

La prova nel diritto e nel processo

Collana diretta da Salvatore Patti e Roberto Poli

Il ragionamento presuntivo

Presupposti, struttura, sindacabilità

a cura di

Salvatore Patti e Roberto Poli



Giappichelli

Presentazione

Il volume inaugura una collana dedicata alle problematiche della prova nel diritto sostanziale e nel processo e raccoglie, oltre a saggi di carattere storico e filosofico, contributi di cultori di diritto civile, diritto tributario, diritto processuale civile e diritto processuale penale, nonché di giudici della Corte suprema di cassazione.

La scelta dei curatori non è casuale, poiché è sembrato opportuno unire alla riflessione teorica quella di studiosi che sono altresì i principali artefici della formazione del diritto vivente.

Il diritto vivente – secondo alcuni l'unico diritto che merita questo nome – presenta grande rilevanza nella materia delle presunzioni semplici per diversi motivi, tra i quali nella pagina introduttiva può ricordarsi anzitutto il netto distacco tra la formula dell'art. 2729 c.c., secondo cui il giudice «non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti» e il costante orientamento giurisprudenziale che non attribuisce alcun significato al plurale adoperato dal legislatore nello stabilire i presupposti della «costruzione» giudiziale della presunzione.

Come risulta dai contributi raccolti nel volume – una volta chiariti i rapporti degli elementi presuntivi con le prove in senso stretto, gli argomenti di prova e le prove atipiche – le questioni più interessanti riguardano anzitutto l'individuazione dei limiti della discrezionalità del giudice nello stabilire il ricorso alla presunzione, l'individuazione della fase processuale in cui questo può avvenire, il rispetto del principio del contraddittorio, l'allegazione e la prova del fatto base, il collegamento tra questo e il fatto ignoto.

Alcune delle problematiche indicate emergono soprattutto nei frequenti casi di ricorso alla presunzione semplice per provare il danno non patrimoniale, ad esempio a seguito di morte del familiare, poiché da un lato la giurisprudenza richiede la prova del danno «conseguenza», cioè la dimostrazione del pregiudizio subito dal familiare a seguito dell'uccisione del parente, dall'altro costruisce di regola una presunzione semplice sulla base della ricorrenza di abituali presupposti, quali la convivenza. Ci si può chiedere, quindi, se il ricorso alla presunzione semplice non sia un mero espediente per evitare di ammettere un'ipotesi di danno *in re ipsa*.

In altri termini, l'esame del diritto vivente dimostra una grande varietà di applicazioni dell'art. 2729 c.c.: alcune «abituali», e quindi idonee a dimostrare la formazione di una norma effettivamente vigente, diretta a garantire stabilità e prevedibilità delle decisioni; altre – meno condivisibili – in cui le presunzioni «tratte» dal giudice, sulla base di elementi probatori presenti nel materiale acquisito al giudizio ma spesso non oggetto di dibattito rischiano di alimentare il settore delle «sentenze a sorpresa».

Sul versante del diritto probatorio in senso stretto, poi, vengono in rilievo i temi che hanno caratterizzato la giurisprudenza sull'accertamento dei fatti negli ultimi tre lustri e che ancora oggi non sembrano aver trovato soluzioni appaganti. Si pensi, ad es., allo standard di prova del "più probabile che non", ormai divenuto diritto vivente, in ordine al quale ci si chiede se sia necessario individuare un grado minimo di conferma probatoria per poter considerare raggiunta la prova piena e quindi portare legittimamente un fatto a fondamento della decisione.

Oppure, ancora, nel medesimo contesto della probabilità rilevante, si pensi ai rapporti tra la c.d. probabilità quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi, che secondo la Suprema Corte dovrebbe entrare in gioco del tutto marginalmente nel giudizio di fatto, e la c.d. probabilità logica, che la stessa Corte invece caldeggia e che si fonda sul rapporto tra un'ipotesi ricostruttiva fattuale e il grado di conferma che la stessa riceve dagli elementi di prova disponibili nel caso concreto.

Infatti, per un verso, appare contraddittorio negare rilievo alle leggi statistiche, considerato che parlano di classi di eventi e non di eventi singoli e concreti, e nello stesso tempo ammettere i ragionamenti fondati sulle massime d'esperienza, che pure, per la loro natura di generalizzazioni, non possono dire nulla circa la verità del singolo fatto concreto oggetto di prova. Per l'altro verso, non è chiaro attraverso quali specifici criteri sia possibile determinare in concreto la probabilità logica di una determinata ipotesi ricostruttiva dei fatti rilevanti, ed in particolare ove non si possa dare ingresso ai nudi ed oggettivi dati statistici, con evidente quanto indesiderabile rischio di derive soggettivistiche nella valutazione degli elementi indiziari e probatori in generale.

Si tratta di temi che si complicano ulteriormente quando la presunzione dovrebbe fondarsi su di una legge scientifica, poiché in tal caso si affianca il problema di selezionare la "buona scienza" ed escludere la c.d. *junk science*. La maggiore complessità si raggiunge poi quando occorre accertare, attraverso presunzioni semplici, il nesso di causalità materiale, poiché non vi è uniformità di vedute in ordine al criterio causale preferibile.

Di qui l'importanza di un sistema di controlli e di rimedi nei confronti dell'operato del giudice che abbia valutato (o trascurato di valutare) elementi indiziari. Con particolare riguardo al ricorso per cassazione, la Suprema Corte ha affermato che il sindacato è ammesso non solo nell'ipotesi, davvero rara, in cui il giudice abbia direttamente violato l'art. 2729 c.c., deliberando che il ragionamento presuntivo possa basarsi su indizi che non siano gravi, precisi e concordanti, ma anche quando egli abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza, sussumendo, cioè, sotto la previsione di detta norma fatti privi dei caratteri legali, e incorrendo, quindi, in una falsa applicazione della norma stessa, esattamente assunta nella enunciazione della fattispecie astratta, ma erroneamente applicata alla fattispecie concreta. Resta però da stabilire esattamente in che limiti sia sindacabile, ad es., la valutazione in termini di gravità o di precisione dell'indizio.

Ed a tale proposito si ripropone in tutta la sua ampiezza – specialmente dopo la riforma del 2012 che ha ridisegnato, limitandolo, il vizio di motivazione come motivo di ricorso – il problema classico del c.d. vizio logico nel ragionamento del giudice e del suo controllo avanti la Suprema Corte.

Da ultimo, non può trascurarsi di sottolineare che il ragionamento presuntivo rap-

presenta, sotto molti profili, l'archetipo del ragionamento probatorio in generale, sicché i problemi qui affrontati e le soluzioni proposte per il primo rivestono sicuro interesse anche per il secondo.

Il volume intende pertanto offrire al lettore una guida in un settore dell'esperienza giuridica in cui il legislatore ha correttamente lasciato al giudice una grande discrezionalità, ed è la stessa giurisprudenza a stabilire in concreto, con i connessi e inevitabili rischi, i limiti della suddetta discrezionalità.

SALVATORE PATTI

ROBERTO POLI

Parte I

Inquadramento generale

Salvatore Patti

Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi

SOMMARIO: 1. Il frequente ricorso alle presunzioni semplici nella giurisprudenza in tema di risarcimento del danno. – 2. Il ragionamento della Corte di cassazione. – 3. Prova mediante presunzione semplice e possibilità di prova contraria. – 4. Presunzioni semplici e presunzioni legali *iuris tantum*. – 5. Presunzioni semplici, prova *prima facie* e argomenti di prova. – 6. La “costruzione” della presunzione semplice e il rapporto tra presunzione semplice e onere della prova. – 7. Presunzioni semplici, principio del contraddittorio e prova contraria. – 8. I requisiti richiesti dell’art. 2729 c.c.: gravità, precisione e concordanza. – 9. Le presunzioni semplici basate su un unico indizio e la c.d. *praesumptio de praesumpto*. – 10. Presunzioni semplici e presunzioni giurisprudenziali. – 11. La presunzione semplice come strumento di prova “oltre il diritto”.

1. Il frequente ricorso alle presunzioni semplici nella giurisprudenza in tema di risarcimento del danno.

Le presunzioni semplici, di recente definite “sconosciute”¹, a volte trattate soltanto in alcune pagine nei volumi dedicati alle prove² e persino in quelli in tema di presunzioni³, o in poche righe nei manuali di diritto privato⁴, hanno acquistato negli ultimi anni un ruolo di primo piano nella giurisprudenza⁵ e, in particolare, nelle sentenze in

¹ V. il titolo del Convegno di studi su “*Le presunzioni semplici, queste sconosciute*”, organizzato dal Consiglio dell’ordine degli avvocati e dalla Fondazione dell’avvocatura di Treviso (30 novembre 2018).

² Ad esempio, nel celebre libro di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2ª ed., Roma, 1947, pp. 107, 113-118. Alcune pagine si rinvencono inoltre nell’Appendice curata da Augenti, per la 2ª edizione, 286, 303-305. Così anche nella dottrina francese: cfr. È. VERGES, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, Paris, 2015, pp. 244-249; A. AYNES, X. VUITTON, *Droit de la preuve*, 2ª ed., Paris, 2017, pp. 345-352.

³ Cfr. E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell’onere della prova*, Torino, 2014, p. 189 ss. Nella dottrina meno recente v. L. RAMPONI, *La teoria delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, p. 309. Anche nel libro di G.R. PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova, 1935, l’attenzione è rivolta quasi esclusivamente alle massime di esperienza e alla prova *prima facie*. Parimenti, soltanto brevi cenni si rinvencono nei saggi raccolti in *Les présomptions et les fictions en droit*, Etudes publiées par Perelman et Foriers, Bruxelles, 1974.

⁴ V., ad es., C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Milano, 2018, p. 666; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24ª ed., Milano, 2019, p. 258.

⁵ Un significativo invito alla prudenza nell’utilizzazione delle presunzioni semplici è ribadito in Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, in materia di assegno di divorzio, secondo cui “il giudice di merito

materia di risarcimento del danno, nonostante da tempo sia stato osservato che esse “*constituent un procédé de preuve dangereux*”⁶.

Uno dei motivi del frequente ricorso alle presunzioni semplici viene individuato nell’affermazione della risarcibilità di alcune fattispecie di danno, in genere non patrimoniale, che non può essere provato – o può essere provato con grande difficoltà – mediante prova diretta. Ciò anche perché la Corte di cassazione rimane quasi sempre fedele alla tesi secondo cui il danneggiato deve allegare e provare non soltanto il danno evento ma anche il danno conseguenza, non ammettendosi il danno *in re ipsa*, ma nel contempo facilita la posizione dell’onerato richiedendo soltanto un’allegazione dettagliata e “costruendo” una presunzione semplice per quanto concerne la dimostrazione del secondo⁷.

Risulta inoltre costante l’affermazione secondo cui non è necessario che i fatti sui quali la presunzione (semplice) si fonda siano tali da far apparire l’esistenza del fatto ignoto come l’unica conseguenza possibile, purché l’inferenza sia effettuata alla stregua di un canone di ragionevole probabilità, con riferimento alla connessione degli accadimenti la cui normale sequenza e ricorrenza può verificarsi in base a regole di esperienza, alla luce di un criterio di normalità, basato sull’*id quod plerumque accidit*⁸.

non potrà presumere, puramente e semplicemente, che il non aver uno dei due coniugi svolto alcuna attività lavorativa sia da ascrivere ad una scelta comune dei coniugi, e neppure che il non aver svolto attività lavorativa abbia di per sé sicuramente giovato al successo professionale dell’altro coniuge”.

⁶ Così F. CHABAS, *Introduction à l’étude du droit*, Paris, 1996, p. 596. Nel senso che la legge ammette le presunzioni semplici “non senza una certa ombra di diffidenza”, v. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, 3^a ed., 2, Milano, 1985, p. 61. Per analoghe considerazioni v. S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 853 ss., il quale ritiene che la previsione di requisiti legali per la valutazione delle prove critiche evidenzia palesemente il sospetto che il legislatore nutre nei loro confronti come prove meno “sicure” rispetto alle prove dirette o storico-rappresentative (p. 855).

⁷ Giurisprudenza costante in materia di danno non patrimoniale: v. tra le altre, Cass., 10 maggio 2018, n. 11269; Cass., 28 febbraio 2019, n. 5807. In particolare, nel senso che la lesione del rapporto parentale non costituisce un’ipotesi di danno *in re ipsa*, v. Cass., 23 giugno 2016, n. 12985, in *D&G*, 2016, con nota di R. SAVOIA. Altre decisioni si rinvencono, ad esempio, in materia di immissioni di rumore superiori alla normale tollerabilità: tra le più recenti Cass., 18 luglio 2019, n. 19434. In materia di danno da occupazione *sine titulo*, v. Cass., 25 maggio 2018, n. 13071, in *Giur. it.*, 2018, p. 1555; e in *Gazzetta forense*, 2018, p. 454 ss. con nota di P. SORRENTINO.

Peraltro, l’orientamento all’interno della Corte suprema non è uniforme: v., in particolare, Cass., 31 luglio 2019, n. 20708 e Cass., 28 agosto 2018, n. 21239, in *Danno e resp.*, 2019, p. 401 che affermano il danno *in re ipsa* nel caso di ritardata consegna di un bene immobile. Ma in senso contrario (diversa sezione), Cass., 24 aprile 2019, n. 11203, secondo la quale “nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente «in re ipsa»”.

Ambigua Cass., 15 dicembre 2016, n. 25898, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Danni civili*, n. 114, secondo cui il danno può definirsi *in re ipsa*, ma non viene meno “l’onere per l’attore quantomeno di allegare, e anche di provare, con l’ausilio delle presunzioni, il fatto da cui discende il lamentato pregiudizio”. V. anche Cons. Stato, 27 maggio 2019, n. 3428, in *Giur. it.*, 2019, p. 1517 che considera *in re ipsa* il danno per mancato godimento del bene a causa di occupazione illegittima.

⁸ Afferma che “perché il giudice possa dedurre dal fatto noto il fatto ignorato, non occorre che quest’ultimo sia la necessaria conseguenza dei fatti accertati, ma basta che sussista la probabilità del fatto supposto”, già Cass., 15 novembre 1977, n. 4965, in *Giur. it.*, 1978, c. 1037 ss. Tra le decisioni più recenti, Cass., 2 maggio 2017, n. 5374; Cass., 5 dicembre 2017, n. 28995; Cass., 15 marzo 2018, n. 6387, in *Foro it.*, 2018, c. 3656, con nota di S. PATTI, *Restituzione dell’immobile locato e prova del danno da deteriora-*

Ricordato, quindi, che la prova presuntiva non è “più debole” degli altri mezzi di prova, si considera sufficiente, ad esempio, che il danneggiato abbia allegato il fatto base della normale e pacifica convivenza del proprio nucleo familiare nonché le lesioni subite dal proprio congiunto all’esito del fatto/evento lesivo, tali da comportare una sofferenza interiore idonea a determinare un’alterazione del proprio modo di relazionarsi con il mondo esterno, inducendo a scelte di vita diverse⁹. Si legge, ancora, che “il fatto illecito costituito dalla uccisione di uno stretto congiunto (...) dà luogo ad un danno non patrimoniale presunto, consistente nella sofferenza morale che solitamente si accompagna alla morte di una persona cara”¹⁰.

In altri termini, per l’attore è di regola sufficiente allegare la sofferenza interiore e “il fatto base della normale e pacifica convivenza del proprio nucleo familiare”; la suddetta allegazione risulta determinante nella misura in cui non vi sia contestazione specifica, evento ben raro alla luce del carattere chiuso delle relazioni attinenti al nucleo familiare (31950, 2018 – 29830, 2018 – 10527, 2011, cit.). Nulla, in genere, si aggiunge circa la prova contraria, che finisce per acquistare i contorni di una astratta possibilità¹¹, in quanto, a ben vedere, viene presa in considerazione (solo) se già sussiste nel materiale istruttorio, poiché impedisce la costruzione della presunzione¹², né un’adeguata riflessione si riscontra con riguardo alla mancata contestazione dei fatti allegati, rilevante per la costruzione della presunzione¹³, dovuta spesso alla impossibilità, per il convenuto, di conoscere circostanze che riguardano la vita privata e familiare del (presunto) danneggiato.

Particolarmente significativa, la statuizione di chiusura di una delle sentenze prese in esame, secondo cui “in presenza dell’allegazione del fatto base delle gravi lesioni subite dal figlio convivente, il giudice deve ritenere in particolare provata la sofferenza interiore (o patema d’animo) e lo sconvolgimento dell’esistenza che (anche) per la madre ne derivano”¹⁴.

mento, da cui è tratta la citazione. Deve pertanto considerarsi superato l’orientamento più rigido, alla luce del quale il fatto ignoto dovrebbe desumersi con assoluta certezza del fatto noto: in argomento v. A. D’ANGELO, *Il controllo della Cassazione sui requisiti delle presunzioni semplici*, in *Foro it.*, 1973, I, c. 149 ss.

⁹ Cass., 16 febbraio 2012, n. 2228, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1802.

¹⁰ Cass., 11 dicembre 2018, n. 31950, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 1647 ss., con nota di A. SALOMONI. In senso analogo Cass., 31 gennaio 2019, n. 2788, in *Foro it.*, 2019, I, c. 782 (s.m.), con nota di G. PONZANELLI. Con riferimento alla quantificazione del danno non patrimoniale, problematica non oggetto della presente indagine, v., per tutti, E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010; L. SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Torino, 2013, spec. p. 133 ss.

¹¹ V. però Cass., 11 dicembre 2018, n. 31950, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 438 ss., con nota di M. DE PAMPILIS, *Danno da uccisione del familiare: niente risarcimento al coniuge “infedele”*, che supera la suddetta presunzione semplice sulla base della esistenza di una relazione extraconiugale.

¹² Cfr. Cass., 8 giugno 1983, n. 3937: anche per la revocatoria ordinaria è ammissibile la prova per presunzioni semplici della *scienza danni* da parte dell’acquirente, senza che, in mancanza di limitazioni stabilite dalla legge, sia al riguardo da richiedere un particolare rigore o da adottare un diverso concetto di presunzione semplice, che, costituendo un mezzo di prova sussidiario, utilizzabile in assenza di prove contrarie e rimesso al prudente apprezzamento del giudice, può fornire una certezza relativa, idonea a colmare le lacune istruttorie, specialmente in materia nella quale è difficile o impossibile acquisire la prova diretta.

¹³ In senso critico sulla possibilità di costruire una presunzione semplice basata sulla non contestazione del fatto allegato, v. N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, 2016, p. 506 ss.

¹⁴ Cass., 16 febbraio 2012, n. 2228, cit.

Lo schema probatorio è pertanto il seguente: allegazione circostanziata del fatto (o dei fatti) base e costruzione della presunzione semplice, che – secondo la Corte suprema – determina l'onere della controparte di fornire prova contraria¹⁵, e in mancanza conduce a ritenere provato il danno esistenziale. Emerge, in definitiva, una (sostanziale) contraddizione tra l'affermazione iniziale, secondo cui il danno alla persona non può considerarsi *in re ipsa* e l'*iter* argomentativo sopra descritto, che conduce all'affermazione della sussistenza del danno senza che alcuna prova – neppure quella del fatto base della presunzione, in particolare la “normale e pacifica convivenza” – sia stata fornita dall'attore.

Inoltre, nella sentenza prima ricordata e in altre recenti decisioni si legge che il danno, anche in caso di lesione di valori della persona, non può considerarsi *in re ipsa*, in quanto ne risulterebbe snaturata la funzione del risarcimento che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno ma “quale pena privata per un comportamento lesivo”¹⁶.

Per quanto concerne l'accertamento del danno – come detto – questo non sempre ha luogo, posto che in molte ipotesi la Corte finisce per ritenere sufficiente l'allegazione del pregiudizio nonché di “tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto”¹⁷, mentre, invero, qualsiasi allegazione, perfino la più dettagliata, non può considerarsi equivalente ad una prova e quindi all'accertamento del fatto. Ma, soprattutto, sembra criticabile il riferimento alla pena privata, poiché comunque la condanna non sarebbe collegata ad un atto di autonomia privata (come, ad es., avviene nel caso della clausola penale), cosicché non si vede in che cosa consisterebbe il carattere “privato” della sanzione, dovendosi semmai configurarsi la diversa figura dei c.d. “danni punitivi”¹⁸.

In definitiva, nella materia in esame è divenuto almeno in parte obsoleto l'antico insegnamento secondo cui la presunzione semplice – descritta come “*operation de l'espri*” – determina (soltanto) uno “spostamento” dell'oggetto della prova, idoneo a facilitare la posizione dell'attore poiché la prova del fatto “base” è più agevole di quella di fatto ignoto¹⁹.

2. Il ragionamento della Corte di cassazione.

Esaminiamo meglio il ragionamento usualmente seguito dalla Corte suprema relativamente alla prova del danno mediante presunzioni.

¹⁵ Sul punto v. *infra*.

¹⁶ Cfr. ad es., Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur. it.*, 2008, p. 68; Cass., 25 maggio 2018, n. 13071, *ivi*, 2018, p. 1555 ss.

¹⁷ Così Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*, p. 69.

¹⁸ Sulla distinzione cfr. F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 531 ss.; S. PATTI, *Pena privata*, in *Digesto IV, disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1996, p. 349 ss. Con riferimento alla materia in esame, nella vasta letteratura, v. M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 289 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 352 ss. G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1999, p. 353 ss.

¹⁹ Cfr., tra gli altri, G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Paris, 2007, p. 110 ss.

In molte decisioni si afferma che la prova del danno non patrimoniale da uccisione o da lesione dello stretto congiunto può essere data anche a mezzo di presunzioni, e si precisa che esse servono a facilitare l'assolvimento dell'onere della prova da parte di chi ne è onerato, trasferendo sulla controparte l'onere della prova contraria²⁰. Pertanto, vengono indicate due diverse funzioni: rendere agevole (non eliminare) l'onere della prova in capo al soggetto che ne è gravato; spostare l'onere, sotto forma di prova contraria, sulla controparte.

Vedremo più avanti se all'affermazione della regola segue effettivamente la sua applicazione nel caso concreto.

La Corte spiega la differenza tra presunzione semplice o *hominis* e presunzione legale: la prima – sono parole della Corte – “si caratterizza perché il fatto che la fonda va provato in giudizio, mentre nella presunzione legale è stabilito dalla legge che, attraverso lo schema logico della presunzione, non vuole imporre conclusioni indefettabili, ma introduce uno strumento di accertamento dei fatti di causa che può anche presentare qualche margine di opinabilità nell'operata riconduzione, in base a regole (elastiche) di esperienza, del fatto ignoto da quello noto, mentre, quando queste regole si irrigidiscono, assumendo consistenza di normazione positiva, si ha un fenomeno qualitativamente diverso e dalla *praesumptio hominis* si trapassa nel campo della presunzione legale”²¹.

Con parole più semplici, la dottrina individua la distinzione nella circostanza che le prime sono “lasciate alla prudenza del giudice” (art. 2729 c.c.) mentre le seconde sono previste dalla legge²². Ma dalla massima sopra riportata si evince altresì il passaggio – di cui quindi la giurisprudenza ha piena consapevolezza – dalla presunzione semplice, costruita caso per caso secondo quanto prescritto dall'art. 2729 c.c., alla presunzione legale o, più precisamente (alla luce della mancanza di un dato testuale normativo), alla c.d. presunzione giurisprudenziale, cioè – come si vedrà – ad una presunzione equiparabile alla presunzione *iuris tantum*, non prevista dalla legge bensì espressione del diritto vivente, quale conseguenza dell'affermata “consistenza di normazione positiva”²³.

Inoltre, rispetto a quanto sovente sostenuto in giurisprudenza, conviene precisare che (anche) nella presunzione legale il fatto noto, stabilito dalla legge, deve essere provato. La differenza, per quanto concerne il fatto noto, consiste piuttosto nella sua individuazione, essendo esso fissato dal legislatore nelle presunzioni legali, mentre viene indicato di volta in volta dal giudice nelle presunzioni semplici²⁴. In entrambi i casi,

²⁰ V., tra le tante, Cass., 13 maggio 2011, n. 10527, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1092 con nota di G. PONZANELLI.

²¹ Cass., 13 maggio 2011, n. 10527, cit.; v. anche Cass., 27 novembre 1999, n. 13291, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Prova civile in genere*, n. 33, secondo cui, a differenza della presunzione semplice, la presunzione legale *iuris tantum*, essendo stabilita dalla legge, “non abbisogna della prova di un fatto sul quale possa fondarsi e giustificarsi”.

²² Riferimenti in S. PATTI, *Prove*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja, Branca, Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2015, p. 632 ss.

²³ V., ancora, Cass., 13 maggio 2011, n. 10527, cit.; Cass., 16 gennaio 2019, n. 966, in *Fam. dir.*, 2019, p. 204; e in *Notariato*, 2019, 2, p. 162, che, in materia di possesso del coerede, dichiara la sussistenza di una presunzione *iuris tantum* che il coerede abbia agito nella qualità e operato anche nell'interesse degli altri coeredi (orientamento consolidato).

²⁴ Sulla grande varietà di fatti che possono essere considerati “base” per la costruzione della presunzione, v. A. AYNÈS, X. VUITTON, *Droit de la preuve*, cit., p. 346 ss.

non soltanto in quello della presunzione semplice, esso deve essere provato (o considerato pacifico secondo le regole generali).

Con riferimento alle presunzioni semplici occorre ancora verificare, come si vedrà, se – formata la presunzione – sia in effetti consentito alla parte che ne risulta svantaggiata la possibilità di fornire prova contraria. In altri termini, ci si chiede se nel concreto svolgimento del processo, l'utilizzazione della presunzione semplice da parte del giudice non emerga spesso in una fase in cui la parte da essa svantaggiata non ha più la possibilità – in astratto concessa – di fornire la prova contraria, favorendosi in tal modo le c.d. sentenze “a sorpresa”²⁵.

Esatta, infine, la regola di fonte giurisprudenziale, invero non sempre rispettata, secondo cui occorre in primo luogo una valutazione analitica degli elementi indiziari disponibili, per scartare quelli intrinsecamente privi di rilevanza e conservare quelli che, presi singolarmente, presentino una positività parziale e almeno potenziale di efficacia probatoria. Dopo questa selezione, si richiede una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi per accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che non potrebbe considerarsi raggiunta valutando atomisticamente uno o alcuni di essi²⁶.

3. Prova mediante presunzione semplice e possibilità di prova contraria.

Come si è osservato, le presunzioni semplici, se utilizzate ripetutamente in una determinata fattispecie, vengono accostate dalla giurisprudenza alle presunzioni legali *iuris tantum*. Tuttavia, la presunzione semplice rappresenta un fenomeno ben diverso rispetto alle presunzioni legali che ammettono la prova contraria²⁷.

Si consideri che la teoria e la disciplina delle prove riguardano i mezzi mediante i quali si dimostrano i fatti che costituiscono il fondamento del diritto fatto valere in giudizio (o dell'eccezione). Poiché la verità di un fatto si dimostra procedendo dal noto all'ignoto per via di induzione, si deve mettere in evidenza il rapporto tra un fatto noto e un fatto ignoto. Se il rapporto tra i due fatti è immediato e diretto ricorre la prova: es. la quietanza prova il pagamento. Se, invece, il rapporto tra i due fatti è indiretto, affinché il fatto ignoto possa considerarsi provato, occorre fare ricorso al ragionamento presuntivo. In tal senso si precisa che la presunzione (semplice) è la supposizione della verità di un fatto come conseguenza indiretta e probabile di un altro fatto²⁸.

²⁵ Afferma correttamente che il giudice “non può decidere la questione sulla base della presunzione (semplice) senza prima aver dato corso alla prova del contrario”, Cass., 24 maggio 1979, n. 2994, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 1934.

²⁶ Così, ad es., Cass., 7 febbraio 2019, n. 3643, in *Giur. it.*, 2019, p. 746.

²⁷ Sull'“errore concettuale” consistente nel disciplinare nella stessa norma (art. 2727 c.c.) due fenomeni del tutto diversi, v. M. TARUFFO, *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 1167 s. Viceversa, nella ricostruzione del pensiero di Carnelutti effettuata da Augenti, nell'*Appendice de La prova civile*, cit., p. 304, si sostiene “l'unità fondamentale delle presunzioni semplici e delle presunzioni legali”.

²⁸ Cfr. L. RAMPONI, *La teoria delle presunzioni*, cit., p. 6. V. anche F. CARNELUTTI, *La prova civile*,

Il ragionamento di tipo inferenziale si riscontra pertanto sia nel caso della prova che in quello della presunzione. Significativa al riguardo la definizione offerta in tempi ormai lontani da un noto studioso del diritto probatorio, secondo cui la prova è “una induzione naturale e legale, risultante da un rapporto che passi tra un fatto sottoposto alla nostra osservazione immediata e un altro fatto non sottoposto a tale osservazione, il quale rapporto fa sì che la cognizione del primo indica per via di conseguenza la cognizione del secondo”²⁹.

Anche da un altro autorevole studioso la prova è stata definita come relazione inferenziale che, movendo da un fatto noto consente di pervenire alla conoscenza in termini di probabilità di un fatto ignoto³⁰. Il ragionamento seguito dal giudice per ritenere conseguita la prova e quello utilizzato per presumere un fatto sono quindi molto simili.

Una ulteriore conferma può trarsi da un recente contributo in tema di standard di prova, poiché cercando di individuare nel dettato legislativo i parametri per considerare raggiunto il requisito del “più probabile che non”, si è suggerito di fare riferimento all’art. 2729 c.c., dettato in tema di presunzioni semplici, osservando che “nel ragionamento presuntivo l’inferenza utilizzata deve condurre alla conclusione affermata con un alto grado di credibilità razionale (altro non sembra il significato ricavabile della necessità delle caratteristiche di gravità, precisione e concordanza degli indizi ivi prevista...)”³¹.

La distinzione tra prova (diretta) e presunzione semplice si declina peraltro sotto il profilo della forza probante e soprattutto del collegamento tra fatti accertati e fatti rilevanti: diretto nel primo caso e indiretto nel secondo, in cui il giudice muove da “indizi” – i quali, comunque, devono presentare una certa forza probante e precisamente il suddetto alto grado di credibilità razionale – e perviene alla conclusione a seguito di un ragionamento di tipo probabilistico, che tuttavia non prescinde dalle caratteristiche del caso concreto. Per quanto riguarda la forza probante conviene rilevare che anche nel caso della prova diretta – come è noto – in molti settori dell’esperienza, ed in particolare per quanto concerne la prova del nesso causale, si considera sufficiente una ragionevole probabilità³², per cui il fatto dotato di forza probante tende ad avvicinarsi agli in-

cit., p. 107: “si chiamano *fonti di presunzione* i fatti serventi alla deduzione del fatto da provare, *che non sono costituiti per la rappresentazione di questo*”.

²⁹ M. PESCATORE, *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, p. 187 ss.

³⁰ Cfr. A. GIULIANI, *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 565, 569; ID., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, p. 165: “La presunzione è legata all’*idea del normale*: è un principio di economia della ricerca che non si debba provare tutto; in quanto l’idea del normale ci permette dei punti di riferimento, ci offre delle *verità probabili* che sono al di sopra di semplici congetture”.

³¹ R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2529. Per una visione dell’acceso dibattito, riscontrabile in diversi paesi, sugli standard di prova v. M. TARUFFO, *Rethinking the Standards of Proof*, in *Am. J. Comp. L.* 51 (2003), p. 659 ss.; J.C. SCHERPE, *Alleviations of Proof in German and English Civil Evidence*, in *RabelsZ* 80 (2016), p. 888 ss., la quale osserva che più alto è lo *standard* di prova richiesto maggiore è la necessità di facilitazioni se non si vuole irragionevolmente privare la parte dei propri diritti (p. 890).

³² In argomento si rinvia a S. PATTI, *Der Beweis des Kausalzusammenhangs: Beweislastumkehr und Vermutung im italienischen Recht*, in *Liber amicorum Brüggemeier*, Baden-Baden, 2009, p. 181 ss.; e, anche per i riferimenti bibliografici, alla recente trattazione di F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella*

dizi, per definizione non dotati di sufficiente forza probante. In altri termini, il giudice perviene alla conclusione in entrambe le ipotesi sulla base di un ragionamento probabilistico. Tuttavia, come detto, la differenza tra le due fattispecie consiste soprattutto nel rapporto diretto che sussiste nel caso della prova tra il fatto che costituisce il mezzo di prova e il fatto da provare, mentre il fatto denominato indizio solo indirettamente supporta il ragionamento probabilistico nella costruzione della presunzione.

Ciò posto, la parte sfavorita dalla presunzione, che costituisce il mezzo di prova del fatto, ha il diritto di fornire prova contraria, ma non può esercitarlo quando in mancanza di contraddittorio, il giudice perviene alla decisione senza avere concesso alla parte svantaggiata dalla presunzione la possibilità di contrastarla. In questo caso, la parte su cui non grava l'onere della prova, e che risulta sfavorita dalla costruzione della presunzione, non può tentare di dimostrare che l'effettivo svolgimento dei fatti è diverso da quello ipotizzato dal giudice per "trarre" la presunzione, con evidente violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

Diverso, per alcuni profili, il dibattito riscontrabile nell'esperienza tedesca, poiché un diffuso orientamento dottrinale afferma che la presunzione semplice determina una inversione dell'onere della prova. Occorre peraltro ricordare che in base alla disciplina della *Zivilprozessordnung* si svolge di regola un vero e proprio "dialogo" tra il giudice e le parti, anche perché essendo il giudice tenuto ad esprimere il proprio convincimento provvisorio (§ 278, Abs. 2, ZPO), emerge in genere il ragionamento presuntivo che conduce ad una conclusione sfavorevole alla parte su cui non grava l'onere della prova ma che viene chiamata a fornire prova contraria³³.

La suddetta utilizzazione delle presunzioni semplici è peraltro da lungo tempo criticata da chi denuncia inversioni dell'onere della prova non previste dalla legge e quindi prive di base giuridica³⁴. Si osserva in particolare che ogni ricostruzione di un avvenimento si basa sull'esperienza e pertanto non si considera ammissibile che le presunzioni semplici, giustificate alla luce dell'esperienza, vengano utilizzate non ai fini della valutazione delle prove – ambito al quale vengono ricondotte³⁵ – ma per stabilire la ripartizione dell'onere della prova. Ritenuto, infatti, che le regole di ripartizione dell'onere della prova appartengono al diritto sostanziale, la inversione dell'onere della prova può trovare fondamento unicamente in una norma, come nel caso delle presunzioni legali *iuris tantum*. La presunzione semplice, viceversa, in base all'art. 2729 c.c., consente al giudice, che muove dai dati forniti dall'esperienza relativa ad un accadimento della vita (e quindi spesso alla luce di leggi statistiche), di ritenere vero un fatto in mancanza di elementi di segno contrario. Si tratta quindi di un'operazione logica che

responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova, in *Giur. it.*, 2019, p. 709 ss., a cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche. Nel senso che la prova del nesso di causalità non abbia ad oggetto un fatto bensì il collegamento logico tra due fatti, v. S. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 601 ss.

³³ Per una ricostruzione del dibattito, in senso critico, G. BAUMGÄRTEL, *Die Bedeutung der sog. «tatsächlichen Vermutung» im Zivilprozeß*, in *Festschrift für Schwab*, München, 1990, p. 43 ss.

³⁴ W. TIETGEN, *Die Beweislast*, in *Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß*, in *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages*, München-Berlin, 1966, p. 55 ss.

³⁵ W. TIETGEN, *Die Beweislast.*, cit., p. 64 ss.