

di Aldo Angelo Dolmetta e Ugo Malvagna  
pubblicato il 27 gennaio 2015

## «Vicinanza della prova» e contratti d'impresa

SOMMARIO. 1. Sul principio dell'*onus incumbit ei qui dicit*: una fisiologica lontananza dal fatto. – 2. (*Segue*): oneri difficili o impossibili. – 3. (*Segue*): l'esigenza di correttivi. – 4. La vicinanza della prova come regola correttivo. – 5. (*Segue*). L'avvenuto riconoscimento della Corte di Cassazione. – 6. Vicinanza della prova e prodotti di impresa. – 7. (*Segue*): casi di «legalizzazione» della vicinanza. – 8. (*Segue*): stato della giurisprudenza. – 9. (*Segue*): un segmento istituzionale di vicinanza.

1.- Per sua natura il principio dell'onere della prova, con la conseguente ripartizione che di questa viene a profilarsi tra le parti del giudizio, propone un'ottica limitata, ristretta alla prospettiva del *panel* processuale: dello schema processuale, cioè, che si è delineato nell'ambito della controversia concreta. Una prospettiva inclusa, per dire, entro il telaio di regole tra domande avanzate ed eccezioni proposte.

Intesa quale principio programmatico, secondo la stringa *onus incumbit ei qui dicit*<sup>1</sup>, la regola seleziona solo una minima parte della realtà materiale in cui l'oggetto della controversia si trova inserito; e così finisce per negare ogni valenza costruttiva alla complessiva operazione (o situazione) cui essa appartiene. Estranea alla definizione del suo perimetro rimane, per l'effetto, «la necessità di calare il giudizio di valore all'interno del fatto considerato nella sua interezza, e cioè nella globalità delle sue relazioni con gli altri episodi della realtà effettuale»<sup>2</sup>.

Com'è evidente, una regola così strutturata si manifesta di per sé creatrice di disparità di ordine sostanziale<sup>3</sup>. Lungo il duplice versante su cui, a ben vedere, la stessa dipana il proprio tema: al

---

Scritto destinato agli *Studi in onore di Giovanni Iudica*, a cura di Lucchini Guastalla, Scarso e Stella, Milano, 2014.

<sup>1</sup> E così per l'intero svolgimento del presente lavoro; rimane perciò estranea al discorso qui svolto la nozione di onere come risultato finale del giudizio concreto, quale composto dalla «somma» della regola programmatica e dei correttivi (su cui v. *infra* n. 3 e n. 4) che con la stessa vengono a combinarsi.

<sup>2</sup> «Per non far passare delle schegge di verità arbitrariamente ritagliate come tutta la verità, e verificare per tale via se, dopo una siffatta operazione, quel giudizio risulti ancora applicabile alla fattispecie»: VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Camerino, 2013, p. 42, che riporta (senza peraltro aderirvi) «una relazione di minoranza a una riunione congressuale, della corrente dell'Associazione magistrati, denominata "Magistratura democratica", tenuta a Roma il 3-5 dicembre 1971».

<sup>3</sup> Una volta assolto il suo compito storico di esprimere il passaggio dal diverso valore delle allegazioni alla regola di giudizio razionale di parità (in una con il travolgimento delle diversità di *status* che fu compiuto dalla Rivoluzione francese). Tale ruolo traspare limpido, ad esempio, in MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*<sup>5</sup>, III, Torino, 1903, p. 380, per cui «il principio di eguaglianza civile, che nella pratica dei giudizi si traduce nel principio della *parità di trattamento* assicurata alle parti, non permette che si presti fede piuttosto all'allegazione dell'uno che a quella dell'altro dei litiganti. Quindi ciascuna delle parti deve provare i fatti, che essa allega a sostegno del proprio assunto».

Le frasi subito *infra* trascritte nel testo si trovano alla successiva p. 385.

momento della definizione del concreto «carico» della prova gravante su una parte, venendosi a sommare quello – pur sempre programmatico – della valutazione di assolvimento del medesimo; in effetti, anche questo momento si configura, in sé stesso, come a struttura non differenziabile tra le parti, bensì fissa e rigida.

2.- Il taglio dell'onere fermo sull'allegazione di cui alla domanda tralascia, in via segnata, le circostanze che incidono sulla possibilità, per le diverse parti processuali, di accedere alla prova dei fatti da cui esse possono trarre un «utile» processuale. Dal momento che l'assolvimento in concreto dell'onere se talora appare semplice in altre ipotesi si rivela (più) difficoltoso, può accadere che alla parte richiedente tutela si frapponga un ostacolo tale da risultare, secondo il caso, disagevole o arduo o perfino impossibile da superare. Come, del resto, già coglieva – in tempi lontanissimi - la lucidità positivista di Mattiolo, là dove escludeva che «la logica e l'equità ... comportino che la difficoltà, in cui versi una delle parti di provare il proprio assunto, debba tornare di danno e di incomodo alla parte contraria, la quale non fu causa né diretta né indiretta di questa difficoltà»; «*incommodum quisque suum ferre debet, non in alium transferre*» concludeva il Maestro<sup>4</sup>.

Ed è pure evidente, poi, come una simile disparità di accesso alla prova non si esaurisca in singoli episodi processuali, ma finisca per tradursi – nel ripetuto trattamento di situazioni differenti in modo uguale – nella lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti<sup>5</sup>.

Può non essere inutile, a miglior illustrazione dell'assunto, trascrivere un esempio di impossibilità nell'assolvimento dell'onere: un esempio ordinario, per dire, di un'impossibilità che, da pratica, non fatica a lievitare in teorica. Il caso è tratto da una situazione più volte propostasi alla sede contenziosa<sup>6</sup>.

Dunque, la fattispecie involge l'interrogativo sulla sussistenza di un diritto, in capo al fideiussore, a ricevere dal creditore garantito la documentazione relativa allo svolgimento del rapporto; il giudice nega il diritto, perché il debitore, fatto forte da una clausola contrattuale<sup>7</sup>, viene a negare il consenso

<sup>4</sup> «Nella concezione liberale-individualistica della realtà ... il processo raggiunge il suo scopo già quando realizza la pace giuridica fra le parti»: VERDE, *op. cit.*, p. 35.

<sup>5</sup> Il riscontro dell'incompatibilità tra una disciplina della prova che renda impossibile o troppo difficoltoso l'assolvimento del relativo onere e il diritto di tutela della propria posizione di cui all'art. 24 Cost. si trova già nella pronuncia della Corte Costituzionale, 22 dicembre 1989, n. 568. La non giustificatezza di una distribuzione dell'onere che lo renda troppo difficile per una parte risulta già, peraltro, a livello di repertorio comune. Cfr. l'art. 2698 c.c.: la norma, tra l'altro, ha aspirazione più ampia di un semplice riscontro ai patti, posto che guarda più all'effetto, che alla causa; del resto, la diversità di causa non sembra possa giustificare, in proposito, qualche diversità di effetti.

<sup>6</sup> Anche se il prosieguo considera in modo peculiare la fattispecie esaminata e la pronuncia emessa dall'ABF n. 2374/2013.

<sup>7</sup> Come inserita nei modelli fideiussori d'uso nella prassi bancaria. La clausola assegna al debitore principale un diritto di veto (camuffato da autorizzazione) circa le richieste documentali del garante: della conformità di questa all'art. 2698 c.c. è da dubitare.

richiestogli<sup>8</sup>. Attesa questa situazione, è da chiedersi allora che valore sostanziale sia da assegnare alla regola di accessorietà fissata dall'art. 1945 c.c. («il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale ...»): la posizione del garante è resa tale da ridurlo nell'impossibilità di provare i fatti a fondamento delle eccezioni (opponibili solo in astratto) e da lasciarlo, insieme, in stato di soggezione – se si seconda una diffusa giurisprudenza anche di legittimità (cfr., per tutte, Cass., n. 23807/2008) – nei confronti degli effetti decadenziali che la legge collega alla mancata contestazione delle risultanze documentali da parte del debitore principale.

In effetti, consentire a un simile esito complessivo significa privare – in via istituzionale, quanto permanente – il fideiussore della tutela di *accessorietà*, che pure la legge *per tabulas* gli accorderebbe; in una prospettiva di ordine sostanziale, implica colorare di *astrattezza* il relativo rapporto.

3.- In un sistema che non intenda lasciare i soggetti sul livello degli astratti schemi formali - in cui l'ordinamento aspiri quindi a qualcosa di più della mera uguaglianza formale di trattamento - il detto principio non può trovare applicazione piena, né un'applicazione del tutto rigorosa. Correttivi, al contrario, paiono necessari: per la funzione di adattare la dinamica del processo all'obiettivo di incrementarne il grado di efficienza, come intesa sul filo della corrispondenza sostanziale tra regola e fatto; ovvero, a preferire l'espressione di immagine evocativa, di ridurre la lontananza tra le cose di realtà materiale e quelle di realtà normativa.

Naturalmente, quantità e tipo dei correttivi impiegati (a essere precisi, l'ambito dei rapporti su cui incidono, la loro struttura e il livello della loro incisività sugli assetti probatori) discendono da opzioni politiche di taglio primario; l'uguaglianza sostanziale, in concreto prodotta da un dato ordinamento, si misura - è chiaro - sul numero di elementi di differenza presi in carico e «pareggiati» a mezzo di trattamento normativo differenziato. Come conferma la constatazione che la distanza tra uguaglianza formale e quella sostanziale è di natura quantitativa, invero, e di taglio effettuale; assai più che fondarsi su opposizioni concettuali di ordine qualitativo. Secondo quanto suggerisce, d'altra parte, lo stesso richiamo alle «condizioni personali e sociali» che media – e conduce – il transito della norma dal comma 1 al comma 2 dell'art. 3 Cost.

In una prospettiva di «necessari correttivi», può ascriversi a un'esigenza basilica di disparità parificatrice, ad esempio, il richiamo alla «qualità delle parti», che l'art. 2721 co. 2 c.c. pone quale criterio che il giudice deve apprezzare in ordine all'applicazione del divieto di prova testimoniale, che il comma precedente ferma in via generale. Nei giorni dell'oggi non è pensabile, così, che taluni tipi di contratto con parte imprenditore non portino tracce scritte dei relativi rapporti<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> È bene sottolineare, sia pure in via solo incidentale, come la fideiussione non fosse, nella specie decisa dall'Arbitro, *volente debitore*.

<sup>9</sup> V. già ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1976, p. 343.

Sempre di tensione parificatrice, e solo di calco più evidente, è poi l'interferenza con il principio dei casi d'inversione legale dell'onere; e pure – cosa simile, ma non coincidente<sup>10</sup> – le presunzioni relative, legali e giurisprudenziali. In continuità ideale con queste – per la posizione centrale che prende il giudice – ancora si pongono, tra gli strumenti di correzione, le norme abilitative a interventi d'ufficio sul materiale probatorio: in supporto della parte altrimenti in difficoltà, se non nell'impossibilità di assolvere all'onere della propria domanda (si segnala la disciplina del processo del lavoro, specie quella dell'art. 421 co. 2 c.p.c.).

4.- Al genere dei correttivi del principio dell'onere può – e, nel sistema vigente, a nostro avviso deve – essere ricondotto anche il criterio della vicinanza o riferibilità della prova. Sul profilo così evocato occorre, peraltro, essere da subito molto chiari: ché il tema è delicato e si presta a fraintendimenti. Già la stessa prima frase, in effetti, va disambiguata.

In linea puramente astratta, la vicinanza si atteggia come criterio contrapposto – e dunque alternativo – a quello della piena rispondenza dell'onere alla domanda formulata in giudizio. Sennonché, scendendo dalla sfera dell'iperuranio verso la storicità dei sistemi positivi, è facile vedere che i due criteri ben possono ben convivere, seppure in posizione equiordinata. Assumere il criterio della rispondenza a regola cardine non significa, quindi, per forza escludere quello della vicinanza. Per contro, l'integrazione portata da quest'ultimo trova conforto forte nel tessuto costituzionale, come segnatamente espresso dalle norme degli artt. 2, 3 e 24<sup>11</sup>; e potrebbe, anzi, essere intesa come vicenda necessaria per colmare le intrinseche deficienze sociali, che connotano – si è visto – il principio dell'onere.

In effetti, in ragione del criterio di vicinanza il carico probatorio, che grava su ciascuna parte, «viene ripartito tenuto conto in concreto della possibilità per l'uno e per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione»<sup>12</sup>. Così, in conseguenza dell'inserimento di tale circostanza nel procedimento valutativo-interpretativo di ascrizione dei fatti controversi alla categoria degli elementi costitutivi (o modificativi o estintivi), la regola dell'art. 2697 c.c. risulta connessa alla – quando non *relativamente dipendente*<sup>13</sup> dalla – situazione di obiettiva prossimità delle parti rispetto a ciascun fatto che rientra nel *thema probandum* (sia in termini assoluti, sia nella valutazione comparativa tra le parti medesime). Come pure la vicinanza

<sup>10</sup> Così VERDE, *op. cit.*, p. 282 ss. *Contra*, SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 409 s.

<sup>11</sup> A ben vedere, peraltro, la dimensione costituzionale del criterio di vicinanza vanta due fronti distinti. Il primo ha *focus* centrato sul soggetto «distante» dalla prova (o meno vicino): qui la vicinanza è strumentale alla tutela dei diritti di tale soggetto, e discende diretta dagli artt. 2 Cost., avvio, e 24 Cost. L'altro è posato sul soggetto vicino alla prova, in cui la vicinanza si regge sulla linea del dovere: come identificato in quello di solidarietà economico-sociale (art. 2 Cost., fine), quale mezzo di rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale», che limitano l'uguaglianza dei soggetti. Non è detto, tuttavia, che la linea del dovere non venga poi a tornare verso posizioni di vantaggio (pure) del soggetto tenuto: uno spunto in questa direzione in nt. 30.

<sup>12</sup> Così, testuale, Cass. n. 13533/2001 (su cui v. pure nel prossimo n.).

<sup>13</sup> Appunto perché si pone – non è inopportuno ribadire – come criterio di aiuto e di sussidio. Come tale, volto a smussare se non altro le applicazioni più rigide e pesanti del formalismo caratteristico del principio dell'onere.

alla prova si mostra criterio idoneo a guidare – nel concorso coordinato con altri criteri, si ripete – il libero convincimento nel giudice, per quanto attiene allo *standard* o livello di prova che, nel concreto, deve ritenersi esigibile dalla parte onerata: a maggior prossimità alla fonte della prova farà tendenziale riscontro più intensa severità valutativa.

Il punto della combinazione tra criterio della domanda e criterio della vicinanza, peraltro, è da riscontrare anche per altri aspetti. Da un versante, perché la dimensione politica di un ordinamento di certo non si apprezza solo in termini di «scontro frontale» tra i due criteri; ma pure – e, nel concreto degli ordinamenti, diremmo soprattutto – nello «spessore di sussidiarietà» che alla vicinanza venga volta per volta riconosciuta. Da un altro versante (l'intreccio che corre tra questi versanti non ha davvero bisogno di sottolineature), perché si tratta di principio che per solito - nel *milieu* quotidiano della letteratura italiana; come in genere della componente dottrinale - riceve attenzione minima, venendo a essere per lo più sottovaluto assai; quando non *tout court* ignorato<sup>14</sup>. Seppur oggi (ci pare) non più avversato come una volta<sup>15</sup>.

5.- Non è del tutto desolante, però, il quadro nel complesso offerto del diritto vivente. Nel senso che - «sia pure con parsimonia» - il criterio della vicinanza è «da sempre utilizzato» in giurisprudenza<sup>16</sup>; in termini di criterio sussidiario, certo, ma non per questo non decisivo (in ipotesi) a livello di controversia concreta. Nel senso, di più, che nei sentieri battuti dalla Corte di Cassazione si ritrova l'uso esplicito della vicinanza, sì da predicarne in proposito la sussistenza di un riconoscimento espresso. Due le tappe di base.

La decisione di Cass. SS. UU. n. 13533/2001, sulla distribuzione dell'onere della prova nel giudizio di risoluzione del contratto per inadempimento e/o risarcimento del danno, fornisce un'applicazione importante della vicinanza. Coerente con l'«esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento», la pronuncia addossa infatti al debitore, «nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore», il peso di dare la prova dell'esatto adempimento dell'obbligazione<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*<sup>22</sup>, agg., II, Torino, 2014, p. 202.

<sup>15</sup> Fra gli autori risalenti era corrente accedere a un'impostazione del processo civile di natura «legalista». Per tutti v. MICHELI, *L'onere della prova*, rist., Padova, 1966, p. 340 ss., spec. 353 ss., per cui il criterio «basato sulla maggiore vicinanza di una parte alla prova, non può non che costituire una linea di discriminazione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi, neppure dare un valido sussidio per la distribuzione del carico della prova» (a p. 354).

Per una svalutazione del criterio v. anche, nei giorni dell'oggi, TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 256.

<sup>16</sup> PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*<sup>5</sup>, Napoli, 2012, p. 443.

<sup>17</sup> Nello stesso ordine d'idee di tale sentenza (dove le frasi trascritte nel testo), v. già Cass. n. 613/1999, che pone sul datore di lavoro l'onere di provare l'insussistenza dei requisiti dimensionali necessari per l'applicazione dell'art. 18 St. lav., perché che «tale presupposto, concernendo le dimensioni occupazionali dell'impresa – anche con riferimento alle sue eventuali articolazioni organizzative o alla distribuzione su territori diversi – riguarda connotazioni proprie dell'impresa e perciò sicuramente rientranti nella sua consapevolezza, ma non altrettanto sicuramente conosciute o percepibili dal lavoratore di dipendente». Cfr. pure, tra le altre, Cass. n. 7227/2002 e Cass., SS. UU., n. 141/2006, in cui

La motivazione della sentenza si spende tutta sul crinale della facilità d'accesso alla prova e rende quindi manifesta la stretta coerenza che lega la vicinanza al diritto di difesa. Un piano argomentativo ulteriore emerge invece da una non meno nota serie di arresti della Corte<sup>18</sup>. Per questo indirizzo, nei giudizi risarcitori inerenti alla responsabilità del medico e della struttura sanitaria, la difettosa tenuta della cartella clinica in violazione degli obblighi di diligenza professionale, lungi dall'«escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici e la patologia», consente «il ricorso alle presunzioni»: «come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova e al rilievo che assume a tal fine la “vicinanza alla prova”».

Ora, a segnare la specificità di questo orientamento è l'innesto - nel discorso sulla distribuzione dell'onere - del riferimento alle caratteristiche di professionalità delle parti del rapporto; sì che il distacco dalla linea formale della regola della rispondenza dell'onere alla domanda risalta assai netto. In sostanza: il primo ceppo della Cassazione si limita a una considerazione della vicinanza fermata a un primo livello di concretizzazione dell'analisi della fattispecie; i *dicta* sulla responsabilità medica, invece, compiono un passaggio ulteriore nel verso della concretezza: introducendo una differenziazione probatoria fondata appunto sulla professionalità – a un tempo intesa come *Sollen* e come *Sein* – che distingue le parti.

6.- Comunque è un dato di fatto che, al di là di ciò, l'uso della vicinanza resti nel diritto vivente cosa frammentaria e modesta. Del tutto occasionale, diremmo. Può forse non essere inutile allora – se al detto criterio si intende dar credito – abbandonare il campo dell'osservazione generalissima, *omnibus*, e concentrarsi su singole aree, o macro aree, dell'esperienza civilistica: che del detto criterio si pongano come possibili campi elettivi.

Ora, il richiamo all'esperienza della responsabilità del medico – come legata alla professionalità esclusiva di una *specifica* parte della controversia e del rapporto – sembra individuare con immediatezza (almeno) uno dei questi campi: *naturaliter* additando, così, quello dei c.d. contratti di impresa (dei contratti dell'impresa coi destinatari dei suoi prodotti, *melius*)<sup>19</sup>.

In punto di definizione della fattispecie, in effetti, non può non notarsi una disparità di posizione (*genericamente* prossima a quella corrente tra medico e paziente davanti a una trasfusione di sangue) tra la parte contrattuale dell'impresa e quella del cliente: dalla conclusione dell'affare via

---

pure il rilievo che l'art. 24 Cost. «connette ai diritti di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio».

<sup>18</sup> Che, tra le altre, conta in specie Cass. n. 577/2008, sulla prova del nesso causale tra emotrasfusione ed epatite C, e quelle consecutive sino a Cass. n. 582/2008.

<sup>19</sup> Su cui v. DOLMETTA, *Sui «contratti d'impresa»: ipoteticità di una categoria*, in *Un maestro del diritto commerciale*. Arturo Dalmartello, a cura di Dolmetta e Portale, Milano, 2010, p. 107 ss., donde le osservazioni che seguono traggono spunto.

via lungo l'intero arco di svolgimento del conseguente rapporto. Una disparità che, a seconda della valutazioni e della casistica proposta dalla prassi, potrà dirsi frequente o anche corrente, più o meno fisiologica e intensa: comune di certo non episodica o casuale. In realtà, il punto discriminante, e qualificante, è che il rapporto e la controversia vertono su un prodotto (direttamente contrattuale o altrimenti gestito da regole di autonomia contrattuale): come costruito, assemblato e realizzato dall'impresa e immesso sul mercato con la sua offerta al cliente, per definizione fruitore di qualcosa alla cui configurazione rimane per sé esterno.

In un'ottica che ambisca a uscire da un'applicazione formale del principio dell'onere della prova, dunque, la disparità appena evidenziata viene subito a emergere: anche e proprio in ordine al profilo della distribuzione e valutazione delle prove. E' l'«appartenenza» del prodotto all'impresa a indicare come appunto quest'ultima sia *tendenzialmente* e con facilità più prossima alla prova (e ai connessi strumenti) di quanto per solito non lo sia il cliente (il tutto in chiave d'impostazione prospettica, va da sé, evitando di trarne frettolose e indebite generalizzazioni).

Né il riconoscimento di un autonomo ruolo costruttivo alla tendenziale maggior vicinanza dell'impresa ai fatti, che rientrano nella sua sfera d'organizzazione e attività, viene contraddetto dal rilievo che la questione della prossimità alla prova è di per sé stemperabile nel ricorso alle massime d'esperienza, quali criterio guida per la gestione dei casi di dubbia soluzione<sup>20</sup>. Se coglie un lato di realtà, simile rilievo finisce per immiserirla: fino a misconoscere la regola di vicinanza e annegarla nella palude delle massime di esperienza. Mentre l'opportunità di attribuirle una dimensione concettuale propria si collega a un rilievo di ordine topico, come idoneo a permettere di elaborare e raffinare lo strumento; a valorizzarlo, così.

7.- Non è davvero un caso, del resto, che proprio la legislazione d'impresa abbia fornito importanti ipotesi di specifico impiego normativo – di «legalizzazione», può dirsi – del criterio della vicinanza. Tra i corpi normativi relativi ai rapporti d'impresa o (ciò che in una ottica strutturale è indifferente) di consumo, non mancano disposizioni che prendono in reale considerazione la disparità materiale nell'accesso alla prova che attraversa tali rapporti; e la connessa maggiore vicinanza dell'impresa alla prova. Con una tecnica normativa che non coincide con l'inversione dell'onere della prova in senso proprio. Ma che piuttosto seleziona un determinato segmento di controversie e fissa sul

---

<sup>20</sup> Offre una lettura della vicinanza che tende a sfumarne le differenze rispetto al criterio della normalità/anormalità dei fatti, COMOGLIO, *Le prove civili*<sup>3</sup>, Torino, 2010, p. 285, che afferma: il «fondamento razionale comune» alla regola generale e alle norme speciali di distribuzione dell'onere «viene, solitamente, rinvenuto in criteri di *opportunità* e di *giustizia distributiva*, da cui derivano altri criteri subordinati (descritti dai binomi *regola-eccezione* e *normalità-anormalità* o dal concetto di *vicinanza alla prova*), in forza dei quali il legislatore, nel dettare l'art. 2697 e nel costruire le differenti fattispecie legali da cui nascono i diritti tutelabili, distribuisce tra le parti gli oneri di prova tenendo conto della differenziata facilità con cui determinati fatti giuridici possono essere provati da colui che abbia interesse al loro accertamento, per farne dipendere il riconoscimento in giudizio di un determinato effetto giuridico a sé favorevole. È, così, da reputarsi razionale che la prova positiva di un fatto eccezionale o anormale debba essere accollata a chi intenda trarne effetti favorevoli».

professionista – senza preoccuparsi del risultato cui altrimenti si giungerebbe – il peso di provare la correttezza del proprio operare ovvero la non correttezza della controparte.

Esprime chiara l'accennata prospettiva la norma dell'art. 23 co. 6 TUF per cui, «nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi» finanziari, «spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la diligenza richiesta»<sup>21</sup>. Non sarebbe per vero produttore il doversi ricorrere alla ripartizione caso per caso dell'onere, secondo il discrimine fondato sulla classificazione fatti come costitutivi o impeditivi, nei giudizi relativi allo standard di diligenza fissato dalla legge, come pure alle relative conseguenze dannose<sup>22</sup>: pena dimezzare, se no, lo stesso impianto concettuale della *policy* di trasparenza (di tutela del cliente, cioè).

Non difettano altri esempi. Si pensi, così, alla traccia dettata dall'art. 12 co. 3 d.lgs. n. 11/2010, che pone sul prestatore del servizio di pagamento il pregiudizio economico derivante da un utilizzo (asserito) «indebito» dello strumento elettronico, «salvo il caso in cui l'utilizzatore abbia agito con dolo o colpa grave ovvero non abbia adottato le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo dello strumento di pagamento». Già la formulazione della norma fuga ogni dubbio su chi sia la parte onerata di provare le circostanze che escludono la generale responsabilità del prestatore.

8.- Pare a noi da sottolineare il rilievo del fenomeno della legalizzazione: e non solo per i casi in sé stessi che lo prendono, s'intende; ma pure per la spinta evolutiva che esso, se non mortificato, è in grado di dare alla figura della vicinanza (per la materia d'impresa; in generale). Anche perché vi si associa un altro aspetto, che occorre mettere in buona evidenza.

Se si svolge lo sguardo sul lungo periodo, per la verità, la materia dei contratti di impresa non manifesta peculiarità nel rapporto tra giurisprudenza e regola di vicinanza. Come nel resto, l'attenzione risulta parsimoniosa, frammentaria, episodica. Nei giorni dell'oggi, tuttavia, qualcosa sembra si stia muovendo: il riferimento va, in specie, al diritto bancario, settore tradizionalmente di traino – è noto – per il diritto di impresa, scritto e non scritto. Nel senso del maggior uso pratico di questo criterio, naturalmente<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Milano, 2011, p. 185: è stato così «recepito a livello legislativo, sebbene in contesti settoriali, il principio di riferibilità o di vicinanza della prova».

Da notare, poi, pure il rilievo di ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*<sup>6</sup>, Torino, 2012, p. 159: la norma «contribuisce a dare certezza “al contenuto dell'onere probatorio” che incombe sul soggetto danneggiato, eliminando, sotto questo profilo, le distinzioni che possono derivare dalla natura (contrattuale o aquiliana) della responsabilità dell'intermediario».

<sup>22</sup> Notano AMOROSINO e RABITTI BEDOGNI, *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2004, p. 134, che la disposizione va intesa nel senso che spetta all'intermediario la prova dell'assenza del nesso di causalità tra violazione della regola di condotta e danno.

<sup>23</sup> Anche se, forse, sarebbe più corretto dire che, in più serie di situazioni, si assiste a una sorta di «discussione silenziosa» tra le opposte opinioni. Diciamo che, di base, il problema è sul tappeto.



Materie importanti ne risentono, quali quella - vastissima - che involge i vari profili della documentazione contrattuale e di rapporto; o quella della prova del fido, di fatto e di diritto; o quella della valutazione processuale del comportamento tenuto dall'intermediario<sup>24</sup>, per formulare così dei primi esempi. Quasi sempre la crescita del criterio avviene sottotraccia, secondo consuetudine: l'uso sta più negli esiti disciplinari, che nello svolgimento delle motivazioni. Una cripto-regola coperta da paradigmi argomentativi impliciti, insomma.

Nel contesto di uno dei temi più travagliati - e per l'operatività centrale - che il bancario propone in questo turno di anni, però, il punto sta oggi salendo sino alla superficie. Nei termini, proprio, di discussione tra schiere opposte. Si tratta di individuare il soggetto che, nell'azione di ripetizione dell'indebito promossa dal cliente in un rapporto di conto corrente bancario, porta il peso della prova della (in)fondatezza causale degli addebiti annotati dall'intermediario. Tocca al cliente-attore dimostrare l'assenza della causa dell'attribuzione (discendente dall'invalidità del titolo contrattuale)? O incombe sull'intermediario-convenuto la prova della (validità del contratto e della) fondatezza degli addebiti?

Muovendo dalla considerazione che «la regola generale dell'art. 2697 c.c. deve essere adeguatamente temperata avendo riguardo ai principi della vicinanza della fronte di prova; principio che le Sezioni Unite, n. 13533 del 2001, hanno elevato a criterio principe nella ripartizione dell'onere stesso», una recente decisione di merito<sup>25</sup> decide che, nell'azione di ripetizione dell'indebito, «l'attore può limitarsi a dedurre l'illegittimità di pattuizioni e/o pratiche poste in essere dalla banca, quando la condotta della banca non trovi giustificazione in alcuna pattuizione contrattuale, seppur nulla; e cioè, che gli addebiti della banca sono *sine titulo*».

Sulla linea opposta, una diversa sentenza di merito<sup>26</sup> ha invece escluso - con espressa, formale presa di posizione - che in una simile vicenda possa venire in qualche rilievo il principio di vicinanza alla prova. Agendo il cliente «per la restituzione di un indebito oggettivo, costituito, a suo dire, da una serie di somme che ha pagato alla banca in costanza di rapporto», «la ripetizione dell'indebito è l'oggetto della domanda»; in conformità con la regola tracciata dall'art. 2697 c.c., incomberà su questi il peso della prova: «i fatti costitutivi del diritto fatto valere li deve dimostrare chi adisce il giudice»; spetta al cliente «ricostruire per intero l'andamento del conto».

9.- In definitiva, non pare un azzardo affermare che quello della vicinanza è sul punto di diventare un tema in fiore. Ora, l'«esplicitazione retorica» del problema, compiuta da queste pronunce, è fattore da stimare senz'altro positivo: perché se non altro disperde i rischi di ingiustificate scomparse. Nel merito, però, la stessa contrapposizione che ne scende sollecita qualche pensiero e

<sup>24</sup> Per necessità di spazio limitandosi all'ultimo tema, perché di più recente emersione, v. Trib. Roma n. 4140/2014, *Cassazione.net*, in cui la condanna ex art. 96 c.p.c. dell'intermediario che, assente alla fase mediatrice, aveva poi resistito pur consapevole della negligenza con cui aveva istruito la pratica assicurativa. Non meno significativa, per la materia bancaria, la decisione ABF n. 1412/2014.

<sup>25</sup> Si tratta di Trib. Brindisi, 9 agosto 2012, su *IlCaso.it* da cui sono tratti i virgolettati che seguono.

<sup>26</sup> Trib. Arezzo, Sez. Monteverdici, n. 91/2013, su *Expartecreditoris.it*.

appunto: per ribadire che il tema degli oneri di allegazione e prova nel contenzioso d'impresa potrebbe preferire un'impostazione di taglio più morbido dei puntuti spigoli rappresentati dalle decisioni.

Punto fermo e basico resta, a nostro avviso, che il baricentro concettuale del problema della vicinanza alla prova – nel perimetro dei contratti d'impresa - sta nell'appartenenza del prodotto all'impresa. Dalla riferibilità dei dati del prodotto (costruzione e fruizione protratta nel tempo) all'organizzazione e all'attività dell'impresa segue che l'esito del *test* di vicinanza indicherà con frequenza caratteristica l'impresa. Più o meno accentuata – in ragione della specifica tipologia di impresa e prodotto –, come nell'eventualità «controbilanciata» dai concreti tratti del cliente, una prossimità non sarà mai assente.

Ora, la «permanenza» nella prossimità alla prova dà un aspetto di specialità ai contratti d'impresa. Mentre la struttura aperta e in sé ipotetica del criterio fa sì che, in genere, gli effetti del suo impiego non possano essere oggetto di una valutazione sintetica e preventiva<sup>27</sup> (se non sotto il profilo della maggior «efficienza» del processo: che è ruolo di tutti i correttivi, peraltro), lo stesso non può identicamente ripetersi per la macro area in interesse. Nel caso dei contratti d'impresa, applicare il criterio di vicinanza della prova significa (in buonissima parte dei casi) dare rilevanza processuale alla posizione di strutturale differenza tra le parti che il binomio concettuale produttore-cliente contiene. Con la conseguenza, ci pare, che la fisiologica differenza nell'accesso alla prova è destinata a segnare, in punto di distribuzione degli oneri probatori, l'emersione di un segmento di linea istituzionale (che assuma, cioè, come processualmente rilevante la detta differenza strutturale).

Differenza che, tuttavia, non si identifica affatto in un esonero dalla prova della parte «cliente» o in ritenute sufficenze di allegazioni: a parte tutto il resto, ciò significherebbe tradire il ruolo – integrativo - che il sistema vigente consegna alla vicinanza (sopra, n. 4). La stessa dovrebbe sostanziarsi, piuttosto, in differenti intensità delle prove richieste alle parti in punto di assolvimento dell'onere. L'indicazione è insomma (fermo che si discorre di impostazione e salve perciò le diverse esigenze che le singole fattispecie concrete possono manifestare) quella di un alleggerimento del carico della prova per il cliente: di una riduzione dello *standard* probatorio sufficiente perché il fatto allegato sia stimato provato. O anche (in cumulo, come in alternativa) la richiesta di un atteggiamento di netto rigore per il professionista: a chiedere una prova completa, precisa e specifica.

Come pure la detta indicazione si apre verso una differenziazione, da parte a parte, dell'«esigibilità» del comportamento probatorio: di peso e valutazione, cioè, della regola di lealtà processuale di cui all'art. 88 c.p.c. Se la natura di clausola generale del precetto esclude di per sé la necessità di comportamenti processuali (nel caso, probatori) identici per ciascuno, una lettura del processo, che tenga conto della realtà sostanziale dei rapporti, indica l'esigenza di diverse declinazioni concrete dello stesso sulla base della differente condizione delle parti coinvolte.

---

<sup>27</sup> «La questione non è legata in astratto alle posizioni» delle parti, ma «alle singole concrete fattispecie»: Trib. Catania, 3 maggio 2006, in *Giur. mer.*, 2007, p. 966.

Ancora un'osservazione, per quanto solo esplicitativa di quanto già trasparente. Predicare la rilevanza della vicinanza dell'impresa alla prova non è cosa fine a sé stessa, né risponde a mere o vaghe istanze di ordine equitativo. Risponde, piuttosto, a una logica che cerca le sue radici nella dimensione sostanziale<sup>28</sup>, e tipica, dell'attività di impresa. Far filtrare il profilo della vicinanza nelle regole del processo civile, con la conseguente maggiore «responsabilità» probatoria dell'impresa, significa imprimere a questa un criterio programmatico dell'agire come improntato alla professionalità che dalla stessa l'ordinamento attende (si confrontino i vari segmenti che compongono l'art. 41 Cost.). Infine, significa operare perché l'«essere» delle imprese si avvicini quanto più possibile al loro «dover essere»<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Che è tratto basilico del criterio di vicinanza: cfr., pur in una visione che - dichiarata - abdicata ai profili assiologici del sistema, TARUFFO, *op. cit.*, p. 253.

<sup>29</sup> Nel contesto in cui si coniugano vicinanza e area dell'impresa, è immediato il rilievo che, dei due filoni della vicinanza che prendono fonte costituzionale (quello che attinge alla tutela del diritto di difesa del soggetto distante; e quello che si rifà al dovere di solidarietà del soggetto «vicino»), le caratteristiche strutturali della relazione impresa-cliente attribuiscono il primato alla seconda impostazione. Qualificatoria è la presenza dell'impresa nella relazione: la categoria del cliente essendo logicamente posteriore, e riflessa, rispetto a quella. La corretta prospettiva d'indagine, in altri termini, si fissa sull'offerta e sul soggetto che di tale offerta è vettore.

Nella realtà, peraltro, il discorso viene nel suo complesso a ruotare. Nel senso che la vicinanza è (anche, ma tanto) istanza di recupero di efficienza. Che è funzione non solo «sociale», ma pure «personale»: un ritorno, quindi, dai commi 2 e 3 al comma 1 dell'art. 41 Cost.