

INDICE

INTRODUZIONE



**CAPITOLO I**

**Sistema giuridico e funzionamento**

1.	Sistema giuridico.....	15
2.	Il giudice deve seguire le norme del diritto.....	18
2.1.	Il diritto pone problemi di fonti e di interpretazione ...	19
2.1.1.	Fonti.....	20
2.1.1.1.	Numerus clausus?.....	22
2.1.2.	Interpretazione.....	27
2.1.3.	La giurisprudenza sull'interpretazione.....	28
2.1.4.	Violazione dell'art. 12 preleggi e sanzione disciplinare.....	29
2.1.5.	Interpretazione costituzionalmente orientata ed adeguatrice.....	37
2.1.6.	Interpretazione sistematica.....	39
3.	Il provvedimento giudiziario manda il fatto nel diritto.....	41
4.	Le inferenze.....	45

## **CAPITOLO II**

### **Riparto dell'onere probatorio**

1.	Onere della prova .....	49
1.1.	Il soggetto .....	50
1.2.	Valere in giudizio .....	52
1.3.	Deve provare i fatti.....	54
1.4.	Fatti che ne costituiscono il fondamento.....	56
1.4.1.	I fatti negativi.....	60
1.5.	Il problema dell'impossibilità probatoria .....	62
1.5.1.	Impossibilità probatoria non imputabile ad alcuno.....	62
1.5.2.	Impossibilità probatoria imputabile a qualcuno...	63
1.5.3.	Impossibilità probatoria soggettiva .....	67
2.	La posizione della giurisprudenza .....	68
3.	La posizione della dottrina .....	71

## **CAPITOLO III**

### **Disponibilità delle prove**

1.	Prove proposte dalle parti .....	74
2.	Contestazione specifica .....	75
2.1.	Il problema della sua qualificazione come prova.....	76
2.1.1.	La posizione della giurisprudenza .....	79

2.1.2. La mancata contestazione come presunzione .....	81
2.2. Perimetrazione applicativa.....	84
3. <i>I</i> ter processuale .....	84
3.1. Fasi del processo.....	85
3.2. Prove precostituite e prove costituenti.....	86
4. Conclusione.....	88

## **CAPITOLO IV**

### **Valutazione secondo prudente apprezzamento**

1. Introduzione.....	90
2. Questione.....	92
3. Tesi della valutazione secondo libero convincimento.....	93
4. Antitesi del libero convincimento .....	98
4.1. Gerarchia tra prove .....	98
4.2. Il criterio delle prove .....	102
5. Valutazione secondo prudente apprezzamento .....	104
5.1. Nozione di prudente apprezzamento .....	107
5.2. Esempio: come opera la prudenza nelle disposizioni sulla responsabilità civile.....	110
5.3. Calcolabilità del prudente apprezzamento .....	115
6. La formula per provare il fatto .....	117
7. Conclusioni.....	124

## CAPITOLO V

### Lo standard di certezza probatoria

1.	Il problema dello <i>standard</i> probatorio civile.....	127
2.	La tesi giurisprudenziale prevalente.....	128
2.1.	Le argomentazioni.....	131
2.2.	Riflessioni critiche.....	133
2.3.	Il paradosso dell'intruso: il più probabile che non è ingiusto.....	135
2.4.	Ulteriori riflessioni.....	137
2.4.1.	L'incongruenza del criterio <i>all or nothing</i> .....	141
2.4.2.	La giurisprudenza prevalente .....	144
2.4.3.	La giurisprudenza parzialmente critica .....	147
2.4.4.	Osservazioni critiche .....	149
2.4.4.1.	La portata dell'art. 1223 c.c.....	151
2.4.4.2.	La portata dell'art. 1225 c.c.....	153
2.4.4.3.	L'incidenza del principio di uguaglianza	154
2.4.4.4.	La doppia causalità civile.....	155
2.4.4.5.	Conclusioni sul criterio dell' <i>all or nothing</i>	156
2.5.	Le probabilità sono altro rispetto alle prove.....	157
3.	La potenza dell'art. 116 c.p.c. ....	158
3.1.	L'incidenza della prudenza sul <i>più probabile che non</i> .....	159
3.2.	Le ragioni del superamento del <i>più probabile che non</i> in favore della sommatoria delle prove.....	164
4.	Conclusioni.....	168

### **2.1.2. La mancata contestazione come presunzione**

In questa sede si ritiene di affermare che la mancata contestazione, di cui all'art. 115 c.p.c., è una forma di presunzione ex art. 2727 c.c., che è la conseguenza che la legge trae da un fatto noto per risalire a quello ignorato:

- il fatto noto è la mancata contestazione;
- quello ignorato è il fatto non contestato, che proprio tramite una presunzione, diviene non necessario di prova in quanto ritenuto “*ricosciuto*” da controparte.

Il giudice *deve* porre a fondamento della decisione i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita ex art. 115 c.p.c.: l'inciso “*deve*” dimostra che trattasi di presunzione.

In quanto presunzione, rientrante tra le prove alla luce della collocazione sistematica dell'art. 2727 c.c., deve essere sottoposta allo scrutinio del prudente apprezzamento ex art. 116 c.p.c.; in questa direzione, milita anche la giurisprudenza<sup>75</sup> che tende proprio a distinguere tre forme di silenzio:

- riconoscimento implicito;
- non contestazione;
- contumacia.

---

<sup>75</sup> Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 16.02.2016, n. 2951, in *La Nuova Procedura Civile*, 1, 2017.

Si dice<sup>76</sup>, infatti, che *il convenuto, come si è visto, deve tempestivamente prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda ( art. 167 c.p.c. , comma 1) e "il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal p.m., nonchè i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita"* ( art. 115 c.p.c. , comma 1). *Il silenzio è cosa diversa dal riconoscimento (espreso, implicito o indiretto). La non contestazione pone problemi più delicati e deve essere attentamente valutata dal giudice, specie quando non attenga alla sussistenza di un fatto storico, ma riguardi un fatto costitutivo ascrivibile alla categoria dei fatti-diritto. In particolare in queste materie, il semplice difetto di contestazione non impone un vincolo di meccanica conformazione, in quanto il giudice può sempre rilevare l'inesistenza della circostanza allegata da una parte anche se non contestata dall'altra, ove tale inesistenza emerga dagli atti di causa e dal materiale probatorio raccolto. Del resto, se le prove devono essere valutate dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento (art. 116 c.p.c. ), "a fortiori" ciò vale per la valutazione della mancata contestazione<sup>77</sup>.*

*Diversa, infine, è la considerazione del silenzio quando la parte, come nel caso in esame, sia rimasta contumace. Questo silenzio, per il codice, ha ancor meno valore. L'art. 115, impone al giudice di porre a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati "dalla parte costituita". Il principio di non contestazione quindi non viene esteso alla parte che non si è costituita: la contumacia esprime un silenzio non soggetto a valutazione, non vale a rendere non contestati i fatti allegati dall'altra parte, nè altera la*

---

<sup>76</sup> Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 16.02.2016, n. 2951, cit.

<sup>77</sup> Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 16.02.2016, n. 2951, cit.

*ripartizione degli oneri probatori tra le parti; in particolare la contumacia del convenuto non esclude che l'attore debba fornire la prova dei fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Costituendosi tardivamente il contumace deve accettare il giudizio nello stato in cui si trova, con le preclusioni maturate, ma potrà assumere posizioni di mera negazione dei fatti costitutivi la cui prova gravi sulla controparte.*

*Altra giurisprudenza<sup>78</sup> precisa che in tema di prova per presunzioni, il giudice, dovendo esercitare la sua discrezionalità nell'apprezzamento e nella ricostruzione dei fatti in modo da rendere chiaramente apprezzabile il criterio logico posto a base della selezione delle risultanze probatorie e del proprio convincimento, è tenuto a seguire un procedimento che si articola necessariamente in due momenti valutativi: in primo luogo, occorre una valutazione analitica degli elementi indiziari per scartare quelli intrinsecamente privi di rilevanza e conservare, invece, quelli che, presi singolarmente, presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria; successivamente, è doverosa una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati per accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che magari non potrebbe dirsi raggiunta con certezza considerando atomisticamente uno o alcuni di essi.*

---

<sup>78</sup> Tribunale di Forlì, sentenza del 19.3.2020, in *La Nuova Procedura Civile*, 4, 2020.