allora forse prendere atto come risulti ormai inutile chiedersi, ai fini del riparto, se lo schema di riferimento sia quello del fatto impeditivo, costitutivo o presunto, poiché si è in ogni caso di fronte a inevitabili ipotesi di formazione ermeneutica del diritto¹¹⁴.

Il modello individuativo proposto sembra dunque idoneo a suggerire una soluzione, avente numerosi addentellati sul piano costituzionale, all'eterno enigma sul "chi deve provare che cosa", tenuto conto che l'enigma eterno non è quello che non ha affatto soluzione, ma quello che ogni giorno ne ha una diversa¹¹⁵: v'è solo da scegliere quella che appare più coerente con il sistema.

114 Condivisibili sull'argomento le osservazioni di VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 377.

115 LEC, S.J.: *Pensieri spetinati*, Bompiani, Milano, 2022 (rist.).

BIBLIOGRAFIA

ANDRIOLI, V.: "Prova (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Novissimo Digesto italiano*, XIV, Utet, Torino, 1967, p. 293

ANDRIOLI, V.: *Diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1979, p. 246

ANZANI, G.: "Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pp. 231 ss.

BARILE, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 291

BENIGNI, E.: *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 173 ss.

BENTHAM, J.: "An introductory View of the Rationale of Evidence", in AA.VV.: *The Works of Jeremy Bentham* (a cura di J. BOWRING), VI, W. Tait, Simpkin, Marshall, Edinburgh, 1943, cap. XXVII

BENVENUTI, F.: *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, p. 449

BESSO, C.: "La vicinanza della prova", *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 1384

BIANCA, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), *Sub art. 1218-1229*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 175

BUSNELLI, D.: "La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona", *Danno e responsabilità*, 2014, pp. 466 ss.

CAGGIANO, I.A.: "La prova liberatoria", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. MAGGIOLÒ), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 379 ss.

CAMMARATA, A.E.: "Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica", in CAMMARATA, A.E.: *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 274 ss.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c.p.c. nella riforma del processo della famiglia", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2022, p. 632

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", in AA.VV.: *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo* (a cura di G. PERLINGIERI e A. FACHECHI), I, ESI, Napoli, p. 163

CARLI, A.: "Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova", *Contratto e impresa*, 2002, pp. 1000 ss. (spec. p. 1004)

CARNELUTTI, F.: "Prove civili e prove penali", *Rivista di diritto processuale*, 1925, pp. 44 ss.

CARNEVALI, U.: "Inadempimento e onere della prova", *I contratti*, 2002, pp. 113 ss.

CASTORINA, E.: "Diritto alla prova e principi costituzionali", in CENDON, P.: *Le prove*, I, *Il Diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, Utet, 2007, pp. 97 ss.

CASTRONOVO, C.: "Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica", *Europa e diritto privato*, 2020, pp. 876-877

CERDONIO CHIAROMONTE, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 176 ss.

CHIOVENDA, G.: *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Jovene, Napoli, 1934, pp. 316 ss.

COLESANTI, V.: "Eccezione (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, XV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 188-189

COMOGLIO, L.P.: *Le prove civili*, Utet, Torino, 2010, pp. 310 ss.

DE CRISTOFARO, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", *Rivista di diritto civile*, 1994, I, pp. 567 ss.

DELLA PIETRA, G.: "La vicinanza della prova e la prova «più prossima» che c'è: internet", *Il giusto processo civile*, 2018, pp. 1044 ss.

DENTI, V.: "L'eccezione del processo civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 28

DI MAJO, A.: "Forme e tecniche di tutela", in AA.VV.: *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di S. MAZZAMUTO), I, Jovene, Napoli, 1989, p. 36

DI MAJO, A.: "Il linguaggio dei rimedi", *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 341 ss.

- DI MAJO, A.: *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1987
- DOLMETTA, A.A. e MALVAGNA, U.: "Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario", *Banca, borsa, titoli di credito*, 2014, p. 671
- FINZI, E.: *Il possesso dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 323-354
- FRANZONI, M.: "La «vicinanza della prova», quindi...!", *Contratto e impresa*, 2016, pp. 362 ss.
- GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, II, I, Cedam, Padova, 1993, p. 58
- GARAVAGLIA, M.: "Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, pp. 1349 ss.
- GIUSSANI, A.: "Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta", *Rivista di diritto processuale*, 2020, p. 1328
- GRASSO, E.: *La pronuncia d'ufficio*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 252 ss.
- IRTI, N.: "Rilevanza", in AA.VV.: *Novissimo Digesto italiano*, XV, Utet, Torino, 1968, p. 1110
- LAGHEZZA, P.: "Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo", *Il Foro italiano*, 2002, I, cc. 769 ss.
- LEC, S.J.: *Pensieri spettinati*, Bompiani, Milano, 2022 (rist.)
- LICCI, P.: "L'onere della prova nelle controversie in materia di licenziamento", *Rivista di diritto processuale*, 2019, pp. 1127 ss.
- MAGGIOLO, M.: "Inadempimento e oneri probatori", *Rivista di diritto civile*, 2006, pp. 165 ss.
- MARICONDA, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", *Il corriere giuridico*, 2001, pp. 1565 ss.
- MAZZAMUTO, S.: "La nozione di rimedio nel diritto continentale", *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 585 ss.
- MAZZARIOL, R.: "L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio", *Rivista di diritto civile*, 2020, pp. 442 ss.

MENGGONI, L.: "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1097

MEOLI, B.: "Risoluzione per inadempimento ed onere della prova", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2002, pp. 355 ss.

MESSINA, G.: "Contributo alla dottrina della confessione", in MESSINA, G.: *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 1948, p. 65

MESSINETTI, D.: "Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali", *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 609 ss.

MICHELI, G.A.: *L'onere della prova*, Cedam, Padova, 1942 (rist. 1966), pp. 19 e 151 ss.

MODICA, L.: "La prova di adempimento o inadempimento", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. MAGGIOLO), Giuffrè, Milano, 2022, p. 253 ss.

NIEVA FENOLL, J.: "L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2020, pp. 1195 ss.

NIVARRA, L.: "Ragionevolezza e diritto privato", *Ars interpretandi*, 2002, pp. 373 ss.

NONNE, L.: "Prova e giudizio di causalità", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. MAGGIOLO), Giuffrè, Milano, 2022, p. 648

ORTOLANI, A.: "La ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento di danno per inadempimento contrattuale dopo Sez. Un. n. 13533/2001", *Giurisprudenza italiana*, 2002, pp. 1837 ss.

PATTI, S.: "Delle prove", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), *Sub art. 2697-2739*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 2015, p. 124

PATTI, S.: "La ragionevolezza nel diritto civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, pp. 1 ss.

PATTI, S.: "Le prove", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. IUDICA e P. ZATTI), Giuffrè, Milano, 2021, p. 163

PATTI, S.: "Onere della prova e giuramento suppletorio: un problema di coordinamento", *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2541

PATTI, S.: "Prova (Diritto processuale civile)", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Ed. Enc. it., Roma, 1991, p. 9

PATTI, S.: "Prove. Disposizioni generali", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), *Sub art. 2697-2698*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1987, p. 120

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, pp. 86 ss.

PERLINGIERI, P., "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, 2011, pp. 1 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006

PESCATORE, M.: *Logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, I, Utet, Torino, 1883, pp. 95 ss.

PIRAINO, F.: "Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale", *Danno e responsabilità*, 2020, pp. 565-566

PROTO PISANI, A.: "La prova del «requisito dimensionale» ex art. 18 l. 300/70: un «grand arrêt» delle Sezioni unite", *Il Foro italiano*, 2006, I, c. 704

PROTO PISANI, A.: *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2012, p. 443

PUGLIATTI, S.: "Conoscenza", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 102

RICCI, A.: *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2007

RICCI, G.F.: "Questioni controverse in tema di onere della prova", *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 321 ss.

ROPPO, V.: "Il contratto e le fonti del diritto", *Contratto e impresa*, 2001, pp. 1083 ss.

ROSENBERG, L.: *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Beck, München-Berlin, 1965, pp. 99 ss.

RUBINO, D.: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 53-59

RUSO, M.: "Onere della prova e fatto negativo", *Giurisprudenza italiana*, 2018, pp. 2553 ss.

SACCO, R.: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova", *Rivista di diritto civile*, I, 1957, pp. 405 ss.

SACCO, R.: "Risoluzione per inadempimento", in AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XVIII, Utet, Torino, 1998, p. 59

SAITTA, F.: "Vicinanza della prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 913.

SASSANI, B.: "L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde", *Rivista di diritto processuale*, 2022, pp. 440-441

SCHULZ, F.: *Die Rechtfertigungslast*, Drück, Altona, 1919, p. 3

TARUFFO, M.: "Il diritto alla prova nel processo civile italiano", *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 73

TARUFFO, M.: "L'onere come figura processuale", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, p. 433

TARUFFO, M.: "La prova nel processo civile", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI), Giuffrè, Milano, 2012, pp. 253 ss.

TARUFFO, M.: "Onere della prova", in AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XIII, Utet, Torino, 1995, p. 69

TARUFFO, M.: "Presunzioni, inversioni, prova del fatto", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, pp. 748 ss.

TARUFFO, M.: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009, pp. 107 ss. e 228 ss.

TARZIA, G.: "L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile", *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 1 ss.

TROIANO, S.: "Ragionevolezza (dir. priv.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 783 ss.

TUOZZO, M.: "Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite", *Contratto e impresa*, 2002, pp. 547 ss.

UDA, G.M.: "Prova del pagamento e onere della prova", *Giurisprudenza italiana*, 2018, pp. 2561 ss.

VALLEBONA, A.: *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988, pp. 61 ss.

VERDE, G.: "L'inversione degli oneri probatori", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 720

VERDE, G.: "Prova (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 632 ss.

VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, Napoli, 1974, p. 46

VILLA, G.: "Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica", *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 707 ss.

VISINTINI, G.: "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Ed. Enc. it., Roma, 1993, p. 3

VON JHERING, R.: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, IV, A. Marescq, Paris, 1888, pp. 199 ss.