

## IL CONTROLLO IN CASSAZIONE SULLA VIOLAZIONE DELLA REGOLA DELL'ONERE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. L'erronea ripartizione degli oneri probatori nella giurisprudenza della Corte di cassazione e l'importanza che a tal fine riveste la questione della natura (sostanziale o processuale) della regola dell'onere della prova. – 2. Sintesi delle principali posizioni emerse in dottrina. – 3. Conseguenze pratiche. Divergenza fra la soluzione adottata dalla Corte di cassazione e quella che si dovrebbe trarre accogliendo la tesi della natura processuale della regola dell'onere della prova. In particolare: la posizione di Micheli. – 4. *Segue*: la diversa impostazione di Verde. – 5. *E pluribus unum*: natura complessa della regola dell'onere della prova. – 6. Erronea ripartizione degli oneri probatori. Analisi di alcune delle argomentazioni cui si fa ricorso per censurare l'operato del giudice di merito (normalità, vicinanza alla prova, *negativa non sunt probanda*). – 7. Erronea delimitazione dell'ambito oggettivo dell'onere della prova c.d. «liberatoria». – 8. L'estensione dei poteri della Corte di cassazione nel sindacato sulla erronea ripartizione dell'onere della prova. – 9. Il problema della decisione sul fatto incerto. Mancata applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova e pronuncia di *non liquet*.

1. – Stando all'indirizzo assolutamente prevalente nella giurisprudenza della Corte di cassazione, il giudice di merito viola l'art. 2697 c.c., quando attribuisce l'onere probatorio di un fatto a una parte diversa da quella che ne sarebbe effettivamente gravata secondo le regole di «scomposizione» della fattispecie legale del diritto controverso<sup>(1)</sup>.

L'errore di solito riscontrato consiste dunque in una inesatta qualificazione giuridica del fatto rimasto non provato, che viene considerato dal giudice come costitutivo nonostante sia in realtà estintivo, modificativo o impeditivo, o viceversa.

Si tratterebbe di un *error in iudicando*<sup>(2)</sup>, censurabile, come tale, per mezzo dell'art. 360, comma 1°, n. 3), c.p.c., perché l'art. 2697 c.c., e tutte

---

(1) Fra le tante decisioni in tal senso v. Cass. 29 maggio 2018, n. 13395; Cass. 28 febbraio 2017, n. 5009; Cass. 11 dicembre 2015, n. 25029; Cass. 7 marzo 2014, n. 5411; Cass. 10 novembre 2013, n. 16831; Cass. 13 aprile 2010, n. 8730; Cass. 25 agosto 2003, n. 12467; Cass. 2 aprile 2002, n. 4627; Cass. 2 dicembre 1993, n. 11949.

(2) Sulla tradizionale contrapposizione fra *errores in iudicando* ed *errores in procedendo*, ossia fra i vizi relativi al «giudizio di diritto» e quelli che incidono invece sull'«attività» del giudicante, cfr. anzitutto Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., rist., Napoli 1965, 1023 e s., 1030 e ss., e le numerose trattazioni di Calamandrei, *Sulla distinzione tra «error in iudicando» ed «error in procedendo»*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova 1930, 289 e s.; Id., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, ivi, 173 e s.; Id., *La teoria dell'«error in iudicando» nel diritto italiano intermedio*, ivi, 53 e ss., (scritti ora raccolti, a cura di Mauro Cappelletti, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli 1979, 147 e ss., 245 e ss., 285 e ss.); Id., *La cassazione civile*, Milano 1920, II, 168 e ss., 245 e ss., 276 e ss. La validità di tale contrapposizione è difesa fra gli altri da Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, II,

le altre norme relative alle prove contenute nel codice civile, andrebbero considerate norme sostanziali e non processuali<sup>(3)</sup>.

Tale opzione ermeneutica comporta delle conseguenze pratiche di sicuro rilievo. Anzitutto, quando la sentenza impugnata viene cassata per la riscontrata violazione dell'art. 2697 c.c.<sup>(4)</sup>, la Corte – se non ricorrono le condizioni per decidere nel merito – deve sempre formulare il principio

Padova 1938, 659 e s.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 5<sup>a</sup> ed., Roma 1956, 172 e s., Cerino-Canova, *Le impugnazioni civili*, Padova 1973, 358 e ss., e, più di recente, da D'Alessandro, *Onere della prova e legge applicabile*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino 2017, 188, 198 e ss., e Terrusi, *Il ricorso per violazione di norme di diritto*, in *I processi civili in cassazione*, a cura di Didone, De Santis, Milano 2018, 365 e ss. In senso critico v. invece Satta, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 807, 811 e s. (secondo il quale ogni errore *in iudicando* sarebbe in certa misura anche *in procedendo* e viceversa); Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., rist., II, Napoli 1960, 491 e ss.; Fazzalari, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano 1960, 102 e s., 104 e s.; Id., voce *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. (disc. priv.)*, XVII, Torino 1998, 580 e ss.; Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano 1993, 221 e ss.; G.F. Ricci, *Il giudizio di cassazione*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2016, 129 e s. Esprimono perplessità anche Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, 2<sup>a</sup> ed., Padova 1964, 168 e s., 170, che pare intendere la contrapposizione fra *errores in iudicando* ed *errores in procedendo* come una mera specificazione dell'unica antitesi a suo avviso rilevante dal punto di vista del processo, vale a dire quella fra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, ed E.F. Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano 1967, 62 e ss. Più in generale sull'argomento v. l'ampia ricostruzione di Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, II, Torino 2005, 729 e ss., cui rinviamo anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>(3)</sup> In questi termini, oltre alle decisioni già cit. alla nota 1, v. più specificamente Cass. 19 marzo 2014, n. 6332; Cass. 17 giugno 2013, n. 15107; Cass. 22 febbraio 2007, n. 4196; Cass. 18 marzo 2004, n. 5484; Cass. 12 febbraio 2004, n. 2707; Cass. 4 febbraio 2000, n. 1247. In dottrina Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, rist., Milano 1966, II, 2, 203.

<sup>(4)</sup> In effetti, non si parla quasi mai di «falsa applicazione» dell'art. 2697 c.c., bensì di «violazione»: Cass. 23 ottobre 2018, n. 26769; Cass. 7 novembre 2017, n. 26366; Cass. 17 gennaio 2017, n. 922; Cass. 13 giugno 2014, n. 16547; Cass. 19 giugno 2014, n. 13983; Cass. 2 aprile 1987, n. 3198; Cass. 23 gennaio 1985, n. 307; Cass. 7 dicembre 1982, n. 6694. Sul punto cfr. Carnelutti, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova 1925, 374 e 376, e, specialmente, Fazzalari, che in un primo momento (*Il giudizio civile di cassazione*, cit., 75) considerava l'erronea ripartizione dell'onere della prova come una conseguenza della violazione dell'art. 2697 c.c., mentre, successivamente (voce *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, cit., 585), come una sua falsa applicazione, *sub specie* di erronea interpretazione. Non è importante insistere sul punto, essendo notoriamente difficile stabilire con precisione dove finisca la violazione e dove inizi la falsa applicazione di una norma, sicché l'approfondimento della questione rischierebbe di superare l'oggetto del presente scritto. Si tratta, d'altra parte, di una distinzione che parrebbe rilevare solamente su un piano teorico, poiché, nel giudizio di legittimità, non è dato registrare alcuna differenza di «regime» fra l'una e l'altra. Cfr. in tal senso Panzarola, *op. cit.*, 717 e ss.; Terrusi, *op. cit.*, 355; Mazzarella, *Analisi del giudizio civile di cassazione*, 3<sup>a</sup> ed., Padova 2003, 58 e ss.

di diritto ai sensi dell'art. 384, comma 1°, c.p.c., stabilendo quale sia, nel caso di specie, la corretta distribuzione degli oneri dimostrativi (laddove, se si trattasse di violazione di norma processuale, ciò sarebbe necessario solo nei casi in cui la ripartizione dell'onere della prova venga considerata come una questione di «particolare importanza») (5).

Ne deriva, inoltre, l'impossibilità di impugnare le decisioni del giudice di pace pronunciate *ex art.* 113, comma 2°, c.p.c. (equità c.d. «necessaria»), per erronea ripartizione dell'onere della prova. L'art. 339, comma 3°, c.p.c., nella sua attuale formulazione, prescrive invero che tali decisioni possono essere impugunate solamente per violazione di norme costituzionali o comunitarie, di principi regolatori del giusto processo o di norme processuali, ma non anche in caso di violazione di norme sostanziali (qual è appunto, secondo la qualificazione accolta dalla Corte, l'art. 2697 c.c.) (6).

---

(5) Se poi, nell'eventuale fase rescissoria, il giudice del rinvio, in violazione dell'art. 384, comma 2°, c.p.c., dovesse discostarsi dalle indicazioni della Corte, la sua decisione sarà nuovamente suscettibile di ricorso in cassazione per erronea ripartizione dell'onere della prova, cui potrà potenzialmente conseguire un ulteriore giudizio di rinvio. È questo il caso di Cass. 27 agosto 2007, n. 18087, relativo alla ripartizione dell'onere della prova sulla forma scritta del licenziamento, erroneamente posto in capo al lavoratore anziché al datore di lavoro sia dal giudice di merito, sia da quello del rinvio.

(6) È questo l'orientamento oggi prevalente, inaugurato con Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 564, e poi confermato fra l'altro da Cass. 16 maggio 2016, n. 9376 e Cass. 23 novembre 2009, n. 24661. Prima di tale momento, invece, si registrava un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, composto dal citato «arresto» a sezioni unite a favore dell'indirizzo maggioritario (cfr. Cass. 28 marzo 2007, n. 7581; Cass. 22 febbraio 2007, n. 4196; Cass. 18 gennaio 2007, n. 717; Cass. 18 marzo 2004, n. 5484). L'opinione minoritaria, invece, apriva all'impugnabilità delle decisioni equitative del giudice di pace per violazione dell'art. 2697 c.c., riconoscendo a tale norma il rango di principio «informatore», o «regolatore», delle «garanzie giurisdizionali» (così Cass. 27 luglio 2006, n. 17144; Cass. 16 maggio 2006, n. 11413; Cass. 6 maggio 2005, n. 9403; cfr. anche Cass. 25 febbraio 2009, n. 4493, decisa a ridosso della richiamata pronuncia a sezioni unite, della quale, però, non viene tenuto conto). Questa tesi è stata riproposta di recente, seppur in maniera isolata, da Cass. 29 settembre 2011, n. 19871, con riferimento alla presunzione di concorso di colpa dei conducenti in caso di scontro fra veicoli, prevista dall'art. 2054, comma 2°, c.c. In questi casi incombe a entrambi l'onere della prova liberatoria di cui al primo comma, vale a dire «aver fatto tutto il possibile per evitare il danno», ed è sufficiente che uno riesca a dimostrare tale circostanza per determinare conseguentemente la colpa «esclusiva» dell'altro. Se però, a istruttoria chiusa, permane incertezza sulle dinamiche del sinistro, entra in gioco in via sussidiaria la norma in questione, presumendo che all'incidente abbiano concorso entrambi in pari misura. Ebbene, in quell'occasione si è stabilito che va cassata per violazione di un principio «informatore» la decisione equitativa del giudice di pace che, in assenza di prova liberatoria da parte di uno dei conducenti, abbia ciò nonostante riconosciuto la colpa esclusiva dell'altro (come se spettasse a quest'ultimo dimostrare, per es., che la controparte *non* ha rispettato il limite di velocità, *non* ha dato una precedenza, per es., che la controparte però opinabile riconoscere tale rango alla regola dell'onere della prova (e, quindi, la rile-

Il tema del controllo della Corte di cassazione sul malgoverno della regola dell'onere della prova da parte del giudice di merito è meritevole di approfondimento anche teorico, e sembrerebbe notevolmente più intricato di quanto emerge dal dato giurisprudenziale.

Già Redenti, del resto, per dimostrare quanto sia labile la distinzione fra errori *in iudicando* ed errori *in procedendo*, portava come esempio proprio l'inesatta ripartizione dell'onere della prova. Egli propendeva poi per la prima soluzione, «non escludendo» però che, talvolta, l'erronea applicazione della regola dell'onere della prova possa integrare un errore della seconda categoria<sup>(7)</sup>.

Ciò potrebbe dipendere in buona parte dalle incertezze che gravano da sempre il classico dibattito sulla natura sostanziale o processuale della regola in questione. La giurisprudenza, dal canto suo, è costante nel discorrere di natura sostanziale, ma la conclusione è affidata a un argomento, meramente «tipografico», tratto dalla collocazione dell'art. 2697 c.c. nel codice civile anziché in quello processuale<sup>(8)</sup>.

Certo, la corrispondenza fra la natura sostanziale o processuale di una norma e la possibilità di denunciare in cassazione errori commessi nella sua applicazione attraverso, alternativamente, il numero 3) o il numero 4) dell'art. 360 c.p.c., si risolve più che altro in una indicazione di massima<sup>(9)</sup>. Ciò nonostante, per chiarire se, rispetto alla erronea applicazione della regola dell'onere della prova, siano configurabili anche *errores in procedendo*, o, magari, ulteriori *errores in iudicando*, diversi da quello

vanza o meno di una erronea ripartizione da parte del giudice di pace come motivo di impugnabilità della decisione pronunciata *ex art.* 113, comma 2°, c.p.c.) a seconda che, rispettivamente, vi sia una norma che lo ripartisca espressamente oppure no. Sull'argomento cfr. in dottrina Martino, *Il giudice e l'equità. Tra etica, diritto positivo e Costituzione*, Bari 2017, 72 e ss., e Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, Torino 2018, 43 e ss., spec. 71 e s., 73.

<sup>(7)</sup> Redenti, *Diritto processuale civile*, 4<sup>a</sup> ed., a cura di Vellani, II, Milano 1997, 498 e s. Similmente G.F. Ricci, *op. cit.*, 130 e s.

<sup>(8)</sup> È probabile, infatti, che la scelta del legislatore del 1942 sia stata semplicemente un omaggio alla tradizione consolidatasi sotto l'imperio del codice previgente, considerando che con l'art. 2697 c.c., come è noto, sono stati generalizzati principi che l'art. 1312 prescriveva solamente per la materia delle obbligazioni («chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve provarla e chi pretende di essere liberato deve dal conto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione dell'obbligazione»). Così Liebman, *Norme processuali nel codice civile*, in questa *Rivista* 1948, 1, 154 e ss., e Proto Pisani, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.* 1994, V, 50. Recentemente è tornata sul problema della natura della regola dell'onere della prova D'Alessandro, *op. cit.*, 183 e ss., arricchendo la discussione con il confronto del diritto internazionale privato, e, specialmente, della legislazione europea.

<sup>(9)</sup> Lo rileva fra gli altri G.F. Ricci, *op. loc. ult. cit.*

consistente nella erronea ripartizione degli oneri dimostrativi, pare opportuno muovere proprio dalla questione della natura dell'art. 2697 c.c.

2. – L'opinione maggioritaria riconosce alla regola dell'onere della prova natura processuale, perché va applicata nel processo (precisamente nella fase decisoria) e ha come destinatario il giudice<sup>(10)</sup>.

In particolare, essa lo vincolerebbe a decidere nel merito «in ogni caso», vale a dire anche quando, a istruttoria chiusa, permanga incertezza sull'esistenza o sull'inesistenza di uno dei fatti allegati da una parte e contestato dall'avversario. L'eventuale stato di dubbio in cui dovesse versare il giudice funge, cioè, da presupposto applicativo di una regola di giudizio sul diritto controverso, che gli impone di rigettare nel merito la pretesa della parte che non ha assolto il suo onere probatorio, e, dunque, a seconda della natura giuridica del fatto rimasto indimostrato, di rigettare la domanda o l'eccezione<sup>(11)</sup>.

La funzione della regola di giudizio dell'onere della prova sarebbe in sostanza quella di impedire che, in un simile scenario, il giudice si liberi del suo dovere decisorio mediante una pronuncia di *non liquet*. Si parla di «*non liquet*», come noto, come di una decisione con cui non si stabilisce in maniera definitiva se il diritto controverso esiste oppure no, e con la quale, quindi, non viene rimossa l'incertezza che aveva spinto l'attore a radicare il processo in prima battuta. Ciò che contraddirebbe la ragion d'essere del potere giurisdizionale e la funzione essenzialmente dichiarativa del processo di cognizione, ricavabile in parte dall'art. 24 Cost., e in parte dagli artt. 2909 c.c., 112, 277 c.p.c.<sup>(12)</sup>.

Come si anticipava, però, sono state proposte anche soluzioni diverse. Vi è anzitutto chi argomenta la natura sostanziale della regola dell'onere della prova dall'art. 2698 c.c., osservando che, se davvero si avesse qui a

---

<sup>(10)</sup> Chiovenda, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930, 241 e ss.; Liebman, *op. loc. ult. cit.*, spec. 164; Id., *Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prove*, in questa *Rivista* 1969, 8 e ss.; Id., *Manuale di diritto processuale civile*, rist., 4<sup>a</sup> ed., II, Milano 1984, 73 e ss.; Andrioli, voce *Prova*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, 818; Micheli, *L'onere della prova*, rist., Padova 1966, 213 e ss.; Proto Pisani, *Appunti sulle prove civili*, cit., 50; D'Alessandro, *op. cit.*, 197 e ss.

<sup>(11)</sup> Cfr. Micheli, *op. cit.*, *passim*, spec. 149 e s., 192 e ss., 213 e ss., 327 e s.

<sup>(12)</sup> Sul punto v. per tutti Micheli, *op. cit.*, 3 e ss., 177 e ss., e Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Napoli 2013, 57 e ss., i quali riconoscono che la decisione di *non liquet* sia priva della «carica innovativa» tipica di quelle di merito. Non è chiaro però se con ciò intendano anche dire che la pronuncia di *non liquet* sia o meno priva di un dispositivo di rigetto in rito. Riprenderemo il discorso più avanti al par. 9.

che fare con una norma processuale (decisoria) diretta al giudice, allora le parti non potrebbero disporne convenzionalmente, mediante accordi stragiudiziali<sup>(13)</sup>.

Altri pervengono alla medesima conclusione per via di un ragionamento più generale, che si può sintetizzare così: la regola dell'onere della prova ha natura sostanziale poiché la «struttura» dei diritti soggettivi fatti valere in giudizio, ossia lo schema della fattispecie legale e la stessa classificazione dei fatti giuridici come costitutivi, estintivi, modificativi o impeditivi, si ricava proprio dal diritto sostanziale e non da quello processuale<sup>(14)</sup>.

Vi è peraltro anche chi nega che al problema della natura della regola dell'onere della prova possa darsi una risposta a priori corretta e valevole in ogni caso.

Per alcuni, infatti, tutte le norme relative alle prove potrebbero invero rientrare nell'una o nell'altra categoria in base a infinite variabili, e, specialmente, in considerazione del contesto processuale di riferimento<sup>(15)</sup>.

Per altri, invece, la difficoltà di stabilire con sicurezza la natura della regola in questione dipenderebbe da ciò che è anzitutto la distinzione fra diritto sostanziale e processuale a mostrarsi estremamente incerta e, per certi aspetti, financo soggettiva. È questa la tesi di Verde, che riprende talune delle categorie dogmatiche elaborate dalla dottrina per fondare la distinzione fra diritto sostanziale e processuale. Da un primo punto di vista è invero possibile intendere il diritto sostanziale come corpo normativo «primario», che pone le regole di condotta per i consociati, e quello processuale come insieme di norme «secondarie», destinate a entrare in gioco nel processo, allorché il diritto sostanziale è entrato in crisi. Da un altro punto di vista, invece, si può distinguere il diritto

---

<sup>(13)</sup> Patti, *op cit.*, 66.

<sup>(14)</sup> Cfr. in tale senso Finzi, *Il possesso dei diritti*, rist., 1<sup>a</sup> ed., Milano 1968, 299, 304 e s., 323 e s., e, almeno nell'ultima fase del suo pensiero, Carnelutti, *Tutela dei diritti*, in questa *Rivista* 1943, I, 4, Id., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma 1941, 136 e ss. (v. infatti Id., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 675, ove l'autore condivideva la tesi della natura processuale). Conforme Sacco, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.* 1957, 412, nota 45. È questa altresì la posizione che raccoglie maggior consenso presso la dottrina tedesca: v. per tutti Rosenberg, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Zivilprozessordnung*, 5<sup>a</sup> ed., München 1965, 68 e ss., e Wacke, *Zur Behauptungs- und Beweislast des Beklagten für den Einwand der Schenkung*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess* 2001, 77 e ss.

<sup>(15)</sup> Così Denti, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in questa *Rivista* 1969, 8 e s., 14, 31, 34 e s., e Cappelletti, *La «natura» delle norme sulle prove*, *ivi*, 97 e s.

sostanziale da quello processuale in base a ciò che il primo sarebbe il diritto della «materia», nel senso che è destinato a determinare il contenuto della decisione sostanziale, individuando i fatti giuridicamente rilevanti per il diritto controverso, mentre il diritto processuale sarebbe quello «formale», che disciplina il modo per giungere alla decisione di merito. Ebbene, la regola dell'onere della prova andrebbe considerata come una norma processuale dal primo punto di vista, poiché viene applicata nel giudizio, e come una norma sostanziale dal secondo punto di vista, perché, indubbiamente, concorre a fissare il contenuto della pronuncia di merito<sup>(16)</sup>.

3. – Accogliendo la tesi della natura processuale della regola dell'onere della prova si dovrebbe tendenzialmente dire cosa diversa da quel che sostiene la Suprema Corte, e cioè che l'erronea ripartizione degli oneri probatori è un *error in procedendo* determinante la nullità della sentenza di merito, denunciabile, pertanto, con il numero 4) dell'art. 360 c.p.c.<sup>(17)</sup>.

La conclusione non è tuttavia scontata. Basti rammentare che Micheli, pur essendo uno dei più autorevoli esponenti della tesi tradizionale circa la natura processuale della regola in questione, sostiene che la erronea applicazione dell'art. 2697 c.c., vada denunciata in cassazione con il numero 3) dell'art. 360 c.p.c., trattandosi, a suo dire, di un *error in iudicando de iure procedendi*. Ciò in quanto la inesatta ripartizione degli oneri probatori sarebbe conseguenza della falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., da censu-

---

<sup>(16)</sup> Verde, *op. cit.*, 233 e ss., 256 e s. Cfr. in senso conforme una parte minoritaria della dottrina tedesca, che, per meglio spiegare il fenomeno, ha congegnato una categoria dogmatica *ad hoc*, a metà fra il diritto sostanziale e quello processuale. Si tratta del c.d. «*materielles Justizrecht*» di Goldschmidt, *Materielles Justizrecht*, in *Festgabe für Hübler*, Berlin 1905, 88 e ss., 101 e s., Id., *Der Prozeß als Rechtslage*, rist., Berlin 1962, 227 e ss., ripreso da Kipp, *Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit*, in *Festschrift der Berliner juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum Fünfzigjährigen Doktorjubiläum*, Berlin 1911, 214 e ss., 219. Tale impostazione è però criticata da Micheli, *op. cit.*, 219 e s., secondo il quale i profili di «sostanzialità» del problema dell'onere della prova, e, segnatamente, quello relativo all'individuazione dei fatti giuridici, sono semplici effetti collaterali dell'applicazione della regola di giudizio costruita su tale principio, che resta una regola processuale e decisoria. Svolge considerazioni analoghe E.F. Ricci, *op. cit.*, 77 e s.

<sup>(17)</sup> D'Alessandro, *op. cit.*, 186 e s., 188, la quale precisa altresì che, per la stessa ragione, in caso di controversia transnazionale va applicata la regola dell'onere della prova così come disciplinata dalla *lex fori*, vigente al momento della decisione. Nello stesso senso v. già Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 93 e s., il quale, però, non dice altrettanto chiaramente che l'erronea ripartizione degli oneri probatori è un *error in procedendo*.

rare congiuntamente alla falsa applicazione della norma sostanziale che traccia la fattispecie legale del diritto azionato<sup>(18)</sup>.

Si pensi al giudizio instaurato per ottenere la condanna del convenuto al risarcimento del danno derivante da illecito extracontrattuale. L'art. 2043 c.c., ricomprende fra i fatti costitutivi di questo diritto anche l'imputabilità dell'evento pregiudizievole in capo al danneggiante a titolo di colpa (o di dolo). Controversa l'esistenza del fatto «colpa», perché affermata dal danneggiato e negata dall'avversario, il giudice che risolve il dubbio in favore del primo, statuendo cioè che la domanda va accolta perché era onere del danneggiante dimostrare la sua incolpevolezza, emanerebbe una sentenza ingiusta, viziata dalla falsa applicazione degli artt. 2043 e 2697 c.c.

È probabile che Micheli abbia scelto di considerare la violazione della regola di giudizio dell'onere della prova come un *error in iudicando de iure procedendi* per mantenere comunque un collegamento con la tesi della natura processuale dell'art. 2697 c.c., assicurando così la coerenza esteriore della sua ricostruzione.

4. – Peraltro, che la violazione della regola dell'onere della prova vada denunciata in cassazione con il numero 3) dell'art. 360 c.p.c. è sostenuto anche da Verde, nonostante parta da premesse lontanissime da quelle della impostazione tradizionale. In effetti, oltre a esprimere riserve sulla stessa possibilità di distinguere il diritto sostanziale da quello processuale, nega l'esistenza di una regola di giudizio sul diritto controverso, ricavabile dal principio dell'onere della prova.

Secondo Verde, per poter sostenere che l'art. 2697 c.c. contenga un'autentica regola di giudizio di natura processuale, suscettibile di autonoma violazione (da denunciare come *error in procedendo* o come *error in iudicando de iure procedendi*), bisognerebbe prima dimostrare, e non dare per presupposto, che, in caso di esito negativo dell'istruttoria e di incertezza sui fatti di causa, al giudice si ponga veramente l'alternativa fra rigetto e *non liquet*.

Tuttavia, nei moderni ordinamenti processuali, sembrerebbe ovvio che l'impossibilità di maturare un pieno convincimento sulla verità delle affermazioni delle parti non costituisca, per il giudice, una valida ragione per spogliarsi del suo dovere decisorio senza incorrere in una censura di *denegatio iustitiae*. La regola dell'onere della prova si mostrerebbe così per

---

(18) Micheli, *op. cit.*, 237 e s., 239.



quel che realmente è: non una vera e propria regola di giudizio, di natura processuale, bensì semplice espressione di un criterio di minima «razionalità civile», che impedisce al giudice di dare per esistenti i fatti non provati<sup>(19)</sup>.

Pertanto, secondo l'autore, l'erronea ripartizione dell'onere della prova da parte del giudice di merito va denunciata in cassazione lamentando congiuntamente, con il numero 3) dell'art. 360 c.p.c., la violazione della norma sostanziale rilevante nel caso di specie e dell'art. 2697 c.c.<sup>(20)</sup>.

5. – L'alternativa fra natura processuale e sostanziale della regola dell'onere della prova riflette in realtà la sua natura complessa, allo stesso tempo sostanziale e processuale. Tuttavia, diversamente da quel che sostengono gli esponenti della dottrina del «*materielles Justizrecht*», le due «anime» della regola in questione possono e devono essere tenute distinte, poiché fanno capo a due momenti applicativi di un medesimo principio<sup>(21)</sup>. Si può parlare, se si crede, di due diverse funzioni assolute dalla regola dell'onere della prova in relazione al momento in cui viene applicata dal giudice di merito.

Quando occorre individuare la struttura della fattispecie costitutiva del diritto dedotto in giudizio attraverso l'interpretazione della norma rilevante nel caso di specie, eventuali errori commessi dal giudice di merito sono, come sottolinea giustamente la giurisprudenza, degli *errores in iudicando*, denunciabili con il motivo di cui al numero 3) dell'art. 360 c.p.c. In questi casi, cioè, il giudice attribuisce l'onere della prova di un certo fatto alla parte diversa da quella che ne sarebbe veramente gravata perché erra nel qualificarlo come costitutivo o come estintivo, modificativo o impeditivo<sup>(22)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Verde, *op. cit.*, 22 e ss., 33, 37 e ss., 112 e ss., 231 e s., 240 e ss. La critica alla regola di giudizio dell'onere della prova si trova altresì compendiata in Id., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 625 e ss.

<sup>(20)</sup> Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 126 e s., nota 189.

<sup>(21)</sup> Liebman, *op. loc. ult. cit.*, ma in tal senso, nella più classica dottrina tedesca, v. Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig 1885, 125 e ss., e Regelsberger, *Pandekten*, I, Leipzig 1893, 693 e s. Da ultimo Ferrer Beltrán, *La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*, in *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Barcelona 2018, 133 e ss., spec. 136 e s., 141 nota 39; di questo scritto esiste anche una traduzione in italiano, curata da Luca Passanante: *La c.d. «carga dinámica» della prova: tra equivoci e superfluità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 898 e ss. Sulla teoria del «*materielles Justizrecht*» v. *supra* alla nota 16.

<sup>(22)</sup> Del resto, già Leonhard, *Zur Beweislast*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess* 1906, 454, osservava che vi è identità fra la teoria della fattispecie e quella dell'onere della

Quando invece si tratta di decidere anche in presenza di un fatto incerto, di un fatto, vale a dire, sulla cui esistenza o inesistenza il giudice non sia riuscito a maturare un pieno convincimento, il principio dell'onere della prova opera veramente come regola di giudizio sul diritto controverso. In quest'ottica, la regola dell'onere della prova è funzionale (e necessaria) per evitare che il giudice pronunci un *non liquet*, e ha senza alcun dubbio natura processuale.

6. – Naturalmente sono concretamente prospettabili soprattutto le violazioni attinenti al primo profilo della regola. Al riguardo, è utile soffermarsi per un momento sulle argomentazioni cui il giudice di legittimità ricorre per censurare l'erronea distribuzione degli oneri probatori da parte del giudice di merito.

Uno dei criteri di ripartizione più importanti è quello della «normalità». Fra due fatti, o, meglio, fra due prospettazioni antitetiche di un medesimo fatto (esistenza-inesistenza), l'onere della prova spetta a chi formula l'affermazione meno verosimile, perché si discosta da quella che si mostra come evenienza tipica, intesa come più conforme al *quod plerumque accidit* <sup>(23)</sup>.

Capita spesso, per esempio, che, nei giudizi di impugnazione di testamento, sia controversa la capacità naturale del testatore nel momento in cui fu formato l'atto impugnato. In questi casi la Corte è solita ribadire che spetta all'impugnante dimostrare che il testamento fu formato in un momento di assenza di lucidità del testatore poiché, «normalmente», ogni soggetto è in possesso delle comuni facoltà di intendere e di volere fino a prova contraria <sup>(24)</sup>.

La stessa argomentazione viene ripresa per superare la presunzione di concorso di colpa dei conducenti di cui all'art. 2054, comma 2°, c.c., in caso di sinistro stradale causato da tamponamento <sup>(25)</sup>. In questi casi la Corte fonda la ripartizione dell'onere della prova su una presunzione c.d.

---

prova: «*die Lehre von der Beweislast nichts anderes ist als die Lehre von Tatbestande der Rechte*».

<sup>(23)</sup> Per un approfondimento teorico di questo profilo cfr. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 788 e s., 790; Micheli, *op. cit.*, 313 e ss.; Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 188 e s.

<sup>(24)</sup> Cass. 10 ottobre 2018, n. 25503; Cass. 15 aprile 2010, n. 9081; Cass. 18 aprile 2005, n. 8079; Cass. 6 dicembre 2001, n. 15480; Cass. 23 gennaio 1991, n. 652; Cass. 4 maggio 1982, n. 2741. V. in senso critico Genovese, *Impugnazione di testamento per incapacità naturale: «chi deve provare che cosa?»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 193 e ss., spec. 208 e ss.

<sup>(25)</sup> Su tale presunzione cfr. nota 6.

«giurisprudenziale»<sup>(26)</sup>, alla luce della quale si presume la colpa «esclusiva» del conducente del veicolo che procedeva per secondo, poiché, «normalmente», mantenendo la distanza di sicurezza, questo genere di incidenti possono essere evitati. Pertanto, diversamente da quanto prescrive l'art. 2054, comma 2°, c.c., incombe sempre a chi tampona il veicolo che precede l'onere di fornire la prova liberatoria di cui al primo comma, dimostrando che il sinistro è dovuto a cause a lui non imputabili<sup>(27)</sup>.

Un altro principio cui sempre più spesso si ricorre per ripartire gli oneri dimostrativi, prescindendo dalla stretta qualificazione giuridica del fatto, è quello della vicinanza alla prova. Si tratta di un criterio ormai ampiamente indagato anche dalla dottrina, che lo considera in parte come espressione del più generale «diritto alla prova», ricavato, dall'art. 24 Cost., e in parte come un riflesso di esigenze di economia processuale<sup>(28)</sup>.

La fortuna di questo criterio si deve, come è noto, alla famosa decisione con cui è stata invertita la ripartizione dell'onere della prova dell'inadempimento del debitore nel caso in cui il creditore domandi la risoluzione del contratto<sup>(29)</sup>. In quell'occasione si è invero stabilito che, indipendentemente dal tipo di azione esercitata dal creditore fra le alternative a lui concesse dall'art. 1453 c.c., spetta sempre al debitore provare di aver adempiuto correttamente l'obbligazione, sia perché ogni rapporto sostanziale deve presumersi persistente fino a prova contraria, sia – e soprattutto – perché è per lui più agevole dimostrare l'adempimento<sup>(30)</sup>.

<sup>(26)</sup> Sulle presunzioni giurisprudenziali cfr. in dottrina Verde, *op. cit.*, 135 e ss.; Id., *Le presunzioni giurisprudenziali. Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova*, in *Foro it.* 1971, V, 177 e ss., e in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano 1973, 916 e ss.; Taruffo, *Presunzioni, inversioni prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1992, 754 e ss.; Id., *La semplice verità*, Roma-Bari 2009, 132 e ss. Da ultima Benigni, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino 2014, *passim*, spec. 143 e ss.

<sup>(27)</sup> V. in tal senso Cass. 9 aprile 2017, n. 6036; Cass. 21 aprile 2016, n. 8051; Cass. 18 marzo 2014, n. 6193; Cass. 14 marzo 2013, n. 6563; Cass. 21 settembre 2007, n. 19493; Cass. 23 maggio 2006, n. 12108; Cass. 23 aprile 1989, n. 2818.

<sup>(28)</sup> Per approfondimenti v. per tutti Besso, *La vicinanza della prova*, in questa *Rivista* 2015, 1383 e ss. Il criterio della vicinanza alla prova è oggi previsto espressamente dall'art. 64, comma 1° e 3°, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. «codice del processo amministrativo»), sul quale v. invece Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 911 e ss.

<sup>(29)</sup> Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 135333, discussa fra gli altri da Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.* 2001, 1565 e ss., e da Laghezza, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.* 2002, I, 769 e ss.

<sup>(30)</sup> L'orientamento inaugurato nel 2001 è stato poi confermato fra l'altro da Cass. 12 ottobre 2018, n. 25584; Cass. 20 gennaio 2015, n. 826; Cass. 16 giugno 2014, n. 13643; Cass. 11 aprile 2013, n. 8901; Cass. 4 luglio 2012, n. 11173. In senso contrario, con

A partire da quel momento, al criterio della vicinanza alla prova la Corte di cassazione ricorre nelle più svariate materie. Fra tutte spicca quella della responsabilità sanitaria, in riferimento alla quale si dice che incombe al medico che ha eseguito l'operazione dimostrare che l'esito infausto non è dovuto a negligenza, imprudenza o imperizia da parte sua, bensì a un evento anormale e a lui non imputabile, impreveduto e imprevedibile anche adottando tutte le precauzioni prescritte dalla natura «qualificata» della diligenza richiesta al professionista. Solamente il medico, difatti, è in possesso delle competenze tecniche necessarie per fare chiarezza sulle modalità con cui è stato eseguito l'intervento e sul contenuto della cartella clinica del paziente<sup>(31)</sup>.

Ancora, in tema di azione revocatoria fallimentare, si è precisato che, diversamente dall'azione revocatoria ordinaria, spetta al curatore che agisce contro il beneficiario dell'atto impugnato provare l'*eventus damni*, perché è per lui più agevole la dimostrazione del nocumento che tale atto può arrecare al patrimonio del fallito<sup>(32)</sup>. Si è altresì osservato che è onere dell'erede universale, citato individualmente in riassunzione *ex art. 303*, comma 2°, c.p.c., costituirsi in giudizio e dimostrare di non avere in realtà accettato l'eredità del *de cuius* perché egli è la parte più «vicina» alla prova<sup>(33)</sup>.

---

riferimento alla ripartizione dell'onere della prova dei vizi della cosa venduta, v. ora Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, pubblicata in *Corr. giur.* 2019, 6, 744 e ss., con nota di Villa, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, che addossa l'onere di dimostrare la presenza dei vizi al compratore che agisce in giudizio domandando la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

<sup>(31)</sup> V. *ex multis* Cass. 6 maggio 2015, n. 8989; Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143. Si ricorre al criterio della vicinanza solamente per ripartire l'onere della prova della colpa del medico, e non anche quello del nesso causale fra l'intervento e il danno che ne è asseritamente derivato, che incombe invece al paziente danneggiato: cfr. in tal senso Cass. 8 novembre 2019, n. 28813; Cass. 20 agosto 2018, n. 20812; Cass. 26 luglio 2017, n. 18392; Cass. 25 marzo 2016, n. 5961; Cass. 16 gennaio 2009, n. 975; Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143; Cass. 26 febbraio 2013, n. 4792. Sul dovere di diligente compilazione e custodia della cartella clinica, v. Cass. 13 luglio 2018, n. 18567; Cass. 8 novembre 2016, n. 22639; Cass. 31 marzo 2016, n. 6209, e, in dottrina, Occorsio, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Riv. dir. civ.* 2013, 1249 e ss.

<sup>(32)</sup> Cass. 18 aprile 2018, n. 9565; Cass. 28 febbraio 2018, n. 4728; Cass. 31 gennaio 2018, n. 2336; Cass. 12 aprile 2013, n. 8931.

<sup>(33)</sup> Cass. 28 giugno 2019, n. 17445. Il punto controverso era il seguente: se, ai fini della prosecuzione del giudizio nei confronti dell'erede universale, e, dunque, del trasferimento della legittimazione processuale passiva dal *de cuius* a quest'ultimo, sia sufficiente la delazione di eredità oppure sia necessaria anche l'accettazione della stessa. La Corte ha precisato che l'accettazione è sì necessaria, ma, in applicazione del principio della vicinanza alla prova, non spetta a chi notifica l'atto di riassunzione dimostrare che l'erede universale,

Infine, sebbene sempre più raramente, l'onere della prova viene ripartito in considerazione della natura «negativa» (inesistenza) del fatto da provare, sulla scorta del noto brocardo *negativa non sunt probanda*. In base a questo precetto, l'onere della prova spetterebbe sempre a chi prospetta un certo fatto come esistente poiché sarebbe troppo difficile per l'avversario dimostrare il contrario<sup>(34)</sup>. Peraltro, come è stato osservato, tale criterio presenta indubbiamente dei punti di contatto con quello della vicinanza alla prova, poiché, il più delle volte, i fatti prospettati come inesistenti da una parte sono riferibili alla sfera dell'avversario<sup>(35)</sup>.

Recentemente se ne è avuta applicazione rispetto ai crediti che una struttura sanitaria accreditata può vantare verso la competente ASL per prestazioni svolte per conto della stessa, crediti che spettano fintantoché non sia superato il c.d. «tetto di spesa» pattuito nella convenzione. La Corte ha stabilito che incombe alla ASL dimostrare il superamento del tetto di spesa perché, altrimenti, la struttura creditrice dovrebbe offrire la prova della inesistenza, o, comunque, del non avvenimento, di un fatto (si intende, il mancato superamento del tetto di spesa). Preso atto della difficoltà di tale dimostrazione e, più in generale, dell'inopportunità della prova «negativa» dal punto di vista dell'economia dell'istruttoria, il mancato superamento potrebbe essere considerato fatto costitutivo negativo del diritto di credito della struttura sanitaria solamente in presenza di una norma che lo qualifichi espressamente come tale, oppure se le parti pervengano al medesimo risultato mediante un patto *ex art. 2698 c.c.* Diversamente, il superamento del tetto di spesa dovrebbe sempre rilevare in «positivo» come fatto impeditivo, e il relativo onere della prova dovrebbe incombere all'amministrazione evocata in giudizio come debitrice<sup>(36)</sup>.

Salvi i casi in cui entrino in gioco anche esigenze correlate alla «vicinanza» della prova, tuttavia, la giurisprudenza è costante nel sostenere che

---

oltre a essere stato chiamato, abbia anche accettato l'eredità, incumbendo invece a quest'ultimo l'onere di costituirsi e provare di non averla accettata.

<sup>(34)</sup> Sull'origine di questa regola cfr. per tutti Micheli, *op. cit.*, 32 e ss.

<sup>(35)</sup> Mariconda, *op. cit.*, 1578.

<sup>(36)</sup> Cass. ord. 13 febbraio 2018, n. 3403, e, in senso conforme, Cass. 31 agosto 2016, n. 17437. Per ulteriori applicazioni del criterio in questione v. Cass. 15 marzo 2006, n. 5684, con la quale si è stabilito che spetta al debitore provare che il creditore precedente fosse a conoscenza della estraneità ai bisogni della famiglia di taluni beni conferiti nel fondo patrimoniale *ex art. 170 c.c.*, poiché «i fatti negativi (l'ignoranza) non possono formare oggetto di prova». Similmente Cass. 22 ottobre 1994, n. 8719, in tema di *exceptio plurium concurrentium*.

anche i fatti prospettati come inesistenti *probanda sunt*, escludendo così che la natura «negativa» del fatto da provare sia un valido argomento per invertire la ripartizione del relativo onere probatorio<sup>(37)</sup>.

7. – Peraltro, la regola dell'onere della prova, nel suo aspetto sostanziale, verrebbe violata anche in tutti quei casi in cui il giudice di merito individua correttamente la parte onerata, ma sbaglia nel fissare l'oggetto della prova, per esempio nel fissare l'oggetto della prova c.d. «liberatoria» della responsabilità incombente al convenuto<sup>(38)</sup>.

Si pensi ancora all'art. 2054 c.c., in tema di responsabilità del conducente di un veicolo, e alla prova liberatoria del primo comma («l'aver fatto tutto il possibile per evitare il danno»), che va fornita dal danneggiante se vuole vincere la presunzione di colpa a lui sfavorevole. Ebbene, nei giudizi di risarcimento del danno derivante da sinistro stradale, la Corte è solita ripetere che l'estensione dell'ambito oggettivo di tale prova liberatoria va parametrata alle circostanze della vicenda concreta.

In un caso, per esempio, la sola prova del concorso di colpa del danneggiato è stata considerata insufficiente a giustificare la reiezione della domanda risarcitoria, poiché il danneggiante convenuto, per assolvere il proprio onere probatorio, avrebbe dovuto dimostrare anche la natura obiettivamente imprevedibile della condotta del danneggiato<sup>(39)</sup>.

In un'altra occasione, si è escluso che la dimostrazione della incolpevolezza del danneggiante possa fondarsi solamente sulla prova che l'incidente è avvenuto a causa dello scoppio di uno pneumatico, essendo a tal fine necessario anche provare che lo scoppio non sia stato determinato da

---

<sup>(37)</sup> Fra le numerose decisioni in tal senso v. Cass. 9 marzo 2018, n. 5655; Cass. 10 settembre 2015, n. 17929; Cass. 7 maggio 2015, n. 9201; Cass. 1 aprile 2009, n. 7962; Cass. 19 febbraio 2007, n. 3765; Cass. 14 luglio 2000, n. 9385.

<sup>(38)</sup> Su tale concetto v. in dottrina Comporti, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Pompei 1965, 46 e ss., Id., *Le presunzioni di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.* 2000, 647 e ss. Più recentemente sull'argomento Anzani, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 229 e ss.

<sup>(39)</sup> Cass. 4 aprile 2017, n. 8663. L'attore, dopo essere sceso da un autobus che non si era fermato negli appositi spazi, attraversava «repentinamente» la strada passando davanti al mezzo, venendo così travolto dal convenuto che stava sorpassando l'autobus. Ad avviso della Corte, quest'ultimo, che, nel giudizio di merito, si era limitato a dimostrare la liceità della manovra intrapresa e la bassa velocità mantenuta in fase di sorpasso, avrebbe però dovuto dimostrare pure che le circostanze del caso concreto non imponessero di mantenere una velocità ancora inferiore, o, addirittura, di fermarsi, e che l'attraversamento dell'attore davanti all'autobus fosse ragionevolmente imprevedibile. Conformi Cass. 18 novembre 2014, n. 24472; Cass. 19 febbraio 2014, n. 3964; Cass. 13 febbraio 2013, n. 3542.

una condotta di guida particolarmente imprudente, oppure da un difetto di manutenzione del veicolo<sup>(40)</sup>.

Nei giudizi instaurati dal lavoratore per ottenere il risarcimento del danno da infortunio sul lavoro, la giurisprudenza modula diversamente l'ambito oggettivo della prova liberatoria incombente al datore di lavoro convenuto a seconda che la tipologia di misure di sicurezza che dovrebbero essere predisposte nel caso di specie sia indicata dal legislatore oppure no. Nella prima eventualità occorrerà dimostrare che le misure di sicurezza predisposte corrispondono a quelle prescritte dalla normativa di riferimento. Nella seconda, invece, trovando applicazione in via sussidiaria l'art. 2087 c.c., l'oggetto della prova liberatoria si estende a una pluralità di elementi, poiché il datore di lavoro dovrà anzitutto dimostrare di aver individuato con precisione quali siano concretamente i rischi da prevenire nel settore produttivo di riferimento, e, poi, di aver predisposto tutte le misure di sicurezza che appaiano idonee a evitarlo alla luce delle peculiarità tecniche e «sperimentali» del settore medesimo<sup>(41)</sup>.

Dell'ambito oggettivo dell'onere della prova liberatoria del medico, infine, si è in parte già detto. Per veder rigettata la domanda risarcitoria del paziente, non basta dimostrare di aver eseguito con diligenza e perizia la propria prestazione, ma occorre anche provare che il danno è stato conseguenza di un altro evento, estraneo alla sfera di controllo del professionista<sup>(42)</sup>.

Ognun vede, dunque, la differenza con l'*error in iudicando* preso in considerazione nel precedente paragrafo. In quei casi l'errore cade sulla qualificazione giuridica di un certo fatto e sulla ripartizione del relativo

---

<sup>(40)</sup> Cass. 6 settembre 2012, n. 14959, e, similmente, Cass. 6 giugno 2006, n. 13268. Con riferimento al terzo comma dell'art. 2054, c.c., cfr. invece Cass. 27 settembre 2017, n. 22449, e la meno recente Cass. 18 novembre 1987, n. 8495. Il proprietario che voglia sottrarsi alla responsabilità solidale per il danno cagionato dal conducente, per offrire positivamente la prova liberatoria che «la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà», non può limitarsi a dimostrare l'assenza di consenso da parte sua, ma deve provare anche di aver concretamente adottato tutte le precauzioni necessarie per impedire la circolazione del veicolo.

<sup>(41)</sup> Cass. 26 luglio 2019, n. 20364; Cass. 31 ottobre 2018, n. 27964; Cass. 20 febbraio 2018, n. 4084; Cass. 26 aprile 2017, n. 10319; Cass. 28 febbraio 2012, n. 3033; Cass. 25 maggio 2006, n. 12445. Sulla configurazione della prova liberatoria incombente al datore di lavoro in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo v. Cass. 11 novembre 2019, n. 29099.

<sup>(42)</sup> V. par. prec. e, in giurisprudenza, Cass. 11 novembre 2019, n. 28985; Cass. 11 dicembre 2018, n. 31966; Cass. 19 luglio 2018, n. 19204; Cass. 7 dicembre 2017, n. 29315; Cass. 26 luglio 2017, n. 18392; Cass. 20 marzo 2015, n. 5590; Cass. 20 ottobre 2014, n. 22222; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. 13 aprile 2007, n. 8826.

onere probatorio. Nelle ipotesi qui esaminate, invece, l'onere della prova liberatoria viene ripartito correttamente, ma il giudice di merito sbaglia a perimetrare il relativo ambito oggettivo, pretermettendo fatti che vi sarebbero in realtà ricompresi. E se ne potrebbero immaginare altre in cui il giudice incorre nel medesimo errore riconducendo all'oggetto della prova liberatoria anche fatti che, a rigore, dovrebbero esserne esclusi<sup>(43)</sup>.

In questa prospettiva, l'inesatta delimitazione dell'ambito oggettivo della prova liberatoria parrebbe avvicinarsi all'*error in iudicando* che autorevole dottrina qualifica come erronea ricostruzione del «fatto storico complesso»<sup>(44)</sup>.

In effetti, nonostante tale dottrina faccia riferimento principalmente alla erronea ricostruzione dell'intera «fattispecie legale» del diritto controverso e alla pretermissione di un fatto rilevante (ossia, di un fatto costitutivo, estintivo, modificativo o impeditivo)<sup>(45)</sup>, sembrerebbe possibile estendere il medesimo ragionamento alla erronea ricostruzione del singolo fatto costitutivo (e complesso) della «colpa» del danneggiante. Ciò in quanto i fatti rientranti nell'ambito oggettivo della prova liberatoria, a ben vedere, non hanno autonoma rilevanza estintiva o impeditiva rispetto al diritto al risarcimento del danno, ma integrano la c.d. «dimensione storica» del fatto «colpa»<sup>(46)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Si pensi alla responsabilità da cose in custodia *ex art.* 2051 c.c. La giurisprudenza è ormai costante nel qualificarla come responsabilità oggettiva, che si configura in presenza di un nesso di causalità fra la cosa custodita e l'evento dannoso, indipendentemente da ogni profilo di colpevolezza della condotta del custode (fra le più recenti decisioni in tal senso v. Cass. 18 luglio 2019, n. 19404; Cass. 4 giugno 2019, n. 15249; Cass. 28 febbraio 2019, n. 5808; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27724; cfr. altresì la limpida sintesi di Cass. ord. 1 febbraio 2018, n. 2482, commentata da Scalera, *Caso fortuito: la Cassazione rimette le cose a posto*, in *Corr. giur.* 2019, 2, 202 e ss., ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali). Ebbene, rispetto a tale fattispecie, si profilerebbe una indebita estensione dell'ambito oggettivo della prova liberatoria del custode tutte le volte in cui il giudice di merito, oltre alla dimostrazione del «caso fortuito» (inteso come evento «imprevedibile» ed «eccezionale» da un punto di vista strettamente oggettivo e probabilistico), richieda anche la prova relativa alla diligenza impiegata nella custodia della cosa, o quella di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

<sup>(44)</sup> Luiso, *Diritto processuale civile*, 9<sup>a</sup> ed., Milano 2017, II, 437 e s.

<sup>(45)</sup> Luiso, *op. loc. ult. cit.*, il quale precisa che, in questi casi, si avrebbe a che fare con una falsa applicazione di norme di diritto, *sub specie* di erronea sussunzione della fattispecie concreta nello schema di fattispecie astratta tracciato dal legislatore. *Contra*, nel senso che l'erronea ricostruzione della fattispecie legale del diritto controverso integri un *error in procedendo*, denunciabile con l'art. 360, n. 5), c.p.c., cfr. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 11<sup>a</sup> ed., Torino 2017, II, 564, 573 e ss.

<sup>(46)</sup> L'efficace espressione è di Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 4<sup>a</sup> ed., Bari 2015, I, 77. Cfr. Brose, *Substantiierungslast im Zivilprozess*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2008, 23, 1315 e ss., il quale sostiene che l'allegazione di un fatto giuridico



Tanto è vero che, nei casi passati in rassegna, la declaratoria di inesistenza del diritto al risarcimento del danno non può fondarsi solamente sulla dimostrazione della condotta colpevole del pedone, oppure su quella dello scoppio dello pneumatico<sup>(47)</sup>, ma deve necessariamente fondarsi sulla prova di tutti i fatti ricompresi nel concetto di «liberatorietà», che, solamente considerati nel loro complesso, possono sorreggere la conclusione della inesistenza del fatto «colpa».

Sembrirebbe invece doversi escludere che, in tutti questi casi, si configuri una erronea valutazione delle prove dedotte, censurabile, come si sa, nei sempre più ristretti limiti dell'art. 360, n. 5), c.p.c. Il ricorrente, cioè, non lamenta che il giudice di merito, se avesse valutato correttamente il materiale istruttorio, sarebbe probabilmente pervenuto a un convincimento diverso circa l'esistenza del fatto «colpa», bensì che l'ambito oggettivo della prova liberatoria è stato «perimetrato» in modo erroneo<sup>(48)</sup>.

---

dovrebbe essere sempre «sostanziata» attraverso la dettagliata indicazione di tutti i «*konkreten Elemente*» (ossia, di tutte le «circostanze» di fatto) di cui si compone (beninteso, sul piano storico). Solo così l'allegazione del fatto giuridico può essere considerata «concludente» («*schlüssig*») rispetto a quel che si domanda al giudice: Braun, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Tübingen 2014, 213 e s.

<sup>(47)</sup> Come pure dovrebbe essere se tali fatti avessero un'autonoma rilevanza estintiva o impeditiva rispetto al diritto controverso. Secondo un insegnamento tradizionale, mentre per poter dichiarare esistente un diritto soggettivo è necessario dimostrare l'esistenza di tutti i fatti costitutivi e l'inesistenza di tutti i fatti estintivi, modificativi e impeditivi, ai fini della declaratoria di inesistenza è sufficiente la prova dell'inesistenza di un solo fatto costitutivo o quella dell'esistenza di un solo fatto estintivo, modificativo e impeditivo. Cfr. Tavormina, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.* 1989, 21 e ss.; Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi*, in questa *Rivista* 1990, 405 e s.; Merlin, *Azione di accertamento negativo di credito e oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in questa *Rivista* 1997, 1064 e ss.

<sup>(48)</sup> Sul diverso argomento dei rapporti fra la nuova formulazione dell'art. 360, comma 1°, n. 5), c.p.c., e la censura della erronea valutazione del materiale istruttorio, cfr. in dottrina Bove, *op. cit.*, 237, Id., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giust. proc. civ.* 2013, 431 e ss., spec. 443 e s., e Rasia, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna 2016, 259 e ss. Recentemente è intervenuto nel dibattito G.F. Ricci, *Il velo squarciato: con riferimento al vizio di motivazione, la Suprema Corte apre la porta al sindacato sul giudizio fatto*, in questa *Rivista* 2019, 354 e ss. È ancora esemplare in questa prospettiva Cass. 16 gennaio 1987, n. 284, in tema di azione negatoria. Se il giudice di merito, alla luce delle contestazioni del convenuto, afferma che la sola produzione, da parte dell'attore, dell'atto di acquisto di un fondo «non basta» a provare che egli abbia ragione di domandare la rimozione di talune opere costruite dal convenuto su parte del fondo stesso, non è riscontrabile un errore di diritto (violazione degli artt. 949 e 2697 c.c., censurabile con il numero 3) dell'art. 360 c.p.c.), come sostenuto dal ricorrente, bensì un vizio di motivazione, relativo alla valutazione del materiale istruttorio. In questo caso, cioè, il giudice di merito aveva individuato correttamente l'ambito oggettivo dell'onere probatorio dell'attore (il diritto di proprietà sul fondo), ma, valutando liberamente le prove dedotte, non lo ha considerato assolto.

8. – La scelta di ricondurre la censura sulla erronea ripartizione dell'onere della prova da parte del giudice di merito alla categoria degli *errores in iudicando* ha naturalmente delle implicazioni pratiche sul piano dei poteri spettanti alla Corte di cassazione, che, come è noto, sono più ristretti rispetto al caso in cui sia denunciato un *error in procedendo* <sup>(49)</sup>.

Pare anzitutto chiaro che, per mezzo del numero 3) dell'art. 360 c.p.c., il ricorrente che lamenti la inesatta distribuzione degli oneri dimostrativi possa solamente chiedere al giudice di legittimità di qualificare diversamente il fatto controverso. Così, in materia di responsabilità sanitaria, si potrà censurare l'erronea ripartizione dell'onere della prova del fatto «colpa» del medico qualora il giudice di merito lo abbia qualificato come fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno dell'attore anziché come fatto impeditivo, ma non si potrà anche chiedere alla Corte di riesaminare tutte le dinamiche dell'intervento, sostenendo che le cose siano andate diversamente da come sono state accertate nel giudizio di merito.

Inoltre, e stando entro i confini di tale «riqualificazione» dei fatti, occorre fare alcune precisazioni ulteriori rispetto a quei casi in cui la regola che il giudice di merito dovrebbe seguire per ripartire correttamente l'onere della prova è agganciata a dei presupposti di fatto ricavati dalla fattispecie concreta.

Si pensi, per stare agli esempi già svolti, a quello del sinistro stradale causato da tamponamento. In questi casi la giurisprudenza giustifica la disapplicazione della presunzione di concorso di colpa dei conducenti, prevista dall'art. 2054, comma 2°, c.c., in base a considerazioni ricavate dal criterio della «normalità» e dal fatto che le dinamiche del sinistro siano qualificabili come «tamponamento».

In questa e altre ipotesi simili, dire che l'erronea ripartizione degli oneri probatori va denunciata con il motivo di cui al numero 3), dell'art. 360 c.p.c., significa che le parti possono censurare solamente il profilo relativo al se, in caso di tamponamento, sia corretto o meno disapplicare una presunzione di fonte legale in favore di una presunzione giurisprudenziale, ma non possono anche chiedere alla Corte di stabilire se, nel caso di specie, le dinamiche del sinistro siano astrattamente qualificabili come «tamponamento», come ha sostenuto il giudice di merito. Ciò che invece potrebbero fare se l'erronea ripartizione degli oneri dimostrativi fosse

---

<sup>(49)</sup> G.F. Ricci, *op. cit.*, 140 e ss., 168 e s.; Panzarola, *op. cit.*, 792 e ss.

qualificata come *error in procedendo*, riconducibile al numero 4) dell'art. 360 c.p.c.

9. – Fatto così il punto per quel che concerne l'aspetto sostanziale della regola dell'onere della prova, resta da esaminare quello processuale, relativo al problema della decisione sul fatto incerto e alla configurazione, condivisa dalla dottrina maggioritaria, del principio dell'onere della prova come regola di giudizio sul diritto controverso.

In questa diversa prospettiva, la regola dell'onere della prova sarebbe violata nei casi in cui il giudice, invece di rigettare o accogliere nel merito la domanda, dichiara di essere nell'impossibilità di decidere perché non ha maturato un pieno convincimento sulla esistenza dei fatti di causa<sup>(50)</sup>. Non applicando la regola di giudizio per decidere nel merito, e chiudendo il processo con una decisione di *non liquet*, egli commette dunque un *error in procedendo*, denunciabile in cassazione per mezzo del numero 4) dell'art. 360, c.p.c.<sup>(51)</sup>.

Pare opportuno allora allargare di un poco il campo dell'indagine, approfondendo dal punto di vista teorico il discorso relativo alla decisione di *non liquet*, specialmente per quanto attiene al contenuto del suo dispositivo<sup>(52)</sup>.

Già si è accennato che la caratteristica principale di tale decisione, che ne costituisce al tempo stesso anche il profilo più critico, è la sua inido-

<sup>(50)</sup> Ciò non vale anche per la mancanza di decisione sull'eccezione. In questo caso, infatti, la domanda sarebbe comunque accolta o rigettata per altro motivo (inesistenza di un fatto costitutivo o esistenza di altro fatto estintivo, modificativo o impeditivo), sicché non si avrebbe la definizione del processo con un *non liquet*.

<sup>(51)</sup> *Contra* Verde, per le ragioni che si diranno a breve.

<sup>(52)</sup> Sulla decisione di *non liquet*, oltre agli studi di Micheli e di Verde, già cit. alla nota 12 e qui più volte richiamate, cfr. Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, 3<sup>a</sup> ed., Firenze 1914, I, 218 e ss.; Andrioli, *op. cit.*, 826 e s.; Augenti, *L'onere della prova*, Roma 1932, 103 e ss., 199 e s.; Saraceno, *op. cit.*, 15 e ss.; Cordero, *Il giudizio d'onore*, Milano 1959, 81 e s., 83; Patti, *op. cit.*, 6 e ss.; Comoglio, *op. cit.*, 256 e ss. Nella dottrina tedesca v. Fitting, *Die Grundlagen der Beweislast*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess* 1889, I; 16 e s.; Rosenberg, *op. cit.*, 5 e ss., 44 e ss., 79 e s.; Leipold, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin 1966, 31 e ss.; Id., *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27 Juni 1984*, Berlin, New York 1985, 18 e s.; Id., commento al § 286, in *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, a cura di Stein, Jonas, 22<sup>a</sup> ed., IV, Tübingen 2008, 700; Musielak, *Die Grundlage der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin 1975, 290 e ss., spec. 293; Blomeyer, *Non liquet*, in *Juristenzeitung* 1955, 600 e ss.; Schwab, *Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, München 1978, 505 e s., 519.

neità a «fare stato» in maniera veramente definitiva sull'esistenza o sull'inesistenza del diritto controverso<sup>(53)</sup>.

Essa potrebbe anzitutto essere considerata come una pronuncia di merito «allo stato degli atti», con la quale il giudice, riscontrata l'impossibilità di decidere per assenza o carenza di prova, rigetta «temporaneamente» nel merito la domanda, invitando l'attore a riproporla in un secondo momento, una volta che abbia integrato il materiale istruttorio a sostegno delle proprie affermazioni<sup>(54)</sup>.

Tuttavia, come ha rilevato attenta dottrina, il giudice, nell'esercitare il potere giurisdizionale, non può fissare discrezionalmente la portata decisoria della sentenza e i suoi effetti<sup>(55)</sup>. Egli, cioè, quando pronuncia nel merito, anche se con «riserva» allo stato degli atti, rende una decisione che è idonea al giudicato, e l'eventuale «riserva» espressa nel dispositivo di rigetto è oggettivamente priva di qualsivoglia efficacia.

Escluse le decisioni emesse allo stato degli atti, sembrerebbe residuare solamente una tipologia di sentenze che rispecchiano la caratteristica del «*non liquet*»: quelle di rito. In pratica, quando il giudice di merito viola l'art. 2697 c.c., pronunciando una decisione di *non liquet*, eleva arbitrariamente il pieno convincimento sull'esistenza o sull'inesistenza dei fatti controversi a condizione per la decidibilità della causa nel merito («*Entscheidbarkeit*»), affermando nel dispositivo di non voler accogliere, né rigettare, la domanda nel merito<sup>(56)</sup>.

<sup>(53)</sup> V. *supra* al par. 2. Per tale ragione sarebbe errato equiparare la decisione di *non liquet* a una decisione di rigetto nel merito, che è certamente idonea a rimuovere definitivamente l'incertezza sull'inesistenza del diritto sostanziale, per quanto in senso sfavorevole all'attore. La prima è infatti una «*Nichtentscheidung*», mentre la seconda è una «*negativer Entscheidung*» (Leipold, *Beweisastregeln und gesetzliche Vermutungen*, *loc. ult. cit.*; Micheli, *op. cit.*, 12 e ss.). Sarebbe altresì sbagliato avvicinarla alle decisioni *lato sensu* condizionali, che presuppongono comunque un pieno convincimento sui fatti di causa (cfr. sul punto Verde, *op. cit.*, 62 e ss.), e, specialmente, a quelle sottoposte alla condizione «*si iuraverit*» (v. per approfondimenti Micheli, *op. cit.*, 182 e s., e Carnelutti, *La sentenza condizionale*, in *Riv. dir. pubbl.* 1920, I, 247 e ss., e in *Studi di diritto processuale*, I, cit., 299 e s.).

<sup>(54)</sup> Fra chi assimila la pronuncia di *non liquet* al rigetto allo stato degli atti cfr. Jaeger, *Le sentenze di rigetto della domanda allo stato degli atti*, in questa *Rivista* 1927, 339, e Verde, *op. cit.*, 66, 68. Più in generale sull'argomento Satta, *Sentenze allo stato degli atti*, in *Riv. dir. comm.* 1934, II, 325 e ss., e in *Teoria e pratica del processo: saggi di diritto processuale*, Roma 1940, 423 e ss.

<sup>(55)</sup> In tal senso, oltre a Micheli, *op. cit.*, 184 e s., 188 e s. (anche con riferimento alla impossibilità di considerare come una decisione di *non liquet* l'assoluzione dell'imputato per insufficienza di prove *ex art.* 570, comma 2°, c.p.p.), cfr. Satta, *op. cit.*, 423; Jaeger, *op. cit.*, 339 e s., 347; Verde, *op. cit.*, 80 e s., 82, 88, 91 e s., 94, 98; Pajardi, *Riflessioni sulla efficacia della sentenza pronunciata «allo stato degli atti»*, in questa *Rivista* 1958, 127 e ss.

<sup>(56)</sup> Blomeyer, *op. cit.*, 605, Id., *Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren*, 2<sup>a</sup> ed., Berlin

Se ciò è esatto, restano ancora alcune osservazioni riguardo i rapporti con l'art. 112 c.p.c. e con la fattispecie della «omissione» di pronuncia.

La dottrina che ha trattato l'argomento ha rilevato che è possibile parlare di «omissione» di pronuncia sia quando essa manchi del tutto, poiché non è stato materialmente formato l'atto-sentenza che dovrebbe contenerla, sia quando, in presenza di un processo oggettivamente cumulado, il giudice decide solamente alcune domande, oppure quando omette di pronunciare su una eccezione<sup>(57)</sup>. Se ne è poi tratta la conclusione che solamente in questi ultimi casi si configura una violazione dell'art. 112 c.p.c., poiché, in caso di omissione c.d. «totale» di pronuncia, manca completamente la decisione che pure il vizio dovrebbe inficiare<sup>(58)</sup>.

Ebbene, in nessun caso sembrerebbe configurabile una «omissione» di pronuncia rispetto alla decisione di *non liquet*. Non nella prima accezione, poiché una decisione almeno formalmente c'è, per quanto espressa in termini dubitativi<sup>(59)</sup>. Non nella seconda accezione, poiché, in questo caso, solamente le decisioni di merito sono suscettibili di essere viziate da una omissione di pronuncia, mentre il dispositivo della decisione di *non liquet* è assimilabile a quello di una decisione di rito<sup>(60)</sup>. Diversamente, si dovrebbe dire che non solo nel caso in cui il giudice pronunci un *non liquet*, ma che ogni volta in cui rigetti la domanda in rito si verifica un'omissione di pronuncia perché non si è deciso nel merito. Il che è evidentemente assurdo.

Pertanto, la decisione di *non liquet* non integra un caso di omissione di pronuncia, da denunciare come violazione dell'art. 112 c.p.c., bensì una

1985, 361 e ss., per il quale, il giudice di merito, in questo modo, crea *sua sponte* un presupposto processuale («*Sachurteilsvoraussetzung*») non previsto dalla legge. V. però la critica di Verde, *op. cit.*, 92 e ss., Id., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 628, che, coerentemente alla sua impostazione, esclude che la decisione di *non liquet* sia frutto di una violazione dell'art. 2697 c.c. (non può essere violata una regola di giudizio che non esiste), trattandosi piuttosto di «un vizio che attiene allo stesso corretto esercizio della funzione giurisdizionale» da parte del giudice.

<sup>(57)</sup> Lasagno, *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia nel processo civile*, in questa *Rivista* 1990, 449 e ss.; Delitala, *Le questioni e i giudicati di stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969, 1404 e ss. Fra gli scritti meno recenti cfr. Carnelutti, *Effetti della cassazione per omessa pronuncia*, in questa *Rivista* 1938, II, 68 e s., e Cristofolini, *Omissione di pronuncia*, *ivi*, I, 96 e ss. Da ultimo, e nell'ambito di un'indagine estesa anche alla decisione *extra* e *ultra petita partium*, Barletta, *Extra e ultra petizione. Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*, Milano 2012, *passim*, 51 e ss.

<sup>(58)</sup> Grasso, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 2, Torino 1973, 1274 in nota.

<sup>(59)</sup> Grasso, *op. loc. ult. cit.*; Calvosa, *Omissione di pronuncia e cosa giudicata*, in questa *Rivista* 1950, 225 e ss.

<sup>(60)</sup> Lasagno, *op. cit.*, 476.

violazione della regola di giudizio dell'onere della prova, ricavata dall'art. 2697 c.c.

Va segnalato, infine, che l'assimilazione della decisione di *non liquet* a una decisione di rito comporta evidentemente la libera riproponibilità della domanda<sup>(61)</sup>.

MATTIA GARAVAGLIA

*Titolare di assegno di ricerca nell'Università di Milano*

---

<sup>(61)</sup> È questa la ragione per cui sembrerebbe rilevare solamente su un piano teorico l'indagine sul «regime» della nullità della decisione di *non liquet*, e, in particolare, sul se la mancata applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova sia semplice motivo di nullità della sentenza oppure se ne determini addirittura l'«inesistenza», rendendo così applicabile la disciplina di cui all'art. 161, comma 2°, c.p.c. In effetti, a questa seconda conclusione dovrebbe pervenire chi fosse disposto a considerare la creazione di un presupposto processuale non previsto dalla legge come una forma di «eccesso di potere» (su tale nozione v. per tutti Tarzia, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano 1967, 110 e ss.). Comunque sia, una volta considerata nulla la sentenza di *non liquet*, delle due l'una. Se essa è oggetto di impugnazione e la Corte accoglie il ricorso, cassandola senza rinvio, la domanda è riproponibile, così come lo sarebbe in assenza di impugnazione, poiché sulla decisione di *non liquet* si formerebbe solamente il giudicato formale. Ammettendo invece che la violazione dell'art. 2697 c.c. sia così grave da poter essere denunciata in nuovo processo anche una volta che siano decorsi i termini per impugnare la decisione di *non liquet*, è probabile che, in quella sede, si discuterà su quale avrebbe dovuto essere il tenore della decisione di merito (accoglimento o rigetto) che il giudice avrebbe dovuto pronunciare rispetto alla stessa fattispecie. Ma ciò equivale a dire che, in questo secondo processo, vi è una riproposizione della medesima domanda.