

CAPITOLO XII
LA PROVA DEI FATTI GIURIDICI

§ 122. *Nozioni generali.*

Lecture suggerite: COMOGLIO, *Le prove civili*, 2^a ed., Torino, 2005; TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1079; DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003.

I fatti
contestati

L'esito di un giudizio può dipendere da una *quaestio facti*, ossia da una contrapposta versione circa il modo in cui si sono realmente svolti determinati fatti (ad es., Tizio assume di avere prestato 100 a Caio, che invece lo nega; Caio sostiene di avere già restituito la somma e Tizio dichiara di non aver ricevuto nulla; ecc.).

Ora, tutte le volte in cui su una *circostanza* — *rilevante* ai fini della decisione — le parti forniscano *ricostruzioni diverse*, il giudice è tenuto, per poter arrivare a definire la lite, a *scegliere* tra le contrapposte versioni.

I mezzi
di prova

Questa scelta, ovviamente, non può essere capricciosa, ma deve essere motivata dal giudice. Nel giudizio civile, peraltro, sono le parti che devono preoccuparsi di indicare quali siano i *mezzi di prova* — ossia gli elementi (documenti, testimonianze, ispezioni, perizie, ecc.) — in base ai quali ciascuna ritiene che la propria versione dei fatti litigiosi risulti più convincente di quella fornita dalla controparte.

Al giudice spetta, innanzitutto, valutare se i mezzi di prova che le parti offrono o chiedono di acquisire siano:

Ammissi-
bilità e
rilevanza

— *ammissibili* (conformi, cioè, alla legge: sarebbe inammissibile, ad es., la testimonianza di un soggetto che avesse un diretto interesse nella controversia: art. 246 cod. proc. civ.; o una testimonianza volta a provare patti contrari al contenuto di un documento: art. 2722 cod. civ.; o una qualsiasi prova dalla quale la parte, in base alle norme che regolano il processo, sia decaduta); e

— *rilevanti* (abbiano, cioè, ad oggetto fatti che possano influenzare la decisione della lite).

Dopo aver *ammesso* (con ordinanza) e *assunto* le prove (cioè, dopo aver ascoltato i testimoni, interrogato le parti, acquisito i documenti, ecc.), il giudice valuterà, con sentenza, la loro *concludenza*: ossia, la loro idoneità o meno a dimostrare i fatti sui quali vertevano (art. 116, comma 1, cod. proc. civ.). A tal fine, il giudice riterrà « provata » una circostanza o una sua modalità non già soltanto quando abbia acquisito la *certezza* che si tratti di circostanza effettivamente verificatasi o effettivamente verificatasi in quel modo, bensì anche quando le prove raccolte lo abbiano convinto che una delle due versioni dei fatti sia convincente e sia quella che ben si concilia con il materiale probatorio (v. Cass., sez. un., 14 dicembre 1999, n. 898).

Valutazione
delle prove

In ogni caso, il giudice deve motivare la sua decisione, spiegando le ragioni del suo convincimento, che deve essersi formato *iuxta alligata et probata partium* (art. 115 cod. proc. civ.), non essendogli consentito trarre elementi di convincimento da fonti di informazione che non siano state ritualmente acquisite in giudizio con tutte le garanzie processuali, compresa quella che discende dal rispetto del contraddittorio tra le parti.

Un problema di prova si pone — ovviamente — solo con riferimento ai *fatti oggetto di specifica contestazione* fra le parti: quelli su cui non sorgono divergenze di prospettazione sono invece dal giudice posti a fondamento della decisione senza necessità di prova alcuna (art. 115, comma 1, cod. civ.).

I fatti
incontestati

§ 123. *L'onere della prova.*

Lecture suggerite: DI PENTIMA, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, Milano, 2007; LOCATELLI, *L'inversione dell'onere della prova nel contratto tra assicuratore e investitore*, in *Danno e resp.*, 2007; MENICHINO, *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale ed onere della prova: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 541.

Può darsi che, in ordine ai fatti oggetto di opposte versioni delle parti, nel processo siano del tutto mancati mezzi di prova, ovvero che i risultati delle prove raccolte siano non convincenti o addirittura contraddittori. Se il giudice non ritiene di avere elementi adeguati per decidere quale tra le due versioni in conflitto sia da considerare più convincente, come deve regolarsi? Non potendo, ovviamente, rifiutarsi di decidere, il giudice dovrà per forza egualmente scegliere una soluzione, ma — di certo — non capricciosamente.

La
circostanza
non provata

mente, in base a considerazioni non giuridiche (ad es., di simpatia o antipatia).

... e l'onere
della prova

La regola di giudizio che il legislatore gli offre si denomina « *onere della prova* » (art. 2697 cod. civ.): in ordine a ciascun fatto o circostanza grava sempre su una sola delle parti l'onere di persuadere il giudice; ossia, se il giudice considera non convincente (cioè, non « provata ») la versione offerta dalla parte gravata dall'onere, dovrà dare ragione, su quel punto, alla controparte, quand'anche consideri parimenti non convincente (cioè, non « provata ») la versione che di quel fatto è stata data da quest'ultima.

Carattere
residuale
della regola
dell'onere
della prova

Si tenga presente che il giudice deve basare il proprio convincimento su *tutte* le prove esperite o acquisite, di chiunque sia stata l'iniziativa, e quindi senza dar rilievo al fatto che un mezzo di prova sia stato offerto dall'uno o dall'altro dei litiganti (v. Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498).

L'onere della prova, quindi, è una regola da applicare al termine del giudizio, risolvendosi nel *rischio* che sia accolta la versione sostenuta dalla controparte (su quel punto), se il soggetto gravato dall'onere non riesce ad offrire al giudice elementi di prova sufficientemente convincenti (c.d. *carattere residuale* della regola dell'onere della prova).

La
ripartizione
dell'onere

Naturalmente il problema più delicato diventa quello di accertare, rispetto a ciascun fatto, su quale delle parti ricada l'onere probatorio. In linea di principio, può dirsi che l'onere di provare un fatto ricade su colui che invoca proprio quel fatto a sostegno della propria tesi (*onus probandi incumbit ei qui dicit*): ed in questo senso va intesa la norma (art. 2697 cod. civ.), che accolla a chi vuol far valere un diritto in giudizio l'onere di provare i fatti (ad es., la stipulazione del contratto di cui si reclama l'osservanza) che ne costituiscono il fondamento (c.d. *fatti costitutivi*), ed a chi contesta la rilevanza di tali fatti l'onere di provarne l'inefficacia (ad es., l'esistenza di un vizio della volontà nella stipulazione del contratto) o di provare eventuali altri fatti che abbiano modificato (ad es., un patto di proroga della scadenza del debito) o estinto (ad es., la rinuncia al credito) il diritto fatto valere (c.d. *fatti impeditivi, modificativi ed estintivi*).

Rimane tuttavia la difficoltà, rispetto a taluni fatti, di accertare l'esatta qualifica da attribuire alla circostanza contestata, al fine di decidere su quale delle parti ricada il relativo onere probatorio: così, ad es., grava su colui che pretende il risarcimento di un danno (v. § 230) provare la colpa del danneggiante, ovvero è quest'ultimo che, provato dalla controparte il danno, ha l'onere di pro-

vare, per andare esente da responsabilità, la mancanza di colpa propria? Ossia, è la colpa momento costitutivo della responsabilità per danni, oppure è l'assenza di colpa circostanza impeditiva del sorgere di tale responsabilità? Ed allo stesso modo, è il beneficiario di un testamento che ha l'onere di provare la capacità di intendere e di volere del testatore al momento della redazione del testamento, o è colui che contesta la validità del testamento che ha l'onere di provare il difetto di capacità del *de cuius* quando questi ha dettato le sue ultime volontà?

In proposito supplisce molte volte la legge stessa, che — esplicitamente o implicitamente — consente di stabilire se una circostanza debba essere considerata come fatto costitutivo ovvero come fatto impeditivo (ad es., l'art. 1147, comma 3, cod. civ. dispone che « la buona fede è presunta »: vale a dire che il legislatore fa ricadere su chi vuol contestare gli effetti della buona fede l'onere di provare la mala fede dell'altra parte e non già su questa l'onere di provare la propria buona fede).

Quando la norma è oscura circa il carattere costitutivo o impeditivo di una circostanza spetta ovviamente all'interprete determinare su quale delle parti debba ricadere il relativo onere probatorio.

Così precisata la portata dei principi in materia, l'onere della prova può correttamente definirsi come il *rischio per la mancata prova* di un fatto (rimasto) incerto nel giudizio, rischio addossato dal legislatore a carico di quella parte che avrebbe dovuto trovarsi nelle migliori condizioni per dare la prova della circostanza invocata: ove non riesca, invece, a convincerlo, in base alle prove raccolte, che quella circostanza si è effettivamente verificata, il giudice dovrà considerarla come non avvenuta, anche se non sia per nulla sicuro che quel fatto, in realtà, effettivamente non sia accaduto (così, ad es., chi invoca la stipulazione di un mutuo per pretendere la restituzione della somma mutuata ha l'onere di provare la stipulazione del mutuo: se non riesce a dare la prova che ciò è avvenuto, il giudice deve respingere la domanda anche se non è per nulla sicuro che il mutuo non sia stato effettivamente concesso).

Questa è la regola che pone la legge (art. 2697 cod. civ.). Le parti, tuttavia, possono stabilire diversamente (*inversione convenzionale dell'onere della prova*), a meno che non si tratti di diritti indisponibili (ad es., questioni di stato) e purché la modificazione non abbia per effetto di rendere eccessivamente difficile ad una delle parti l'esercizio del diritto (art. 2698 cod. civ.).

Patti relativi
all'onere
della prova

§ 124. I mezzi di prova.

Lecture suggerite: DONDI e ANSANELLI, *Diritto delle prove e discrasie nella recente riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 621; IACOBONI, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Milano, 2006; RUFFINI, « *Argomenti di prova* » e « *fondamento della decisione* » del giudice civile, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1329.

- Nozione Per « *mezzo di prova* » si intende qualsiasi elemento (ad es., un documento, una fotografia, una testimonianza, un esperimento peritale, un ragionamento logico, ecc.) idoneo ad influenzare la scelta che il giudice deve fare per stabilire quale, tra le contrapposte versioni di un fatto sostenute dalle parti in lite, sia più convincente.
- Principio del libero apprezzamento della prova Il principio fondamentale, in tema di apprezzamento (del risultato) delle prove raccolte in un giudizio, è quello della loro *libera valutazione* da parte del giudice: « il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento » (art. 116 cod. proc. civ.).
Peraltro, la discrezionalità di tale valutazione è temperata dall'obbligo di motivazione e, quindi, di spiegare, nella decisione, perché certi mezzi di prova siano stati ritenuti convincenti ed altri no; se si sia dato ingresso, oppure no, ai principi sull'onere della prova, e così via: spiegazioni che è sempre possibile sottoporre al controllo del giudice dell'impugnazione.
- Prove legali È lo stesso legislatore talvolta a derogare al principio del libero apprezzamento dei mezzi di prova da parte del giudice, disponendo che talune prove (l'atto pubblico: art. 2700 cod. civ., § 125; la confessione: art. 2733 cod. civ., § 129; il giuramento decisorio: art. 2738 cod. civ., § 130) costituiscono « *prove legali* », la cui *rilevanza è già predeterminata dalla legge*, cosicché il giudice non ha alcuna discrezionalità nel valutarle. Esse — come si suol dire — fanno « *piena prova* », rispettivamente, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale e delle dichiarazioni che costui attesta essere state fatte alla sua presenza (atto pubblico), sulla verità dei fatti sfavorevoli al dichiarante (confessione), sulla verità dei fatti dichiarati sotto giuramento (nel giuramento decisorio). In questi casi, il giudice è *vincolato* e non potrebbe decidere in contrasto con i fatti che devono considerarsi « *pienamente provati* ».
- I mezzi di prova si distinguono in due specie:
— « *prova preconstituita* » o documentale (atto pubblico, scrittura privata), così nominata perché esiste già prima del giudizio; e
— « *prova costituenda* » (prova testimoniale, presunzione, giuramento), così detta perché deve formarsi nel corso del giudizio.
- Prove preconstituite e prove costituende

§ 125. La prova documentale.

Lecture suggerite: SCARPA, *Le nuove frontiere dell'efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 251; FERRARI, *Il codice dell'amministrazione digitale e le norme dedicate al documento informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 415; CECCARINI, *La prova documentale nel processo civile*, Milano, 2006; EMILIOZZI, *Le firme elettroniche. Tecniche di imputazione del documento virtuale*, Napoli, 2006.

Per « documento » s'intende ogni cosa idonea a rappresentare un fatto, in modo da consentirne la presa di conoscenza a distanza di tempo (sono documenti, ad es., certificati, lettere, fatture, libri contabili, fotografie, riproduzioni cinematografiche, riproduzioni fonografiche, ecc.).

Nozione

Importanza preminente, tra i documenti, rivestono l'« atto pubblico » e la « scrittura privata ».

L'« atto pubblico » è il documento redatto con particolari formalità (stabilite dalla legge) da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuire all'atto quella particolare fiducia nella sua veridicità che si chiama « pubblica fede » (art. 2699 cod. civ.). Sono atti pubblici, ad es., oltre i rogiti notarili, i verbali di udienza redatti da un cancelliere del tribunale o le relazioni di notifica predisposte dagli ufficiali giudiziari, i verbali redatti da una commissione di esami, alcune attestazioni rilasciate da uffici pubblici, ecc.

Atto pubblico

L'atto pubblico fa « piena prova »:

Efficacia probatoria

a) della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato;

b) delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti alla sua presenza (art. 2700 cod. civ.).

L'atto pubblico, pertanto, *non* fa prova della veridicità del contenuto delle dichiarazioni fatte dalle parti avanti al pubblico ufficiale, ma *solo* del fatto che esse hanno effettivamente dichiarato a quest'ultimo ciò che egli ha precisato nel documento.

Dicendo che su determinate circostanze l'atto pubblico fa « piena prova », il legislatore intende dire che il giudice è vincolato a considerare senz'altro *vere* tali circostanze, senza che siano possibili alternative, dubbi o controprove. Se una parte intende contrastare tale speciale forza probatoria privilegiata, deve fare necessariamente ricorso ad un particolare procedimento, che si avvia mediante una « querela di falso » (art. 221 cod. proc. civ.): ossia, mediante la richiesta che il giudice accerti — in via separata rispetto al processo in cui il documento è prodotto e se ne chiede l'utilizzazione — che quel

documento è in realtà oggettivamente *falso* (a prescindere dall'individuazione di chi sia stato eventualmente responsabile di tale falsità e dalla conseguente comminatoria delle relative sanzioni: accertamenti che potrebbero aver luogo soltanto in un processo penale).

La conversione formale L'atto pubblico, ove nullo come tale per difetto di qualche formalità, può avere la stessa efficacia della scrittura privata, se sottoscritto da una o più parti (art. 2701 cod. civ.) (c.d. *conversione formale*).

Scrittura privata « *Scrittura privata* » è qualsiasi documento che risulti *sottoscritto* da un privato. Il testo del documento può essere anche stampato, dattiloscritto o scritto a penna da terzi: essenziale è, però, la *sottoscrizione* di colui che, con la firma, si assume la paternità del testo e, quindi, la responsabilità di quanto in esso dichiarato.

Efficacia probatoria La scrittura privata — appunto perché non proviene da un pubblico ufficiale — non ha la stessa efficacia probatoria dell'atto pubblico. Essa, infatti, fa prova soltanto *contro* chi ha sottoscritto il documento, e non a suo favore. Tale valore, però, è subordinato alla condizione che colui che ne appare il firmatario *riconosca* come sua la sottoscrizione, ovvero che la sottoscrizione debba considerarsi legalmente come riconosciuta (art. 2702 cod. civ.).

Si ha per « *riconosciuta* » la sottoscrizione *autenticata* da un notaio o da un altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato (art. 2703 cod. civ.), nonché la sottoscrizione di un documento prodotto in giudizio e *non disconosciuta* da colui contro il quale la produzione è effettuata (art. 215 cod. proc. civ.). Basta dunque, se si tratta di scrittura non autenticata, che la persona cui la scrittura è attribuita neghi la propria sottoscrizione, perché chi vuol valersi della scrittura debba fornire la prova della provenienza di questa, mediante il c.d. « *procedimento di verifica* » (artt. 214 ss. cod. proc. civ.).

Se, invece, la sottoscrizione è autenticata o riconosciuta, essa — come l'atto pubblico — fa « *piena prova* » (prova legale), fino a querela di falso, ma della sola provenienza delle dichiarazioni da chi ha sottoscritto (art. 2702 cod. civ.).

La data Un elemento importante della scrittura privata è la « *data* »: ossia, l'indicazione del giorno in cui il documento è stato sottoscritto.

Essa può avere rilevanza anche *nei confronti dei terzi* (ad es., per stabilire, tra due negozi, quale sia stato concluso anteriormente, per tutti i fini che si possono riannodare a tale anteriorità: così, secondo il disposto dell'art. 1599 cod. civ., se taluno, dopo aver dato in locazione una cosa, l'abbia venduta, il contratto di locazione dev'essere rispettato anche dal compratore, se la locazione è anteriore alla vendita).

Le parti, peraltro, potrebbero mettersi d'accordo per frodare il terzo, apponendo una data fittizia, anteriore all'atto. Per evitare queste facili frodi, la legge stabilisce (art. 2704 cod. civ.) che la data della scrittura privata è — *per i terzi* — la seguente (c.d. *data certa*):

La data
certa

a) se si tratta di scrittura privata autenticata, la data dell'autenticazione;

b) se la scrittura è registrata, la data della registrazione (v. § 106) (ed è questo — come si ricorderà — l'effetto saliente della registrazione in materia privatistica);

c) negli altri casi, la data in cui si verifica un fatto che stabilisca in modo incontestabile che il documento è stato formato anteriormente (ad es., il giorno della morte o sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta; il giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici; ecc.).

Anche al *telegramma* il legislatore riconosce l'efficacia probatoria della scrittura privata, ma solo « se l'originale consegnato all'ufficio di partenza è sottoscritto dal mittente, ovvero se è stato consegnato dal mittente medesimo, anche senza sottoscriverlo » (art. 2705, comma 1, cod. civ.).

Telegramma

Pure « *le carte e i registri domestici* » fanno — alle condizioni precisate dall'art. 2707 cod. civ. — prova *contro* chi li ha scritti, al pari delle scritture private, quand'anche carenti di sottoscrizione.

Carte e
registri
domestici

Anche « *i libri e le altre scritture contabili delle imprese* soggette a registrazione fanno prova *contro* l'imprenditore » (art. 2709 cod. civ.).

Scritture
contabili
dell'impresa

Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti o di cose (c.d. « *riproduzioni meccaniche* ») « formano *piena prova* dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte (in giudizio) non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime » (art. 2712 cod. civ.).

Riproduzioni
meccaniche

Si discute se il *fax* si debba annoverare fra le « riproduzioni meccaniche », con conseguente applicazione della disciplina dettata dall'art. 2712 cod. civ., ovvero se — consistendo, in pratica, in una fotocopia teletrasmessa — rientri nell'ambito di operatività dell'art. 2719 cod. civ., secondo cui « *le copie fotografiche* di scritture hanno la stessa efficacia delle autentiche, se la loro conformità con l'originale è attestata da pubblico ufficiale competente, ovvero non è espressamente disconosciuta »: in ogni caso, il *fax* fa piena prova della sua conformità con l'originale, se colui contro il quale è prodotto non la contesta (una particolare disciplina è dettata dalla L. 7 giugno 1993,

Fax

n. 183, relativamente ai *fax* utilizzati per la « trasmissione degli atti relativi a procedimenti giurisdizionali »).

Documento
informatico

Quanto ai « *documenti informatici* » — per tali intendendosi qualsiasi « rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti » (cfr. art. 1, comma 1 lett. *p*, D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, « Codice dell'amministrazione digitale », ampiamente modificato dal D.Lgs. 4 aprile 2006, n. 159) — occorre distinguere fra:

a) documento informatico cui è apposta una « *firma elettronica* » (per tale intendendosi « l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica »: art. 1, comma 1 lett. *q*, D.Lgs. n. 82/2005), che « sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità » (art. 21, comma 1, D.Lgs. n. 82/2005);

b) documento elettronico sottoscritto con « *firma digitale* » (per tale intendendosi « un particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata ed al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di render manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici »: art. 1, comma 1 lett. *s*, D.Lgs. n. 82/2005), ovvero con « un altro tipo di *firma elettronica qualificata* » (per tale intendendosi « la firma elettronica ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo e collegata ai dati ai quali si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi sono stati successivamente modificati, che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma »: art. 1, comma 1 lett. *r*, D.Lgs. n. 82/2005), che — al pari di una qualsiasi scrittura privata — fa « *piena prova* », se non disconosciuta, della sua provenienza dal titolare della firma elettronica (art. 21, comma 2, D.Lgs. n. 82/2005). Peraltro, se intende disconoscere la paternità del documento, quest'ultimo ha — diversamente da quel che accade con riferimento alla scrittura privata — l'onere di fornire la prova che l'utilizzo del dispositivo di firma non è a lui riconducibile (art. 21, comma 2, D.Lgs. n. 82/2005);

c) documento elettronico sottoscritto con « *firma digitale* o altro tipo di firma elettronica qualificata *autenticata* dal notaio o da altro

pubblico ufficiale a ciò autorizzato », che è equiparata alla scrittura privata autenticata (art. 25, comma 1, D.Lgs. n. 82/2005).

§ 126. La prova testimoniale.

Lecture suggerite: CORDOPATRI, *Note in tema di « principio di prova per iscritto »*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1155; MOTTOLA, *Le prove orali nel processo civile alla luce della riforma*, Milano, 2006.

La « testimonianza » è la narrazione fatta al giudice da una persona estranea alla causa in relazione a fatti controversi di cui il teste abbia conoscenza. Di regola, il testimone è chiamato a rendere la propria deposizione *oralmente* davanti al giudice (artt. 251 ss. cod. proc. civ.). Peraltro il giudice può, su accordo delle parti, disporre che essa venga assunta fuori udienza mediante *dichiarazione scritta*, cui il teste appone la propria firma autenticata (art. 257-bis cod. proc. civ.).

Nozione

La prova testimoniale è considerata con una certa diffidenza dal legislatore, sia per il rischio di testi interessati o compiacenti, sia per il rischio di deformazioni inconsapevoli nello sforzo di ricordare e riferire avvenimenti del passato.

Conseguentemente la prova testimoniale incontra, per certe ipotesi, *limiti legali di ammissibilità*.

Limiti legali di ammissib

A) In primo luogo, la prova testimoniale *non* è ammissibile quando sia invocata per provare il perfezionamento o il contenuto di un contratto avente un valore superiore a lire cinquemila, ovvero sia ad € 2,58 (limite che non è stato adeguato al mutato valore della moneta) (art. 2721, comma 1, cod. civ.). Non si tratta, peraltro, di un divieto rigido: il giudice, infatti, *può* consentire la prova oltre il limite anzidetto tutte le volte in cui lo ritenga opportuno, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza (art. 2721, comma 2, cod. civ.). Inoltre il giudice *deve* ammettere la prova testimoniale, se ricorre una delle tre ipotesi previste nell'art. 2724 cod. civ.; e cioè:

... prova del perfezionamento e/o del contenuto di un contratto

— quando vi sia un principio di prova scritta (ad es., una ricevuta);

— quando la parte si sia trovata nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta (ad es., contratto concluso tra persone legate da rapporti di intima parentela, o concluso in un momento di pericolo);

— quando la parte abbia perduto *senza sua colpa* il documento che le forniva la prova.

... prova di patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento

B) In secondo luogo, la prova testimoniale *non* è ammissibile se tende a dimostrare che *anteriamente* o *contemporaneamente* alla stipulazione di un accordo scritto siano stati stipulati altri patti, non risultanti però dal documento (art. 2722 cod. civ.). Anche per i casi in esame il giudice *deve*, però, ammettere la prova se ricorre una delle tre ipotesi di cui all'art. 2724 cod. civ., appena ricordate. Quando la prova testimoniale è invece invocata a dimostrazione che, *successivamente* alla formazione di un documento, è stato stipulato un patto aggiunto o contrario al contenuto di esso, il giudice *può* ammetterla solo se ritiene *verosimile* che siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali (art. 2723 cod. civ.).

... prova di contratti che richiedono la forma scritta *ad substantiam* ovvero *ad probationem*

C) In terzo luogo, la prova testimoniale *non* è ammissibile se tende a provare un contratto che — per volontà delle parti o per espressa disposizione di legge — deve essere *stipulato* (c.d. « forma scritta *ad substantiam* ») o anche solo *provato* (c.d. « forma scritta *ad probationem tantum* ») *per iscritto* (art. 2725 cod. civ.) (v. § 127). In questi casi la prova per testimoni è ammissibile *esclusivamente* ove ricorra la terza ipotesi di cui all'art. 2724 cod. civ.: ossia, qualora la parte abbia perduto *senza sua colpa* il documento che le forniva la prova (art. 2725, comma 1, cod. civ.).

Le stesse regole ora illustrate si applicano anche alle prove testimoniali invocate per provare l'effettuazione di un pagamento o la remissione di un debito (art. 2726 cod. civ.).

§ 127. *Forma ad substantiam e forma ad probationem.*

Lecture suggerite: Cozzi, *Forme di protezione e disciplina della prova*, Napoli, 2006; Tosi, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Milano, 2005; SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, Milano, 2003.

Possiamo ora comprendere agevolmente la distinzione, sul piano probatorio, tra « forma richiesta *ad substantiam* » e « forma richiesta *ad probationem* ».

Prova del contratto che richiede la forma scritta *ad substantiam*

Quando la forma (scrittura privata o atto pubblico) è richiesta *ad substantiam*, essa costituisce un elemento *essenziale* del negozio, cosicché — ove il requisito formale non sia osservato — l'atto è irrimediabilmente *nullo* (così, ad es., qualora una vendita immobiliare sia stata effettivamente stipulata, ma *verbalmente*, il contratto è *in-*

valido e, quindi, privo di qualsiasi effetto: artt. 1350, n. 1, 1325, n. 4, e 1418, comma 2, cod. civ.) (v. § 339 ss.).

La prova della stipulazione dell'atto con la forma richiesta può essere data — ovviamente — con la produzione in giudizio del documento in cui l'atto è consacrato.

Ci si chiede se la prova che la formazione dell'atto è avvenuta proprio con l'osservanza delle forme stabilite dalla legge possa darsi altrimenti: cioè, attraverso mezzi di prova *diversi* dalla produzione del documento (si pensi, ad es., all'ipotesi in cui la parte interessata lo abbia perduto). In linea di principio, il legislatore *non* consente che la formazione del documento sia provata per *testimoni* (art. 2725, comma 2, cod. civ.) o mediante *giuramento* (art. 2739, comma 1, cod. civ.) e quindi — è da ritenere — neppure mediante *confessione*. Da ciò deriva che il documento attraverso cui è stata manifestata la volontà contrattuale è *essenziale* non solo *per la validità* dell'atto (artt. 1325, n. 4, e 1418, comma 2, cod. civ.), ma anche — di regola — *per la prova* dello stesso. Unica eccezione è il caso in cui la parte abbia perduto *senza sua colpa* (per es., in un incendio, in un infortunio) il documento nel quale l'atto era consacrato (artt. 2724, n. 3, e 2725 cod. civ.): in tal caso potrà essere ammesso ogni tipo di prova (testimonianza, confessione, giuramento) volta a dimostrare, in primo luogo, l'*originaria esistenza* del documento, in secondo luogo, la *perdita incolpevole* di esso, in terzo luogo, il suo *contenuto*.

Dal principio illustrato si ricava che il legislatore impone alla parte l'onere di *custodire* il documento, onde poterlo in qualsiasi momento, occorrendo, esibire al giudice; altrimenti, mancando il documento o, in alternativa, la prova della sua perdita incolpevole, il giudice deve concludere che esso non sia mai stato formato.

Ben diversa è la situazione, invece, quando l'osservanza di una forma sia stabilita *ad probationem tantum* (cfr., ad es., art. 1967 cod. civ., in tema di transazione non immobiliare; art. 1888, comma 1, cod. civ., in tema di contratto di assicurazione; art. 1928, comma 1, cod. civ., in tema di riassicurazione; art. 2556, comma 1, cod. civ., in tema di cessione di azienda; art. 2581, comma 2, cod. civ., in tema di trasferimento dei diritti di utilizzazione dell'opera connessi al diritto d'autore; art. 2596, comma 1, cod. civ., in tema di patto limitativo della concorrenza; ecc.). In tal caso, infatti, l'atto compiuto senza l'osservanza della forma stabilita dalla legge *non è nullo*: l'unica conseguenza dell'inosservanza della forma è il *divieto della prova testimoniale* (art. 2725, comma 1, cod. civ.) — di cui ci siamo occupati nel paragrafo precedente — *e di quella presuntiva* (v. § 128) (art. 2729, comma 2, cod. civ.).

Prova del contratto che richiede la forma scritta *ad probationem*

Il divieto della prova testimoniale e di quella indiziaria è volto ad indurre le parti a precostituire un documento in cui l'atto risulti consacrato. Ma, in caso di forma richiesta *ad probationem tantum*, la mancanza del documento non pregiudica irreparabilmente la possibilità, per le parti, di provare l'atto ed il suo contenuto:

a) in primo luogo, se la formazione del negozio e quanto con esso le parti hanno pattuito costituisce un fatto *non contestato*, il giudice può — anzi *deve* — considerarlo provato (laddove, quando si tratti di negozi per i quali la forma è prescritta *ad substantiam*, nemmeno la concorde ammissione delle parti circa l'avvenuta formazione dell'atto, e neppure una loro concorde dichiarazione circa il perfezionamento dell'atto stesso con l'osservanza delle forme prescritte, sarebbe sufficiente — secondo l'interpretazione fin qui pacifica — a superare il principio cogente per cui, in assenza del documento richiesto dalla legge o della prova della sua perdita incolpevole, l'atto si ha per non perfezionato);

b) in secondo luogo, trattandosi di forma richiesta *ad probationem tantum*, quand'anche la formazione dell'atto o il suo contenuto siano contestati in giudizio, la parte che intenda — ciononostante — dimostrare che il negozio si è realmente perfezionato, ovvero quale ne sia il vero contenuto, può chiedere l'interrogatorio formale della controparte (artt. 230 ss. cod. proc. civ.) nella speranza di ottenerne una *confessione* (v. § 129), ovvero può deferirle il *giuramento decisorio* (v. § 130).

§ 128. Le presunzioni.

Lecture suggerite: PALLOTTA, *Illeciti antitrust, contratti a valle e presunzione di danno*, in *Contratto e impr. Europa*, 2006, 177; CIPRIANI, *Sul valore probatorio degli indizi*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 1033; PATTI, *Le presunzioni legali*, in *Studium iuris*, 2002, 593.

Nozione Per « *presunzione* » (o « *prova indiretta* ») si intende ogni argomento, congettura, illazione, attraverso cui, essendo già provata una determinata circostanza (c.d. « fatto-base » o « indizio »), si giunge a considerare provata altresì un'altra circostanza, sfornita di prova diretta (così, ad es., dalla circostanza che sia decorso già un certo periodo di tempo dal momento in cui si poteva pretendere il pagamento di determinati debiti, per i quali è regola di esperienza che il pagamento avviene entro breve tempo, si trae la presunzione che il debito sia già stato pagato o comunque si sia già estinto, sebbene

manchino prove dirette del pagamento o del verificarsi di un'altra causa di estinzione dell'obbligo: prescrizione presuntiva, v. § 116).

Le presunzioni si dicono « *legali* » quando è la stessa legge che, in via generale, attribuisce ad un fatto valore di prova in ordine ad un altro fatto, che quindi viene presunto (ad es., presunzione che chi ha il possesso di una cosa altrui sia in buona fede: art. 1147, comma 3, cod. civ.).

Presunzioni
legali:

Le presunzioni legali possono, a loro volta, essere:

a) *iuris et de iure* (ed allora si dicono « *assolute* »), laddove non ammettono prova contraria (ad es., presunzione di durata della gestazione di cui all'art. 232 cod. civ.; presunzione di interposizione di cui all'art. 599, comma 2, cod. civ.); quando la legge stabilisce una presunzione assoluta — per la verità — più che di prova indiretta dovrebbe parlarsi di sufficienza del fatto-base a produrre l'effetto ricollegato al fatto-presunto, che, in realtà, diventa irrilevante, dal momento che, in presenza del fatto-base, non è ammessa la prova che il fatto presunto non si è verificato; o

... *iuris et
de iure*

b) *iuris tantum* (ed allora si dicono « *relative* »), laddove ammettono prova contraria (ad es., art. 1142 cod. civ.). La prova contraria può essere fornita, di regola, facendo ricorso a qualsiasi mezzo di prova. Non mancano peraltro casi in cui la legge pone limitazioni ai mezzi di prova utilizzabili (v. § 116).

... *iuris
tantum*

Le presunzioni si dicono invece « *semplici* » (o *hominis*), quando non sono prestabilite dalla legge, ma sono lasciate al prudente apprezzamento del giudice, il quale può ritenere provato un fatto, di cui manchino prove dirette, quando ricorrano indizi « gravi, precisi e concordanti » (art. 2729 cod. civ.). Il giudice ben potrebbe fondare la propria decisione anche solo su presunzioni semplici (v. Cass. 11 maggio 2007, n. 10807).

Presunzioni
semplici

Alle presunzioni semplici non si può far ricorso nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni (art. 2729, comma 2, cod. civ.: v. § 126).

Limiti legal
di ammissi-
bilità delle
presunzioni
semplici

§ 129. La confessione.

Lecture suggerite: PANUCCIO, *Confessione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988; GRANELLI, *Confessione e ricognizione nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, III, Torino, 1988, 431.

La « *confessione* » è la dichiarazione che la parte fa della verità di « *fatti* » a sé *sfavorevoli* e favorevoli all'altra parte (ad es., dichiaro

Nozione

di aver ricevuto una somma a mutuo; ammetto di non aver segnalato tempestivamente il cambiamento di marcia della mia vettura; ecc.). La confessione non implica l'elemento volitivo, intenzionale: perciò essa non è un negozio giuridico (v. § 98), ma una *dichiarazione di scienza*.

Essa può essere:

Confessione
giudiziale

a) giudiziale, se resa in giudizio e, in questo caso, fa *piena prova* (artt. 2730, 2732, 2733 cod. civ.), vale a dire che il fatto oggetto di confessione non può più essere considerato controverso dal giudice (anche se il confitente, pentitosi o ricredutosi, muove tardive contestazioni), cosicché il giudice deve senz'altro assumerlo come vero e porlo a base della sua decisione; la confessione giudiziale può essere fatta spontaneamente; ma, più spesso, è provocata mediante l'*interrogatorio formale* della parte, a cui il giudice procede su richiesta dell'altra parte (art. 228 cod. proc. civ.);

Confessione
stragiudiziale

b) stragiudiziale, se resa fuori dal giudizio. Se è fatta alla parte o al suo rappresentante, ha lo stesso valore di quella giudiziale; se è fatta ad un terzo, può essere apprezzata liberamente dal giudice (art. 2735 cod. civ.). A differenza di quella giudiziale, la confessione stragiudiziale dev'essere, a sua volta, dimostrata; essa non può essere provata con testimoni quando tale prova non è ammessa secondo le regole già viste (art. 2735 cod. civ.) (§ 126).

Revoca

La confessione — sia giudiziale che stragiudiziale — può essere revocata (cioè, la sua efficacia probatoria può essere vinta) *soltanto* se si dimostra che essa è stata determinata da *errore di fatto* o da *violenza* (art. 2732 cod. civ.), non essendo sufficiente la prova della semplice divergenza fra quanto dichiarato e quanto effettivamente accaduto.

Confessione
« qualificata »

La confessione si dice « *qualificata* » quando la parte riconosce la verità di fatti a sé sfavorevoli, ma vi aggiunge altri fatti o circostanze tendenti ad infirmare l'efficacia del fatto confessato, ovvero a modificarne od estinguerne gli effetti (ad es., ammetto che abbiamo concluso un contratto, ma aggiungo che esso è simulato o sottoposto a condizione non verificatasi; riconosco di aver ricevuto 100 a mutuo, ma oppongo di aver già restituito la somma).

In questo caso bisogna distinguere:

a) se l'altra parte non contesta la verità dei fatti o delle circostanze aggiunte, la dichiarazione confessoria fa piena prova *nella sua integrità*;

b) se l'altra parte la contesta (per es., nega che il contratto sia simulato o il debito pagato), è rimesso al giudice di apprezzare, se-

condo le circostanze, l'efficacia probatoria della dichiarazione confessoria (art. 2734 cod. civ.).

La confessione deve provenire, per poter produrre gli effetti cui si è fatto cenno, da soggetto capace di disporre del diritto cui i fatti confessati si riferiscono (art. 2731 cod. civ.: v. Cass. 14 febbraio 2006, n. 3188).

Capacità del
confitente

Distinta dalla « dichiarazione confessoria » è la « dichiarazione ricognitiva »: mentre la prima — come si è detto — ha ad oggetto l'asseverazione di *fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte* (ad es., dichiaro di aver ricevuto 100 a mutuo), la seconda ha invece ad oggetto l'asseverazione di *diritti o rapporti giuridici* (ad es., dichiaro di essere tuo debitore di 100) e — come si vedrà al successivo § 427 — ha, sul piano probatorio, una rilevanza diversa rispetto a quella della confessione (art. 1988 cod. civ.).

Dichiarazione
confessoria e
dichiarazione
ricognitiva

§ 130. Il giuramento.

Lecture suggerite: DE VITA, L'« ingiustizia » del giuramento suppletorio: nuove prospettive di incostituzionalità dell'istituto alla luce del riformato art. 111 cost., in *Riv. dir. proc.*, 2003, 910; FABIANI, Brevi note sulla sindacabilità in sede di legittimità del potere del giudice di deferire il giuramento suppletorio, in *Foro it.*, 2003, I, 3107.

Il « giuramento » è un mezzo di prova di cui le parti possono chiedere l'acquisizione nel corso di un giudizio civile.

Il giuramento può essere « decisivo » o « suppletorio ».

Il « giuramento decisivo » si chiama così perché deve riguardare circostanze che abbiano valore « decisivo » in ordine ad una *quaestio facti* su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi, cosicché l'esito del giuramento (positivo o negativo che sia) preclude ogni ulteriore accertamento al riguardo: perciò anche il giuramento è una « prova legale » e il suo esito fa « piena prova » in ordine alle circostanze che ne formano oggetto. Anzi, l'efficacia probatoria del giuramento è la più intensa che si possa immaginare poiché, se — da un lato — vincola, come prova legale, il giudice al suo esito — da altro lato — tale vincolo, atteso il carattere di decisività della questione oggetto di giuramento, si riflette sulla pronuncia del giudice che, dopo aver constatato « *an juratum sit* », dovrà senz'altro dichiarare vittoriosa la parte che ha giurato e soccombente l'altra (su tutta la causa o sulla parte investita dal giuramento), senza che quest'ultima abbia la possibilità di provare il contrario (v. Cass. 8 giugno 2007, n. 13425).

Giuramento
decisorio

Il giuramento decisorio può essere deferito solo ad iniziativa di una delle parti in lite (e non può mai, perciò, essere ammesso dal giudice d'ufficio, cioè senza specifica istanza di parte). La parte che assume l'iniziativa chiede al giudice — cui spetta soltanto di decidere se la circostanza indicata dalla parte ha davvero carattere « decisorio » — di invitare controparte a confermare sotto giuramento se il fatto oggetto di contestazione si è davvero verificato secondo quanto la stessa ha finora sostenuto nel processo; cosicché, ove si tratti di una affermazione mendace (ad es., non ho mai ricevuto i 100 che Tizio sostiene di avermi dato), la parte cui il giudice dovesse deferire il giuramento si troverebbe nell'alternativa o di abbandonare la tesi finora affermata, riconoscendo la verità di quanto sostenuto invece dall'avversario, ovvero di giurare il falso, commettendo spergiuro (con ogni conseguente rischio, anche penale: art. 371 cod. pen.).

Va comunque sottolineato che il giuramento non è ammissibile se non quando (art. 2739, comma 2, cod. civ.) sia relativo ad un fatto proprio della parte cui è deferito (e, in tal caso, si parla di « giuramento *de veritate* ») ovvero quando sia relativo alla conoscenza che essa ha di un fatto altrui (e, in tal caso, si parla di « giuramento *de scientia* ») (v. Cass. 15 gennaio 2008, n. 647).

La parte alla quale il giuramento sia stato deferito può a sua volta, se preferisce, « riferire » il giuramento all'avversario (art. 234 cod. proc. civ.), a condizione che il fatto che ne è oggetto sia « comune » ad entrambi (art. 2739, comma 2, cod. civ.).

La prestazione del giuramento

Il giuramento viene reso in giudizio personalmente dalla parte, alla presenza del giudice, che deve ammonire il giurante sull'importanza morale dell'atto e sulle conseguenze penali di eventuali dichiarazioni false da lui rese, e quindi l'invita a giurare (art. 238, comma 1, cod. proc. civ.). Per la verità, il legislatore richiedeva che il giudice ammonisse la parte sull'importanza « religiosa e morale » dell'atto, e che la formula del giuramento comprendesse le parole « consapevole della responsabilità che con il giuramento assumo *davanti a Dio e agli uomini* »: ma la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 334 del 1996, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il richiamo sia ai valori religiosi che a quelli etici, cosicché il significato del giuramento « da etico-religioso qual era originariamente, diventa morale-individuale, in quanto finisce per dipendere dal riferimento che ciascuno faccia, in coscienza e secondo la sua visione del mondo, a quanto considera di più impegnativo e degno di osservanza ». Si giunge, così, al culmine del processo di laicizzazione del giuramento decisorio.

Se la parte si rifiuta di giurare o non si presenta, senza giustificato motivo, all'udienza all'uopo fissata, la sua versione del fatto non può più essere considerata vera dal giudice, indipendentemente da qualsiasi altra prova a suo favore.

Efficacia
probatoria
del
giuramento

Se invece presta il giuramento, il giudice deve definitivamente considerare vera la sua affermazione e decidere in conformità la questione per la quale il giuramento è stato ammesso.

Non si possono fornire prove contrarie. Si può soltanto denunciare in sede penale chi abbia eventualmente giurato il falso (art. 371 cod. pen.). E, se sia intervenuta condanna penale, si può chiedere (art. 2738 cod. civ.) il risarcimento dei danni (e, cioè, la condanna dello spergiuro ad una somma di danaro che rappresenti l'equivalente del danno subito), ma non la revocazione della sentenza civile che sia stata pronunciata in base al falso giuramento. Se il delitto di falso giuramento è estinto (artt. 150-152 cod. pen.; ad es., per amnistia), spetta al giudice civile di accertare se sussistono gli elementi del delitto di falso giuramento, sempre al limitato fine di condannare al risarcimento dei danni lo spergiuro (art. 2738, comma 2, cod. civ., in relazione all'art. 198 cod. pen.; per la prescrizione della relativa azione civile cfr. art. 2947, ult. comma, cod. civ.).

Il giuramento *non è ammissibile* quando (art. 2739, comma 1, cod. civ.) si tratti:

Limiti legali
all'ammissi-
bilità del
giuramento

a) di diritti indisponibili (ad es.: questioni di stato);

b) di fatto illecito (art. 2043 cod. civ.: v. §§ 454 ss.);

c) di atto per cui sia richiesta la forma scritta *ad substantiam* (v. § 127);

d) di contestare l'attestazione, contenuta in un atto pubblico, che un determinato fatto è avvenuto alla presenza del pubblico ufficiale che lo ha redatto (v. § 126).

Il secondo tipo di giuramento previsto dal codice civile è il « giuramento *suppletorio* ».

Giuramento
suppletorio

Il giuramento suppletorio può essere deferito non già in base ad un'iniziativa di parte, bensì « *d'ufficio* », in base ad un potere discrezionale dello stesso giudice, quando questi si trovi di fronte ad un fatto rimasto *incerto*, ma per il quale la parte che aveva l'onere di provarlo abbia fornito elementi abbastanza rilevanti, sebbene non definitivamente persuasivi (c.d. *semiplena probatio*): in tal caso il giudice può offrire di perfezionare la prova, già quasi raggiunta, confermando con il giuramento che i fatti affermati sono veri (art. 2736, n. 2, cod. civ.) (v. Cass. 8 settembre 2006, n. 19270).

Giuramento
estimatorio

Una particolare specie di giuramento suppletorio è il « giuramento estimatorio », che può essere deferito per stabilire il valore di una cosa, quando non sia possibile accertarlo diversamente (art. 2736, n. 2, cod. civ.).